

Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs

Von Wiss. Mitarbeiter **Andreas Herzig**, LL.M. (Leiden), Berlin

Seit der ersten „Confirmation Decision“ im Jahre 2007 wenden die Kammern des Internationalen Strafgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung die aus dem deutschen Strafrecht bekannte Tatherrschaftslehre an, um zwischen Tätern und Teilnehmern völkerrechtlicher Verbrechen zu unterscheiden. Die Anwendung dieser Lehre, die außer in Deutschland auch in den nationalen Strafrechtsordnungen Spaniens und mehrerer lateinamerikanischer Länder beheimatet ist, markiert eine Abkehr von der Praxis der ad hoc-Tribunale, die bislang ein eher subjektiv geprägtes Modell namens „Joint Criminal Enterprise“ bevorzugten.

Im Vergleich der Interpretation der Tatherrschaftslehre durch die Richter des IStGH mit ihrem Vorbild in der deutschen Literatur und Rechtsprechung lassen sich sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede beobachten. Am augenfälligsten sind dabei das weite Verständnis des Tatplans im Bereich der Mittäterschaft sowie die Anpassungen der Lehre von der Organisationsherrschaft an die praktischen Gegebenheiten der Fälle vor dem IStGH.

In ihren Sondervoten zu den ersten beiden Urteilen des IStGH lehnen die Richter Fulford und van den Wyngaert eine Adoption der Tatherrschaftslehre durch den Gerichtshof radikal ab. Ihrer Ansicht nach sollten sich die Kammern des IStGH nicht von nationalen Modellen leiten lassen, sondern die Vorschriften des Römischen Statuts vielmehr anhand ihres „schlichten Wortlauts“ auslegen. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Tatsächlich sind die Sondervoten der beiden Richter selbst Beispiele dafür, dass es praktisch unmöglich ist, bei der Auslegung von Vorschriften über die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit völlig unbeeinflusst von bestehenden innerstaatlichen Zurechnungsmodellen vorzugehen. Ein solcher rein rechtspositivistischer Ansatz wäre zudem auch verfehlt. So sollte der reichhaltige Erfahrungsschatz nationaler Rechtssysteme vielmehr genutzt werden, um in einer sachbezogenen Debatte zu dem bestmöglichen Weg für den Internationalen Strafgerichtshof zu finden.

From the first confirmation decision in 2007 up until the recent judgments in the Lubanga and Ngudjolo cases, chambers of the International Criminal court have consistently applied the so-called „Control Theory“ when assessing the individual criminal responsibility of an accused. The Control Theory, a concept native to domestic jurisdictions such as Germany, Spain, and several Latin American countries, distinguishes between principals and accessories to a crime according to a material-objective criterion called „control“. This constitutes a departure from the settled jurisprudence of the ad hoc-Tribunals, which apply the more subjective model of „Joint Criminal Enterprise“.

While for the most part, judges of the ICC have adhered closely to the domestic archetype of the Control Theory, there are also several deviations. These include the interpretation of the common plan in cases of co-perpetration, and adjustments of the concept of „organizational control“ to the particularities of the situations and cases before the Court.

In their dissenting opinions to the Court's first two judgments, Judge Fulford and Judge van den Wyngaert strongly criticise the adoption of the Control Theory. In their view, chambers of the ICC should refrain from borrowing domestic concepts, and rather interpret the provisions of the Statute according to a „plain reading of its terms“. The arguments that the Judges provide for their thesis are however not persuasive. On the contrary, their dissenting opinions themselves stand as examples for the fact that any discussion on modes of liability in international criminal law is, to a greater or lesser extent, bound to be influenced by the experience of domestic legal systems. This is, however, not necessarily detrimental, as the guidance and inspiration of domestic systems are in fact capable of enriching the discussion on the most appropriate model of blame attribution under the Rome Statute.

I. Einleitung

Für den IStGH markierte das Jahr 2012 gleich mehrere Meilensteine: So feierte der Gerichtshof am 1.7. das zehnjährige Jubiläum des Inkrafttretens seines Gründungsinstrumentes, des Römischen Statuts; zudem ergingen im März und Dezember die ersten beiden Urteile in der noch recht jungen Geschichte des Tribunals. Während die Richter der ersten Verfahrenskammer den Kongolesen Thomas Lubanga Dyilo wegen der Rekrutierung und des Einsatzes von Kindersoldaten zu vierzehn Jahren Haft verurteilten,¹ sprach die zweite Verfahrenskammer seinen Landsmann Mathieu Ngudjolo Chui, der mehrerer Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt worden war, frei.²

Hauptgegenstand der weltweiten Berichterstattung waren vor allem die politischen Implikationen dieser Entscheidungen. Doch auch unter einem rein juristischen Blickwinkel waren die Fälle um die Angeklagten Thomas Lubanga Dyilo und Mathieu Ngudjolo Chui³ in vielerlei Hinsicht bahnbrechend. Eine der lebhaftesten und interessantesten Diskussionen, die sich in ihrem Rahmen entspann, betrifft die Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut.⁴ Diese Norm statuiert die individuelle

¹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga); IStGH (Trial Chamber I), Entsch. v. 10.7.2012 – ICC-01/04-01/06-2901 (Lubanga); die Verteidigung von Thomas Lubanga Dyilo hat gegen das Urteil und die Strafzumessungsentscheidung Berufung eingelegt.

² IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3 (Ngudjolo); die Anklage hat gegen das Urteil Berufung eingelegt.

³ Dessen Prozess über weite Strecken mit dem Verfahren gegen Germain Katanga verbunden war – die Fälle wurden erst am 21.11.2012 voneinander getrennt, vgl. IStGH (Trial Chamber II), Entsch. v. 21.11.2012 – ICC-01/04-01/07-3319 (Katanga/Ngudjolo).

⁴ A/CONF.183/9, abrufbar unter:

<http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

strafrechtliche Verantwortlichkeit für die völkerrechtlichen Verbrechen im Zuständigkeitsbereich des IStGH. Seit der „Confirmation Decision“ der ersten Vorverfahrenskammer im Fall Lubanga im Jahre 2007⁵ legen die Kammern des Gerichtshofs diese Vorschrift anhand der Tatherrschaftslehre aus,⁶ einer Theorie, die ihre Wurzeln in den nationalen Strafrechtssystemen Deutschlands, Spaniens und Lateinamerikas hat und die hierzulande vor allem vom Rechtswissenschaftler *Claus Roxin* geprägt wurde.⁷ In ihren Sondervoten zu den oben erwähnten Urteilen lehnen Richter *Fulford*⁸ und Richterin *van den Wyngaert*⁹ die Adoption dieses ursprünglich rein innerstaatlichen Zurechnungsmodells nun, im Gegensatz zu der jeweiligen Mehrheit ihrer Verfahrenskammern, radikal ab.

Ziel dieses Aufsatzes ist es zu untersuchen, inwieweit sich die Kammern des Gerichtshofs bei der Anwendung der Tatherrschaftslehre tatsächlich von ihren nationalen Vorbildern haben leiten lassen, wobei die Untersuchung sich hier auf die Ausformung dieser Lehre im deutschen Strafrecht beschränkt. Ferner sollen die Argumente, die die Richter *Fulford* und *van den Wyngaert* für ein unabhängiges und von nationalen Modellen unbeeinflusstes Beteiligungssystem vorbringen, einer kritischen Analyse unterzogen werden.

Zur Einführung des Themas wird in den Teilen II. und III. zunächst die Praxis anderer internationaler Tribunale sowie die historische Entwicklung der Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht dargestellt. In Teil IV. erfolgt eine Untersuchung der bisherigen Anwendung der Tatherrschaftslehre durch den IStGH, bevor sich Teil V. schließlich den Sondervoten von Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* zuwendet.

II. Täterschaft und Teilnahme vor anderen internationalen Tribunalen

Wenngleich die Frage dereteiligungsformen im Völkerstrafrecht so alt ist wie das Rechtsgebiet selbst, lassen sich die direkten Wurzeln der heutigen Diskussion in der vergleichsweise jüngeren Vergangenheit finden, namentlich in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs in den

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013). Eine deutsche Übersetzung des Statuts findet sich auf:

<http://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html>
(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013).

⁵ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga).

⁶ Vgl. nur IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1005; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 480 ff.; IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Bemba), Rn. 347.

⁷ Vgl. *Olásolo/Perez*, International Criminal Law Review 4 (2004), 475 (485 f., Fn. 32 m.w.N.); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, passim.

⁸ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford.

⁹ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert.

1990er Jahren. Im Jahre 1999 entwickelte die Berufungskammer des Tribunals im Tadić-Fall die Zurechnungsfigur der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen („participation in a joint criminal enterprise“, kurz: JCE).¹⁰ JCE begründet die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen als Täter¹¹ eines Völkerrechtsverbrechens, auch wenn diese selbst physisch den eigentlichen Tatbestand des Verbrechens nicht erfüllt haben. Voraussetzung dafür ist die Existenz einer Personenmehrheit mit einem gemeinsamen Tatplan, der die Begehung eines Völkerrechtsverbrechens beinhaltet, sowie eines konkreten Tatbeitrags des Angeklagten in der Absicht, das gemeinsame Vorhaben zu fördern.¹² Hierbei ist die letztgenannte Förderungsabsicht das entscheidende Zurechnungskriterium; das tatsächliche objektive Gewicht des Tatbeitrages ist demgegenüber weitaus weniger relevant. Kritiker bemängeln daher die oftmals pauschalisierenden Tendenzen und die mangelnde Differenzierung zwischen den höchst verschiedenartigen Tatbeiträgen innerhalb eines JCE, dessen Mitgliederzahl theoretisch in die Tausende gehen kann und das vom einfachen Fußsoldaten bis zum militärischen Befehlshaber reicht.¹³ Problematisch ist auch die sogenannte „erweiterte“ Variante von JCE, nach der einem jeden Mitglied des verbrecherischen Unternehmens auch Verbrechen zugerechnet werden können, die im ursprünglichen Tatplan gar nicht beabsichtigt, sondern lediglich „objektiv vorhersehbar“ waren. Zu Recht erkennen Kritiker hier eine Verletzung des Schuldprinzips.¹⁴

Die Fürsprecher von JCE, allen voran *Antonio Cassese*, Präsident der Berufungskammer im Tadić-Fall, leugnen dabei nicht, dass hinter dieser Zurechnungsfigur vor allem rechtspolitische Überlegungen stehen: so solle JCE verhindern, dass Beweisschwierigkeiten einer möglichst umfassenden Bestra-

¹⁰ JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 185 ff.

¹¹ Die Berufungskammer verstand JCE von Anfang an als eine Form der Täterschaft („commission“) im Gegensatz zur bloßen Beihilfe oder Anstiftung („aiding or abetting“), JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 192. Dieses dualistische Beteiligungssystem wurde schließlich ausdrücklich bestätigt von JStGH (Appeals Chamber), Entsch. v. 21.5.2003 – IT-05-87-T (Milutinovic u.a.), Rn. 20, 31; Vgl. auch JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A, (Krnolejac), Rn. 73; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Vasiljevic), Rn. 95; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Krstic), Rn. 134; JStGH Appeals Chamber, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Blaskic), Rn. 33.

¹² JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 227 f.

¹³ *Olásolo*, International Criminal Law Review 7 (2007), 143 (157); *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 69 (88); *Weigend*, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 471 (477).

¹⁴ *Badar*, International Criminal Law Review 6 (2006), 293 (302); *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (134); *Haan*, International Criminal Law Review 5 (2005), 162 (200).

fung aller Beteiligten eines Völkerrechtsverbrechens im Wege stehen.¹⁵ Vielleicht gerade wegen seiner Effektivität wurde JCE in der Folge auch von anderen internationalen Tribunalen wie dem Ruanda-Strafgerichtshof und dem Sondergerichtshof für Sierra Leone übernommen.¹⁶

III. Die Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht

Trotz der internationalen Anerkennung, die JCE zumindest in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung erfahren hat, folgten die Vorverfahrenskammern des IStGH in ihren ersten Fällen nicht dem Beispiel der Berufungskammer des JStGH aus dem Tadić-Fall. Vielmehr nahmen sie die Abgrenzung zwischen den verschiedenen in Art. 25 des IStGH-Statuts vorgesehenen Beteiligungsformen nach einem Modell vor, das zuvor – von einem kurzen Intermezzo im Stakić-Fall des JStGH abgesehen¹⁷ – lediglich aus dem nationalen strafrechtlichen Kontext bekannt war – der sogenannten Tatherrschaftslehre, die zuvor unter anderem in Deutschland, Spanien und Lateinamerika Verbreitung gefunden hatte. Bevor auf ihre Adaption durch den IStGH näher eingegangen wird, soll die Tatherrschaftslehre hier zunächst kurz in der Form, die sie im deutschen Strafrecht angenommen hat, in Erinnerung gerufen werden.

1. Historische Entwicklung

Das deutsche Strafgesetzbuch unterscheidet in seinen §§ 25 ff. zwischen Tätern und Teilnehmern (Anstiftern und Gehilfen) einer Straftat. Obwohl an diese Unterscheidung ausdrückliche Rechtsfolgen geknüpft sind, die sich zum Beispiel in der limitierten Akzessorietät der Teilnahme und den Strafzumessungsregeln niederschlagen, unterlässt es der Normtext, eine genaue Grenze zwischen Mittätern und Gehilfen, Anstiftern und mittelbaren Tätern zu ziehen. Diese Aufgabe wurde viel-

mehr Lehre und Rechtsprechung überlassen, die zur Zeit der Neufassung der §§ 25 ff. StGB im Jahre 1975 bereits eine ganze Reihe von Abgrenzungsmodellen entwickelt hatten.

Auf der einen Seite standen hierbei extrem subjektive Theorien, die von dem Standpunkt ausgingen, dass es objektiv keine „mehr“ oder „weniger“ kausalen Tatbeiträge geben könne,¹⁸ und die die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer daher nach der inneren Einstellung des Angeklagten zur Tat vornahm. Kriterien waren hier etwa der Wille, die Tat als eigene (*animus auctoris*) oder als die eines anderen (*animus socii*) zu begehen, oder ob die Tat das eigene Interesse oder das eines anderen fördern sollte.¹⁹ Ihre wohl berühmtesten Auftritte in der deutschen Rechtsgeschichte erlebte diese pauschal oft auch als „animus-Theorie“ bezeichnete Lehre im tragischen „Badewannenfall“ des Reichsgerichts²⁰ und dem „Stachinskij“-Urteil des Bundesgerichtshofs.²¹

Demgegenüber am anderen Ende des Spektrums angesiedelt waren die sogenannten formal-objektiven Theorien, nach denen nur solche Personen als Täter angesehen werden konnten, die selbst physisch die den Tatbestand ausfüllenden Handlungen begangen hatten.²²

Mit der Einführung der neu formulierten §§ 25 ff. StGB, mit deren Wortlaut sowohl die extrem subjektiven als auch die extrem objektiven Theorien konfligierten,²³ setzte sich im Schrifttum bald die schon 1963 von *Roxin* kodifizierte²⁴ „Tatherrschaftslehre“ durch, die gleichsam eine vermittelnde Position zwischen der „animus-Theorie“ und den formal-objektiven Theorien einnahm.²⁵

Nach der Tatherrschaftslehre gelten nur solche Personen als Täter einer Straftat, die das Geschehen bewusst beherrschen und somit als eine „Zentralgestalt“ der Tat fungieren. Was genau das Vorliegen von „Tatherrschaft“ konstituiert, kann laut *Roxin* jedoch aufgrund des zumindest teilweise normativen Charakters dieses Begriffes nicht abschließend definiert werden. Vielmehr sei ein deskriptiver und kasuistischer Ansatz durch eine Einteilung in Fallgruppen zu verfolgen. Die Tatherrschaft kann dabei je nach der konkreten Begehungsform eine andere Gestalt annehmen: „Handlungsherrschaft“ bei der unmittelbaren Einzeltäterschaft, „funktionale Tatherrschaft“

¹⁵ *Cassese*, International Criminal Law, 2008, S. 190; Tatsächlich wurde die „erweiterte“ Form von JCE bereits in der Tadić-Entscheidung dazu benutzt, Beweisschwierigkeiten zu überwinden: Weil alle Bewohner eines kleinen bosnischen Dorfes in ihren Häusern eingesperrt worden waren, konnte in Ermangelung von Zeugen nicht eindeutig festgestellt werden, ob der Angeklagte selbst oder seine Mitstreiter die fraglichen Tötungen von Zivilisten begangen hatten.

¹⁶ Vgl. z.B. RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 13.12.2004 – ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A (Ntakirutimana und Ntakirutimana), Rn. 462 ff.; RStGH (Trial Chamber III), Urt. v. 18.12.2008 – ICTR-01-73-T (Zigiranyirazo), Rn. 383 ff.; SGHSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-2004-16-A (Brima u.a.), Rn. 72 ff.; SGHSL (Trial Chamber I), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Sesay u.a.), Rn. 248 ff.

¹⁷ Die Berufungskammer lehnte dabei die Anwendung der Tatherrschaftslehre durch die Verfahrenskammer mit dem Argument ab, dass dieses Zurechnungsmodell im Gegensatz zu JCE nicht Teil des Völkergewohnheitsrechts war – für den JStGH insofern relevant, als seine Zuständigkeit sich auf solche Verbrechen beschränkt, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung völkergewohnheitsrechtlich strafbar waren, vgl. JStGH (Trial Chamber), Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Stakić) und JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 22.3.2006 – IT-97-24-A (Stakić).

¹⁸ Siehe hierzu insbesondere *v. Buri*, Der Gerichtssaal 29 (1878), 296.

¹⁹ RG, Urt. v. 7.1.1887 – 710/98; RG, Urt. v. 5.10.1906 – V 483/06; *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76.

²⁰ RG, Urt. v. 19.2.1940 – 3 D 835/39.

²¹ BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62.

²² *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1925, S. 453; *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 59.

²³ Siehe die Einzelheiten bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 20, sowie *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn. 54 f.

²⁴ *Roxin* (Fn. 7), passim.

²⁵ *Joecks* (Fn. 23), § 25 Rn. 10; *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 37.

bei der Mittäterschaft und „Willensherrschaft“ bei der mittelbaren Täterschaft.²⁶

2. Mittäterschaft

Die praktisch relevanteste Fallgruppe bildet hierbei sicherlich die Mittäterschaft. Nach *Roxin* gilt als Mittäter, wer in einem gemeinsam gefassten Tatplan eine „Schlüsselstellung“ innehat. Eine solche Schlüsselstellung existiert, wenn die für den mutmaßlichen Mittäter vorgesehene Aufgabe derart wichtig ist, dass ihre Nichtausführung das Scheitern des gesamten Plans zur Folge hätte.²⁷ Zu beachten ist dabei, dass der Tatplan für diese hypothetische Betrachtung die äußerste Grenze darstellt,²⁸ was sich anhand zweier (bewusst aus dem Völkerstrafrecht gegriffener) Beispiele illustrieren lässt: zum einen der Fall einer Gruppe von Soldaten, die gemeinsam einen Bauernhof plündern, wobei einer der Soldaten die Bewohner des Hofes mit vorgehaltener Waffe in Schach halten soll, während die anderen die Wertgegenstände und landwirtschaftlichen Erzeugnisse auf einen LKW verladen.²⁹ Für die Bewertung der Rolle des „Wachmannes“ als Mittäter ist es unerheblich, ob seine Kameraden die Kontrolle über das Geschehen auch dann behalten könnten, wenn er es sich plötzlich anders überlegen und den Hof verlassen würde. Entscheidend ist vielmehr, dass die ursprünglich vorgesehene, arbeitsteilige Begehung gescheitert wäre, und die übrigen Soldaten nun einen neuen Wachmann wählen müssten. Ein anderes denkbare Beispiel ist das eines Artillerieverbandes, der ein unverteidigtes Dorf bombardiert.³⁰ Auch hier ist es völlig irrelevant, ob die Geschütze das Dorf auch treffen würden, wenn der Beobachtungsposten per Funk keine oder falsche Koordinaten durchgeben würde. Die Tatsache, dass ein Treffer nun mehr oder weniger vom Zufall abhinge, reicht aus, um den Beobachtungsposten als Mittäter zu qualifizieren.

Untersucht man diese beiden Fälle genauer, zeigt sich jedoch auch die größte Schwäche von *Roxins* Theorie: namentlich die Frage, *ab wann genau* ein Tatplan als gescheitert gilt. Im Hinblick auf den Soldaten, der die Hofbewohner mit seiner Waffe bedroht, ist seine Qualifikation als Mittäter noch relativ eindeutig. Wie aber ist es mit seinem Kameraden, der am Steuer des LKW sitzt? Ist der Plan schon ein anderer, wenn sich an seiner Statt ein anderer hinter das Lenkrad setzen müsste, um die Beute abzutransportieren? Oder ist seine

Rolle für den Gesamtplan vergleichsweise unwichtig, er also nur ein Gehilfe? An dieser Stelle endet die starre und abstrakte Dogmatik und beginnt das richterliche Ermessen, wie auch *Roxin* zugibt.³¹ Sein Vorschlag, der Tatbeitrag müsse „wesentlich“ sein, um funktionale Tatherrschaft zu begründen, löst das Problem nicht, sondern ersetzt lediglich einen unbestimmten Begriff (den des „gescheiterten“ Tatplans) durch einen anderen (den des „wesentlichen“ Tatbeitrags).

3. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Eine andere wichtige Fallgruppe ist die mittelbare Täterschaft, im völkerstrafrechtlichen Zusammenhang insbesondere die der mittelbaren Täterschaft kraft „Organisationsherrschaft“. Diese Zurechnungsfigur wurde von *Roxin* in den 1960er Jahren unter dem Eindruck des Eichmann-Prozesses in Jerusalem entwickelt.³² Mit ihr versuchte *Roxin*, das vom Jerusalemer Gericht geprägte Paradoxon von der „Verantwortung, die zunimmt, je weiter man sich von der Person entfernt, die das Mordinstrument in Händen hält“,³³ also die immense moralische Verantwortung von politischen und militärischen Führungspersonen, in rechtliche Kategorien und in seine Tatherrschaftslehre zu übersetzen. Die Theorie geht von der Annahme aus, dass bestimmte organisatorische Machtstrukturen von ihren Vorgesetzten wie Werkzeuge für die Begehung von Verbrechen eingesetzt werden können. Diese Organisationen ermöglichen eine gleichsam „automatische“ Ausführung rechtswidriger Befehle und Weisungen, unabhängig von der konkreten Person des Ausführenden und unabhängig von dessen eigener strafrechtlicher Verantwortlichkeit.³⁴ Um eine solche „Organisationsherrschaft“ ihrer Vorgesetzten zu begründen, muss die Organisation laut *Roxin* drei Merkmale erfüllen: Sie muss (1) eine strenge hierarchische Struktur besitzen, ihre Mitglieder müssen (2) im Falle der Nichtbefolgung von Befehlen und Weisungen einfach zu ersetzen sein (sogenannte „Fungibilität“), und die Organisation muss sich (3) als Ganzes „vom Recht gelöst“ haben, so dass ihre Mitglieder nicht mit einer strafrechtlichen Verfolgung für ihre Taten zu rechnen brauchen.³⁵ Schon an diesen Kriterien lässt sich erkennen, dass Vorbild für *Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft vor allem die Gestapo und andere staatliche Terrorinstrumente Nazideutschlands waren. Sein Ansatz ist mehr empirisch denn normativ, weshalb die genauen Kriterien, wie Kritiker zu Recht einwenden, durchaus nicht ganz von einem Element der Willkür freigesprochen werden können.³⁶

²⁶ *Roxin* (Fn. 7), S. 122.

²⁷ Von *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1954, S. 504, stammt die Metapher vom Täter, der das Geschehen „in den Händen hält“ und in der Lage ist, dieses jederzeit anzuhalten, wenn er möchte; *Küper*, JZ 1979, 775 (779), sieht diese negative „Hemmungsmacht“ des Mittäters als zentralen Aspekt der Tatherrschaft, während *Roxin* eher die positiven, konstruktiven Fähigkeiten des Mittäters in Bezug auf die Tat hervorhebt.

²⁸ *Roxin* (Fn. 7), S. 279.

²⁹ Ein Kriegsverbrechen gem. Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xvi und lit. d sublit. v IStGH-Statut.

³⁰ Artikel 8 Abs. 2 lit. b sublit. v IStGH-Statut; Beispiel entnommen aus *Olásolo/Perez*, International Criminal Law Review 4 (2004), 475 (499).

³¹ *Roxin* (Fn. 7), S. 283.

³² *Roxin*, GA 1963, 193; siehe auch *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 191 (192).

³³ Bezirksgericht Jerusalem, Urt. v. 11.12.1961 – 40/61 (Eichmann), Rn. 197.

³⁴ *Roxin* (Fn. 7), S. 245.

³⁵ *Roxin* (Fn. 7), S. 245-252.

³⁶ *Weigend*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91 (101); *Radtke*, GA 2006, 350 (354 f.).

4. Rezeption der Tatherrschaftslehre in Schrifttum und Rechtsprechung

Die Tatherrschaftslehre hat sich im Schrifttum weitgehend durchgesetzt, wenn auch in vielfältigen Schattierungen und mit mehr oder weniger bedeutenden Abweichungen.³⁷ Uneinigkeit besteht beispielsweise in der Frage, ob nur solche Personen als Mittäter in Frage kommen, die sich zur Tatzeit am Tatort befinden oder ob ein „Weniger“ bei der Tatausführung durch ein „Mehr“ bei der Tatvorbereitung ausgeglichen werden kann.³⁸ Ein weiterer Streitpunkt sind die genauen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft. So ersetzt beispielsweise *Schroeder Roxins* Merkmal der „Fungibilität“ durch die unbedingte Tatentschlossenheit des ausführenden Vordermanns.³⁹ Schließlich ergeben sich unzählige weitere Verästelungen daraus, dass die Tatherrschaftslehre als solche nicht ohne weiteres auf Fahrlässigkeits-, Sonder- und Unterlassungsdelikte anwendbar ist.⁴⁰

Auf die Rechtsprechung übte die Tatherrschaft ihren Einfluss zunächst vor allem im Bereich der mittelbaren Täterschaft aus. Nachdem der BGH bereits im „Katzenkönigfall“ die Figur des „Täters hinter dem Täter“ erstmals angewandt hatte,⁴¹ adoptierte er schließlich in den 1990er Jahren die Figur der Organisationsherrschaft zumindest terminologisch in den auch international für Aufsehen sorgenden „Mauer schützenfällen“. Die genauen Voraussetzungen wichen jedoch deutlich von denen *Roxins* ab und stellten einen viel breiteren Standard dar, der in der Folge auf alle möglichen Organisationsstrukturen, Wirtschaftsunternehmen eingeschlossen, ange-

wandt wurde.⁴² Im Bereich der Mittäterschaft wiederum wählt der BGH zumeist einen flexiblen gemischt subjektiv-objektiven Ansatz, in den er den Begriff der Tatherrschaft jedoch immerhin als einen abzuwägenden Faktor einflechtet.⁴³ Ferner neigt der BGH dazu, auch solche Personen als Mittäter zu kategorisieren, die lediglich im Vorbereitungsstadium der Tat in Erscheinung treten.⁴⁴

5. Kritik an der Tatherrschaftslehre

Trotz ihrer weiten Verbreitung im Schrifttum hat die Tatherrschaftslehre auch Ablehnung erfahren. So bemängeln Kritiker, dass es der Theorie mit ihrem schon erwähnten deskriptiven und kasuistischen Ansatz nicht gelungen sei, die verschiedenen Formen der Täterschaft auf ein gemeinsames dogmatisches Fundament zu stellen und eine klare, abstrakte und widerspruchsfreie Grenze zur Teilnahme zu ziehen.⁴⁵ Dabei wurden von verschiedenen Autoren durchaus Versuche einer solchen eindeutigen Grenzziehung unternommen: so begründet beispielsweise *Renzikowski* die Täterqualität nach dem Autonomieprinzip damit, dass Täter sei, wer zu der unendlichen Ursachenkette die letzte autonome Handlung beitrage.⁴⁶ Die Konstruktion eines „Täters hinter dem Täter“, wie sie der Organisationsherrschaft zugrunde liegt, schließt diese Argumentation jedoch gerade aus.⁴⁷ Ferner wird *Renzikowski* entgegengehalten, dass eine Abgrenzung nach dem Autonomieprinzip schon bei der wechselseitigen Zurechnung autonomer Tatbeiträge bei der Mittäterschaft an ihre Grenzen stoße.⁴⁸

Eine andere Strömung unterscheidet zwischen Tätern und Teilnehmern anhand eines eher „quantitativen“⁴⁹ Maßstabes, nämlich der größeren Gefahr, die von einem Täter im Gegensatz zum Teilnehmer ausgehe.⁵⁰ *Herzberg* widerlegt diesen

³⁷ Die Vielfalt dieser Variationen lässt sich schon anhand der Vielfalt der Begrifflichkeiten illustrieren, darunter „Gestaltungsherrschaft“ (*Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 77 ff.), „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ (*Schünemann* [Fn. 25], § 25 Rn. 39), „Entscheidungsherrschaft“ (*Heinrich*, Rechtszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002) und „personale Tatherrschaft“ (*Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993), um nur einige zu nennen. Um den Rahmen dieses Aufsatzes nicht zu sprengen und weil die Kammern des IStGH bislang in den Fußnoten vor allem auf *Roxin* verwiesen, soll die vorliegende Untersuchung sich in erster Linie auf die Tatherrschaftslehre in der Interpretation *Roxins* konzentrieren.

³⁸ Gegen eine Mittäterschaft *Rudolphi*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 369; dafür *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 680, und *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/47; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 25 Rn. 200, verlangt zumindest einen kommunikativen Kontakt zu den ausführenden Mittätern am Tatort, beispielsweise per Funk oder Telefon.

³⁹ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143 ff.; s.a. *Ambos*, GA 1998, 226 (227-231) mit einer Auflistung weiterer Varianten der Lehre von der Organisationsherrschaft.

⁴⁰ S. hierzu ausführlich *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 39 ff.

⁴¹ BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88.

⁴² BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98-94, sowie in der Folge z.B. BGH, Urt. v. 6.6.1997 – 2 StR 339/96; siehe auch *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 207 (210); Kritisch: *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 25 Rn. 41 f., sowie *Rotsch*, NStZ 1998, 491.

⁴³ BGH, Urt. v. 25.3.1981 – 2 StR 130/81; BGH, Urt. v. 25.3.1982 – 1 StR 534/81; BGH, Urt. v. 16.10.1990 – 4 StR 414/90; BGH, Urt. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90; BGH, Urt. v. 3.11.1993 – 2 StR 321/93; BGH, Urt. v. 8.7.1997 – 5 StR 170/97; BGH, Urt. v. 10.11.2004 – 5 StR 403/04.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 18.1.1994 – 1 StR 769/93; BGH, Urt. v. 15.2.1995 – 2 StR 482/94; BGH, Urt. v. 7.5.1996 – 1 StR 168/96; BGH, Urt. v. 15.7.1999 – 5 StR 155/99.

⁴⁵ *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 23; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 296; *Marlie*, Unrecht und Beteiligung, 2009, S. 47.

⁴⁶ *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, 1997, S. 73.

⁴⁷ *Renzikowski* (Fn. 46), S. 74.

⁴⁸ *Kindhäuser*, in: Bohnert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, S. 627 (S. 644).

⁴⁹ *Haas* (Fn. 45), S. 25.

⁵⁰ So etwa schon *Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 85; *Roxin* argumentiert ähnlich mit der hohen Wahrscheinlichkeit der Tat-

rein faktischen Ansatz mit dem einleuchtenden Beispiel eines Profikillers, der, obwohl lediglich angestiftet, oftmals eine größere Erfolgswahrscheinlichkeit verspreche als so mancher durch Täuschung in mittelbarer Täterschaft „beherrschte“ Vordermann.⁵¹

Eine bedeutende Fraktion innerhalb der Tatherrschaftslehre betont schließlich die „Handlungsherrschaft“ des Täters als Grundtypus und Kern der Täterschaft.⁵² Doch auch hier erkennen Kritiker Widersprüche zwischen den einzelnen Täterschaftsformen. So schreibt *Rotsch*, dass es insbesondere im Rahmen der Organisationsherrschaft an jeglichem Bezug des Täterverhaltens zur tatbestandsmäßigen Handlung fehle. Dadurch, dass zwischen der Handlung des Hintermannes und dem Eintritt des Erfolges eine beliebige Anzahl von Tatmittlern zwischengeschaltet sein könne, werde „die Handlung des Hintermannes vollständig von der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung entkoppelt“.⁵³

Die meisten Befürworter der Tatherrschaftslehre, *Roxin* eingeschlossen, bestreiten denn auch nicht das Fehlen eines universalen „Schlüssels“, der die Teilnahme eindeutig von der Täterschaft trenne⁵⁴ und akzeptieren schlicht den dadurch notwendigerweise normativ-phänomenologischen Charakter der Tatherrschaftslehre.⁵⁵ Demgegenüber sieht die extreme Gegenmeinung die von ihr behauptete praktische Unmöglichkeit einer einheitlichen und homogenen Beteiligungsformenlehre als schlagendes Argument wenn schon nicht für die Einheitstäterschaft im klassischen Sinne, so zumindest gegen jegliche differenzierende Beteiligungsformenlehre an.⁵⁶

IV. Die Übernahme der Tatherrschaftslehre durch den Internationalen Strafgerichtshof

Die erste ausführliche Auseinandersetzung einer Kammer des IStGH mit der Tatherrschaftslehre findet sich in der „Confirmation Decision“ des Lubanga-Falls aus dem Jahr 2007.⁵⁷ In der Argumentation der Vorverfahrenskammer ergeben sich dabei auffallende Parallelen zu der oben erwähnten vermittelnden Rolle, die *Roxins* Lehre ursprünglich zwischen der „animus-Theorie“ und den formal-objektiven Theorien im deutschen Strafrecht einnahm. Ausgehend von der Prämisse, dass das IStGH-Statut ein zwischen Tätern und Teilnehmern differenzierendes Beteiligungssystem statuiert, lehnte die Vor-

verfahrenskammer zunächst extrem subjektive und extrem objektive Ansätze als mit dem Wortlaut des Statuts unvereinbar ab. Hierbei identifizierte sie JCE als extrem subjektive Ansicht.⁵⁸ Als vorzugswürdigen Mittelweg wählten die Richter daraufhin die Tatherrschaftslehre, „wie sie in zahlreichen nationalen Strafrechtssystemen Anwendung findet“.⁵⁹

1. Mittäterschaft und das Konzept der funktionalen Tatherrschaft

a) Allgemeine Voraussetzungen

Die Anklage beschuldigte Thomas Lubanga Dyilo der mittäter-schaftlichen „Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen“ und ihrer „Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“. Für die in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut genannte Beteiligungsform der Mittäterschaft oder „perpetration jointly with another person“ stellte die erste Vorverfahrenskammer in der erwähnten „Confirmation Decision“ fünf Voraussetzungen auf, die so weitgehend auch im späteren Urteil von der Mehrheit der Verfahrenskammer übernommen wurden: Im objektiven Tatbestand (1) das Bestehen eines gemeinsamen Tatplanes und (2) einen wesentlichen Tatbeitrag („essential contribution“) sowie im subjektiven Tatbestand (3) das Bewusstsein über die Wesentlichkeit des Tatbeitrags, (4) das Vorliegen aller objektiven Tatbestandsmerkmale der fraglichen Straftat und (5) die Kenntnis des gemeinsamen Tatplans.⁶⁰

b) Objektive Voraussetzungen und Tatbeitrag

Den Begriff des „wesentlichen“ Tatbeitrags („coordinated and essential contribution“) verstanden die Kammern ganz ähnlich wie im obigen Überblick über *Roxins* Theorie herausgearbeitet: Der Angeklagte sei dann als Mittäter zu qualifizieren, wenn die ihm zugedachte Rolle so zentral ist, dass seine Nichtmitwirkung den gemeinsamen Plan zum Scheitern brächte.⁶¹ Darüber hinaus erkannten sie aber, gewissermaßen im Einklang mit dem BGH, dass auch Personen, die lediglich Vorbereitungshandlungen vornehmen, Mittäter sein können.⁶²

Der Angeklagte Thomas Lubanga Dyilo ist in der Tat ein klassisches Beispiel für einen Mittäter, der im Hintergrund

ausführung, die die Organisationsherrschaft auszeichne, siehe *ders.*, ZIS 2006, 293 (296).

⁵¹ *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder un- verboten handelndem Werkzeug, 1967, S. 42; s.a. *Rotsch*, NSStZ 2005, 13 (14), mit einem ähnlichen Beispiel im Zusammenhang mit der Lehre von der Organisationsherrschaft.

⁵² *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 39.

⁵³ *Rotsch*, NSStZ 2005, 13 (16).

⁵⁴ *Roxin* (Fn. 7), S. 283; *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 38.

⁵⁵ *Heine* (Fn. 23), Vor § 25 Rn. 64.

⁵⁶ So etwa *Rotsch* (Fn. 45); *Marlie* (Fn. 45); Im völkerstrafrechtlichen Kontext siehe auch den kürzlich erschienen Aufsatz von *Stewart*, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 165.

⁵⁷ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga).

⁵⁸ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 329.

⁵⁹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 330.

⁶⁰ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 343-346, 349-367; IStGH (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1018.

⁶¹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 347; IStGH (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1000.

⁶² IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 330; IStGH (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1003.

und vom eigentlichen Tatort entfernt die Fäden zieht. Als Präsident der Rebellengruppe UPC („Union des Patriotes Congolais“) und Kommandant ihres militärischen Arms, der FPLC („Forces patriotiques pour la libération du Congo“), nahm er die Rekrutierungen von Kindersoldaten nicht persönlich vor. Diese Aufgabe war anderen, niederrangigeren Mitgliedern der Gruppe überlassen. Die Richter sahen es jedoch als erwiesen an, dass Thomas Lubanga Dyilo wesentlich an der Planung und Organisation der Rekrutierung beteiligt war und somit in dem gesamten Prozess eine „Schlüsselrolle“ innehatte.⁶³

In seinem Sondervotum kritisiert Richter *Fulford* diesen „Wesentlichkeitsmaßstab“. Seiner Ansicht nach führe die darin enthaltene Frage, ob die Tat auch ohne den Beitrag des Angeklagten begangen worden wäre, zu unnötigen, unrealistischen und gekünstelten Gedankenspielen.⁶⁴ Jedoch scheint diese Kritik einem Missverständnis des Wesentlichkeitsmaßstabs zu entspringen. Wie oben im Rahmen der Darstellung von *Roxins* Konzept der funktionellen Tatherrschaft gezeigt, ist es gerade nicht erforderlich, dass die Tat ohne den Beitrag des Angeklagten *in keinem Fall* geschehen wäre, sondern lediglich, dass die Mittäter von ihrem Tatplan in wesentlicher Weise hätten abweichen müssen, was das Ausmaß hypothetischer Spekulation erheblich reduziert.

c) Die Anforderungen an den Tatplan

In Bezug auf den Tatplan ist umstritten, ob er ausdrücklich auf die Begehung eines Verbrechens gerichtet sein muss, oder ob es ausreicht, wenn er nur ein „gewisses kriminelles Element“ enthält. Die Verfahrenskammer befürwortet letzteres: Demnach müsse der Plan lediglich ein „ausreichendes Risiko“ entfalten, dass im „gewöhnlichen Fortlauf der Dinge“ ein Verbrechen begangen wird.⁶⁵ Auf der subjektiven Tateseite sei es genug, wenn der Angeklagte sich dieses „ausreichenden Risikos“ bewusst ist.⁶⁶ Hiermit lehnt die Kammer zwar die ursprüngliche Ansicht der Vorverfahrenskammer ab, die auch ein „geringes Risiko“ ausreichen ließ, sofern der Angeklagte dieses nur billigend in Kauf nahm;⁶⁷ dennoch ergibt sich insgesamt ein sehr breites Verständnis des gemeinsamen Tatplans.

Diese Aussage der Verfahrenskammer wurde in der Folge scharf kritisiert, unter anderem weil sie Konnotationen mit der oben erwähnten „erweiterten“ Variante von JCE hervorruft. *Schabas* illustriert dies anhand des Beispiels einer bewaffneten Gruppe, die versucht, die Regierung ihres Staates mit Waffengewalt zu stürzen. Für sich genommen ist ein solches Vorhaben kein völkerrechtliches Verbrechen. Nimmt man aber nun an, dass Kriegsverbrechen eine „gewöhnliche Folge“

einer jeden bewaffneten Auseinandersetzung sind, würden, nimmt man die Formulierung der Verfahrenskammer in der Lubanga-Entscheidung beim Wort, die Initiatoren dieses eigentlich legalen Staatsstreichs automatisch völkerstrafrechtlich für etwaige Kriegsverbrechen haften, sollten diese im Verlaufe des Konfliktes von einem Mitglied ihrer bewaffneten Gruppe begangen werden.⁶⁸

Um ihre weite Konzeption des Tatplans zu untermauern, beruft sich die Verfahrenskammer auf Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut. Diese Norm behandelt die subjektive Tateseite und bestimmt, dass eine Person vorsätzlich handelt, wenn sie einen „Erfolg herbeiführen will oder ihr bewusst ist, dass dieser im gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse eintreten wird.“⁶⁹ Jedoch findet sich der umstrittene Begriff des „Risikos“ dort gerade nicht. Auch ist das weite Verständnis des Tatplans nicht mit der Tatherrschaftslehre vereinbar, verlangt diese doch eine recht enge Beziehung des Mittäters zum tatbestandlichen Erfolg. Dass Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* den Irrweg der Verfahrenskammer als Argument zu ihrer Fundamentalkritik an *Roxins* Zurechnungslehre nutzen, ist also unberechtigt.⁷⁰

Woher aber kommt dann die weite „Risikoformel“ der Verfahrenskammer? Zur Beantwortung dieser Frage lohnt sich ein Blick zurück zur „Confirmation Decision“ sowie auf das konkrete Verbrechen, dessen der Angeklagte hier beschuldigt wurde. Die „Elements of Crimes“ (EoC) des IStGH-Statuts,⁷¹ die so etwas wie einen offiziellen Kommentar des Statuts darstellen, verlangen für die Zwangsverpflichtung, Eingliederung und den Einsatz von Kindersoldaten lediglich Fahrlässigkeit.⁷² Grund hierfür ist, dass Rekrutierungskampagnen in Entwicklungsländern oft schlicht ohne Rücksicht auf das meist ohnehin schwer feststellbare Alter der Rekruten durchgeführt werden.⁷³ Dieser Fahrlässigkeitsmaßstab hielt die Vorverfahrenskammer jedoch nicht davon ab, im Falle von

⁶³ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1272.

⁶⁴ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 17.

⁶⁵ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 984.

⁶⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1013.

⁶⁷ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 353.

⁶⁸ Schabas, Charles Taylor Judgment Suggests a More Modest Level of Participation in the Sierra Leone Conflict, auf:

<http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2012/04/charles-taylor-judgment-suggests-more.html>

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013); Krit. auch *Ambos*, ZIS 2012, 313 (329); *Liefländer*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 1 (2012), 191 (205).

⁶⁹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 985.

⁷⁰ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 15; IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 31 ff.

⁷¹ ICC-ASP/1/3, online abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013).

⁷² Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxvi und Abs. 2 lit. e sublit. vii Elements of Crimes.

⁷³ *Garraway*, in: Lee (Hrsg.), The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, S. 207.

Mittäterschaft dennoch vorsätzliches Handeln aller Mittäter zu verlangen.⁷⁴ Sie wählte dabei aber die besagte weite Formulierung des „ausreichenden Risikos“ in der Annahme, dass Art. 30 IStGH-Statut auch die geringe, der Fahrlässigkeit verwandte Vorsatzform des *dolus eventualis* enthalte. In der Zeit zwischen der „Confirmation Decision“ und dem Urteil wurde diese Auslegung des Art. 30 IStGH-Statut jedoch überzeugend von der zweiten Vorverfahrenskammer in einem anderen Fall widerlegt, die erkannte, dass die Norm lediglich *dolus directus*, also Absicht und Wissentlichkeit, als Vorsatzformen einschließt.⁷⁵ In Bezug auf den Lubanga-Fall bedeutete dieser Wegfall des Eventualvorsatzes, dass Thomas Lubanga Dyilo nun nicht mehr lediglich nachgewiesen werden musste, billigend in Kauf genommen zu haben, dass unter seinen Rekruten auch Kinder unter fünfzehn Jahren waren, sondern dass er vielmehr absichtlich oder wissentlich (auch) Kinder rekrutierte. Die Verfahrenskammer mag deshalb durch die Beibehaltung der „Risikoformel“, obwohl sie sich im Ergebnis der Ablehnung des *dolus eventualis* anschloss,⁷⁶ unbewusst versucht haben, den nun im Vergleich zur „Confirmation Decision“ „enger“ gewordenen Weg der Mittäterschaft ein Stück weit offen zu halten. Vielleicht wäre daher im Hinblick auf den strengen Vorsatzmaßstab des IStGH-Statuts eine Anklage wegen des fahrlässigen Einsatzes von Kindersoldaten in Alleintäterschaft von Beginn an angebracht gewesen.⁷⁷

2. Mittelbare Täterschaft und das Konzept der Organisationsherrschaft

a) Katanga/Ngudjolo und die mittelbare Mittäterschaft

Gegenstand der Fälle um Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui ist der Angriff mehrerer bewaffneter Gruppen auf das kongolesische Dorf Bogoro am 24.2.2003. Den Angeklagten, mutmaßlich Kommandanten zweier an dem Überfall beteiligter Milizen, wird vorgeworfen, für die Begehung diverser Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von den angreifenden Kämpfern an der Zivilbevölkerung begangen wurden, verantwortlich zu sein. Während Germain Katanga weiterhin auf sein Urteil wartet, wurde

⁷⁴ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 365.

⁷⁵ IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Bemba), Rn. 360; zust. *Ambos*, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 715 (718); *Schabas*, The International Criminal Court, 2010, S. 476; *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 309; *Clark*, Criminal Law Forum 19 (2008), 519 (525); a.A.: *Badar*, New Criminal Law Review 12 (2006), 293.

⁷⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1010 ff.

⁷⁷ Thomas Lubanga Dyilo setzte laut der Verfahrenskammer Kinder als Mitglieder seiner Leibwache ein, siehe IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1260; dies fällt auch unter den Begriff des „Einsatzes“ von Kindersoldaten, vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 263.

Mathieu Ngudjolo Chui am 18.12.2012 von der Verfahrenskammer freigesprochen.⁷⁸ Die Anklage hat Berufung eingelegt.

Die Angeklagten wurden konkret beschuldigt, die Begehung der Verbrechen durch ihre Untergebenen geplant und befohlen zu haben. Laut Anklage waren sie dabei auf gegenseitige Zusammenarbeit angewiesen, weil ihre jeweiligen Kämpfer Befehle ausschließlich von Kommandanten der eigenen Volksgruppe befolgten.⁷⁹

Im September 2008 entschied die erste Vorverfahrenskammer, dass eine Kombination aus Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft („indirect co-perpetration“) dieser Konstellation am ehesten gerecht würde, und berief sich abermals auf die Tatherrschaftslehre, genauer gesagt auf *Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft.⁸⁰

b) Abweichungen von *Roxins* Modell

Im Einklang mit *Roxin* verlangten die Richter der Vorverfahrenskammer eine strenge hierarchische Struktur, in der der Angeklagte eine effektive Machtposition besitzt.⁸¹ Anders als ihr Vorbild verzichtete die Kammer jedoch auf das Erfordernis der „Rechtsgelöstheit“. Zudem bedürfe es nach Ansicht der Vorverfahrenskammer im Falle von zahlenmäßig eher kleinen Organisationen nicht unbedingt einer einfachen Austauschbarkeit oder „Fungibilität“ der Untergebenen. Stattdessen könne eine praktisch automatische Befolgung der Befehle auch durch „intensive, strikte und brutale Trainingsmethoden“ gewährleistet werden.

Um diese Abweichungen von *Roxins* „Standardmodell“ verstehen und bewerten zu können, ist es hilfreich, sich die obige These in Erinnerung zu rufen, nach der sich die Lehre von der Organisationsherrschaft vor allem durch ihren empirischen Charakter auszeichnet.⁸² *Roxins* Idee von einer Organisation, die als „Werkzeug“ ihrer Vorgesetzten funktioniert, basierte auf seinen Erfahrungen mit den riesigen und bürokratisch durchorganisierten staatlichen Machtinstrumenten Nazi-Deutschlands. Unter dieser Prämisse erscheinen die Modifikationen der Vorverfahrenskammer gleichsam als „Übersetzung“ von *Roxins* Modell auf die tatsächlichen Verhältnisse im kongolesischen Bürgerkrieg. So könnte man beispielsweise im Hinblick auf das von der Verfahrenskammer ausgelassene Merkmal der „Rechtsgelöstheit“ argumentieren, dass es einer ausdrücklichen Straffreiheit für die Mitglieder der bewaffneten Gruppen schon deshalb nicht bedarf, weil eine effektive staatliche Strafverfolgung in den entlegenen Gebieten im Osten der Demokratischen Republik Kongo faktisch gar nicht existiert. Ähnlich verhält es sich mit den brutalen Trainingsmethoden, die, insbesondere wenn sie auf Minderjährige angewen-

⁷⁸ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3 (Ngudjolo).

⁷⁹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 493, 519.

⁸⁰ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 491.

⁸¹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 512 f.

⁸² Siehe oben III. 3.

det werden, durchaus in einer unbedingten Bereitschaft, auch verbrecherische Befehle auszuführen, resultieren können.⁸³

Ob diese Modifikationen der Lehre von der Organisationsherrschaft in den mehrheitlich von chaotischen Bürgerkriegszuständen geprägten Fällen, die derzeit beim IStGH anhängig sind, zu zufriedenstellenden Ergebnissen führen werden, bleibt abzuwarten. Auch gibt es innerhalb des Gerichtshofs interessante Abweichungen in dieser Frage. So entschied die zweite Vorverfahrenskammer kürzlich in einem der Kenya-Fälle, dass die Organisationsherrschaft eines der Angeklagten auch auf einem simplen System von Belohnung und Strafe fußen könne.⁸⁴ Alles in allem kann an dieser Stelle Richterin *van den Wyngaert* zugestimmt werden, die in ihrem Sondervotum zum Ngudjolo-Urteil erkennt, dass die Beurteilung von verbrecherischen Machtstrukturen keinen allzu starren Regeln unterworfen werden darf, sondern jeweils einer Anpassung an den konkreten Fall bedarf (wenngleich sie dies unter der Prämisse äußert, dass die Lehre von der Organisationsherrschaft insgesamt abzulehnen ist, dazu näher unten).⁸⁵

V. Die Kritik von Richter Fulford und Richterin van den Wyngaert an der Übernahme der Tatherrschaftslehre durch den IStGH

Nachdem in den vorangegangenen Teilen dieses Aufsatzes sowohl die Ursprünge der Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht als auch ihre bisherige Anwendung vor dem IStGH gründlich durchleuchtet wurden, ist es nun an der Zeit, sich der Kritik zuzuwenden, die die Anwendung dieses Zurechnungsmodells von der Richterbank erfahren hat. Konkret sollen hier die Sondervoten der Richter *Fulford* und *van den Wyngaert*, die die Tatherrschaftslehre mehr oder weniger einmütig aus zwei fundamentalen Überlegungen ablehnen, untersucht werden. Zum einen sind die Richter der Ansicht, dass Art. 25 IStGH-Statut keine klare Differenzierung zwischen den dort genannten Beteiligungsformen verlangt. Zum anderen lehnen sie die Adoption nationaler Zurechnungslehren prinzipiell ab und vertreten vielmehr einen „rein am Wortlaut orientierten“ Ansatz.

1. Einheitstäterschaft oder Differenzierendes Beteiligungs-system

Wie bereits zuvor erwähnt, gehen die Kammern des IStGH bei ihrer Anwendung der Tatherrschaftslehre von der Prämisse aus, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut mit seinen sechs Unter-

absätzen ein differenziertes, hierarchisch aufgebautes Beteiligungssystem statuiert. An der Spitze dieser Pyramide stünden hierbei die in Unterabsatz a genannte Allein-, Mit- und mittelbare Täterschaft, gefolgt von verschiedenen Anstiftungs- und Beihilfeformen in den Unterabsätzen b und c. Ganz am Ende der Skala fände sich schließlich der Auffangtatbestand der Beteiligung an einem kollektiven verbrecherischen Unternehmen „auf sonstige Weise“ in Unterabsatz d.⁸⁶

Diese Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut wird sowohl von Richter *Fulford* als auch von Richterin *van den Wyngaert* radikal abgelehnt. Nach ihrer Ansicht dient die ausführliche Auflistung in den Unterabsätzen a bis d lediglich dazu, alle Eventualitäten abzudecken und alle denkbaren Beteiligungsformen mit Strafbarkeit zu belegen. Die Bedeutungen der einzelnen Begriffe überlagerten sich dabei teilweise gegenseitig, und es bestehe keine eindeutige Rangfolge zwischen ihnen. So sei beispielsweise das Befehlen oder Erbitten eines Verbrechens sowie das Überreden dazu („ordering, soliciting or inducing“) in Unterabsatz b keineswegs weniger schwerwiegend als die Begehung „durch eine andere Person“, also die mittelbare Täterschaft, in Unterabsatz a.⁸⁷ Als Hauptargument der beiden Richter dient dabei der „schlichte Wortlaut“ des Statuts.⁸⁸

Diese Argumentation ist nicht unproblematisch. Wie Richterin *van den Wyngaert* in ihrem Sondervotum erkennt, handelt es sich bei Begriffen wie „Begehung“, „Mittäterschaft“ und anderen um juristische Fachtermini, die in jedem nationalen Rechtssystem eine andere Bedeutung haben (man denke hierbei nur an die Unterschiede zwischen Common und Civil Law).⁸⁹ Leider zieht sie aus dieser Erkenntnis nicht die richtigen Konsequenzen. So verdeutlicht diese Vielfalt der möglichen Bedeutungen doch die ganz offensichtliche Schwierigkeit, aus dem bloßen Wortlaut des Art. 25 IStGH-Statut, der in Verhandlungen zwischen nationalen Delegationen mit ganz

⁸³ In der Tat erwähnt die Vorverfahrenskammer das „intensive, strikte und brutale Training“ insbesondere im Zusammenhang mit Kindersoldaten, vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 518; siehe auch *Manacorda/Meloni*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 159 (172); allgemein zur Möglichkeit der „Anpassung“ der Lehre von der Organisationsherrschaft an wechselnde Gegebenheiten auch *Jain*, Chicago Journal of International Law 12 (2011), 159 (195).

⁸⁴ IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 320 ff.

⁸⁵ Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 55.

⁸⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 996; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465-Red (Mbarushimana), Rn. 279; IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354.

⁸⁷ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 8; siehe auch IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 24.

⁸⁸ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 13; IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 8.

⁸⁹ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 12; Siehe auch *Jain*, Chicago Journal of International Law 12 (2011), 159 (199).

unterschiedlichen rechtlichen Hintergründen entstanden ist,⁹⁰ allzu weitgehende Schlussfolgerungen zu ziehen. Mit anderen Worten: Wenn schon keine grundsätzliche Einigkeit darüber besteht, was genau unter „ordering“ und „committing“ zu verstehen ist,⁹¹ wie soll sich dann alleine anhand dieses Wortlautes feststellen lassen, dass sich beide Begriffe inhaltlich überlagern?⁹² Hier zeigen sich Merkmale eines Zirkelschlusses, bei dem den „leeren Worthüllen“ von vornherein schon Bedeutungen eingepflanzt werden, um diese danach als Auslegungsergebnis zu präsentieren. Vielmehr wäre der umgekehrte Weg zu beschreiten, nämlich die Frage zu stellen, ob und inwiefern sich die verschiedenen Beteiligungsformen nach der Gesamtkonzeption des Statuts voneinander unterscheiden sollen.

Als erster Schritt auf diesem Weg bietet sich ein direkter Vergleich des IStGH-Statuts mit den Statuten anderer internationaler Tribunale an. So listet beispielsweise Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut die verschiedenen Beteiligungsformen weitaus weniger differenziert in nur einem Absatz auf. Für einige Vertreter des Schrifttums ist dies ein *argumentum a fortiori* dafür, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut ein mehrstufiges Modell vorsieht: Wenn nämlich schon eine vergleichsweise undifferenzierte Norm wie Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut vor dem Jugoslawien-Strafgerichtshof ein dualistisches Beteiligungssystem etablieren konnte, so müsse dies doch vor dem IStGH erst recht für die viel feingliedrigere Vorschrift des Art. 25 IStGH-Statut gelten.⁹³ Dieser Vergleich ist durchaus zulässig: Auch wenn Art. 21 IStGH-Statut grundsätzlich eine unabhängige Interpretation der Vorschriften des Römischen Statuts fordert, wäre es doch gekünstelt, das Statut gleichsam in einem historischen Vakuum zu denken, dass völlig unbeeinflusst von den Statuten anderer internationaler Tribunale entstanden wäre.⁹⁴

Doch auch Richter *Fulford*, trotz seiner Rufe nach einer unabhängigen, rein am Wortlaut orientierten Auslegung, bemüht einen internationalen Vergleich des IStGH-Statuts, um seine Einheitslösung zu untermauern. So enthalte das Statut, ganz im Gegensatz etwa zum deutschen Strafgesetzbuch,

gerade keine strikt an der Beteiligungsform orientierten Strafzumessungsregeln, weshalb eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Beteiligungsformen eine rein akademische Übung ohne jede praktische Relevanz sei.⁹⁵ Ein ähnliches Argument bringt *Stewart* in einem fast zeitgleich mit dem Lubanga-Urteil erschienenen Aufsatz vor: Seiner Ansicht nach sorgen verschiedene Beteiligungsformen, sofern sie keine ausdrücklichen Rechtsfolgen nach sich ziehen, lediglich für unnötige Komplikationen und dogmatische Ungereimtheiten.⁹⁶ Argumente wie diese münden letztlich in einer Diskussion über die Vor- und Nachteile der Einheitstäterschaft. Hier haben jedoch freilich auch deren Gegner einiges vorzubringen, wie etwa die Vorzüge von „fair labelling“⁹⁷ und die Überlegung, dass eine Einteilung in verschieden schwerwiegende Beteiligungsformen auch abseits strikter Strafzumessungsregeln eine durchaus wünschenswerte Einschränkung allzu großen richterlichen Ermessens bedeutet.⁹⁸

Das wohl stärkste Argument für ein Bedürfnis nach einer differenzierenden Lösung findet sich aber wohl bereits in Art. 25 IStGH-Statut selbst. Wie auch von der Mehrheit der Richter der Verfahrenskammer im Lubanga-Urteil erkannt,⁹⁹ stellt Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut lediglich die versuchte „Begehung“ einer Tat unter Strafe. Dadurch aber ist eine klare Qualifikation der Beteiligungsform eines Angeklagten, ganz unabhängig von der Frage, ob nun die Einheitstäterschaft, ein dualistisches oder gar ein trialistisches System aus rechtsphilosophischen und -politischen Überlegungen heraus vorzugswürdig ist, vor dem IStGH jedenfalls *de lege lata* aus ganz rechtspraktischen Gründen schlechterdings notwendig und somit zweifelsohne im Statut angelegt.

2. Wie unabhängig ist das Völkerstrafrecht?

Selbst wenn man aber mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass das IStGH-Statut eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme an einem völkerrechtlichen Verbrechen impliziert, so ist damit noch immer nicht entschieden, wo genau diese Grenze verlaufen soll. Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* sind sich einig darin, dass die

⁹⁰ *Schabas* (Fn. 75), S. 424; Siehe auch IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 13.

⁹¹ So sieht beispielsweise *Ambos*, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008, Art. 25 Rn. 2, in diametralem Gegensatz zu *Fulford* den Wortlaut der Norm gerade als Indiz für eine Rangfolge, weil „commission“ in UAbs. a ganz klar die stärkste Beteiligungsform darstelle.

⁹² Siehe auch *Herzig*, *The Ngudjolo-Judgment, Cultural Imprint and Modes of Liability: How Domestic is International Criminal Law?*, Blog Post auf:

<http://www.cjicl.org.uk/index.php/cjicl-blog/the-ngudjolo-judgment-cultural-imprint-and-modes-of-liability-how-domestic-is-international-criminal-law>

(zuletzt aufgerufen am 10.1.2013).

⁹³ *Ambos*, ZIS 2012, 313 (332); *Olásolo*, *International Criminal Law Review* 7 (2007), 143 (153).

⁹⁴ *Nerlich*, in: Stahn/Sluiter (Hrsg.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, S. 305 (S. 313).

⁹⁵ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter *Fulford*, Rn. 11.

⁹⁶ *Stewart*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 165.

⁹⁷ *Ohlin*, *Names, Labels, and Roses*, Blog Post auf:

<http://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses> (zuletzt aufgerufen am 10.1.2013).

⁹⁸ *Ohlin*, *Names, Labels, and Roses*, Blog Post auf:

<http://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses> (zuletzt aufgerufen am 10.1.2013); *Werle*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 953 (957).

⁹⁹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 998. Ein weiteres systematisches Argument für ein differenzierendes Beteiligungssystem stammt von *Guliyeva*, *Eyes on the ICC* 5 (2009), 49 (66): Demnach spreche Artikel 17 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut gegen eine Einheitslösung, weil er dem Strafgerichtshof die Aufgabe zudenkt, gerade die Beteiligten mit den schwerwiegendsten Beiträgen zu völkerrechtlichen Verbrechen zu identifizieren und verurteilen.

Kriterien für eine etwaige Grenzziehung zumindest vor dem IStGH jedenfalls nicht von der Tatherrschaftslehre bestimmt werden sollten. Die Ablehnung dieses Zurechnungsmodells fußt hierbei jedoch eher auf formalen Gründen als auf inhaltlicher Kritik (wie sie ja auch durchaus zu Recht geübt werden könnte und im nationalen wie internationalen Schrifttum auch geübt wird).¹⁰⁰ Sowohl Richter *Fulford* als auch Richterin *van den Wyngaert* favorisieren eine „unabhängige“ und „rein am Wortlaut orientierte“ Auslegung, möglichst unbeeinflusst von nationalen Rechtssystemen. Richterin *van den Wyngaert* geht sogar so weit, eine teleologische Auslegung von Art. 25 IStGH-Statut generell abzulehnen. Sie begründet dies mit dem in Art. 22 Abs. 2 IStGH ausdrücklich niedergelegten Analogieverbot, das eine „Erfindung“ wie die der Organisationsherrschaft verböte.¹⁰¹

Dieser Ansicht ist, wenngleich Richterin *van den Wyngaert* sie ausführlich und durchaus pointiert begründet, nicht zuzustimmen. Wie *Ambos* richtig erkennt, konfligiert ein rein rechtspositivistischer Ansatz wie der von *Fulford* und *van den Wyngaert* (neben den eben schon angesprochenen terminologischen Verständigungsschwierigkeiten) mit dem normativen Charakter des Rechts, der auch und gerade die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durchzieht.¹⁰² Tatsächlich kommt auch Richterin *van den Wyngaert* bei ihrer Auslegung des Art. 25 IStGH-Statut nicht umhin, Begriffe und Kategorien aus teleologischen Überlegungen heraus in den Wortlaut der Norm „hineinzulesen“ – etwa, wenn sie im Rahmen der Mittäterschaft anstelle eines „wesentlichen“ Tatbeitrags eine „direkte“ Beteiligung an der Tat fordert.¹⁰³ In ähnlicher Art und Weise adoptiert sie bei ihrer Auslegung der mittelbaren Täterschaft *Roxins* Begriff der „Willensherrschaft“,¹⁰⁴ ebenfalls ein Element, das sich im einfachen Wortlaut von Art. 25 IStGH-Statut gerade nicht wiederfindet.

Auch Richterin *van den Wyngaerts* zweites Hauptargument, nämlich ihre Bezugnahme auf Art. 21 IStGH-Statut, ist nicht frei von Widersprüchen. Nach dieser Vorschrift haben Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Prinzipien innerstaatlicher Rechtsordnungen für die Auslegung des Statuts lediglich subsidiäre Bedeutung. Art. 25 des Statuts enthalte laut *van den Wyngaert* aber gerade keine Lücke, die es durch

derartige „externe“ Regeln zu füllen gelte. Mehr noch, es gebe im Bereich der Beteiligungsformen gar keine „allgemeinen Prinzipien“, wie ein Blick auf die Uneinheitlichkeit nationaler Rechtssysteme im Bereich der Beteiligungsformen beweise.¹⁰⁵

Der Richterin ist hier zuzugeben, dass es in der Tat unmöglich sein dürfte, sämtliche nationalen Rechtssysteme im Bereich der Beteiligungsformen auf einen kleinsten gemeinsamen Nenner herunter zu destillieren. Allerdings wäre dies wohl auch kaum der richtige Ansatz. Das Ziel einer Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut kann nicht ein möglichst breiter politischer Kompromiss sein, sondern nur ein sachlich überzeugendes Zurechnungsmodell. Ein solches vollkommen unbeeinflusst von nationalen Vorbildern zu finden, ist aber vielleicht ebenso unmöglich, ja es misslingt der Richterin selbst: So erinnert ihr oben schon angesprochener „direkter“ Beteiligungsmaßstab stark an das „immediate cause“-Kriterium des traditionellen Common Law;¹⁰⁶ ihre ebenfalls bereits erwähnten Ausführungen zur „Willensherrschaft“ des mittelbaren Täters wiederum entstammen dem Begriffsrepertoire *Roxins*.¹⁰⁷

Überhaupt ist fraglich, ob es erstrebenswert ist, sämtliche dogmatische „Vorarbeit“, die nationale Gerichte und Rechtswissenschaft geleistet haben, bei der Suche nach einer optimalen Auslegung des IStGH-Statuts vollkommen außer Acht zu lassen. Letztlich gründet das gesamte Völkerstrafrecht seit den Nürnberger Prozessen auf den jahrzehnte- ja, jahrhundertalten praktischen und theoretischen Erfahrungen innerstaatlicher Strafrechtsordnungen. Sicherlich sollten innerstaatliche Konzepte dabei nicht einfach unkritisch übernommen werden, zumal völkerrechtliche Verbrechen oftmals wenig mit den Fällen zu tun haben, aus denen sich die Regeln nationaler Strafrechtssysteme entwickelt haben.¹⁰⁸ Auf der anderen Seite wäre es aber ebenso verfehlt, sämtliche Theorien und Lehren, die sich im innerstaatlichen Kontext seit Jahrzehnten bewährt haben, aus rein formalen Gründen und zugunsten einer nur

¹⁰⁰ Vgl. im nationalen Kontext oben III. 5. sowie im Bereich des Völkerstrafrechts beispielsweise *Dubber*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 977 (983); *Ohlin*, *Chicago Journal of International Law* 11 (2011), 693; *Stewart*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 165; *Vest*, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen*, 2011, S. 351; *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 91 (100 f.).

¹⁰¹ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 18.

¹⁰² *Ambos*, ZIS 2012, 313 (331).

¹⁰³ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 44.

¹⁰⁴ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 54.

¹⁰⁵ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 17.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Allen*, *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. 2005, S. 198.

¹⁰⁷ *Herzig* (Fn. 92).

¹⁰⁸ Siehe auch IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 976: „Sowohl die Römisch-Germanischen Rechtssysteme als auch das Common Law haben Prinzipien über die verschiedenen Formen strafrechtlicher Verantwortlichkeit entwickelt. Jedoch war keines dieser Systeme ursprünglich für die Anwendung auf die Verbrechen, die unter die Zuständigkeit dieses Gerichts fallen, gedacht [...]“; die Unterschiede zwischen völkerrechtlichen Verbrechen und dem „Tagesgeschäft“ nationaler Strafgerichte liegen hierbei nicht nur in den Opferzahlen und den angewendeten Mitteln, sondern oftmals auch in der großen Anzahl von Personen auf der Täterseite, vgl. *van Sliedregt*, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, 2003, S. 4.

vermeintlich „unabhängigen“ und rein internationalen Strafrechtsdogmatik zu verwerfen.¹⁰⁹

VI. Fazit

Mehr als fünf Jahre nach der „Confirmation Decision“ der ersten Vorverfahrenskammer im Lubanga-Fall darf man der Tatherrschaftslehre vor dem IStGH mittlerweile den Status einer ständigen Rechtsprechung zuschreiben. Vergleicht man dabei die praktische Anwendung dieses Zurechnungsmodells durch die Kammern des Gerichtshofs mit ihren theoretischen Grundlagen im deutschen Strafrecht, lassen sich viele Gemeinsamkeiten, aber auch viele Unterschiede entdecken. Im Bereich der Mittäterschaft wird abzuwarten sein, ob das weite Tatplanverständnis der ersten Verfahrenskammer aus dem Lubanga-Urteil auch von anderen Kammern übernommen werden wird, oder ob diesbezüglich, der berechtigten Kritik aus dem Schrifttum folgend, in zukünftigen Fällen eine Korrektur erfolgt. Im Hinblick auf die mittelbare Täterschaft wird es interessant sein, zu verfolgen, ob und inwieweit die Richter des Gerichtshofs das Konzept der Organisationsherrschaft an die Hintergründe und praktischen Gegebenheiten zukünftiger Fälle anpassen werden.

Die Adoption der ursprünglich im rein nationalen Kontext entwickelten und angewandten Tatherrschaftslehre durch das erste wirklich internationale Tribunal der Weltgeschichte hat sowohl im Schrifttum als auch auf den Richterbänken des Gerichtshofs selbst hohe Wellen geschlagen. Ganz unabhängig davon, ob sich die Tatherrschaftslehre dabei letztlich durchsetzen wird, ist ihr größter Verdienst vielleicht darin zu sehen, eine internationale und vor allem inter(-rechts-)kulturelle Debatte darüber angestoßen zu haben, was genau individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit im Kontext massiver und systematischer Menschenrechtsverletzungen eigentlich bedeutet. Anders als es die Richter *Fulford* und *van den Wyngaert* in ihren Sondervoten zu den ersten beiden Urteilen des IStGH empfehlen, darf sich diese Debatte den mannigfaltigen und in langer praktischer Erfahrung bewährten Zurechnungsmodellen der vielen nationalen Strafrechtssysteme nicht verschließen. Ganz im Gegenteil sollte dieser dogmatische Reichtum genutzt werden, um, unter gebührender Berücksichtigung der Besonderheiten völkerrechtlicher Verbrechen, den bestmöglichen Weg für den Internationalen Strafgerichtshof zu finden.

¹⁰⁹ Im Bereich des Prozessrechts ist die Notwendigkeit einer Orientierung an nationalen Vorbildern im Übrigen völlig unbestritten; siehe auch *Heinsch*, in: *Sluiter/Stahn* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC: The Court at Five Years*, 2008, S. 479 ff., und *Orie*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, S. 1439 ff.