

# Zurechnung im Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg\*

*Völkerrechtliche Verbrechen sind durch die Einbindung der Einzeltat in einen übergeordneten Begehungszusammenhang gekennzeichnet. Die nationalen und internationalen Gerichte stehen im Völkerstrafrecht daher vor der Herausforderung, individuelle Verantwortungsbeiträge in kollektiven Prozessen zu identifizieren und zu bewerten. Die zu ihrer Bewältigung entwickelten Lösungsansätze – von der Pönalisierung der bloßen Gruppenzugehörigkeit über die Joint Criminal Enterprise-Doktrin und die Organisationsherrschaftslehre bis hin zu einem extensivierten Beihilfeverständnis – sind vielgestaltig. Ihnen ist jedoch im Kern gemein, dass sie die traditionelle Zurechnungslehre um ein systemisches Moment ergänzen und die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermitteln. Eine solchermaßen erweiterte Zurechnung dürfte – trotz der damit verbundenen Lösung von einem strikt verstandenen Individualparadigma – notwendig und geboten sein, um dem Kollektivbezug der individuellen Handlung gerecht zu werden. Dieser macht es zudem erforderlichlich, bei der Bewertung der einzelnen Tatbeiträge auch normativwertende Kriterien zu berücksichtigen. Relevant sind insbesondere die hierarchische Stellung des Systembeteiligten im Zurechnungsverband und die hiermit verbundenen Einflussmöglichkeiten. Grundvoraussetzung eines systemischen Zurechnungsmodells ist zudem eine strikte Trennung zwischen völkerstrafrechtlichen und rein nationalen Straftaten. Dies verlangt nach einer restriktiven Auslegung des Kontexterfordernisses.*

## I. Einleitung: Individuelle Verantwortlichkeit bei kollektiven Deliktzusammenhängen

Eine der zentralen Errungenschaften des von den Alliierten nach Ende des Zweiten Weltkriegs eingesetzten Internationalen Militärgerichtshofs (IMG)<sup>1</sup> ist die vorbehaltlose Anerkennung der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit natürlicher Personen. „Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Personen begangen, nicht von abstrakten Einheiten, und nur durch Bestrafung von Einzelpersonen kann internationales Recht durchgesetzt werden“<sup>2</sup> lautet eine berühmte Passage des Nürnberger Urteils, die von der 1947 gegründeten Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen<sup>3</sup> aufgenommen und 1950 in abgewandelter Form zum ersten Nürnberger

Prinzip erklärt wurde: „Jede Person, welche ein völkerrechtliches Verbrechen begeht, ist hierfür strafrechtlich verantwortlich.“<sup>4</sup> Dass damit der Fokus auf den einzelnen Täter und seinen Tatbeitrag gelegt wird, ist insoweit bemerkenswert, als das Völkerrecht – das Rechtsgebiet, aus dem die verletzte Primärnorm stammt<sup>5</sup> – sich traditionell nur an Staaten wendet.<sup>6</sup> Die Begründung individueller Verantwortlichkeit bei Völkerrechtsverletzungen setzt damit voraus, dass diese klassische, staatszentristische Sichtweise überwunden und der einzelne Mensch als Völkerrechtssubjekt (und damit als potentieller Normadressat) wahrgenommen wird.<sup>7</sup> Mittlerweile finden sich entsprechende Vorschriften in allen Statuten internationaler und internationalisierter Tribunale.<sup>8</sup> Aber obwohl der Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit als solcher nunmehr zum unbestrittenen völkerstrafrechtlichen Grundkanon gehört, stellt seine Konkretisierung Wissenschaft und Praxis nach wie vor erhebliche Herausforderungen.

Dies hängt mit der besonderen Struktur völkerrechtlicher Verbrechen zusammen.<sup>9</sup> Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen<sup>10</sup> sind (in der Regel)<sup>11</sup>

<sup>4</sup> United Nations (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission (YBILC), Bd. 2, 1950, S. 374 ff.

<sup>5</sup> Zum Völkerstrafrecht als Kombination aus strafrechtlichen und völkerrechtlichen Grundsätzen *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1; allgemein zum Strafrecht als sekundäre Normordnung *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2009, § 1 Rn. 12 ff.

<sup>6</sup> Siehe z.B. *Herdegen*, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 7 Rn. 3; *Epping*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Vor Rn. 1.

<sup>7</sup> *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 2; auch *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part, 2013, S. 83; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 10 f.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 25 Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9 v. 17.7.1998, ergänzt auf der Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, C.N.651.2010.TREATIES-8 (IStGH-Statut); Art. 7 Abs. 1 Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, S/RES/827 v. 25.5.1993 (ICTY-Statut); Art. 6 Abs. 1 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S/RES/955 v. 8.11.1994 (ICTR-Statut); Art. 6 Abs. 1 Statute of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-Agreement v. 16.1.2002 (SCSL-Statut); Art. 29 Abs. 1 Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, ECCC-Agreement v. 6.6.2003 (ECCC-Statut).

<sup>9</sup> Siehe *Ambos* (Fn. 7), S. 84.

<sup>10</sup> Zu den völkerrechtlichen Kernverbrechen zählt zudem das Verbrechen der Aggression, Art. 8bis IStGH-Statut. Dies ist allerdings als „leader-ship crime“ ausgestaltet, das nur durch

\* Die Verf. ist Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Philipps-Universität Marburg und Geschäftsführende Direktorin des Forschungs- und Dokumentationszentrums für Kriegsverbrecherprozesse.

<sup>1</sup> Statut für den Internationalen Militärgerichtshof v. 8.8.1945 (IMT-Statut), abgedruckt in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg.), Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14.11.1945-1.10.1946, Bd. 1, 1947, S. 10 ff.

<sup>2</sup> IMG, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 249.

<sup>3</sup> GA Res. 174 (III) v. 21.11.1947.

Resultat bzw. Bestandteil kollektiver Prozesse.<sup>12</sup> Anders als bei den meisten alltäglichen, rein nationalen Straftaten stehen sich nicht ein Täter und ein Opfer gegenüber. Die einzelne Verletzungshandlung ist kein isoliertes Ereignis, sondern Teil eines übergeordneten Unrechtskontextes, der zumeist Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Konflikts ist.<sup>13</sup> Exemplarisch sei auf den ruandischen Völkermord aus dem Jahr 1994 verwiesen, im Zuge dessen zwischen 500.000 und 1.000.000 Menschen getötet wurden.<sup>14</sup> Dabei haben die Taten zumeist eine politische Dimension und sind phänotypisch durch die direkte oder indirekte Involvierung einer staatlichen oder staatsähnlichen Organisation gekennzeichnet, die den Konflikt initiiert, verstärkt oder zumindest duldet.<sup>15</sup> Völkerrechtliche Verbrechen werden daher der Makrokriminalität zugeordnet. Es handelt sich im Sinne *Jägers* um systemkonforme Verhaltensweisen innerhalb eines kollektiven Aktionszusammenhangs, der wiederum eine nicht wegzudenkende Rahmenbedingung der individuellen Handlung darstellt.<sup>16</sup>

eine Person begangen werden kann, „die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Gleiches gilt für Teilnehmer (Art. 25 Abs. 3 bis IStGH-Statut). Da der Kreis potentiell Verantwortlicher daher von vornherein stark begrenzt ist, ist das Problem der Individualisierung von Verantwortungsbeiträgen hier – zumindest auf Ebene der Rechtsanwendung – nicht so virulent, wie bei Delikten, die von jedermann begangen werden können. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

<sup>11</sup> Ein gewisser Vorbehalt muss für den Tatbestand des Völkermordes gemacht werden, der theoretisch auch von einem Einzeltäter verwirklicht werden kann, *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, S. 17; *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), Rn. 860; *Kreß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 6 VStGB Rn. 13; auch ICTR, Urte. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 94. Rechtstatsächlich wird die einzelne Völkermordhandlung aber zumeist in einen kollektiven Kontext eingebunden sein, hierzu *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 124 ff. m.w.N. Zum Ansatz des IStGH unten Fn. 21.

<sup>12</sup> Vgl. *Seelmann*, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, 2002, S. 8.

<sup>13</sup> *Jäger*, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie von Gewalt, 1989, S. 12; *Bock* (Fn. 11), S. 166; auch *Möller*, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof, Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, 2003, S. 240.

<sup>14</sup> Siehe zu den kursierenden Zahlen *Hankel*, Ruanda – Leben und Neuaufbau nach dem Völkermord, 2016, S. 16.

<sup>15</sup> Siehe nur *Jäger*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. 3, 1998, S. 121; *Möller* (Fn. 13), S. 243; *Kelmann*, in: Nollkaemper/van der Wilt (Hrsg.), System Criminality in International Law, 2009, S. 29; *Ambos* (Fn. 7), S. 84.

<sup>16</sup> *Jäger* (Fn. 13), S. 12; *ders.* (Fn. 15), S. 134.

Ein dem Schuldprinzip verpflichtetes Völkerstrafrecht<sup>17</sup> muss daher einen Weg finden, individuelle Verantwortlichkeitsanteile in kollektiven Begehungsprozessen zu identifizieren und zu bewerten.<sup>18</sup> Es geht um die grundlegende und für den völkerstrafrechtlichen Diskurs zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in einem systemischen Unrechtszusammenhang herbeigeführter strafrechtlich relevanter Erfolg einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Der folgende Beitrag kann hierauf keine abschließende Antwort geben. Es soll aber versucht werden, verschiedene Ebenen der Zurechnungsproblematik aufzuzeigen, und Möglichkeiten zu eruieren, wie diesen – ggf. durch Entwicklung spezifisch völkerstrafrechtlicher Zurechnungsmodelle – Rechnung getragen werden kann.

## II. Ebene 1: Das Kontexterfordernis

Das kollektive Element völkerrechtlicher Verbrechen, aus dem sich ihr spezifischer Unrechtsgehalt ergibt, liegt in der Verbindung zwischen Einzeltat und Gesamtakt.<sup>19</sup> Es hat seinen rechtlichen Niederschlag im Kontexterfordernis gefunden, das der Abgrenzung völkerrechtlicher Verbrechen von rein nach nationalem Recht zu beurteilenden Normverletzungen dient.<sup>20</sup> So verfolgt der Internationale Strafge-

<sup>17</sup> Anerkannt schon in IMG, Urte. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 287 („Einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze besteht darin, daß eine strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und daß Massenbestrafungen vermieden werden sollen.“); ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 186 („The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated [...]“); vgl. auch *Bock*, Utrecht Law Review 9 (2013), 184 (185 f.).

<sup>18</sup> Vgl. auch *Seelmann* (Fn. 12), S. 8; ähnlich *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (543); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (136); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (70, 73).

<sup>19</sup> *Bock* (Fn. 10), S. 80 ff. (119) m.w.N. In diesem Sinne begründete die Bundesregierung den Erlass des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB), BGBl. I 2002, S. 2254, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des VStGB, BGBl. I 2016, S. 3150, u.a. damit, dem spezifischen Unrechtsgehalt internationaler Verbrechen, der in ihrer kollektiven Natur und damit in dem funktionalen Zusammenhang zwischen Einzeltat und Gesamtakt liegt, Rechnung tragen zu wollen. Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (Bundesratsvorlage v. 18.1.2002), in: Lüder/Vormbaum (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens, 2003, S. 23; siehe auch ICTY, Urte. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58.

<sup>20</sup> Vgl. nur *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1116); *Werle/Jeffberger* (Fn. 7), Rn. 110 ff.; *Cottier*, in: Ambos/Triffterer (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 37,

richtshof Handlungen, die den Tatbestand des Völkermordes erfüllen nur dann, wenn sie „im Zusammenhang mit einem offensichtlichen Muster ähnlicher Verhaltensweisen stehen“.<sup>21</sup> Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind dadurch gekennzeichnet, dass die Einzelakte – beispielsweise die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen oder eine Vergewaltigung – im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden.<sup>22</sup> Ebenso muss bei Kriegsverbrechen ein Zusammenhang zwischen der einzelnen Verletzungshandlung (dem Einzelakt) und dem bewaffneten Konflikt als Ganzes bestehen.<sup>23</sup>

Die internationalen Tribunale legen das Kontexterfordernis teilweise sehr großzügig aus.<sup>24</sup> So soll es bei Kriegsverbrechen nach Ansicht der Katanga-Hauptverfahrenskammer, die damit die ständige Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale fortführt, zwar grundsätzlich erforderlich sein, dass die tatbestandliche Handlung in enger Beziehung zu den Feindseligkeiten steht. Der bewaffnete Konflikt müsse aber nicht „die Wurzel“ („the root“) der Tat sein und diese müsse auch nicht inmitten der Kampfhandlungen stattgefunden haben. Ausreichend sei, dass der bewaffnete Konflikt für die Entscheidung des Täters zur Tat, seine Fähigkeit, die Tat zu begehen, oder die Art und Weise der Tatausführung von wesentlicher Be-

deutung war.<sup>25</sup> Bei der Bestimmung des Zurechnungszusammenhangs will die Rechtsmittelkammer des ICTY u.a. folgende Umstände berücksichtigen: „die Tatsache, dass der Täter ein Kombattant ist; dass das Opfer kein Kombattant ist; dass das Opfer ein Mitglied der gegnerischen Partei ist; dass die Handlung dem Endziel einer militärischen Kampagne dienen soll oder dass das Verbrechen als Teil von oder im Zusammenhang mit den dienstlichen Aufgaben des Täters begangen wird.“<sup>26</sup>

Diese weite Auslegung droht die Abgrenzungsfunktion des Kontexterfordernisses zu verwässern.<sup>27</sup> Schon die mit einem (Bürger-)Krieg typischerweise einhergehende Präsenz von Gewalt, die erhöhte Verfügbarkeit von Waffen und die Schwächung staatlicher Kontrollsysteme<sup>28</sup> schaffen in besonderem Maße Tatgelegenheiten<sup>29</sup> und erleichtern Übergriffe in die Rechtssphären Dritter. Daher wird man regelmäßig zu dem Schluss kommen können, dass der bewaffnete Konflikt und die hierdurch geschaffenen besonderen Umstände die Tatbegehung entscheidend beeinflusst haben.<sup>30</sup>

sowie ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58.

<sup>21</sup> Art. 6 (a) Nr. 4, 6 (b) Nr. 4, 6 (c) Nr. 5, 6 (c) Nr. 5, 6 (e) Nr. 7 Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10.9.2002, ICC-ASP/1/3, ergänzt auf der Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, durch Resolution RC/Res.6, Annex II. Zur Vereinbarkeit dieser Beschränkung, die eine Tatbegehung durch einen Einzeltäter faktisch ausschließen dürfte (siehe hierzu auch Fn. 11), mit dem IStGH-Statut ICC, Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-2 (Prosecutor v. Al Bashir), Rn. 125 ff.; *Ambos* (Fn. 11), S. 18 m.w.N.

<sup>22</sup> Siehe z.B. Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut; § 7 Abs. 1 VStGB.

<sup>23</sup> Ständige Rechtsprechung der Internationalen Tribunale, vgl. nur ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1357; ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1176; ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58; ICTY, Urt. v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A (Prosecutor v. Tolimir), Rn. 616; ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), Rn. 573; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić u.a.), Rn. 109; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 442; ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 185 ff.; ICTR, Urt. v. 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura u.a.), Rn. 766; SLSGH, Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 566; ECCC, Urt. v. 26.7.2010 – 001-18-07-2007/ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch), Rn. 416.

<sup>24</sup> Vgl. auch *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125); *Ambos* (Fn. 11), S. 141.

<sup>25</sup> ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1176. Wörtlich heißt es in dem Urteil: „In this connection the Chamber is of the view that the perpetrator’s conduct must have been closely linked to the hostilities taking place in any part of the territories controlled by the parties to the conflict. The armed conflict alone need not be considered to be the root of the conduct of the perpetrator and the conduct need not have taken place in the midst of the battle. Nonetheless, the armed conflict must play a major part in the perpetrator’s decision, in his or her ability to commit the crime or the manner in which the crime was ultimately committed.“; bestätigt in ICC, Urt. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 142; vgl. auch ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 287; ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 58; ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), Rn. 573; ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 123; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 442; ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 517.

<sup>26</sup> ICTY, Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), Rn. 59. Übersetzung nach *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), Vor 8 ff. VStGB Rn. 35; siehe auch ICC, Urt. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 143.

<sup>27</sup> Ebenso *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125).

<sup>28</sup> Vgl. *Bock* (Fn. 11), S. 167, 289.

<sup>29</sup> In diesem Sinne ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 518, wo die Trial Chamber darauf abstellt, dass „the ongoing armed conflict [...] both created the situation and provided a pretext for the extensive killings“ (*Hervorhebung durch Verf.*); vgl. auch *Zimmermann/Geiß*, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), § 8 VStGB Rn. 121; *Cottier* (Fn. 20), Art. 8 Rn. 43.

<sup>30</sup> Siehe auch *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125). *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397) hält es im Ergebnis

Soll zudem bereits der humanitär-völkerrechtliche Status des Täters für sich genommen den Zurechnungszusammenhang begründen können, droht der Unterschied zwischen völkerrechtlichen und nationalen Straftaten gänzlich zu verwischen.<sup>31</sup> Ein Soldat, der in Kriegszeiten den Liebhaber seiner Frau tötet, der zufällig Zivilist ist, würde dann nicht nur einen Totschlag bzw. Mord, sondern auch ein Kriegsverbrechen begehen – und das, obwohl die Tat in keiner inneren Beziehung zum kollektiven Aktionszusammenhang steht.<sup>32</sup>

Eine restriktivere Auslegung des Kontexterfordernisses ist daher bereits deswegen angezeigt, um das spezifische Unrecht völkerrechtlicher Verbrechen, das gerade in ihrer kollektiven Dimension liegt, rechtlich abzubilden.<sup>33</sup> Sie ist zudem notwendige Grundlage einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre.<sup>34</sup> Bevor man beginnt, individuelle Verantwortlichkeit in kollektiven Begehungszusammenhängen zu bestimmen, muss zunächst die konkrete Verletzungshandlung dem Gesamtunrechtsgeschehen zugeordnet werden (können). Dies ist ein notwendiger erster Schritt zur Begrenzung von Strafbarkeiten. So macht es für die Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten durchaus einen Unterschied, ob einer seiner Untergebenen einen Kriegsgefangenen foltert, um taktisch relevante Informationen zu erhalten, oder ob dieser – wie im oben gebildeten Beispiel – den Liebhaber seiner Frau erschießt. Im ersten Fall ist die Tat Teil eines vom Vorgesetzten mitgestalteten, übergeordneten Handlungskomplexes, im zweiten Teil liegt ein rein interpersoneller Konflikt zwischen Täter und Opfer vor.<sup>35</sup>

Die Frage, ob und inwieweit die Mitwirkung am kollektiven Aktionszusammenhang strafrechtliche Verantwortung begründet, stellt sich nur für solche Taten, die in den kollektiven Aktionszusammenhang eingebettet sind. Auch mit Blick auf die Zurechnungslehre muss das Kontexterfordernis daher in seiner Abgrenzungsfunktion ernst genommen

ebenfalls nicht für ausreichend, wenn lediglich die kriegsspezifische Tatgelegenheitsstruktur ausgenutzt wird.

<sup>31</sup> Kritisch insoweit auch *Zimmermann/Geiß* (Fn. 29), § 8 VStGB Rn. 120.

<sup>32</sup> Weitere Beispiele bei *Ambos* (Fn. 11), S. 142. Der Fall mag anders liegen, wenn der Liebhaber der Frau in Kriegsgefangenschaft geraten ist, da sich hier die Gefährdungssituation des Opfers durch ein Spezifikum der Kriegssituation (Kriegsgefangenschaft) signifikant erhöht hat, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 6 Rn. 143; *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), Rn. 1169.

<sup>33</sup> Im Ergebnis ebenso mit Blick auf die hierdurch erreichbare Rechtssicherheit *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1124 ff.).

<sup>34</sup> Vgl. auch das von *Marxen* entwickelte Zurechnungsmodell, *Marxen*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. 3, 1998, S. 220 (231); sowie *Vest*, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011, S. 414 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Bothe*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, Bd. 1, 2002, S. 379 (388).

werden. Völkerstrafrechtliche Verbrechen sind strikt von Taten zu unterscheiden, die lediglich anlässlich oder bei Gelegenheit eines Gesamtunrechtsgeschehens begangen werden. Erforderlich ist eine enge funktionale Verbindung zwischen Einzelakt und Gesamttat. Bei Kriegsverbrechen ist insoweit zu verlangen, dass die fragliche Handlung einen Bezug zur militärischen Kampagne aufweist,<sup>36</sup> dass der Täter Mitglied einer der militärisch-organisierten Konfliktparteien ist oder ihr zumindest nahesteht,<sup>37</sup> und ihm die für einen bewaffneten Konflikt typischen Kampfmittel und -methoden zur Verfügung stehen.<sup>38</sup>

### III. Ebene 2: Ansätze zur Begründung individueller Verantwortlichkeit in kollektiven Begehungszusammenhängen

Mit der Zuordnung der Einzelakte zum kollektiven Aktionszusammenhang entsteht ein Gesamtunrechtsverband, innerhalb dessen in einem zweiten Schritt individuelle Verantwortungsbeiträge identifiziert werden müssen. Dabei ist die

<sup>36</sup> Vgl. *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397); in diesem Sinne auch *IMG*, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 265, („[...] waren diese Verbrechen Teil eines Planes, der darauf abzielte, die ganze einheimische Bevölkerung durch Austreibung und Vernichtung zu beseitigen.“); *US Military Tribunal*, Urt. v. 19.7.1947, Case No. 1 (United States of America v. Karl Brandt u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg.), Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, October 1946-April 1949, Bd. 2, 1997, S. 181 („These experiments were not [...] isolated and casual acts [...], but were the product of coordinated policy-making and planning at high governmental, military and Nazi Party levels, conducted as an integral part of the total war effort“); insoweit a.A. wohl *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1128).

<sup>37</sup> In diesem Sinne auch *ICTR*, Urt. v. 2.9.1998 – *ICTR-96-4-T* (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 630 („The category of persons to be held accountable [for war crimes] then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces.“); ähnlich *ICTY*, Urt. v. 29.11.2002 – *IT-98-32-T* (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 57; einschränkend *ICTR*, Urt. v. 1.6.2001 – *ICTR-96-4-A* (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 444 („This nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict. However, such a special relationship is not a condition precedent [...]“); zurückhaltender *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1404), der lediglich davon ausgeht, dass das Kontexterfordernis einfacher nachzuweisen ist, wenn der Täter einer der Konfliktparteien nahesteht. Noch restriktiver *Zimmermann*, GA 2010, 507 (520), der die Kriegsverbrechertatbestände als Sonderstrafrecht der im bewaffneten Konflikt Schädigungsberechtigten ansieht, so dass diese grundsätzlich nicht von Zivilisten verwirklicht werden können.

<sup>38</sup> So überzeugend *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1127); zustimmend *Ambos* (Fn. 11), S. 143.

Straftatandung bei völkerrechtlichen Verbrechen angesichts der großen Anzahl an Tatbeteiligten und den begrenzten Ressourcen der Justiz notwendig selektiv.<sup>39</sup> Zumindest die Anklagebehörden Internationaler Tribunale konzentrieren sich daher vorrangig auf die Verfolgung der Hauptverantwortlichen, der „persons most responsible“.<sup>40</sup> Hierzu zählen insbesondere die ranghöchsten militärischen und politischen Führer,<sup>41</sup> die als Entscheidungsträger, Planer und Initiatoren das Gesamtgeschehen maßgeblich beeinflussen, bei der eigentlichen Tatbegehung aber häufig im Hintergrund bleiben. Es gilt daher, bei der Individualisierung von Verantwortungsbeiträgen auch hierarchischen Strukturen und den hieraus resultierenden Befehls- bzw. Verantwortungsketten Rechnung zu tragen.<sup>42</sup> Im Folgenden soll der Blick auf ausgewählte Zurechnungsmodelle gelenkt werden, die im besonderen Maße auf die Erfassung kollektiver Wirkzusammenhänge ausgerichtet sind.

### 1. Pönalisierung der Gruppenzugehörigkeit

Ein denkbar weiter Ansatz zur Begründung von Verantwortlichkeit ist es, bereits die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe für sich genommen und ungeachtet etwaiger individueller Tatbeiträge unter Strafe zu stellen. Ein entsprechender Ansatz findet sich bereits in Art. 9 IMG-Statut, der den Gerichtshof ermächtigte, Gruppen oder Organisationen, denen die Verurteilten angehörten, als verbrecherisch einzustufen. Hierdurch wurde keine strafrechtliche Verantwortlichkeit der

Organisation selbst begründet; vielmehr sollten Nachfolgeprozesse gegen natürliche Person vereinfacht werden.<sup>43</sup> Dementsprechend gewährte Art. 10 IMG-Statut allen Signataren des Londoner Abkommens das Recht, Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer verbrecherischen Organisation den Prozess zu machen. Dabei galt der verbrecherische Charakter als durch das Urteil des Militärgerichtshofs als bewiesen und durfte nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine entsprechende Regelung findet sich beispielsweise in Art. II Abs. 1 lit. d des Kontrollratsgesetzes Nr. 10.<sup>44</sup>

Das hiermit etablierte Organisationsdelikt<sup>45</sup> führt im Ergebnis zu einer erweiterten Individualhaftung.<sup>46</sup> Das zurechnungsbegründende Moment liegt in der Einbindung in eine Organisation. Eine darüber hinaus gehende Verbindung zwischen dem Mitglied und der im Rahmen des Organisationszwecks begangenen oder geplanten Straftaten ist nicht erforderlich. *Jung* spricht daher von einer partizipatorischen Zurechnung.<sup>47</sup> Dass diese zu Spannungen mit einem auf individuelle Verantwortungsbeiträge ausgerichteten Schuldprinzip führen muss,<sup>48</sup> hat auch der IMG anerkannt und in seinem Urteil hervorgehoben, dass es zu den wichtigsten anerkannten Rechtsprinzipien gehöre, dass strafrechtliche Schuld eine persönliche ist und dass Massenbestrafungen zu vermeiden sind. Daher habe er „die Erklärung einer Organisation als verbrecherisch soweit wie möglich in einer Weise [zu] treffen, die Gewähr dafür leistet, dass unschuldige Personen nicht bestraft werden.“<sup>49</sup> Zugleich schränkte er die Strafbar-

<sup>39</sup> Hierzu *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: *International Criminal Procedure*, 2016, S. 376 ff. m.w.N.; kritisch vor dem Hintergrund der Kantischen Straftheorie *Hall*, in: *Bergsmo* (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes*, 2010, S. 171 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Situation in the Republic of Kenya*, ICC, *Entsch. v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya)*, Rn. 188; Art. 1 Abs. 1 SCSL-Statut („prosecute persons, who bear the greatest responsibility“); *International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation v. 15.9.2016*, Rn. 42 ff., wobei aber zugleich im Sinne eines „bottom-building-up-approaches“ aufgezeigt wird, dass die Verfolgung der Hauptverantwortlichen ggf. voraussetzt, dass zunächst die hierfür notwendige Beweisgrundlage durch Verfahren gegen niederrangige Täter geschaffen wird; Art. 1 ECCC-Statut („bring to trial senior leaders [...] and those who were most responsible for the crimes“); ebenso bereits Art. 1 IMT-Statut („trial and punishment of the major war criminals“); siehe auch die Überblicksdarstellung bei *de Vlaming*, in: *Reydam/Wouters/Ryngaert* (Hrsg.), *International Prosecutors*, 2012, S. 542.

<sup>41</sup> ICC, *Entsch. v. 9.3.2006 – ICC-01/04-01/06-8 (Prosecutor v. Lubanga)*, Rn. 63; auch *International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation v. 15.9.2016*, Rn. 43.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Vogel*, *ZStW* 114 (2002), 403 (407); *Gustafson*, *JICJ* 5 (2007), 134 (135); *van der Wilt*, *JICJ* 5 (2007), 91; sowie *BGHSt* 40, 218 (237).

<sup>43</sup> Siehe auch *van der Wilt*, *JICJ* 5 (2007), 91 (94).

<sup>44</sup> *Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr. 1 v. 29.10.1945*. Art. 10 lautet: „Jeder der folgenden Tatbestände stellt ein Verbrechen dar: [...] Zugehörigkeit zu gewissen Kategorien von Verbrechervereinigungen oder Organisationen, deren verbrecherischer Charakter vom Internationalen Militärgerichtshof festgestellt worden ist“.

<sup>45</sup> So zu den strukturell vergleichbaren §§ 129, 129a, 129b StGB; *Krauß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 5; *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2013, § 129 Rn. 10; *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129 StGB Rn. 16 ff.

<sup>46</sup> *Vest* (Fn. 34), S. 281.

<sup>47</sup> *Jung*, in: *Eser* (Hrsg.) *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, S. 175 (184).

<sup>48</sup> *Ohlin*, *JICJ* 5 (2007), 69 (81): „Individuals must be prosecuted for their actions, nor for their associations; to do otherwise is to engage in guilt by association.“; auch *van der Wilt*, *JICJ* 5 (2007), 91 (94 f.). Mit Blick auf die deutschen §§ 129, 129a, 129 b StGB siehe *Cobler*, *KJ* 1984, 407 (411: verfassungsrechtlich unzulässiger „Verzicht auf einen individuellen Schuld nachweis zugunsten einer kollektiven Haftung“); *Günther/Prittowitz*, in: *Herzog/Neumann* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 331 (349: „verdünnt[e] individuelle Verantwortlichkeit“).

<sup>49</sup> *IMG*, *Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.)*, in: *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg*

keit der Mitgliedschaft über den Wortlaut des Art. 10 IMT-Statut hinaus ein.<sup>50</sup> Wörtlich heißt es im Urteil:

„Da [...] die Erklärung bezüglich der Organisationen und Gruppen den verbrecherischen Charakter ihrer Mitglieder bestimmen wird, so sollte diese Erklärung diejenigen ausschließen, die keine Kenntnis der verbrecherischen Zwecke oder Handlungen der Organisationen hatten, sowie diejenigen, die durch den Staat zur Mitgliedschaft eingezogen worden sind, es sei denn, daß sie sich persönlich an Taten beteiligt haben, die durch den Artikel 6 des Statuts für verbrecherisch erklärt worden sind. Die bloße Mitgliedschaft reicht nicht aus, um von solchen Erklärungen betroffen zu werden.“

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt das deutsche Strafgesetzbuch, wenn es in den §§ 129a, 129b StGB u.a. die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer (auch ausländischen) terroristischen Vereinigung, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, völkerrechtliche Verbrechen<sup>51</sup> zu begehen, unter Strafe stellt. Dabei setzt ein „Sich-Beteiligen als Mitglied“ eine aktive Teilnahme am Verbandsleben voraus. Eine passive, für das Wirken der Vereinigung bedeutungslose Mitgliedschaft ist nicht ausreichend.<sup>52</sup> Dies heißt allerdings nicht, dass sich das Mitglied an den im Rahmen des Verbandszwecks begangenen Straftaten als Täter oder Teilnehmer beteiligen muss.<sup>53</sup> Tatbestandlich ist vielmehr „jede[r] irgendwie geartete Tätigkeit [...], die den Zwecken der Vereinigung dienlich ist“.<sup>54</sup>

Ihre tatbestandliche Weite<sup>55</sup> machen die §§ 129a, 129b StGB zu rechtspraktisch äußerst bedeutsamen Auffangtatbeständen in Fällen, in denen dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden kann, dass er zusätzlich andere Strafvorschriften verletzt hat. Dies zeigte sich bereits im Stuttgarter Ver-

fahren gegen Führungsfunktionäre der insbesondere in der Demokratischen Republik Kongo agierenden, paramilitärischen „Forces Démocratiques de Libération du Rwanda“. Ihrem Präsidenten, Ignace Murwanashyaka, und seinem Stellvertreter, Straton Musoni, wurde zur Last gelegt, als militärische Vorgesetzte (§ 4 VStGB) für zahlreiche von ihren Untergebenen begangenen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit – u.a. Mord, Vergewaltigung und Menschenhandel – verantwortlich zu sein.<sup>56</sup> Nachgewiesen werden konnte Murwanashyaka nur Beihilfe zu vier Kriegsverbrechen und Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung. Musoni wurde ausschließlich nach den §§ 129a, 129b StGB zur Verantwortung gezogen.<sup>57</sup> In den aktuellen Verfahren gegen mutmaßliche IS-Kämpfer, die sich am Bürgerkrieg in Syrien beteiligt haben sollen, kommt den Terrorismustatbeständen ebenfalls entscheidende Bedeutung zu.<sup>58</sup> Auch wenn sich diese im Ergebnis wohl durch die besondere Gefährlichkeit krimineller und terroristischer Vereinigungen und der für sie typischen, nicht gänzlich beherrschbaren Eigendynamik rechtfertigen lassen,<sup>59</sup> bleiben sie mit dem Hautgout belastet, dass ihr primärer Zweck in der Überwindung von Beweisschwierigkeiten besteht, die bei der Bestimmung individueller Zurechnung entstehen (können).<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Siehe hierzu (aus Sicht der Verteidigung) *Groß-Bölting*, in: 36. Strafverteidigertag, Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, S. 143 (144); (aus Sicht des GBA) *Ritscher*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 223 (231 ff.).

<sup>57</sup> <http://www.olgstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Medien/OLG+Stuttgart+verurteilt+Funktionaere+der+FDLR+/?LISTPAGE=3789218> (8.7.2017).

<sup>58</sup> Siehe allgemein

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/insich.php>

(8.7.2017); siehe zudem u.a. auch die jüngsten Verfahren gegen Anil O., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=19&newsid=684> (8.7.2017), gegen Mukhamadsaid S., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=19&newsid=682> (8.7.2017), gegen Tarik A., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=19&newsid=681> (8.7.2017); gegen Abdulrahman A. A. und Abdalfatah H. A., abrufbar unter

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=19&newsid=680> und gegen Nasser A., abrufbar unter <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=19&newsid=679> (8.7.2017).

<sup>59</sup> In diesem Sinne BGHSt 31, 202 (207); 41, 47 (51); *Patzak/Lohse* (Fn. 52), § 129 Rn. 32; *Krauβ* (Fn. 45), § 129 Rn. 1; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 4; anders hingegen *Cobler*, KJ 1984, 407 (411 ff.), der die §§ 129 ff. StGB für verfassungswidrig hält.

<sup>60</sup> Sehr kritisch daher *Cobler*, KJ 1984, 407 (411); siehe auch *Jung* (Fn. 47), S. 185. Ebenso mit Blick auf die Nürnberger Prozesse *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94); kritisch auch

(Fn. 1), S. 287. Diese selbst auferlegte Zurückhaltung spiegelt sich im Urteilsausspruch wider. Der Gerichtshof erklärte lediglich das Führerkorps der NSDAP, die Gestapo, die SS und ihren Sicherheitsdienst für verbrecherisch, nicht aber – wie von der Anklage gefordert – die Reichsregierung und das Oberkommando der Wehrmacht, IMG, Urt. v. 30.9.1946 u. 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering u.a.), in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Fn. 1), S. 310 f.

<sup>50</sup> *Ambos* (Fn. 7), S. 111; hierzu auch *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (114).

<sup>51</sup> Katalogtaten im Sinne des § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB sind nur Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, nicht hingegen das Verbrechen der Aggression.

<sup>52</sup> BGHSt 29, 288 (294); 46, 349 (356); *Patzak/Lohse*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 129 Rn. 32; *Krauβ* (Fn. 45), § 129 Rn. 107; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 85.

<sup>53</sup> *Patzak/Lohse* (Fn. 52), § 129 Rn. 32; *Krauβ* (Fn. 45), § 129 Rn. 108; *Ostendorf* (Fn. 45), § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 45), § 129 Rn. 86; auch BVerfGE 56, 22 (33); BGHSt 29, 288 (291).

<sup>54</sup> BVerfGE 56, 22 (33); auch BGHSt 29, 288 (294); 31, 16 (17).

<sup>55</sup> Auch BGHSt 31, 16 (17); *Ostendorf*, JA 1980, 499 (503).



2. Joint Criminal Enterprise: ein systemisches Zurechnungsmodell

Die Rechtstexte der Internationalen Tribunale der Neuzeit stellen nicht mehr – zumindest nicht explizit<sup>61</sup> – auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung ab. Gem. Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut, Art. 6 Abs. 1 ICTR-Statut ist individuell verantwortlich, (nur) derjenige, der „ein im Statut genanntes Verbrechen geplant, angeordnet, begangen oder dazu angestiftet hat oder auf andere Weise zur Planung, Vorbereitung oder Ausführung des Verbrechens Beihilfe geleistet hat“. Die Ausgestaltung und Konkretisierung dieser eher schlagwortartig aufgelisteten Beteiligungsformen wurde der Rechtsprechung überantwortet.<sup>62</sup> Zentrale Bedeutung kommt dabei der von der ICTY-Rechtsmittelkammer im Tadic-Verfahren<sup>63</sup> entwickelten Figur der Beteiligung an einem joint criminal enterprise (JCE) zu,<sup>64</sup> die als besondere Form der Tatbegehung (der „commission“) eingeordnet wird.<sup>65</sup> In objektiver Hinsicht wird dabei dreierlei vorausgesetzt:<sup>66</sup>

- eine Mehrzahl von Personen, die weder in einer militärischen, administrativen oder politischen Struktur bzw. Organisation eingebunden noch im Einzelnen mit Namen identifiziert<sup>67</sup> sein müssen;
- ein (nicht notwendigerweise vor der Tatbegehung vereinbarter) Zweck bzw. Plan, der sich ggf. auch erst während der Tatbegehung aus der konkreten Situation ergeben kann;

- sowie eine Beteiligung am gemeinsamen Zweck.

Aus der zuletzt genannten Voraussetzung ergibt sich, dass auch<sup>68</sup> bei einem JCE die bloße Mitgliedschaft in einem kriminellen Zweckverbund keine Strafbarkeit begründet.<sup>69</sup> Welche konkreten Anforderungen an das Beteiligungserfordernis zu stellen sind, ist allerdings unklar und umstritten. Während einige Kammern jeden auch noch so geringfügigen Förderungsakt ausreichen lassen wollen,<sup>70</sup> verlangen andere eine signifikante (aber keine wesentliche, notwendige oder unverzichtbare) Mitwirkung.<sup>71</sup> Eine direkte und unmittelbare Beteiligung an den Verbrechen selbst wird jedenfalls nicht gefordert.<sup>72</sup> Nach Ansicht der Brdanin-Berufungskammer muss der unmittelbare Täter zudem nicht zwingend dem JCE angehören. Vielmehr soll es grundsätzlich auch möglich sein, dass sich ein oder mehrere JCE-Mitglieder bei der Tatausführung einer externen Person bedienen.<sup>73</sup> Damit wird im Ergebnis eine Art mittelbare Mittäterschaft anerkannt.<sup>74</sup>

Auf subjektiver Ebene wird zwischen drei verschiedenen Formen des JCE unterschieden.<sup>75</sup> In der Grundform (JCE I) wirken die Beteiligten auf Grundlage eines gemeinsamen Plans und mit gemeinsamen Vorsatz zusammen. Die zweite Form (JCE II) ist auf Taten zugeschnitten, die in Konzentrationslagern oder ähnlichen Systemzusammenhängen begangen werden. Im Unterschied zur JCE I muss dem Beschuldigten kein Vorsatz bezüglich konkreter Tathandlungen nach-

*Ostendorf*, JA 1980, 499 (503), der auf die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts verweist.

<sup>61</sup> Siehe aber auch zur strukturellen Ähnlichkeit zwischen der JCE-Doktrin und Organisationsdelikten unten Fn. 82 und dazugehörigen Text.

<sup>62</sup> Auch *Ambos/Bock*, in: de Brouwer/Smeulers (Hrsg.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2016, S. 202.

<sup>63</sup> ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 224 ff.

<sup>64</sup> Siehe aber auch zur zunächst zögerlichen Haltung des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 205 f.

<sup>65</sup> Siehe z.B. ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 188; ICTY, Entsch. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic/Sainovic/Ojdic); ICTY, Urt. v. 30.6.2016 – IT-08-91-A (Prosecutor v. Stanisic/Zupljanin), Rn. 109; ICTY, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstic), Rn. 601; ICTR, Urt. v. 16.12.2013 – ICTR-01-68-A (Ndahimana v. Prosecutor), Rn. 201; ICTR, Urt. v. 17.5.2011 – ICTR-00-56-T (Prosecutor v. Ndindiliyimana u.a.), Rn. 1912.

<sup>66</sup> Grundlegend ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 227; jüngst bestätigt in ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 560 ff.; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Ambos* (Fn. 7), S. 124 f.; speziell zur Rechtsprechung des ICTY *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ff.); zu der des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 207.

<sup>67</sup> ICTY, Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430.

<sup>68</sup> Zur Mitgliedschaft in einer Organisation oben II. 1.

<sup>69</sup> ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 263; ICTR, Urt. v. 2.2.2012 – ICTR-98-44-T (Prosecutor v. Karemera/Ngirumpatse), Rn. 1437.

<sup>70</sup> Sehr weitgehend ICTR, Urt. v. 11.9.2006 – ICTR-01-65-T (Prosecutor v. Mpambara), Rn. 13 („there is no minimum threshold of significance or importance and the act need not independently be a crime“) unter Verweis auf ICTY, Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka u.a.), Rn. 97 („there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to the joint criminal enterprise“); sehr weit auch ICTY, Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 100 („participation [...] may take the form of assistance in, or contribution to, the execution of the common purpose.“).

<sup>71</sup> ICTY, Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 564; ICTR, Urt. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu u.a.), Rn. 1907.

<sup>72</sup> ICTY, Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 100; ICTR, Urt. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu u.a.), Rn. 1907.

<sup>73</sup> ICTY, Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 410 ff.; auch ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadzic), Rn. 567.

<sup>74</sup> *Ambos* (Fn. 7), S. 125; *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 208 f.

<sup>75</sup> Grundlegend ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 220; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Ambos* (Fn. 7), S. 125 ff.; speziell zur Rechtsprechung des ICTY *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ff.); zu der des ICTR *Ambos/Bock* (Fn. 62), S. 209.

gewiesen werden. Es genügt, wenn er das System der Mischhandlung kennt und insoweit mit Förderungsvorsatz gehandelt hat. Dieser kann ggf. allein aus der hierarchischen Stellung des Beteiligten abgeleitet werden. In der dritten Form ermöglicht die JCE-Doktrin die Zurechnung von Exzesstaten, die nicht vom gemeinsamen Plan bzw. dem gemeinsamen Vorsatz umfasst sind. Voraussetzung hierfür ist, dass 1. der Beschuldigte den Vorsatz hatte, sich an dem JCE zu beteiligen und dessen kriminellen Zweck zu fördern und 2., dass die Begehung der möglichen Exzesstaten vorhersehbar war. Insoweit wird verlangt, dass sich der Beschuldigte bewusst war, dass das JCE höchstwahrscheinlich einen bestimmten Erfolg herbeiführen werde und er dieses Risiko in Kauf nahm.

Der offenkundige Vorteil der JCE-Doktrin liegt darin, dass sie bei Kollektivtaten eine beweistechnisch einfache Möglichkeit bietet, die bei der Tatbegehung nicht anwesenden Hintermänner zur Verantwortung zu ziehen.<sup>76</sup> Insbesondere muss die Anklage nicht nachweisen, dass zwischen der Handlung des Beschuldigten und der konkreten Tat eine direkte Verbindung oder ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.<sup>77</sup> Dogmatisch handelt es sich nach der zutreffenden Charakterisierung *Vogels* um ein „systemisches Modell“, bei dem „individuelle Verantwortlichkeit nach der Funktion des Beteiligten und seines Beitrags im kriminellen Systemzusammenhang zugeschrieben wird.“<sup>78</sup> Den kollektiven Tatstrukturen wird dadurch Rechnung getragen, dass die strafrechtliche Haftung maßgeblich an „die Beteiligung an einem kriminellen Zweckverband“<sup>79</sup> anknüpft,<sup>80</sup> im Rahmen dessen es zur Begehung (völkerrechtlicher) Straftaten kommt.<sup>81</sup> Vor allem die dritte Kategorie, die sich mit der Vorhersehbarkeit der (Exzess-)Tat begnügt und im Übrigen allein auf die Mitwirkung an dem „criminal enterprise“ abstellt, ähnelt der Pönalisierung der aktiven Gruppenmitgliedschaft.<sup>82</sup> Ein entscheidender Unterschied besteht allerdings darin, dass über das JCE nicht nur die Beteiligung an dem Zweckverband als solche strafrechtlich erfasst, sondern eine (sogar täterschaftliche)<sup>83</sup> Mitverantwortung für die im Rah-

men des Zweckverbands begangenen Taten begründet werden soll.<sup>84</sup>

Die hierin zum Ausdruck kommende Fokussierung auf systemisch-kollektive Wirkzusammenhänge führt nahezu zwangsläufig zu Spannungen mit dem Schuldprinzip.<sup>85</sup> Wenn im Rahmen des JCE II aus der hierarchischen Stellung des Beschuldigten automatisch auf seinen Förderungsvorsatz geschlossen wird, so wird damit faktisch auf den förmlichen Nachweis personalen Fehlverhaltens verzichtet.<sup>86</sup> Die dritte Variante beinhaltet eine jedenfalls nicht unbedenkliche Absenkung der sonst geltenden subjektiven Tatvoraussetzungen, zumal dem Vorsehbarkeitskriterium in der Praxis kaum strafbarkeitsbegrenzende Wirkung zukommt.<sup>87</sup> Sie wird daher von Teilen der Literatur mit gewichtigen Argumenten als eine Art objektive Erfolgshaftung angesehen, die mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren ist.<sup>88</sup>

### 3. Kollektive Begehungsstrukturen und Tatherrschaftslehre

Obwohl die JCE-Doktrin vor allem aus Sicht der Anklagebehörde ein attraktives Zurechnungsmodell ist, hat der IStGH bislang nicht auf sie zurückgegriffen. Stattdessen stützen sich die Kammern bei der Auslegung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut<sup>89</sup> auf die maßgeblich von *Claus Roxin*<sup>90</sup> geprägte Tatherrschaftslehre.<sup>91</sup>

<sup>84</sup> Vgl. ICTY, Entsch. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic u.a.), Rn. 26: „Criminal liability pursuant to joint criminal enterprise is not a liability for mere membership or for conspiring to commit crimes, but a form of liability concerned with the participation in the commission of a crime as part of a joint criminal enterprise.“; auch *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>85</sup> Ausführlich zu der gegen die JCE-Doktrin vorgebrachte Kritik, sie begründe eine unzulässige Kollektivschuld *Vest* (Fn. 34), S. 332 ff.; siehe auch die Kritik bei *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550).

<sup>86</sup> *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (188); auch *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (199); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>87</sup> Siehe *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550) sowie den Rechtsprechungsüberblick bei *Ambos* (Fn. 7), S. 126 f.

<sup>88</sup> *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550: „strict liability for criminal acts that were not part of a common plan“); *Ambos* (Fn. 7), S. 174 ff.; kritisch auch *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (200 f.).

<sup>89</sup> Relevant ist insoweit insbesondere Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, dem zufolge sich strafbar macht, wer ein im Statut genanntes Verbrechen „selbst, gemeinschaftlich mit einem anderen oder durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist“.

<sup>90</sup> Grundlegend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 60 ff.

<sup>91</sup> Grundlegend ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 323 ff.; folgend ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 469; ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 994; ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1389 ff.; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-

<sup>76</sup> *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (137, 145); auch *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (98).

<sup>77</sup> *Ambos* (Fn. 7), S. 175; auch *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>78</sup> *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (420).

<sup>79</sup> *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (421); zust. *Ambos* (Fn. 7), S. 161; *ders.* (Fn. 5), § 7 Rn. 30.

<sup>80</sup> Siehe auch ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 191; *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (139).

<sup>81</sup> Vgl. ICTY, Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), Rn. 430.

<sup>82</sup> Auch *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (117 ff.); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (81); *Ambos* (Fn. 7), S. 173; ebenso für JCE II *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (97).

<sup>83</sup> Siehe *Vest* (Fn. 34), S. 289; ausführlich *Ambos* (Fn. 7), S. 161 f. m.w.N.



a) *Mittäterschaft*

Mittäterschaft wird dementsprechend als funktional-arbeits- teiliges Zusammenwirken mehrerer Personen charakterisiert.<sup>92</sup> Kernelement ist die wechselseitige Zurechnung der jeweils geleisteten Tatbeiträge.<sup>93</sup> Damit weist auch die Mittäterschaft ein systemisches Moment auf, wird doch der einzelne für einen Erfolg verantwortlich gemacht, den er nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit anderen – also im Kollektiv – herbeigeführt hat.<sup>94</sup> In objektiver Hinsicht verlangen die Kammern das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans und die Leistung eines essentiellen Tatbeitrags („essential contribution“).<sup>95</sup> Subjektiv wird (grundsätzlich)<sup>96</sup> Vorsatz im Sinne des Art. 30 IStGH-Statut vorausgesetzt.<sup>97</sup>

1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 62; ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 480 ff.; ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 348; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 296; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), Rn. 291; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24; auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

<sup>92</sup> ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 342: „The concept of co-perpetration based on joint control over the crimes is rooted in the principle of the division of essential tasks for the purpose of committing a crime between two or more persons acting in a concerted manner“; siehe auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 62; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24.

<sup>93</sup> Explizit ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 994; siehe auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 445; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 65; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24; ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 134.

<sup>94</sup> Siehe *Seelmann* (Fn. 12), S. 8; vgl. auch *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 144 f.

<sup>95</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 980, 989; ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 343, 346; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 64; ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 350; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 24; auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

Unabhängig von den noch umstrittenen Details,<sup>98</sup> zeichnet sich bereits jetzt ab, dass die Rechtsprechung einen recht weiten Anwendungsbereich für mittäterschaftliche Zurechnungen sieht. So soll es nicht erforderlich sein, dass der Tatplan speziell auf die Begehung eines Verbrechens gerichtet ist, es genüge, wenn er ein „element of criminality“ enthalte. Dies sei gegeben, wenn a) die Mittäter bereit sind, zur Erreichung ihres nicht-kriminellen Ziels unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbrechen zu begehen oder sie sich b) des Risikos bewusst sind, das die Umsetzung ihres Plans zu der Begehung von Verbrechen führt und sie diese Folge akzeptieren.<sup>99</sup> Welche konkreten Fallkonstellationen den Kammern hier vor Augen standen, ist unklar. Denkbar wäre es, das „element of criminality“ beispielsweise dann zu bejahen, wenn mehrere Milizenführer zur Stärkung ihrer Einheiten (ein nicht kriminelles Ziel) eine für sich genommen nicht kriminelle, aber rigorose Rekrutierungsstrategie entwickeln, die jedoch bei konsequenter Umsetzung zur Zwangsverpflichtung von Kindern – ein Kriegsverbrechen im Sinne des Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vii IStGH-Statut – führen kann. Lässt man es nun für den gemeinsamen Tatplan ausreichen, dass die Milizführer dieses Risiko erkannt und seine Realisierung akzeptiert haben, wäre hiermit wohl eine partielle Absenkung

<sup>96</sup> Siehe aber zur möglichen Relativierung im Rahmen des gemeinsamen Tatplans sogleich Fn. 99 und dazugehörigen Text.

<sup>97</sup> ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 349; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 70; ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; auch ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 351, wo aber striktere Anforderungen an das Vorsatzerfordernis gestellt werden.

<sup>98</sup> So wird in ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 351, ergänzend zum Vorsatz verlangt, dass der Mittäter die tatsächlichen Umstände kennt, die es ihm ermöglichen, die Tat gemeinsam mit den anderen Mittätern zu kontrollieren, kritisch hierzu *Ambos* (Fn. 7), S. 154. Richter Fulford steht der Anwendung der Tatherrschaftslehre generell kritisch gegenüber und will für eine Mittäterschaft grundsätzlich jeden Tatbeitrag (und nicht nur wesentliche) ausreichen lassen, ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, Rn. 12, 15; ebenso ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 6, 41. Richterin *van den Wyngaert* versteht das Tatplannerfordernis zudem als rein subjektive Voraussetzung im Sinne eines gemeinsamen Vorsatzes, Rn. 32.

<sup>99</sup> ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 344; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 399; kritisch hierzu *Ambos* (Fn. 7), S. 152; abweichende Formulierung in ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 67.

der allgemeinen subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen verbunden, da ein bloßer *dolus eventualis* die Voraussetzungen des Art. 30 IStGH-Statut nach h.A. nicht erfüllt.<sup>100</sup> Die Mittäterschaft nähert sich dadurch der JCE an, da der Schwerpunkt des Vorwurfs auf die Beteiligung an einer anerkanntermaßen gefährlichen Unternehmung gelegt zu werden scheint. Dessen ungeachtet halten die IStGH-Kammern aber hinsichtlich der eigentlichen Tat uneingeschränkt am subjektiven Maßstab des Art. 30 IStGH-Statut fest,<sup>101</sup> wobei unklar bleibt, wie dies mit einem risikobasierten Verständnis vom gemeinsamen Tatplan vereinbar ist.<sup>102</sup>

Durch das Erfordernis eines essentiellen Tatbeitrags („essential contribution“) soll die Mittäterschaft von der Teilnahme<sup>103</sup> abgegrenzt werden.<sup>104</sup> Damit werden höhere Anforderungen an das Gewicht des Tatbeitrags gestellt als bei dem JCE,<sup>105</sup> zumal hier die Existenz einer *de-minimis*-Schwelle nicht einhellig anerkannt ist.<sup>106</sup> Bei der Würdigung des Tatbeitrags verfolgen die Kammern jedoch einen flexiblen, einzelfallbezogenen Ansatz, der ihnen erhebliche Bewertungsspielräume eröffnet.<sup>107</sup> Jedenfalls soll eine direkte und unmittelbare Beteiligung an der Tat nicht erforderlich sein.<sup>108</sup> Auch

die Anwesenheit des Beschuldigten am Tatort sei nicht zwingend, wenn die notwendige Kontrolle über die Tat anderweitig ausgeübt werde.<sup>109</sup> Beispielhaft verweist die Lubanga-Hauptverfahrenskammer auf Personen, die den Tatplan ausarbeiten und dadurch die Handlungen der unmittelbar Tatausführenden vorzeichnen.<sup>110</sup> Damit geht sie – im Einklang mit der gemäßigten Tatherrschaftslehre<sup>111</sup> – davon aus, dass Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium für eine mittäterschaftliche Tatbegehung ausreichend sein können. Im Ergebnis können damit auch tatferne und indirekte Tatbeiträge eine mittäterschaftliche Haftung begründen, wenn sie denn nach den Umständen des Einzelfalls hinreichend gewichtig sind.<sup>112</sup> Nennenswerte Unterschiede zum JCE I und II dürften sich – abgesehen von der Vorsatzvermutung – daher kaum ergeben.

#### b) Organisationsherrschaft

In mehreren Entscheidungen hat der IStGH zudem die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft anerkannt.<sup>113</sup> Im Einklang mit dem Ansatz *Roxins*<sup>114</sup> soll derjenige, der einen hierarchisch aufgebauten Machtapparat<sup>115</sup> so

<sup>100</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1011; ICC, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 360 ff.; *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 64; *Satzger* (Fn. 7) § 15 Rn. 25; auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 449; offengelassen bei *Safferling* (Fn. 32), § 5 Rn. 28.

<sup>101</sup> Deutlich ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 349.

<sup>102</sup> Siehe ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 38. Kritisch auch die Berufungskammer, ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 449, die den Ansatz der Hauptverfahrenskammer im Ergebnis aber aufrechterhält, da diese – trotz der unglücklichen Wortwahl – lediglich zum Ausdruck gebracht habe, dass der Plan über einen längeren Zeitraum umgesetzt werden sollte und die Mittäter daher notwendig zukünftige Ereignisse hätten antizipieren müssen (Rn. 450).

<sup>103</sup> Dazu unten III. 4. c).

<sup>104</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 998; auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 468 f.; kritisch hierzu ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 22.

<sup>105</sup> Vgl. ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 987-989.

<sup>106</sup> Dazu oben Fn. 70 und dazugehöriger Text.

<sup>107</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1001.

<sup>108</sup> ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 458; ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1003; ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69; a.A. ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 44.

<sup>109</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1005; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69.

<sup>110</sup> ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 1004; bestätigt in ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 469; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 69.

<sup>111</sup> Hierzu *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1226 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198 ff. (der eine Mitwirkung im Ausführungsstadium für notwendig hält); speziell mit Blick auf Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut *Vest* (Fn. 34), S. 181.

<sup>112</sup> So ausdrücklich ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 134.

<sup>113</sup> Rechtsgrundlage ist Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, dem zufolge eine Tatbegehung durch einen anderen unabhängig davon möglich ist, ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist. Dies wird dahingehend verstanden, dass mittelbare Täterschaft nicht zwingend voraussetzt, dass das „Werkzeug“ einen Strafbarkeitsdefekt hat, mithin auch die unter dem Schlagwort „Täter hinter dem Täter“ diskutierten Fallkonstellationen erfasst werden, ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 496, 499. Kritisch hingegen *van den Wyngaert*, die in Art. 25 IStGH-Statut keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Organisationsherrschaftslehre sieht, ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Rn. 52.

<sup>114</sup> *Roxin* (Fn. 90), S. 248.

<sup>115</sup> Hierzu ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 511; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/

beherrscht, dass er den ihm untergeordneten Personen Befehle erteilen kann,<sup>116</sup> mittelbarer Täter sein, wenn er seine Befugnisse zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt. Dabei wird die Tatherrschaft aus der durch die organisatorischen Strukturen gewährleisteten Steuerungsautomatik und der Fungibilität des Ausführenden abgeleitet. Der Machtapparat muss so strukturiert sein, dass die Unterbenen trotz ihrer Handlungsherrschaft aus Sicht des Vorgesetzten austauschbare Rädchen sind. Sollte einer die Ausführung eines Befehls verweigern, wird er sofort durch einen anderen ersetzt.<sup>117</sup>

Die gegen die Organisationsherrschaftslehre vorgebrachte Kritik soll hier nicht wiederholt werden.<sup>118</sup> Hervorgehoben sei lediglich, dass sie vom Grundansatz her speziell darauf ausgerichtet ist, individuelle Verantwortlichkeit in vertikal-hierarchischen Aktionszusammenhängen zu erfassen.<sup>119</sup> Über den Gedanken der Steuerungsautomatik ermöglicht sie es, Hintermänner als Täter<sup>120</sup> zur Verantwortung zu ziehen, deren faktische Einflussmöglichkeit auf die einzelne Tat aufgrund der Entfernung zur Ausführungsebene zwar möglicherweise begrenzt ist,<sup>121</sup> die aber normativ betrachtet zu den „persons most responsible“<sup>122</sup> gehören.<sup>123</sup>

---

Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

<sup>116</sup> Zur Befehlsmacht auch ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 513.

<sup>117</sup> ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 515 ff. unter Berufung auf *Roxin* (Fn. 90), S. 245; auch ICC, Entsch. v. 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), Rn. 297; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 292; ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104.

<sup>118</sup> Vgl. aus deutscher Sicht nur *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1996, S. 510; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21. Abschn. Rn. 103; vor dem Hintergrund des IStGH-Statuts ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 52; vgl. auch *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (99 ff.); sowie die Auseinandersetzung mit den gegen die Organisationsherrschaftslehre vorgebrachten Einwänden bei *Roxin* (Fn. 111), § 25 Rn. 113 ff.

<sup>119</sup> Vgl. ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 501; auch *Roxin* (Fn. 90), S. 243.

<sup>120</sup> Mitttäterschaft wird häufig daran scheitern, dass es zwischen Führungsfiguren und den ausführenden Tätern keinen gemeinsamen Tatplan gibt, *Roxin* (Fn. 111), § 25 Rn. 121; a.A. *Jakobs* (Fn. 118), 21. Abschn. Rn. 103.

<sup>121</sup> Kritisch daher ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 53; auch *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (100).

<sup>122</sup> Siehe auch oben Fn. 40 und dazugehörigen Text.

In einigen Entscheidungen wurden mittelbare Täterschaft und Mitttäterschaft miteinander kombiniert.<sup>124</sup> Bei der mittelbaren Mitttäterschaft wirken Personen, die unterschiedliche Machtapparate beherrschen, zusammen und benutzen auf Basis eines gemeinsamen Tatplans ihre jeweilige Befehlsmacht zur Durchführung strafbarer Handlungen;<sup>125</sup> bei der Mitttäterschaft in mittelbarer Täterschaft wird hingegen ein- und dieselbe Organisation durch mehrere, mit einem gemeinsamen Tatplan handelnde Personen beherrscht.<sup>126</sup> Durch diesen Ansatz lässt sich der Tatsache Rechnung tragen, dass die an völkerstrafrechtlichen Verbrechen Beteiligten häufig sowohl in horizontale (Mitttäterschaft), als auch in vertikale (mittelbare Täterschaft) Organisationsstrukturen eingebunden sind.<sup>127</sup>

#### 4. Beihilfe und Beiträge zu Gruppentaten

Die bisher behandelten Zurechnungsmodelle sind auf die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit ausgerichtet. Sind ihre Voraussetzungen nicht erfüllt, so lässt sich die Mitwirkung an der Kollektivtat möglicherweise als strafbare Beihilfe (aiding and abetting)<sup>128</sup> einstufen.

##### a) Deutsche Rechtsprechung: Das (gelockerte) Erfordernis eines konkreten Einzeltatnachweises

Der BGH versteht unter Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB grundsätzlich jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert. Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non*

---

<sup>123</sup> *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 28; siehe auch ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 465; BGHSt 40, 218 (237) sowie *Eidam* (Fn. 94), S. 157.

<sup>124</sup> Ausführlich *Ambos*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 3. Aufl. 2016, Art. 25 Rn. 14; auch *Vest* (Fn. 34), S. 433 f.; kritisch ICC, Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, Rn. 61 („radical expansion of Article 25 (3) (a) of the Statute“).

<sup>125</sup> Siehe insbesondere ICC, Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), Rn. 548 ff.; auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 104; ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 292.

<sup>126</sup> Vgl. ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 136 ff.

<sup>127</sup> Zum vergleichbaren Ansatz des ICTY oben Fn. 74 und dazugehörigen Text.

<sup>128</sup> Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut, Art. 6 Abs. 1 ICTY, Art. 25 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut. Die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen aiding und abetting, sondern geht von einem einheitlichen Beihilfebegriff aus, vgl. bereits ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; auch ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 87; differenzierend hingegen ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 484.

wird nicht verlangt; vielmehr wird grundsätzlich jede Förderung der Haupttat erfasst.<sup>129</sup> Gerade bei völkerstrafrechtlichen Verbrechen, bei denen eine Vielzahl von Personen auf verschiedenen Hierarchieebenen und in unterschiedlicher Nähe zur tatbestandlichen Ausführungshandlung zusammenwirkt, wird jedoch die Frage virulent, wie die Hilfeleistung qualitativ beschaffen sein muss, um eine Strafbarkeit begründen zu können.

Der BGH hat in seinem ersten Auschwitzurteil aus dem Jahr 1969 zunächst einen restriktiven Ansatz vertreten. Nicht „jeder der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort *irgendwie* anlässlich dieses Programms tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt.“ Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe setze eine konkrete Förderung der Haupttat voraus.<sup>130</sup> Beispielhaft nennt der BGH die Vornahme von Selektionen an der Rampe und die Überwachung der Einleitung von Giftgas in die Gaskammer. Da solche Handlungen dem angeklagten SS-Lagerarzt nicht nachzuweisen seien, sei dieser vom Vorwurf der Beihilfe freizusprechen. Allein seine Zugehörigkeit zum Lagerpersonal und die Kenntnis vom Vernichtungszweck des Lagers genügen nicht, ihm die dort begangenen Tötungen zuzurechnen.<sup>131</sup> Zur Begründung führte der BGH aus, dass die maßgeblich von *Fritz Bauer* begründete Gegenansicht<sup>132</sup> bedeuten würde, dass auch ein Handeln, das die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müsste. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straf-frei. Dies sei nicht angängig.<sup>133</sup>

Diese Entscheidung führte in den nachfolgenden Jahren dazu, dass zahlreiche Verfahren gegen ehemalige KZ-Angehörige mit dem Hinweis eingestellt wurden, ihnen könne keine Beteiligung an konkreten Tötungshandlungen nachgewiesen werden.<sup>134</sup> Im März 2011 verurteilte dann aber das LG München den ehemaligen KZ-Aufseher John Demjanjuk wegen Beihilfe zum Mord in 28.060<sup>135</sup> Fällen. In der Urteils-

begründung stellten die Richter darauf ab, dass der Hauptzweck des Vernichtungslagers, die massenhafte Ermordung der jüdischen Bevölkerung Europas, auch durch die Wahrnehmung allgemeiner Dienst- und Wachaufgaben gefördert worden sei, und der Angeklagte durch seine Tätigkeit im KZ zum reibungslosen Betrieb der Tötungsmaschinerie beigetragen habe.<sup>136</sup> Demjanjuk verstarb, bevor der BGH über die von Verteidigung und Staatsanwaltschaft eingelegte Revision entscheiden konnte. Vier Jahre später wurde der Ansatz des LG München jedoch im Verfahren gegen Oskar Gröning, den sog. Buchhalter von Auschwitz, bestätigt und weitergeführt. Das LG Lüneburg verurteilte ihn wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 Fällen, da er durch die Übernahme von Wachdiensten und verwaltenden Tätigkeiten zur Verwertung von Wertgegenständen der Deportierten das insgesamt auf die Tötung von Menschen ausgerichtete System des Vernichtungslagers unterstützt habe.<sup>137</sup> Dass die Handlungen des Angeklagten nicht auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet waren, sei lediglich konkurrenzrechtlich relevant und begründe die Annahme von Tateinheit.<sup>138</sup>

Der BGH hat die Entscheidung des LG Lüneburg mittlerweile bestätigt. Dabei bekräftigte er zunächst, dass dem Mitglied einer Bande oder kriminellen Vereinigung (gedacht ist wohl an die Zugehörigkeit zum KZ-Personal) nicht automatisch alle aus diesem Personenverband heraus begangenen Taten zugerechnet werden können. Vielmehr müsse hinsichtlich jeder Tat nach allgemeinen Kriterien geprüft werden, ob und wie das jeweilige Mitglied sich hieran beteiligt habe.<sup>139</sup> Dies gelte grundsätzlich auch bei Handlungen, „die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden.“ Dabei „dürften jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben“<sup>140</sup>. Gemeint sind die Einbindung der Einzeltaten in einen kollektiven Aktionszusammenhang und die systematische Begehungsweise. Vor diesem Hintergrund sieht der BGH eine hinreichende Beihilfehandlung nicht nur im „Rampendienst“, sondern (auch) darin, dass der Angeklagte durch seine allgemeine Dienstausbübung im KZ Anteil an der strukturierten und organisierten industriellen NS-Tötungsmaschinerie hatte, die den SS-Funktionären die Anordnung und rasche Durchführung der Mordtaten ermöglichten.<sup>141</sup>

Der BGH argumentiert hier auf dem Boden der Organisationsherrschaftslehre.<sup>142</sup> Die NS-Tötungsmaschinerie wird als

<sup>129</sup> Die Rechtsprechung wurde jüngst zusammengefasst in BGH NStZ 2017, 158 (159) mit zahlreichen Nachweisen; zum Streit um das Kausalitätserfordernis siehe nur *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 27 Rn. 24 ff.

<sup>130</sup> BGH NJW 1969, 2056. *Hervorhebung durch Verf.*

<sup>131</sup> BGH NJW 1969, 2056 (2057).

<sup>132</sup> *Bauer*, JZ 1967, 625 (628).

<sup>133</sup> BGH NJW 1969, 2056 (2057); kritisch hierzu *Safferling*, JZ 2017, 258 (260), da der BGH mit einem Ausnahmefall eine allgemeine Zurechnungsregel begründe und somit die „juristische Dogmatik auf den Kopf“ stelle.

<sup>134</sup> Instruktiver Überblick bei *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125); siehe auch *Rommel*, NJW 2017, 161 (162).

<sup>135</sup> Das Landgericht hat die Beihilfe zur Ermordung der Juden eines Transports zu einer einheitlichen Tat zusammengefasst,

LG München, Justiz und NS-Verbrechen (JuNSV), Bd. 49, 227 (367 f.); zu konkurrenzrechtlichen Fragen auch *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

<sup>136</sup> LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (362).

<sup>137</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Rn. 56.

<sup>138</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Rn. 58.

<sup>139</sup> BGH NStZ 2017, 158.

<sup>140</sup> BGH NStZ 2017, 158 (160).

<sup>141</sup> BGH NStZ 2017, 158 (160); zu dieser Differenzierung auch *Rommel*, NJW 2017, 161.

<sup>142</sup> Siehe oben Fn. 113 und dazugehörigen Text.

organisatorischer Machtapparat angesehen, der den Hintermännern mittelbare Tatherrschaft verleiht. Indem der Beschuldigte als fungibles Werkzeug zu dessen Funktionieren beiträgt, leistet er Beihilfe zu den von den Hintermännern in mittelbarer Täterschaft begangenen Morden.<sup>143</sup> Auch wenn der BGH bemüht ist, diesen Ansatz mit seiner ersten Auschwitzentscheidung in Einklang zu bringen,<sup>144</sup> wird man zumindest feststellen müssen, dass das Erfordernis des konkreten Einzeltatnachweises erheblich gelockert wurde. Lässt man die argumentative Bezugnahme auf die Organisationsherrschaftslehre außer Acht, offenbaren sich deutliche Parallelen zur JCE-Doktrin: Gröning werden die im KZ Auschwitz begangenen Mordtaten<sup>145</sup> zugerechnet, weil er durch seine allgemeine Diensttätigkeit einen Beitrag zum Betrieb des KZs (eines joint criminal enterprise) geleistet hat und wusste, dass er dadurch im Zusammenwirken mit anderen die Voraussetzungen für die Durchführung der Vernichtungsaktion schuf (Förderungsvorsatz).<sup>146</sup> Dies entspricht – abgesehen von der Vorsatzvermutung – dem JCE II.<sup>147</sup>

Betroffen von der neuen Rechtsprechung waren bislang nur Angehörige des KZ-Wachpersonals.<sup>148</sup> Ihre Grundsätze sind aber auf Mitarbeiter der Lagerverwaltung und andere Personen, die den Lagerbetrieb unterstützen, ohne direkt mit den Tötungshandlungen in Verbindung zu stehen, übertragbar.<sup>149</sup> Auch sie haben zum reibungslosen Betrieb der Tötungsmaschinerie beigetragen und dadurch die Durchführung der Mordtaten unterstützt. Die (vermeintliche)<sup>150</sup> Neutralität

<sup>143</sup> Safferling, JZ 2017, 258 (261); auch Rommel, NJW 2017, 161 (162). Nach Roxin (Fn. 90), S. 249, kann jede Tätigkeit, die den Apparat nicht selbstständig weiterbewegt, teilnahmebegründend wirken.

<sup>144</sup> BGH NStZ 2017, 158 (161).

<sup>145</sup> Sachlich beschränkt sich das Urteil auf den Vorwurf der Beihilfe zu den im Rahmen der sog. „Ungarn-Aktion“ (Vernichtung der in Ungarn lebenden jüdischen Bevölkerung) begangenen Morde, BGH NStZ 2017, 158.

<sup>146</sup> Zur subjektiven Seite BGH NStZ 2017, 158 (160).

<sup>147</sup> Siehe oben Fn. 75 und dazugehörigen Text; ebenso Ambos, Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society's Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise, EJIL: Talk! v. 20.5.2013,

<https://www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> (8.7.2017).

<sup>148</sup> Dies gilt auch für den Fall Gröning, der in Auschwitz nicht nur als Vermögensverwalter tätig war, sondern auch zur SS-Wachmannschaft gehörte, siehe auch Safferling, JZ 2017, 258 (261).

<sup>149</sup> Ebenso Kurz, ZIS 2013, 122 (127); siehe auch Ambos, EJIL: Talk! v. 20.5.2013 (Fn. 147).

<sup>150</sup> Es erscheint aber durchaus diskutabel, ob es in einem reinen Vernichtungslager, dessen einziger Zweck in der massenhaften Tötung von Menschen besteht, „normale“, „alltägliche“ oder „professionell adäquate“ (so die Definition der neutralen Handlung bei Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2016, § 27 Rn. 10) Handlungen geben kann.

der Tätigkeit steht einer Bestrafung nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nicht entgegen, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen und der Hilfeleistende dies weiß, da sein Tun durch die Solidarisierung mit dem Haupttäter seinen Alltagscharakter verliert.<sup>151</sup> Dies wird zumindest bei Handlungen im Kontext reiner Vernichtungslager, deren einziger Zweck in der massenhaften Tötung von Menschen besteht, regelmäßig der Fall sein. Hält der Hilfeleistende es hingegen nur für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so wäre nach dem BGH eine strafbare Beihilfe dann zu bejahen, wenn das „von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten [...] derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ“.<sup>152</sup> Ärzte, die – entsprechend des in der Auschwitzentscheidung bemühten Vergleichsfalls – Häftlingskranke behandeln und retten, sowie Personen, die versuchen, das System von innen heraus zu bekämpfen und seine Härten abzumildern, ließen sich ggf. über den Gedanken der Risikominimierung<sup>153</sup> von der Strafbarkeit ausnehmen.

*b) Ad-hoc-Tribunale: Wesentliche und zielgerichtete Unterstützung?*

Die ad-hoc Tribunale greifen auf „aiding und abetting“ vor allem dann zurück, wenn es an dem für ein JCE notwendigen gemeinsamen Zweck oder Plan fehlt.<sup>154</sup> Ihr Ausgangspunkt ähnelt zunächst dem der deutschen Rechtsprechung. Erfasst wird jede Form physischer oder psychischer Hilfeleistung zur Haupttat.<sup>155</sup> Sie muss keine *conditio-sina-qua-non* sein,<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Grundlegend BGHSt 46, 107 (112); ausführlich hierzu und der darauf aufbauenden Rechtsprechung Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 306 ff.

<sup>152</sup> BGHSt 46, 107 (112).

<sup>153</sup> Eine Zurechnung des strafrechtlich relevanten Erfolges muss aus normativen Erwägungen heraus ausscheiden, wenn der Handelnde eine für das Opfer bereits bestehende Gefahr verringert und damit dessen Situation verbessert hat, vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 53; Heinrich (Fn. 111), Rn. 247; Joecks (Fn. 129), § 27 Rn. 47; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 8; sowie OLG Stuttgart NJW 1979, 2573. Die Gegenansicht will solche Fälle erst auf Ebene der Rechtfertigung (Einwilligung/Notstand) lösen, Köhler (Fn. 118), S. 147 f.

<sup>154</sup> Zu diesem Unterscheidungsmerkmal ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; auch ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102.

<sup>155</sup> ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 234; ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 1; ICTY, Urte. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Urte. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; ICTR, Urte. v. 21.5.1999 – ICTR-95-

wohl aber – und hier liegt ein erster Unterschied zur deutschen Rechtsprechung – *wesentlich* zur Begehung einer Straftat durch eine andere Person beitragen („substantial effect“).<sup>157</sup> Dies wird verneint, wenn der Beschuldigte lediglich eine Position ohne Einflussmöglichkeiten inne hat („a role in the system without influence“).<sup>158</sup> Dementsprechend soll der angestellte Gastechner, der an Gaslieferungen nach Auschwitz beteiligt war, nicht wegen Beihilfe zum Mord strafbar sein.<sup>159</sup> Unter Zugrundelegung der aktuellen BGH-Rechtsprechung würde man wohl zu einem anderen Ergebnis kommen.<sup>160</sup>

Darüber hinaus verlangen einige Kammern, dass die Beihilfebehandlung speziell darauf gerichtet sein muss, eine bestimmte Tat zu fördern („specifically directed to assist, encourage or lend support to the perpetration of a crime“).<sup>161</sup> Anders als bei einem JCE wird es bei der Beihilfe nicht als ausreichend erachtet, dass der Beschuldigte in irgendeiner

Form zu einem Gesamtunternehmen beiträgt;<sup>162</sup> vielmehr wird eine unmittelbare Schuldbeziehung („culpable link“) zwischen der Unterstützungshandlung und der Haupttat verlangt.<sup>163</sup> Ob es sich hierbei um ein objektives oder subjektives Merkmal handelt, ist nicht eindeutig;<sup>164</sup> seine Funktion besteht jedenfalls in der Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit,<sup>165</sup> die insbesondere für die Einordnung neutraler Handlung relevant ist,<sup>166</sup> sowie dann, wenn der Hilfeleistende nicht bei der eigentlichen Tatausführung anwesend ist.<sup>167</sup>

Selbst innerhalb der ad-hoc Tribunale ist das Erfordernis der *specifically-directed-assistance* nicht unumstritten.<sup>168</sup> Soweit es anerkannt wird, kommt in ihm ein klassisch-individualistisches Verständnis der Beihilfe zum Ausdruck, das der Strafbarkeit des Gehilfen engere Grenzen setzt, als die aktuelle deutsche Rechtsprechung. Hintergrund dürfte allerdings weniger eine grundsätzliche Skepsis gegenüber systemischen Zurechnungsmodellen sein, als vielmehr die Tatsache, dass die JCE-Doktrin weitreichende Möglichkeiten bietet, auch indirekte und tatferne Beiträge zu kriminellen Zweckverbänden strafrechtlich zu erfassen.

*c) IStGH: Subjektiv beschränkte Beihilfe und sonstige Beiträge zu Gruppentaten*

Bei der Bestimmung des objektiven Beihilfetatbestandes orientieren sich die Kammern des IStGH grundsätzlich an der Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale,<sup>169</sup> lehnen aber überwiegend eine Beschränkung auf wesentliche Unterstützungshandlungen ab.<sup>170</sup> In jedem Fall begrenzt Art. 25 Abs. 3 lit. c

1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 199 f.; ICTR, Urte. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), Rn. 385; ICTR, Urte. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723; ICTR, Urte. v. 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), Rn. 1295.

<sup>156</sup> ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; ICTR, Urte. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), Rn. 201; ICTR, Urte. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; auch ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126; ICTR, Urte. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723; SLSGH, Urte. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 482.

<sup>157</sup> ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126; ICTY, Urte. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Urte. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), Rn. 33; ICTR, Urte. v. 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), Rn. 1294; ICTR, Urte. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723.

<sup>158</sup> ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233; siehe auch ICTY, Urte. v. 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović u.a.), Rn. 1637.

<sup>159</sup> ICTY, Urte. v. 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 233 i.V.m. Rn. 223. Kritisch zum Begrenzungspotential des Wesentlichkeitskriteriums *Rackow* (Fn. 151), S. 502.

<sup>160</sup> Oben Fn. 148 und dazugehöriger Text.

<sup>161</sup> So bereits ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; siehe u.a. auch ICTY, Urte. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), Rn. 102; ICTY, Urte. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 37; ICTY, Urte. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), Rn. 575; ICTR, Urte. v. 14.12.2011 – ICTR-05-82-A (Prosecutor v. Ntawukulilyayo) Rn. 214; ICTR, Urte. v. 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), Rn. 723.

<sup>162</sup> ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229; ICTY, Urte. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 27.

<sup>163</sup> ICTY, Urte. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 37; auch *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 23.

<sup>164</sup> Ausführlich zur nicht einheitlichen Rechtsprechung *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (804 ff.).

<sup>165</sup> *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (807); *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 23.

<sup>166</sup> Vgl. ICTY, Urte. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 44 („the provision of general assistance which could be used for both lawful and unlawful activities will not be sufficient, alone, to prove that this aid was specifically directed to crimes of principal perpetrators“); auch *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 42; *ders.* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 24.

<sup>167</sup> Vgl. ICTY, Urte. v. 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), Rn. 42.

<sup>168</sup> Siehe insbesondere ICTY, Urte. v. 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović u.a.), Rn. 1617 ff.; auch ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), Rn. 126 m.w.N.; SLSGH, Urte. v. 26.9.2013 – SCSL-03-01-A (Prosecutor v. Taylor), Rn. 471 ff.; SLSGH, Urte. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 484.

<sup>169</sup> ICC, Urte. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 87 ff.

<sup>170</sup> ICC, Urte. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 93; ICC, Entsch. v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 167; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-

IStGH-Statut die Beihilfestrafbarkeit auf subjektiver Ebene, indem er verlangt, dass der Gehilfe „zur Erleichterung“ der Haupttat („for the purpose of facilitating“) handelt. Im Gegensatz zur Rechtsprechung der ad-hoc Tribunale<sup>171</sup> ist einfacher Vorsatz damit nicht mehr ausreichend. Es genügt nicht, dass der Gehilfe weiß, dass er zur Begehung der Haupttat beiträgt; die Hilfe muss vielmehr mit dem Ziel geleistet werden, die Haupttat zu erleichtern bzw. zu fördern.<sup>172</sup> Bei KZ-Mitarbeitern – dies gilt ggf. auch für Angehörige des Wachpersonals –, die nicht unmittelbar in die eigentlichen Tötungshandlungen involviert sind, dürfte der Nachweis einer solchen Erleichterungs- oder Förderungsabsicht<sup>173</sup> nur selten gelingen.<sup>174</sup>

Das IStGH-Statut ergänzt allerdings die klassische Beihilfestrafbarkeit durch die Pönalisierung sonstiger Beiträge zu Gruppentaten. Gem. Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut macht sich strafbar, wer auf sonstige Weise zu der Begehung oder versuchten Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen beiträgt. Der Beitrag muss mit dem Ziel geleistet werden, die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe zu fördern oder in Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe, das Verbrechen zu begehen, geleistet werden. Im Unterschied<sup>175</sup> zur Beihilfe wird damit in der zweiten Varian-

te auf eine über den Vorsatz hinausgehende Erleichterungs- oder Förderungsabsicht verzichtet. Zudem ist der Bezugspunkt des Vorsatzes ein anderer. Während der Gehilfe Vorsatz bezüglich der Haupttat haben muss (und er daher ihre wesentlichen Merkmale erfassen muss), verlangt Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut Kenntnis von der kriminellen Absicht der Gruppe. Dies dürfte geringere Anforderungen an die Vorsatzkonkretisierung stellen.<sup>176</sup>

Aufgrund seines Gruppenbezugs<sup>177</sup> und den im Vergleich zur Beihilfe herabgesetzten subjektiven Voraussetzungen lässt sich Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut als erweiterte Form der Individualhaftung ansehen, über die sich auch indirektere Unterstützungshandlungen – wie die allgemeine Dienstausbübung in Konzentrationslagern – erfassen lassen. Insoweit besteht auch eine strukturelle Ähnlichkeit zur JCE-Doktrin,<sup>178</sup> wobei Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut allerdings keine täterschaftliche Verantwortlichkeit begründet.<sup>179</sup> Zudem genügt die bloße Vorhersehbarkeit der Tat – anders als bei dem JCE III – nicht.<sup>180</sup> Dessen ungeachtet ist beiden Zurechnungsformen gemein, dass sie die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen absenken und so die die Anklage treffende Beweislast reduzieren.<sup>181</sup>

#### IV. Vergleichende Betrachtung: Grundelemente einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre

Die unter II. beschriebenen Zurechnungslösungen eint das Bestreben, den strafrechtlichen Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit mit der kollektiven Natur völkerrechtlicher Verbrechen zu vereinbaren. Trotz unterschiedlicher (dogmatischer) Ausgangspunkte ist ihnen im Kern gemein, dass die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermittelt wird. Die Tat selbst wird tendenziell einem Unrechtsverband – der Organisation, der Gruppe, dem

84 (Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 26; a.A. ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 997; wohl auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 280; offengelassen in ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354.

<sup>171</sup> Vgl. bereits ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), Rn. 229 („the requisite mental element is knowledge“); auch *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 27.

<sup>172</sup> ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 97.

<sup>173</sup> *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 43.

<sup>174</sup> Vgl. auch *Rackow* (Fn. 151), S. 505.

<sup>175</sup> Zur Frage, ob mit Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut eine Akzessorietätslockerung verbunden ist *Park*, Rechtsnatur, konkrete Voraussetzungen und Legitimität der Beteiligungsförmigkeit gem. Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut, 2016, S. 150 ff. Zudem verlangen einige Kammern bei Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut einen „signifikanten Beitrag“ („significant contribution“), ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3426 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1632; ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 283. Dies soll geringere Anforderungen an den Tatbeitrag stellen als das Wesentlichkeitserfordernis bei der Beihilfe („substantial contribution“), siehe insbesondere ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 260. Wie die Abgrenzung zwischen „significant“ and „substantial“ im Einzelnen erfolgen soll, bleibt allerdings unklar, *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 43; vertiefend *Park*, a.a.O., S. 170 ff. Gegen eine Beschränkung auf „significant contributions“ ICC, Entsch. v. 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354; ICC, Entsch. v. 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor

v. Al Mahdi), Rn. 27; wohl auch ICC, Entsch. v. 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 158; zum Meinungsstand *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 29.

<sup>176</sup> *Park* (Fn. 175), S. 188 ff.

<sup>177</sup> Der Beitrag des Beschuldigten muss allerdings stets mit einer Straftat in Verbindung stehen; eine Förderung der allgemeinen Gruppenaktivitäten genügt nicht, ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1632; auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282.

<sup>178</sup> Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 29 sowie die Argumentation in ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1625.

<sup>179</sup> Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; die Unterschiede zur JCE-Doktrin betont auch ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1619.

<sup>180</sup> Siehe auch ICC, Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), Rn. 282; *Ambos* (Fn. 124), Art. 25 Rn. 32.

<sup>181</sup> *Park* (Fn. 175), S. 193.



JCE – zugeschrieben<sup>182</sup> und der Einzelne für seine Mitwirkung an dem Unrechtsverband zur Verantwortung gezogen, wenn und weil er hierdurch die Tatbegehung zumindest mittelbar gefördert hat.<sup>183</sup> Geradezu paradigmatisch ist die Argumentation des BGH in der aktuellen Auschwitz-Entscheidung, die maßgeblich darauf abstellt, dass der Angeklagte durch seine allgemeine Diensttätigkeit die von „führenden SS-Funktionären“ betriebene „industrielle Tötungsmaschinerie“ unterstützte.<sup>184</sup>

Dies entspricht im Wesentlichen der bereits 1998 von Marxen entwickelten „völkerstrafrechtlichen Straftatlehre“, die auf einem aus drei Elementen und zwei Verbindungsgliedern bestehenden Zurechnungszusammenhang basiert. Das erste Element ist das konkrete Verhalten der angeklagten Einzelperson, das zweite der überindividuelle Verbrechenszusammenhang und das dritte der Verbrechenserfolg. Die diese Elemente verbindenden Momente sind 1. die Beteiligung des Individuums an dem Gesamtvorhaben und 2. die Herbeiführung des Verbrechenserfolgs durch das Gesamtvorhaben.<sup>185</sup>

Man mag diese Ergänzung der tradierten Zurechnungsregeln um ein systemisches Moment<sup>186</sup> als Abkehr vom Individualparadigma kritisieren,<sup>187</sup> sie scheint aber für eine angemessene strafrechtliche Würdigung völkerrechtlicher Verbrechen unumgänglich. Liegt ihr unrechtskonstituierendes Moment in der Verbindung zwischen Einzelakt und Gesamttat, so muss die Zurechnungslehre dem gerecht werden, indem sie die individuelle Handlung in ihrem Kollektivbezug sieht und bewertet. Dass der BGH dies in seiner aktuellen Entscheidung zur Beihilfestrafbarkeit von Angehörigen des KZ-Wachpersonals anerkannt und die nationale Rechtsprechung an die der internationalen Tribunale angepasst hat,<sup>188</sup> ist daher zu begrüßen.

<sup>182</sup> Vgl. auch *Eidam* (Fn. 94), S. 294.

<sup>183</sup> Selbst für die „klassische“ Mittäterschaft ließe sich argumentieren, dass die Tat von einem überindividuellen Täterkollektiv begangen wird, zu dem jeder Mittäter einen Beitrag geleistet hat, vgl. *Vest* (Fn. 34), S. 414; ausführlich (und kritisch) *Eidam* (Fn. 94), S. 145 ff. m.w.N.

<sup>184</sup> BGH NSTZ 2017, 158 (160).

<sup>185</sup> *Marxen* (Fn. 34), S. 231 f. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Vest*, der die Gesamttat als „Leit- und Zuordnungsprinzip“ einer völkerstrafrechtlichen Zurechnungslehre versteht, die dem Einzelnen seinen vorsätzlich erbrachten „Anteil am jeweiligen ‚kollektiven Werk‘ der ihm zurechenbaren Teil- oder Gesamttat zur Last legt“, *Vest* (Fn. 34), S. 415. Ausgehend von der Organisationsherrschaftslehre entwickelt *Vest* ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, das zwischen drei Hierarchieebenen (1. Führung, 2. Planung und Organisation, 3. Ausführung) unterscheidet.

<sup>186</sup> *Vest* (Fn. 34), S. 416; *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 11; *ders.* (Fn. 7), S. 86.

<sup>187</sup> So *Eidam* (Fn. 94), S. 332. Allgemein kritisch zur Anpassung traditioneller Zurechnungsregeln an die kollektive Natur völkerrechtlicher Verbrechen *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (74).

<sup>188</sup> Dazu oben Fn. 147 und dazugehöriger Text.

Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass durch die Zwischenschaltung eines Kollektivelements die objektiven Zurechnungsvoraussetzungen nicht unerheblich gelockert werden. Um bedenklichen und ggf. unvorhersehbaren Strafbarkeitserweiterungen vorzubeugen, muss auf subjektiver Ebene strikt am Vorsatzerfordernis festgehalten werden. Jede Herabsetzung subjektiver Zurechnungsvoraussetzungen wie sie insbesondere bei dem JCE II und III<sup>189</sup> erfolgt, sich aber möglicherweise auch in der Rechtsprechung des IStGH zum Tatplanerfordernis bei der Mittäterschaft<sup>190</sup> andeutet, ist daher abzulehnen.

Das Bedürfnis, auch in einem systemischen Zurechnungsmodell individuelle Verantwortlichkeiten nicht ausufern zu lassen, führt zu der Frage, welche Anforderungen an den individuellen Tatbeitrag zu stellen sind. Die internationale Rechtsprechung ist insoweit nicht einheitlich; die dort teilweise vorzufindende Differenzierung zwischen signifikanten, wesentlichen und essentiellen Tatbeiträgen ist dogmatisch nicht fundiert, wenig trennscharf und in der Praxis kaum durchführbar. Dies gilt umso mehr, als bei hochgradig kollektiven Tatstrukturen (nahezu) jeder Beteiligte ersetzbar ist. Verweigert er seine Mitwirkung, so übernimmt ein anderer seinen Part, sodass die Tat dennoch – und ggf. sogar ohne zeitliche Verzögerung – ausgeführt werden kann.<sup>191</sup> In diesem Sinne verwies die Verteidigung im Lubanga-Verfahren darauf, dass die betroffenen Kinder in jedem Fall und unabhängig vom Verhalten Lubangas rekrutiert worden wären,<sup>192</sup> sodass sein Tatbeitrag nicht als wesentlich oder gar essentiell betrachtet werden könne.

Die herrschende deutsche Auffassung würde diesem Vorbringen wohl die Unbeachtlichkeit hypothetischer Reserveursachen entgegengehalten.<sup>193</sup> Entscheidend ist hiernach allein, dass der Beschuldigte tatsächlich fremde Rechtsgüter beeinträchtigt hat. Ob eine ähnliche Verletzung „real möglich, mehr oder weniger wahrscheinlich oder gewiß in nächster Zukunft auch geschehen wäre“, ist irrelevant.<sup>194</sup> Bei nationalen Straftaten wird dieser Ansatz regelmäßig zu angemessen-

<sup>189</sup> Dazu oben Fn. 75 und dazugehöriger Text.

<sup>190</sup> Dazu oben Fn. 99 und dazugehöriger Text.

<sup>191</sup> *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 spricht daher von „overdetermined atrocities“.

<sup>192</sup> Defence Closing Statements (Open Session), Transkript ICC-01/04-01/06-357 v. 26.8.2010, S. 30: „it is possible to fully realise that Thomas Lubanga played no role in the recruitment and use of FPLC soldiers [...], for the simple reason that the soldiers who appointed him as leader did not need him.“; zum vergleichbaren Vorbringen im Demjanjuk-Verfahren LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (363).

<sup>193</sup> Siehe speziell im Zusammenhang mit NS-Unrecht BGHSt 2, 20 (24); LG München, JuNSV, Bd. 49, 227 (363); auch *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289); allgemein *Köhler* (Fn. 153), S. 146; *Freund* (Fn. 5), § 2 Rn. 66; *Heinrich* (Fn. 111), Rn. 85. Je nach konkreter Fallgestaltung kann auch eine alternative Kausalität vorliegen, vgl. *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (290).

<sup>194</sup> *Köhler* (Fn. 153), S. 146; auch *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289).

nen Ergebnissen führen. Sind die kollektiven Tatstrukturen aber so stark ausgeprägt, dass der Einzelne zum austauschbaren Rädchen wird, erscheint es auf den ersten Blick fraglich, ob die pauschale Ausblendung hypothetischer Ersatzursachen den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird. Im Kausalitätserfordernis soll die objektive Handlungsmacht des Täters hinsichtlich des konkreten Verletzungsgeschehens zum Ausdruck kommen.<sup>195</sup> Ist diese wirklich gegeben, wenn der Handelnde den Erfolgseintritt faktisch nicht beeinflussen konnte, da das betroffene Rechtsgut auch dann (und in vergleichbarer Weise) beeinträchtigt worden wäre, wenn er jedwede Mitwirkung verweigert hätte, sodass sein individueller Handlungsbeitrag im Ergebnis keinen Unterschied gemacht hat?<sup>196</sup>

Verneint man dies, drohen empfindliche Strafbarkeitslücken. Die Einbindung der Einzeltat in einen systemischen Gesamtkontext würde schlussendlich auch den die Tat unmittelbar Ausführenden entlasten, solange er nur darlegen kann, dass genügend andere Personen bereitstanden, seinen Platz einzunehmen.<sup>197</sup> Eine solche Lösung verkennt, dass sich der Handelnde bewusst in einen systemischen Deliktzusammenhang eingefügt und im kollektiven Zusammenwirken mit anderen den Taterfolg herbeigeführt hat.<sup>198</sup> Knüpft der strafrechtliche Vorwurf (zumindest auch) an die Beteiligung an einem Unrechtsverband an, dessen prägendes Merkmal und Funktionsvoraussetzung<sup>199</sup> die hohe Zahl an – ggf. zeitgleich und parallel agierenden – Mitwirkenden ist, so kann die hieraus zwangsläufig resultierende Fungibilität des Einzelnen nicht entlastend wirken.<sup>200</sup> Kein Systembeteiligter kann und darf sich darauf berufen, dass andere Systembeteiligte seinen Mitwirkungsbeitrag ersetzt hätten.<sup>201</sup> Vor diesem Hintergrund ist es auch verfehlt, wenn das ICTY die Wesentlichkeit des Gehilfenbeitrags bei fehlender Einflussmöglichkeit („a role in the system without influence“)<sup>202</sup> verneinen will. Dass der Einzelne isoliert betrachtet nicht die Macht hat, die Tatabläufe nennenswert zu modifizieren oder gar den Erfolgseintritt zu verhindern, ist für systemische Kollektivtaten typisch und ändert nichts daran, dass er Anteil am Gesamtgeschehen hatte.

<sup>195</sup> Siehe Köhler (Fn. 118), S. 146; vgl. auch Murmann, JICJ 12 (2014), 283 (289: „because what matters is that the specific offender was able to prevent the result“).

<sup>196</sup> Stewart, JICJ 10 (2012), 1189.

<sup>197</sup> Siehe die Beispiele bei Stewart, JICJ 10 (2012), 1189 (1190 ff.).

<sup>198</sup> Vgl. auch Stewart, JICJ 10 (2012), 1189 (1216).

<sup>199</sup> Siehe hierzu BGH NStZ 2017, 158 (160): „Nur weil ihnen eine derart strukturierte und organisierte ‚industrielle Tötungsmaschinerie‘ mit willigen und gehorsamen Untergebenen zur Verfügung stand, waren die national-sozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre überhaupt in der Lage, die ‚Ungarn-Aktion‘ anzuordnen und in der geschehenen Form auch durchführen zu lassen“.

<sup>200</sup> Vgl. Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (410), der darauf hinweist, dass in jedem systemischen Zurechnungsmodell der Grundsatz gelten muss, dass Fungibilitäten unbeachtlich sind.

<sup>201</sup> Siehe auch BGHSt 2, 20 (25).

<sup>202</sup> Dazu oben Fn. 158.

Generell dürfte einiges dafür sprechen, bei der Beihilfe auf ein Schwellenerfordernis zu verzichten. Völkerstrafrechtliche Verbrechen sind regelmäßig das Resultat einer Vielzahl individueller Handlungen, die für sich genommen (fast) bedeutungslos, im Zusammenwirken aber gravierend sind. Dass die Internationalen Tribunale insoweit teilweise strikter sind, wird man auch vor dem Hintergrund sehen müssen, dass ihr Fokus auf der Verfolgung der hauptverantwortlichen Täter liegt.<sup>203</sup> Eventuell drohenden Überpönalsierungen lässt sich entgegentreten, wenn man im Einklang mit der Lehre von der objektiven Zurechnung verlangt, dass der Gehilfe durch sein Verhalten das Risiko einer Rechtsgutsverletzung geschaffen oder erhöht hat<sup>204</sup> (wobei hypothetische Ersatzursachen nach dem eben Gesagten unberücksichtigt bleiben). Für neutrale Handlungen bietet der subjektive Ansatz des BGH<sup>205</sup> eine durchaus gangbare Lösung. Alternativ ließe sich darauf abstellen, ob die Handlung „sowohl substantiell als auch in Machart oder Verwendungszweck auf die Haupttat abgestimmt ist“.<sup>206</sup>

Die sich aufdrängende Folgefrage, die hier aber nur kurz angeschnitten sei, betrifft die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme,<sup>207</sup> die eine wie auch immer geartete Bewertung der Tatbeiträge erforderlich macht. Auch insoweit muss den strukturellen Besonderheiten völkerrechtlicher Verbrechen Rechnung getragen werden. Bedenklich ist es daher, wenn die Lubanga-Vorverfahrenskammer für eine mittäterschaftliche Tatbegehung verlangt, dass jeder der Mitwirkenden die Tat hätte verhindern können, indem er seinen Tatbeitrag verweigert.<sup>208</sup> Da die meisten Beiträge zu völkerrechtlichen Verbrechen – wie gesehen – ohne weiteres ersetzbar sind, fehlt es den Systembeteiligten regelmäßig an einer effektiven Verhinderungsmacht, ohne dass sich hieraus jedoch zwingende Rückschlüsse auf die Bedeutung ihrer Mitwirkungshandlung für das Gesamtgeschehen ergeben.<sup>209</sup> Neben den faktischen Eingriffs- und Steuerungsmöglichkeiten wird man daher immer auch berücksichtigen müssen, ob sich der Betroffene nach normativ-wertenden Kriterien als „Zentralgestalt“<sup>210</sup> erweist. Im Einklang mit der Organisationsherrschaftslehre<sup>211</sup> ist dabei seiner hierarchischeren Stellung im Zurechnungsverband und der damit

<sup>203</sup> Dazu oben Fn. 40 und dazugehöriger Text.

<sup>204</sup> Ambos (Fn. 7), S. 165; allgemein Roxin (Fn. 111), § 26 Rn. 218 ff.

<sup>205</sup> Dazu oben Fn. 151.

<sup>206</sup> So Vest (Fn. 34), S. 209.

<sup>207</sup> Siehe zur diesbezüglichen Kritik an der JCE-Doktrin, die die Tat allen Mitgliedern des JCE ohne Rücksicht auf individuelle Verantwortungsanteile zu gleichen Teilen zurechnet, Vest (Fn. 34), S. 337; Fletcher/Ohlin, JICJ 3 (2005), 539 (550).

<sup>208</sup> ICC, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 342.

<sup>209</sup> Kritisch auch Ambos (Fn. 124), Art. 25 Rn. 10 mit Fn. 53.

<sup>210</sup> Zum Täter als „Zentralgestalt“ Roxin (Fn. 111), § 25 Rn. 10.

<sup>211</sup> Siehe oben Fn. 123 und dazugehörigen Text.

einhergehenden Machtposition besondere Bedeutung beizumessen.<sup>212</sup>

### V. Zusammenfassung

Die kollektive Natur völkerrechtlicher Verbrechen und die Einbindung des Einzelnen in einen übergeordneten Aktionszusammenhang erschwert die Identifizierung individueller Verantwortungsbeiträge. Den hierzu in der deutschen und internationalen Rechtsprechung entwickelten Lösungsansätzen ist – trotz unterschiedlicher dogmatischer Ausgangspunkte – im Kern gemein, dass sie die traditionelle Zurechnungslehre um ein systemisches Moment ergänzen. Dabei wird die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg über ein Kollektiv vermittelt. Die Tat selbst wird tendenziell einem Unrechtsverband zugeschrieben und der Einzelne für seine Mitwirkung an dem Unrechtsverband zur Verantwortung gezogen, wenn und weil er hierdurch die Tatbegehung zumindest mittelbar gefördert hat.

Eine solchermaßen erweiterte Zurechnung dürfte – trotz der damit verbundenen Lösung von einem strikt verstandenen Individualparadigma – notwendig und geboten sein, um dem Kollektivbezug der individuellen Handlung gerecht zu werden. Grundvoraussetzung eines systemischen Zurechnungsmodells ist jedoch eine strikte Trennung zwischen völkerstrafrechtlichen und rein nationalen Straftaten. Dies verlangt nach einer restriktiven Auslegung des Kontexterfordernisses. Bei der – notwendig normativ geprägten – Bewertung der einzelnen Tatbeiträge ist zu berücksichtigen, dass in hochgradig kollektiven Begehungszusammenhängen die einzelnen Mitwirkungsakte regelmäßig ersetzbar sind. Auch wenn die Gestaltungs- und Verhinderungsmacht des jeweiligen Systembeteiligten daher begrenzt erscheint, lässt dies keinen zwingenden Rückschluss auf die Bedeutung seiner Handlung für das Gesamtgeschehen zu. Relevant sind insoweit vielmehr auch seine hierarchische Stellung im Zurechnungsverband und die hiermit verbundenen Einflussmöglichkeiten.

---

<sup>212</sup> Siehe auch das hierarchische Zurechnungsmodell von *Vest* (Fn. 34), S. 415 ff., sowie *Ambos* (Fn. 7), S. 86 f.