

# **Analysedokument zum Verfahren gegen Rašević und Todović**

*(Sud BiH, Case No.: X-KRŽ-06/275)*

## **A. Einleitung**

### **I. Anklageschrift**

Die Anklage wirft den Angeklagten, Mitar Rašević, seines Zeichens Wachkommandant, und Savo Todović, stellvertretender Leiter der Haftanstalt Foča, vor, sich in der Zeit zwischen April 1992 und Oktober 1994 zusammen mit dem Leiter, den Wachen und anderen Personen an einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung beteiligt zu haben. Deren Ziel war es, alle Muslime und alle anderen Nicht-Serben in Foča und Umgebung zu inhaftieren und unter unmenschlichen Bedingungen in der Anstalt festzuhalten. Mitar Rašević und Savo Todović sollen als Vorgesetzte darin versagt haben, notwendige und zumutbare Maßnahmen zu ergreifen, um die Begehung von Verbrechen zu verhindern und Täter begangener Verbrechen zu bestrafen.

Mindestens 700 nichtserbische Gefangene wurden der Anklageschrift zufolge rechtswidrig in der Haftanstalt festgehalten, die alle Aspekte eines Internierungslagers erfüllte. Mitar Rašević sei für mindestens 37 Gefängniswächter verantwortlich gewesen, über die er effektive Kontrolle hatte, während Savo Todovićs Befugnisse und Pflichten denen des Lagerleiters entsprachen.

Unter anderem sollen im angegebenen Zeitraum Wächter, die unter der Kontrolle von Mitar Rašević standen, Gefangene nach Maßgabe von Listen, die Mitar Rašević erstellt hatte, aus dem Lager entfernt haben. Die Betroffenen sollen daraufhin in Verhorräumen verprügelt, gefoltert und einige sogar getötet worden sein.

Nach der Anklageschrift haben in der Zeit zwischen Juni und August 1992 Wächter unter dem Kommando von Mitar Rašević und Militär- sowie Polizeiangehörige die Haftanstalt mit Wissen und Erlaubnis seitens Rašević und Todović betreten. Dabei soll es zu physischen und psychischen Misshandlungen gekommen sein, die im Tod von 26 Personen mündeten.

Zwischen April 1992 und Oktober 1994 sollen Rašević und Todović außerdem dazu beigetragen haben, in dem Lager eine Atmosphäre geprägt von Angst und unzureichenden Lebensbedingungen zu schaffen und aufrechtzuerhalten. Es wird ihnen ferner vorgeworfen, Gefangenen für den Fall eines Fluchtversuchs schwere körperliche Schädigungen angedroht zu haben.

Im gleichen Zeitraum haben sich Rašević und Todović der Anklage zufolge daran beteiligt, ein System der Zwangsarbeit aufzubauen. Unter anderem dadurch, Listen von Gefangenen und Orten, wo die

Arbeit verrichtet werden sollte, anzufertigen. Diese Zwangsarbeit reichte von Mitarbeit in einer Holzwerkstatt bis zu dem Aufspüren von Landminen.<sup>1</sup>

## II. Verfahrensergebnis

Durch das **erstinstanzliche Urteil vom 28. Februar 2008** wurden

wegen der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. Artikel 172 Abs. 1 lit. h) in Verbindung mit den lit. a), c), d), e), f), i) und k) und in Verbindung mit Artikel 29 (Mittäterschaft) und Artikel 180 Abs. 1 (JCE) und 2 (Vorgesetztenverantwortlichkeit) StGB BiH

der Angeklagte Mitar Rašević zu einer **Freiheitsstrafe von 8 (acht) Jahren und 6 (sechs) Monaten** (*nach Anwendung der besonderen Strafmilderung nach Artikel 39, 42, 48, 49 StGB BiH*) und

der Angeklagte Savo Todović zu einer **Freiheitsstrafe von 12 (zwölf) Jahren und 6 (sechs) Monaten** verurteilt.

Von einzelnen Anklagepunkten wurden die Angeklagten hingegen aus Mangel an Beweisen gem. Artikel 284 lit. c) StPO BiH **freigesprochen**.

Durch das **zweitinstanzliche Urteil vom 06. November 2008** wurde

die rechtliche Qualifikation der Straftat, derer die Angeklagten schuldig gesprochen wurden, dahingehend geändert, dass **die Beteiligungsform der gemeinsamen kriminellen Unternehmung gem. Artikel 180 Abs. 1 StGB BiH die der Vorgesetztenverantwortlichkeit gem. Artikel 180 Abs. 2 StGB BiH verdrängt**.

Ferner wurde die Strafmilderung zugunsten des Angeklagten Rašević dahingehend korrigiert, dass die **Freiheitsstrafe nun auf 7 (sieben) Jahre festgesetzt** wurde.

Im Übrigen wurden die Appellationsrügen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft **als unbegründet zurückgewiesen**.

## B. Gang des Verfahrens

Die angepasste Anklageschrift wurde am **29. Dezember 2006** vom Gericht bestätigt.

Nachdem die Angeklagten nicht zur Anhörung am **15. Januar 2007** erschienen, wurde von Amts wegen als Plädoyer der Angeklagten: „nicht schuldig“ festgestellt.

Die Hauptverhandlung begann am **6. April 2007**.

---

<sup>1</sup> Vgl. <http://www.sudbih.gov.ba/predmet/2450/show>.

Am **28. Februar 2008** erging das erstinstanzliche Urteil.

Das zweitinstanzliche Urteil erging am **6. November 2008**.<sup>2</sup>

## **C. Urteilsanalyse**

### **I. Erstinstanzliches Urteil (X-KR/06/275)**

Dieses Urteil ist eines der ersten, in denen JCE und Command Responsibility zur Anwendung kommen.

Nachteilig ist, dass die ersten Seiten des Urteils im Grunde unverständliche Aufzählungen von Straftaten enthalten, die den Angeklagten sowohl über JCE als auch über Vorgesetztenverantwortlichkeit vorgeworfen werden. Es wird nicht zwischen den Zurechnungsformen differenziert.

Dabei erstaunt auch, dass die schwersten Taten, das Verschwindenlassen von vielen Häftlingen kurz vor der Evakuierung des KP Dom, nur den Angeklagten Rašević und Todović vorgeworfen wurde, während der Gefängnisleiter Krnojelac, der vor dem ICTY abgeurteilt wurde, insoweit nur an einem Verfolgungsverbrechen durch Deportation bzw. Zwangsumsiedlung teilgenommen haben soll.<sup>3</sup> Aus der Schilderung der Tatvorwürfe wird auch nicht wirklich klar, wie sich die Angeklagten an diesem Verschwindenlassen der aus dem KP Dom abgeholt Häftlinge beteiligt haben. Aus dem Appellationsurteil des ICTY im Fall Milorad *Krnojelac* erfährt man nur Folgendes: Der Gefängnisleiter Krnojelac hatte offenbar keinen Einfluss auf die Auswahl der Opfer, die zum Austausch gebracht wurden und er wusste vorab auch nicht, welche dieser Opfer nicht ausgetauscht, sondern getötet werden würden, auch wenn er die Gefahr der Tötung aus Sicht des Gerichts wohl kannte.<sup>4</sup> Deswegen scheute sich die Appellationskammer des ICTY, *Milorad Krnojelac* ein Verfolgungsverbrechen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Gestalt des „zwangsweise Verschwindenlassens“ von Gefangenen vorzuwerfen, wobei auch anzumerken ist, dass Artikel 5 ICTY-Statut das Einzelverbrechen des „Verschwindenlassens“ gar nicht kennt.<sup>5</sup> Die Rolle, die *Krnojelac* bei der Herausgabe der Gefangenen zu den „Austauschfahrten“ spielte, hielt die Appellationskammer dennoch für strafwürdig. Immerhin spielte er eine wichtige Rolle beim Festhalten der Opfer und damit auch bei der „Herausgabe“ der Opfer zu diesen Austauschfahrten, ganz gleich, ob diese Fahrten nun – von *Krnojelac* selbst unbeeinflusst – entweder im Tod der Opfer oder in ihrer Verbringung auf fremdes Gebiet endeten. Die Appellationskammer verurteilte *Krnojelac* – seinem Vorsatz entsprechend, mit seinem Beitrag zur Inhaftierung der Opfer das kriminelle Ziel der Vertreibung der nichtserbischen Bevölkerung aus der Region zu fördern – wegen Beteiligung an einem Joint Criminal Enterprise, das auf das Ziel der

---

<sup>2</sup> Vgl. <http://www.sudbih.gov.ba/predmet/2450/show>.

<sup>3</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 246-247.

<sup>4</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 245.

<sup>5</sup> Dieser Aspekt des Geschehens war daher auch nur als eine Einzeltat der „Verfolgung“ als Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt.

zwangsweisen Übersiedlung der nichtserbischen Opfer aus der Region Foča auf fremde Territorien ausgerichtet war.<sup>6</sup>

## 1. Der Umgang des Gerichts mit den unterschiedlichen Beteiligungsformen

Eine zentrale Rolle in diesem Urteil spielen die innerstaatlichen wie völkerrechtlichen Beteiligungsformen. Im Folgenden soll dargelegt werden, wie das Gericht diese jeweils auffasst und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

### a) Joint Criminal Enterprise

An vielen Stellen wird deutlich, dass die Kammer im Unklaren über die Einordnung von JCE in das System von Täterschaft und Teilnahme bzw. Zurechnung bleibt. Nicht richtig ist die Aussage (S. 103 im englischen Text, S. 112 im bosnischen Text):

„Die internationale richterliche Auslegung des Begriffs „Begehen“ in Artikel 7 Absatz 1 ICTY-Statut, der als Artikel 180 Absatz 1 in das innerstaatliche Recht inkorporiert wurde, sieht insbesondere vor: (1) **JCE ist eine Form der Mittäterschaft**, die eine persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit festlegt; (2) diese „Begehung“ ... .“

JCE ist nicht generalisiert eine Form von Mittäterschaft. Das lässt sich allenfalls über JCE I behaupten, das Elemente enthält, die insgesamt auch bei der Mittäterschaft (auf der Basis einer subjektiven Theorie oder einer objektiv-subjektiv gemischten Theorie) vorliegen. Aber ein JCE II und ein JCE III kann mehr umfassen, als nur eine Mittäterschaft. JCE II kann auch Formen der Beihilfe (Unterstützung eines Misshandlungssystems) meinen; und JCE III ist aufgrund der Zurechnung von vorhersehbaren Exzesstaten sicherlich keine Mittäterschaft, denn diese Taten gehörten eigentlich nicht zum Tatplan der vermeintlichen Mittäter – es sei denn, man zählt alle irgendwie vorhersehbaren Taten zum Tatplan und dehnt die Mittäterschaft über alle Maßen aus.

Hinsichtlich dieser Aussage bleibt auch unklar, welche Idee der Mittäterschaft hier als Maßstab für JCE zugrunde gelegt wird. Die aus Art. 22 StGB SFRJ? Auf der Basis dieser subjektivierenden Rollenverteilungstheorie wäre Mittäter, wer sich bei der Tatausführung eine täterschaftliche Rolle zuschreibt und einen nicht ganz unwesentlichen/einfachen Beitrag zur Tat erbringt. Insgesamt ist die Erklärung völlig unklar. Sie wurde aber auch von Richtern unterschiedlicher Herkunft bzw. Ausbildung getätigt, die sich vermutlich schon angesichts ihres unterschiedlichen Verständnisses von Mittäterschaft nicht auf eine klarere Definition einigen konnten.

### aa) Verhältnis von JCE zur nationalrechtlichen Mittäterschaft

Auf S. 101 im englischen Text bzw. S. 112 im bosnischen Text wird der Vorwurf als „Mittäterschaft im Rahmen eines systemischen JCE“ formuliert. Im Urteil gegen Rašević und Todović findet man damit erstmals die seltsame Kombination von JCE mit Mittäterschaft, die für die Rechtsprechung des Gerichts BiH in den Folgejahren üblich wurde. Dabei wird nicht erklärt, wofür man die Kombination benötigt (vgl. auch S. 159 ff. im englischen Text, wo die Anwendung von Art. 29 StGB BiH auf „JCE-Mittäterschaft

---

<sup>6</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 246, 247; zur Faktenbasis dieser Entscheidung s. ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgement, 15 March 2002, paras. 479-480.

in Art. 180(1) StGB BiH“ besprochen wird, als hätte das Gericht nicht bedacht, dass JCE eine eigenständige Rechtsfigur ist). Klar wird nur, dass die Anklageschrift die Kombination bereits enthielt und das Gericht BiH sich daher gehalten sah, auch allein in dieser Kombination abzuurteilen.<sup>7</sup>

Auf S. 160 des englischen Texts wird klar, dass die Kammer möglicherweise gar nicht bemerkt hat, dass JCE und Mittäterschaft nach Art. 29 StGB BiH unterschiedliche Bezugspunkte haben, von denen aus die Teilnahme am Geschehen zugerechnet wird. Bei JCE geht es um die Teilnahme des Einzelnen an der Organisation, die diese kriminellen Taten begeht. Bei Mittäterschaft erfolgt die Teilnahme unmittelbar an einer konkreten Tathandlung. Dabei muss der eigene Beitrag aber nicht unbedingt die Elemente des Tatbestands erfüllen, sondern nur in anderer Form für die Ausführung der Tat wichtig bzw. entscheidend geworden sein. Es bleibt aber der Unterschied in den Bezugspunkten. JCE ist vor allem vom gemeinsamen kriminellen Tatplan her gedacht, ohne dass alle JCE-Mitglieder zwingend an den einzelnen Verbrechen beteiligt sind. Mittäterschaft beschreibt dagegen die Idee arbeitsteiliger gemeinsamer Tatausführung.

Weil die Kammer diese Bezugspunkte der Teilnahme nicht ordentlich auseinanderhält, sind die folgenden Ausführungen zur Differenzierung zwischen den Voraussetzungen eines Joint Criminal Enterprise und dem Tatbeitrag eines Mittäters unvollständig. Die Kammer versucht nun zu erklären, dass sich JCE und Art. 29 StGB BiH (Mittäterschaft) darin unterscheiden, dass der Beitrag zum JCE nur wesentlich, nicht entscheidend sein muss. Letzteres wird in Artikel 29 StGB BiH für den sonstigen Tatbeitrag eines Mittäters zur Verbrechensbegehung verlangt.<sup>8</sup> Die Überlegungen, dass das Gewicht der Tatbeiträge unterschiedlich definiert ist, ist richtig. Für JCE wird nur ein wichtiger oder substantieller Beitrag verlangt, in Artikel 29 StGB BiH dagegen für einen „sonstigen“ Tatbeitrag des Mittäters zur Tat, dass der Beitrag „entscheidend“ (d. h. wesentlich, essentiell) ist. Dennoch reichen diese Überlegungen der Kammer zur Differenzierung der Beteiligungsformen nicht aus, solange die Bezugspunkte für den jeweiligen Beitrag zum Geschehen nicht ebenfalls klar auseinandergelassen werden. Die Kammer scheint an dieser Stelle den JCE-Beitrag mit einem mittäterschaftlichen Beitrag zu einer konkreten Einzeltat gleichzusetzen, den Beitrag des JCE-Mitglieds also auch auf konkrete Einzeltaten zu beziehen. Eine solche Bezugnahme ist aber nur bei Mittäterschaft verlangt. Bei JCE muss der Förderbeitrag zum gemeinsamen kriminellen Zweck, zum Unrechtssystem an sich oder zur Förderung der Personenmehrheit, die auf der Basis des gemeinsamen kriminellen Ziels das Unrecht realisiert, erbracht werden. D. h. die Kammer steigt an dieser Stelle möglicherweise unter falschen Vorbedingungen in diese rechtlichen Erläuterungen ein.<sup>9</sup> Das heißt aber nicht, dass das Ergebnis der Subsumtion hierdurch zwingend falsch sein muss, denn an anderer Stelle im Urteil wird als Ergebnis der Subsumtion korrekt festgehalten, dass die beiden Angeklagten zum gemeinsamen kriminellen

---

<sup>7</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Erstinstanzliches Urteil: X-KR/06/275 vom 28. Februar 2008, S. 186 (bosnischer Originaltext), S. 160 (englischer Urteilstext).

<sup>8</sup> Artikel 29 StGB BiH fordert alternativ eine Mitwirkung an der Tatausführung oder einen sonstigen, dann aber entscheidenden Tatbeitrag zum Verbrechen, jemand als Mittäter gilt.

<sup>9</sup> Vgl. Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Erstinstanzliches Urteil: X-KR/06/275 vom 28. Februar 2008, S. 186 (bosnischer Originaltext), S. 159 f. (englischer Urteilstext).

Zweck beigetragen, also den Zweck des JCE, das Missbrauchssystem an sich gefördert haben. In der Subsumtion wird damit der richtige Bezugspunkt für den Förderbeitrag gewählt.<sup>10</sup>

Sehr fragwürdig ist außerdem, dass das Urteil zwei unterschiedliche Zurechnungsformen – Mitwirken an einem Joint Criminal Enterprise und Mittäterschaft – in ihren materiellen Voraussetzungen kombinieren will. Die Kammer sah sich ausweislich des Urteilstexts zu dieser Kombination gezwungen, weil die bosnische Staatsanwaltschaft die Anklagevorwürfe als Kombinationsvorwurf (Beitrag zu einem Joint Criminal Enterprise nach Artikel 180 Absatz 1 StGB BiH in Verbindung mit Mittäterschaft nach Artikel 29 StGB BiH) formuliert hatte. Das heißt, die Kombination wurde in der Anklageschrift vorgegeben und das Gericht fühlt sich aufgrund der Bindung der Kammer an die Vorgaben der Anklageschrift auch verpflichtet, nur in dieser Kombination abzuurteilen. Solche Kombinationen funktionieren aber auch bei den klassischen Zurechnungsformen von Täterschaft und Teilnahme nicht. Dass eine Kombination von JCE I-III mit Mittäterschaft überhaupt versucht wird, ist daher schon für sich ein fragwürdiges Vorgehen und die Entscheidung des Gerichts, diese Kombination tatsächlich zu versuchen, anstatt an eine alternative Verurteilung entweder nach JCE II oder in Mittäterschaft zu denken, deutet an, dass das Konzept des JCE der Kammer so fremd war, dass ihr der Zugriff auf die klassische Zurechnungsform der Mittäterschaft zur Absicherung des Ergebnisses auch nicht unwillkommen war.

Bei der Definition von JCE auf S. 112 ff. des bosnischen Originaltextes wird JCE dann auch noch als eine Form der Mittäterschaft umschrieben (was, wie oben dargelegt, nicht zutreffend ist). Insgesamt findet im Urteil eine Assimilierung von JCE und Mittäterschaft statt, die in späteren Urteilen so nicht mehr auftaucht. Allerdings taucht in späteren Urteilen die Kombination von JCE mit Mittäterschaft auf, ohne dass die Notwendigkeit oder der Sinn dieser Kombination je vertieft erläutert oder überprüft wird. Erst im Urteil *Zelenika et al.* aus dem Jahr 2015 verzichtete das Gericht BiH erstmals auf diese Kombination und bringt nur die Zurechnungsfigur eines systemischen Joint Criminal Enterprise zur Anwendung.<sup>11</sup>

Insgesamt kommt der Eindruck auf, als hätten die Richter große Schwierigkeiten mit der Figur des JCE gehabt. Möglicherweise hat zwar ein Teil der Richter gewusst, was JCE ist, und ein Teil, was die kontinentalen Varianten von Mittäterschaft sind (wobei offenbar der neue Kommentar zum StGB BiH 2003 zugrunde gelegt wird, der Mittäterschaft auf einer Tatherrschaftsbasis definiert, die es früher im jugoslawischen Recht gar nicht gab). Aber es blieb dann in den Diskussionen unerkannt, dass JCE und Mittäterschaft nicht denselben Bezugspunkt haben.

## **bb) Konsequenzen für die Beweisführung**

Das Fehlverständnis bzgl. der Bezugspunkte der Beiträge zu einem JCE und eines Mittäters zur Tat und das Problem, dass die Anklageschrift eine Kombination von Mittäterschaft und JCE formulierte, führen das Gericht in der Folge zu der – fehlerhaften und in zweiter Instanz auch korrigierten – Schlussfolgerung, dass man nunmehr JCE-Beiträge mit einem höheren Wichtigkeitsgrad für das Geschehen nachweisen müsste, als in der Rechtsprechung des ICTY eigentlich verlangt. Dies alles nur,

---

<sup>10</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Erstinstanzliches Urteil: X-KR/06/275 vom 28. Februar 2008, S. 142 (bosnischer Originaltext), S. 124 f. (englischer Urteilstext).

<sup>11</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Zelenika, Ivan et al.*, Erstinstanzliches Urteil: S1 1 K 009124 12 Kri vom 14. April 2015, Urteilstenor.

weil Artikel 29 StGB BiH für einen sonstigen Beitrag verlange, dass er zur Tatbegehung entscheidend ist. Ein nur substantieller oder wesentlicher Beitrag genügt für Mittäterschaft nicht, sondern allenfalls für Beihilfe nach Artikel 31 StGB BiH.<sup>12</sup> Die Kammer denkt also, man müsste wegen der Kombination der Normen die Anforderungen an den Beitrag zum JCE erhöhen, ohne im Weiteren zu überlegen, ob das überhaupt geht, wenn doch die Bezugspunkte der Beitragshandlungen bei beiden Zurechnungsfiguren unterschiedlich zu bestimmen sind. Nur bei JCE I überschneiden sich Mittäterschafts- und JCE-Vorwurf, weil der Täter eines JCE I nicht nur an der Gruppe und ihren verbrecherischen Plänen, sondern auch an den verbrecherischen Taten bzw. ihrer Vorbereitung selbst mitwirken. Alle anderen JCE-Kategorien (JCE II und III) verlangen aber gerade keine Teilnahme des JCE-Mitglieds an der konkreten Einzeltat. Die zweite Instanz wird an dieser Stelle später korrigierend eingreifen und erklären, dass für den Tatbeitrag zu einem JCE II auch im Fall einer Kombination mit Mittäterschaft nach Artikel 29 StGB nur ein wichtiger oder substantieller Beitrag zur Förderung der kriminellen Unternehmung erforderlich ist.<sup>13</sup> Dass aber bei JCE II und Mittäterschaft nach Artikel 29 StGB BiH auch unterschiedliche Bezugspunkte für die Beitragshandlungen zu berücksichtigen sind, klärt auch die Appellationsinstanz des Gerichts BiH nicht auf. Auch sie fokussiert nur auf das Gewicht des individuellen Beitrags zum Geschehen.<sup>14</sup>

Im nachfolgenden Absatz wird dann erklärt, dass hier zufällig über den entscheidenden Beitrag der Angeklagten zum Verbrechen der Verfolgung der Opfer auch jeweils ein entscheidender Beitrag zu allen anderen Verbrechen, die die Opfer im KP Dom und durch das Verschwindenlassen erdulden mussten, geleistet worden wäre. Das sind Fehlsubsumtionen, die auf dem Wunsch beruhen, die zentrale Position der Angeklagten im KP Dom dazu zu verwenden, dass diese, wie bei einer klassischen Mittäterschaft, als Teilnehmer der Einzeltaten dargestellt werden können. Sie haben aber eben nicht persönlich an allen Einzeltaten teilgenommen, weder im Gefängnis noch außerhalb. Gerade für den Vorwurf der Teilnahme am Verschwindenlassen per JCE II wäre nachzuweisen gewesen, dass die beiden Angeklagten zumindest den Plan mittrugen, die Häftlinge aus dem Gefängnis verschwinden zu lassen. Doch auch das ist nicht erwiesen, weil dieses Verschwindenlassen durch die Armeeeinheiten ausgeführt wurde, die die Gefangenen abholten, ohne dass sich nachweisen ließe, dass das Gefängnispersonal in diese Planung der Armee involviert gewesen wäre, als es die Gefangenen zur Abholung herausgab. Deswegen hat nicht einmal die Appellationskammer des ICTY ein JCE II bzgl. dieses Verschwindenlassen für erwiesen angesehen, als sie Krojelic – den Vorgesetzten der Angeklagten – insoweit wegen eines „Verfolgungsverbrechens“ als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen durch Mitwirkung an der Zwangsumsiedlung der Opfer verurteilte. Man hätte für ein JCE II bezogen auf das Verbrechen des Verschwindenlassens also auch eine konkrete Beteiligung der Angeklagten am verbrecherischen Plan des Verschwindenlassens nachweisen müssen oder für eine Mittäterschaft die konkrete Tatbeteiligung an den Einzeltaten. Aber dieser Nachweis (der Beteiligung an den Einzeltaten) wurde nur bei anderen Verbrechen erbracht, und eben nicht beim Verschwindenlassen. Insoweit hätte das Gericht den Kunstgriff der Appellationskammer des ICTY im

---

<sup>12</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Erstinstanzliches Urteil: X-KR/06/275 vom 28. Februar 2008, S. 186 (bosnischer Originaltext), S. 160 (englischer Urteilstext).

<sup>13</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Zweitinstanzliches Urteil X-KRŽ -06/275 vom 6. November 2008, S. 28 (bosnischer Originaltext), S. 27 (englischer Originaltext).

<sup>14</sup> Sud BiH, *Prosecutor v. Mitar Rašević und Savo Todović*, Zweitinstanzliches Urteil X-KRŽ -06/275 vom 6. November 2008, S. 28 (bosnischer Originaltext), S. 27 (englischer Originaltext).

Fall Krnojelac kopieren sollen, in dieses Verbrechen der Verfolgung durch Verschwindenlassen ein Verbrechen der Verfolgung durch Zwangsumsiedlung hineinzulesen, wofür der Vorsatz der Angeklagten eindeutig vorlag.<sup>15</sup>

Später wird dieses Missverständnis noch deutlicher, wenn es auf S. 106 der englischen Textfassung heißt: „Im April 1992 und in der Zeit danach war es für die Angeklagten in vernünftigem Maße vorhersehbar, dass sie aufgrund ihrer Beteiligung an einer konkreten systematischen gemeinsamen kriminellen Unternehmung, die im KP Dom existierte, strafrechtlich als Mittäter verantwortlich sein könnten.“ Mittäterschaft und JCE werden einfach ausgetauscht, ohne dass das Gericht erkennt, dass die Teilnahme an einer kriminellen Unternehmung etwas anderes ist als die mittäterschaftliche Ausführung einer konkreten Einzeltat. Für den konkreten Fall dürften die Ungereimtheiten in diesen Aussagen gleichgültig sein, denn die Angeklagten waren selbst in viele Taten innerhalb des Gefängnis Komplexes involviert. D. h. in vielen Fällen dürfte Mittäterschaft an Einzelverbrechen nach allen Definitionsansätzen bejaht werden können.<sup>16</sup>

Unklar bleibt aber bis zuletzt, ob oder in welchem Grad die Angeklagten beim Verschwindenlassen der Gefangenen involviert waren. Bei diesen Fällen wäre man tatsächlich darauf angewiesen gewesen, mehr über einen Tatplan zum Verschwindenlassen zu erfahren oder eine übergeordnete kriminelle Unternehmensbildung nachzuweisen. Das fehlt im Urteil. (*Siehe vertieft hierzu den Abschnitt zu den Beweisen unter 2.*)

### **cc) Inkorporierung von JCE in das nationale Recht**

Weil das Urteil Rašević eines der ersten ist, das JCE und Command Responsibility nach Art. 180 Abs. 1 und 2 StGB BiH zur Anwendung bringt, ist es besonders interessant zu sehen, wie die Geltung des Völkergewohnheitsrechts innerhalb der Rechtsordnung des ehemaligen Jugoslawien begründet wird. Auf S.108 der englischen Urteilsfassung wird hierzu erklärt, dass diese Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts automatischer Bestandteil der Rechtsordnung der SFRJ waren und dass sich die Angeklagten bewusst waren, dass sie nach völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen abgeurteilt werden könnten (für JCE wird das auch aus Art. 26 StGB SFRJ abgeleitet) – eine Aussage, die aber ohne Beleg bleibt.

Unklarheiten entstehen auch durch die Aussage (auf S. 102 im englischen Text): „Artikel 180 Absatz 1 ist nach dem Inkrafttreten von Artikel 7 Absatz 1 des ICTY Statuts Bestandteil des StGB BiH geworden und umfasst nach der Auslegung durch den ICTY konkret die gemeinsame kriminelle Unternehmung als eine Art Mittäterschaft, an die die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit anknüpft.“ Zunächst einmal ist nicht Art. 180 StGB BiH als Artikel automatisch Bestandteil des jugoslawischen und

---

<sup>15</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 246-247.

<sup>16</sup> Weitere Nachweise für den Verdacht der Verwechslung finden sich auf S. 110 des englischen Texts. Dort wird wieder Mittäterschaft mit JCE vermischt, wenn es heißt: „Wenn dem Angeklagten die Mittäterschaft an der Straftat, die Teil einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung ist, zur Last gelegt wird, muss der Staatsanwalt zweifelsfrei beweisen, dass die Straftat tatsächlich begangen wurde, dass sie durch Zusammenwirken (im Rahmen) einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung begangen wurde, und dass die erforderlichen Elemente für die Feststellung der Verantwortlichkeit des Angeklagten erfüllt sind.“ Auf S. 111 werden die einzelnen Formen des JCE erklärt. Auch hier wird öfters mit „co-perpetration“ argumentiert.

damit später bosnischen Rechts geworden, sondern die völkergewohnheitsrechtliche Figur von JCE wurde Bestandteil des jugoslawischen Rechts, über die damalige jugoslawische Verfassung. Und das geschah auch nicht erst mit Inkrafttreten des Art. 7 ICTY-Statut (der erst 1993 niedergeschrieben wurde), sondern nach den Aussagen des ICTY war JCE bereits lange vor dem Krieg im ehemaligen Jugoslawien, also lange vor 1991/1992 Teil des Völkergewohnheitsrechts. Erstaunlich ist auch, dass das Gericht auf S. 105 der englischen Textfassung erklärt, dass Völkergewohnheitsrecht immer automatisch Bestandteil von nationalem Recht sei. Das stimmte nicht, denn es geht auf die damalige jugoslawische Verfassung zurück, dass das Völkergewohnheitsrecht nach umstrittener Ansicht als innerstaatliches Recht gelten konnte (in Serbien und in Kroatien wird diese Interpretation der früheren Verfassung abgelehnt und Völkergewohnheitsrecht gerade nicht zur Aburteilung zur Anwendung gebracht, sondern nur das alte StGB SFRJ).

Dieser Erklärungsfehler, wonach Art. 180 StGB BiH erst den Art. 7 des ICTY-Statuts ins bosnische Recht eingebracht hätte, obwohl tatsächlich die völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsformen schon vor der Existenz von Art. 7 ICTY-Statut und damit auch lange vor Existenz des Art. 180 StGB BiH Völkergewohnheitsrecht waren, wird später bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit (S. 103 im englischen Text) wiederholt. Dort heißt es: „Das Konzept der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist ausdrücklich Teil des Strafgesetzbuches von Bosnien und Herzegowina, seitdem Artikel 7 Absatz 3 des ICTY-Statuts in Artikel 180 Absatz 2 des StGB BiH inkorporiert wurde.“

### **b) Umgang mit dem Vorwurf der Vorgesetztenverantwortlichkeit (*Command Responsibility*)**

Widersprüchlich und für uns nicht klar aufzulösen erscheinen die Angaben des Urteils zum Umgang mit dem Vorwurf der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Beide Angeklagte, Rašević und Todović, wurden in erster Instanz sowohl wegen eines JCE II als auch wegen command responsibility verurteilt. Das ist für sich genommen schon fehlerhaft, denn ein Täterschaftsvorwurf unter JCE II verdrängt den nachrangigen Vorwurf der Kommandantenverantwortung für dieselben Taten. Letzterer ist subsidiär.<sup>17</sup> Die Kammer, die – wie gesagt – zunächst nach beiden Vorwürfen verurteilt, geht mit diesen Konkurrenzen nun widersprüchlich um. Sie verurteilt, aber erklärt in der Strafzumessung für den Angeklagten Todović Folgendes:

„Angesichts der Tatsache, dass auf Grundlage der vorgelegten Beweise festgestellt wurde, dass Todović wegen dieser Taten als Mittäter im Wege der Teilnahme an einer systemischen gemeinsamen kriminellen Unternehmung verantwortlich ist, kann er nicht erneut wegen der gleichen Taten nach der Theorie der Vorgesetztenverantwortlichkeit verurteilt werden. Die Tatsache, dass er seine Pflichten des verantwortlichen Kommandos [*duty of responsible command*] nicht erfüllt hat, indem er es versäumte, die Wächter, über die er effektive Kontrolle hatte, [an Verbrechen] zu hindern oder zu

---

<sup>17</sup> Vgl. ICTY, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, IT-01-42/1-A, Appeals Chamber Judgement, 30 August 2005, para. 23: “[T]he *Blaskić* Appeal Judgement read[s] as follows: Where both Article 7(1) and Article 7(3) responsibility are alleged under the same count, and where the legal requirements pertaining to both of these heads of responsibility are met, a Trial Chamber should enter a conviction on the basis of Article 7(1) only, and consider the accused’s superior position as an aggravating factor in sentencing”; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT-98-30/1-A, Appeals Chamber Judgement, 28 February 2005, para. 104 (similar).

bestrafen, ist ein Faktor, den die Kammer bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt hat.“ (S. 169 des englischen Textes)

*Dieselbe Formulierung wird später für den Angeklagten Rašević wiederholt, im englischen Text auf S. 172.*

Der Kammer war also bekannt, dass es widersprüchlich ist, jemanden wegen der Planung und Teilnahme an einem Verbrechen zu bestrafen und ihm zusätzlich noch vorzuwerfen, dass er andere an diesem Verbrechen nicht gehindert und gegen sie anschließend keine Verfolgungsmaßnahmen getroffen hat. Er dürfte eigentlich nur wegen des JCE II verurteilt werden. Nun will die Kammer aber wegen Command Responsibility verurteilen (trotz der Subsidiarität des Vorwurfs) und diesen Vorwurf dann auch noch in der Strafzumessung verwerten, d. h. dort strafscharfend berücksichtigen. Das wäre juristisch nur denkbar, sofern eine Verantwortlichkeit unter dem Vorwurf der Vorgesetztenverantwortung festgestellt wurde, aber eben darunter nicht verurteilt wurde, weil dieser Vorwurf im Schuldspruch als subsidiär hinter dem Vorwurf eines JCE II zurücktritt. Command Responsibility darf nur strafscharfend herangezogen werden, wenn der Vorwurf der Command Responsibility nicht schon zur Basis der Verurteilung herangezogen wurde. Zu verurteilen und dann auf dieser Basis noch die Strafe zu schärfen, begründet einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot. Gerade das ist aber passiert. Das erstinstanzliche Urteil erklärt im Schuldspruch eindeutig, bei beiden Angeklagten basiere die Verantwortung auf Art. 180 Abs. 1 und Abs. 2 StGB BiH, d. h. die Vorgesetztenverantwortlichkeit wird über dieses Normzitat mit Art. 180 Abs. 2 StGB BiH als Grundlage der Verurteilung benannt. Sie ist Basis des Schuldspruchs, nicht nur des Strafausspruchs (vgl. S. 12 des englischen Urteilstextes). Das mag ein Lapsus sein, der daraus resultierte, dass die Anklagevorwürfe, die noch (alternativ?) auf beiden Verantwortungszurechnungsfiguren beruhten, einfach ins Urteilsdokument hineinkopiert wurden. Aber im Ergebnis ist eben festzustellen, dass der Schuldspruch eindeutig auf der Basis beider Zurechnungsfiguren formuliert ist (was angesichts der Subsidiarität von Command Responsibility zum Vorwurf des JCE bereits falsch ist) und dass dann aufgrund dieses Lapsus auch noch gegen das Doppelverwertungsverbot in der Strafzumessung verstoßen wird.

*Auf S. 101 wird bei der Besprechung der Ergebnisse beider Zurechnungsformen auch noch einmal bestätigt, dass der Vorwurf der Command Responsibility nur für die Strafzumessung relevant werden soll. Die Subsumtion unter diese Zurechnungsfigur dient laut Urteilsbegründung nur der Klärung der Frage, ob die zusätzliche Erfüllung der Bedingungen von Command Responsibility strafscharfend berücksichtigt werden kann. Es bleibt dann aber, dass der Schuldspruch dieses Zurechnungsform nicht hätte aufweisen dürfen.*

## **2. Die Beweise und ihre Verwertung (insbesondere hinsichtlich des Verschwindenlassens der Gefangenen)**

Zum Vorwurf des Verschwindenlassens werden erst auf S. 126 f. über Zeugenaussagen Beweise geschildert, die belegen, dass Morde und schwerste Verbrechen an den Gefangenen offen überlegt wurden, dass sie gedacht waren als „Endpunkte des Verbrechenstystems des KP Dom“. Mehrere Zeugen schilderten, wie ihnen Selektionsmechanismen und Selektionsziele durch Bedienstete des Systems im KP Dom (konkret durch Krnojelac und durch einzelne Vernehmungsbeamte) offenbart wurden. In ihren Bekundungen zeigt sich deutlich, dass bestimmte Raumzuteilungen nach den

Verhören darüber entschieden, wer stirbt, wer freikommt, wer weiter inhaftiert bleibt. Es gibt zwar unterschiedliche Angaben zu den 3 oder 4 Selektionsgruppen und dazu, was mit ihnen geschehen würde, aber offenbar gab es einen Selektionsmechanismus und er war im KP Dom auch offen bekannt und wurde z. T. an die Gefangenen, v. a. an die, die zum Überleben selektiert wurden, weitergegeben.

#### **a) Unterschiede der Tatvorwürfe im Vergleich zum Fall Krnojelac, der vor dem ICTY abgeurteilt wurde**

Dennoch bleibt ein Widerspruch zur Verurteilung von Krnojelac vor dem ICTY. Krnojelac war der Vorgesetzte der Angeklagten Rašević und Todović und damit in der Hierarchie höher angesiedelt. Dennoch wurde ihm ein Verfolgungsverbrechen durch zwangsweises Verschwindenlassen der Gefangenen (die von Armeeeinheiten abgeholt wurden und z. T. ausgetauscht wurden, z. T. aber direkt getötet wurden) nicht vorgeworfen. Der Vorwurf wurde vom ICTY als Verfolgungsverbrechen mit dem Ziel der Deportation oder Zwangsumsiedlung geprüft und bejaht, d. h. auf der Basis anderer Vorsatzvoraussetzungen. Aufgrund dieser Unterschiede in der Anklagestrategie helfen die Feststellungen des ICTY im Urteil Krnojelac zum Verständnis des Anklagepunktes der Verfolgung durch Verschwindenlassen auch nicht weiter. Der ICTY hatte zu Milorad Krnojelac festgestellt, dass dieser offenbar wusste, dass die Austauschfahrten gefährlich waren, dass sie auch im Tod der ausgetauschten Opfer enden konnten, aber dass er dennoch zahlreichen Opfern *bona fide* riet, sich zum Austausch zu melden, in der Überzeugung, dass diese Austauschvorgänge im Regelfall funktionierten und die Opfer so tatsächlich in Sicherheit gebracht werden konnten.<sup>18</sup> Zudem war für die Appellationskammer des ICTY eindeutig, dass Krnojelac hinsichtlich der Austauschvorgänge keine Entscheidungen traf, dass er die Entscheidungen der Militärbehörden zur Auswahl der auszutauschenden Häftlinge auch nicht beeinflussen konnte, und zwar weder in Bezug auf die Selektion der Betroffenen noch darauf, in welches Schicksal sie fuhren.<sup>19</sup> Deswegen scheute sich die Appellationskammer, dem Gefängnisleiter Krnojelac einen Vorsatz bzgl. der Tötung oder des Verschwindenlassens der Opfer zuzuschreiben. Sie verurteilte Krnojelac nur auf der Basis des Vorsatzes, der sicher erwiesen war, namentlich des Vorsatzes zur Mitwirkung an einem JCE mit dem Ziel, die Opfer aus dem Territorium in und um Foča zwangsweise zu deportieren oder zu übersiedeln, was als Verfolgungsverbrechen durch Deportation und Zwangsumsiedlung abgeurteilt wurde.<sup>20</sup>

Im vorliegenden Urteil Rašević und Todović in den Anklagepunkten des „Verschwindenlassens“ wird leider auch nicht klarer als im Urteil des ICTY, wer nun eigentlich was mit den verschwundenen Menschen gemacht hat. Offenbar wurde das Verbrechen zugerechnet, aber man erfährt nichts über das Vorgehen der Haupttäter oder wie die Angeklagten in das Verschwindenlassen involviert waren, außer, dass sie die Opfer nach den von den Militärbehörden gebrachten Listen zum Transport herausgaben.

Auch stellt sich die Frage, ob das Gericht BiH, das in der Regel die Beweise des ICTY verarbeitet, hier eigentlich mehr Beweise zur Verfügung hatte als der ICTY. Zunächst waren Rašević und Todović

---

<sup>18</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 245.

<sup>19</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, para. 245.

<sup>20</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 246-247.

eigentlich auch vor dem ICTY angeklagt und wurden nur zurück nach BiH transferiert.<sup>21</sup> In der Originalanklage lautete der Vorwurf bzgl. der bei tödlichen Austauschfahrten auch ausschließlich auf ein Verbrechen der Verfolgung in Gestalt der Deportation oder der Zwangsumsiedlung, also nicht anders als im Urteil gegen Milorad Krnojelac.<sup>22</sup> Da das Gericht BiH in der Regel bei den nach Rule 11bis der ICTY-Verfahrens- und Beweisordnung transferierten Verfahren die Anklage des ICTY-Anklägers und die Beweise, so wie sie für den ICTY gesammelt wurden, abarbeitet, ist es unwahrscheinlich, dass dem Gericht BiH nun ausnahmsweise mehr Beweise vorgelegen haben sollten als dem ICTY im Fall Krnojelac. Daher ist schwer zu ergründen, warum die Anklage unter dem „Verfolgungsverbrechen“ hier vor dem Gericht BiH so viel weiter reicht als die Anklage gegen einen noch wichtigeren Täter vor dem ICTY.

## **b) Das Tatbestandsmerkmal „common criminal design“**

Das Gericht selbst ist sich der Problematik bewusst, das Verschwindenlassen zum Teil des Plans zu erklären, der auch von allen Mitarbeitern im KP Dom mitgetragen wurde, weil keines dieser Verbrechen im KP Dom selbst geschah und daher schwer nachzuweisen ist, wer Kenntnis von den Verbrechen hatte.

### **aa) Ein „räumliches Problem“**

Aus der Beweislastumkehr, die sonst für JCE II typisch ist, kann das Gericht diese Kenntnis der Angeklagten vom Verschwindenlassen der Opfer nicht herleiten, denn diese Beweislastumkehr bei JCE II gilt nur für Verbrechen, die im Lagersystem selbst offenkundig begangen werden.

Das galt aber für die Morde, die außerhalb des KP Doms begangen wurden, gerade nicht. Auf S. 128 der englischen Urteilsfassung versucht das Gericht dennoch, dieses Verschwindenlassen als zentralen Bestandteil des Plans darzulegen, wie er dem Verbrechenssystem des KP Dom zugrunde lag. Dazu versucht es zu erläutern, was alles Teil des gemeinsamen Plans (der kriminellen Zweckabrede) des JCE II war, und dabei darzustellen, dass einzelne dieser Verbrechen nur außerhalb der Mauern des KP Dom begangen werden konnten (i. e. Zwangsumsiedlungen), dass aber das Verbrechenssystem im KP Dom direkt diesem Verbrechen zweck zuarbeitete. Auf S. 128 heißt es:

„Das erzwungene Verschwindenlassen von Gefangenen ist nur ein Beispiel. Obwohl der gemeinsame Zweck eines Lagers als System oft direkt den Verbrechen entspricht, die im Lager selbst begangen wurden, ist der gemeinsame Zweck einer systemischen gemeinsamen kriminellen Unternehmung nicht nur ein räumliches Problem. Die Verbrechen, die außerhalb der Mauern von KP Dom begangen wurden, waren charakteristisch für das KP Dom als eine systemische gemeinsame kriminelle Unternehmung. Es ist auch möglich, dass einige der im Rahmen der systematischen JCE begangenen Straftaten neben der Förderung des kriminellen Zwecks der JCE auch andere Zwecke verfolgen sollten. Zum Beispiel war Zwangsumsiedlung Teil des kriminellen Zwecks der gemeinsamen kriminellen

---

<sup>21</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mitar Rašević and Savo Todović*, Case No. IT-97-25/1-PT, Second Joint Amended Indictment, 24 March 2006.

<sup>22</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mitar Rašević and Savo Todović*, Case No. IT-97-25/1-PT, Second Joint Amended Indictment, 24 March 2006, para. 19.

Unternehmung. Bei der Durchführung der Zwangsumsiedlung ist klar, dass Häftlinge tatsächlich als Verhandlungsschips angesehen wurden, die für den Austausch benutzt werden sollte. Das Beweismaterial zeigt, dass andere Militärkommandos, wie zum Beispiel das Korps der Herzegowina, Anfragen oder Befehle an die Taktische Gruppe Foča richteten, um Gefangene aus dem KP Dom für gefangene serbische Soldaten auszutauschen. In ähnlicher Weise wurden, wie zahlreiche Häftlinge aussagten, [die Häftlinge] in anderen Hafteinrichtungen wie dem KP Dom Kula festgehalten, bis sie ausgetauscht wurden, in einigen Fällen für viele Monate oder sogar bis zu einem Jahr. Dieser Nebenzweck, der hinter vielen Zwangsumsiedlungen steckte, steht jedoch in vollem Einklang mit dem gemeinsamen Zweck [des JCE II], den die Kammer festgestellt hat. Ob Gefangene speziell im Gefangenen austausch verwendet wurden oder ob sie nur an den Orten außerhalb von Foča freigelassen wurden, das Endergebnis war dasselbe: Die nichtserbischen Häftlinge wurden durch Ausweisung und andere Zwangsmaßnahmen aus ihren Häusern in Foča verfolgt und zwangsweise umgesiedelt.“

Der Absatz ist schwer verständlich, weil hier Zwecke als räumliches Problem dargestellt werden. Der Kammer geht es darum nachzuweisen, dass auch die Wärter und Leiter des KP Dom davon wussten, dass das Militäroberkommando und andere militärische Einheiten das KP Dom auch zu dem Zweck benutzten, Gefangene mit dem Ziel der Ermordung zu selektieren bzw. (illegal festgehaltene) Gefangene als Verhandlungsmasse für Austauschvereinbarungen zur Verfügung zu haben.

Insgesamt ist nach der Beweislage, wie sie sich im Urteil präsentiert, zum Verbrechen des Verschwindenlassens Folgendes festzuhalten: Es ist nachweisbar, dass es eine Selektionsmaschinerie im KP Dom gab bzw. dass die militärischen Behörden das KP Dom mit ihren Vernehmungsbeamten u.s.w. zur Selektionsmaschinerie machten. Es ist nachweisbar, dass die bei den Vernehmungen im KP Dom selektierten Menschen entweder zu ihrer Ermordung oder zum Austausch oder zur Freilassung abgeholt wurden. Diese Selektion wurde (jedenfalls objektiv) durch das Personal des KP Dom insoweit unterstützt, als dass die Wärter die Häftlinge in die einzelnen Räume verteilte – nach Selektionsanweisung – und dass sie die Häftlinge am Ende wieder an Militär und Polizei herausgaben, damit die Militärbehörden oder Polizei oder wer auch immer die Zwecke durchsetzten, für die die Opfer selektiert worden waren (Ermordung, Austausch oder Freilassung).

Im Rahmen eines JCE II kann man grundsätzlich auch eine Beweislastumkehr zulasten des Täters zurückgreifen. Für solche Straftaten, die innerhalb des bekannten Misshandlungssystems und innerhalb der gemeinsamen kriminellen Zweckabrede stattfinden, kann sich ein Täter dann nicht darauf berufen, er hätte von den einzelnen Taten keine Kenntnis gehabt, wenn er aufgrund seiner Rolle im Misshandlungssystem bzw. seiner hervorgehobenen Stellung in den Reihen der Tatausführenden von den Misshandlungen notwendigerweise hätte Kenntnis erlangen müssen. Tätern mit herausragenden Rollen innerhalb eines solchen Systems wird es also erschwert, sich darauf hinauszureden, sie hätten von dem konkreten Tatgeschehen innerhalb des Misshandlungssystems nicht rechtzeitig erfahren und damit von den Misshandlungen auch keine Kenntnis und somit keinen Tatvorsatz gehabt.

Diese Beweislerleichterung gilt aber eben nur für solche Verbrechen, die typischerweise im Misshandlungssystem vorkommen. Das wird man für das Verbrechen des Verschwindenlassens, das nicht typischerweise im KP Dom begangen wurde und für das im KP Dom allenfalls im Rahmen eines

Selektionssystems eine Selektion der Gefangenen nachgewiesen wurde, nur dann sagen können, wenn sicher ist, dass die einzelnen Wärter bzw. die Angeklagten von diesem Selektionssystem Kenntnis hatten. Und gerade dieser Nachweis wird in den Urteilsdarstellungen nicht erbracht.

Diese Beweislastumkehr, die ein JCE II sonst ermöglicht, beruht auf dem Gedanken, dass die Teilnehmer des JCE II, die beständig in das Misshandlungssystem involviert sind, von den dort typischerweise auftretenden Verbrechen fast zwingend Kenntnis erlangen. Das gilt aber eben nicht für das Verschwindenlassen, zumal an vielen Häftlingen, die an die für die Verbrechen verantwortliche Armee oder Polizei herausgegeben wurden, auch gar kein Verschwindenlassen vollzogen wurde. Viele wurden tatsächlich ausgetauscht oder freigelassen. Es ist schlicht nicht nachgewiesen, dass das DP – Dom-Personal gezielt und bewusst mit dem Ziel der Ermordung der Häftlinge an Selektionen beteiligt war. Hier wäre – eben weil die Beweislastumkehr des JCE II in Bezug auf die außerhalb des Misshandlungssystems begangenen Verbrechen nicht funktioniert – zunächst der Beweis zu führen gewesen, dass auch das Personal des KP Dom oder wenigstens seine Leitung genau wusste, dass diese Ermordungen Zweck des Inhaftierungssystems des KP Dom war und dass sie mit Selektionen innerhalb des KP Dom vorbereitet wurden. Dieser Nachweis fehlt aber – und dann ist es auch egal, ob diese Ermordungen innerhalb oder außerhalb des KP Dom stattfanden.

*Natürlich lassen sich bestimmte Fernziele, die mit der Selektion verfolgt werden (v. a. Deportation, zwangsweise Verbringung, Zwangsarbeit in der Stadt) nicht räumlich unmittelbar im KP Dom selbst verwirklichen. Aber es muss eben der Nachweis geführt werden, wer wovon genau informiert war. Und dieser Nachweis ist jedenfalls für das Verbrechen des Verschwindenlassens mit Bezug auf das Personal und die Leitung des KP Dom durch das Urteil nicht eindeutig erbracht.*

Am Ende bemerkt das Gericht dies auch und rettet sich in Vermutungen. Die Vermutung lautet, alle im KP Dom mussten von der Möglichkeit des Verschwindenlassens wissen, weil diese Vorgänge eng mit Frontereignissen zusammengehängen hätten. Offenbar vermutet die Kammer, dass Gefangene aus Rache für Frontverluste der Serben verschwanden bzw. getötet wurden – und dass dies allen Beteiligten, auch den Wärtern im KP Dom klar war. So heißt es auf S. 128, „dass das gewaltsame Verschwinden zumindest einiger Gefangener mit Ereignissen an der Front verbunden war, insbesondere wenn serbische Truppen erhebliche Verluste erlitten. Die Beweise dafür waren unklar, aber die Vermutung ist in jedem Fall glaubhaft“ (englischer Text S. 128). Diese Vermutung kann objektiv sogar zutreffen, d. h. insoweit, wie das Verschwindenlassen als Racheakt für Verluste an der Front stattfand. Aber diese Vermutung belegt dann immer noch nicht, dass auch das Gefängnispersonal Kenntnis von der Ermordung der abgeholt Gruppen von Häftlingen hatte. Von der Kammer wird dieses subjektive Tatbestandselement auch gar nicht angesprochen.

#### **bb) Genaue Umstände des Verschwindenlassens werden nicht aufgeklärt**

Insgesamt ist als Kritik am Urteil festzuhalten: Der Nachweis, dass einzelne Personen verschwunden sind, ersetzt nicht den Nachweis eines „common criminal design“ in Bezug auf dieses Verbrechen. Deswegen erstaunt, dass die Kammer bis auf die Vermutung eines Zusammenhangs mit dem Frontgeschehen so gar nichts dazu festgestellt hat, was die genauen Umstände dieses Verschwindenlassens waren. Festzustellen wäre z. B. gewesen, wer die Personen auswählte, die aus dem KP-Dom zur Tötung herausgeholt wurden, und wem man sie übergab (im Text steht etwas von

Militär und Militärpolizei; und das Gericht schließt auch die Möglichkeit der Beteiligung paramilitärischer Formationen nicht aus).

Insgesamt bleibt an dieser Stelle einfach zu viel unklar, um auch nur irgendeine individuelle Verantwortlichkeit der Angeklagten über JCE II für das Verschwindenlassen zu begründen. Nachvollziehbar ist das deswegen nicht, weil das Urteil keinen auf das Verschwindenlassen bezogenen Tatplan bzw. keine übergeordnete gemeinsame kriminelle Abrede in Bezug auf dieses Verbrechen nachweist, der auch von den Angeklagten nachweislich mitgetragen wurde.

Ohne diesen Nachweis bleibt allenfalls eine Verantwortung des Wachpersonals des KP Dom aus JCE III. Zu prüfen wäre, ob das Verschwindenlassen von Häftlingen angesichts der kriminellen Unternehmung, Zivilpersonen im KP Dom ohne Rechtsgrundlage völkerrechtswidrig zu inhaftieren und zu misshandeln, für die Angeklagten eine mit Eventualvorsatz vorhersehbare Folge der Umsetzung der Inhaftierung war. Hierfür fehlen nun aber im Urteil ebenfalls die notwendigen Nachweise, da sich die Kammer insoweit nur auf ein JCE II konzentriert und sich ganz auf die für JCE II geltenden Beweiserleichterungen in den Vorsatzaspekten verlassen hat. Für ein JCE III hätte nachgewiesen werden müssen, dass die Angeklagten mit Eventualvorsatz in Kauf nahmen, dass die Häftlinge verschwinden würden, bzw. dass dieses Verschwindenlassen für die Angeklagten eine vorhersehbare Folge der Inhaftierung war. Die Angeklagten hätten in irgendeiner Form die Verbrechen derer, die die Häftlinge abholten, als vorhersehbare Nebenfolge des KP-Dom-JCE vorhersehen und zum Erreichen der Zwecke des JCE als Nebenfolge mittragen müssen. Nun wird aber an mehreren Stellen im Urteil deutlich, dass gar nicht klar war, welche Gruppe von Gefangenen in den Tod ging und welche nicht. An einer Stelle des Urteils werden Zeugenaussagen geschildert sind, wonach manche Busse mit Häftlingen ins KP Dom zurückkehrten, weil irgendetwas schief gegangen war. Die Häftlinge in diesen Bussen überlebten, d. h. sie wurden jedenfalls nach ihrer Rückkehr ins KP Dom dort nicht getötet. Diese Tatsachen widerlegen die Annahme, dass die Angeklagten die von ihnen verwahrten Häftlinge mit Eventualvorsatz auch umbringen lassen wollten oder dass sie diese Tode auch nur in Kauf nahmen (JCE III). Und dass die Häftlinge gerade im KP Dom überlebten zeigt auch, dass die Wärter insoweit nicht willentlich in die Häftlingstötungen nach bestimmten Selektionen involviert waren, dass diese Tode jedenfalls nicht Bestandteil der Zwecke des JCE II waren. Zudem wurden manche der abgeholt Häftlinge tatsächlich ausgetauscht oder freigelassen. D. h. aus Sicht der Wärter im KP Dom mussten man nicht zwingend mit ihrem Verschwinden rechnen, sondern z. T. funktionierte die angekündigte Freilassung im Austausch für serbische Häftlinge.

### **cc) Weitere (mögliche) gemeinsame kriminelle Zwecke**

Da das Gericht nun aber auch hinsichtlich des Verschwindenlassens von einer Zurechnung über JCE II ausgeht, muss es natürlich weiterhin begründen, dass das Verschwindenlassen von Häftlingen Teil der kriminellen Zweckabrede des JCE II ist. S. 116 wird daher als gemeinsamer Zweck des systemischen JCE im KP Dom auch die systematische Ermordung von Häftlingen im KP Dom genannt, u. a. auch durch Verschwindenlassen genannt. Dieser gemeinsame Zweck soll laut Kammer in zwei Phasen verwirklicht werden:

„Die zweite Phase bestand in der tatsächlichen Umsetzung der Entscheidungen dieser Behörden, bei denen die Häftlinge systematisch im KP Dom ermordet, zwangsweise aus dem KP Dom verschwinden gelassen oder deportiert und zwangsweise aus dem Gebiet Foča an andere Orte verbracht wurden.“

Unklar bleibt aber, aus welchen Beweisanzeichen diese Feststellung einer Zwecksetzung mit diesen Verbrechenselementen abgeleitet wird. Bis zu diesem Punkt gab es im Urteil keine Beweis- oder Tatsachendarstellung, die die Annahme, dass alle ins KP Dom eingelieferten Häftlinge auch planvoll systematisch ermordet werden sollte, belegt. Auf S. 118 wird erklärt, dass das Gericht aus der Tatsache, wie mit vernommenen Gefangenen umgegangen, in welche Räume sie nach den Vernehmungen verlegt wurden, herausliest, dass es eine unbekannte interne Anordnung gab, dass die Gefangenen selektiert werden sollten. Diese Selektion, manifestiert durch die Raumzuweisung nach der Vernehmung, bestimmte nach Ansicht des Gerichts das weitere Schicksal der Häftlinge, also ob sie überleben oder sterben sollten. Aber es bleiben Zweifel, ob man wirklich allein aus einem internen Verlegungssystem im KP Dom herauslesen könnte, dass bestimmte Personen für die Ermordung selektiert wurden.

Zum gemeinsamen kriminellen Zweck finden sich weiterhin Angaben auf S. 125 ff. Dort wird das KP als Kernelement eines verbrecherischen Systems beschrieben, dass von den Behörden gerade zum Zwecke der Begehung und Erleichterung der Verbrechen an nichtserbischen Opfern begründet oder zumindest dazu umgewidmet worden war. Das Gericht stützt sich auf die Feststellung, dass es eine Systematik der Verhöre, Folterungen und Tötungen oder Deportationen gab, die im Wesentlichen dadurch festzustellen ist, dass zunächst Informationen von den Gefangenen erzwungen wurden und danach offenbar Todeslisten in das Gefängnis „flossen“, nach deren Anweisung die Wärter die Häftlinge selektierten, die später ausgetauscht oder getötet wurden. Die Feststellungen zur Systematik sind nachvollziehbar; aber noch fehlt der Beweis, dass auch die KP Dom Bediensteten ganz bewusst an einem Mordsystem bzw. an Selektionen zum Mord partizipierten. Sie partizipierten mit Sicherheit an einem Foltersystem und an einem System der unmenschlichen Behandlung und der rechtswidrigen Inhaftierung nichtserbischer Opfer und waren insoweit Mitglieder eines JCE II. Aber wussten sie wirklich, dass bestimmte Raumzuweisungen die Selektion zur Ermordung beinhalteten? Es fehlt schlicht der Beleg, dass sie auch um diese Mordzwecke sicher wussten, dass sie also auch mit dem Blick auf das Verbrechen des Verschwindenlassens an einem JCE II partizipierten (dann gemeinsam mit den Einheiten von Armee und Polizei, die diese Morde außerhalb des KP Dom nach eigener Regie durchführten).

### **c) Das Prozedere des Verschwindenlassens**

Aus dem Ablauf des Geschehens schlussfolgert die Kammer auf S. 120 des englischen Texts das folgende Prozedere bzw. dass auch alle Wärter im KP Dom zumindest objektiv direkt in ein organisiertes System des Verschwindenlassens involviert waren:

„Die im April, Mai und Juni durchgeführten Verhöre und die anschließenden Morde, das Verschwindenlassen und die Zwangsumsiedlung waren Teil des absichtlichen und organisierten Prozesses, der ein System bildete, in dem die Einrichtung und das Personal des KP Dom eine entscheidende Rolle spielten. Wie bei den Verhören verliefen diese Verbrechen methodisch und organisiert nach festgelegten Verfahren, und jedes Verbrechen umfasste in ähnlicher Weise mehrere

Täter, die dem zivilen Personal des KP Dom, der zivilen Polizei, der Militärpolizei, der Armee sowie der zivilen und militärischen Behörden angehörten, die koordiniert arbeiteten, um das gemeinsame Ziel des Systems zu erfüllen. Die Wächter des KP Dom wählten nicht willkürlich aus, welche Gefangenen weggebracht würden. Im Gegenteil, wie bereits in den Punkten 2 und 5 erwähnt, wurde (immer) das gleiche Verfahren angewandt. Ein Wächter des KP Dom kam zu den Häftlingsräumen und rief (Personen mit) Namen auf; in fast allen Fällen trugen die Wächter Listen von Namen mit sich und riefen die Gefangenen auf, die weggebracht werden sollten. Die Kammer ist davon überzeugt, dass diese Listen, wie auch in Fällen von Verhören, vom Militärkommando erstellt, vom Militärpersonal ins KP Dom gebracht und dem diensthabenden Offizier KP Dom übergeben wurden, der daraufhin Wächter des KP Dom anwies, die Gefangenen, die in der Liste aufgeführt wurden, zum Verwaltungsgebäude zu bringen. Die schriftlichen Beweise, die in diesem Verfahren angenommen wurden, sowie die Aussagen, die die Angeklagten selbst in der Verhandlung abgegeben haben, bestätigen die Aussagen von Zeugen zu diesem Verfahren.“

Das beweist, dass die Wärter wissentlich Häftlinge herausgaben. Aber unklar bleibt, was die Wärter des KP Dom oder ihre Leitung dann über das weitere Schicksal dieser Personen wussten, ob sie zumindest wussten, dass ein Teil der zum Tor gebrachten Häftlinge nicht ausgetauscht werden würde. Für ein JCE II muss der Einzelne ja nicht wissen, wer genau ausgetauscht und wer getötet wird, aber noch fehlt der Nachweis, dass insgesamt bekannt war, dass ein Teil der Häftlinge sterben würde (wobei offiziell allen gesagt wurde, dass sie zum Austausch gingen). Sicher ist, dass das Militärkommando, Militär, Polizei und alle, die an diesen Transportaktionen, die in den Tod führten, involviert waren, in ein JCE II zur Tötung oder zum Verschwindenlassen von Menschen involviert waren. Aber bzgl. des Personals des KP Dom hätte dann auch nachgewiesen werden müssen, dass die Leitung des KP Dom (und die Wärter) die Planung des Militärkommandos auch in ihren wesentlichen kannten. Das wäre nicht nur für den Nachweis eines JCE II wichtig, sondern auch für den Nachweis eines JCE III, bei dem die Teilnehmer dann zumindest mit Eventualvorsatz als nicht zwingend gewollte Nebenfolge hätten vorhersehen müssen, dass einzelne der herausgegebenen Häftlinge sterben würden.

Was man angesichts der seltsamen Vorgänge in diesem System, in dem die Wärter die Opfer herausriefen, sicher sagen kann, ist, dass sich den Wärtern aufgedrängt haben muss, dass mit den abgeholt Gefangenen etwas anderes geschehen könnte als ein Austausch. Aber dass sie die Opfer dann dennoch nicht geschützt, sondern herausgegeben haben, begründet zunächst keinen JCE II-Vorwurf. Dafür hätten sie die Ermordung auch selbst als Zweck der kriminellen Unternehmung wollen müssen. Allein aus dem Vorwurf der Vorhersehbarkeit kann man allenfalls ein JCE III begründen (wobei das Gericht BiH den Vorwurf des JCE III noch nie genutzt hat) oder einen Vorwurf der Beihilfe (das liegt beim Gericht BiH näher, da dieses Gericht den Vorwurf des JCE III scheut, doch auch für die Beihilfe wäre im Einzelfall nachzuweisen wäre, dass die Wärter wussten, dass sie Personen in den Tod schickten).

#### **d) Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit unter dem Vorwurf der *command responsibility***

Zur Anwendbarkeit des Vorwurfs der Command Responsibility wird auf S. 108 der englischen Urteilsfassung erklärt, es hätte eine jugoslawische Norm gegeben, die auf die entsprechenden Regelungen zur Command Responsibility im Zusatzprotokoll I zu den Genfer Konventionen verweist. Allerdings ist diese entsprechende Anweisung von 1988 über die Anwendung der Regeln des

Humanitären Völkerrechts in den Streitkräften keine Regelung mit Gesetzeskraft. D. h. allein aus ihrer Existenz lässt sich die Geltung der Zurechnungsform der Command Responsibility in den neunziger Jahren in der Rechtsordnung Jugoslawiens bzw. Bosniens und Herzegowinas nicht begründen.

Daher bleibt auch hier im Grunde nichts anderes übrig, als auf die unmittelbare Geltung des Völkergewohnheitsrechts in der Rechtsordnung der SFRJ zu verweisen. Allein auf eine solche Exekutiv-Anweisung könnte die Strafbarkeit wegen Vorgesetztenverantwortlichkeit jedenfalls auf keinen Fall begründet werden.

Die Existenz der Anweisung von 1988 bewirkt aber, ist, dass man den Angeklagten entgegenhalten kann, sie hätten um die gewohnheitsrechtlich fundierte Anwendbarkeit der Regeln des humanitären Völkerrechts und insbesondere Art. 87 ZP I wissen müssen. D. h. die Existenz der Anordnung stellt zumindest die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit nach Prinzipien des humanitären gewohnheitsrechtlichen Völkerrechts sicher.

Darüber hinaus wird für die Frage, ob eine Strafe aus dieser völkerstrafrechtlichen Zurechnungsregelung vorhersehbar war, auf Art. 30 StGB SFRJ verwiesen, die frühere jugoslawische Strafnorm zur Unterlassungsstrafbarkeit. Diese Unterlassungsstrafbarkeit reicht aber – wie die späteren Urteile in *Kukavica et al.* belegen – nicht so weit wie eine Verantwortlichkeit aus Command Responsibility. Insgesamt ergibt sich der Eindruck, dass JCE und Command Responsibility hier von den Richtern noch nicht wirklich verstanden ist, dass sie insbesondere die ungeheure Reichweite dieser Haftungsprinzipien und die Begründungsvoraussetzungen noch gar nicht richtig im Blick hatten. Das heißt nicht unbedingt, dass das Urteil falsch ist, wenn man von dem hier sehr kritisch betrachteten Anklagepunkt der Verantwortung für Verschwindenlassen mal absieht. Aber in den Rechtserläuterungen des Urteils findet man Indizien, dass die Richter JCE möglicherweise noch nicht klar von Mittäterschaft und Command Responsibility noch nicht klar von der klassischen Unterlassungsstrafbarkeit unterscheiden konnten. Vor allem scheint den Richtern nicht klar gewesen zu sein, dass der Vorgesetzte auch für das Verbrechen sui generis haftet, wenn er erst nachträglich Kenntnis erlangt und die Täter nicht verfolgt oder verfolgen lässt (was mit Unterlassen nicht abgedeckt werden kann), und dass Vorgesetzte hier auch für fahrlässiges Nichtverhindern der Tat haften, wenn sie die Möglichkeit hatten, rechtzeitig von den Verbrechenplänen der Untergebenen Kenntnis zu erlangen. Das heißt, es gibt sogar eine Fahrlässigkeitsverantwortung für vorsätzlich begangene Verbrechen der Untergebenen; und das, obwohl Völkerrechtsverbrechen eigentlich Vorsatzdelikte sind, Fahrlässigkeit also zu ihrer Begehung nicht ausreicht. Deswegen kann die klassische Unterlassungsstrafbarkeit des Artikel 30 StGB SFRJ diese Fahrlässigkeitskomponenten der Command Responsibility gar nicht abdecken.

#### **e) Gesamteindruck zur Beweisführung**

Insgesamt erscheint es, als hätte das Gericht BiH hier alle Verbrechen, die aus dem System des KP Dom heraus begangen wurden, allen am System Beteiligten zurechnen wollen, ungeachtet der Tatsache, dass die Beteiligten wohl unterschiedlich in die einzelnen Verbrechenpläne involviert waren. Auffällig ist insbesondere, dass der ICTY im Fall Krnojelac diesen Weg nicht gegangen ist. Krnojelac – der Leiter des KP Dom – wurde wegen der Vorgänge des Verschwindenlassens nur unter dem Stichwort: Verfolgung durch Deportation und Zwangsumsiedlung verurteilt, da ein Vorsatz zur Tötung bestimmter

Gefangener nicht nachweisbar war, nicht einmal mithilfe der Beweislastumkehr bei JCE II, und obwohl Krnojelac die Risiken der Austauschfahrten aus Sicht der ICTY kannte. Die Ausführungen des Gerichts BiH zu den Erfordernissen eines JCE II sind auf S. 128 auch unpräzise. Es wird immer wieder wiederholt, dass es diesen gemeinsamen Zweck der Ermordung gab. Aber das ist ja auch unstreitig – nachzuweisen wäre für eine Verurteilung der Angeklagten darüber hinaus noch gewesen, dass eben auch die Angeklagten persönlich gerade an diesem Zweck der Ermordung teilnehmen wollten; und nicht nur an den anderen Zwecken, die mit dem JCE II im KP Dom als etabliertes Inhaftierungs- und Misshandlungssystem verfolgt wurden. Dem Gericht gelingt es mit seinen Ausführungen also trotz vielfacher Versuche nicht, diese persönliche Beteiligung der Angeklagten bzw. ihre Kenntnis des Ermordungsziels nachzuweisen.

### **3. Anwendbares Recht: Gesetzlichkeitsprinzip und *lex mitior* Regel**

Zur Begründung, warum der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit überhaupt anwendbar ist, obwohl er erst 2003 ins StGB BiH aufgenommen wurde, führt die Kammer auf S. 164 des englischen Urteilstexts korrekt an, dass die Strafbarkeit unmittelbar aus dem Völkergewohnheitsrecht und dem dortigen Straftatbestand begründet wird. Im Text heißt es auf S. 164:

„Die Rechtsgrundlage für die Verurteilung oder Bestrafung von Straftaten nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts ist Artikel 4a des Gesetzes über die Änderungen des Strafgesetzbuches von BiH („Amtsblatt von Bosnien und Herzegowina“ Nr. 61/04), der vorschreibt, dass die Artikel 3 und 4 des StGB BiH nicht ausschließen, dass jemand wegen einer Handlungen oder Unterlassungen verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts strafbar war. Mit diesem Artikel wurde die Bestimmung von Artikel 7 Absatz 2 des Europäischen Übereinkommens in vollem Umfang übernommen, und dadurch wird eine Ausnahme von dem in Artikel 4 des Strafgesetzbuchs von BiH vorgesehenen Grundsatz möglich sowie eine Abweichung von der verpflichtenden Anwendung des milderen Gesetzes in Verfahren, die völkerrechtliche Straftaten beinhalten, wie das Verfahren gegen die Angeklagten, weil es sich um eine Straftat handelt, die eine Verletzung der Regeln des Völkerrechts beinhaltet. In der Tat, Artikel 4a des Gesetzes über Änderungen des Strafgesetzbuches von BiH gilt für alle Straftaten, die in den Bereich der Kriegsverbrechen fallen, da diese besonderen Straftaten in Kapitel XVII des Strafgesetzbuches von BiH niedergelegt sind, das als Straftaten gegen die Menschlichkeit und die Werte, die durch das Völkerrecht geschützt sind, betitelt wird, und Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts akzeptiert wurden, stellen sie Bestimmungen des Völkerrechts dar, von denen man nicht abweichen darf.“

Die Ausführungen zu Art. 7 Abs. 1 EMRK auf S. 165 bleiben leider völlig unklar. Art. 7 Abs. 1 EMRK enthalte nur das Verbot, eine schärfere Strafe zu verhängen als zuvor vorgesehen, aber kein Gebot, das mildere Gesetz anzuwenden in Bezug auf die Strafe, die eigentlich zum Zeitpunkt der Tatbegehung anzuwenden gewesen wäre. Es wird nicht klar, was in dieser Aussage für das Gericht bedeutsam ist, also worauf es mit dieser Aussage abzielt. Sei der Entscheidung des EGMR in Maktouf und Damjanović von 2015 wissen wir allerdings, dass Art. 7 Abs. 1 EMRK es tatsächlich erlaubt, neue Tatbestände anzuwenden, doch es muss, wenn es alte Straftatbestände gab, gleichzeitig der alte Strafrahmen genutzt werden, soweit dieser milder ist. Leider ist die Entscheidung des EGMR in Maktouf und Damjanović in sich auch unklar und sogar widersprüchlich, so dass das Gericht BiH hier wohl nur – ohne

weitere Erläuterung – den In-Sich-Widerspruch aus dieser Entscheidung aufgreift, wenn es versucht, Art. 7 EMRK zu erklären.

#### **4. Strafzumessung**

Die Strafzumessung ist zumindest hinsichtlich der Darstellung der Zwecke des Strafens interessant. Auf S. 167 f. wird sehr ausführlich begründet, welches die Zwecke der Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen sind. Die Strafzumessung mit Blick auf die Strafziele wird hier auf zwei Seiten nahezu mustergültig ausgeführt. Leider endet die mustergültige Begründung dann auch mit der Erläuterung der abstrakten Strafziele. Zu den Strafzumessungsfaktoren, die konkret die Angeklagten betreffen, fehlt fast jede Erörterung. Die Anpassung der anvisierten [offenbar abstrakt nur als den Straftaten äußerlich angemessenen] Freiheitsstrafe von 12 Jahren auf Rašević und Todović erfolgt erst im Anschluss. D. h. hier wird abstrakt eine generalisiert für richtig erachtete Strafhöhe vorausgeschickt, ohne die individuellen Beschuldigten zu berücksichtigen. Diese abstrakte Methode der Strafzumessung mit abstrakt für richtig erachteten Strafhöhe ohne Ansehen der Täter ist sehr ungewöhnlich, gerade auch für das sonst in der Strafzumessung sehr konkret fallbezogen begründende Gericht BiH. Vielleicht wollte das Gericht BiH hier in Rašević und Todović nur einen Strafraum aus dem Gesetz heraus formulieren, um die konkrete Strafzumessung einzuleiten.

Insgesamt ist für die nachfolgende, konkret fallbezogene Strafzumessung zu sagen, dass sie sehr gründlich begründet wurde. Das Gericht berücksichtigt die Faktoren, die das spätere Leben der Angeklagten, zu Recht nicht weiter als strafmildernd oder strafscharfend (wie es in anderen Urteilen des Gerichts BiH fehlerhaft geschieht). Insgesamt findet man in diesem Urteil eine sehr schlüssige Strafzumessungsbegründung.

*Zur Behandlung von command responsibility in der Strafzumessung siehe C I 1 b).*

## **II. Das zweitinstanzliche Urteil**

Das zweitinstanzliche Urteil verändert nur die Qualifikation der Straftat und die Modalitäten der Verantwortungszurechnung: Art. 180 Abs. 2 StGB BiH wird aus dem Tenor des Urteils gestrichen und damit nur noch wegen JCE II verurteilt. Beim Angeklagten Rašević wird die Strafe gemildert. Das erstinstanzliche Urteil bleibt aber ansonsten bestehen.

### **1. Konsequenzen des inkorrekten Urteilstenors der ersten Instanz**

Erkennbar geht die Verteidigung in ihren Appellationsrügen davon aus, dass die Angeklagten beide auch wegen Vorgesetztenverantwortlichkeit verurteilt wurden (S. 5 f. im englischen Text), obwohl die Begründung im erstinstanzlichen Urteil dies verneint (wenn auch widersprüchlicherweise im Tenor weiterhin die Vorgesetztenverantwortlichkeit steht). Angesichts der festen Überzeugung der Verteidigung, dass die Verurteilung auch auf Basis von Art. 180 Abs. 2 StGB BiH erfolgte, wäre zu vermuten, dass das Gericht ursprünglich mündlich eine Verurteilung auf Basis von JCE und Vorgesetztenverantwortlichkeit begründet hat, dann aber auf die Konkurrenz zwischen JCE und Command Responsibility hingewiesen wurde und darauf, dass man ein und dieselbe Tat nicht auf beide Verantwortungszurechnungsformen stützen kann; und dass es diesen Fehler dann in der schriftlichen Urteilsbegründung zu verbessern suchte, wobei allerdings der falsche Tenor bestehen bleiben musste.

Die Verteidigung aber hat ihre Appellationsrügen offenbar am Tenor und an der mündlichen Urteilsverkündung ausgerichtet und die Überzeugung gewonnen, dass tatsächlich eine Verurteilung unter Art. 180 Abs. 2 StGB BiH stattfand (was angesichts des Tenors auch nahe liegt).

## **2. Zum Schutzgut der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Begründung des Gerichts**

Ein kleineres Problem aus dem Strafverfahrensrecht wird vom Gericht wenig überzeugend gelöst. Offenbar wurde eine Person, die durch Verbrechen gegen die Menschlichkeit verletzt wurde, in der Anklageschrift anders bezeichnet als im Urteil, da das Gericht in erster Instanz nach der Beweisaufnahme die Initialien dieser Person bzw. ihre Identität anders festgestellt hat. Diese Veränderung (in der Person des Opfers) ist eigentlich so erheblich, dass man von einer anderen prozessualen Tat ausgehen müsste, dass also das Verfahren insoweit eingestellt oder ein Freispruch erfolgen und die Tat gegen das richtige Opfer neu angeklagt und verhandelt werden müsste. Das hat die erste Instanz nicht getan und die zweite Instanz pflichtet ihr bei diesem Vorgehen mit der fragwürdigen Begründung bei, dass die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, denen diese Person zum Opfer fiel, keine Verbrechen gegen Individualschutzgüter wie Leib und Leben darstellen würden, sondern dass das Rechtsgut dieser Tatbestände Menschlichkeit und universale Werte seien, die vom Völkerrecht geschützt würden. Daher lasse sich die Person des Opfers ohne Verletzung der „Identität“ der angeklagten Tat austauschen. Das überzeugt deswegen nicht, weil nach – allerdings umstrittener – Ansicht bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch die individuellen Rechtsgüter der betroffenen Opfer mit Schutzgüter des Tatbestands sind. Insoweit hätte das Gericht eine andere Lösung finden müssen, etwa indem es klarstellt, ob es nun nur zu einer Fehlbenennung der ursprünglich gemeinten Person gekommen ist oder ob es sich wirklich um eine ganz andere Person handelt und ob das nun tatsächlich dazu führt, dass im Gesamtkomplex der Straftaten gegen die Menschlichkeit hieraus eine völlig andere prozessuale Tat abzuleiten ist (vgl. englische Übersetzung des Urteils S. 19). Das Ergebnis, dass die Fehlbezeichnung den Anklagegegenstand nicht verändert hat, ist wohl zutreffend, aber das Herauslösen individueller Rechtsgüter aus dem Schutzziel der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist dazu der falsche Begründungsweg.

## **3. Zum JCE II**

Zu den Vorwürfen der Ermordung von Personen im Rahmen von Gefangenen austauschvorgängen (oder vermeintlichen Austauschvorgängen) wird von der Appellationskammer auf S. 25 der englischen Urteilstextfassung zunächst nur sehr pauschal ausgeführt, dass man solche Taten selbst dann, wenn die Militärführung den Austausch durchführt, im Wege eines systemischen JCE zurechnen könne. Das Problem, dass man nichts über die individuelle Beteiligung der Angeklagten an diesem Tatplan für ein auf Verschwindenlassen bezogenes JCE II erfahren hat, wird nicht weiter erörtert. Leider hat auch die Verteidigung nicht gezielt in ihren Rügen geltend gemacht, welches Element des JCE II eigentlich für sie nicht nachgewiesen ist. Um die oben dargelegten Nachweislücken gezielt anzusprechen, hätte sie vortragen müssen, dass vor allem die Kenntnis der Angeklagten davon, dass die Austauschvorgänge zum Teil in der Ermordung von Gefangenen endeten, nicht hinreichend belegt wurde.

### **a) Die erforderliche Qualität des Tatbeitrages**

Im Weiteren erklärt die Appellationskammer dann, wie sie die Voraussetzungen eines JCE II, eines systemischen JCE, erklärt, wobei sie insgesamt die Rechtauffassung der ersten Kammer bestätigt (ab

S. 25 der englischen Textfassung). Nur verlangt die Appellationskammer anders als die erste Instanz keinen „wesentlichen“ Tatbeitrag zur gemeinsamen systemischen kriminellen Unternehmung fordert (S. 27 der englischen Urteilstextfassung). Leider sind die Ausführungen der Appellationskammer an dieser Stelle nicht weniger verwirrend als die der ersten Instanz. Insbesondere begründet die Appellationskammer ihren Befund, dass man keinen „wesentlichen“ Tatbeitrag für die Mitgliedschaft in einem JCE II bzw. generell in einem JCE bräuchte, sehr seltsam, indem Sie anfängt, mit Kategorien von Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft zu argumentieren, was am Ende den Anschein erweckt, selbst Gehilfen könnten dann, wenn ein JCE II in Frage steht, am Ende als Mittäter verurteilt werden. Was genau gemeint ist oder ob genau diese seltsame Schlussfolgerung gezogen werden sollte, dass bei JCE II aus Gehilfen Mittäter werden, bleibt offen. Da unmittelbar im Anschluss aber eine Unterscheidung zur Mittäterschaft nach Art. 29 StGB BiH getroffen wird, ist mit „Mittäterschaft“ beim JCE wohl eher die Mitgliedschaft im JCE gemeint. Die Wortwahl ist nur verwirrend.

Vgl. den Englischen Text, in dem es auf S. 27 des Urteils diesbezüglich heißt: “Aiders and abettors, the ones who aid or abet JCE as accessories, can become co-perpetrators even if they did not physically commit a crime if their participation lasted for an extensive period and advanced the goal of the JCE. On the other hand, this Panel does not uphold the First Instance Panel’s view that the existence of a systemic JCE requires substantial contribution on the part of the perpetrator because in that case Article 29 of the CC BiH (co-perpetration) would be applied.” ... “The distinction between co-perpetration and participation in a JCE is that a larger degree of contribution (that is, more decisive) is required for co-perpetration.”

In der Übersetzung aus dem Bosnischen klingt die Stelle wie folgt:

„Selbst ein Gehilfe oder Anstifter, also jemand, der als Teilnehmer eine kriminelle Unternehmung unterstützt oder fördert, kann zum Mittäter werden, auch wenn er physisch keine Verbrechen begeht, wenn seine Teilnahme über einen längeren Zeitraum dauert und dabei die Absicht einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung teilt. Diese Kammer stimmt jedoch nicht mit der Position der erstinstanzlichen Kammer überein, nach der die Existenz einer systemischen gemeinsamen Unternehmung einen wesentlichen Beitrag des Täters erfordert, weil in diesem Fall die Vorschriften über Mittäterschaft nach Artikel 29 StGB BiH zur Anwendung kämen. Die Bedeutung der Beteiligung des Angeklagten ist jedoch notwendig und relevant, um festzustellen, ob er die Absicht teilte, ein gemeinsames kriminelles Ziel zu erreichen. ...Genau in diesem Grad des Beitrags liegt der Unterschied zwischen der Mittäterschaft und der Beteiligung an einer systemischen gemeinsamen kriminellen Unternehmung, da für die Existenz der Mittäterschaft ein höherer oder entscheidender Beitrag erforderlich ist.“

## **b) Bewertung der Rechtsauffassung der ersten Instanz – Verhältnis von Mittäterschaft zu JCE II**

Die Appellationskammer kommt weiter zu dem Schluss, dass der Fehler der ersten Instanz, einen wesentlichen Beitrag zu verlangen, um die Beteiligung an einem JCE II zu begründen, materiell-rechtlich zugunsten der Angeklagten gegangen sei. Tatsächlich wären diese, nachdem ihnen nun ein wesentlicher Beitrag zum Geschehen von der ersten Instanz nachgewiesen worden sei, Mittäter des Geschehens (und das offenbar jetzt in Bezug auf alle einzelnen Straftaten, die nachweisbar im KP Dom und außerhalb des KP Dom an den Gefangenen stattfanden, einschließlich der Ermordung von

Personen im Rahmen von scheinbaren Gefangenenaustauschaktionen, obwohl dafür noch nicht einmal nachgewiesen war, ob die Angeklagten konkret wussten, welche Gruppe von Gefangenen ausgetauscht und welche Gruppe ermordet werden würde). Die entscheidende Stelle auf S. 27 des englischsprachigen Texts klingt in deutscher Übersetzung wie folgt:

„Nach Ansicht der Appellationskammer hat diese Feststellung jedoch keinen Einfluss auf die Richtigkeit der Schlussfolgerungen der erstinstanzlichen Kammer in Bezug auf die Verantwortlichkeit der Angeklagten als Mittäter, da für die Mittäterschaft mehr Elemente als für die Teilnahme an einer gemeinsamen kriminellen Unternehmung nachgewiesen werden mussten. Folglich war die Position der Angeklagten in Bezug auf die Anwendung des materiellen Rechts nicht ungünstig, sondern genau das Gegenteil.“

In der englischen Fassung lautet der Absatz: „However, it is the view of the Appellate Panel that this determination does not affect the correctness of the conclusions reached by the First Instance Panel in terms of the responsibility of the Accused as co-perpetrators, as co-perpetration requires proving more elements than is the case with participation in a JCE. Consequently, the position of the Accused relative to the application of substantive law was more favorable to the Accused rather than less favorable.“

Insgesamt scheint hier ein Fehlschluss stattzufinden, der sich mangels Begründung nicht genau nachvollziehen lässt. Es scheint so, als differenziere die Appellationskammer zwischen JCE und Mittäterschaft nur in Graden von Tatbeteiligung. Eine Mitgliedschaft in einem JCE II sei auch mit Tatbeiträgen unterhalb der Schwelle der Wesentlichkeit erfüllt, eine Mittäterschaft verlange einen wesentlichen Beitrag. Die Kammer übersieht, dass die Bezugspunkte der Teilnahme bei JCE II und bei Mittäterschaft jeweils andere sind. Bei Mittäterschaft ist die konkrete Beteiligung an der Ausführung der Einzeltat nachzuweisen, bei JCE II nur die Teilnahme an der kriminellen Unternehmung, an der verbrecherischen Abrede oder Organisation, nicht aber an der Einzeltat.

Dieses Differenzieren nur nach „Graden“ der Beteiligung ist für die Kammer im Übrigen auch wichtig, weil sie aus dem Gewicht des Tatbeitrags schließt, dass die Angeklagten Rašević und Todović nicht nur in Kenntnis der kriminellen Systemziele zum System beigetragen hätten, sondern diese kriminellen Zwecke auch selbst verfolgt, sie aktiv und willentlich gefördert hätten (S. 28 des englischen Textes).

Die Schlussfolgerung auf S. 28 des englischen Texts lautet folglich: „Auf der Grundlage des Vorherstehenden ist die Appellationskammer der Auffassung, dass das Urteil erster Instanz eine stichhaltige Begründung dafür liefert, dass im KP Dom ein organisiertes Misshandlungssystem in Kraft war, dass sich die Angeklagten Rašević und Todović des Systems und der Art und des Umfangs der kriminellen Aktivitäten, die innerhalb dieses Systems durchgeführt wurden, bewusst waren, und dass sie durch ihre Handlungen entscheidend zur Aufrechterhaltung dieses Systems beigetragen haben.“

Ansonsten scheint die ungewöhnliche Sprachwahl, insbesondere die wiederholte Formulierung, die Angeklagten hätten sich an dem Joint Criminal Enterprise als „Mittäter“ beteiligt, aber darauf zurückzuführen zu sein, dass die Appellationsinstanz ohne jede Kritik die Kombination aus Artikel 29 StGB BiH und Joint Criminal Enterprise nach Artikel 180 Absatz 1 StGB übernimmt, die schon in der Anklageschrift vorgesehen war und von der ersten Instanz übernommen wurde.

Erstaunlich ist abschließend auch eine Aussage der Appellationskammer zum Angeklagten Todović, bei dem die Kammer bekräftigt, dass er auch dann Mitglied des JCE im KP Dom war, als er nicht da war, weil ihn niemand in der Zeit seiner Abwesenheit ersetzt habe (S. 28 des englischen Texts):

„In diesem Kontext kam die erstinstanzliche Kammer zu Recht zu dem Schluss, dass seine vorübergehende Abwesenheit vom KP Dom ihn nicht von [der Beteiligung] am JCE ausschlieÙe, an dem er [deswegen] beteiligt gewesen sei, weil seine Abwesenheit nicht dauerhaft war und niemand ihn während seiner Abwesenheit ersetzte.“

Die Ausführungen sind zwingend nicht falsch, aber hinsichtlich des Problems, ob Todović denn wirklich die gesamte Zeit über Förderbeiträge zum Misshandlungssystem erbracht hat oder nicht, viel zu knapp. Immerhin könnte die Tatsache, dass er sich kurzzeitig dem System entzogen hat, auch bedeuten, dass er selbst dem System entkommen wollte.

#### **4. Zur Command Responsibility**

Auf S. 29 (englische Textfassung) wird dann klargestellt, dass es „unlogisch“ ist, jemanden für ein und dieselbe Handlung zum einen als Täter wegen JCE II zu verurteilen und ihm zugleich vorzuwerfen, er hätte die Tat (die er ja selbst als Täter begangen hat) als Kommandant verhindern müssen und die Untergebenen, die die Tat ausführten (und mit denen zusammen er eigentlich Täter des Verbrechens war) wegen der Taten nachträglich zur Verantwortung ziehen müssen. Es wird die Konkurrenzregel aus dem erstinstanzlichen ICTY-Urteil gegen Krnojelac zitiert, dass dann, wenn eine Täterschaft nach JCE vorliegt, daneben nicht auch noch eine Verurteilung wegen Command Responsibility erfolgen darf.<sup>23</sup>

#### **5. Die Geburtsstunde der Kombination von JCE mit Mittäterschaft, Artikel 180 Abs. 1 i. V. mit Artikel 29 StGB BiH**

Auch im Folgenden wird wieder deutlich, dass die Appellationskammer, ebenso wie die erstinstanzliche Kammer des Gerichts BiH, nicht klar zwischen Mittäterschaft und Mitgliedschaft in einem JCE unterscheidet – bzw. sie das auch gar nicht will, da sie auch gar keine Konkurrenzen zwischen diesen Zurechnungsformen bilden will.

Auf S. 29 (englische Textfassung) heißt es in der Übersetzung:

„Im Zusammenhang mit der Zurechnung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für den Angeklagten wäre es angebracht, einen Schuldspruch auf der Verantwortungsgrundlage auszusprechen, die das zu bestrafende Verhalten des Angeklagten am genauesten beschreibt. Da die Angeklagten im vorliegenden Fall als Mittäter im Wege der Teilnahme an einer systemischen gemeinsamen kriminellen Unternehmung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurden und die erstinstanzliche Kammer unwiderlegbar festgestellt hat, dass sie die Ausführungshandlungen als Mittäter begangen haben, *und dies akzeptiert diese Kammer in vollem Umfang*, so ist es unangemessen einen Schuldspruch auf der Grundlage der beiden Arten von Verantwortlichkeit für die gleichen Handlungen auszusprechen.“

Der Kammer erscheint also eine Doppelzurechnung angemessen, zum einen über die Mittäterschaft an den Ausführungshandlungen und zum anderen über die Mitgliedschaft im JCE, aus dem die Planung der Verbrechen stammt. Dabei legt aber die Tatsache, dass die Mitgliedschaft im JCE zugleich als Mittäterschaft im JCE beschrieben wird, nahe, dass die Kammer nicht gesehen hat, dass zwischen Mittäterschaft nach Art. 29 StGB BiH und JCE nach Artikel 180 Absatz 1 StGB BiH ein klarer Unterschied in den Bezugspunkten der Teilnahme besteht. Das bestärkt insoweit die Vermutung, dass JCE als

---

<sup>23</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Trial Judgment, 15 March 2002, para. 173.

eigenständige Täterschaftsform nicht verstanden wurde. Das legen ja bereits die seltsamen Ausführungen zur Abstufung zwischen diesen Zurechnungsformen nach „Graden“ der Bedeutung der eigenen Beteiligungshandlung am Geschehen nahe. Da es sich um eines der frühesten Urteile zu komplexeren Formen der gemeinsamen Tatbegehung handelt (es war das erste Verfahren, das zu einer Verurteilung unter dem Vorwurf eines JCE führte), liegt es nahe zu vermuten, dass diese fragwürdige (und offenbar auf einem Verständnisfehler des Gerichts beruhende) Kombination von JCE und Art. 29 StGB BiH, die nun auch im Appellationsurteil aufrechterhalten bleibt, aus diesem Fehlverständnis geboren wurde und nun in der Rechtsprechung des Gerichts BiH „mitgeschleppt“ wird.

Warum diese Kombination v. a. bei den Lagerfällen (Radić et al., Mejakić et al.) eingesetzt wird, bleibt unklar. Festzustellen ist auch, dass JCE in späteren Urteilen richtig angewendet wird, also mit dem richtigen Bezugspunkt der Beteiligung nicht an der Einzeltat, sondern am Gesamtkomplex und an der Unternehmung, die den Gesamtplan für das Misshandlungssystem begründet. Aber auch diese Urteile verzichten größtenteils nicht auf ein Zitat von Artikel 29 StGB BiH in Kombination mit Artikel 180 Absatz 1 StGB BiH.

## **6. Strafmilderungen und Zurückweisung der übrigen Appellationsrügen**

Weiterhin wurde in der Strafzumessung die Strafe für Rašević gemildert. Das Gericht meinte, seine Hilfsbereitschaft gegenüber den Opfern und seine echte Reue wären ohne die Milderung nicht hinreichend im Strafmaß abgebildet.

Weitere Rügen der Staatsanwaltschaft, weil bestimmte Tatvorwürfe der ersten Instanz nicht als erwiesen galten, wurden zurückgewiesen.