

Beteiligungsmodalitäten vor dem International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

Völkergewohnheitsrechtliche Grundlagen von Täterschaft und Teilnahme im Völkerstrafrecht – die Rechtsprechung des ICTY

INHALTSVERZEICHNIS

BETEILIGUNGSMODALITÄTEN VOR DEM INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY).....	1
VÖLKERGEWOHNHEITSRECHTLICHE GRUNDLAGEN VON TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME IM VÖLKERSTRAFRECHT – DIE RECHTSPRECHUNG DES ICTY.....	1
A. Vorbemerkung zu Inhalt und Zweck der nachfolgenden Zusammenfassung völkergewohnheitsrechtlicher Beteiligungsformen im Völkerstrafrecht.....	5
B. Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	5
C. Ausdrücklich (wörtlich) normierte Beteiligungsmodalitäten.....	10
I. Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut: Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	10
1. Tatbegehung (<i>Committing</i>).....	11
a. Äußere Tatseite.....	11
b. Innere Tatseite.....	12
2. Planung (<i>Planning</i>).....	12
a. Äußere Tatseite.....	12
b. Innere Tatseite.....	13
3. Anordnen (<i>Ordering</i>).....	14
a. Äußere Tatseite.....	14
b. Innere Tatseite.....	15
4. Veranlassung/Anstiftung (<i>Instigation</i>).....	16
a. Äußere Tatseite.....	16
b. Innere Tatseite.....	17
5. Beihilfe (<i>Or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution</i>).....	18
a. Äußere Tatseite.....	19
b. Innere Tatseite.....	20
II. Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut: Die Vorgesetztenverantwortlichkeit/command responsibility/superior responsibility.....	22
1. Der völkergewohnheitsrechtliche Ursprung der Vorgesetztenverantwortlichkeit.....	22
2. Rechtsnatur.....	24
a. Norminhalt: Begründung eigener „originärer“ Verantwortlichkeit.....	24
b. Abgrenzung zu den allgemeinen Beteiligungsformen aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut.....	26
c. Äußere Tatseite.....	29
aa. <i>The existence of a superior-subordinate relationship between the commander or superior and the alleged principals of offender</i>	29

bb.	Unterlassungsvorwurf/Handlungspflicht (präventive und repressive Pflichten): <i>the superior failed to take necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof</i> 32	
cc.	Der Streit um ein Kausalitätserfordernis	33
	(1) Die Rechtsprechung des ICTY	33
	(2) Literaturmeinungen.....	35
d.	Innere Tatseite: <i>the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so</i>	38
	aa. Wissen (the superior „knew“)	38
	bb. Fahrlässiges Nichtwissen (the superior „had reason to know“).....	39
D.	Ungeschriebene Beteiligungsmodalitäten, die dennoch in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut verankert sind:	
	Joint Criminal Enterprise und Mittäterschaft	40
I.	Entstehungsgeschichte des JCE: <i>Common Purpose Doctrine</i>	42
	1. Erste Fallgruppe der <i>common purpose</i> Doktrin.....	45
	2. Zweite Fallgruppe der <i>common purpose</i> Doktrin	47
	3. Dritte Fallgruppe der <i>common purpose</i> Doktrin.....	49
	a. Abgrenzung zu aiding and abetting.....	52
	b. Zusammenfassung der Grundlagen zu JCE I-III aus der Tadić-Entscheidung.....	53
	c. Klärung weiterer Fragen – zur Fortentwicklung der JCE-Doktrin durch den ICTY.....	53
	aa. Klarstellung zur Natur von Joint Criminal Enterprise als Beteiligungsform des „committing“	53
	bb. Die gemeinsame kriminelle Zweckabrede ist „Dreh- und Angelpunkt“ der Beteiligungs- konstruktion	55
	cc. Zur Reichweite der Zurechnung auf Basis von JCE II und JCE III	56
II.	Joint Criminal Enterprise in der Anwendungspraxis – ausgewählte Urteile	57
	1. JCE I.....	57
	a. Das Verfahren gegen Radislav Krstić	57
	aa. Das Urteil in erster Instanz	58
	bb. Das Urteil in zweiter Instanz.....	61
	b. Das Verfahren gegen Mitar Vasiljević	62
	aa. Das Urteil in erster Instanz	62
	bb. Das Urteil in zweiter Instanz.....	64
	c. Das Verfahren gegen Simić et. al.....	64
	aa. Das Urteil in erster Instanz	65
	bb. Das Urteil in zweiter Instanz.....	65
	d. Das Verfahren gegen Radoslav Brđanin	66
	aa. Das Urteil in erster Instanz	66
	bb. Das Urteil in zweiter Instanz.....	68
	2. JCE II.....	70

a.	Das Verfahren gegen Miroslav Kvočka et al.	70
aa.	Das Urteil in erster Instanz	70
bb.	Das Urteil in zweiter Instanz	72
b.	Das Verfahren gegen Milorad Krnojelac	74
aa.	Das Urteil in erster Instanz	74
bb.	Das Urteil in zweiter Instanz	75
3.	JCE III im Verfahren gegen Radislav Krstić	78
III.	JCE I und III und Mittäterschaft (Co-Perpetration) im Verfahren gegen <i>Milomir Stakić</i>.....	79
1.	Das Urteil erster Instanz	79
2.	Das Urteil in zweiter Instanz	84
LITERATURVERZEICHNIS		87

A. Vorbemerkung zu Inhalt und Zweck der nachfolgenden Zusammenfassung völkergewohnheitsrechtlicher Beteiligungsformen im Völkerstrafrecht

Der nachfolgende Text erläutert die Varianten individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit (*individual criminal responsibility*). Im gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrecht genauer gesagt die durch das Jugoslawientribunal für das Völkergewohnheitsrecht anerkannten Formen der Zurechnung strafrechtlich-relevanten Handelns.¹ Der Text basiert hauptsächlich auf den im Literaturverzeichnis im Anhang genannten wissenschaftlichen Studien zu den Täterschafts- und Teilnahmeformen in der Rechtsprechung von ICTY und ICTR (also Studien von Boris Burghardt, Verena Haan, Guénaél Mettraux, Elies van Sliedregt und Thomas Weigend, Alexander Zahar & Göran Sluiter) und auf der Rechtsprechung des ICTY. Ziel dieser Zusammenfassung der ausgewählten Schriften ist nicht, eine neue wissenschaftliche Studie zu den Beteiligungsformen des völkergewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts zu erstellen. Vielmehr ergänzt der Text die auf der Webseite des Lehrstuhls veröffentlichten Übersetzungen von Urteilen und Beschlüssen zur juristischen Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus dem Bosnien-Konflikt von 1992-1995 von der Abteilung für Kriegsverbrechen des Gerichts Bosnien und Herzegowina („Gericht BiH“). Da sich dieses Forschungsprojekt vor allem auf die Frage konzentrierte, wie das Gericht BiH die juristischen Beteiligungsmechanismen bei Völkerrechtsverbrechen einsetzt, soll der Text dem Leser einen komprimierten Überblick über die Beteiligungsformen im Völkergewohnheitsrecht geben.

B. Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit

Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien enthielt nur eine monistische Beteiligungsform, einen „Einheitstäterbegriff“. Der Einheitstäterbegriff verzichtet auf die

¹ Die Prinzipien der Täterschaft und Teilnahme, wie sie für die Aufarbeitung der Völkerrechtsverbrechen in den Kriegen im ehemaligen Jugoslawien vom International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) entwickelt wurden, gelten dabei eins zu eins auch für die Rechtsprechung des International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), das sog. Ruandatribunal, Tansania, das sich, um eine einheitliche Klärung des völkergewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts zu sichern, mit dem ICTY die Appellationskammer in Den Haag teilte. Hier wurde aus gegebenem Anlass – das vorliegende Projekt befasst sich nur mit der Aufarbeitung der Völkerrechtsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien – nur die Rechtsprechung des ICTY zu Täterschaft und Teilnahme zugrunde gelegt.

Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme für den Schuldspruch.² Die Differenzierung wird nur für die Strafzumessung relevant.³

Die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit wird in diesem Einheitstätersystem bereits durch geringfügige Beiträge des Angeklagten begründet.⁴ Neben den Hauptverantwortlichen oder unmittelbaren Tätern sind auch diejenigen strafrechtlich verantwortlich, die lediglich einen indirekten oder geringfügigen Tatbeitrag erbracht haben.⁵ Begründet wird diese weite Auslegung aus dem Wortlaut von Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut, der unmittelbare Begehungsweisen und nicht-unmittelbare Beteiligungen gleichermaßen zur Begründung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit ausreichen lässt.⁶ Als Mindestvoraussetzung für die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne des völkerstrafrechtlich anerkannten Schuldgrundsatzes genügt, dass das Verhalten des Angeklagten irgendeine Verbindung zu den verübten Verbrechen hat.⁷ Die Anforderungen an den Verursachungszusammenhang gehen dabei innerhalb der Rechtsprechung des ICTY variieren dabei je nach Zurechnungsmodus. Zum Teil entspricht die Kausalität dem, was in Deutschland mit der *conditio sine qua non-Formel* geprüft wird, zum Teil geht der Begriff der Kausalität des ICTY auch über die mit dieser Formel abgeprüften Kausalzusammenhänge hinaus (letzteres insbesondere im Fall der sog. *command responsibility*, auf Deutsch: Vorgesetztenverantwortlichkeit)⁸.

Das im ICTY-Statut verankerte Einheitstätermodell wurde aber durch die Rechtsprechung des ICTY ein wenig modifiziert.⁹ Innerhalb der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit wurde eine normative Abstufung zwischen den unterschiedlichen Beteiligungsmodalitäten (*mode of participation*) eingeführt,¹⁰ letztere allerdings nicht im Sinne einer Differenzierung zwischen Haupttätern und Teilnehmern, sondern im Sinne einer Relativierung des Einheitstäterbegriffs über eine Wertungskorrektur durch den ICTY. Der stets verantwortliche Einheitstäter wird normativ zu einem Hauptverantwortlichen (*primary responsibility/responsibility as a principal*) hoch- oder zu einem

² Ander als im deutschen Strafrecht mit seinem dualistischen Beteiligungssystem, wonach gemäß §§ 25 ff. StGB bereits im Schuldspruch zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden muss und nicht erst für die Zwecke der schuldangemessenen Strafzumessung; s. *Damnjanović*, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 7.

³ Beihilfe als Form der täterschaftlichen Tatbegehung verlangt nach der Rechtsprechung des ICTY zum Beispiel ein geringes Strafmaß; vgl. ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, para. 268; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 182.

⁴ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 286, Rechtsprechungsnachweise dort in Fn. 945.

⁵ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 286.

⁶ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 286.

⁷ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 286 f.

⁸ Zu dieser Verantwortungsform nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut später im Kapitel C. II.

⁹ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 287.

¹⁰ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 357.

Nebenverantwortlichen (*secondary responsibility/accomplice liability*) heruntergestuft.¹¹ Diese Einstufung wird dann für die Strafzumessung relevant. Da sich diese Wertungskorrektur allerdings erst über die Jahre in der Rechtsprechung von ICTY und ICTR herauskristallisiert hat, findet man in den Urteilen keine feststehenden Abgrenzungskriterien für Haupt- und Nebenverantwortlichkeit bzw. eine klare Einstufung der einzelnen Beteiligungsmodalitäten in diese Kategorien. Jedenfalls werden unter „Hauptverantwortlichkeit“ alle Tatbegehungsmodalitäten gefasst, die in die Kategorie täterschaftlicher Begehung (*commission*) fallen.¹² Darunter wird insbesondere die direkte Beteiligung (*direct participation*) an der Tatbestandsverwirklichung verstanden.¹³ Der Regelfall der primären Verantwortlichkeit ist also der aktiv eigenhändig-unmittelbar handelnde Täter.¹⁴ Eine Unterlassungsstrafbarkeit (*duty/obligation*) ist möglich, wenn dem Täter eine verantwortlichsbegründende Handlungspflicht oblag, die er verletzt hat.¹⁵ Darüber hinaus sollen auch die Mittäterschaft (*co-perpetration*) und die Zurechnungsfigur „Joint Criminal Enterprise“ eine Hauptverantwortlichkeit begründen.¹⁶ Die Figur vom „Joint Criminal Enterprise“ dient dabei dazu, kriminelle Aktivitäten einer Gruppe einer Person zuzurechnen, die die kriminellen Aktivitäten der Gruppe – aber nicht notwendigerweise konkrete Einzelverbrechen – durch ihre Beiträge unterstützt hat.

Der Regelfall der Nebenverantwortlichkeit ist die akzessorische Teilnahme an einer anderen Tat, in Form einer Unterstützungshandlung, die auf andere Weise gemäß Artikel 7 Abs. 1 Nr. 1, 5. Var. ICTY-Statut zur Planung, Vorbereitung oder Ausführung des Verbrechens beiträgt (letzteres sind täterschaftliche Begehungsvarianten der Verbrechen). Alle Nebenverantwortlichkeitsmodalitäten setzen also zwingend die physisch-unmittelbare Begehung des Verbrechens durch eine andere Person voraus. Zu dieser Haupttat ist die Nebenverantwortlichkeit faktisch akzessorisch.¹⁷

Beihilfe oder *aiding or abetting* ist eindeutig als Nebenverantwortlichkeit einzuordnen.¹⁸ Auch die Anstiftung (*instigating*) wurde durch die Kammern des ICTY als Nebenverantwortlichkeit eingestuft. Dagegen ist die Einordnung der Verantwortung für das Planen (*planning*) und Anordnen von Verbrechen (*ordering*) von Verbrechen ungeklärt.¹⁹

¹¹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 288, S. 303 ff., insbesondere S. 305.

¹² Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 304.

¹³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294.

¹⁴ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294.

¹⁵ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294 f.

¹⁶ Die Einordnung von JCE ist umstritten. Nach herrschender Meinung begründet sie die Hauptverantwortlichkeit des Beteiligten am JCE, näheres unter D. I.

¹⁷ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 306.

¹⁸ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 304.

¹⁹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 304 f.

Es gibt in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut keine generelle Entsprechung zu von Vorfeldstrafbarkeitsformen aus § 30 StGB. Eine versuchte Beteiligung oder eine Beteiligung im Vorbereitungsstadium begründet keine Nebenverantwortlichkeit und bleibt unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit.²⁰ Angesichts der weit gefassten Täterschaftsmodalitäten, zu denen nach dem Wortlaut von Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut auch das Planen, Vorbereiten und Ausführen des Verbrechens gehört, besteht in den meisten Fällen aber auch gar kein Bedarf, zusätzlich Vorfeldstrafbarkeit anzuordnen. Allein für den Völkermord gibt es mit dem gesonderten Verschwörungstatbestand (*conspiracy to commit genocide* aus Artikel 4 Abs. 3 lit. b) ICTY-Statut) und mit dem Sondertatbestand des unmittelbaren und öffentlichen Aufrufs bzw. der Aufstachelung zum Völkermord (*direct public incitement to commit genocide*) ausnahmsweise gesondert pönalisierte Vorbereitungshandlungen. Diese Taten begründen aber wiederum selbständige Haupttaten. Das heißt, diese Sondertatbestände sind nicht mit akzessorisch zu prüfenden Teilnehmehandlungen zu verwechseln, so dass man auch nicht von einer „Nebenverantwortlichkeit“ des Verschwörers oder des Aufstachelnden zum Völkermord sprechen kann. Beides sind schlicht eigenständige Vorfelddelikte (sog. *inchoate crime*), bei denen es nicht darauf ankommt, ob am Ende überhaupt Völkermord begangen oder auch nur versucht wird.²¹

In ihrer Reichweite ist die Strafbarkeit für Verschwörung zum Völkermord mit der Verbrechensverabredung aus § 30 Abs. 2 StGB zu vergleichen. Die Verschwörung verlangt als objektives Tatelelement nur eine – in Völkermordabsicht geschlossene – Vereinbarung zwischen den präsumtiven Tätern, einen Völkermord zu begehen.²² Der Völkermord muss nicht zustande kommen (deswegen auch inchoate crime).²³ Eine unmittelbare Parallele zur versuchten Verbrechensanstiftung aus § 30 Abs. 1 S. 1 StGB gibt es im ICTY-Statut nicht.

Es gibt keine klar ausgearbeiteten Unterscheidungskriterien zur Begründung von Haupt- oder Nebenverantwortlichkeit. Der ICTY arbeitet das Tatgeschehen vielmehr für jeden Einzelfall auf und analysiert auf Grundlage einer wertenden Betrachtungsweise, inwieweit das Handeln des Angeklagten die Unrechtsdimension der Hauptverantwortlichkeit erreicht.²⁴ Der ICTY erkannte eine Person als Hauptverantwortlichen an, wenn die strafrechtliche Haftung der Person nicht von der Strafbarkeit anderer abhing, es also keine faktische Akzessorietät zur Tat eines anderen gab.²⁵ Darüber hinaus unterzog der ICTY den jeweiligen Beitrag des Beteiligten einer Gesamtbewertung mit Blick auf die

²⁰ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 306.

²¹ ICTR, *Prosecutor v. Bikindi*, Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement, 2 December 2008, paras. 405 (*conspiracy*) und 419 (*incitement to commit genocide*).

²² ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Case No. ICTR-99-52-A, Appeals Judgement, 28 November 2007, para. 894.

²³ ICTR, *Prosecutor v. Bikindi*, Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement, 2 December 2008, para. 405.

²⁴ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 306, 307.

²⁵ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 306.

Schwere des Beitrags zum Unrecht. Hauptverantwortlich war derjenige, dessen Beitrag als besonders schwerwiegend erschien.²⁶ „Nebenverantwortlich“ für das verwirklichte Unrecht war dagegen, wer lediglich als Randfigur des Geschehens erschien.²⁷ Da die jeweiligen Spruchkammern des ICTY bei dieser Gewichtung des Unrechtsbeitrags dann auch noch die Differenzierungskriterien uneinheitlich anwandten, wichen die Ergebnisse der Kammern immer wieder voneinander ab, oder anders ausgedrückt: Die Art und Weise, in der die ICTY-Kammern bei dieser wertenden Betrachtung begrifflich vorgingen, erschien mitunter widersprüchlich.²⁸

Dies auch deswegen, weil sich bei Völkerrechtsverbrechen das Bild von Haupt- und Nebenverantwortlichkeit oft völlig anders darstellt als in der normalen Kriminalität. Völkerrechtsverbrechen zeichnen sich dadurch aus, dass Machthierarchien zu kollektiver Gewaltanwendung missbraucht werden, mit dem Ergebnis, dass hauptverantwortlich nicht zwingend diejenigen sind, die eine Tat persönlich-eigenhändig begehen, sondern diejenigen, die am oberen Ende der Befehlskette für die Organisation und Anordnung des Unrechts verantwortlich sind, die aber bei der eigentlichen Tatbegehung am Tatort möglicherweise nicht einmal anwesend sind.²⁹ Deswegen verpflichtet die Tatsache, dass eine Person ein Verbrechen eigenhändig begangen hat, im Völkerstrafrecht nicht unbedingt dazu, die Person als hauptverantwortlich einzustufen. Bei wertend-normativer Betrachtung kann die Person ein Rädchen im Getriebe sein, eine Randfigur des Geschehens darstellen, während als Hauptverantwortlicher eine Person gilt, die weit entfernt von der physisch-unmittelbaren Verbrechensbegehung gewirkt hat.³⁰ Diese Person, die nicht physisch-unmittelbar am Geschehen mitgewirkt hat, sondern eher die Planung oder andere organisatorische Maßnahmen im Hintergrund vorgenommen hat, kann nach wertender Betrachtung hauptverantwortlich sein, weil sie wesentliche Tatbeiträge erbracht hat, weil sie das Klima bewirkt hat, in dem diese Gewalttaten möglich wurden, oder weil die Art und Häufigkeit ihrer Beteiligung an entsprechenden Gewaltverbrechen sie zu einer Zentralgestalt des Geschehens geraten lässt.³¹

Entscheidend ist für die Ermittlung des Beteiligungsgrades also nicht eine naturalistische Betrachtung (wer begeht die Tat eigenhändig, wer wirkt in einiger Entfernung am Geschehen mit), sondern die Anwendung von Wertungskriterien,³² die selber aber wiederum nicht einheitlich definiert und gewichtet werden. Dies führt insgesamt zu Rechtsunsicherheit. Vor allem lässt sich die subjektive Einschätzung darauf, ob eine Beteiligungshandlung als wesentlich oder unwesentlich wahrgenommen

²⁶ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307.

²⁷ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307.

²⁸ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307.

²⁹ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307 f.

³⁰ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307 f.

³¹ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307 f.

³² *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 307.

wird, nicht anhand objektiver Kriterien bestimmen. Eben weil die Einschätzung schlicht auf normativen Erwägungen basiert, kann das Ergebnis der Einschätzung in den Grenzbereichen zwischen Hauptverantwortlichkeit oder Nebenverantwortlichkeit rein zufällig ausfallen. Daher verwundert es nicht, dass bestimmte Beteiligungsformen aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut, die typischerweise in den Grenzbereich zwischen Haupt- und Nebenverantwortlichkeit fallen (gemeint sind die Modalitäten des Planens und des Anordnens eines Völkerrechtsverbrechens), in der Rechtsprechung des ICTY nicht eindeutig der Haupt- oder Nebenverantwortungskategorie zugeordnet sind.³³ Die folgenden Ausführungen zu den Elementen der einzelnen Beteiligungsmodalitäten werden daher auch in den Blick nehmen, wann das Gericht dazu neigt, eine Haupt- oder Nebenverantwortlichkeit anzunehmen. Dabei sollte der Leser folgende Wertungsaspekte im Gedächtnis behalten, die für diese Differenzierung maßgebend sind: Beteiligungsform, Umfang und Ausmaß der Beteiligung am Verbrechen bzw. das Ausmaß der Beteiligung am Gesamtverbrechensgeschehen, und ebenso die Rangposition des Täters.

C. Ausdrücklich (wörtlich) normierte Beteiligungsmodalitäten

I. Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut: Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit

Der Modalitäten-Katalog des Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut ist nicht abschließend. Auch die Rechtsfigur des „Joint Criminal Enterprise“ fällt als ungeschriebenes Merkmal unter die dort erfassten Formen strafrechtlicher Verantwortungszuweisung.³⁴

Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut nennt ansonsten ausdrücklich die unmittelbar täterschaftliche Begehungsweise (*commission*), die Planung (*planned*), Anordnung (*ordered*), Anstiftung (*instigated*) oder eine auf andere Weise zur Planung, Vorbereitung oder Ausführung des Verbrechens getätigte Unterstützung (*or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime*) als sonstige Begehungsmodalitäten. Als allgemeine Norm findet Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut auf alle normierten und völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Verbrechenstatbestände Anwendung.³⁵ Der Katalog enthält aber nicht alle möglichen Beteiligungsmodalitäten und ist daher nicht abschließend.³⁶ Vor allem der Völkermordtatbestand kennt mit der Zurechnungsform der „*complicity*“ weitere Tatbeteiligungsformen, auch wenn sich „*complicity*“ per definitionem größtenteils mit Tatmodalitäten aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut überschneidet, insbesondere mit Anstiftung, Beihilfe und sonstigen Unterstützungshandlungen.³⁷

³³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 308.

³⁴ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 311 ff.

³⁵ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 289.

³⁶ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 311.

³⁷ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, para. 537: Complicity includes

Nicht als Beteiligungsmodalitäten, sondern nur eigenständige Vorfelddatbestände werden gewertet die Verschwörung (*conspiracy*) zur Begehung eines Völkermords und der Sondertatbestand des öffentlichen und unmittelbaren Aufrufs zum Völkermord (*direct and public incitement to commit genocide*), bei denen es jeweils nicht darauf ankommt, dass ein Völkermord am Ende tatsächlich begangen wird (sog. *inchoate crimes*).³⁸

1. Tatbegehung (*Committing*)

Die Tatbegehung als Regelfall der individuellen strafrechtlichen *Hauptverantwortlichkeit* (*highest degree of participation*)³⁹, meint die durch den Täter selbst (aber nicht notwendig eigenhändige) vorgenommene Verwirklichung der äußeren Tatseite eines der völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Kernverbrechen.

a. Äußere Tatseite

Auf äußerer Tatseite muss der Angeklagte direkt am Tatgeschehen mitwirken (*direct participation*).⁴⁰ Mögliche Formen der Tatbeteiligung sind die eigenhändig-unmittelbare Tatausführung (*physical participation*) oder eine sonstige direkte Beteiligungsweise:

*„The provision covers first and foremost the physical perpetration of a crime by the offender himself, or the culpable omission of an act that was mandated by a rule of criminal law.“*⁴¹

Neben der aktiven Begehungsweise ist die Beteiligung durch Unterlassen erfasst, soweit eine Handlungspflicht des Verurteilten bestand (*duty/obligation*), die dieser mit seinem Nichteingreifen in das Geschehen verletzt hat:

*„[...] the accused engendered a culpable omission to the same effect, where it is established that he had a duty to act, with the requisite knowledge.“*⁴²

“•complicity by procuring means, such as weapons, instruments or any other means, used to commit genocide, with the accomplice knowing that such means would be used for such a purpose;
•complicity by knowingly aiding or abetting a perpetrator of a genocide in the planning or enabling acts thereof;
•complicity by instigation, for which a person is liable who, though not directly participating in the crime of genocide, gave instructions to commit genocide, through gifts, promises, threats, abuse of authority or power, machinations or culpable artifice, or who directly incited to commit genocide.”

³⁸ ICTR, *Prosecutor v. Bikindi*, Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement, 2 December 2008, paras. 405, 419.

³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 137.

⁴⁰ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294.

⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 188; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294 (Fn. 978).

⁴² ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 137; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 294 f.

b. Innere Tatseite

Auf innerer Tatseite gilt das allgemeine Vorsatzerfordernis (*intent*). Der Täter muss die Umstände der Tatbegehung gekannt und die Realisierung der Tat als Folge seines Verhaltens gewollt haben:

*„The requisite mens rea is that the accused intended that a criminal offence occur as a consequence of his conduct.“*⁴³

2. Planung (Planning)

Unter Planung (*planning*) eines Kernverbrechens gemäß Artikel 7 Abs. 1 Nr. 1, 1. Var. ICTY-Statut versteht man das Entwerfen eines Tatplans der Vorbereitungs- und Ausführungsphase zur Begehung eines Verbrechens durch mindestens eine Person: *„one or several persons contemplate designing the commission of a crime at both the preparatory and execution phases“*.⁴⁴ Von den Strafkammern des ICTY wurde offengelassen, ob die Planung eines Kernverbrechens die Hauptverantwortlichkeit des Angeklagten begründet.⁴⁵ Zwar ist denkbar, dass die Planung als zentrale Vorbereitungsmodalität gewertet wird, wenn in dieser Phase unersetzliche Beiträge zur Tatausführung geleistet werden (so jedenfalls der Ansatz der sog. Tatherrschaftslehre zur Begründung der Mittäterschaft im deutschen Strafrecht), aber da der deutsche Ansatz der Tatherrschaftslehre keinen Anklang in der Rechtsprechung des ICTY gefunden hat, weil sie völkergewohnheitsrechtlich nicht belegt ist,⁴⁶ trägt dieses Argument nicht.

a. Äußere Tatseite

Als qualitative Voraussetzung an die Planungshandlung wird ein gewichtiger Beitrag (*substantial contribution*) verlangt:⁴⁷ *„[...] „planning“ requires that one or more persons design the criminal conduct constituting one or more statutory crimes that are later perpetrated. It is sufficient to demonstrate that the planning was a factor substantially contributing to such criminal conduct.“*⁴⁸

⁴³ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 137; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 295.

⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 279.

⁴⁵ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 305.

⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 62; vgl. auch Ausführungen zur Mittäterschaft.

⁴⁷ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 290: „wesentlicher Beitrag“.

⁴⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, para. 26.

Wirkt der Planende unmittelbar an der Tatausführung mit, ist der Angeklagte nicht noch zusätzlich für die Planung an einem Kernverbrechen, sondern vielmehr nur für die täterschaftliche Begehungsweise (*commission*) verantwortlich⁴⁹:

*„The Trial Chamber agrees that where an accused is found guilty of having committed a crime, he can not be convicted of having planned the same crime, even though his involvement in the planning may be considered an aggravating factor.“*⁵⁰

Darüber hinaus muss das Verbrechen auch zwingend durch die ausführenden Tatbeteiligten begangen worden sein, das heißt Planungsverantwortlichkeit ist akzessorisch ausgestaltet.⁵¹

b. Innere Tatseite

Die Person muss auf innerer Tatseite vorsätzlich (*intent*) gehandelt haben.⁵² Hierfür reicht aus, dass dem Angeklagten bewusst war (*awareness*), dass das Verbrechen durch die Umsetzung seines Tatplans mit hoher Wahrscheinlichkeit (*substantial likelihood*) realisiert wird.⁵³ Fraglich ist, ob die Person auch die besonderen subjektiven Merkmale, die die Haupttäter aufweisen müssen, teilen muss oder ob sie lediglich Kenntnis von den Absichten dieser Haupttäter haben muss, um beispielsweise die Person zu sein, die eine Verfolgung aus politischen, rassistischen und religiösen Gründen gemäß Artikel 5 lit. h) ICTY-Statut plant: *„The issue before the Trial Chamber is whether the accused must have had the specific intent to advance the persecutory policy and shared the discriminatory intent behind that policy, or whether a showing that the accused had the objective knowledge that his acts fit within the widespread or systematic attack on discriminatory grounds is sufficient.“*⁵⁴

Die Berufungskammer in *Kordić & Čerkez* stellte insoweit fest, dass besondere Absichten, wie zum Beispiel die Diskriminierungsabsicht, beim Planenden nicht persönlich vorliegen müssen. Es genügt, dass er für ausführende Täter plant, die seines Wissens diese Absicht haben. Das heißt es muss zwar insgesamt diese spezielle Absicht im Raum stehen, diese sei aber bereits dann gegeben, wenn der Planende mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass ein Verbrechen (durch Täter mit dieser

⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 386: „[...] a person found to have committed a crime will not be found responsible for planning the same crime“; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 290.

⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 443.

⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, para. 26; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 290.

⁵² ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 278: „[...] that he directly or indirectly intended that the crime in question be committed“; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 290.

⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, para. 31: „[...] awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that plan [...]. Planning with such awareness has to be regarded as accepting that crime“; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 290.

⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 211.

Absicht) begangen wird. Wenn der Angeklagte davon wusste, dass der Plan der Begehung einer Verfolgung der Bevölkerung gemäß Artikel 5 lit. h) ICTY-Statut diene, dann habe er das Verbrechen akzeptiert:

*„In addition, the Appeals Chamber considers that a person who orders, plans or instigates an act or omission with the awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that order, plan or instigation, has the requisite mens rea for establishing liability under Article 7(1) of the Statute pursuant to ordering, planning or instigating. Ordering, planning or instigating with such awareness has to be regarded as **accepting that crime**. Thus, an individual who orders, plans or instigates an act with the **awareness of a substantial likelihood** that persecutions as a crime against humanity will be committed in the execution of the order, plan or instigation, may be liable under Article 7(1) of the Statute for the crime of persecutions.“⁵⁵*

Der Nachweis wird durch Indizienbeweise erbracht: *„However, the Appeals Chamber considers that the ‘discriminatory intent may be inferred from such a context as long as, in view of the facts of the case, circumstances surrounding the commission of the alleged acts substantiate the existence of such intent.“⁵⁶*

3. Anordnen (Ordering)

Strafrechtliche Verantwortlichkeit wird zudem begründet, wenn der Angeklagte eine Führungs-/Autoritätsposition innehat und diese Stellung ausnutzt, um andere Personen anzuweisen, Kernverbrechen zu begehen:

„[...] ordering implies a superior-subordinate relationship between the person giving the order and the one executing it. In other words, the person in a position of authority uses it to convince another to commit an offence.“⁵⁷

a. Äußere Tatseite

Auf der äußeren Tatseite muss ein hierarchisches Subordinationsverhältnis zwischen den Beteiligten bestehen (*superior-subordinate relationship*).⁵⁸ Dem Subordinationsverhältnis muss keine formalrechtliche Beziehung zugrunde liegen.⁵⁹ Der Anordnende muss aber jedenfalls faktisch die Kontrolle

⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, para. 112. Hervorhebungen nicht im Original.

⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, para. 110.

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 281, zitiert ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, para. 483.

⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 281.

⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 388: „[...] no formal superior-subordinate relationship is required [...]“.

und dadurch die faktische Möglichkeit zur Erteilung von Weisungen haben, die ausgeführt werden.⁶⁰ Innerhalb dieser Strukturen muss der Angeklagte seine Autoritätsposition ausnutzen, indem er eine andere Person zur Begehung eines Kernverbrechens anweist.⁶¹ Der Angewiesene muss daraufhin (das heißt durch die Anordnung verursacht) die Tat ausgeführt haben (*causal link*).⁶²

Dabei ist der Begriff der Verursachung weit zu fassen und die Anordnung muss nicht die zentrale oder ausschließliche Ursache der Tatbegehung gewesen sein. Das heißt für eine Anordnung ist eine Person auch verantwortlich, wenn derjenige, der die Anordnung entgegennimmt, zur Tat ohnehin bereits fest entschlossen war. Umgekehrt ausgedrückt ist es nicht notwendig nachzuweisen, dass die Tat ohne die Anordnung nicht begangen worden wäre.⁶³

Die Tathandlung in Form der Anordnung unterliegt keinem Formerfordernis: „[...] *there is no requirement that an order be given in writing or in any particular form.*“⁶⁴

Darüber hinaus muss die Anordnung nicht unmittelbar gegenüber den unmittelbar tatusführenden erfolgen, sondern kann auch über „Zwischenpersonen“ vermittelt werden.⁶⁵

b. Innere Tatseite

Auf innerer Tatseite muss der Angeklagte vorsätzlich (*intent*) gehandelt haben.⁶⁶ Dem Angeklagten muss *zumindest* bewusst gewesen sein, dass durch die Anordnung die unmittelbar handelnde Person mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Kernverbrechen begehen wird:

„[...] *that a person who orders an act or omission with the awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that order, has the requisite mens rea for establishing liability under Article 7(1) pursuant to ordering. Ordering with such awareness has to be regarded as accepting that crime.*“⁶⁷

⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 388: „[...] *no formal superior-subordinate relationship is required for a finding of 'ordering' so long as it is demonstrated that the accused possessed the authority to order*“; van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, S. 106.

⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 281; van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, S. 105.

⁶² ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42, Trial Judgement, 31 January 2005, para. 332 „[...] *a causal link between the act of ordering and the physical perpetration of a crime [...]. [...] this link need not be such as to show that the offence would not have been perpetrated in the absence of the order [...].*“; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 294.

⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42, Judgement, 31 January 2005, para. 332; wird von den Kammern wie das Kausalitätserfordernis der Anstiftung verstanden, vgl S. 14.

⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 388.

⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 388.

⁶⁶ Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 294.

⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 42.

Eventualvorsatz genügt auch für die Tatmodalität des Anordnens, sodass auch verbrecherische Anordnungen, die über das, was angeordnet war, hinausgehen, deren Begehung aber vorhersehbare Folge der Anordnung zur Tatbegehung war und die als Eventualfolgen des Geschehens vom Anordnenden auch billigend in Kauf genommen bzw. als wahrscheinliche Konsequenzen der Anordnung akzeptiert wurden, vom Eventualvorsatz des Anordnenden gedeckt seien.⁶⁸

4. Veranlassung/Anstiftung (Instigation)

„With regard to the participant’s conduct, instigating is commonly described as ‘prompting’ another to commit the offence.”⁶⁹ Wer einen anderen zur Begehung eines Kernverbrechens auffordert/veranlasst (*prompting*) ist Anstifter der begangenen Tat (*instigator*). Die Anstiftung begründet in der Rechtsprechung des Tribunals *lediglich* die Nebenverantwortlichkeit des Anstifters: „[...] *instigating as well as otherwise aiding and abetting are forms of ‘accessory liability’.*“⁷⁰

a. Äußere Tatseite

Der Verantwortliche muss den unmittelbar Tatausführenden zur Tat veranlasst haben. Nicht notwendig, in Abgrenzung zur Anordnung, ist ein hierarchisches Verhältnis zwischen Veranlasser und handelndem Täter.⁷¹ Die Anstiftung kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen bei Verletzung einer Handlungspflicht begangen werden.⁷² Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.⁷³ Auch muss die Anstiftung weder öffentlich und direkt erfolgt sein noch bei Anwesenheit des Anstifters am Tatort.⁷⁴ Das Verbrechen muss aber tatsächlich begangen worden sein.⁷⁵

Qualitativ muss die Veranlassungshandlung mehr sein als ein bloßes Erleichtern der Tat im Sinne der Gehilfenschaft. Es ist aber nicht zwingend notwendig, dass der Anstifter den Plan zur Tatbegehung generiert hat oder die generelle Idee zur Tatbegehung als erster aufgebracht hat.⁷⁶ Der unmittelbar handelnde Täter muss nur durch die Veranlassung des Angeklagten zur Tatbegehung beeinflusst worden sein (*some kind of influence*).⁷⁷ Der unmittelbar tatausführende Täter kann sich also bereits

⁶⁸ *van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, 2012, S. 106: soweit die Exzesshandlung „foreseen and accepted“, also absehbar war und der Anordnende sich hiermit abgefunden hat.

⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 270.

⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 269;

⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 272.

⁷² ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 273.

⁷³ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 273.

⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 273.

⁷⁵ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 291.

⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 271: „[...] *more than merely facilitating the commission of the principal offence, as it may suffice for aiding and abetting. It requires some kind of influencing the principal perpetrator by way of inciting, soliciting or otherwise inducing him or her to commit the crime. This does not necessarily presuppose that the original idea or plan to commit the crime was generated by the instigator.*“

⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 271.

mit dem Gedanken an die Tat beschäftigt haben, aber es wäre dennoch Anstiftung, wenn der Anstifter die endgültige Entscheidung zur konkreten Tatbegehung hervorgerufen hat.⁷⁸ Oder anders ausgedrückt, eine Anstiftung ist auch dann noch möglich, wenn der Täter noch keinen *endgültigen* Tatentschluss (*perpetrator was already pondering/the final decision to do so still be brought by instigator*) gefasst hatte, er aber grundsätzlich zur Tat bereit war.⁷⁹

In den Fällen des sog. *omnimodo facturus*, eines bereits *endgültig* zur Tat entschlossenen Täters, kommt lediglich eine Gehilfenschaft in Betracht (*aiding and abetting*).⁸⁰

Zwischen der begangenen Tat und der Anstiftung muss zudem ein Verursachungszusammenhang (*causal relationship*) in der Form bestehen, dass die Veranlassung durch den Angeklagten eine erkennbare Wirkung auf die Verbrechensbegehung entfaltet (*substantially contributing factor*).⁸¹ Das heißt es ist nicht im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel notwendig nachzuweisen, dass das Verbrechen ohne die Anstiftungshandlung auf jeden Fall nicht begangen worden wäre.⁸²

b. Innere Tatseite

Die Person muss, ähnlich wie im deutschen Strafrecht, doppelten Anstiftervorsatz (*intent*) hinsichtlich des eigenen Tatbeitrags und der fremden Tat aufweisen.⁸³ Das Vorsatzerfordernis wird geprägt durch das voluntative Element der Akzeptanz oder des Sichabfindens mit dem Tatgeschehen (*volitional element of acceptance*) und das kognitive Element des Wissens um die Tatbegehung (*cognitive element*).⁸⁴ Dolus eventualis reicht aus.⁸⁵

Dem Anstifter muss bewusst gewesen sein, dass der unmittelbar handelnde Täter durch seine Anstiftungshandlung in Richtung Tatbegehung beeinflusst wird, auch wenn der Anstifter die Tatbegehung eigentlich gar nicht begünstigen wollte.⁸⁶ Der Angeklagte muss sich der substantiellen

⁷⁸ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 271: „Even if the principal perpetrator was already pondering on committing a crime, the final determination to do so can still be brought about by persuasion or strong encouragement of the instigator.“

⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 271. „[...] as the principal perpetrator is already prepared to commit the crime, but may still need or appreciate some moral support to pursue it or some assistance in performing the crime, any contributions making the planning, preparation or execution of the crime possible or at least easier may constitute aiding and abetting“.

⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, paras. 271, 281: „[...] as the principal perpetrator is already prepared to commit the crime, but may still need or appreciate some moral support to pursue it or some assistance in performing the crime, any contributions making the planning, preparation or execution of the crime possible or at least easier may constitute aiding and abetting“.

⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 274 et seq.: Die Anstiftung muss keinen direkten Einfluss auf die Verbrechensbegehung haben, aber auch nicht jeder Beitrag reicht aus.

⁸² ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 274.

⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279.

⁸⁴ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279.

⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279 (Fn. 773).

⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279.

Wahrscheinlichkeit der Verbrechensbegehung bewusst gewesen sein⁸⁷ und er muss akzeptiert haben, dass das Verbrechen begangen wird, also die Tatbegehung billigend in Kauf genommen haben.⁸⁸

Der Anstifter musste auch Kenntnis vom Typus und den wesentlichen Elementen der Tat haben.⁸⁹ Ob der Anstifter auch besondere Absichten (*specific intent*) in eigener Person aufweisen muss, wurde in der Rechtsprechung des ICTR zunächst uneinheitlich beantwortet,⁹⁰ von beiden UN ad hoc-Tribunalen am Ende aber mehrheitlich so entschieden, dass der Anstifter (ebenso wie der Gehilfe oder der Beteiligte an einem Joint Criminal Enterprise der dritten Kategorie) besondere tatspezifische Absichten nicht in eigener Person aufweisen muss.⁹¹

Vergleiche dafür das erstinstanzliche Urteil des ICTY im Orić-Verfahren:

„This requirement of the instigator’s ‘double intent’ with regard to both his own influencing the principal perpetrator and that person’s intentional commission of the crime, does not mean, however, that the instigator would also have to share a ‘special intent’ as it may be required for the commission of certain crimes, such as genocide with regard to ‘destroying, in whole or in part, an ethnical group’ (Article 4 (1) of the Statute). Although this specific aspect, which was addressed in the Semanza case as well as in the Ntakirutimana case, may not become relevant with regard to the crimes at stake in this case, it should not be confused with the ordinary ‘double intent’ that the instigator must have with regard to his own conduct and that of the principal [...].“⁹²

5. Beihilfe (Or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution)

Strafrechtlich verantwortlich ist auch derjenige, der bei der Planung (*planning*), Vorbereitung (*preparation*) oder Ausführung (*execution*) eines Kernverbrechens Beihilfe leistet (*aiding and abetting*⁹³) gemäß Artikel 7 Abs. 1, 5. Var. ICTY-Statut. Die Beihilfe gemäß Artikel 7 Abs. 1, 5. Var. ICTY-Statut in Form der Unterstützungshandlung stellt den Regelfall der Nebenverantwortlichkeit (*accomplice responsibility*), also der akzessorischen Teilnahme am „Fremdbegehen“ der Tat dar.⁹⁴

⁸⁷ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 292.

⁸⁸ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279.

⁸⁹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279.

⁹⁰ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 292 (Fn. 970); ablehnend ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279 (Fn. 772).

⁹¹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998, paras. 540-545, generell bezogen auf die „accomplice liability“, die aber in der Definition des ICTR alle Modalitäten von Anstiftung und Beihilfe umfasst.

⁹² ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 279 (Fn. 772).

⁹³ Fraglich ist, ob zwischen „aiding“ und „abetting“ als Modalitäten differenziert werden muss. Praktische Relevanz hat dieser Streit nicht, da zum einen die Kammern des ICTY selbst nicht differenzieren und zum anderen beide Modalitäten die Verantwortlichkeit des Angeklagten begründen, vgl. Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 296.

⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement, 10 December 1998, para. 249, vgl. para. 257 mit einer Erklärung anhand eines Beispiels zur Begehung eines Folterverbrechens als Mittäter in

a. Äußere Tatseite

Auf äußerer Tatseite ist die Beteiligungshandlung darauf gerichtet, den unmittelbar eigenhändig handelnden Täter bei/vor/während und – bei vorheriger Absprache – auch noch nach der Tatbegehung zu unterstützen.⁹⁵ Dies kann in Gestalt einer praktischen Hilfestellung (*practical assistance*), Ermutigung (*encouragement*) oder moralischen Unterstützung (*moral support*) erfolgen.⁹⁶ Der Katalog ist insoweit nicht abschließend. In Betracht kommen vielmehr weitere Unterstützungshandlungen, die einen erheblichen Einfluss (*substantial effect*) auf die Tatbegehung des eigenhändig handelnden Täters haben.⁹⁷ Wenn der unmittelbar handelnde Täter noch keinen endgültigen Tatentschluss gefasst hat, begründen Gehilfenhandlungen, wie unter anderem das Ermutigen zur Tat, sogar eine Anstiftungshandlung oder in den Fällen eines Subordinationsverhältnisses eine Anordnungshandlung, also nicht nur eine Beihilfe.⁹⁸ Soweit der unmittelbar handelnde Täter prinzipiell aber zur Tatbegehung entschlossen ist, jedoch weiterer Unterstützung bedarf, kommt eine Beihilfe in Betracht.⁹⁹ Die Beihilfe kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen bei Verletzung einer Handlungspflicht erfolgen.¹⁰⁰ Die bloße Anwesenheit des Gehilfen am Tatort reicht für eine strafrechtliche Handlung nur unter besonderen Umständen aus, zum Beispiel wenn ein Vorgesetzter gleichzeitig seine Handlungspflicht, gegen das Verbrechen einzuschreiten, verletzt oder wenn die Anwesenheit der Person einen legitimierenden oder ermutigenden Effekt auf den unmittelbar eigenhändig handelnden Täter hat.¹⁰¹

Zwischen der Begehung des Kernverbrechens und der Beihilfehandlung muss ferner ein Verursachungszusammenhang (*nexus*) bestehen, aber auch hier wieder nicht in Form der *conditio-*

Abgrenzung zur bloßen Tatbeihilfe: „As opposed to the ‘commission’ of a crime, aiding and abetting is a form of accessory liability“; vgl. ferner ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1T, Trial Judgement, 22 February 2001, para. 391: „ [...] aiding and abetting is commonly considered as a less grave mode of participation [...]“, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 281.

⁹⁵ Zur Tatbeihilfe durch Hilfe bei der Tatvertuschung bzw. der Folgenbeseitigung s. ICTY, *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Case No. IT-02-60-T, Trial Judgement, 17 January 2005, para. 731: „It is required for *ex post facto* aiding and abetting that at the time of the planning, preparation or execution of the crime, a prior agreement exists between the principal [...]“.

⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1T, Trial Judgement, 22 February 2001, para. 391.

⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1T, Trial Judgement, 22 February 2001, para. 391.

⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 281: „ [...] the principal perpetrator is not finally determined to commit the crime, any acts of demanding, convincing, encouraging or morally assuring him to commit the crime may constitute instigation, and even qualify as ordering if a superior-subordinate relationship exists. As soon as the principal perpetrator is already prepared to commit the crime, but may still need or appreciate some moral support to pursue it or some assistance in performing the crime, any contributions making the planning, preparation or execution of the crime possible or at least easier may constitute aiding and abetting.“.

⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 281.

¹⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 283.

¹⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 283: der Regelfall, wenn der Angeklagte eine Führungsposition innehat.

sine-qua-non-Formel.¹⁰² Die Anforderungen an den Kausalzusammenhang sind sogar geringer als bei der Anstiftung.¹⁰³ Ein erheblicher Einfluss (*substantial effect*) auf die Tat des unmittelbar handelnden Täters liegt schon dann vor, wenn die Tatbegehung durch die Unterstützungshandlung in irgendeiner Weise erleichtert wird¹⁰⁴ oder faktischen Einfluss hat, die Tat also ohne die Mitwirkungshandlung eine andere Gestalt angenommen hätte.¹⁰⁵ Darüber hinaus muss die Beihilfehandlung nicht unmittelbar gegenüber den eigenhändig handelnden Tätern erfolgen, sondern kann auch über „Zwischenpersonen“ vermittelt werden.¹⁰⁶

b. Innere Tatseite

Der Angeklagte muss sog. doppelten Gehilfenvorsatz (*double intent*) haben.¹⁰⁷ Auf der einen Seite muss der Angeklagte Vorsatz hinsichtlich (der Tragweite) der eigenen Unterstützungshandlung haben. Auf der anderen Seite muss er Vorsatz hinsichtlich der Begehung des Kernverbrechens durch den „Vordermann“ haben.¹⁰⁸ Uneinheitlich legen die Kammern des ICTY aber fest, welche Anforderungen an das Vorsatzelement zu stellen sind (*the structure and contents of intent is described in different ways*)¹⁰⁹: Während einige die bloße Kenntnis des Gehilfen hinsichtlich der Förderungswirkung der Tathandlung fordern, verlangen andere¹¹⁰, dass der Gehilfe die Tat auch unterstützen wollte oder zumindest wusste, dass die Verbrechensbegehung mögliche und vorhersehbare Folge der Helferschaft ist und dies in Kauf nahm (Akzeptanz des Verbrechens als voluntatives Element):

„Whereas a long line of judgements appear to identify intent with the knowledge/awareness of the aider and abettor that he is contributing to the criminal act of the principal perpetrator, others distinguish between knowledge and intention, either by requiring the intention only for co-perpetration or by requiring both intention and awareness for aiding and abetting. Apparently going beyond the line

¹⁰² ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 284.

¹⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 284.

¹⁰⁴ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 284: „[...] *must further, or at least facilitate, the commission of the crime*“.

¹⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, para. 688: „*While there is no definition of ‘substantially’, it is clear [...] substantial contribution requirement calls for a contribution that in fact has an effect on the commission of the crime. [...] the criminal act most probably would not have occurred in the same way [...]*“.

¹⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 285.

¹⁰⁷ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹⁰⁸ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 286; aufgehoben durch ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 49: „[...] *knowledge on the part of the aider and abettor that his acts assist in the commission of the principal perpetrator’s crime suffices for the mens rea*.“ Die Appellationskammer in *Prosecutor v. Blaškić* ließ bloße Kenntnis also ausreichen.

*of mere knowledge, as was already done in the case of ordering and instigating, recent judgements also demand some sort of acceptance of the final result.*¹¹¹

Die letzten Entscheidungen des ICTY tendierten dazu, dass der Angeklagte seine Beihilfehandlung nicht nur in Kenntnis der unterstützenden Wirkung für die Begehung eines Kernverbrechens erbracht hat¹¹², sondern diese Unterstützungswirkung auch bezweckte (*intention*)¹¹³. Insoweit entsprechen die Anforderungen der inneren Tatseite denen der Anstiftung.¹¹⁴ Kenntnis bedeutet aber nicht, dass der Angeklagte alle Details des dann konkret begangenen Verbrechens gekannt haben muss.¹¹⁵ Wobei nun aber wiederum nicht ganz einheitlich beantwortet wird, ob der Angeklagte wissen musste, welches konkrete Verbrechen durch den ausführenden Täter begangen wird. Einige Kammern verzichteten hier auf die Kenntnis über die *konkret* begangene Tat.¹¹⁶ Vielmehr reiche die Kenntnis darüber aus, dass irgendein Verbrechen von mehreren möglichen begangen wird.¹¹⁷

Andere Kammern hingegen verlangen zwar keine Kenntnis des Angeklagten in Bezug auf das konkrete Kernverbrechen, aber zumindest Kenntnis der essentiellen Elemente der dann begangenen Tat (*essential elements*).¹¹⁸ Hierunter sei nicht die Kenntnis über *Tatort, Uhrzeit, Tattag* zu verstehen, sondern unter anderem die Kenntnis über die Absichten des ausführenden Täters (dessen *mens rea*).¹¹⁹ Die besonderen Absichten (*specific intent*) des unmittelbaren Täters muss der Angeklagte dabei nicht teilen, aber er muss Kenntnis darüber haben, dass der Täter die besondere Absicht hat:

„In cases of specific intent crimes such as persecutions or genocide, the aider and abettor must know of the principal perpetrator’s specific intent.“¹²⁰

¹¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹¹² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras. 328 et seq.; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 298.

¹¹³ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 286.

¹¹⁵ *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 299.

¹¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement, 10 December 1998, para. 246; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 287; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2. November 2001, para. 255; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 50.

¹¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement, 10 December 1998; para. 246; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 287; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 50.

¹¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 288.

¹¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 255; ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 288; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 298.

¹²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case No. IT-02-60-A, Appeals Judgement, 9 May 2007, para. 127; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Judgement, 28 November 2006, para. 86: *„In relation to the crime of persecutions, an offence with a specific intent, he must thus be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not*

II. Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut: Die Vorgesetztenverantwortlichkeit/command responsibility/superior responsibility¹²¹

Nach der Zurechnungsfigur der Vorgesetztenverantwortlichkeit wird ein Kommandant oder Inhaber von Befehlsgewalt dafür bestraft, dass er eine Straftat eines Untergebenen nicht verhindert oder nach ihrer Begehung und nachdem er nachträglich von der Tat Kenntnis erlangt hat die Tat nicht sanktioniert hat.¹²²

1. Der völkergewohnheitsrechtliche Ursprung der Vorgesetztenverantwortlichkeit

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäß Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut ist völkergewohnheitsrechtlich verankert.¹²³ Insoweit bedienen sich die Kammern des ICTY zur Herleitung der völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Rechtsfigur unterschiedlicher Rechts- und Rechtserkenntnisquellen, die im Folgenden näher dargelegt werden.

Um die Herleitung der völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung verständlich aufzuarbeiten, muss zunächst einmal die Rechtsnatur der Vorgesetztenverantwortlichkeit dargestellt werden.¹²⁴ Das Völkerstrafrecht sieht für die Begründung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten zwei Anknüpfungspunkte vor. Erstens die direkt-aktive Beteiligung (*direct command responsibility*) durch die Erteilung der Weisung gegenüber seinen Untergebenen zur Verbrechensbegehung.¹²⁵ Zweitens die indirekt-passive Beteiligung (*indirect criminal responsibility* oder *criminal responsibility strictu sensu*) durch schuldhaftes Unterlassen (*culpable omissions*).¹²⁶ Die erste Kategorie begründet auch eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten im Rahmen der bereits dargestellten Beteiligungsmodalitäten aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut.

share the intent but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed and know that his support or encouragement has a substantial effect on its perpetration."

¹²¹ Die Begrifflichkeiten „command responsibility“ und „superior responsibility“ werden von den Kammern explizit als Synonyme verwendet, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 331 (Fn. 343). Die Verwendung der Begrifflichkeit „command responsibility“ scheint verfehlt, da sie lediglich die Verantwortlichkeit von militärischen Befehlshabern umfasst, während das Tribunal die Vorgesetztenverantwortlichkeit auch auf nicht-militärische Vorgesetzte extendiert hat. Daher ist die „superior responsibility“ vorzugswürdig, vgl. *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 74 ff.

¹²² *Weigend*, ZStW 116 (2004), 999 (1000).

¹²³ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 343; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 290; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 73 ff; *Mettraux*, International Crimes and the ad-hoc Tribunals, 2006, S. 298.

¹²⁴ Ausführlich *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 402 ff.

¹²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 333.

¹²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 333.

Im Folgenden wird der völkergewohnheitsrechtliche Ursprung der indirekten Vorgesetztenverantwortlichkeit¹²⁷ aufgearbeitet. Schuldhaftes Unterlassen ist dann vorwerfbar, wenn eine Handlungspflicht bestand und diese verletzt wurde: „ [...] *responsibility of superiors for failing to make measures to prevent or repress the unlawful conduct of their subordinates is best understood when seen against the principle that criminal responsibility for omissions is incurred only where there exists a legal obligation to act.*“¹²⁸

Diese Handlungspflicht leiten die Kammern des ICTY originär aus Artikel 87 des I. Zusatzprotokolls zu den Konventionen von 1977 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte¹²⁹ her, welcher seinerseits normiertes Völkergewohnheitsrecht darstellt:

„1. Die Hohen Vertragsparteien und die am Konflikt beteiligten Parteien verlangen von den militärischen Kommandanten im Hinblick auf die ihrem Befehl unterstellten Angehörigen der Streitkräfte und die übrigen Personen in ihrem Befehlsbereich, Verletzungen der Abkommen und dieses Protokolls zu verhindern, sie erforderlichenfalls zu unterbinden und den zuständigen Behörden anzuzeigen.

2. Um Verletzungen zu verhindern und zu unterbinden, verlangen die Hohen Vertragsparteien und die am Konflikt beteiligten Parteien von den militärischen Kommandanten, in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich sicherzustellen, dass die ihrem Befehl unterstellten Angehörigen der Streitkräfte ihre Verpflichtungen aus den Abkommen und diesem Protokoll kennen.

3. Die Hohen Vertragsparteien und die am Konflikt beteiligten Parteien verlangen von jedem militärischen Kommandanten, der erfahren hat, dass Untergebene oder andere ihm unterstellte Personen eine Verletzung der Abkommen oder dieses Protokolls begehen werden oder begangen haben, dass er die erforderlichen Maßnahmen zur Verhinderung derartiger Verletzungen anordnet und gegebenenfalls ein Disziplinar- oder Strafverfahren gegen die Täter einleitet.“

Vor der Normierung von Artikel 87 ZP I wurde die völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung der Vorgesetztenverantwortlichkeit aus der Rechtsprechung unterschiedlicher völkerstrafrechtlicher Verfahren nach dem Zweiten Weltkrieg abgeleitet, in denen die Vorgesetztenverantwortlichkeit erstmalig ausdrücklich anerkannt wurde.¹³⁰ Die genauen Voraussetzungen der

¹²⁷ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 334.

¹²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 334.

¹²⁹ Im Folgenden ZP I.

¹³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras. 334 et seq., insb. para. 340; u. a. Verfahren gegen Matsui, Mutō und Kimura vor dem Internationalen Militärgerichtshof für den Fernen Osten; Verfahren gegen General Tomoyuki Yamashite vor einem US-amerikanischen Militärgericht in Manila; Verfahren gegen Karl Brandt und weitere vor dem US-amerikanischen Militärgericht in Nürnberg.

Vorgesetztenverantwortlichkeit wurden aber nicht durch die Nachkriegsrechtsprechung bestimmt und konkretisiert.¹³¹

Artikel 87 ZP I erlegt dem Vorgesetzten Pflichten auf (*duties of the commander*), deren Verletzung zur Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach Artikel 86 Abs. 2 ZP I führt¹³²:

„Wurde eine Verletzung der Abkommen oder dieses Protokolls von einem Untergebenen begangen, so enthebt dies seine Vorgesetzten nicht ihrer strafrechtlichen beziehungsweise disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn sie wussten oder unter den gegebenen Umständen auf Grund der ihnen vorliegenden Informationen darauf schließen konnten, dass der Untergebene eine solche Verletzung beging oder begehen würde, und wenn sie nicht alle in ihrer Macht stehenden, praktisch möglichen Maßnahmen getroffen haben, um die Verletzung zu verhindern oder zu ahnden.“

Aufgrund des dargestellten völkergewohnheitsrechtlichen Ursprungs der Vorgesetztenverantwortlichkeit orientieren sich die Kammern des ICTY bei der Festlegung der konkreten Voraussetzungen maßgeblich an den genannten Quellen im Zusatzprotokoll I, wobei der ICTY aber die Voraussetzungen und Bedingungen der command responsibility „generalisierte“, diese Zurechnungsfigur also über den Anwendungsbereich des Zusatzprotokolls 1 für den internationalen bewaffneten Konflikt hinaus auf alle Völkerrechtsverbrechen anwandte. Dabei ist die Anwendung auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eindeutig in Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut angelegt, aber der ICTY übertrug die Regeln zur command responsibility auch eins zu eins auf Kriegsverbrechen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt, obwohl das Zusatzprotokoll 2 zu den Genfer Konventionen keine entsprechenden Regelungen enthält.¹³³

2. Rechtsnatur

a. Norminhalt: Begründung eigener „originärer“ Verantwortlichkeit

Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut beschreibt die Vorgesetztenverantwortlichkeit (*command responsibility*) wie folgt:

„The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know

¹³¹ Weigend, ZStW 116 (2004), 999 (1001); insgesamt erstarrte die internationale Debatte zum Völkerstrafrecht damals aber aufgrund des Kalten Krieges.

¹³² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 340.

¹³³ Vgl. dazu ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para. 16; krit. hinsichtlich des Argumentationswegs aber Zahar/Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, pp. 334-335.

that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.“

Der Wortlaut ist etwas unglücklich, weil er so klingt, als würde das Statut nur festhalten wollen, dass ein Vorgesetzter, dessen Verantwortlichkeit bereits nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut begründet wurde, wegen dieser Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit enthoben ist.¹³⁴ Aber in dieser Lesart wäre die Norm de facto überflüssig, weil das Völkergewohnheitsrecht die besondere Verantwortlichkeit der Vorgesetzten für Straftaten ihrer Untergebenen eindeutig in Artikel 86 Abs. 2 ZP I festschreibt.¹³⁵ Deswegen muss die Norm vielmehr so gelesen werden, dass sich aus Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut eine eigenständige weitere Form der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ergibt (*separate form of liability*).¹³⁶ Die Vorgesetztenverantwortlichkeit ist dabei nicht nur eine Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen, wie im deutschen Zivilrecht (*is not a form of vicarious responsibility*¹³⁷), und auch keine direkt-aktive Verantwortlichkeit (*nor is it direct responsibility for the acts of the subordinate*¹³⁸) des Vorgesetzten. Es ist auch kein eigenständiger Straftatbestand, also keine zu einem Sondertatbestand verselbstständigte Beteiligungsform¹³⁹ wie die Aufstachelung zum Völkermord gem. Artikel 25 Abs. 3 lit. e) Römisches Statut. Auch mit dem Begriff der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (*negligence*) ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit nur unzureichend umschrieben.¹⁴⁰

Die Rechtsnatur der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist insgesamt umstritten. Neben der Zurechnung des Fehlverhaltens des Untergebenen wird die Vorgesetztenverantwortlichkeit teilweise als Strafbarkeitskonzept *sui generis*¹⁴¹ eingestuft.¹⁴² Es ist insbesondere keine Form der bloßen Tatbeteiligung im Sinne von *accomplice liability*, weil der Vorgesetzte häufig keine Kenntnis von dem konkret begangenen oder zu begehenden Verbrechen hat.¹⁴³ Am treffendsten ist wohl die Einordnung der Vorgesetztenverantwortlichkeit als Verantwortlichkeit für eigenes Unterlassen: Der Vorgesetzte wird für die Tat des Untergebenen verantwortlich gemacht, weil er seine *eigenen* Pflichten (*personal*

¹³⁴ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 402.

¹³⁵ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 402.

¹³⁶ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 402; Mettraux, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 38.

¹³⁷ Mettraux, International Crimes and the ad-hoc Tribunals, 2006, S. 297.

¹³⁸ Mettraux, International Crimes and the ad-hoc Tribunals, 2006, S. 297.

¹³⁹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 403, 406.

¹⁴⁰ Mettraux, International Crimes and the ad-hoc Tribunals, 2006, S. 297.

¹⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, para. 78: „If a causal link were required this would change the basis of command responsibility for failure to prevent or punish to the extent that it would practically require involvement on the part of the commander in the crime his subordinates committed, thus altering the very nature of the liability imposed under Article 7(3)“; ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 191.

¹⁴² Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 404.

¹⁴³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 404 f.

*failure*¹⁴⁴) als Vorgesetzter missachtet hat, indem er nicht die notwendigen Schritte eingeleitet hat, um die Strafbegehung durch seine Untergebenen zu verhindern, oder indem er nach der Tatbegehung – und nach Kenntniserlangung hiervon – Sanktionsmaßnahmen versäumt hat.¹⁴⁵ Man mag das als Verantwortlichkeit *sui generis* bezeichnen, aber jedenfalls ist es ein selbständiger Unterlassungsvorwurf.¹⁴⁶ Der Angeklagte ist im Kategorieverständnis der UN ad hoc-Tribunale damit nicht nur nebenverantwortlich für die begangene Tat (*accomplice liability*), sondern originär für ihre Begehung verantwortlich;¹⁴⁷ und das, obwohl dieser Unterlassungsvorwurf zugleich von der Existenz einer fremden Tat (der des Untergebenen) abhängig ist.¹⁴⁸

In einer wertenden Betrachtungsweise der einzelnen Beteiligungsmodalitäten hat die Vorgesetztenverantwortlichkeit gegenüber den anderen Beteiligungsmodalitäten lediglich subsidiären Charakter.¹⁴⁹ Das heißt, sie kommt nur zur Anwendung, wenn nicht die vorrangigen Beteiligungsformen aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut eingreifen. In den Worten der Verfahrenskammer im Verfahrensurteil gegen Blaškić wurde dies so formuliert:

*„It would be illogical to hold a commander criminally responsible for planning, instigating or ordering the commission of crimes and, at the same time, reproach him for not preventing or punishing them. However, as submitted by the Prosecution, the failure to punish past crimes, which entails the commander’s responsibility under Article 7(3), may, pursuant to Article 7(1) and subject to the fulfilment of the respective mens rea and actus reus requirements, also be the basis for his liability for either aiding and abetting or instigating the commission of further crimes.“*¹⁵⁰

b. Abgrenzung zu den allgemeinen Beteiligungsformen aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut

Da die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut damit nur in Frage kommt, wenn keine Verantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut begründet ist, ist zu klären, wie die Vorgesetztenverantwortlichkeit von den dort genannten vorrangigen Tatbegehungs- oder Tatbeteiligungsformen abzugrenzen ist. Alle Beteiligungsformen, mit Ausnahme der Anordnung, können auch durch Unterlassen begangen werden.¹⁵¹ Das bedeutet, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit neben durch aktives Tun oder Unterlassen erfüllten Begehungsformen

¹⁴⁴ Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 74.

¹⁴⁵ Mettraux, *International Crimes and the ad-hoc Tribunals*, 2006, S. 297; Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 38.

¹⁴⁶ Eine Einstufung als ein echtes oder unechtes Unterlassungsdelikt ist aus völkerstrafrechtlicher Sicht irrelevant, näheres dazu bei Weigend, *ZStW* 116 (2004) ,999 (1006 f.).

¹⁴⁷ Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 39.

¹⁴⁸ Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 39.

¹⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, paras. 91 et seq.

¹⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 337.

¹⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 663.

aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut nur einen eng begrenzten Anwendungsbereich haben sollte. Das Jugoslawientribunal hat dafür drei Kriterien erarbeitet:

- a) Zunächst ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit – im Gegensatz zu den allgemeinen Beteiligungsformen aus Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut – eine strafrechtliche Beteiligungsform allein wegen Unterlassens (*for the failure to act*).¹⁵² Dieses Kriterium hilft als Abgrenzungskriterium aber nicht weiter, da jede Beteiligungsmodalität, mit Ausnahme der Anordnung, auch durch Unterlassen begangen werden kann.¹⁵³
- b) Anders als bei den Formen der Tatbegehung oder -beteiligung nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut, hat der Vorgesetzte bei einer Verantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut keine unmittelbare Verbindung zum physischen Tatgeschehen (*direct link*).¹⁵⁴ Die Verfahrenskammer in *Kordić & Čerkez* umschreibt die Verantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut daher als direkte und die nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut als indirekte Verantwortlichkeit.¹⁵⁵ Die Kammern fordern für die allgemeinen Tatbegehungsmodalitäten nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen individuellem Beitrag zur Tatbegehung und Tat, wenn auch nicht einen Kausalzusammenhang in Gestalt einer Beteiligung *conditio sine qua non*.¹⁵⁶ Verlangt ist hier eine wesentliche Auswirkung der Beteiligung (zum Beispiel der Anstiftung zur oder der Anordnung einer Straftat) auf die unmittelbar physische Tatbegehung.¹⁵⁷

Für die Begründung der indirekten strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten wird sogar auf diese Voraussetzung eines merkbaren Effekts der Handlung/des Unterlassens des Vorgesetzten auf das Tatgeschehen verzichtet: „*The distinguishing factor between the modes of responsibility expressed in Articles 7(1) and 7(3) of the Statute may be seen, inter alia, in the degree of concrete influence of the superior over the crime in which his subordinates participate: if the superior’s intentional omission to prevent a crime takes place at a time when*

¹⁵² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 226.

¹⁵³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 409.

¹⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 367.

¹⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 367.

¹⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, paras. 26-28; ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Trial Judgement, 31 January 2005, para. 332 „[...] a causal link between the act of ordering and the physical perpetration of a crime [...]. [...] this link need not be such as to show that the offence would not have been perpetrated in the absence of the order [...]“; ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26. February 2001, para. 387; ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 June 2006, para. 284; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 409.

¹⁵⁷ Teilweise von den Kammern als „*influence of the superior*“ bezeichnet, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Chamber, 29 July 2004, para. 664; ähnlich: „*superior’s conduct had a positive effect*“, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 December 2003, para. 169; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 409.

the crime has already become more concrete or currently occurs, his responsibility would also fall under Article 7 (1) of the Statute ¹⁵⁸

Der Vorgesetzte wird für sein Unterlassen im Angesicht der fremden Tatbegehung nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut verantwortlich gemacht, wenn er es vorsätzlich versäumt hat, eine gerade stattfindende oder unmittelbar bevorstehende Straftat seiner Untergebenen zu verhindern. Sein Unterlassen hatte hier einen größeren Effekt auf die bevorstehende oder gerade stattfindende Tatverwirklichung. Dagegen wird der Vorgesetzte dann, wenn das Delikt bereits ohne sein Wissen stattgefunden hat oder er zumindest zur Zeit der Tatbegehung nur hätte wissen können, aber nicht aktiv wusste, dass ein Verbrechen durch seine Untergebenen begangen wurde, nur nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut verantwortlich gemacht. Die Verantwortung entsteht für die Verletzung seiner Kommandantenpflichten, entsprechenden Hinweisen nachzugehen oder solchen Verbrechen hinreichend vorzubeugen, eben, weil er hätte wissen müssen, dass seine Untergebenen ein Kernverbrechen begehen würden und er dies nicht verhindert hat. Wesentliche Auswirkungen dieser Pflichtverletzung als Kommandant auf die unmittelbare Tatbegehung sind in diesen Fällen denklogisch nicht möglich, insbesondere nicht, wenn der Vorgesetzte zeitlich und örtlich vom Tatgeschehen entfernt ist. Das reine „Nichtstun/Nichtwissen“ weitab vom Ort der Tatbegehung kann – anders als bei der Beteiligungsform der psychischen Beihilfe oder der Anstiftung durch Ermutigung zur Tat bei Anwesenheit und bewusstem Nichteingreifen ins Geschehen – die Begehung des Kernverbrechens nicht wesentlich beeinflussen.

Dieses Abgrenzungskriterium der direkten/indirekten Verantwortlichkeit bringt in vielen Fällen Klarheit, jedoch bleiben eine Reihe von Fällen im Grenzbereich der beiden Kategorien, deren Zuordnung nicht eindeutig ist. Das gilt vor allem für Sachverhalte, in denen sich der Vorgesetzte am Tatort befindet und Kenntnis vom Tatgeschehen hat, aber nicht eingreift. Da Vorgesetztenverantwortlichkeit auch bei vorsätzlichem Nichterfüllen der Kommandantenpflichten in Kenntnis der Tatbegehung durch die Untergebenen eingreift, nicht nur bei fahrlässiger Unkenntnis der Taten, kann es hier sowohl zu einer Anwendung von Tatbegehungsmodalitäten nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut als auch zur Anwendung von *command responsibility* kommen.¹⁵⁹ Die Rechtsprechung von ICTY und ICTR zu diesen Fallkonstellationen deutet darauf hin, dass ICTY und ICTR in solchen Konstellationen dazu neigen, eine allgemeine Tatbegehungsform nach Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut anzunehmen, was

¹⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Chamber, 29 July 2004, para. 664; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 409 f.

¹⁵⁹ Fallbeispiele bei *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 410-412.

sich dogmatisch möglicherweise mit dem wesentlichen Einfluss des Vorgesetzten auf die Tat begründen lässt.¹⁶⁰ Aber insgesamt wird in den Urteilen nicht wirklich begründet, warum die Einflussmöglichkeiten des Unterlassens geringer sein sollen, wenn das Unterlassen des Vorgesetzten einzugreifen und die Tatbegehung zeitlich nicht unmittelbar zusammenfallen, das heißt wenn der Vorgesetzte nicht konkret am Tatort war und die Verbrechensbegehung miterlebt hat.

- c) Weiterhin wurde als Charakteristikum der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Abkehr zu den allgemeinen Beteiligungsformen vorgebracht, dass auf der inneren Tatseite weder Vorsatz zu noch Kenntnis von der Begehung des Kernverbrechens vorliegen müssen, dass also fahrlässige Unkenntnis genügt. Das geht indirekt aus den Beschreibungen des Zusammenspiels zwischen dem Verhalten des Untergebenen und dem Beitrag des Vorgesetzten zur Ermöglichung der Tatbegehung in der Rechtsprechung der UN-ad hoc Tribunale hervor:

*„More generally, there is no requirement of any form of active contribution or positive encouragement, explicit or implicit, as between superior and subordinate, and no requirement of awareness by the subordinate of the superior’s disposition, for superior liability to arise under Article 7(3).”*¹⁶¹

c. Äußere Tatseite

- aa. *The existence of a superior-subordinate relationship between the commander or superior and the alleged principals of offender*

Bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit handelt es sich dem Typus nach nicht um ein Sonderdelikt, also keinen eigenständigen Straftatbestand, sondern um eine eigenständige Form der Verantwortlichkeit für eine fremde Tat aufgrund eigenen Unterlassens. Man mag das eine Verantwortlichkeitsform *sui generis* nennen,¹⁶² aber wichtig ist insoweit nur die Feststellung, dass es keine rein akzessorische Beteiligung an einem fremden Tatgeschehen ist, sondern eine originäre Verantwortung für die Tat.¹⁶³ Die bereits oben erwähnte Differenzierung zwischen den Begrifflichkeiten *command* oder *superior responsibility* ist für die Bestimmung des möglichen Täterkreises relevant.¹⁶⁴ Denn die Herleitung der Vorgesetztenverantwortlichkeit aus dem ZP I ohne Modifikation birgt die Problematik, dass der Täterkreis der Vorgesetztenverantwortlichkeit dann eigentlich auf militärische Befehlshaber, daher *command responsibility*, begrenzt bleiben müsste, denn nur diese sind in Artikel 87 ZP I erfasst. Ein militärischer Befehlshaber ist derjenige, der aus eigener Autorität heraus Befehle an seine

¹⁶⁰ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 410, 412.

¹⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 December 2003, para. 169.

¹⁶² ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 78.

¹⁶³ Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 38.

¹⁶⁴ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 74 f.

Truppenmitglieder erteilen kann.¹⁶⁵ Ein Kommandant fällt damit automatisch unter den potentiellen Täterkreis der Vorgesetztenverantwortlichkeit (*prima-facie Beweis*).¹⁶⁶ Aber die formale Kommandanteneigenschaft genügt nicht *per se*, um als Vorgesetzter verantwortlich zu sein.¹⁶⁷ Dazu muss der formale Kommandant auch noch *de facto* Kommandant sein, also tatsächlich die Kontrolle über seine Untergebenen ausüben.¹⁶⁸

In der *Čelebići* Entscheidung befasste sich die Kammer des ICTY mit der Frage, ob auch andere Personenkreise in hierarchischen Strukturen unter die Beteiligungsform der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu fassen sind.¹⁶⁹ Eine Verantwortlichkeit von *Chiefs of staff*, also die Anführer der Staboffiziere, wurde durch die Kammer des ICTY bestätigt.¹⁷⁰ Der *Chief of staff* ist das Verbindungsglied zwischen den Staboffizieren und dem Kommandanten.¹⁷¹ Er hat aber eigentlich keine Befehlsgewalt gegenüber den Untergebenen.¹⁷² Er setzt lediglich die Weisungen des Kommandanten um und berichtet von der Situationen im Kampfgebiet.¹⁷³ Da er aber die Möglichkeit hat, die Umsetzung der Weisungen des Kommandanten zu verweigern, kommt eine eigene Verantwortlichkeit durchaus in Frage.¹⁷⁴

Entscheidendes Kriterium ist schlicht, ob der Vorgesetzte zum Zeitpunkt der Geschehnisse *de facto* oder *de iure* eine tatsächliche Kontrollmöglichkeit bezüglich seiner Untergebenen hatte: „*Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates.*“¹⁷⁵

Die hinter der militärischen Befehlsgewalt stehende Idee tatsächlicher effektiver Kontrolle über die Untergebenen¹⁷⁶ hat sich dann auch als Anknüpfungskriterium für die Erweiterung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf nicht-militärische Akteure durchgesetzt, die heute in Artikel 28 des Römischen Statuts eines Internationalen Strafgerichtshofs niedergelegt ist.

¹⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 365.

¹⁶⁶ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 370.

¹⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 370; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 112.

¹⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 370.

¹⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras. 365 et seq. Hierzu wertet er verschiedene Entscheidungen internationaler Militärgerichte aus.

¹⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras. 368-378.

¹⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 367.

¹⁷² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 367.

¹⁷³ ICTY *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 367.

¹⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras. 369 et seq.

¹⁷⁵ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 370; bestätigt von der Berufungskammer, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, paras. 186 et seq., para. 214.

¹⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 378.

Das Verhältnis vom Vorgesetzten zum Untergebenen ist damit zentral für die Feststellung einer Verantwortlichkeit als Vorgesetzter für die begangene Tat.¹⁷⁷ Dieses Verhältnis muss so ausgestaltet sein, dass der Vorgesetzte die effektive Kontrolle (*effective control*) über seinen Untergebenen ausübt, also die tatsächliche Fähigkeit (*material ability*) besitzt, Kernverbrechen seines Untergebenen zu verhindern oder diesen nach Tatbegehung zu bestrafen.¹⁷⁸ Der Verantwortliche muss die tatsächliche Möglichkeit haben, das Verhalten der unmittelbar eigenhändig handelnden Täter zu unterbinden oder zu ahnden.¹⁷⁹ Eine bloße Beeinflussungsmöglichkeit reicht nicht aus.¹⁸⁰

Folglich können auch Zivilisten Vorgesetzte im Sinne dieser Doktrin sein, unter dem Vorbehalt, dass ihre Kontrollmöglichkeiten über ihre Untergebenen denen in militärischen Strukturen ähneln muss:

„With the caveat that such authority can have a de facto as well as a de jure character, the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders.“¹⁸¹

Zwar müssen bei zivilen Vorgesetzten die Strukturen militärähnlich sein, allerdings modifiziert der ICTY die Anforderungen an die möglichen Kontrollmaßnahmen. Es reicht aus, dass der nichtmilitärische Vorgesetzte kraft seiner Stellung die Möglichkeit besitzt, die für die Bestrafung notwendigen Maßnahmen durch Benachrichtigung der zuständigen Stellen einzuleiten.¹⁸²

Darüber hinaus können auch mehrere Personen nebeneinander innerhalb eines „Hierarchiegefälles“ verantwortlich sein, solange sie effektive Kontrolle über die Untergebenen haben.¹⁸³

Bislang anerkannte Gruppen der Vorgesetzten sind militärische Befehlshaber, politische Funktionsträger, Funktionsträger in Gefängnissen und Internierungslagern sowie in Unternehmen.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 74.

¹⁷⁸ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 302; Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 74 f.; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 108 f.

¹⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, paras. 256, 304; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 114.

¹⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 266 f.

¹⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 378.

¹⁸² ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, Trial Judgement, 25 June 1999, para. 78; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 115 f.

¹⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, Trial Judgement, 25 June 1999, para. 106; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 110 f.

¹⁸⁴ Vertiefend unter Darstellung aller durch den ICTY abgeurteilter Fälle: Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 118.

bb. Unterlassungsvorwurf/Handlungspflicht (präventive und repressive Pflichten): *the superior failed to take necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof*

Wie bereits erwähnt wird dem Vorgesetzten vorgeworfen, eine Handlungspflicht (*duty to prevent*) verletzt zu haben.

Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut sieht zwei Anknüpfungspunkte für die Begründung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten vor.¹⁸⁵ Zum einen die Missachtung der Pflicht zur Verhinderung von Straftaten seiner Untergebenen.¹⁸⁶ Zum anderen die unterlassene Aufklärung und Ahndung bereits begangener Verbrechen.¹⁸⁷

Das vorwerfbare Unterlassen ist mit der Kenntnis von der Verbrechensbegehung verknüpft. Die Pflicht zur Verbrechensprävention/-hinderung entsteht, wenn der Vorgesetzte Kenntnis (*knowledge*) oder hinreichende Gründe zur Annahme hat, dass ein Verbrechen künftig begangen wird oder bereits mit der Ausführung begonnen wurde (*reasonable grounds that a crime is being or is about to be committed*).¹⁸⁸ Die Pflicht zur Ahndung eines Kernverbrechens (*duty to punish*) entsteht, wenn der Vorgesetzte Kenntnis (*knowledge*) oder hinreichende Gründe zur Annahme hatte, dass Kernverbrechen begangen wurden.¹⁸⁹ Die Pflichtverletzung des Vorgesetzten kann nicht dadurch geheilt werden, dass er die Untergebenen nach der Tatbegehung bestraft, wenn er vor Tatbegehung Kenntnis vom Verbrechen hatte, aber keine geeigneten Maßnahmen zur Verhinderung ergriffen hat.¹⁹⁰

Die Anforderungen an die Pflichtverletzungen sind strikt mit der Möglichkeit des Vorgesetzten verknüpft, die Untergebenen effektiv zu kontrollieren (*effective control*). Wenn der Vorgesetzte faktisch nicht die Möglichkeit hatte, Maßnahmen gegen die Untergebenen einzuleiten, dann kann er hierfür auch nicht zur Rechenschaft gezogen werden: „*A superior will be liable for a failure to take such measures that are ,within his material possibility’.*“¹⁹¹ Gemeint sind die tatsächlich möglichen Eingriffsmaßnahmen. Dass der Vorgesetzte rechtlich zu bestimmten Maßnahmen nicht ermächtigt ist, ist irrelevant, wenn er unter den Umständen tatsächlich Maßnahmen ergreifen konnte.¹⁹²

¹⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 83; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 83; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁸⁸ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 83; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁸⁹ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 336; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 72.

¹⁹¹ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 73.

¹⁹² ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 72; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 73: „*Therefore, the question as to*

Die Feststellung, was unter notwendigen und angemessenen Maßnahmen zu verstehen ist, ist keine Frage des materiellen Rechts, sondern eine Beweisfrage.¹⁹³ Das Gericht prüft für den Einzelfall welche Maßnahmen angemessen waren.¹⁹⁴ Relevante Faktoren bei der Würdigung des Geschehens sind, unter anderem, ob der Vorgesetzte Anordnungen zur Verbrechensverhinderung ausgesprochen hat bzw. welche sonstigen Präventivmaßnahmen ergriffen wurden, und ob diese Maßnahmen für sich genommen auch ausreichend waren (*reasonably sufficient*), um die Verbrechen zu verhindern.¹⁹⁵ Zu berücksichtigende Faktoren für Maßnahmen nach Verbrechensbegehung sind, ob der Vorgesetzte Schritte vorgenommen hat, die es ermöglichten, Ermittlungen gegen die Täter einzuleiten, um diese vor Gericht zu stellen.¹⁹⁶

cc. Der Streit um ein Kausalitätserfordernis

(1) *Die Rechtsprechung des ICTY*

Der ICTY prüft unter dem Begriff der Kausalität grundsätzlich Kausalität im Sinne der *conditio sine qua non* Formel. Doch in der *Čelebići*-Entscheidung (*Prosecutor v. Delalić et al.*) lehnte die Verfahrenskammer des ICTY das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs im Sinne der *conditio sine qua non* Formel zwischen der Verbrechensverwirklichung durch den Untergebenen und den unterlassenen Maßnahmen des Vorgesetzten ab:

„ [...] *has found no support for the existence of a requirement of proof of causation as a separate element of superior responsibility, either in the existing body of case law, the formulation of the principle in existing treaty law, or, with one exception, in the abundant literature on this subject.*“¹⁹⁷

Ein solcher Kausalzusammenhang in Gestalt einer *conditio sine qua non* scheidet insbesondere für die Verantwortlichkeit wegen nicht erfolgter Verbrechensahndung bereits denklogisch aus, da die

whether a superior had explicit legal capacity to take such measures may be irrelevant under certain circumstances if it is proven that he had the material ability to act.“

¹⁹³ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 74: „*The determination of what constitutes ‚necessary and reasonable measures‘ to prevent the commission of crimes or to punish the perpetrators is not a matter of substantive law but of evidence*“; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 72.

¹⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 72; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 73.

¹⁹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Trial Judgement, 31 January 2005, para. 378; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 74.

¹⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Trial Judgement, 31 January 2005, para. 378; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 74.

¹⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 398; ebenso ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 186: „*That Chamber held that a causal link has not traditionally been considered as a conditio sine qua non for the imposition of criminal responsibility on superiors for their failure to prevent or punish offences committed by their subordinates. Accordingly, that Trial Chamber relied on relevant case law to consider that there was no support for the existence of a requirement of proof of causation as a separate element of superior responsibility*“; Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 205, 301; Mettraux, *International Crimes and the Ad hoc Tribunals*, 2006, S. 309.

unterlassene Verbrechensahndung niemals kausal für die zeitlich vorangegangene Tat sein könne.¹⁹⁸ In der *Halilović* Entscheidung wird das Kausalitätserfordernis bereits deshalb abgelehnt. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit sei ihrer Rechtsnatur nach eine Verantwortlichkeit *sui generis* für das Verletzen eigener originärer Handlungspflichten.¹⁹⁹ Ein Kausalitätserfordernis liefe daher der Rechtsnatur der Vorgesetztenverantwortlichkeit zuwider, wenn eine Abhängigkeit der Tat des Untergebenen von ihr verlangt werden würde.²⁰⁰

Anders hingegen wird der Bedarf nach einem Kausalzusammenhang bei der Verbrechensverhinderung gewertet.²⁰¹ Ein Unterlassungsvorwurf setzt hier voraus, dass die Tatbegehung beim Ergreifen der erforderlichen Maßnahmen durch den Vorgesetzten hätte verhindert werden können:

*„This is not to say that, conceptually, the principle of causality is without application to the doctrine of command responsibility insofar as it relates to the responsibility of superiors for their failure to prevent the crimes of their subordinates. In fact [...] necessary causal nexus may be considered to be inherent in the requirement of crimes committed by subordinates and the superior’s failure to take the measures within his powers to prevent them. In this situation, the superior may be considered to be causally linked to the offences, in that, but for his failure to fulfil his duty to act, the acts of his subordinates would not have been committed.“*²⁰²

Die Appellationskammer im *Blaškić*-Verfahren relativierte die Entscheidung dahingehend, dass hier prozessuale Beweislösungen miteinbezogen werden. Die Kammer erklärt, dass das Erfordernis des Kausalzusammenhangs in Bezug auf die Verbrechensprävention von der Anklagebehörde in jedem Fall nachgewiesen werden müsse.²⁰³ Das Vorliegen eines Verursachungszusammenhangs (*nexus*) zwischen

¹⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 400: „[...] no such causal link can possibly exist between an offence committed by a subordinate and the subsequent failure of a superior to punish the perpetrator of that same offence. The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognized under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility.“; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 205 f.

¹⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 78: „If a causal link were required this would change the basis of command responsibility for failure to prevent or punish to the extent that it would practically require involvement on the part of the commander in the crime his subordinates committed, thus altering the very nature of the liability imposed under Article 7(3).“; ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 191.

²⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 78; ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 191.

²⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 398; ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 187; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206.

²⁰² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 399; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206.

²⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, para. 77: „The Appeals Chamber is therefore not persuaded by the Appellant’s submission that the existence of causality between a commander’s failure to prevent subordinates’ crimes [...], is an element of command responsibility that requires

den unterlassenen Maßnahmen zur Verbrechensprävention durch den Vorgesetzten und der Verbrechensbegehung durch den Untergebenen werde im Rahmen einer Beweislastumkehr zunächst vermutet und der Angeklagte müsse das Nichtvorliegen der Verknüpfung im Einzelfall beweisen: „*Secondly, it is presumed that there is such a nexus between the superior’s omission and those crimes. The Prosecution therefore has no duty to establish evidence of that nexus. Instead, the Accused must disprove it.*“²⁰⁴. Die materiell-rechtlichen Anforderungen an Zusammenhang von Unterlassen und späterer Tat bleiben damit offen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass von der Anklagebehörde kein Nachweis der Kausalität oder eines Verursachungszusammenhangs im Sinne eines *causal link/nexus* verlangt wird, wobei hier ein Kausalzusammenhang gemeint ist, der nicht die Anforderungen *conditio sine qua non* erfüllen muss (und auch nicht erfüllen kann). Auch sei das Kausalitätserfordernis (gemeint als Kausalität im Sinne von *conditio sine qua non*) keine völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Voraussetzung im Bereich der „Vorgesetztenverantwortlichkeit“. Gleichzeitig gibt es aber das Erfordernis eines Verursachungszusammenhangs bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit insoweit, als dass eine Exkulpation des Vorgesetzten möglich ist, wenn die Verteidigung belegen kann, dass ein inhaltlicher Zusammenhang (*nexus*) zwischen Verhalten des Vorgesetzten und Tatbegehung fehlt. Aber welche Bedingungen dieser Zusammenhang genau erfüllen muss, bleibt wegen des Ausweichens auf eine Beweislösung unklar. Die Aufgabe sich zu exkulpieren wird dem Angeklagten überantwortet, der dann aber natürlich nur begründete Zweifel an der Existenz eines Verursachungszusammenhangs wecken und keinen Nachweis eines fehlenden Zusammenhangs jenseits vernünftiger Zweifel antreten muss.

(2) *Literaturmeinungen*

Burghardt kritisiert die Rechtsprechung des ICTY zur Kausalitätsfrage als viel zu ungenau.²⁰⁵ Vor allem moniert er das eingeschränkte Kausalitätsverständnis des ICTY.²⁰⁶ Auch sei der Anknüpfungspunkt für das Kausalitätserfordernis unzutreffend bestimmt worden, denn die hypothetische Kausalbeziehung müsse zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg der Unterlassung bestehen, konkret zwischen dem Unterlassen, Präventivmaßnahmen zu ergreifen, und dem Erfolg, der Begehung des Verbrechens durch die Untergebenen, oder zwischen dem Unterlassen, ein bereits begangenes Verbrechen zu sanktionieren, und dem Erfolg dieser Unterlassung, dass das Verbrechen dann auch tatsächlich nicht

proof by the Prosecution in all circumstances of a case“; Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206.

²⁰⁴ ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 March 2006, para. 193; *Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206.*

²⁰⁵ *Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206 ff.*

²⁰⁶ *Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 301.*

sanktioniert wurde.²⁰⁷ Die UN ad hoc-Tribunale bestimmen diese Beziehungen nicht klar, eben auch weil ihnen die Beweislastlösung erfolgsversprechender erscheint.

Burghardt führt weiter aus, dass – sofern man für eine Prüfung der hypothetischen Kausalität beim Unterlassen deutsche Maßstäbe anlegt – nur relevant sei, ob die dem Vorgesetzten prinzipiell möglichen, aber unterlassenen Maßnahmen der Verbrechensverhinderung oder -ahndung, nach den *konkreten Umständen* erfolgsversprechend gewesen wären.²⁰⁸ Wird gefordert, dass die Maßnahme erfolgsversprechend sein muss, ist der Vorgesetzte nur dann verantwortlich, wenn die Maßnahme hypothetisch auch *konkret* zur Verhinderung oder Ahndung beigetragen hätte.²⁰⁹

Vorzugswürdig sei, eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten bereits dann anzunehmen, wenn er eine Maßnahme unterlassen hat, die nach den *gewöhnlichen Umständen*, also nicht zwingend im konkreten Fall, zum Erfolg geführt hätte, also entweder der Verbrechensverhinderung oder -ahndung.²¹⁰ Nach den gewöhnlichen Umständen führen Maßnahmen zur Verbrechensverhinderung oder -ahndung, wenn sie den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts zu Verhinderungsmaßnahmen in funktionierenden Hierarchiestrukturen entsprechen.²¹¹

Die Frage nach der konkreten Erfolgsgeeignetheit der Maßnahme ist für den ICTY dagegen kein Problem der Kausalität, da er in diesem Kontext keinen naturalistischen Kausalitätsbegriff anwendet, sondern ein Element seiner „normativen Betrachtung“ des Geschehens.²¹² Der ICTY erörtert also nicht eine hypothetische Kausalität, ausgehend von einer gedachten Erfolgsverhinderungseignung der zu ergreifenden, aber vom Vorgesetzten tatsächlich unterlassenen Maßnahmen, sondern nur, ob das Verhalten des Vorgesetzten (sprich sein Unterlassen) *wesentlichen Einfluss (substantial effect)* auf die Verbrechensverwirklichung hatte.²¹³

Mettraux kritisiert die Rechtsprechung des ICTY dahingehend, dass der gänzliche Verzicht auf einen Kausalzusammenhang dazu führe, dass der Vorgesetzte in jedem Fall hafte und daher erst recht keine geeigneten Maßnahmen ergreifen würde, um die Tat zu verhindern, da seine Bemühungen dann, wenn es zum Verbrechen gekommen ist, nachweislich vergeblich waren und die UN-ad hoc Tribunale für das Unterlassen, noch mehr zu tun, bereits einen *substantial effect* auf die Verbrechensbegehung bejahen würden:

²⁰⁷ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 206.

²⁰⁸ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 207.

²⁰⁹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 207.

²¹⁰ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 207, 219.

²¹¹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 219.

²¹² Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 207, 301.

²¹³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 207.

„[...] *in fact create a disincentive for commanders to comply with their duties [...]*“²¹⁴

Vorzugswürdiger sei es, einen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Vorgesetzten und der (noch in der Zukunft liegenden) Verbrechensbegehung des Untergebenen zu fordern.²¹⁵ Es gelte, den Tätern auch aus Opferschutzgründen einen Anreiz zu legalem Verhalten zu geben, vor allem dazu, bestmögliche Präventionsmaßnahmen anzustreben, um so darzulegen, dass er alles Zumutbare zur Tatverhinderung unternommen hat.

Daher müsse dem Angeklagten nachgewiesen werden, dass die Verbrechensbegehung verhindert werden konnte, wenn der Vorgesetzte notwendige und angemessene Maßnahmen ergriffen hätte, unmittelbar nachdem er erfahren hat, dass ein Verbrechen begangen werden soll.²¹⁶ Der Vorwurf der Vorgesetztenverantwortlichkeit betrifft die Missachtung der Ergreifung (*frühzeitig*) geeigneter Maßnahmen, welche die Möglichkeit zur Verbrechensverwirklichung geschaffen hat:

„*His failure to act effectively created the possibility for his subordinates to commit the crime.*“²¹⁷

Ähnliche Ausführungen macht *Mettraux* auch bezogen auf die nachträgliche Verbrechensahndung.²¹⁸ Anders als die Kammern des ICTY, die ein Kausalitätserfordernis für die Verbrechensahndung denklogisch ausschließen, da der Unterlassungsvorwurf erst zeitlich nach Tatbegehung entsteht,²¹⁹ bildet *Mettraux* den Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen des Vorgesetzten zu bestrafen und der daraus folgenden Straflosigkeit des Untergebenen.²²⁰ Unmittelbar nach Kenntniserlangung über die Verbrechensverwirklichung hätte der Vorgesetzte geeignete Maßnahmen treffen können und müssen, damit Strafverfolgungsmaßnahmen eingeleitet werden,²²¹ so dass am Ende die Straflosigkeit des Untergebenen auf die Untätigkeit des Vorgesetzten zurückgeführt werden kann.²²²

Insgesamt kreist die Diskussion um Kausalitätsbegriffe und um die Anknüpfungspunkte für den Kausalzusammenhang. Die Kausalitätsbegriffe werden im Rahmen eines kasuistischen Vorgehens von jeder Seite anders mit Inhalt gefüllt. Einigkeit herrscht aber dahingehend, dass jedenfalls ein Kausalitätserfordernis im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel nicht notwendig ist. Der ICTY verzichtet bezüglich der Variante der unterlassenen Verbrechensahndung zudem gänzlich auf ein Kausalitätserfordernis (bezogen auf eine Verknüpfung der Straftat und dem nachträglichen Unterlassen, sie zu bestrafen). Nur im Bereich der unterlassenen Verbrechensprävention verlangte der

²¹⁴ *Mettraux*, International Crimes and the Ad hoc Tribunals, 2006, S. 310.

²¹⁵ *Mettraux*, International Crimes and the Ad hoc Tribunals, 2006, S. 310.

²¹⁶ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 87.

²¹⁷ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 87 f.

²¹⁸ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 89.

²¹⁹ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 89.

²²⁰ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 89.

²²¹ *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 89.

²²² *Mettraux*, The Law of Command Responsibility, 2009, S. 89.

ICTY in seinen früheren Entscheidungen einen Kausalzusammenhang (*causal nexus*) zwischen der Pflichtverletzung des Vorgesetzten, Präventivmaßnahmen zu ergreifen, und der anschließenden Verbrechensbegehung. Auch hier war keine Kausalität im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel gefordert. Nur wurden die Anforderungen an diesen Kausalzusammenhang nie geklärt, weil die spätere Rechtsprechung auf Beweislösungen auswich, wonach dieser besondere Kausalzusammenhang zunächst als vorliegend vermutet wurde, wenn nicht der Angeklagte an dieser Vermutung begründete Zweifel wecken konnte.

d. Innere Tatseite: the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so

Im Rahmen der Vorgesetztenverantwortlichkeit muss der Vorgesetzte Kenntnis (*knowledge*) von der bevorstehenden Begehung des Verbrechens oder dem bereits begangenen Verbrechen haben oder Anhaltspunkte (*reason to know*) für die bevorstehende oder bereits begangene Tat, vgl. Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut.²²³ Die Kammern des ICTY erachten das Vorliegen der inneren Tatseite als zwingend, da es sich bei der Beteiligungsform nicht um eine verschuldensunabhängige Haftung handelt (*not a form of strict liability*).²²⁴

aa. Wissen (the superior „knew“)

Kenntnis liegt vor, wenn der Vorgesetzte von der Verbrechensverwirklichung und der Beteiligung seines Untergebenen hieran positive Kenntnis hatte, also davon wusste (*knew*).²²⁵ Der Vorsatz wird anhand von Indizien ermittelt (*circumstantial evidence*).²²⁶ Ausreichend ist, wenn der Vorgesetzte Informationen hatte, die zumindest auf das Risiko der Verbrechensbegehung hinwiesen.²²⁷ Anzahl, Art und Umfang der Verbrechen und der Zeitraum, in dem die Verbrechen begangen wurden, sind maßgebend für die Beurteilung des Vorsatzes.²²⁸ Je näher der Vorgesetzte sich physisch am Tatgeschehen befindet, desto wahrscheinlicher ist sein Vorsatz gegeben.²²⁹ Im Umkehrschluss müssen

²²³ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 64; *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 77; *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 414 f.

²²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 239; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 65.

²²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 65; *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, 2007, S. 415; *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 77.

²²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 223 ff.; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 66.

²²⁷ *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 77.

²²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 386; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 66.

²²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 386; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 66.

dem Gericht mehr Beweise vorgelegt werden, wenn der Vorgesetzte vom Tatgeschehen örtlich entfernt war.²³⁰

bb. Fahrlässiges Nichtwissen (the superior „had reason to know“)

Der Vorgesetzte hat Anhaltspunkte für die Verbrechensbegehung, also Kenntnis, wenn er im Besitz von Informationen ist, die auf das begangene oder bevorstehende Verbrechen hinweisen.²³¹ Die Informationen müssen indes nicht speziell auf die Begehung eines bestimmten Verbrechens gerichtet sein. Es reicht bereits aus, dass der Vorgesetzte Kenntnis davon hatte, dass Soldaten seiner Einheit vor Einsätzen Alkohol konsumieren oder instabile und gewaltbereite Charakterzüge aufweisen.²³² Die Appellationskammer im *Čelebići* Fall nimmt direkten Bezug auf die Kommentierung des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes zu Artikel 86 Abs. 2 Zusatzprotokoll I²³³, in der es heißt, dass Informationen über auffällige Charakterzüge der Soldaten ausreichen, um auf die erfolgte/potentielle Verbrechensbegehung durch den Untergebenen zu schließen.²³⁴

Insgesamt wird auch hier das Vorliegen der Kenntnis in einer Einzelfallbetrachtung des Geschehens unter Heranziehung von Indizien begründet.²³⁵ Kenntnis kann nicht bereits dann angenommen werden, wenn der Vorgesetzte es unterlassen hat, bestimmte Informationen zu sammeln.²³⁶ Vielmehr liegt Kenntnis vor, wenn der Vorgesetzte die nötigen Mittel hatte, um weitere relevante Informationen zu sammeln, um Kenntnis von der Situation zu erlangen und *bewusst* hierauf verzichtet hat: „*The point here should not be that knowledge may be presumed if a person fails in his duty to obtain the relevant*

²³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 66.

²³¹ ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 67.

²³² ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 238; ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 November 2005, para. 68.

²³³ ICRC Commentary of 1987 (Additional Protocol I), Artikel 86, para. 3545, abrufbar unter: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BA2C2393DA08B951C12563CD00437A1C> (zuletzt abgerufen am 13. Januar 2020): „*According to post-war judicial decisions, the tactical situation, the level of training and instruction of subordinate officers and their troops, and their character traits are also pieces of information of which the superior cannot claim to be ignorant. (37) Such information available to a superior may enable him to conclude either that breaches have been committed or that they are going to be committed (examples would be information on lack of any instruction for the troops on the Geneva Conventions and the Protocol, on the means of attack allocated or available in an area densely populated by civilians, on lack of medical services and absence of instructions relating to prisoners of war). Every case must be assessed in the light of the situation of the superior concerned at the time in question, in particular distinguishing the time that the information was available and the time at which the breach was committed, also taking into account other circumstances which claimed his attention at that point, etc. (38)*“; ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 238.

²³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, paras. 237 et seq.

²³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 239.

²³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 226.

information of a crime, but that it may be presumed if he had the means to obtain the knowledge but deliberately refrained from doing so.“²³⁷

D. Ungeschriebene Beteiligungsmodalitäten, die dennoch in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut verankert sind: Joint Criminal Enterprise und Mittäterschaft

Neben den in Artikel 7 ICTY-Statut ausdrücklich normierten Beteiligungsformen sind noch weitere Beteiligungsmodalitäten in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut verankert.²³⁸ Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut ist Ausdruck des Schuldprinzips.²³⁹ Danach umfasst die Norm auch ungeschriebene Beteiligungsformen, solange sie mit dem Schuldprinzip (*principle of personal culpability*) vereinbar sind.²⁴⁰ Alle nicht normierten Formen strafbarer Beteiligung sind möglich, solange diese zum Tatzeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich anerkannt waren.²⁴¹ Dies wird aus dem Grundsatz hergeleitet, dass „alle Beteiligten, die mitwirken“ (*all persons who participate*) verantwortlich sind.²⁴² Bislang abgeurteilte Beteiligungsformen, die im Folgenden dargestellt werden, sind das Joint Criminal Enterprise (gemeinsame verbrecherische Unternehmen) und die Mittäterschaft (*co-perpetrationship*).²⁴³

Joint Criminal Enterprise²⁴⁴ ist eine Zurechnungsfigur, die erstmalig in der Rechtsprechung des ICTY präzisiert wurde, um die Beteiligten von Kernverbrechen aufgrund gemeinsamer verbrecherischer Absicht und planmäßigem Zusammenwirken (*common criminal purpose doctrine*) zu verurteilen.²⁴⁵ Unklar ist insoweit, ob die Rechtsfigur des JCE die Hauptverantwortlichkeit (*primary responsibility*²⁴⁶/*individual criminal responsibility*²⁴⁷) oder die Nebenverantwortlichkeit (*secondary responsibility/accomplice liability*) des Angeklagten am Tatgeschehen begründet. Die Entscheidung der Appellationskammer im Tadić-Verfahren ist in sich widersprüchlich und uneinig.²⁴⁸ Innerhalb der Aufarbeitung der einzelnen Voraussetzungen der Fallgruppen des JCE stellt das Gericht klar, dass innerhalb der Nachkriegsrechtsprechung die Figur angewandt wurde und sich der Beteiligte als sog. „*co-perpetrator*“ verantwortlich gemacht hat.²⁴⁹ An anderen Stellen verwendet sie die Bezeichnung

²³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 226.

²³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 187: „[...] *whether criminal purpose falls within the ambit of Article 7 (1) of the Statute*“.

²³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 186.

²⁴⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 186.

²⁴¹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 311.

²⁴² Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 311.

²⁴³ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 312.

²⁴⁴ Im Folgenden JCE.

²⁴⁵ Haan, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 313.

²⁴⁶ Damjanović, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 149.

²⁴⁷ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 285.

²⁴⁸ Haan, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 91.

²⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 196, 197, 201, 203, 228

der Nebenverantwortlichkeit: „[...] *common design as a form of accomplice liability* [...]“²⁵⁰

Nach den zu Anfang bereits erklärten Begriffsbestimmungen des ICTY würde dies zweifelsfrei eine Nebenverantwortlichkeit des Angeklagten begründen. Allerdings ist unklar, welchem Verständnis diese Begriffsverwendung in der Tadić-Entscheidung entspringt.²⁵¹ Richter *Hunt* stellt in der abweichenden Appellationsentscheidung im *Ojdanić*-Verfahren fest, dass nach dem Ursprungsverständnis die *accomplice liability* ein extensives Haftungsverständnis beinhaltet und diese sowohl den Haupttäter als auch Gehilfen umfasst.²⁵² *Hunt* wirft der Appellationskammer im Tadić-Verfahren vor, dass diese nicht klarstelle, was sie unter dem Begriff überhaupt verstünde:

„One difficulty I still have is with the description of ‘a form of accomplice liability’ given by the Tadić Conviction Appeal Judgment to the individual criminal responsibility which arises from the participation of an accused in a joint criminal enterprise to carry out a crime specified in the Tribunal’s Statute. ‘Accomplice’ is a term of uncertain reference. It means one who is associated with another in the commission of a crime, but his association may be either as a principal or as one who aids and abets the principal. The Tadić Conviction Appeal Judgment does not identify which of these two meanings it intended to convey by the description it gave, and accordingly the description may be productive of confusion. In my opinion, it is not appropriate to describe a participant in a joint criminal enterprise as one who merely aids and abets, even though such a description may well bring a joint criminal enterprise easily within the terms of Article 7.1 of the Statute (‘[a] person who [...] otherwise aided and abetted in the [...] execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute’). It would not be appropriate because, as the Tadić Conviction Appeal Judgment itself acknowledges, such a participant must be distinguished from one who merely aids and abets. The main distinction between the two relates to the state of mind which must be established. The participant in the basic form of joint criminal enterprise must share with the person who physically carried out the crime the state of mind required for that crime; the person who merely aids and abets must be aware of the essential elements of the crime committed, including the state of mind of the person who physically carried it out, but he need not share that state of mind.“²⁵³

Die Tadić-Appellationskammer nähert sich selbst einer dogmatischen Einordnung, lässt diese aber schließlich offen. Eine Einordnung als Gehilfe würde, ihr zufolge, die Verantwortlichkeit des Beteiligten

²⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220.

²⁵¹ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 91 f., so auch *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2007, S. 304, insbesondere die Erläuterungen in Fn. 1011.

²⁵² ICTY, *Prosecutor v. Ojdanić*, Case No. IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, Separate Opinion of Judge Hunt, para. 29; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 92.

²⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Ojdanić*, Case No. IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, Separate Opinion of Judge Hunt, para. 29. Hervorhebungen nicht im Original.

nicht ausreichend widerspiegeln. Zudem sei es auch nicht zufriedenstellend, nur denjenigen als Haupttäter anzusehen, der die Verbrechenbegehung unmittelbar selbst ausführt: „*Under these circumstances, to hold criminally liable as a perpetrator only the person who materially performs the criminal act would disregard the role as co-perpetrators of all those who in some way made it possible for the perpetrator physically to carry out that criminal act. At the same time, depending upon the circumstances, to hold the latter liable only as aiders and abettors might understate the degree of their criminal responsibility.*“²⁵⁴

Die auf die Tadić-Entscheidung folgende Rechtsprechung ordnet die Rechtsfigur nicht explizit als Grundlage für Haupt- oder Nebenverantwortlichkeit ein. Anhand der festgelegten Abgrenzungskriterien zu anderen Beteiligungsmodalitäten, die unstreitig die Nebenverantwortlichkeit des Beteiligten begründen, lässt sich aber erahnen, dass die Kammern den Beteiligten des JCE als Hauptverantwortlichen einordnen. Gegen alle Urteile, die sich mit der Rechtsfigur des JCE beschäftigten, wurden Rechtsmittel eingelegt. Die Appellationskammern argumentierten innerhalb der Abgrenzung zwischen einer Beteiligung als Mittäter des JCE und der Gehilfenschaft oftmals, eine Einordnung als Gehilfe spiegele den Unrechtsgehalt nicht ausreichend wider, wenn sie die Tat qualitativ eine bestimmte Schwere erreicht habe. So heißt es in der Krstić-Entscheidung:

*„In short, the Trial Chamber sees no basis for refusing to accord the status of a co-perpetrator to a member of a joint genocidal enterprise whose **participation is of an extremely significant nature and at the leadership level.**“*²⁵⁵

Im Folgenden wird zunächst anhand der Tadić-Entscheidung die Entstehung der Doktrin dargestellt. Innerhalb der Darstellungen werden die von der Appellationskammer im Tadić-Fall anerkannten drei Fallgruppen der Doktrin aufgearbeitet. Im darauffolgenden Abschnitt wird die Entwicklung der Doktrin durch die Kammern des ICTY wiedergegeben.

I. Entstehungsgeschichte des JCE: *Common Purpose Doctrine*

Die erste Befassung des ICTY mit der Common Purpose Doctrine erfolgte im Verfahren gegen *Dusko Tadić*. Der ICTY musste klären, ob die Tötung von mehreren Opfern im Rahmen von illegalen Festnahmen, Misshandlungs- und Vertreibungsaktionen im Dorf Jaskići auch dem Angeklagten zuzurechnen war, der sich nachweislich an der Vertreibung, Misshandlung und an der Inhaftierung der Männer des Dorfes beteiligt hatte. Aber zugleich war nicht nachweisbar, dass er auch bei der Tötung der fünf männlichen Todesopfer unmittelbar mitgewirkt hatte.²⁵⁶ Der ICTY musste sich also mit der

²⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 192.

²⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 642. Hervorhebungen nicht im Original.

²⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, paras. 373.

Frage zu beschäftigen, inwieweit das kriminelle Verhalten des Angeklagten für eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung als Schwerer Verstoß gegen die Genfer Konventionen (Artikel 2 lit. a) ICTY-Statut) bzw. wegen einer Tötung als Verstoß gegen die Regeln des Humanitären Völkerrechts gemäß des gemeinsamen Artikels 3 Abs. 1 lit. a) aller Genfer Konventionen und wegen Mordes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Artikel 5 lit. a) ICTY-Statut) ausreichte.²⁵⁷ Konkret war zu klären, inwieweit er allein aufgrund seiner Mitwirkung an den die Morde umrahmenden Vertreibungs- und Inhaftierungsaktivitäten als unmittelbarer Verantwortlicher im Sinne von Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut auch für die Morde verantwortlich gemacht werden konnte.²⁵⁸ Aufgrund der genannten Beweisschwierigkeiten und weil die Opfer nicht zweifelsfrei als unter den Genfer Konventionen geschützte Personen identifiziert worden waren (die erste Instanz hatte entschieden, dass aus ihrer Sicht kein internationaler bewaffneter Konflikt vorlag und somit auch das Regime der Grave Breaches der Genfer Konventionen nicht anwendbar war), sprach die Strafkammer Tadić erstinstanzlich von den genannten Anklagepunkten frei.²⁵⁹ Es konnten weder die unmittelbaren Täter identifiziert werden, noch wurde geklärt, ob die Tötung der Männer geplanter Bestandteil der Vertreibungskampagne war oder nicht.²⁶⁰ Insgesamt fehlte dem Gericht, obwohl es sich über mehrere Paragraphen hinweg mit der Idee einer Beteiligung an einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung beschäftigte,²⁶¹ der Nachweis einer unmittelbaren (*direct*) und wesentlichen (*substantial*) Förderungshandlung des Angeklagten.²⁶²

Diese Zweifel teilte die Appellationskammer des ICTY nicht. In zweiter Instanz wurde *Duško Tadić* daher auf Grundlage der sog. *common purpose doctrine* verurteilt, genauer als unmittelbarer Verantwortlicher gemäß Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut in Form der Beteiligung an einem Joint Criminal Enterprise, und zwar gerade auch wegen vorsätzlicher Tötung als Schwerer Verstoß gegen die Genfer Konventionen (Artikel 2 lit. a) ICTY-Statut)²⁶³ bzw. wegen einer Tötung als Verstoß gegen die Regeln des Humanitären Völkerrechts gemäß des gemeinsamen Artikels 3 Abs. 1 lit. a) aller Genfer Konventionen und wegen Mordes als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Artikel 5 lit. a) ICTY-Statut).²⁶⁴ Die Appellationskammer befand, dass die *common purpose doctrine* in der Rechtsprechung

²⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, paras. 342 et seq.; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 77.

²⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, paras. 342 et seq.; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 77.

²⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, paras. 692, 769-761; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 78-80.

²⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, para. 373; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 80.

²⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, paras. 666-687.

²⁶² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, para. 692.

²⁶³ In zweiter Instanz wurde der Konflikt als internationaler bewaffneter Konflikt identifiziert, womit das Schutzregime der Grave Breaches der Genfer Konventionen zur Anwendung kommen konnte; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 162, 170-171.

²⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 231-233.

der Nachkriegszeit in Bezug auf Kriegsverbrechen eindeutig anerkannt war, so dass eine Verurteilung als Hauptverantwortlicher durchaus in der Form erfolgen darf, dass solche Tathandlungen, die aufgrund eines gemeinsamen kriminellen Plans erfolgten, jedem Beteiligten zugerechnet werden dürfen, der aufgrund des kriminellen Plans mit den anderen zusammenwirkt.²⁶⁵ Mit dieser Entscheidung erklärte die Appellationskammer des ICTY die *common purpose doctrine* – später *Joint Criminal Enterprise* – zum geltenden völkerstrafrechtlichen Gewohnheitsrecht²⁶⁶ und konkretisierte zugleich ihre Voraussetzungen.²⁶⁷

Eine Verurteilung als Hauptverantwortlicher ist nach dieser Doktrin auch dann möglich, wenn die *konkrete* Beteiligung eines Angeklagten am Tatgeschehen nicht nachgewiesen werden kann, gerade weil Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut eindeutig darauf ausgelegt ist, die Jurisdiktionsgewalt des Tribunals weit zu fassen, damit alle Personen, die in irgendeiner Form für schwere Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht verantwortlich sind, vor dem Tribunal abgeurteilt werden können.²⁶⁸ Eine ganze Reihe von Strafverfahren aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg belegt für die Appellationskammer, dass diese Doktrin nicht nur in staatlichen Rechtsordnungen bekannt ist, sondern dass sie auch völkerrechtliches Gewohnheitsrecht wurde.²⁶⁹ Insgesamt ist die Auszählung der Zurechnungsfiguren in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut also nicht abschließend zu lesen, sondern: „*The Statute does not stop there. It does not exclude those modes of participating in the commission of crimes which occur where several persons having a common purpose embark on criminal activity that is then carried out either jointly or by some members of this plurality of persons. Whoever contributes to the commission of crimes by the group of persons or some members of the group, in execution of a common criminal purpose, may be held to be criminally liable, subject to certain conditions, which are specified below.*“²⁷⁰

Zudem betont die Appellationskammer, dass es in der Natur von Kernverbrechen liegt, dass sie durch eine Gruppe begangen werden.²⁷¹ Die unmittelbare Tatbegehung ist häufig auf einen gemeinsamen Plan (*pursuance of a common criminal design*) zurückzuführen, sodass der moralische Vorwurf (*moral gravity*) alle Beteiligten gleichsam trifft, obgleich nicht alle unmittelbar an jedem einzelnen Gewaltakt beteiligt waren:

²⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 195.

²⁶⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 226.

²⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 227-229.

²⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 185, 187.

²⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 195-224 (Wiedergabe von Verfahren und nationalen Zurechnungslösungen), para. 226 (Schluss auf Völkergewohnheitsrecht).

²⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 190.

²⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 191; *Haan*, *Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 83.

„[T]hese crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question.

192. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question. Under these circumstances, to hold criminally liable as a perpetrator only the person who materially performs the criminal act would disregard the role as co-perpetrators of all those who in some way made it possible for the perpetrator physically to carry out that criminal act. At the same time, depending upon the circumstances, to hold the latter liable only as aiders and abettors might understate the degree of their criminal responsibility.”²⁷²

Es gibt drei anerkannte Fallgruppen dieser Doktrin. Auch sie werden aus der Nachkriegsrechtsprechung abgeleitet.²⁷³

1. Erste Fallgruppe der *common purpose* Doktrin

Die erste Fallgruppe der *common purpose* Doktrin (sog. „basic“ form of Joint Criminal Enterprise) erfasst Fälle, in denen mehrere Personen (*co-defendants*) aufgrund eines gemeinsamen Tatplans (*acting pursuant to a common design*) arbeitsteilig zusammenwirken und dabei durch einen gemeinsamen kriminellen Vorsatz (*possesses same criminal intention*) verbunden sind.²⁷⁴ Der gemeinsame Plan ist die (objektive) Grundlage für die wechselseitige Verhaltenszurechnung.²⁷⁵ In der Rechtsprechung des ICTY wird daher bei der Prüfung des objektiven Elements der gemeinschaftlichen Tatausführung bereits der gemeinsame Tatvorsatz mitgeprüft, als Element der inneren Tatseite.²⁷⁶ Die Anklagebehörde hat die Existenz eines gemeinsamen Plans nachzuweisen.²⁷⁷ Ausreichend sind hierfür schlüssige Indizienbeweise.²⁷⁸ Die Tathandlungen, im Fall *Tadić* zum Beispiel die Tötungen von Zivilisten, werden dem an der unmittelbaren Verbrechensbegehung unbeteiligten Angeklagten wie eine eigene Tat zugerechnet, solange dieser auf irgendeine Art an der Umsetzung des gemeinsamen Plans beteiligt war. Er muss nicht an der unmittelbaren Tatausführung beteiligt gewesen sein, aber

²⁷² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 191-192.

²⁷³ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 195-220 (Ableitung aller drei Fallgruppen); *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 85.

²⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 196.

²⁷⁵ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 250.

²⁷⁶ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 256.

²⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 65-69.

²⁷⁸ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, para. 65-69.

sein Beitrag muss in irgendeiner anderen Form die Ausführung des gemeinsamen kriminellen Plans unterstützt haben.²⁷⁹ Die Gruppe muss nicht in militärischer, politischer oder administrativer Form organisiert sein.²⁸⁰ Sie muss sich aber zusammengeschlossen haben, um ein Kernverbrechen zu begehen.²⁸¹ Der Plan ist nicht formbedürftig und kann spontan entstehen.²⁸² Dabei sind der Zeitpunkt und die genauen Umstände, unter denen der Plan entstanden ist, nicht so bedeutend wie die für die Verurteilung essentielle Voraussetzung, dass der Plan zum Zeitpunkt der Verbrechenbegehung bestehen musste.²⁸³ Anders als bei der Aufstachelung (*incitement*), bei der die Aufstachelungshandlung alleine für die Strafbarkeit genügt, ohne dass tatsächlich eine Haupttat begangen wird, ist für das JCE zwingend, dass das Verbrechen tatsächlich, basierend auf einer Übereinkunft, begangen wird.²⁸⁴ Die Verwirklichung des gemeinsamen Plans muss arbeitsteilig erfolgen.²⁸⁵ Das ist in jedem Fall zu bejahen, wenn alle Beteiligten an der Tatausführung selbst unmittelbar beteiligt sind.²⁸⁶ Für Völkerrechtsverbrechen sind aber auch die Beteiligungsformen wichtig, in denen der Angeklagte nicht unmittelbar an der Tatbeteiligung mitgewirkt hat, also im Vorfeld die Tatbegehung entweder erleichtert, ermöglicht oder in sonstiger Weise unterstützt hat, denn viele kollektive Verbrechen werden nur dadurch möglich, dass ihnen Personen, die nicht unmittelbar in die Tatausführung involviert sind, den Boden bereiten.²⁸⁷ Der Angeklagte muss bei dieser Form der Beteiligung im Vorfeld allerdings auf der subjektiven Tatseite auch den Willen zur gemeinsamen Verbrechenbegehung aufweisen (*shared intent*).²⁸⁸ Darüber hinaus muss der Beitrag des Einzelnen für die Verwirklichung des kriminellen Plans geeignet gewesen sein.²⁸⁹ Es muss sich um einen kausalen Beitrag zur Verwirklichung des kriminellen Plans handeln,²⁹⁰ aber nur im Sinne eines abgeschwächten Kausalitätserfordernisses. Es muss sich nicht um einen Beitrag handeln, der *sine qua non* für die Verwirklichung der geplanten Verbrechen ist, ja der Beitrag muss nicht einmal wesentlich/signifikant oder substantiell für die gemeinsame kriminelle Unternehmung sein, sondern diese nur irgendwie fördern.²⁹¹

²⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 196, 227.

²⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 227.

²⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 227.

²⁸² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 227; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 250.

²⁸³ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 251.

²⁸⁴ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 250 f.

²⁸⁵ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 254.

²⁸⁶ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 255.

²⁸⁷ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 255.

²⁸⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 190, 228; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 256.

²⁸⁹ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 256, 259.

²⁹⁰ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 260-261.

²⁹¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, paras. 97, 187, 421.

Auf innerer Tatseite muss der Angeklagte mit Verwirklichungswillen hinsichtlich des Plans, dem sog. „gemeinsamen Vorsatz“ zur Planverwirklichung (*shared intent*), gehandelt haben.²⁹² Hierfür muss er freiwillig, also in Kenntnis des kriminellen Unterfangens, an der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans mitgewirkt und die Verwirklichung auch gewollt haben (*the accused must voluntarily participate in one aspect of the common design, he must have intended the results*).²⁹³ In der konkreten Fallprüfung zeigte sich die Tendenz der Rechtsprechung, den gemeinsamen Vorsatz aus objektiven Umständen abzuleiten²⁹⁴, wie der Machtposition, dem Grad der tatsächlichen Einflussnahme auf das Geschehen und der Art und Weise der Kooperation unter den Beteiligten.

2. Zweite Fallgruppe der *common purpose* Doktrin

Die zweite Fallgruppe der Doktrin (sog. „systemic“ *form of Joint Criminal Enterprise*) umfasst die sog. Konzentrationslager-Fälle (*concentration camp cases*).²⁹⁵ Es geht um militärisch oder administrativ organisierte Misshandlungssysteme, wie sie typischerweise in Gefangenenlagern vorkommen (*military or administrative systems*) und die darauf ausgerichtet sind, Inhaftierte zu misshandeln und/oder zu töten oder insgesamt an ihnen Verbrechen zu begehen.²⁹⁶ JCE II wird hier eingesetzt, um den Nachweis einer Einzeltatbeteiligung an jedem einzelnen Verbrechen unnötig zu machen. Auf Grundlage der *common purpose*-Doktrin ist es dann möglich, Angeklagte, die in militärischer oder verwaltender Funktion in den Lagern tätig sind und die von den Misshandlungsvorgängen dort generell Kenntnis haben, für alle dort begangenen Verbrechen verantwortlich zu machen, auch wenn sie an den einzelnen Taten überhaupt nicht persönlich beteiligt waren.²⁹⁷

Insgesamt entsprechen die Voraussetzungen der zweiten Fallgruppe des JCE denen der ersten Fallgruppe, mit der Modifikation, dass die zweite Fallgruppe auf organisierte Systeme der Verbrechensbegehung Anwendung findet²⁹⁸ und auf der subjektiven Tatseite Beweiserleichterungen für den Nachweis der Kenntnis der zur Umsetzung des gemeinsamen Tatplans im Lager erfolgten Straftaten bereithält.²⁹⁹

²⁹² *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 256.

²⁹³ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 196; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 85.

²⁹⁴ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 259.

²⁹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 202; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 87.

²⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 203.

²⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 202: Herleitung aus der dort genannten Rechtsprechung aus der Nachkriegszeit; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 87.

²⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 202, 227; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 82; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 275.

²⁹⁹ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 282-285.

Vorausgesetzt wird auf äußerer Tatseite, dass der Angeklagte in einem organisierten System, welches der Misshandlung von Gefangenen dient, Kernverbrechen begangen hat. Wie in der ersten Fallgruppe muss auch hier die Verbrechensbegehung durch eine Personenmehrheit (*plurality of persons*) begangen werden.³⁰⁰ Als weitere Voraussetzung muss eine organisierte gemeinsame kriminelle Übereinkunft (*existence of a common plan*) bestehen.³⁰¹ Hinsichtlich der Anforderungen an die Übereinkunft kann auf die bereits dargelegten Ausführungen der ersten Fallgruppe verwiesen werden. Auch hier muss der gemeinsame Plan nicht in besonderer Form vorliegen (*there is no necessity for this plan, design or purpose to have been previously arranged or formulated. The common plan or purpose may materialize extemporaneously and be inferred from the fact that a plurality of persons acts in unison to put into effect a joint criminal enterprise*).³⁰² In Abweichung zur ersten Fallgruppe muss das Unternehmen eine institutionalisierte Form angenommen haben (*system of illtreatment/of repression/organized criminal system*).³⁰³ Die Verwirklichung der Planausführung erfolgt durch eine klare Aufgabenverteilung innerhalb des Regimes, wobei eine systematische und massenhafte Tatbegehung unter Ausnutzung der institutionellen Strukturen erfolgt;³⁰⁴ – und dies in der Regel zu spezifischen Zwecken wie etwa, die Gefangenen zu verfolgen, zu diskriminieren oder sogar zu vernichten.³⁰⁵

Der Angeklagte muss aktiv an der Durchsetzung dieses Systems mitgewirkt haben, das heißt durch Förderung des Systems und der Umsetzung der damit verbundenen kriminellen Zwecke an sich.³⁰⁶ Die Kausalitätsanforderungen entsprechen denen der ersten Fallgruppe, sodass zwar ein Verursachungszusammenhang, aber nicht im Sinne der *conditio-sine-qua-non* Formel verlangt wird. Das heißt die Anklagebehörde muss nicht nachweisen, dass die Verbrechen ohne die Beteiligung des Angeklagten in dieser Form nicht begangen worden wären,³⁰⁷ wohl aber, dass die Beiträge des Angeklagten das verbrecherische System gefördert haben, wobei sie dies nicht unbedingt in wesentlicher/signifikanter oder substantieller Form getan haben müssen.³⁰⁸ Eine Exkulpation mit der Begründung, die Verbrechen wären auch durch eine andere Person in dieser Position begangen

³⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 96; *Haan, Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 275.

³⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 266.

³⁰² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 227; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 266.

³⁰³ *Haan, Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 275-276.

³⁰⁴ *Haan, Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 276.

³⁰⁵ *Haan, Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 276.

³⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 202.

³⁰⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 98; *Haan, Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 279.

³⁰⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, paras. 97, 421.

worden oder man hätte selbst nur geringfügige Förderbeiträge zum kriminellen Zweck geleistet, gelingt also nicht.³⁰⁹

Auf innerer Tatseite muss der Angeklagte den Vorsatz mit allen Beteiligten hinsichtlich des mit dem JCE verfolgten Verbrechens geteilt haben, wobei hier eine erste Beweiserleichterung greift: „*The shared intent may, and often will, be inferred from knowledge of the plan and participation in its advancement. Acting with such intent – express or inferred – is usually referred to as acting in pursuance of the common criminal design.*“³¹⁰ Wenn dem Angeklagten bewusst war (*he was aware*), welchem Zweck die Anstalt bzw. das System diene und der Angeklagte den Erhalt des Systems wollte, so kann hieraus sein Beteiligungsvorsatz abgeleitet werden.³¹¹

Die wichtigste Beweiserleichterung aber betrifft die Tatsache, dass die Kenntnis von den Misshandlungen/Verbrechen innerhalb des Lagers auch aus einer Autoritätsposition des Angeklagten innerhalb des Systems abgeleitet werden kann³¹²:

*„A position of authority ... may be relevant evidence for establishing the accused’s awareness of the system, his participation in enforcing or perpetuating the common criminal purpose of the system, and, eventually, for evaluating his level of participation for sentencing purposes.“*³¹³

Das heißt, man braucht sich nicht zwingend auf die sonst üblichen Nachweise individueller Verbrechenskenntnis zu verlassen (Aussagen des Angeklagten oder Schriftdokumente aus der Hand des Angeklagten, Zeugenaussagen zu seinem Wissensstand), sondern die Kenntnis der Verbrechen kann auch einfach aus der Stellung des Angeklagten im Regime geschlussfolgert werden.

3. Dritte Fallgruppe der *common purpose* Doktrin

Die dritte Fallgruppe der *common purpose doctrine* (sog. „*extended*“ *form of Joint Criminal Enterprise*) umfasst nach nationalem Verständnis auch Fälle des Mittäterexzesses (wobei die dann begangene Exzesstat aber mit *dolus eventualis* vorhersehbar gewesen sein muss) und ist ebenfalls geltendes Völkergewohnheitsrecht.³¹⁴ Objektiv ist vorausgesetzt, dass einer der Beteiligten der gemeinsamen kriminellen Übereinkunft ein Verbrechen begeht, das nicht vom ursprünglichen Tatplan gedeckt ist.³¹⁵ Diese sog. Exzesstat des Beteiligten wird dennoch allen Beteiligten der kriminellen Unternehmung zugerechnet (*[...] where one of the perpetrators commits an act [...] outside the common plan/purpose*),

³⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 98.

³¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 271.

³¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 202, 227 et seq.

³¹² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 228.

³¹³ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 101.

³¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, paras. 204-206.

³¹⁵ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 291.

solange die Tat eine „natürliche und vorhersehbare Folge“ des gemeinsamen Plans war ([...] *was nevertheless a natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose*).³¹⁶ Voraussetzung dieser erweiterten Form von JCE ist, dass die oben genannten objektiven Merkmale (Personenmehrheit und Beteiligung des Angeklagten an dem gemeinsamen kriminellen Plan) vorliegen und die besonderen subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen wie *shared intent* und wenigstens Eventualvorsatz bezüglich der natürlicherweise vorhersehbaren Exzessfolgen vorliegen.³¹⁷

Im *Tadić*-Verfahren verfolgte die Verurteilung von *Duško Tadić* für die Erschießungen der fünf muslimischen Männer anlässlich von „ethnischen Säuberungsaktionen“ in Jaskići unter der Zurechnungsfigur von JCE III. Die Exzesstat lag darin, dass im Rahmen einer verabredeten Deportation/Festnahme von Personen Mitglieder dieser Gruppe erschossen wurden, obwohl die Tötung der Mitglieder dieser Gruppe nicht – jedenfalls nicht nachweisbar – vorab im Rahmen der Vereinbarung des kriminellen Plans vereinbart worden war.³¹⁸ Die tödliche Eskalation war in diesem Fall eine natürliche und vorhersehbare Folge der geplanten Verbrechensvorgänge und der Angeklagte hatte erkannt, dass die vereinbarte Gewalt zu solchen Tötungen führen konnte und dennoch nahm er willentlich dieses tödliche Risiko auf sich, das die Durchführung der Gewaltaktion mit sich brachte.³¹⁹

Auf subjektiver Tatseite muss der Angeklagte hinsichtlich der Beteiligung an einer kriminellen Aktivität oder einem gemeinsamen Plan (*to participate in and further the criminal activity or the criminal purpose*) Vorsatz (*intent*) haben und die natürlichen und vorhersehbaren Folgen des gemeinsamen Plans, konkret die Exzesstat bzw. die Möglichkeit einer solchen Tat, billigend in Kauf genommen haben (*dolus eventualis/advertent recklessness*).³²⁰ Fahrlässigkeit (*negligence*) hinsichtlich der Folgeverbrechen reicht nicht aus.³²¹ Die Vorsatzform *dolus eventualis/advertent recklessness* ist insoweit auch völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.³²² Im angloamerikanischen Rechtsraum wird unter der *advertent recklessness*, „die bewusste Herbeiführung des Risikos, das sich im weiteren Verlauf realisiert“ (*the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone to take the risk for it*) verstanden.³²³ Mit *dolus eventualis* handelt, wer die „[...] Tatbestandsverwirklichung ernsthaft für möglich hält und sich mit ihr abfindet. Der Täter handelt also im Bewusstsein der Gefährdung des Rechtsgutes, überlässt es aber dem Lauf der Dinge, ob sich die

³¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 204.

³¹⁷ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 291.

³¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 204.

³¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 232.

³²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220, 228.

³²¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 293.

³²² *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 294-295.

³²³ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 295.

Gefahr realisiert“³²⁴. Unklar ist, ob beide Vorsatzformen identisch sind.³²⁵ Der ICTY präferiert terminologisch *dolus eventualis*, verweist aber darauf, dass beide Vorsatzmodalitäten inhaltlich identisch sind (*dolus eventualis is required (also called ‚advertent recklessness‘ in some national legal systems)*).³²⁶ Bis heute bleibt unklar, was genau unter der Vorsatzform *dolus eventualis* aus Sichtweise des Tribunals im Rahmen des JCE III zu verstehen ist, da die Kammern und die Tadić-Berufungskammer innerhalb einer Entscheidung in verschiedenen Urteilspassagen unterschiedliche Definitionen heranziehen:

Im *Tadić*-Verfahren verlangt die Appellationskammer Kenntnis entweder hinsichtlich der „höchstwahrscheinlichen“ (*most likely*) Begehung von Folgeverbrechen³²⁷ oder hinsichtlich der „möglichen Verbrechensbegehung“ (*that such crime might be perpetrated by one of the members of the group*).³²⁸ Hinsichtlich des voluntativen Elements wird gefordert, dass der Angeklagte trotz Kenntnis von der höchstwahrscheinlichen oder möglichen Verbrechensbegehung willentlich das Risiko eingegangen ist (*willingly took that risk*)³²⁹ oder sich indifferent, gar grob fahrlässig (*reckless or indifferent*) zu dem Risiko verhält.³³⁰

Die Voraussetzungen implizieren, dass eine Abgrenzung zwischen Verbrechen, die außerhalb des Tatplans lagen, aber dessen natürliche und vorhersehbare Folge darstellen, und solchen, die nicht natürliche und vorhersehbare Folge des ursprünglichen Planes sind, möglich ist. Die Rechtsprechungspraxis hierzu wird sogleich analysiert. Die Kategorien von JCE finden allerdings nicht einheitlich auf jedes Kernverbrechen Anwendung. Insbesondere die Umdefinition des Vorsatzes in der Kategorie JCE III von Wissen um das Verbrechen in bloßes Risikowissen, dass ein solches Verbrechen möglicherweise in Umsetzung des kriminellen Plans stattfinden kann, bereitet dort Probleme, wo besondere subjektive Voraussetzungen zu erfüllen sind, denn über die herabgesetzten Vorsatzanforderungen werden besondere subjektive Tatbestandsanforderungen der Delikte (insbesondere die Anforderung eines *specific intent* wie beispielsweise der Völkermordabsicht) „verwässert“.³³¹ Gleichwohl hat die Appellationskammer des ICTY im Verfahren gegen *Radoslav Brđanin* eine Zurechnung nach JCE III sogar bei Völkermord für möglich erklärt und damit generell bei allen Kernverbrechen, die gesteigerte Anforderungen an den Vorsatz stellen. Für den Beteiligten an der gemeinsamen kriminellen Unternehmung müsse es für eine (täterschaftliche) Zurechnung im

³²⁴ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 296.

³²⁵ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 296: „Teilweise wird die *advertent recklessness* eher im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit angesiedelt.“

³²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220.

³²⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220.

³²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 228.

³²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 228.

³³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 204.

³³¹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 530.

Wege eines JCE III genügen, wenn es ihm vernünftigerweise vorhersehbar war, dass ein solches Verbrechen (im *Brđanin*-Verfahren konkret ein Genozid) begangen werden könnte und dass es von den tatbegehenden weiteren JCE-Mitgliedern dann auch mit der notwendigen Völkermordabsicht (*specific intent*) begangen werden würde.³³²

a. Abgrenzung zu aiding and abetting

Anders als der Beteiligte eines Joint Criminal Enterprise (in allen drei Kategorien) ist der Gehilfe stets nur Nebentäter.³³³ Die Gehilfenschaft ist akzessorisch zur Haupttat.³³⁴ Während dem Beteiligten bei der *common purpose* Doktrin nachgewiesen werden muss, dass dieser aufgrund eines gemeinsamen Plans tätig geworden ist, muss der Haupttäter (*principal*) nicht einmal Kenntnis von der Hilfeleistung haben.³³⁵

Die Tathandlung des Gehilfen unterscheidet sich auch wesentlich von der des Beteiligten der *common purpose* Doktrin. Die Beihilfehandlung des Gehilfen ist unmittelbar auf die Unterstützung des Haupttäters bei der Verbrechenbegehung gerichtet und hat erheblichen Einfluss (*substantial effect*) hierauf.³³⁶ Der Beteiligte der *common purpose* Doktrin hingegen muss lediglich auf irgendeine Weise die Ausführung des gemeinsamen Vorhabens gefördert haben, nicht die konkrete Einzeltat. Der Vorwurf der Strafbarkeit richtet sich nicht auf die Unterstützung der unmittelbaren Verbrechenbegehung, sondern auf die direkte Beteiligung am kriminellen Unterfangen.³³⁷ Und diese Beteiligung an einem JCE muss nicht einmal signifikant/wesentlich oder substantiell sein.³³⁸

³³² ICTY *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Decision on Interlocutory Appeal, 19 March 2004, paras. 5-6: “An accused convicted of a crime under the third category of joint criminal enterprise need not be shown to have intended to commit the crime or even to have known with certainty that the crime was to be committed. Rather, it is sufficient that that accused entered into a joint criminal enterprise to commit a different crime with the awareness that the commission of that agreed upon crime made it reasonably foreseeable to him that the crime charged would be committed by other members of the joint criminal enterprise, and it was committed.

For example, an accused who enters into a joint criminal enterprise to commit the crime of forcible transfer shares the intent of the direct perpetrators to commit that crime. However, if the Prosecution can establish that the direct perpetrator in fact committed a different crime, and that the accused was aware that the different crime was a natural and foreseeable consequence of the agreement to forcibly transfer, then the accused can be convicted of that different offence. Where that different crime is the crime of genocide, the Prosecution will be required to establish that it was reasonably foreseeable to the accused that an act specified in Article 4(2) would be committed and that it would be committed with genocidal intent”; dem folgend ICTY *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 708.

³³³ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229.

³³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229.

³³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229.

³³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229.

³³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229.

³³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, paras. 97, 187, 421.

Auf subjektiver Seite sind die Anforderungen an den Gehilfen geringer. Er muss keinen *shared intent* aufweisen, sondern nur wissen, dass er eine einzelne Haupttat unterstützt.³³⁹ An den Beteiligten der *common purpose* Doktrin werden je nach Fallgruppe auf innerer Tatseite höhere Anforderungen gestellt: „[...] i.e. *either intent to perpetrate the crime or intent to pursue the common criminal design plus foresight that those crimes outside the criminal purpose were likely to be committed.*“³⁴⁰

b. Zusammenfassung der Grundlagen zu JCE I-III aus der Tadić-Entscheidung

Auf äußerer Tatseite sind die drei Haftungskonstellationen identisch. Eine Mehrheit von Personen (*plurality of persons*) muss aufgrund eines gemeinsamen Plans, der auf die Begehung von Kernverbrechen gerichtet ist bzw. dessen Verwirklichung derartige Verbrechen beinhaltet, zusammengewirkt haben.³⁴¹ Der Angeklagte muss zumindest in der Vorbereitungsphase an der Verwirklichung des gemeinsamen kriminellen Plans mitgewirkt haben.³⁴² Die drei Kategorien von JCE unterscheiden sich aber auf der inneren Tatseite ganz erheblich. JCE I verlangt gemeinschaftlichen Vorsatz bezüglich aller vom Tatplan erfassten Verbrechen; ebenso JCE II, wobei hier das Wissen um die im Missbrauchssystem begangenen Einzelverbrechen beweis erleichternd auch aus der Stellung des einzelnen Angeklagten im Missbrauchssystem abgeleitet werden kann. JCE III verlangt dagegen nicht, dass das begangene Verbrechen vom gemeinsamen kriminellen Plan umfasst ist, aber es muss den Beteiligten am JCE vorhersehbar gewesen sein, dass solch eine Exzesstat eines JCE-Beteiligten im Rahmen der Umsetzung des gemeinsamen kriminellen Plans erfolgen kann.

c. Klärung weiterer Fragen – zur Fortentwicklung der JCE-Doktrin durch den ICTY

Die Rechtsfigur JCE warf – je nach abzuurteilendem Völkerrechtsverbrechen und je nach Anwendungssituation – natürlich weitere Fragen auf, die in den Folgeurteilen von ICTY und ICTR größtenteils geklärt werden konnten. Dabei ist vorzuschicken, dass sich in sprachlicher Hinsicht sehr schnell der Begriff *Joint Criminal Enterprise* gegenüber der Terminologie *common purpose doctrine* durchgesetzt hat.³⁴³

aa. Klarstellung zur Natur von Joint Criminal Enterprise als Beteiligungsform des „committing“
Zunächst stellte die Appellationskammer in den Folgeurteilen mehrfach erneut klar, dass Joint Criminal Enterprise schon seit Jahrzehnten, mindestens schon zur Zeit des Zweiten Weltkriegs, weltweit und

³³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 284.

³⁴⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 229; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 284.

³⁴¹ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 90.

³⁴² *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 90.

³⁴³ *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 96 f.

sogar in einzelnen nationalen Rechtsordnungen anerkanntes Völkergewohnheitsrecht war.³⁴⁴ Es handelte sich ferner eindeutig um eine Form der Tatbegehung (als Hauptverantwortlicher) im Sinne von *commission* oder *committing*, das heißt, der Beteiligte eines Joint Criminal Enterprise begeht die ihm zugerechnete Tat „selbst“ (wenn auch nicht unmittelbar persönlich oder eigenhändig).³⁴⁵

In diesem Zusammenhang stellte das Gericht auch klar, dass es sich bei Joint Criminal Enterprise um kein eigenständiges Delikt handelt, kein „neues Verbrechen“, das das ICTY-Statut so nicht ausdrücklich vorhergesehen hätte. Vielmehr ist die Zurechnung über den gemeinsam ausgeführten Tatplan eine reine Zurechnungsmodalität.³⁴⁶ Mit dieser Klarstellung schloss das Gericht dann auch die Konstruktion aus, dass jemand zu einem Joint Criminal Enterprise vorsätzliche Beihilfe leistet.³⁴⁷ Beihilfe kann nur zur individuellen Haupttat geleistet werden.

Das bedeutet aber nicht, dass die Zurechnungsform des Joint Criminal Enterprise immer alleine stehen muss. Es ist zum Beispiel denkbar, dass jemand zu einem Kernverbrechen, das ein JCE-Beteiligter im Rahmen der gemeinsamen kriminellen Absprache begeht, Beihilfe leistet. Der tatusführende JCE-Beteiligte ist dann Haupttäter. Den weiteren Mitbeteiligten wird die Tat, da sie im Rahmen der gemeinsamen kriminellen Unternehmung vereinbart und ausgeführt wurde, wie eine eigenhändig begangene Tat (in Form des *committing*) zugerechnet. Der Gehilfe des unmittelbar Tatusführenden dagegen hat sich nur wegen Beihilfe zur konkret unterstützten Einzeltat zu verantworten.

Ähnliche Kombinationen sind auch mit Mittäterschaft bzw. über mehrere *Joint Criminal Enterprises* hinweg denkbar. Zu beachten ist sprachlich insoweit aber, dass der ICTY mit „*co-perpetrator*“ (Mittäter) grundsätzlich nur einen Beteiligten im Rahmen einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung bezeichnet.³⁴⁸ Klassische Mittäterschaftskonstruktionen, wie man sie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen kennt, findet man in der (rechtskräftig gewordenen) Rechtsprechung des ICTY nicht.³⁴⁹ Alle Mittäterschaftskonstruktionen werden vielmehr durch die

³⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 95.

³⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 102; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 79.

³⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 91.

³⁴⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 91; zuvor hatten mehrere Verfahrenskammern (in den Verfahren *Vasiljević*, *Kvočka et al.*) in ihren Urteilen die von der Appellationskammer deutlich abgelehnte Konstruktion der Beihilfe zum Joint Criminal Enterprise tatsächlich bejaht.

³⁴⁸ Für die Beteiligten an einem JCE haben sich die Begriffe des *co-perpetrator* (Mittäter) oder des *accomplice* (Komplize) eingebürgert, wobei der weite Begriff des *accomplice* auch die akzessorischen Formen der Teilnahme durch Anstiftung oder Beihilfe umfasst; vgl. ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 70, 72.

³⁴⁹ Nur ganz ausnahmsweise hat die Stakić-Verfahrenskammer einmal versucht, Mittäterschaft zu konstruieren, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 21 July 2003, paras. 438-442; doch die Appellationskammer hob diesen Teil der Entscheidung auf, erklärte, die Mittäterschaft stelle so, wie sie in erster Instanz im Stakić-Verfahren konstruiert worden sei, kein geltendes Völkergewohnheitsrecht dar und stellte deswegen die Verurteilung auf eine Joint Criminal Enterprise der ersten und dritten Kategorie um; vgl. ICTY,

unterschiedlichen Formen von *Joint Criminal Enterprise* aufgefangen. Es ist aber durchaus denkbar, eine Art mittäterschaftliche Zurechnung mit der Zurechnung über eine *Joint Criminal Enterprise* zu kombinieren oder auch eine Zurechnung über zwei jeweils selbstständige kriminelle Unternehmungen hinweg zu begründen, wenn die jeweiligen Unternehmungen in einer Person eine gemeinsame Schnittstelle aufweisen. Zu denken wäre an den Fall, dass am Tatort zwei oder mehrere Haupttäter gemeinsam ein Kernverbrechen ausführen. Diese Beteiligten können als Mittäter oder als Beteiligte eines auf dieses spezifische Verbrechen ausgerichteten Joint Criminal Enterprise der Kategorie I abgeurteilt werden. Wenn nun einer der unmittelbar tatusführenden Beteiligten zusätzlich als Mitglied einer weiteren Joint Criminal Enterprise agiert, deren verbrecherische Abrede die konkrete Einzeltat ebenfalls mit umfasst, so kann den weiteren Beteiligten dieser zweiten gemeinsamen kriminellen Unternehmung das Verbrechen ebenfalls über JCE I bis III zugerechnet werden (je nach Inhalt des gemeinsamen Tatplans).³⁵⁰ Joint Criminal Enterprise ist, weil es im Wesentlichen nur auf die Existenz eines kriminellen Tatplans und gegebenenfalls die individuelle Vorhersehbarkeit weiterer, nicht abgesprochener Verbrechen ankommt, eine hoch flexible Zurechnungsfigur.

bb. Die gemeinsame kriminelle Zweckabrede ist „Dreh- und Angelpunkt“ der Beteiligungskonstruktion

Dass es im Kern nur auf den konkreten gemeinsamen kriminellen Plan als Dreh- und Angelpunkt einer *Joint Criminal Enterprise* ankommt, hat weitere Konsequenzen. So geht die Rechtsprechung des ICTY davon aus, dass nur derjenige Mitglied in einer *Joint Criminal Enterprise* sein kann, der auch an der zugrundeliegenden verbrecherischen Vereinbarung beteiligt ist. Diese Vereinbarung nur zu kennen, genügt nicht (auch wenn man dann immer noch als Teilnehmer in Bezug auf eine spezifische Einzeltat abgeurteilt werden kann).³⁵¹ Es müssen nicht alle Mitglieder der kriminellen Unternehmung alle weiteren Mitglieder persönlich kennen, aber es muss schon ein gegenseitiges Verständnis existieren, dass man gemeinsam aufgrund dieser Vereinbarung als gemeinsame Vereinbarung handeln will.³⁵²

Eine weitere Konsequenz ist, dass dann, wenn sich das Ziel der kriminellen Vereinbarung fundamental verändert und nunmehr ganz andere verbrecherische Ziele verfolgt werden, eine neue *Joint Criminal Enterprise* entstanden ist, die möglicherweise auch nicht mehr aus dem alten Mitgliederkreis besteht.³⁵³ Wichtig ist insoweit auch, dass ein (neuer) gemeinsamer Tatplan zeitlich mit den ersten

Prosecutor v. Stakić, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 62; *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 154-155.

³⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2014, paras. 410-413.

³⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 352.

³⁵² ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 352.

³⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Case No. IT-02-60-T, Trial Judgement, 17 January 2005, paras. 700-701.

begangenen Verbrechen gefasst werden kann. Die kriminelle Abrede muss nicht schon vor den Taten vorliegen.³⁵⁴

cc. Zur Reichweite der Zurechnung auf Basis von JCE II und JCE III

Weil es weiterhin nur auf einen irgendwie den kriminellen Zweck der Unternehmung fördernden Beitrag des einzelnen JCE-Beteiligten ankommt, ist es nicht wichtig, ob der einzelne bei der konkreten Tatausführung vor Ort war.³⁵⁵ Diese Feststellung ist vor allem dort wichtig, wo es um eine Beteiligung an einem systemischen Lager-, Misshandlungs- oder Gefängnis-JCE geht. Da die vom JCE-Beteiligten individuell erbrachte Förderung nur dem Misshandlungssystem an sich dienen muss und nicht konkret der Begehung spezifischer Einzeltaten an den Gefangenen, werden dem JCE-Beteiligten auch solche Verbrechen zugerechnet, die von anderen JCE-Beteiligten während der Zeit seiner (auch längeren) Abwesenheit vom Lager/Gefängnis begangen wurden; dies jedenfalls, solange er auch in dieser Zeit weiterhin faktisch dem Misshandlungssystem angehörte.³⁵⁶ Nicht zugerechnet werden dagegen Verbrechen, die vor dem Eintritt des Angeklagten in das Misshandlungssystem begangen wurden oder nach seinem endgültigen Ausscheiden aus diesem.³⁵⁷

Hinsichtlich des konkreten Förderungsbeitrags wurde bereits dargelegt, dass er nur irgendwie kausal zur Förderung des gemeinsamen kriminellen Zwecks erbracht werden muss, ohne für die Zweckerreichung wesentlich oder signifikant zu sein.³⁵⁸ Aber reine Mitgliedschaft in einer Organisation ohne jeden Förderungsbeitrag genügt auch nicht.³⁵⁹ Immerhin tragen alle JCE-Beteiligten gleichermaßen als Hauptverantwortliche Verantwortung für die in Umsetzung der gemeinsamen kriminellen Unternehmung begangenen Verbrechen.³⁶⁰ Diese Verantwortung reicht gegebenenfalls auch über die offizielle Beteiligengruppe hinaus, also über die Gruppe, die innerhalb eines organisierten Misshandlungssystems (und damit eines JCE II) offizielle Funktionen erfüllt (wie zum Beispiel ein Gefängnisdirektor, -wärter, Lagerarzt oder Wachdienstleiter, etc....), und erfasst auch bloße „Besucher“ des Gefängnisses/Lagers, soweit diese an der kriminellen Zweckabrede des Misshandlungssystems teilhaben und durch wiederholte und erhebliche Verbrechenbegehung

³⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, paras. 96, 117, 209.

³⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 81.

³⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 298.

³⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 268.

³⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, paras. 97, 187, 421.

³⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 158.

³⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 110.

zulasten der Gefangenen gezielt zur Umsetzung des Misshandlungszwecks und zur Atmosphäre von Gewalt, Brutalität und Willkür beitragen.³⁶¹

II. Joint Criminal Enterprise in der Anwendungspraxis – ausgewählte Urteile

Die besonderen Schwierigkeiten der Anwendung der Rechtsfigur Joint Criminal Enterprise lassen sich am besten anhand von Originalfällen darstellen, zum Beispiel an den Verfahren des ICTY gegen *Radislav Krstić*³⁶², *Mitar Vasiljević*³⁶³, *Blagoje Simić et al.*³⁶⁴ und *Radoslav Brđanin*³⁶⁵ befasst (bezüglich der Kategorie JCE I und teilweise auch JCE III), ferner die Verfahren gegen *Kvočka et al.*³⁶⁶ und *Krnojelac*³⁶⁷ (JCE II) und das Verfahren gegen *Milomir Stakić*³⁶⁸ (bezüglich JCE III).

1. JCE I

a. Das Verfahren gegen Radislav Krstić

Das Urteil gegen Radislav Krstić wird in den folgenden Abschnitten sowohl zur Erläuterung des Umgangs mit Joint Criminal Enterprise I als auch des Umgangs mit Joint Criminal Enterprise der Kategorie III herangezogen.

Im Fall Krstić ist Joint Criminal Enterprise der Kategorien I und III herangezogen worden, um die Verantwortlichkeit für einen sehr großen Verbrechenskomplex zu begründen, konkret die

³⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 599: "The Appeals Chamber is of the opinion that a person need not have any official function in the camp or belong to the camp personnel to be held responsible as a participant in the joint criminal enterprise. It might be argued that the possibility of 'opportunistic visitors' entering the camp and maltreating the detainees at random added to the atmosphere of oppression and fear pervading the camp." Im konkreten Fall wurde die Zurechnung allerdings abgelehnt. Der „Gast“ sei nur etwa zehnmal zur Misshandlung der Gefangenen ins Lager gekommen. „In the view of the Appeals Chamber, it would not be appropriate to hold every visitor to the camp who committed a crime there responsible as a participant in the joint criminal enterprise. The Appeals Chamber maintains the general rule that a substantial contribution to the joint criminal enterprise is not required, but finds that, in the present case of 'opportunistic visitors', a substantial contribution to the overall effect of the camp is necessary to establish responsibility under the joint criminal enterprise doctrine".

³⁶² ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001 (das Urteil wurde allerdings später aufgehoben, die Appellationskammer verurteilt *Krstić* am Ende nur bezüglich bestimmter Verfolgungs- und Vertreibungsverbrechen aus JCE I, während sie hinsichtlich des Verbrechens des Völkermords nur Beihilfe bejahte); ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004.

³⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004.

³⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Judgement, 28 November 2006.

³⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004; ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2014.

³⁶⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005.

³⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003.

³⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006.

Verbrechenszurechnung für die Vorgänge beim Völkermord von Srebrenica, an dem Radislav Krstić als Stabschef und Kommandant des Drina-Korps beteiligt war.³⁶⁹ Die Konzentration liegt hier darauf, ob JCE ein geeignetes Instrument zur Bewältigung von komplexen Prozessstoffen darstellt.

Zum Verfahren:

aa. Das Urteil in erster Instanz

In erster Instanz wurde Radislav Krstić am 2. August 2001 wegen der Beteiligung am Völkermord an der regionalen bosnisch-muslimischen Bevölkerung durch Tötung von Mitgliedern der verfolgten Gruppe, vgl. Artikel 4 Abs. 3 lit. a) ICTY-Statut, verurteilt – begangen im Wege eines Joint Criminal Enterprise der ersten Kategorie. Die weitere Verurteilung erging für Beteiligung an einem Joint Criminal Enterprise zur Verfolgung der bosnisch-muslimischen Zivilbevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäß Artikel 5 ICTY-Statut und wegen vorsätzlicher Tötung und anderen Einzeltaten als Kriegsverbrechen gegen eine Zivilbevölkerung gemäß Artikel 3 ICTY-Statut in Srebrenica,³⁷⁰ wobei in den Konkurrenzen am Ende nur die Vorwürfe des Völkermords, der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Tötung als Kriegsverbrechen übrig blieben.³⁷¹

Die erstinstanzliche Kammer unterteilte dabei das Geschehen in Srebrenica ab dem 11. Juli 1995 (dem Tag, an dem bosnisch-serbische Streitkräfte die UN-Enklave überrannten) in zwei separate Joint Criminal Enterprises der Kategorien I bzw. III. Eine gemeinsame kriminelle Unternehmung erfasste die Vertreibungsverbrechen und die anlässlich der Vertreibung von Soldaten des Drina-Korps begangenen Gelegenheitsverbrechen in Potočari (Srebrenica) zwischen dem 11. und 13. Juli 1995 (sog. JCE zum Zwecke der ethnischen Säuberung).³⁷² Aus dieser Joint Criminal Enterprise wurden Krstić im Wege einer Joint Criminal Enterprise der ersten Kategorie alle Übergriffe der bosnisch-serbischen Armee auf die muslimische Zivilbevölkerung in Gestalt von Vertreibung bzw. Zwangsüberführung, unmenschlicher Behandlung, Verfolgung und alle weiteren Straftaten zugerechnet, die typischerweise mit einer ethnischen Säuberung einhergehen. Die in Potočari eingesetzten Soldaten des Drina-Korps und der mitwirkenden paramilitärischen Verbände und andere VRS-Soldaten begingen aber an den Flüchtlingen anlässlich der Vertreibungsoperation noch weitere Verbrechen wie Mord, Vergewaltigungen und schwere körperliche und seelische Misshandlungen. Diese Verbrechen mussten nach Überzeugung des Gerichts nicht zwingend als Bestandteil der Verbreibungsabrede sein. Die Kammer spricht von Gelegenheitsverbrechen, *opportunistic crimes*, insbesondere *opportunistic*

³⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 3.

³⁷⁰ Zu allen Urteilsaspekten s. ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 644-646, 677.

³⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 687-688.

³⁷² ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 611-612, 615.

killings.³⁷³ Aber dennoch rechnete die Kammer Radislav Krstić diese Taten im Wege einer Joint Criminal Enterprise der dritten Kategorie zu. Die Taten waren für das Gericht eine natürliche und vorhersehbare Konsequenz der Vertreibungsvorgänge und der humanitären Krise, die sich angesichts der ethnischen Säuberung für alle Beteiligten sichtbar in Potočari abspielte.³⁷⁴

Das zweite, weit furchtbarere Joint Criminal Enterprise umfasste die ab dem 13. Juli 1995 einsetzenden Tötungen im Rahmen des Völkermords an den bosnisch-muslimischen Männern aus Srebrenica, die den Soldaten der bosnisch-serbischen Armee in die Hände fielen.³⁷⁵ Es kam dabei zur Tötungen von schätzungsweise 7.000-8.000 bosnischen Muslimen, größtenteils Zivilisten und in wenigen Fällen Kriegsgefangene.³⁷⁶ Die Kammer spricht von einem „*escalated joint criminal enterprise to kill the military-aged men*“,³⁷⁷ und weil Radislav Krstić nach Ansicht der Kammer nicht nur in alle Aspekte des Geschehens eingeweiht war und es gemeinsam mit den anderen Beteiligten an der kriminellen Unternehmung mittrug, sich dafür einsetzte, das gemeinsame Völkermordziel mit allen damit einhergehenden Verbrechen mit zu verwirklichen, sondern er auch persönlich Genozidabsicht aufwies, erfolgte eine Zurechnung der Verbrechen, an denen sich Einheiten des Drina-Korps (konkret die Zvornik- und die Bratunac-Brigade) beteiligt hatten³⁷⁸ im Wege einer Joint Criminal Enterprise der Kategorie I.

Dem Ganzen lag das folgende Geschehen zugrunde:

Die bosnisch-serbische Armee hatte Srebrenica bereits jahrelang belagert und begann schließlich am 6. Juli 1995 eine Großoffensive zur Eroberung der von den UN als *safe zone* deklarierten ostbosnischen Enklave.³⁷⁹ Ca. 20.000-25.000 Muslime, die sich in die Enklave geflüchtet hatten oder dort lebten, flohen daraufhin in den zentralen Ort Potočari und wurden später von dort zwangsweise deportiert.³⁸⁰ Ziel der Offensive der bosnisch-serbischen Armee unter dem Kommando Ratko Mladićs war es zunächst, Srebrenica von der bosnisch-muslimische Bevölkerung zu säubern und die Enklave als serbisches Gebiet der neu entstehenden Republika Srpska einzuverleiben.³⁸¹

³⁷³ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 546.

³⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 616.

³⁷⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 619 et seq., insbesondere paras. 633-635.

³⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 84, 426, 594.

³⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 620.

³⁷⁸ Zu den Feststellungen der Kammer s. ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 623.

³⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 31.

³⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 37.

³⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 17, 52.

Radislav Krstić war zum Zeitpunkt der Einnahme Srebrenicas Stabschef und stellvertretender Kommandant der *Drina-Korps*, einer Spezialeinheit der bosnisch-serbischen Armee.³⁸² Schon zu Beginn der Offensive hatte er *de facto* Befehlsgewalt über die Truppen.³⁸³ Am 13. Juli 1995 wurde er von Mladić zum Kommandanten des Drina-Korps ernannt.³⁸⁴

Es war nicht nachzuweisen, ob Krstić jemanden persönlich getötet hatte, und auch nicht, dass er die Vertreibungs- und die Völkermordpläne mitentworfen oder mitgestaltet hatte,³⁸⁵ aber er war über alle Einzelheiten der Pläne rechtzeitig informiert und agierte gemeinschaftlich mit den weiteren Kommandomitgliedern der bosnisch-serbischen Armee entsprechend dieser Pläne, und das auch, obwohl er persönlich das Elend der Flüchtlinge in Potočari und die Leiden der zur Tötung gefangen genommenen Männer mitbekommen hatte.³⁸⁶ Zudem spielte er in der Säuberungskampagne und bei den Völkermordvorgängen eine zentrale Rolle (*key co-ordinating role*). Bei Letzteren schloss die Kammer aus dem Wissen des Angeklagten um die Möglichkeit der Vernichtung der bosnisch-muslimischen Bevölkerungsgruppe aus Srebrenica durch die Tötung aller muslimischen Männer auch auf individuelle Völkermordabsicht. Mladićs Plan sei die Ausrottung der männlichen bosnisch-muslimischen Bevölkerung gewesen³⁸⁷ und Krstić habe sich diesem Ziel mit eigener Völkermordabsicht angeschlossen. Er teilte den für den Völkermord zwingenden Tötungsvorsatz und die besondere Zerstörungsabsicht: „[...] *there can be no doubt that, from the point he learned of the widespread and systematic killings and became clearly involved in their perpetration, he shared the genocidal intent to kill the men.*“³⁸⁸ Für die Kammer kam damit eine Beteiligung am Völkermord nur als Gehilfe nicht in Betracht. Vielmehr war Krstić für die erste Instanz Hauptverantwortlicher (*principal perpetrator*) des Genozids.³⁸⁹

Zentral war das Urteil an der Entwicklung der JCE-Doktrin zunächst mit der Aussage beteiligt, dass ein Mitglied einer Joint Criminal Enterprise, das wichtige, zentrale Tatbeiträge leistet, so wie es Krstić mit seinem Drina-Korps getan hatte (die Zvornik- und die Bratunac-Brigade waren zwar möglicherweise nicht unmittelbar in Erschießungen involviert, aber eindeutig in logistische Aufgaben, die die Erschießung ermöglichten, darunter die Bewachung von Gefangenen, den Transport von Opfern zu einzelnen Erschießungsstätten und später ganz zentral am Verscharren der Toten in

³⁸² ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 3, 311.

³⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 328.

³⁸⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 331.

³⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 362, 468.

³⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 615, 618, 621-623.

³⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 134, 619, 621 ff.

³⁸⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 633.

³⁸⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 644.

Massengräbern)³⁹⁰, nicht nur als *accomplice* gelten konnte. Er musste Hauptverantwortlicher (*principal perpetrator*) sein.

„In the *Tadić Appeal Judgement*, the Appeals Chamber referred to ‘the notion of common design as a form of accomplice liability’, a phrase upon which Trial Chamber II subsequently relied to distinguish ‘committing’ from ‘common purpose liability’ under Article 7(1). However, this Trial Chamber views the comment in the *Tadić Appeal Judgement* as not part of the *ratio decidendi* of that Judgement and does not believe that *Tadić* characterisation means that any involvement in a joint criminal enterprise automatically relegates the liability of an accused to that of “complicity in genocide” in Article 4(3)(e). In the *Čelebići Appeal Judgement*, the Appeals Chamber reaffirmed the meaning of the plain language of Article 7 (1) that ‘liability under Article 7(1) applies to direct perpetrators of crimes and to accomplices’, and the *Kordić and Čerkez Trial Chamber* stated that ‘[t]he various forms of participation listed in Article 7(1) may be divided between principal perpetrators and accomplices.’ In short, the Trial Chamber sees no basis for refusing to accord the status of a co-perpetrator to a member of a joint genocidal enterprise whose participation is of an extremely significant nature and at the leadership level.”³⁹¹

Die Kammer ließ aber in ihrer Formulierung offen, ob eine JCE-Beteiligung nicht auch einmal nur eine Nebenbeteiligung begründen kann.

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer hob das Urteil später in Bezug auf die Feststellung einer Hauptverantwortlichkeit Krstićs am Völkermord auf.³⁹² Dreh- und Angelpunkt war die Frage, ob Krstićs Zerstörungsabsicht (*specific intent*) hinreichend nachgewiesen worden war, da bloße Kenntnis von der Zerstörungsabsicht eines anderen allein zur Feststellung individueller Zerstörungsabsicht nicht ausreicht.³⁹³ Krstić wurde daher am Ende lediglich als Gehilfe des Völkermords (*aider and abettor*)

³⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, paras. 78, die entsprechenden Tatsachenfeststellungen der Verfahrenskammer werden von der Appellationskammer als Basis eigener Schlussfolgerungen zur Frage der Völkermordabsicht des Angeklagten als feststehend wiedergegeben in paras. 122-127.

³⁹¹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 642.

³⁹² ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, para. 143.

³⁹³ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, para. 134: „As has been demonstrated, all that the evidence can establish is that Krstić was aware of the intent to commit genocide on the part of some members of the VRS Main Staff, and with that knowledge, he did nothing to prevent the use of Drina Corps personnel and resources to facilitate those killings. This knowledge on his part alone cannot support an inference of genocidal intent. Genocide is one of the worst crimes known to humankind, and its gravity is reflected in the stringent requirement of specific intent. Convictions for genocide can be entered only where that intent has been unequivocally established. There was a demonstrable failure by the Trial Chamber to supply adequate proof that Radislav Krstić possessed the genocidal intent. Krstić, therefore, is not guilty of genocide as a principal perpetrator“.

verurteilt.³⁹⁴ Da die Parteien lediglich die Verurteilung wegen Völkermordes angefochten hatten und nicht die Rechtmäßigkeit der Anwendung der Rechtsfigur,³⁹⁵ hat sich die Appellationskammer nicht vertieft mit den Voraussetzungen von Joint Criminal Enterprise beschäftigt.

b. Das Verfahren gegen Mitar Vasiljević

Im Verfahren gegen Mitar Vasiljević ging es, unter anderem, um Morde an fünf bosnisch-muslimischen Männern, die von einer paramilitärischen bosnisch-serbischen Einheit, den sog „White Eagles“, am 7. Juni 1992 in Višegrad am Ufer der Drina erschossen worden waren.³⁹⁶ Zwei weitere Opfer konnten mit Schussverletzungen dem Mordkommando entkommen.³⁹⁷ In rechtlicher Hinsicht lautete die Anklage hierfür auf Mord, Verfolgung und unmenschliche Behandlung als Subtatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und auf vorsätzliche Tötung als Subtatbestand des Kriegsverbrechens.³⁹⁸ Der weitere Anklagepunkt, bei dem es darum ging, dass Vasiljević zusammen mit der paramilitärischen Einheit der „White Eagles“ bosnisch-muslimische Männer, Frauen und Kinder in ein Haus in der Pionierskastraße getrieben und dieses dann angezündet haben soll, mit der Folge, dass die Opfer darin bei lebendigem Leib verbrannten (angeklagt unter anderem als Ausrottung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit),³⁹⁹ soll in der Folge keine weitere Rolle spielen.

aa. Das Urteil in erster Instanz

Das erstinstanzliche Urteil basierte hinsichtlich des Vorwurfes des Mordes bzw. der vorsätzlichen Tötung auf einer Zurechnung im Wege von Joint Criminal Enterprise I.⁴⁰⁰ Aber die Feststellungen der erstinstanzlichen Kammer zur Mitgliedschaft in einer Joint Criminal Enterprise I und zum individuellen Tötungsvorsatz wurden von der Berufungskammer später wieder aufgehoben.⁴⁰¹ Für die Berufungskammer hatten die dem Angeklagten nachweisbaren Tatbeiträge, die Vasiljević zum Erschießungskommando am Ufer der Drina erbracht hatte, nicht die Qualität, um allein aus dieser Form der Mitwirkung einen eigenen Tötungsvorsatz des Angeklagten hinsichtlich der sieben

³⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, para. 143.

³⁹⁵ Zu den Verteidigungsrügen s. ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, paras. 5, 24.

³⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 2, 5.

³⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, para. 5.

³⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 7-9.

³⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 5, 6.

⁴⁰⁰ Obwohl unmittelbar eigene Tötungshandlungen dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden konnten, ebenso wie eine Mitgliedschaft in der Gruppe der White Eagles, deren Aktionen sich der Angeklagte offenbar nur sporadisch anschloss, ging die erstinstanzliche Kammer doch davon aus, dass der Angeklagte bei allen seinen Handlungen beabsichtigte, dass die sieben Muslime, die er mit bewachte und gemeinsam mit der militärischen Truppe an der Flucht hinderte, während er die Opfer zusammen mit den White Eagles zum Ufer der Drina brachte, getötet werden sollten; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 92-93, 95, 105, 112-113; die Tatsachenfeststellungen werden zusammengefasst referiert in ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, paras. 122, 123.

⁴⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 131.

muslimischen Männer abzuleiten (von denen fünf starben und zwei überlebten).⁴⁰² Da er aber zumindest spätestens bei der Verbringung der Opfer zum Ufer der Drina wusste, dass die Mitglieder der paramilitärischen Truppe die Männer töten wollten und dass er mit seinen Handlungen (Bewachung der Gefangenen im Vorfeld der Tötung, Fluchtverhinderung) zum Gelingen der Morde einen wesentlichen Förderungsbeitrag leistete, kam eine Verurteilung als Gehilfe (*aider and abettor*) in Betracht.⁴⁰³

In rechtlicher Hinsicht enthielten die Urteile zu den Voraussetzungen von JCE wenig Neues.⁴⁰⁴ Die erstinstanzliche Kammer rekapitulierte (und insoweit wurde das Urteil später nicht als fehlerhaft in zweiter Instanz aufgehoben)⁴⁰⁵, dass die erste und zweite Fallgruppe der JCE Basisformen der Rechtsfigur („[...] *basic forms of joint criminal enterprise* [...]“) seien.⁴⁰⁶ Die Fallgruppen von JCE I und II unterschieden sich nur insoweit als letztere auf „(Konzentrations-)lagerfälle“ beschränkt ist.⁴⁰⁷ Die Kammer bestätigt insoweit die bereits oben genannten Voraussetzungen der Tadić Entscheidung: „[...] *the Prosecution must establish the existence of a joint criminal enterprise and the participation of the accused in that enterprise. The Prosecution must establish the existence of an arrangement or understanding amounting to an agreement between two or more persons that a particular crime will be committed. The arrangement or understanding need not be express, and it may be inferred from all the circumstances. The fact that two or more persons are participating together in the commission of a particular crime may itself establish an unspoken understanding or arrangement amounting to an agreement formed between them then and there to commit that particular criminal act. A person participates in a joint criminal enterprise by personally committing the agreed crime as a principal offender, or by assisting the principal offender in committing the agreed crime as a co-perpetrator (by undertaking acts that facilitate the commission of the offence by the principal offender), or by acting in furtherance of a particular system in which the crime is committed by reason of the accused's position of authority or function, and with knowledge of the nature of that system and intent to further that*

⁴⁰² ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 131.

⁴⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, paras. 131, 133 und insbesondere para. 135: „The Appeals Chamber finds that the acts of the Appellant were specifically directed to assist the perpetration of the murders and the inhumane acts and his support had a substantial effect upon the perpetration of the crimes. The Appeals Chamber therefore finds the Appellant guilty for aiding and abetting murder pursuant to Article 3 of the Statute (Count 5). Further, the Appeals Chamber finds the Appellant guilty as an aider and abettor for murder as a crime against humanity pursuant to Article 5(a) of the Statute (Count 4) and inhumane acts as a crime against humanity pursuant to Article 5(i) of the Statute (Count 6). However, the Appellant is not convicted of the murder as a crime against humanity pursuant to Article 5(a) of the Statute (Count 4) and inhumane acts as a crime against humanity pursuant to Article 5(i) of the Statute (Count 6) in accordance with the Tribunal's jurisprudence on cumulative convictions“.

⁴⁰⁴ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 63 et seq.

⁴⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, paras. 95-101.

⁴⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, para. 64.

⁴⁰⁷ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, para. 64.

*system. If the agreed crime is committed by one or other of the participants in a joint criminal enterprise such as has already been discussed, all of the participants in that enterprise are equally guilty of the crime regardless of the part played by each in its commission. The Prosecution must also establish that the person charged shared a common state of mind with the person who personally perpetrated the crime charged (the 'principal offender') that the crime charged should be carried out, the state of mind required for that crime. Where the Prosecution relies upon proof of state of mind by inference, that inference must be the only reasonable inference available on the evidence. If the Trial Chamber is not satisfied that the Prosecution has proved that the Accused shared the state of mind required for the commission of any of the crimes in which he is alleged to have participated pursuant to a joint criminal enterprise, it may then consider whether it has nevertheless been proved that the Accused incurred criminal responsibility for any of those crimes as an aider and abettor to their commission."*⁴⁰⁸

Die Anklagebehörde müsse nachweisen, dass der Angeklagte Vorsatz hinsichtlich der Begehung der Verbrechen der unmittelbar-eigenhändig handelnden Täter (*principal offender*) teile (*shared a common state of mind*). Schlüssige Indizienbeweise reichten insoweit aus. Reichen die Indizienbeweise für eine Verurteilung nicht aus, so käme eine Verurteilung wegen einer Gehilfenschaft in Frage.⁴⁰⁹

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer befand dann unter Anwendung dieser Angaben, dass Vasiljevićs Handlungen in Bezug auf den Nachweis von eigener Tötungsabsicht ambivalent waren und geringfügiger als die Tatbeiträge der bei den Tötungen unmittelbar-eigenhändig handelnden Mitglieder der White Eagles.⁴¹⁰ Dementsprechend wurde Tätervorsatz verneint.

c. Das Verfahren gegen Simić et. al

Im Verfahren gegen Blagoje Simić et al. konnte aus verfahrenstechnischen Gründen eine Zurechnung der untersuchten Verfolgungsverbrechen (als Verbrechen gegen die Menschlichkeit) in Bosanski Šamac nur in Gestalt von Joint Criminal Enterprise der ersten oder zweiten Kategorie („*basic form of JCE*“) vorgenommen werden, denn die Anklagebehörde hatte die alternativ für eine Zurechnung in Betracht kommende Form eines „extended“ Joint Criminal Enterprise, einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung der Kategorie 3, nicht angeklagt.⁴¹¹

Blagoje Simić war Präsident der Gemeindeversammlung (*Municipal Assembly*) und des Krisenstabes (*crisis staff*) der Stadt Bosanski Šamac und wirkte in dieser Funktion mit mehreren militärischen und paramilitärischen Einheiten dahingehend zusammen, die nichtserbische Bevölkerung mittels illegaler

⁴⁰⁸ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 65 et seq.

⁴⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Trial Judgement, 29 November 2002, paras. 65 et seq.

⁴¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 131.

⁴¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, paras. 155, 157, 983.

Festnahmen und Inhaftierungen unter unmenschlichen Bedingungen zu verfolgen (*common goal: persecution*).⁴¹² Es kam hierbei auch zu Deportationen.⁴¹³

aa. Das Urteil in erster Instanz

Simić wusste dabei nach Ansicht der ersten Instanz, dass seine Stellung und Autorität als Präsident des Krisenstabes essentiell waren, um die nichtserbische Bevölkerung zu unterdrücken.⁴¹⁴ Für das Gericht war er die „Spitze“ (*apex*) der gemeinsamen kriminellen Unternehmung auf Gemeindeebene, da der Krisenstab in jeglicher Hinsicht für die Versorgung der Krisengebiete zuständig war.⁴¹⁵ Durch das Zusammenwirken von Simić und den militärischen und paramilitärischen bosnisch-serbischen Einheiten konnten die Beteiligten des Vertreibungs- und Verfolgungs-Joint Criminal Enterprise in Bosanski Šamac den gemeinsamen Plan zur ethnischen Säuberung der Gemeinde von nichtserbischer Bevölkerung realisieren.⁴¹⁶ Simić kannte die Verfolgungsvorgänge in der Gemeinde. Aus der bedeutenden Rolle und der Autorität bei den Verfolgungsvorgängen schloss die Kammer weiterhin, dass Simić eindeutig das gemeinsame Ziel des Verfolgungs-JCE teilte und in eigener Person den für ein Verbrechen der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit notwendigen Tatvorsatz und die spezifische Verfolgungsabsicht aufwies, das heißt die Absicht, nichtserbische Bevölkerung aufgrund religiöser, politischer und rassischer Gründe zu diskriminieren.⁴¹⁷

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Der Fehler der Anklagebehörde, in der Anklageschrift nicht ausdrücklich und detailliert einen Vorwurf der Beteiligung an einem Verfolgungs-JCE erhoben zu haben, der in erster Instanz noch als hinnehmbar betrachtet wurde, führte in zweiter Instanz aber zur Aufhebung der Verurteilung Simićs wegen Beteiligung an einem kriminellen gemeinsamen Unternehmen zur Verfolgung der nichtserbischen Bevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit.⁴¹⁸ Simić sei – anders als die erste Instanz glaubte – durch die Anklageschrift nicht ausreichend darüber informiert worden, Verantwortung als JCE-Beteiligter zu tragen.⁴¹⁹ Das Urteil erster Instanz wurde von der Berufungskammer daher wegen eines Verstoßes gegen den *fair trial* Grundsatz aufgehoben und der Angeklagte für einen Teil der erhobenen Vorwürfe wegen Beihilfe zu den begangenen Verbrechen (*persecution through unlawful*

⁴¹² ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, paras. 983-987, 991.

⁴¹³ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, paras. 987, 991.

⁴¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 992.

⁴¹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, paras. 992, 993.

⁴¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 997.

⁴¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Simić et. al.*, Case No. IT-95-9-T, Trial Judgement, 17 October 2003, para. 997.

⁴¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Judgement, 28 November 2006, para. 74.

⁴¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Judgement, 28 November 2006, para. 74: „*The Prosecution should have specifically pleaded participation in a joint criminal enterprise in the indictment [...]*“.

arrests and detention, confinement under inhumane conditions, forced labour and forcible displacements) schuldig gesprochen.⁴²⁰

d. Das Verfahren gegen Radoslav Brđanin

Auch im Verfahren gegen Radoslav Brđanin ging es im Kern um Beweis- und Formalitätsfragen, darunter die Frage, ob in der Anklageschrift eine JCE-Beteiligung der jeweiligen Kategorie ausdrücklich genug plädiert worden war und ob die Beweise eigentlich ausreichten, um nachzuweisen, dass Brđanin mit anderen Beteiligten das kriminelle Verfolgungsziel bezogen auf die muslimische oder nichtserbische Bevölkerung der Region Krajina teilte.

Radoslav Brđanin wurde vorgeworfen, als Beteiligter an einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung der Kategorie I im Zeitraum von April 1992 bis Ende Dezember 1992, genauer als Politiker in einer Führungsposition in der autonomen serbischen Region Krajina (ARK), für die Begehung von Kernverbrechen an der muslimischen bzw. kroatischen Bevölkerung verantwortlich zu sein.⁴²¹ Angeklagt war er unter anderem wegen Völkermords, Ausrottung, zwangsweiser Vertreibung, Folter, unmenschlicher Behandlung und Verfolgung der bosnisch-muslimischen und bosnisch-kroatischen Bevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und einzelner Kriegsverbrechenstatbestände.⁴²² Die dabei begangenen Gelegenheitsverbrechen sollten ihm über die dritte Gruppe Fallgruppe des JCE zugerechnet werden.⁴²³

aa. Das Urteil in erster Instanz

Die erstinstanzliche Kammer entschied, dass die Voraussetzungen von JCE der ersten Kategorie nicht gegeben waren, da keine Vereinbarung zwischen den unmittelbar-eigenhändig handelnden Tätern und Brđanin getroffen worden wäre und die Anklage die Verantwortlichkeit als JCE-Beteiligter in der Anklageschrift nicht ausreichend zum Ausdruck gebracht hätte.⁴²⁴

Die Subsumtion der ersten Instanz unter die Anforderungen von JCE I und III betonen die Notwendigkeit, eine Übereinkunft zwischen mindestens zwei Personen (*an understanding or an agreement to commit a crime [...] common plan*) zur Begehung eines bestimmten Verbrechens nachzuweisen.⁴²⁵ Dies gerade auch dann, wenn die unmittelbare Beteiligung des Angeklagten am Tatgeschehen nicht nachweisbar ist, so wie in diesem Fall, in dem die Anklagebehörde bezüglich des Vorwurfs von JCE I (bezogen auf die zentralen Vertreibungsverbrechen) keinen Nachweis einer

⁴²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Judgement, 28 November 2006, paras. 84, 301.

⁴²¹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 10 (zum Anklagevorwurf).

⁴²² ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, paras. 14-19.

⁴²³ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 11.

⁴²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, paras. 341, 346.

⁴²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, paras. 341, 343 et seq.

unmittelbar persönlichen Tatbegehung durch den Angeklagten oder Mitglieder des Krisenstabs erbracht hatte („[...] *the Prosecution did not allege that the Accused physically perpetrated any of the crimes charged [...] in order to hold the Accused criminally responsible for the crimes charged [...] the Prosecution must establish that between the person physically committing a crime and the Accused, there was an understanding or an agreement to commit particular crimes*“). Und bezogen auf ein JCE III hätte ebenso eine Übereinkunft nachgewiesen werden müssen und die Vorhersehbarkeit der anlässlich der Vertreibung der Nichtserben von Mitgliedern des JCE begangenen Gelegenheitsverbrechen („*in order to hold him responsible pursuant to the third category of JCE, the Prosecution must prove that the Accused entered into an agreement with a person to commit a particular crime [in the present case the crimes of deportation and/or forcible transfer] and that this same person physically committed another crime, which was a natural and foreseeable consequence of the execution of the crime agreed upon*“).⁴²⁶ Die Kammer betonte auch, dass es wichtig sei, eine Übereinkunft konkret zwischen dem Angeklagten und dem unmittelbar-eigenhändig handelnden Täter ([...] *the person physically committing a crime and the Accused*) nachzuweisen.⁴²⁷ Es waren weder *Brđanin* noch seine Kollegen des ARK-Krisenstabes unmittelbar an der Tatausführung beteiligt, sondern vielmehr Angehörige der bosnisch-serbischen Armee, andere paramilitärische Truppen und Mitglieder der bosnisch-serbischen Polizei, die übrigens in der Anklageschrift auch nicht hinreichend genau als Tatausführende bezeichnet worden waren, so dass auch noch Formalfehler der Anklage vorlagen.⁴²⁸ Da die Anklage eine Übereinkunft zwischen diesen Parteien und dem Angeklagten nicht ausreichend nachweisen konnte und allenfalls belegt war, dass der Angeklagte die Vertreibungspläne der tatausführenden Akteure gutgeheißen hatte, ohne sich mit diesen abzusprechen, war für die erste Instanz eine Verantwortlichkeit als JCE-Beteiligter nach keiner Kategorie nachgewiesen.⁴²⁹

*„However, the Trial Chamber is of the view that the mere espousal of the Strategic Plan by the Accused on the one hand and many of the Relevant Physical Perpetrators on the other hand is not equivalent to an arrangement between them to commit a concrete crime. Indeed, the Accused and the Relevant Physical Perpetrators could espouse the Strategic Plan and form a criminal intent to commit crimes with the aim of implementing the Strategic Plan independently from each other and without having an understanding or entering into any agreement between them to commit a crime.“*⁴³⁰

„Moreover, the fact that the acts and conduct of an accused facilitated or contributed to the commission of a crime by another person and/or assisted in the formation of that person’s criminal

⁴²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 344.

⁴²⁷ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 353.

⁴²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 346.

⁴²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, paras. 353-355.

⁴³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 351.

intent is not sufficient to establish beyond reasonable doubt that there was an understanding or an agreement between the two to commit that particular crime. An agreement between two persons to commit a crime requires a mutual understanding or arrangement with each other to commit a crime."⁴³¹

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer wiederum sah sich später genötigt, mehrere Rechts- und Subsumtionsirrtümer der ersten Instanz in Bezug auf die Zurechnungsform Joint Criminal Enterprise der ersten und dritten Kategorie zu korrigieren. Dazu zählte zum einen, dass die erste Instanz fehlerhaft forderte, dass der Haupttäter selbst Mitglied des für die Zurechnung relevanten Joint Criminal Enterprise (der ersten oder zweiten Kategorie) sein müsste⁴³² und dass bezüglich des konkret begangenen Verbrechens eine eindeutig nachweisbare Absprache zwischen dem Haupttäter und dem weiteren JCE-Mitglied bestanden haben müsste, damit eine Zurechnung über JCE erfolgen kann.⁴³³ Ferner glaubte die erste Instanz, dass derart weitreichende Verbrechenskomplexe wie der im Fall Brđanin von der Zurechnungsform JCE überhaupt nicht erfasst werden könnten.⁴³⁴

Hinsichtlich der Frage, ob der Haupttäter selbst Beteiligter eines JCE der ersten Kategorie sein müsste, stellte die Appellationskammer nach einer ausführlichen Diskussion von Präzedenzfällen (Weltkriegsstrafverfahren und Rechtsprechung des ICTY) klar, dass derjenige, der den actus reus des Verbrechens ausführt, nicht unbedingt selbst JCE-Mitglied sein muss. Wichtiger ist, dass das Verbrechen von der gemeinsamen Zweckabrede erfasst ist. Deswegen genügt es, wenn ein JCE-Mitglied mit dem eigentliche Haupttäter kooperiert hat, um den gemeinsamen kriminellen Zweck der Unternehmung zu fördern bzw. wenn JCE-Mitglieder die Haupttäter als Tatwerkzeuge benutzen.⁴³⁵ Insgesamt muss es nur eine Verbindung zwischen der Tat und einem JCE-Mitglied geben und nachweisbar sein, dass die Tat der gemeinsamen Zweckabrede unterfällt.

Konkret führte die Appellationskammer aus:

„410. In light of the above discussion of relevant jurisprudence, persuasive as to the ascertainment of the contours of joint criminal enterprise liability in customary international law, the Appeals Chamber is of the view that what matters in a first category JCE is not whether the person who carried out the actus reus of a particular crime is a member of the JCE, but whether the crime in question forms part of the common purpose. In cases where the principal perpetrator of a particular crime is not a member

⁴³¹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 352.

⁴³² ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 344.

⁴³³ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 344.

⁴³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 355.

⁴³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, paras. 410-413.

of the JCE, this essential requirement may be inferred from various circumstances, including the fact that the accused or any other member of the JCE closely cooperated with the principal perpetrator in order to further the common criminal purpose. In this respect, when a member of the JCE uses a person outside the JCE to carry out the actus reus of a crime, the fact that the person in question knows of the existence of the JCE – without it being established that he or she shares the mens rea necessary to become a member of the JCE – may be a factor to be taken into account when determining whether the crime forms part of the common criminal purpose. However, this is not a sine qua non for imputing liability for the crime to that member of the JCE. [...]

412. As the Prosecution recognizes, for it to be possible to hold an accused responsible for the criminal conduct of another person, there must be a link between the accused and the crime as legal basis for the imputation of criminal liability. According to the Prosecution, this link is to be found in the fact that the members of the joint criminal enterprise use the principal perpetrators as ‘tools’ to carry out the crime.”⁴³⁶

Auch eine explizite Übereinkunft ist nicht notwendig, gar überflüssig, wenn der Angeklagte Kenntnis davon hatte, dass seine Taten Teil des Verbrechenskomplexes sind, auch wenn er nicht ausdrücklich an den Taten der unmittelbar eigenhändig handelnden Täter beteiligt ist (*The Appeals Chamber recalls that, as far as the basic form of JCE is concerned, an essential requirement in order to impute to any accused member of the JCE liability for a crime committed by another person is that the crime in question forms part of the common criminal purpose. In cases where the principal perpetrator shares that common criminal purpose of the JCE or, in other words, is a member of the JCE, and commits a crime in furtherance of the JCE, it is superfluous to require an additional agreement between that person and the accused to commit that particular crime.*)⁴³⁷ Brđanin sei folglich als Beteiligter eines JCE der ersten Kategorie für alle innerhalb der kriminellen Vertreibungsunternehmung vereinbarten Kernverbrechen verantwortlich zu machen.⁴³⁸ In Übertragung dieser Rechtsprechung auf die dritte Kategorie von Joint Criminal Enterprise stellte die Appellationskammer zudem klar, dass es auch für diese Zurechnungskategorie nicht erforderlich sei, dass Haupttäter und JCE-Mitglied eine konkrete Verbrechensvereinbarung getroffen hätten, anlässlich deren Erfüllung der Haupttäter ein vorhersehbares, aber nicht vereinbartes Gelegenheitsverbrechen begeht. Es muss einfach nur eine kriminelle Zweckabrede zu Kernverbrechen existieren, bei deren Umsetzung die Gelegenheitsverbrechen erfolgen.⁴³⁹

⁴³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, insgesamt dazu paras. 393 et seq., konkret paras. 410, 412.

⁴³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, para. 418.

⁴³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, para. 414.

⁴³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, para. 419.

Zuletzt widersprach die Appellationskammer der Ansicht der ersten Instanz, man könne JCE nur für überschaubare Verbrechenskomplexe nutzen. Vielmehr betonte die Appellationskammer, dass das Konzept der Zurechnung über JCE klare Grenzen kenne und dass diese Grenzen dafür sorgten, dass der Angeklagte nicht nur irgendwie für seine Verbindung oder Kooperationen mit den Tätern schuldig gesprochen werde, sondern tatsächlich deswegen, weil er den kriminellen Zweck der Unternehmung vorsätzlich mitgetragen und mit dem Willen zur Verbrechensbegehung vorsätzlich gefördert hat.⁴⁴⁰

2. JCE II

Die Anwendung von JCE II wird hier anhand der Fälle Kvočka und Krnojelac demonstriert. Dabei ist zu beachten, dass die Kammern des ICTY die JCE-Beteiligten in beiden Fällen wiederholt als Mittäter (*co-perpetrator*) bezeichnen, ohne damit aber einen Mittäter im Sinne unseres deutschen Verständnisses dieser Zurechnungsfigur zu meinen.

a. Das Verfahren gegen Miroslav Kvočka et al.

Miroslav Kvočka wurde vorgeworfen, im Zeitraum vom 28. Mai 1992 bis zum 20. Juni 1992⁴⁴¹ zusammen mit anderen Beteiligten im Gefangenenlager Omarska bei Prijedor Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegen die dort inhaftierten kroatischen und muslimischen Gefangenen begangen zu haben. Er war als Reservemitglied der Polizeistation Omarska mitverantwortlich für den Aufbau des Wachdienstes im Lager Omarska. Dies führte zu einer Anklage wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im Rahmen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts in insgesamt 17 Anklagepunkten.⁴⁴² Der Vorwurf lautete ferner auf Beteiligung an einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung der zweiten Kategorie und – ergänzend oder alternativ – auf Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut, wenn es um Verbrechen von Untergebenen geht, die Kvočka nicht verhindert hat.⁴⁴³

aa. Das Urteil in erster Instanz

Kvočka war Vorgesetzter des Wachpersonals des Gefangenenlagers Omarska, in dem die rechtswidrig inhaftierten Insassen unter unmenschlichen Zuständen gefangen gehalten und ständig gefoltert, misshandelt oder auch getötet wurden.⁴⁴⁴ Er wurde von der ersten Instanz in den Anklagepunkten 1,

⁴⁴⁰ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2007, paras. 427-431.

⁴⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 345, 349.

⁴⁴² Konkret: Verfolgung von Lagerinsassen (mittels Ermordung, Folter, Anwendung sexueller Gewalt, Bedrohung, Erniedrigung und psychischer Misshandlung) als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. Artikel 5 lit. h) ICTY-Statut; Mord, Folter und grausame Behandlung, Schaffung unmenschlicher Lebensbedingungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. Artikel 5 lit. a), lit. f), lit. i) ICTY-Statut und Kriegsverbrechen gem. Artikel 3 Abs. 1 lit. a) der Genfer Konventionen i. V. m. Artikel 3 ICTY-Statut; Folter und grausame Behandlung gem. Artikel 5 lit. f) und Artikel 3 ICTY-Statut, vgl. ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 329.

⁴⁴³ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 6, 329.

⁴⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 45-108.

5 und 9 in Bezug auf das Lager Omarska (nicht in Bezug auf die anderen Gefangenenlager Trnopolje und Keraterm) schuldig gesprochen, wobei in den Konkurrenzen am Ende nur eine Verurteilung wegen Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Artikel 5 lit. h) ICTY-Statut i. V. m. JCE II sowie wegen Mordes und Folter als Kriegsverbrechen erfolgte. Kvočka wurde zu sieben Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.⁴⁴⁵

Die Anwendung von JCE II führte – bezogen auf den Zeitraum, in dem der Angeklagte in Omarska tätig war – zur Rechnung aller zu dieser Zeit im Gefangenenlager Omarska begangenen Verbrechen, also auch derer, die Kvočka nicht persönlich begangen hatte.

Unter Rückgriff auf die bereits ergangene Rechtsprechung zu JCE und die Nachkriegsrechtsprechung bestätigte die Kammer die völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung und die Anwendbarkeit von JCE im vorliegenden Fall.⁴⁴⁶ Die Voraussetzungen für die Verantwortlichkeit als Mittäter des JCE II entsprächen insoweit den Anforderungen der ersten Fallgruppe, jedoch wird wegen der Verbrechensbegehung innerhalb einer strukturierten Organisation eine Beweiserleichterung dahingehend möglich, dass der Vorsatz des Angeklagten in Bezug auf jedes einzelne Lagerverbrechen aus seiner Autoritätsposition im Lager abgeleitet werden kann.⁴⁴⁷ Um einer uferlosen Haftung entgegenzuwirken und unter Berücksichtigung des Schuldprinzips wollten die ICTY-Kammern zunächst sicherstellen, dass trotz Kenntnis über die Begehung von Kernverbrechen im Lager nicht jeder Tatbeitrag ausreicht, um als Mittäter verantwortlich zu sein.⁴⁴⁸ Sie verlangten, dass der Tatbeitrag des Einzelnen auch wesentlich (*significant*) sein sollte.⁴⁴⁹

„By significant, the Trial Chamber means an act or omission that makes an enterprise efficient or effective; e.g., a participation that enables the system to run more smoothly or without disruption. Physical or direct perpetration of a serious crime that advances the goal of the criminal enterprise would constitute a significant contribution. In general, participation would need to be assessed on a case by case basis, especially for low or mid level actors who do not physically perpetrate crimes. It may be that a person with significant authority or influence who knowingly fails to complain or protest automatically provides substantial assistance or support to criminal activity by their approving silence,

⁴⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 413-414, 418-420, 752-754.

⁴⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 265-315.

⁴⁴⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 272, s. ferner para. 308: *„The Trial Chamber considers that persons who work in a job or participate in a system in which crimes are committed on such a large scale and systematic basis incur individual criminal responsibility if they knowingly participate in the criminal endeavor, and their acts or omissions significantly assist or facilitate the commission of the crimes“.*

⁴⁴⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 309.

⁴⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, paras. 309, 312; die Berufungskammer verzichtet auf das Erfordernis des wesentlichen Tatbeitrags; vgl. S. 52 f., Fn. 339.

particularly if present at the scene of criminal activity. In most situations, the aider or abettor or co-perpetrator would not be someone readily replaceable, such that any 'body' could fill his place. He would typically hold a higher position in the hierarchy or have special training, skills, or talents."⁴⁵⁰

Begründet wurde dieser Ansatz damit, dass in Kriegszeiten Individuen Verbrechen begehen, zu denen sie normalerweise nicht in der Lage sind.⁴⁵¹ Daher müssten die Tatbeiträge der Täter, die keine Führungspositionen besetzen, einen erhöhten Unrechtsgehalt vorweisen, um als Mittäter eines JCE in Betracht zu kommen.⁴⁵²

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer bestätigte die Endentscheidung der Hauptverhandlungskammer zumindest insoweit, als dass auch sie Kvočka im Wege von JCE II für die Verbrechen in Omarska verantwortlich machte. Aber sie widersprach der Rechtsauffassung der ersten Instanz, dass ein „signifikanter“ Tatbeitrag zum JCE II erbracht werden müsste. Die Rechtsfigur JCE setze nicht *grundsätzlich* einen wesentlichen (*substantial*) Tatbeitrag des Angeklagten voraus:

„The Appeals Chamber notes that, in general, there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to the joint criminal enterprise. However, there may be specific cases which require, as an exception to the general rule, a substantial contribution of the accused to determine whether he participated in the joint criminal enterprise. In practice, the significance of the accused's contribution will be relevant to demonstrating that the accused shared the intent to pursue the common purpose.“⁴⁵³

Auch der Nachweis, dass der JCE-Beitrag im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel ursächlich für die dann tatsächlich im Verbrechenssystem begangenen Taten geworden ist, sei nicht notwendig. Die

⁴⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 309.

⁴⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 311: „*The Trial Chamber finds that during periods of war or mass violence, the threshold required to impute criminal responsibility to a mid or low level participant in a joint criminal enterprise as an aider and abettor or co-perpetrator of such an enterprise normally requires a more substantial level of participation than simply following orders to perform some low level function in the criminal endeavor on a single occasion*“.

⁴⁵² ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 November 2001, para. 311. Die Wesentlichkeit des Tatbeitrags wurde dann an folgenden Kriterien bemessen: Umfang des gemeinsamen kriminellen Unterfangens (*size of the criminal enterprise*), Tathandlung des Angeklagten (*functions performed*), Position des Angeklagten (*position of the accused*), die Zeitspanne in der der Angeklagte, trotz Kenntnis der Verbrechenbegehung im Lager, weiterhin dort gearbeitet hat (*the amount of time spent participating after acquiring knowledge of the criminality of the system*), Versuche der Verbrechenprävention oder -bekämpfung (*efforts made to prevent criminal activity or to impede the efficient functioning system*), Schwere der Verbrechen (*seriousness and scope of the crimes committed*), Effektivität, Eifer oder Grundlosigkeit der Grausamkeit, die der Angeklagte bei Tatbegehung zum Vorschein brachte (*efficiency, zealousness or gratuitous cruelty*).

⁴⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 97.

Verteidigung könne also nicht einwenden, dass die Verbrechen ohnehin begangen worden wären, weil der einzelne Beteiligte im Verbrechenssystem jederzeit ausgetauscht werden könnte.⁴⁵⁴

Nur in Bezug auf den Mitangeklagten Žigić, der nicht zum Lagerpersonal gehörte, sondern nur sporadisch als Transportfahrer die Lager um Prijedor aufsuchte und dann darin Gefangene willkürlich misshandelte, forderte die Berufungskammer einen substantiellen Tatbeitrag des Angeklagten zum Lager-JCE bzw. zum „Gesamteffekt des Lagers“.⁴⁵⁵ Es handele sich bei Žigić um einen „*opportunistic visitor*“ und in diesen Fällen müsse, eben weil der *opportunistic visitor* nicht direktes Mitglied des Unrechtsregimes ist, sondern nur gelegentlich die Lager aufsucht und dort (vom Personal geduldet) Verbrechen begeht, die Qualität des Beitrags anhand des Kriteriums der Wesentlichkeit festgestellt werden.⁴⁵⁶ Weiterhin betonte die Berufungskammer, dass bei JCE I und II der Grund für die Zurechnung der Taten der anderen JCE-Mitglieder in der subjektiven Tatseite läge. Der Angeklagte sei nicht allein aus der Tatsache heraus, dass er *de-facto* oder *de-iure* Mitglied des kriminellen Unterfangens ist, verantwortlich. Vielmehr konstituiere der *shared intent* bzw. die genaue Kenntnis vom Verbrechenssystem den Zurechnungsgrund. Dabei lässt sich aus der Rolle des Angeklagten im Lager, vor allem dann, wenn der Angeklagte eine Autoritätsposition innehatte, ableiten, dass der Angeklagte das Verbrechenssystem mit all den darin begangenen Kernverbrechen unterstützen und aufrechterhalten wollte:

*„The Appeals Chamber affirms that the de facto or de jure position of employment within the camp is only one of the contextual factors to be considered by the Trial Chamber in determining whether an accused participated in the common purpose. A position of authority, however, may be relevant evidence for establishing the accused’s awareness of the system, his participation in enforcing or perpetuating the common criminal purpose of the system, and, eventually, for evaluating his level of participation for sentencing purposes.“*⁴⁵⁷

Die Kammer betonte allerdings, dass bei Verbrechen, die eine besondere subjektive Voraussetzung beinhalten, etwa die Diskriminierungsabsicht beim Verbrechen der Verfolgung nach Artikel 5 lit. h) ICTY-Statut, für eine JCE-Beteiligung in der Kategorie I und II jeweils nachzuweisen ist, dass der Angeklagte auch gerade diese besondere Absicht mit den Haupttätern der Verbrechen teilte.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 98.

⁴⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 599.

⁴⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 599: *„The Appeals Chamber is of the opinion that a person need not have any official function in the camp or belong to the camp personnel to be held responsible as a participant in the joint criminal enterprise. It might be argued that the possibility of ‘opportunistic visitors’ entering the camp and maltreating the detainees at random added to the atmosphere of oppression and fear pervading the camp.“*

⁴⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 101.

⁴⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 110.

b. Das Verfahren gegen Milorad Krnojelac

Krnojelac wurde vorgeworfen, als Kommandant des serbischen Gefängnisses Kazneno-Popravni Dom (KP Dom) in der südbosnischen Stadt Foča von April 1992 bis August 1993 Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt) an den muslimischen oder jedenfalls vor allem nichtserbischen Gefangenen begangen zu haben (allesamt Zivilisten).⁴⁵⁹ Foča war in der Zeit vom 7. April bis spätestens 17. April 1992 von Serben übernommen und vollständig besetzt worden. Die nichtserbischen Männer oder Serben, die versuchten, sich dem Wehrdienst zu entziehen, wurden festgenommen und im zu Beginn völlig überfüllten KP Dom inhaftiert.⁴⁶⁰ Der Angeklagte Krnojelac soll sich laut Anklageschrift entweder als Teilnehmer eines JCE II oder alternativ als Gehilfe oder Vorgesetzter an diesem Verbrechenssystem beteiligt haben, darunter vor allem auch an den innerhalb des KP Dom stattfindenden Misshandlungen von Häftlingen, Foltervorgängen, die oft zum Tod des Opfers führten, weiteren Morden innerhalb des Gefängnisses, Fällen von Sklaverei und Zwangsarbeit, Verfolgung und Vertreibung.⁴⁶¹

aa. Das Urteil in erster Instanz

Erstinstanzlich wurde Krnojelac dann aber nicht als Teilnehmer an einem JCE II, sondern für einen Teil der Anklagevorwürfe nach den Grundsätzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäß Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut und für einen anderen Teil der Vorwürfe als Gehilfe gemäß Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut verurteilt.⁴⁶² Für eine JCE-Beteiligung fehlte der Kammer der Nachweis eines *shared intent*.⁴⁶³ Die Anklagebehörde habe nicht zur Überzeugung des Gerichts nachweisen können, dass der Angeklagte den Tatvorsatz der Hauptverantwortlichen für die Verbrechen der Inhaftierung und die Taten im KP Dom teilte: „*Where the Trial Chamber has not been satisfied that the Prosecution has established that the Accused shared the state of mind required for the commission of any of the crimes in which he is alleged to have participated pursuant to a joint criminal enterprise [...]*“⁴⁶⁴

Die Kammer führt aus, dass sowohl die erste und zweite Fallgruppe des JCE die Grundformen der Rechtsfigur sind (*It is appropriate to treat both as basic forms of the joint criminal enterprise*).⁴⁶⁵ Daraus folge, dass beide Formen dieselben Voraussetzungen verlangten. Insbesondere müsse die Anklagebehörde nachweisen, dass die Beteiligten den Tatvorsatz hinsichtlich der Begehung der Verbrechen teilen (*[...] all the participants in the joint criminal enterprise share the same criminal intent*

⁴⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 2-4.

⁴⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 1-2.

⁴⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 4-10.

⁴⁶² ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 499-500.

⁴⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 87, 487.

⁴⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 87, 487.

⁴⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, para. 78.

[...]).⁴⁶⁶ Die zweite Fallgruppe unterscheide sich nur dahingehend, dass sie auf Konzentrationslagerfälle Anwendung fände. Dass diese Fallgruppe Beweiserleichterungen hinsichtlich des Vorsatznachweises ermöglicht, wird nicht spezifisch erwähnt. Vielmehr heißt es nur, dass sich aus dem Gewicht des Beitrags zum System Rückschlüsse auf den Vorsatz des Angeklagten, sich am JCE zu beteiligen, ziehen lassen. Diese Rückschlüsse auf Vorsatz müssen aber die einzig mögliche Lesart der Beweise sein.⁴⁶⁷

Insgesamt muss also in der zweiten wie in der ersten Fallgruppe von JCE der gemeinsame Tatvorsatz für den Einzelfall nachgewiesen werden: „*The Trial Chamber is in any event satisfied that both the first and the second categories discussed by the Tadić Appeals Chamber require proof that the accused shared the intent of the crime committed by the joint criminal enterprise. It is appropriate to treat both as basic forms of the joint criminal enterprise.*“⁴⁶⁸

bb. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer folgte den Ausführungen der Hauptverhandlungskammer hier nicht, sondern nutzte die spezifischen Beweiserleichterungen, die diese Form von JCE für den Nachweis des *shared intent* bereithält.⁴⁶⁹ Für sie stand fest, dass, gerade weil der Angeklagte Teil des verbrecherischen Gefängnisystems war (konkret der Kommandant des KP Dom) und generell Kenntnis von den im System und mithilfe des Systems begangenen Verbrechen hatte, insbesondere von der unmenschlichen Behandlung der Insassen, ein vernünftiger Tatrichter nur den Schluss hätte ziehen können, dass Krnojelac den notwendigen Tatvorsatz mit den unmittelbaren Tätern teilte, ja dass er eindeutig mit besonderer Diskriminierungsabsicht handelte, wie für das Verbrechen der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erforderlich:

„*The Appeals Chamber holds that, with regard to Krnojelac’s duties, the time over which he exercised those duties, his knowledge of the system in place, the crimes committed as part of that system and their discriminatory nature, a trier of fact should reasonably have inferred from the above findings that he was part of the system and thereby intended to further it. The same conclusion must be reached when determining whether the findings should have led a trier of fact reasonably to conclude that Krnojelac shared the discriminatory intent of the perpetrators of the crimes of imprisonment and inhumane acts.*“⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, para. 78.

⁴⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, para. 83.

⁴⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, para. 78.

⁴⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 111-112.

⁴⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 111.

Die Kammer veränderte damit in zwei Anklagepunkten, in denen Krnojelac ursprünglich als Gehilfe oder nur wegen Vorgesetztenverantwortlichkeit verurteilt worden war (Anklagepunkte 1 und 15) den Schuldspruch in Tatbegehung vermittels eines JCE II.⁴⁷¹

Wichtig sind einige Grenzziehungen der Appellationskammer hinsichtlich der Frage, welche Verbrechen man als durch alle Beteiligten im Verbrechenssystem des KP Dom vereinbart ansehen kann. Die Appellationskammer betonte insoweit, dass der „*common purpose*“ nur die Verbrechen umfasse, die nach Kontext und Beweislage eindeutig von allen Systembeteiligten mitgetragen wurden:

„Accordingly, the Appeals Chamber finds that the most appropriate approach in this case would have been to limit the definition of the common purpose within the KP Dom ‘system’ to the commission of those crimes which, given the context and evidence adduced, could be considered as common to all the offenders beyond all reasonable doubt.”⁴⁷²

Konkret bedeutete das in diesem Fall, dass die Verbrechen, die im Zusammenhang mit der illegalen Festnahme der nichtmuslimischen Männer in Foča standen und mit den weiteren Zielen dieser Inhaftierung, der Deportation dieser Männer und damit der ethnischen Säuberung in der Region, nicht zwingend Bestandteil des KP-Dom-JCE waren. Vielmehr hätte es ein weiteres JCE der ersten Kategorie im Raum Foča gegeben, in dem die lokalen militärischen und zivilen Behörden darauf hinarbeiteten, eine ethnische Säuberung der Region zu erwirken.⁴⁷³ Diese ethnischen Säuberungen konnten mithilfe des Misshandlungssystems des KP Dom durchgesetzt werden, aber dies bedeutete nicht notwendigerweise, dass die Beteiligten am KP-Dom-JCE II automatisch auch an dieser Politik der ethnischen Säuberung beteiligt sein wollten.⁴⁷⁴ Diese Beweislage lasse nur den Schluss zu, dass sie eindeutig den Vorsatz teilten, das Misshandlungssystem des KP Dom zu fördern, insbesondere die Unterwerfung der Gefangenen unter inhumane Bedingungen, unter Misshandlungen und weitere fundamentale Menschenrechtsverletzungen innerhalb des Gefängnisses.⁴⁷⁵ Hinsichtlich der Verbrechen, die außerhalb des Gefängnisses stattfanden und im Wesentlichen von Personen außerhalb des KP Dom geplant worden waren (insbesondere die illegalen Inhaftierungen und die Deportationen), scheiterte eine Zurechnung per JCE II. Für eine Zurechnung hätte die Anklagebehörde nachweisen müssen, dass der Angeklagte auch Mitglied des Vertreibungs-JCE der ersten Kategorie war, das diese Verbrechen plante und umsetzte (und das war Krnojelac nach Ansicht der Kammer nur teilweise: Er war kein Mitglied im Inhaftierungs-JCE, hatte sich aber nach der Beweislage an den

⁴⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 111.

⁴⁷² ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 120.

⁴⁷³ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 119.

⁴⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 119.

⁴⁷⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 118.

kriminellen Unternehmungen bezogen auf Deportationen und Zwangsumsiedlungen beteiligt).⁴⁷⁶ Für die Morde an Gefangenen im KP Dom und die zahlreichen Fälle von Zwangsarbeit (bei denen Gefangene zu unbezahlten schweren Arbeiten außerhalb des KP Dom abgestellt wurden) galt ebenso: Diese Verbrechen fielen nach Ansicht der Berufungskammer aus der gemeinsamen Zweckabrede des Vertreibungs-JCE heraus, wurden also jenseits der Grenzen der gemeinsamen Zweckabrede als Exzesstaten begangen.⁴⁷⁷ Die Morde hätten dem Angeklagten aber im Wege eines JCE III als eigene Taten zugerechnet werden können, wenn er mit seiner Beteiligung am JCE II zugleich wissentlich und willentlich das Risiko eingegangen ist, dass solche Verbrechen anlässlich der Umsetzung des gemeinsamen kriminellen Zwecks begangen werden würden.⁴⁷⁸ Die Kammer fand hierfür aber keine Nachweise, sodass am Ende bezüglich der Morde, die durch das Personal an Gefangenen im KP Dom begangen worden waren, nur eine Zurechnung im Wege der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Artikel 7 Abs. 3 ICTY-Statut erfolgte.⁴⁷⁹ Die Zwangsarbeit wiederum konnte ihm im Wege eines JCE I zugerechnet werden, weil er nachweislich Mitglied der gemeinsamen kriminellen Unternehmung war, die das Verbrechen Zwangsarbeit vereinbart hatte.⁴⁸⁰

Zentraler Punkt, warum es JCE II neben der Zurechnungsform des Basic JCE (JCE I) überhaupt gibt, ist die Beweiserleichterung für den Nachweis des *shared intent*, zu dessen Nachweis das Gericht Rückschlüsse aus der Position und Rolle des Angeklagten im verbrecherischen System ziehen kann. JCE II ermöglicht eine „Vermutungslösung“ für den Vorsatz anhand objektiver Kriterien. Dafür ist die Form in der deutschen Literatur in die Kritik geraten. Haan zum Beispiel kritisiert, dass de facto eine Haftung wegen der „Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation“ entstanden sei.⁴⁸¹ Zum anderen sei die Vorsatzfiktion unvereinbar mit dem *nullum crimen sine lege* Grundsatz. Es würden kollektive und individuelle Verantwortungsaspekte vermischt (i. e. die objektive Beteiligung an einem verbrecherischen System und der Vorsatz zur Tatbegehung). Das widerspräche den Vorgaben im ICTY-Statut, das von individueller strafrechtlicher Verantwortung spreche und gerade keine Haftung für eine

⁴⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 123, 242, 246-247, Disposition: „The Appeals Chamber ... finds Krnojelac guilty of count 1 of the Indictment as a co-perpetrator of the crime against humanity of persecution (forced labour, deportation and expulsion) pursuant to Article 7(1) of the Statute“.

⁴⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 121-122

⁴⁷⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 121.

⁴⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 179-180, Disposition: „The Appeals Chamber ... finds Krnojelac guilty of counts 8 and 10 of the Indictment (murder as a crime against humanity and murder as a violation of the laws or customs of war) pursuant to Article 7(3) of the Statute“.

⁴⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 206-207, Disposition: „The Appeals Chamber ... finds Krnojelac guilty of count 1 of the Indictment as a co-perpetrator of the crime against humanity of persecution (forced labour, deportation and expulsion) pursuant to Article 7(1) of the Statute“.

⁴⁸¹ Haan, *Joint Criminal Enterprise*, 2008, S. 286.

bloße Beteiligung in kriminellen Organisationen vorsähe.⁴⁸² Andererseits ist hierauf zu erwidern, dass die ICTY-Appellationskammer gerade auch mit ihrer Grenzziehung dahingehend, welche Verbrechen sie als eindeutig im Rahmen des KP-Dom-JCE II als vereinbart ansieht, beweist, dass sie Joint Criminal Enterprise als individuelles Verantwortlichkeitskonzept begreift und nicht nur als Verantwortlichkeit für Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation. Die Kritik zeigt also zwar die Probleme von JCE II auf, i. e. die Gefahr viel zu weitgehender Vorsatzvermutungen. Sie überzeugt aber nicht, solange sie die Limitierungsrechtsprechung des ICTY für das Konzept des JCE II ignoriert.

3. JCE III im Verfahren gegen Radislav Krstić

Radislav Krstić wurde in zweiter Instanz wegen Beihilfe zum Völkermord, Beihilfe zum Mord als Kriegsverbrechen und als Beteiligter an einem Joint Criminal Enterprise I hinsichtlich der brutalen Vertreibungsvorgänge in der Stadt Potočari nach der Einnahme von Srebrenica durch serbische Soldaten verurteilt (als Verbrechen der Verfolgung und der unmenschlichen Behandlung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit).⁴⁸³

Weiter hatte die erste Instanz *Krstić* wegen zahlreicher Verbrechen, die von dessen Soldaten und weiteren paramilitärischen Truppen zwischen dem 10. und 13. Juli 1995 anlässlich der Vertreibungsvorgänge in Potočari unter Ausnutzung der besonderen Gelegenheit begangen worden waren (sog. Gelegenheitsverbrechen oder *opportunistic crimes*), darunter Mord, Vergewaltigungen und andere Misshandlungen der Flüchtlinge, wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen im Wege von Joint Criminal Enterprise der dritten Kategorie, verurteilt.⁴⁸⁴ Für die erste Instanz stand fest, dass diese Verbrechen zwar nicht Bestandteil des ursprünglichen Vertreibungs- und Verfolgungsplan in Bezug auf die muslimische Bevölkerung in Potočari gewesen waren, aber dass man sie als natürliche und für *Krstić* ohne Weiteres vorhersehbare Folge des Plans

⁴⁸² Haan, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 286 f.

⁴⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, Disposition: „The Appeals Chamber ... **SETS ASIDE**, Judge Shahabuddeen dissenting, Radislav Krstić's conviction as a participant in a joint criminal enterprise to commit genocide (Count 1), and **FINDS**, Judge Shahabuddeen dissenting, Radislav Krstić guilty of aiding and abetting genocide;

RESOLVES that the Trial Chamber incorrectly disallowed Radislav Krstić's convictions as a participant in extermination and persecution (Counts 3 and 6) committed between 13 and 19 July 1995, but that his level of responsibility was that of an aider and abettor in extermination and persecution as crimes against humanity;

SETS ASIDE, Judge Shahabuddeen dissenting, Radislav Krstić's conviction as a participant in murder under Article 3 (Count 5) committed between 13 and 19 July 1995, and

FINDS, Judge Shahabuddeen dissenting, Radislav Krstić guilty of aiding and abetting murder as a violation of the laws or customs of war“.

„**AFFIRMS** Radislav Krstić's convictions as a participant ... in persecution (Count 6) committed between 10 and 13 July 1995 in Potočari“; letzteres bezieht sich auf die Verurteilung als Mitglied eines JCE I wegen der von vornherein vereinbarten Vertreibungsvorgänge in Potočari; vgl. die Verurteilung in erster Instanz: ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 615, 617.

⁴⁸⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 616.

bezeichnen konnte.⁴⁸⁵ Immerhin waren die Flüchtlinge gezielt durch serbische Soldaten bedrängt und in eine hilflose Lage gebracht worden. Für die in Potočari begangenen Gelegenheitsverbrechen habe Krstić den notwendigen Vorsatz gehabt, da er aufgrund seiner örtlichen Nähe zum Geschehen wissen musste, dass die Verbrechen begangen werden würden:

„Furthermore, given the circumstances at the time the plan was formed, General Krstić must have been aware that an outbreak of these crimes would be inevitable given the lack of shelter, the density of the crowds, the vulnerable condition of the refugees, the presence of many regular and irregular military and paramilitary units in the area and the sheer lack of sufficient numbers of UN soldiers to provide protection. In fact, on 12 July, the VRS organised and implemented the transportation of the women, children and elderly outside the enclave; General Krstić was himself on the scene and exposed to firsthand knowledge that the refugees were being mistreated by VRS or other armed forces.”⁴⁸⁶

Die Appellationskammer hielt diese Verurteilung.⁴⁸⁷ Für ein JCE III spiele es keine Rolle, ob der Angeklagte tatsächlich Kenntnis von den begangenen Verbrechen hatte, solange die Konsequenzen der Umsetzung der geplanten kriminellen Unternehmung für den Angeklagten vorhersehbar waren:

„For an accused to incur criminal responsibility for acts that are natural and foreseeable consequences of a joint criminal enterprise, it is not necessary to establish that he was aware in fact that those other acts would have occurred. It is sufficient to show that he was aware that those acts outside the agreed enterprise were a natural and foreseeable consequence of the agreed joint criminal enterprise, and that the accused participated in that enterprise aware of the probability that other crimes may result. As such, it was unnecessary for the Trial Chamber to conclude that Radislav Krstić was actually aware that those other criminal acts were being committed; it was sufficient that their occurrence was foreseeable to him and that those other crimes did in fact occur.”⁴⁸⁸

III. JCE I und III und Mittäterschaft (Co-Perpetration) im Verfahren gegen Milomir Stakić

1. Das Urteil erster Instanz

Milomir Stakić war zur Tatzeit Präsident des Krisenstabs Prijedor⁴⁸⁹ und soll laut Anklage vom 30. April 1992 bis zum 30. September 1992 an diversen Kernverbrechen beteiligt gewesen sein, darunter laut Anklage sogar Völkermord, Teilnahme am Völkermord, Ausrottung, Mord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Deportationen und weitere Verbrechen, alle begangen an der

⁴⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 616.

⁴⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 616.

⁴⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, paras. 147-150.

⁴⁸⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgement, 19 April 2004, para. 150.

⁴⁸⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, paras. 2-3.

nichtserbischen Bevölkerung Prijedor. Beteiligt gewesen sein soll er auf Grundlage der ersten und dritten Fallgruppe von JCE.⁴⁹⁰ Zu den Hintergründen des Geschehens stellte die erste Instanz fest, dass die lokalen serbischen Akteure in der multiethnischen, sogar mehrheitlich muslimischen Gemeinde Prijedor die Schaffung eines rein serbischen Gebiets in Prijedor anstrebten (*common goal*). Das Gebiet sollte hierfür von der muslimisch-bosnischen und kroatisch-bosnischen Bevölkerung gesäubert werden.⁴⁹¹ Hierfür stellte Radovan Karadžić einen Umsetzungsplan in sechs Stufen auf, der in der ersten Stufe die Trennung der serbischen Bevölkerung von der restlichen Bevölkerung (*the other two nationalities*) vorsah.⁴⁹² Am 29. April 1992 wurde daher in Prijedor zunächst die Übernahme der Stadt und später die Verdrängung aller Nichtserben aus den relevanten Autoritätspositionen in der Gemeinde beschlossen.⁴⁹³ Zu den Akteuren zählten dabei die Führungspersonen der selbst ernannten Versammlung der Serben in der Gemeinde Prijedor, die SDS (Serbische Demokratische Partei), der Krisenstab Prijedor unter der Leitung von Milomir Stakić, die serbische Territorialverteidigung und serbische Polizei und serbisches Militär (das im Wesentlichen der früheren JNA, der Jugoslawischen Volksarmee entstammte).⁴⁹⁴ Die Akteure sorgten dafür, dass die Gemeinde militärisch in Kampfbereitschaft war, und der Krisenstab unter der Führung Stakićs verfügte zahlreiche Beschränkungen für die nichtserbische Bevölkerung Prijedor, um sie zu entwaffnen und die serbische Macht über das Gebiet zu konsolidieren.⁴⁹⁵ Dadurch und durch antimuslimische und antikroatische Propaganda schufen sie eine Atmosphäre der Angst und ein Klima der Gewalt, die sich gegen die nichtserbischen Bewohner der Gemeinde entlud, die entweder flohen oder deportiert wurden.⁴⁹⁶ Der Krisenstab beschloss weiterhin die Anwendung bewaffneter Gewalt gegen die nichtserbische Bevölkerung und gab am 31. Mai 1992 den Befehl zur Gründung des ersten Lagers Omarska für willkürlich inhaftierte nichtserbische Zivilisten.⁴⁹⁷ Die Gründung der Lager Keraterm und Trnopolje

⁴⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-PT, Fourth Amended Indictment, 10 April 2002, paras. 39-59 „Count 1: GENOCIDE, punishable under Articles 4(3)(a), and 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; OR, alternatively, Count 2: COMPLICITY IN GENOCIDE, punishable under Articles 4(3)(e), and 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal. AND/OR Count 3: Murder, a CRIME AGAINST HUMANITY, punishable under Articles 5(a), and 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; and, Count 4: Extermination, a CRIME AGAINST HUMANITY, punishable under Articles 5(b), and 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; and, Count 5: Murder, a VIOLATION OF THE LAWS OR CUSTOMS OF WAR, as recognised by Article 3(1)(a) of the Geneva Conventions of 1949, punishable under Articles 3, and 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; Count 6: Persecution, a CRIME AGAINST HUMANITY, punishable under Articles 5(h), 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; Count 7: Deportation, a CRIME AGAINST HUMANITY, punishable under Articles 5(d), 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal; Count 8: Inhumane Acts (forcible transfer), a CRIME AGAINST HUMANITY, punishable under Articles 5(i), 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal.“ Joint Criminal Enterprise I und III werden in der Anklageschrift für sämtliche Anklagepunkte alternativ als Begehungsformen angeklagt; Id., paras. 26, 29.

⁴⁹¹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 470.

⁴⁹² ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 471.

⁴⁹³ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 472-473.

⁴⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 469.

⁴⁹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 474.

⁴⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 475-476.

⁴⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 477.

erfolgte kurz darauf. Der Krisenstab, später die Kriegspräsidenschaft, war auch in den Betrieb der Lager bzw. die Entscheidungen über das Festhalten der illegal Inhaftierten involviert, darunter auch in die Kontrolle der Wachdienste oder in die Versorgung der Lager mit Lebensmitteln und anderen notwendigen Materialien:

„There was coordinated co-operation between the Crisis Staff, later the War Presidency, and members of the police and army in operating the camps. The Crisis Staff participated through its oversight of security in the camps, took decisions on the continuing detention of Prijedor citizens, provided transport (and the necessary fuel) for the transfer of prisoners between the various camps and from the camps to territory not controlled by Serbs, and coordinated the provision of food for detainees.“⁴⁹⁸

Stakić beteiligte sich insgesamt als höchste zivile Autorität der Gemeinde an den Verbrechen an der Zivilbevölkerung in Prijedor und Umgebung⁴⁹⁹ und die erste Instanz schloss auch aus seinem Auftreten zu dieser Zeit als „Bürgermeister“ von Prijedor darauf, dass es durchaus in seiner Macht gestanden hätte, den Gang der Dinge zu verändern, wenn er dies gewollt hätte, dass er also die Verbrechen hätte verhindern oder zumindest hätte eingreifen können.⁵⁰⁰

Die erste Instanz verschloss sich aber der Anwendung des Konzepts von Joint Criminal Enterprise und verfügte stattdessen eine Verurteilung des Angeklagten als Mittäter (*co-perpetrator*) der Ausrottung als Subtatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, des Mordes als Kriegsverbrechen, des Mordes, der Deportierung und der Verfolgung der nichtserbischen Bevölkerung als Subtatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit.⁵⁰¹ Die Vorwürfe des Genozids und der inhumanen Behandlung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit wurden dagegen abgelehnt und der Angeklagte insoweit freigesprochen.⁵⁰²

Zur Verurteilung als Mittäter⁵⁰³ begründete die erste Instanz damit, dass die kontinental-europäische Form der Mittäterschaft (*co-perpetration*) eine Beteiligungsform sei, die ebenfalls in Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut als *committing* erfasst werde bzw. dort hineininterpretiert werden könne und die

⁴⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 484, 488.

⁴⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 493.

⁵⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 494.

⁵⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, Disposition auf S. 253; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 5: „The Trial Chamber found the Appellant not guilty of the crime of genocide (Count 1), complicity in genocide (Count 2) and other inhumane acts (forcible transfer) as a crime against humanity (Count 8). The Trial Chamber found the Appellant guilty of extermination as a crime against humanity (Count 4); murder as a violation of the laws and customs of war (Count 5); and persecutions as a crime against humanity (Count 6), incorporating the crimes of murder as a crime against humanity (Count 3) and deportation as a crime against humanity (Count 7).“

⁵⁰² ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, Disposition auf S. 253; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 5.

⁵⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 468.

alternativ zur Zurechnung über JCE zur Anwendung kommen könne.⁵⁰⁴ Die Voraussetzungen der Mittäterschaft werden weiterhin mit Hilfe der Erklärung bei *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1994, S. 278-279 wie folgt definiert: (1) eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung der Mittäter, das gemeinsame Ziel durch koordinierte Kooperation und gemeinsame Herrschaft über die Ausführung des kriminellen Verhaltens zu erreichen, und (2) gemeinschaftliches Handeln, durch das gemeinsam der kriminelle Ziel erreicht wird, basierend auf einem für beide Mittäter gleichen Maß an Tatherrschaft über die Ausführung der gemeinsamen Handlung.⁵⁰⁵ Diese Form der Tatbegehung durch Mittäterschaft gibt nach Ansicht der Stakić-Verfahrenskammer besser wieder, was die meisten Rechtssysteme strafrechtlich unter „Tatausführung“ (*committing*) verstehen und lässt keine Zweifel dahingehend aufkommen, dass es nur um Tatzurechnung geht und nicht um die Definition neuer Verbrechenstatbestände, die das ICTY-Statut nicht ausdrücklich vorgesehen hat.⁵⁰⁶

Generell sei die Wahl der mittäterschaftlichen Begehungsweise deswegen vorrangig vor der Zurechnung über ein JCE, weil diese Auslegung von „*commission*“ gemäß Artikel 7 Abs. 1 ICTY-Statut näher am traditionellen Verständnis der unmittelbaren Tatbegehung liege (*a more direct reference to „commission“ in its traditional sense*) und daher vorrangig vor anderen Formen der „*commission*“, unter die auch JCE fällt, zur Anwendung kommen sollte.⁵⁰⁷ Die Kammer versteht „*commission*“ im traditionellen Sinne als individuelle oder kollektive (*individually or jointly with others*) unmittelbar-eigenhändige (*physically*) oder direkte/indirekte Beteiligung (*otherwise directly or indirectly*) des Angeklagten an der Tatausführung durch aktives Tun (*positive acts*) oder pflichtwidriges Unterlassen (*omission*).⁵⁰⁸

Gleichzeitig sichert sich die ICTY-Verfahrenskammer aber auch dahingehend ab, dass das Verhalten auch unter JCE subsumiert werden könnte. Deswegen definiert sie ausführlich, welche Anforderungen an ein Joint Criminal Enterprise der Kategorien I-III zu stellen sind. Sie betont beispielsweise, dass JCE nicht wie ein eigenständiger Tatbestand im Sinne einer Mitgliedschaft in einer Organisation angewandt werden kann (*can not be viewed as membership in an organisation*), da dies mit dem Gesetzlichkeitsprinzip unvereinbar sei,⁵⁰⁹ Die Kammer erkennt weiterhin die von der Tadić-Entscheidung etablierten drei Fallgruppen des JCE an.⁵¹⁰ Alle drei Fallkategorien setzen für sie auf objektiver Tatseite einen gemeinsamen Tatplan zwischen mindestens zwei Personen zur Begehung

⁵⁰⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 439-440.

⁵⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 440.

⁵⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 440.

⁵⁰⁷ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 438.

⁵⁰⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 439.

⁵⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 433.

⁵¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 435.

eines Verbrechens voraus.⁵¹¹ Der Tatplan unterliegt keiner spezifischen Form, kann also auch konkludent entstanden sein und das Gericht darf aus dem objektiven Geschehen Rückschlüsse auf die Existenz des Tatplans ziehen.⁵¹² Die Beteiligungshandlung des Angeklagten kann in verschiedenen Formen erbracht werden (i) als unmittelbar-eigenhändige Ausführung des Verbrechens, (ii) durch Unterstützung des Ausführenden bei dessen Tat entweder durch physische Unterstützungshandlung oder durch Ermutigung in Gestalt der klassischen Mittäterschaft, das heißt durch Handeln als Mittäter, der die kriminellen Absichten der gemeinsamen kriminellen Unternehmung teilt, und (iii) durch Unterstützung des spezifischen (verbrecherischen) Systems, in dessen Rahmen das Verbrechen begangen wird, dergestalt, dass der Angeklagte in diesem System eine Autoritätsposition oder eine Funktion bekleidet und er das Funktionieren des Systems in Kenntnis der verbrecherischen Natur des Systems und seiner verbrecherischen Ziele fördert.⁵¹³ Die Kammer fasst ferner zusammen, dass es ausreicht, wenn das vereinbarte Verbrechen von nur einem Mitglied des Joint Criminal Enterprise begangen wird. In diesem Fall sind dennoch alle JCE-Beteiligten gleichermaßen für das Verbrechen verantwortlich.

In dieser Beschreibung der objektiven Seite von JCE wirkt die Definition des objektiven Förderungsbeitrags verengt, zumal das Gericht sich zunächst von der Definition der Mittäterschaft anleiten lässt und zunächst von Täterschaft und Mittäterschaft bei der Tatausführung spricht, während ein JCE-Beitrag üblicherweise einfach nur sehr weit als (irgendein) Förderungsbeitrag zum verbrecherischen Zweck oder zum verbrecherischen System der gemeinsamen kriminellen Unternehmung beschrieben wird; – und es ist auch nach jetzigem Stand der Rechtsprechung nicht erforderlich, dass das Verbrechen am Ende von einem JCE-Mitglied ausgeführt wurde. Es muss nur in den Rahmen der gemeinsamen verbrecherischen Zweckabrede fallen und einem JCE-Mitglied als Täter zurechenbar sein.⁵¹⁴

Auf innerer Tatseite muss die Anklagebehörde für die Basisformen des JCE (erste und zweite Fallgruppe) nachweisen, dass der Angeklagte gemeinsamen Vorsatz (*accused shared the intent*) hinsichtlich der einzelnen angeklagten Verbrechen hatte.⁵¹⁵ Für den Nachweis des gemeinsamen Vorsatzes reicht aus, dass der Angeklagte freiwillig an der Verbrechensumsetzung mitgewirkt hat.⁵¹⁶ Hinsichtlich der dritten Fallgruppe (*extended form*) gilt, dass Exzesshandlungen der anderen Beteiligten dem Angeklagten zugerechnet werden, wenn sie natürliche und vorhersehbare Folge der Ausführung des Verbrechens aus dem ursprünglichen Tatplan waren und der Angeklagte Kenntnis von der

⁵¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 435.

⁵¹² ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 435.

⁵¹³ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 435.

⁵¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Appeals Judgement, 3 April 2014, paras. 410-413.

⁵¹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 436.

⁵¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 436.

Möglichkeit des Exzesses hatte.⁵¹⁷ Weiterhin betont die Kammer, dass eine Beteiligungsform wie JCE keine subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen verändern kann:

*„The Trial Chamber notes with special reference to the mens rea of joint criminal enterprise that Article 7(1) lists modes of liability only. These can not change or replace elements of crimes defined in the Statute. In particular, the mens rea elements required for an offence listed in the Statute cannot be altered.“*⁵¹⁸

Insgesamt betont die Kammer, dass sich JCE in der Kategorie I und II und die Voraussetzungen der Mittäterschaft teilweise überschneiden.⁵¹⁹ Ihre These von der Vorzugswürdigkeit der Mittäterschaft als Zurechnungsmodell vor JCE, eben gerade auch weil sich die Mittäterschaft in vielen nationalen Rechtssystemen finden lasse, was die Anwendung bzw. das Vermeiden von Missverständnissen bei der Auslegung erleichtert,⁵²⁰ wurde aber von der zweiten Instanz und auch sonst von keiner anderen Kammer des ICTY mitgetragen.

2. Das Urteil in zweiter Instanz

Die Berufungskammer hob die Verurteilung auf, da die Figur der Mittäterschaft völkergewohnheitsrechtlich nicht anerkannt sei.⁵²¹ Auch hätte die Anklageschrift nur JCE angeklagt, sodass eine Umstellung auf Mittäterschaftskonstruktionen bereits aus formalen Gründen nicht möglich sei.⁵²² Darüber hinaus sei eine Figur wie die Mittäterschaft nicht geeignet, das Systemunrecht zu erfassen und in einem Strafverfahren aufarbeiten zu lassen. Die Mittäterschaft sei dazu geeignet, einzelne Tathandlungen zuzurechnen und befasse sich daher mit der Mikrokriminalität, nicht aber umfassend mit Verbrechenssystemen. Für eine Zurechnung über JCE sei es notwendig, den gemeinsamen Tatplan umfangreich darzustellen, wodurch das Systemunrecht und der verbrecherische Gesamtzusammenhang offengelegt werden. Das diene der Wahrheitsfindung und der Aufarbeitung des Unrechts in makrokriminellen Konfliktsituationen. Die Verantwortlichkeit Stakićs für die

⁵¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 436: „[...] the crime was a natural and foreseeable consequence of the execution of that enterprise, and (ii) the accused was aware that such crime was possible consequence of the execution of the enterprise, and, with that awareness, participated in it“.

⁵¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 437.

⁵¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 441.

⁵²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 441: *„The Trial Chamber is aware that the end result of its definition of co-perpetration approaches that of the aforementioned joint criminal enterprise and even overlaps in part. However, the Trial Chamber opines that this definition is closer to what most legal systems understand as ‘committing’ and avoids the misleading impression that a new crime not foreseen in the Statute of this Tribunal has been introduced through the backdoor.“*

⁵²¹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 62.

⁵²² ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 March 2006, para. 62.

begangenen Verbrechen stützte die Kammer dann teilweise auf die erste Fallkategorie von JCE.⁵²³ Hinsichtlich der Morde, die in Prijedor und Umgebung entweder in den drei Lagern Keraterm, Omarska und Trnopolje oder auf Deportationsfahrten im Konvoi oder bei den einzelnen Überfällen auf nichtserbische Viertel und Siedlungen der Gemeinde Prijedor verübt worden waren,⁵²⁴ wurde eine Zurechnung gemäß Joint Criminal Enterprise der dritten Kategorie bejaht. Hinsichtlich der Morde in den Lagern war – so die Feststellungen der ersten Instanz – davon auszugehen, dass der Angeklagte um die Häufigkeit von Todesfällen dort wusste, es für ihn also ohne Weiteres vorhersehbar war, dass Menschen in den Gefangenenlagern allein schon wegen des dort herrschenden Klimas der Gewalt und Straflosigkeit für die Täter getötet wurden.⁵²⁵ Hinsichtlich der Tötungen auf den Transport-Konvois zwischen den Lagern und aus Prijedor heraus leitete die Kammer die Vorhersehbarkeit der Tötungen für den Angeklagten aus der Tatsache ab, dass er als Präsident des Krisenstabs die Begleittruppe, die im Wesentlichen aus Personen mit langen Strafregistern bestand, mit zusammengestellt hatte. Dadurch, dass Stakić als Präsident des Krisenstabs Gewalttäter mit der Begleitung der Menschen in den Konvois beauftragt hatte, hatte er sich nach Überzeugung des Gerichts auch mit der hohen Wahrscheinlichkeit abgefunden, dass die Menschen während der Fahrten massiver Übergriffen ausgesetzt sein würden, bis hin zu Tötungen.⁵²⁶ Hinsichtlich der Tötungen bei den einzelnen Überfällen der bosnisch-serbischen Truppen auf nichtserbische Stadtteile und Siedlungen hatte die erste Instanz im Weiteren festgestellt, dass solche Tötungen nicht nur regelmäßig während des angeklagten Tatzeitraums stattgefunden hatten, Stakić hatte als Mitglied des Krisenstabs zudem gemeinsam mit allen weiteren serbischen Zivil- und Militärbehörden in Prijedor dahingehend kooperiert, dass solche Tötungen straflos blieben. In diesem Klima der Straflosigkeit schwerster Gewaltübergriffe musste er dann auch damit rechnen, dass weitere Tötungen durch serbische Kräfte erfolgten.⁵²⁷ Das führte dann zu einer Verurteilung wegen Mordes sowohl als Verbrechen gegen die Menschlichkeit als auch als Kriegsverbrechen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt und sogar wegen Ausrottung als

⁵²³ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 84: „*The Appeals Chamber considers that the Trial Chamber’s factual findings demonstrate that the crimes of persecution, deportation, and forcible transfer were in fact committed in accordance with the Common Purpose of this joint criminal enterprise, and that the Appellant shared the intent to further this Common Purpose, and had the intent to commit the underlying crimes.*“; vgl. auch para. 85.

⁵²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 90: „*The Trial Chamber estimated that more than 1,500 people were killed. The Trial Chamber divided these killings into three categories: (1) killings committed in detention facilities by guards or outsiders permitted to enter these facilities (‘camp killings’); (2) killings committed during organised convoys by police and/or military units assigned for the ‘protection’ of those travelling in the convoy (‘convoy killings’); and (3) killings committed as a result of armed military and/or police action in non-Serb or predominantly non-Serb areas of Prijedor Municipality (‘municipality killings’).*“.

⁵²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 93.

⁵²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 94.

⁵²⁷ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 95.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Wege der Beteiligung an einem Joint Criminal Enterprise der dritten Kategorie.⁵²⁸

Aufgrund der Stakić-Entscheidung kann man bis heute nicht davon ausgehen, dass die kontinental-europäischen Mittäterschaftskonstruktionen zu den auf völkerstrafrechtlicher Ebene anerkannten Zurechnungsformen zählen. Das mag sich aber schnell ändern, da diese Zurechnungskonstruktion Kernelement der Zurechnung nach Artikel 25 Abs. 3 lit. a) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ist und damit Figuren wie die Mittäterschaft oder die mittelbare Täterschaft, die bisher im Völkergewohnheitsrecht unbekannt waren, nunmehr über die Rechtsprechung des IStGH über die Zeit Bestandteils des anerkannten völkerstrafrechtlichen Gewohnheitsrechts werden können.

⁵²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, 22 March 2006, paras. 98, 104.

Literaturverzeichnis

<i>Burghardt, Boris</i>	Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem: Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda Berliner Juristische Universitätschriften Band 32 Berlin 2008
<i>Damnjanović, Vojislav</i>	Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung Berlin 2013
<i>Haan, Verena</i>	Joint Criminal Enterprise: Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht, Schriften zum Völkerstrafrecht Schriften zum Völkerrecht Band 179 Berlin 2008
<i>Mettraux, Guénaël</i>	International Crimes and the ad-hoc Tribunals Oxford 2006
<i>Mettraux, Guénaël</i>	The Law of Command Responsibility Oxford 2009
<i>van Sliedregt, Elies</i>	Individual Criminal Responsibility in International Law Oxford 2012
<i>Weigend, Thomas</i>	Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004) Heft 4 S. 999 – 1027 zit.: <i>Weigend</i> , ZStW 116 (2004)
<i>Zahar, Alexander/Sluiter, Göran</i>	International Criminal Law Oxford 2008