

Vorsatz im Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn

I. Einführung

Im Folgenden geht es nur um den allgemeinen Tatvorsatz im Völkerstrafrecht, mithin um das, was in der Judikatur internationaler Strafgerichte „general intent“ genannt wird, somit weder um überschießende Innentendenzen („special intent“) wie beim Völkermordtatbestand noch um reduzierte Anforderungen in besonderen Fällen wie bei Vorgesetztenverantwortlichkeit oder Joint Criminal Enterprise (JCE) Typ III. Nicht nur die beweisrechtliche Feststellung des Tatvorsatzes nimmt in der Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte breiten Raum ein, auch die Begrifflichkeit wird immer wieder aufs Neue diskutiert. Dies kann nicht verwundern, weil die Entwicklung des Völkerstrafrechts bekanntlich, wie übrigens auch die der nationalen Strafrechte, in umgekehrter systematischer Richtung verlief: Erst entstanden die Verbots- und Sanktionsnormen und erst viel später wurde über allgemeine Zurechnungsregeln nachgedacht. Soweit Völkerstrafrecht dezentral, also durch nationale Gerichte, angewandt wird, kann man sich mit ergänzender Heranziehung der nationalen Regeln des Allgemeinen Teils begnügen, so wie beim deutschen VStGB, den zahlreichen „treaty crimes“ und derzeit im Europäischen Recht, immer freilich um den Preis gewisser Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung. Aber auch für die zentrale Verwaltung des Völkerstrafrechts durch internationale Justizorgane ist ein solches kollisionsrechtliches Modell noch bis 1996 erwogen worden¹ angesichts der offenkundigen Schwierigkeiten, einheitliche Regeln aus den Rechtsquellen des Völkerrechts zu destillieren. Diese Schwierigkeiten haben den damaligen Doyen der französischen Völkerrechtler, *Paul Reuter*, in einer Sitzung der International Law Commission 1989 zu einer resignativen Warnung veranlasst:

„Noting that [...] other members had raised the question of motive and intent, he [Mr. Reuter] warned the Commission against the danger of getting lost in a theoretical discussion on that question. The problem in that regard stemmed from the fact that the terms used in various national legal languages were almost untranslatable into other languages, because they corresponded to specific concepts in a particular legal system. The Commission [...] could not formulate any general rules on that point.“²

Bei näherer Betrachtung ist es so schwierig allerdings nicht. Um nicht im Stadium der Verwirrung durch die Vielzahl der einander einerseits so ähnlich scheinenden, andererseits doch im Detail verschiedenen nationalen Rechtsbegriffe zu verbleiben, muss man freilich unter die Oberfläche drin-

gen und sich über Struktur und Funktion der subjektiven Tatseite klar werden. Dies sei kurz skizziert:

II. Struktur und Funktion der subjektiven Tatseite

1. Struktur

Die meisten, wenn nicht alle entwickelten nationalen Strafrechte unterscheiden wenigstens zwei Verschuldensformen³ („gradations of culpability“), denen in der Regel verschiedene Strafniveaus zugeordnet sind: Bewusste Tatbegehung, namentlich beabsichtigte, wird regelmäßig schwerer bestraft als unbewusste, die oftmals sogar straflos bleibt.

Solche Abstufungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen den sog. naiven Zuschreibungsmodellen des Alltags, die in der Attributionsforschung und Sozialpsychologie rekonstruiert werden.⁴ Sowohl die rechtliche wie die alltägliche Verantwortungszuschreibung beruht auf einer rationalistischen naiven Psychologie, die menschliche Handlungen als Verhalten deutet, das durch epistemische und optativische Zustände („epistemic and desiderative states“) verursacht wird⁵ im Sinne eines einfachen „desire-belief“-Modells ähnlich *Aristoteles*‘ praktischem Syllogismus⁶. Die verschiedenen Grade rechtlicher als auch naiver Verantwortungsattribution entsprechen ersichtlich den möglichen Kombinationen der verschiedenen epistemischen Systemzustände wie Wissen, Fürmöglichhalten, Voraussicht als gewiss, wahrscheinlich oder möglich, Nichtwissen etc. und optativischen Systemzustände wie Wünschen, Erstreben, Inkaufnehmen, Gleichgültigkeit usw. Dieses zweistellige Grundmodell strafrechtlicher Verschuldensbegriffe ist vermutlich universell, wobei Details der Ausfüllung und auch der theoretischen Reflexionstiefe variieren. In der deutschen Strafrechtsdogmatik ist die Differenzierung zwischen voluntativen und kognitiven Elementen geläufig, anderswo weniger.

Zur Erhellung der Struktur intentionaler Handlungen ist auch die Heranziehung der analytischen Handlungstheorie hilfreich, die anhand von Handlungsbäumen die Unterscheidung von Haupt- und Nebenfolgen, die auch in der deutschen Strafrechtsdogmatik vom Finalismus her bekannt ist, sowie die Deutung von Motiven als höherstufigen Handlungszielen erlaubt.⁷

In jeder Rechtsordnung, die zwei oder mehr Verschuldensformen kennt, werden Abgrenzungen nötig, die sich nicht selten als ausnehmend schwierig erwiesen haben, vor

¹ Updated Siracusa Draft 1996, Introductory Remarks to the General Part, vor Art. 33; zuvor schon *Pella*, *La guerre-crime et les criminels de guerre*, 1946, S. 115, und noch *Bassiouni/Blakesley*, *Vand.J.Transnat'l L.* 25 (1992), 151 (175).

² International Law Commission, Summary records of the meetings of the forty-first session 2 May–21 July 1989, 2101st meeting (12 May 1989), UN Doc. A/CN.4/SR.2101, YBILC 1989-I, 34, 38 f., §§ 48 f.

³ Der Ausdruck „Verschuldensformen“ wird hier als distanzierender generischer Terminus gewählt, weil es im Völkerstrafrecht auf die verbrechenssystematische Einordnung als Schuld- oder Unrechtsmoment nicht ankommt.

⁴ Dazu eingehend *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 118 ff., 168 ff. m.w.N.

⁵ *Forguson*, *Common Sense*, 1989, S. 164 f.; siehe auch *Morse*, in: *Freeman* (Hrsg.), *Law and Neuroscience*, 2011, S. 529 ff.

⁶ Dazu *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 174 ff.

⁷ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 183 ff. m.w.N.

allem, wenn die Untergrenze von Begriffen wie Vorsatz oder „intent“ zugleich über die Strafbarkeit entscheidet. Ein Grund der Schwierigkeit liegt darin, dass die Verschuldensbegriffe und ihre Bestandteile oft der Umgangssprache entnommen und daher intensional, also in ihrem Begriffsumfang, vage sind. Erschwerend tritt hinzu, dass das jeweilige Bezugsobjekt, die Referenz, unklar ist, denn die meisten Verschuldensbegriffe verweisen auf mentale Zustände wie z.B. den Willen, so dass ihr präziser Begriffsgehalt vom Referenzobjekt „Wille“ abzuhängen scheint. Mentale Zustände sind aber keine Dinge, keine „psychischen Sachverhalte“ oder „inneren Tatsachen“,⁸ von denen es im Einzelfall wahre Beschreibungen gäbe, sondern theoretische Begriffe in einem impliziten schlichten Handlungsmodell, das bei der Verantwortungszuschreibung im Alltag wie im Recht benutzt wird. Der Begriffsgebrauch ist zudem nicht selten mehrdeutig, schon Nietzsche bemerkte, dass Wollen „etwas *Complicités*“ zu sein scheint, „Etwas, das nur als Wort eine Einheit ist.“⁹

Man kann insbesondere, und das gilt auch rechtsvergleichend, zwei Verwendungsweisen von mentalen Ausdrücken wie Wissen oder Wollen etc. unterscheiden, eine deskriptive oder diagnostische und eine präskriptive oder normative.¹⁰ Im ersten Sinne scheinen diese Ausdrücke auf Objekte der realen Welt, mentale Zustände, zu referieren, im zweiten Sinne bezeichnet z.B. „Vorsatz“ alle Verhaltenstypen, die als genauso strafwürdig angesehen werden wie der Idealtyp der vorsätzlichen Handlung. Normativer Gebrauch findet sich auch beim Wissenselement, etwa in den Figuren der „connivance“, „wilful blindness“ oder „knowledge of the second degree“¹¹ des englischen Rechts. Häufiger ist der normative Gebrauch des Willenselements, auch im außerrechtlichen Diskurs der naiven Alltagsattribution – „Du hast es ja so gewollt!“ oder Molières „Tu l’as voulu, George Dandin, tu l’as voulu!“¹² ist keine Tatsachenbehauptung, sondern Verantwortungszuschreibung, ebenso wie die deutsche Ansicht, dass derjenige, der einen Erfolg als möglich voraussieht, aber trotzdem handelt, ohne auf das Nichteintreten zu vertrauen, sich mit diesem Erfolg im Rechtssinne „abgefunden“ und ihn daher „gewollt“ habe. Wenn man diese beiden Verwendungsweisen nicht säuberlich auseinanderhält, riskiert man

langwierige und fruchtlose Diskussionen darüber, was „dolus“ oder „intent“ wirklich sei, ob erkannte, aber unerwünschte Nebenfolgen „gewollt“ werden können usw.

2. Funktion

Bei den Verschuldensformen wie „dolus“ und „culpa“, „intent“, „recklessness“, „negligence“ usw. handelt es sich um Rechtsbegriffe, die allein nach rechtlichen Zielen geformt werden. Das wirft die selten ausdrücklich gestellte Frage auf, welche Funktion die Verschuldensformen eigentlich haben. Indem sie auf Systemzustände des naiven Handlungsmodells abstellen, kommt es für die Verantwortungszuschreibung offensichtlich darauf an, ob eine Handlung gesteuert oder wenigstens steuerbar – und damit vermeidbar – war. Die Verschuldensformen drücken also Formen der Vermeidbarkeit eines rechtlich verbotenen Handlungsvollzugs aus. Sie können darüber hinaus als Indikator eines Gesinnungswerts dienen, der die regelmäßig höhere Strafe für die bewusste und erst recht beabsichtigte Tatbegehung erklärt. Die Bewertung der einzelnen Gradabstufungen ist dabei eine normative Entscheidung.¹³ Stellt man nur auf Handlungssteuerung, also Vermeidbarkeit ab, so mag jede bewusste Erfolgsverursachung höhere Strafe verdienen, gleichgültig, ob der Täter sie gewünscht hat oder lieber vermieden hätte. Sieht man im zielgerichteten Handeln zugleich ein Indiz für höhere Gefährlichkeit oder Rechtsfeindschaft des Täters, mag¹⁴ seine optativische Einstellung als Abgrenzungskriterium bedeutsam werden. Das Erfordernis eines Willenselements mag auch bloßes Überbleibsel der christlichen Sündenlehre sein,¹⁵ die insoweit mit dem islamischen Recht¹⁶ übereinstimmt.

3. Prozessualer Einfluss

Die Kontur der rechtlichen Verschuldensbegriffe kann schließlich noch durch prozessuale Bedürfnisse beeinflusst werden. Innere Tatsachen gelten weltweit als beweisschwierig, weil wie Hommel es vor 240 Jahren ausdrückte, die Seele keine Fenster¹⁷ hat. Aber gleichgültig, ob man mentale Zu-

⁸ Sie können im Recht allerdings dennoch wie Tatsachen behandelt werden, dazu Stuckenberg, in: Böse u.a. (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser (erscheint 2019).

⁹ Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Nr. 19, Sämtliche Werke (Krit. Studienausgabe, hrsg. von Colli/Montinari), Bd. 5, 2. Aufl. 1988, S. 32 (*Hervorhebung* im Original).

¹⁰ Armin Kaufmann, in: Welzel/Conrad/Kaufmann/Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 207 (211 f.); Duff, in: Baker/Holder (Hrsg.), *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, 2013, S. 148 (152 f., 170); Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 396 ff.; vgl. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 1919, S. 27 ff.; Ross, *Harv.L.Rev.* 70 (1957), 812 (817 ff.); siehe auch Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 61 ff.

¹¹ Stuckenberg (Fn. 4), S. 383, 546 m.w.N.

¹² Molière, *George Dandin*, I, S. 9.

¹³ Zutr. Weigend, *J.Int'l Crim. Just.* 6 (2008), 471 (482).

¹⁴ Vgl. Stuckenberg (Fn. 4), S. 416 ff., 435 ff. m.w.N. Das bloße Wünschen der Tatbestandsverwirklichung lässt allerdings ohne Berücksichtigung der übrigen Handlungsgründe keine zureichenden Schlüsse zu, vgl. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, Tz. 8/8 a.E.; zum aktuellen Streit um die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzform im deutschen Recht siehe BGH, Urt. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15; dazu Fahl, *JR* 2017, 391; Tomiak, *HRRS* 2017, 225; Streng, *StV* 2017, 526; Stam, *JZ* 2018, 601, jew. m.w.N.

¹⁵ Vgl. Stuckenberg (Fn. 4), S. 214 ff., 410, 437 Fn. 2358, S. 504 f.

¹⁶ Dazu Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, 2013, S. 210 ff.; Powers, *Intent in Islamic Law*, 2015, S. 9 ff.

¹⁷ Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Auf das Neue selbst aus dem Italiänischen übersezt und mit durchgängigen Anmer-*

stände nun als innere Tatsachen betrachtet, als rechtliche Zuschreibungen oder theoretische Begriffe, ungeachtet ihres ontologischen Status' gibt es nur zwei Arten von Informationen, auf die ihre Feststellung im Prozess gestützt werden kann: Die Selbstauskunft des Handelnden, sprich das Geständnis, oder äußere Umstände, aus denen im Wege eines induktiven Schlusses auf „innere Tatsachen“ gefolgert wird,¹⁸ heute im Wege des Indizienschlusses entweder nach allgemeiner Lebenserfahrung oder in Analogie zum eigenen Erleben, früher hingegen in Gestalt von Rechtsvermutungen. Beides ist fehleranfällig und in jedem Fall sind nur Aussagen von sehr begrenzter Präzision möglich, was die materiellrechtliche Begriffsbildung klugerweise berücksichtigt, um nicht Differenzierungen einzufordern, die der Prozess willkürfrei nicht liefern kann. Ältere Rechte verschleifen materielle Begriffselemente und prozessuale Beurteilung mitunter, was Internationalen Strafgerichten auch gegenwärtig noch unterläuft, doch methodisch sind beide Aspekte klar zu trennen.

III. Verschuldensformen des Völkerstrafrechts

1. Nach der Rechtsquellenlehre

Vor dem Rom-Statut gab es bekanntlich im geschriebenen Völkerrecht keine allgemeinen Vorschriften über die subjektive Tatseite von Völkerstraftaten. Bei einzelnen Tatbeständen der „core crimes“ wie den Kriegsverbrechen begegnen Erfordernisse wie „wilful“ oder „intentional“,¹⁹ aber eher verstreut und ohne erkennbares System. Vielfach enthalten die in Konventionen formulierten Straftatbestände allerdings keine subjektiven Merkmale. Da heute Einigkeit darüber besteht, dass völkerrechtliche Strafbarkeit grundsätzlich Schuld im Sinne von Vermeidbarkeit voraussetzt,²⁰ kann aus dem Fehlen subjektiver Merkmale nicht geschlossen werden, es handele sich um Erfolgsstrafe, „strict liability“. Bei den meisten „treaty crimes“ aus jüngerer Zeit lässt sich feststel-

len, dass sie nur strafbar sein sollen, „when committed intentionally“,²¹ jedoch ohne dass der Begriff je definiert würde.

Die für die Feststellung von Gewohnheitsrecht nötige Staatenpraxis ist im Völkerstrafrecht seit jeher karg. Nationale Reformulierungen wie das VStGB sowie Gerichtsentscheidungen, die den heimischen Allgemeinen Teil anwenden, tragen zu einem einheitlichen *völkergewohnheitsrechtlichen* Vorsatzbegriff nichts bei. Ob die Judikatur internationaler Strafgerichte, die erhöhte Autorität als Rechtserkenntnisquelle genießt,²² auch eine den gewohnheitsrechtlichen usus mitkonstituierende formelle Rechtsquelle ist, ist bekanntlich umstritten²³ und erscheint mir zweifelhaft.

²¹ Z.B. Single Convention on Narcotic Drugs, New York, 30.3.1961, 520 U.N.T.S. 151, UN Doc E/CONF.34/22, 14 I.L.M. 302, in Kraft seit 13.12.1964, as amended by the 1972 Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, Art. 36; Convention on Psychotropic Substances, Vienna, 21.2.1971, 1019 U.N.T.S. 175, 10 I.L.M. 261, in Kraft seit dem 16.8.1976, Art. 22; Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, Vienna/New York, 3.3.1980, IAEA Legal Ser. No. 12 (1989), 1456 U.N.T.S. 125, 18 I.L.M. 1419, 1422, in Kraft seit 8.2.1987, Art. 7; Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, New York 9.12.1994, UN Doc A/RES/49/59, A/49/49, 2051 U.N.T.S. 363, in Kraft seit 15.1.1999, Art. 9; Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15.11.2000, UN Doc. A/55/383, in Kraft seit 25.12.2003, Art. 5; Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 31.5.2001, UN GA Res. 55/255 (2001), UN Doc. A/55/383/Add.2, in Kraft seit 29.9.2003, Art. 5; United Nations Convention against Corruption, New York, 31.10.2003, UN Doc. A/58/422, in Kraft seit 14.12.2005, Art. 15 ff., *chapeau* der Art. 15–25; w.N. in der Sammlung von *Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions, 1997.

²² Umfangreiche Nachweise bei *Stuckenberg*, GA 2007, 80 (99 Fn. 150).

²³ Abl. Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May–10 June and 4 July–12 August 2016), UN Doc. A/71/10, Identification of customary law, Conclusion 13, S. 109 f.; *International Law Association*, Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, in: Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 2000, S. 712 (729 f.); *Fitzmaurice*, in: van Asbeck (Hrsg.), *Symbolae Verzijl*, 1958, S. 153 (168 ff.); *Doehring*, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), *Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986, S. 541 (549 f.); *Jia*, in: Yee/Tieya (Hrsg.), *International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li*

kungen des Ordinarius zu Leipzig Herrn Hofrath Hommel, 1778, § VII, Fn. o).

¹⁸ Vgl. ICTY, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber), Rn. 333: „The *mens rea* of the accused need not be explicit, it may be inferred from the circumstances. Indeed, as *mens rea* is a state of mind, its proof is typically a matter of inference. The standard of proof dictates, of course, that it be the only reasonable inference from the evidence.“; ICTY, Urt. v. 22.11.2017 – IT-09-92-T (Prosecutor v. Mladić, Trial Chamber), Rn. 5219.

¹⁹ Vgl. statt vieler aus den Genfer Konventionen von 1949 (GK): Art. 33 Abs. 3, 50 GK I, Art. 12 Abs. 2, 51 GK II, Art. 130 GK III, Art. 147 GK IV, Art. 11 Abs. 4, 85 Abs. 3 und 4 ZP I; siehe auch *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, S. 392 f., 438 ff.; *Clark*, *Nordic J. Int'l L.* 57 (1988), 49 (72 ff.).

²⁰ *Glaser*, *Infraction internationale*, 1957, S. 110 ff.; *ders.*, *Culpabilité en droit international pénal*, R.C.A.D.I. 99 (1960-II), 467 ff.; *Cavicchioli*, *Riv.dir.int.* 76 (1993), 1047 (1047 ff., 1059 ff. m.w.N.).

Damit bliebe nur noch der Rückgriff auf die subsidiäre Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut). Deren Untersuchung setzt umfassende Rechtsvergleichung voraus – und nicht nur die beliebte, aber methodisch indiskutable Kümmerform der Betrachtung von „common law“ und „civil law“, womöglich gar nur deren nichtrepräsentative Vertreter England/USA und Deutschland. Sinnvoll betrieben werden kann diese rechtsvergleichende Betrachtung nur, wenn man als „*tertia comparationis*“ die zuvor erwähnten Kombinationen epistemischer und optativischer Zustände heranzieht, also fragt, welches Strafniveau mit zielgerichteter, für sicher oder bloß möglich gehaltener Tatverwirklichung verbunden wird. Sinnlos sind hingegen die beklagenswert häufigen Fragestellungen, ob „*dolus eventualis*“ dasselbe sei wie „*recklessness*“ oder „*dolus indirectus*“, weil damit fälschlich auf den *Namen* kontingenter Rechtsbegriffe – schließlich gibt es weder *den* „*dolus eventualis*“²⁴ noch *die* „*recklessness*“ – und nicht auf die Regelungsfunktion abgestellt wird. Nationale Ausdrücke sollten tunlichst vermieden und durch sparsame, neutrale, auf Sachkriterien abstellende Umschreibungen ersetzt werden. Geradezu grotesk und ein *Cannae* rechtsvergleichender Methodik sind die gelegentlich anzutreffenden Kategorisierungen nach dem Muster eines einzigen nationalen Rechts, nämlich „*dolus directus* ersten“ und „*zweiten Grades*“ usw.²⁵, womit zugleich der willkürlichen Terminologie eines einzelnen Autors, ausgerechnet des unselig verstrickten *Edmund Mezger* – der selbst schrieb, dass der „*dolus directus* zweiten Grades“ den mittelbaren Vorsatz bezeichne²⁶ – Weltgeltung verschafft wird.

Haopei, 2001, S. 77 (80, 83); *Cassese*, International Criminal Law (revised by Cassese, Gaeta u.a.), 3. Aufl. 2013, S. 13, 18; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 178, 199; *Kreß*, ZStW 111 (1999), 597 (603); *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (108 m.w.N.); a.A. *Wolfke*, Custom in Present International Law, 2. Aufl. 1993, S. 74 m.w.N.

²⁴ Im französischen Recht bezeichnet „*dol éventuel*“ eine Form der „*faute*“, also der Fahrlässigkeit, *Plawski*, Étude des principes fondamentaux du droit international pénal, 1972, S. 161; *Pin*, Droit pénal général, 5. Aufl. 2012, Rn. 190 m.w.N.; zur Entwicklung der „*recklessness*“ im englischen Recht siehe *Horder*, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8. Aufl. 2016, S. 195 ff. Für einen ebenso erhellenden und ernüchternden Blick auf die deutsche Vorsatzlehre aus Common Law-Sicht siehe *Taylor*, Oxford J. Legal Stud. 24 (2004), 99; *ders.*, Ratio Juris 17 (2004), 346.

²⁵ Z.B. *Badar* (Fn. 16), S. 423 ff.; *Badar/Porro*, in: Stahn (Hrsg.), The Law and Practice of the International Criminal Court, 2015, S. 649 (652 ff.); *Janjac*, The Mental Element of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2013, S. 16 f.

²⁶ *Mezger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1948, S. 133; dazu schon *Stuckenberg*, J.Int'l Crim. Just. 12 (2014), 311 (316).

Bei der rechtsvergleichenden Erhebung²⁷ stellt sich die schwierige Frage, wieviel Regeldivergenz tolerabel ist, um noch von einem gemeinsamen Prinzip sprechen können. Mir erscheint das Ergebnis wahrscheinlich, dass sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz etablieren lässt, für schwere Straftaten wie die „*core crimes*“ genüge jedenfalls die Eventualabsicht, d.h. das Erstreben der für wenigstens möglich gehaltenen Tatbestandsverwirklichung, sowie die Wissentlichkeit, d.h. die Prognose, der Tatbestand werde durch das gewollte Handeln praktisch sicher verwirklicht werden. Schwieriger dürfte die Untersuchung der Konstellation bewusst riskanten Verhaltens sein, zumal nicht auszuschließen ist, dass z.B. viele der bei uns als „*dolus eventualis*“ diskutierten Fälle anderswo im Wege der Beweiswürdigung als willentlich („*dolus ex re*“, Vorsatzvermutung), der Erfolgsqualifikation oder Erfolgshaftung (man denke an präterintentionale Delikte oder die „*felony-murder rule*“) erledigt werden. Vermutlich lässt sich feststellen, dass jedenfalls in vielen Rechtsordnungen das Für-möglich- oder Für-wahrscheinlich-Halten der nicht angestrebten Verwirklichung schwerer Straftaten ebenfalls Strafhaftung auslöst, deren Niveau aber geringer sein mag als bei Absicht oder Wissentlichkeit. Was das für das Völkerstrafrecht, das keine Strafrahenabstufungen kennt, bedeuten würde, ist fraglich – es könnte aber genügen, dass überhaupt erhöhte Strafe begründet ist.

2. In der Rechtsprechung bis zum ICC

Im Nürnberger Verfahren hat das Internationale Militärtribunal regelmäßig Kenntnis als subjektive Voraussetzung verlangt und bloß vermeidbare Unkenntnis nicht genügen lassen.²⁸ Die beiden ad hoc-Gerichte hatten dann die nicht beneidenswerte Aufgabe, unter den Bedingungen der Normenarmut judizieren zu müssen, ohne in der Lage zu sein, die etwa für die Erhebung allgemeiner Rechtsgrundsätze nötige umfassende Rechtsvergleichung leisten zu können. Die Gerichte haben sich einer allgemeinen Definition der Anforderungen an die subjektive Tatseite enthalten, sondern nur die jeweils anzuwendenden Straftatbestände betrachtet. Dabei tritt ein praktisches Bedürfnis nach einer Verschuldensform unterhalb der Wissentlichkeit deutlich hervor. Beide Gerichte haben daher angenommen, bewusst riskantes Handeln genüge für eine Vielzahl von Völkerstraftaten. Die Begründungen fallen oft sehr knapp und methodisch unzulänglich aus oder fehlen ganz; die verwendeten Formulierungen schwanken und sind mitunter inkonsistent. Zwei Beispiele sollen hier genügen.²⁹

²⁷ Ein früher, zu Unrecht weithin vergessener Ansatz findet sich bei *Glaser* (Fn. 20).

²⁸ Nachweise bei *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 375 ff.; *Ambos* (Fn. 19), S. 107 ff.; *Cassese* (Fn. 23), S. 43 ff.; *Badar* (Fn. 16), S. 234 ff.

²⁹ Weitere Nachweise bei *Schabas*, New England L.Rev. 37 (2003), 1015; *Porro*, Risk and Mental Element, 2014, S. 120 ff.; *Badar* (Fn. 16), S. 287 ff.; *ders.*, Int'l Crim.L.Rev. 6 (2006), 313 (328 ff.); auch *Knoops*, Mens Rea at the International Criminal Court, 2017, S. 13 ff.

a) Für das Menschlichkeitsverbrechen der Ausrottung („extermination“) hat das ICTR, beginnend mit Kayishema, ohne nähere Begründung angenommen, die Tathandlungen „may be done with intention, recklessness, or gross negligence“.³⁰ Mehrere Urteile sind dem gefolgt,³¹ die Trial Chamber in Semanza³² meinte hingegen, nur „intentional conduct“ sei ausreichend, worin die Kammer in Kajelijeli keinen Widerspruch sah, denn „recklessness or grossly negligent conduct are forms of *mens rea*“.³³ In Kamuhanda heißt es, „recklessness or grossly negligent conduct“ seien indiziell (indicative) für *mens rea*.³⁴ Das ICTY ließ in Krstić genügen, dass der Täter die Wahrscheinlichkeit der Todesfolge vorhergesehen hat,³⁵ während die Verfahrenskammer in Stakić befand, wegen der Natur des Delikts genügten entgegen Kayishema „recklessness“ und „gross negligence“ nicht, es müßten „*dolus directus*“ oder „*dolus eventualis*“ sein.³⁶ Kurioserweise war in derselben Entscheidung kurz zuvor ohne Umschweife „*dolus eventualis*“ aus dem deutschen Recht mit der US-amerikanischen „recklessness“ gleichgesetzt und als gewohnheitsrechtlicher subjektiver Tatbestand für „murder as war crime“ unter Art. 3 ICTY Statute ausgegeben³⁷ worden mit dem rätselhaften Zusatz, grobe Fahrlässigkeit („gross negligence“) reiche aber nicht. Die Berufungskammer hat in mehreren Entscheidungen lediglich gesagt, die Taterfolge müssten „intended“ sein, ohne dies näher zu erläutern, wo-

rauf es auch nicht ankam.³⁸ In der jüngsten Entscheidung in Mladić heißt es allerdings:

„The *mens rea* required for extermination is the intention to either (a) kill the victim, or (b) wilfully cause serious bodily harm which the perpetrator should reasonably have known might lead to death, with the additional intention to do so on a mass scale.“³⁹

Die zweite Alternative „should have reasonably known“ klingt nach Fahrlässigkeit, falls es keine missverständlich formulierte Beweiswürdigungserwägung ist.

b) Die subjektive Tatseite des Kriegsverbrechens der Tötung geschützter Personen, die hinsichtlich des Todeserfolgs mit dem Menschlichkeitsverbrechen der Tötung übereinstimmt,⁴⁰ wurde schon früh entweder als Tötungsvorsatz („intention to kill“) oder – dies erinnert an die englische Figur der „implied malice“, wonach Körperverletzungsvorsatz für vorsätzlichen Totschlag ausreicht⁴¹ – Vorsatz bzgl. schwerer Körperverletzungen, von denen der Täter weiß, dass sie wahrscheinlich zum Tod führen, umschrieben.⁴² „Intention“ bzgl. eines Erfolges wurde so definiert: „The result is intended when it is the actor’s purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events“.⁴³

Wohl in Blaškić⁴⁴ taucht erstmals eine unklare Formulierungsvariante der zweiten Alternative auf, welche lautet:

³⁰ ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 146.

³¹ ICTR, Urt. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema, Trial Chamber), Rn. 89; ICTR, Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (Prosecutor v. Kajelijeli, Trial Chamber), Rn. 894 f.; ICTR, Urt. v. 13.4.2006 – ICTR-00-60-T (Prosecutor v. Bisengimana, Trial Chamber), Rn. 72; offenlassend ICTR, Urt. v. 15.7.2004 – ICTR-01-71-T (Prosecutor v. Nindabahizi, Trial Chamber I), Rn. 480.

³² ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza, Trial Chamber III), Rn. 341; ebenso ICTR, Urt. v. 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura et al., Trial Chamber III), Rn. 701; ICTR, Urt. v. 13.12.2005 – ICTR-01-76-T (Prosecutor v. Simba, Trial Chamber I), Rn. 422.

³³ ICTR, Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (Prosecutor v. Kajelijeli, Trial Chamber), Rn. 895.

³⁴ ICTR, Urt. v. 22.2.2004 – ICTR-99-54A-T (Prosecutor v. Kamuhanda, Trial Chamber II), Rn. 696.

³⁵ ICTY, Urt. v. 2.8.2001 – IT-93-33-T (Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber), Rn. 495 m.w.N. („The offences of murder and extermination have a similar element in that they both intend the death of the victims. They have the same *mens rea*, which consists of the intention to kill or the intention to cause serious bodily injury to the victim which the perpetrator must have reasonably foreseen was likely to result in death.“); ebenso, ICTY, Urt. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević, Trial Chamber II), Rn. 229.

³⁶ ICTY, Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber II), Rn. 642.

³⁷ ICTY, Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber II), Rn. 587.

³⁸ ICTR, Urt. v. 13.12.2004 – ICTR-96-10-A and ICTR 96-17-A (Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Appeals Chamber), Rn. 522; ICTY, Urt. v. 22.3.2006 – IT-97-24-A (Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber), Rn. 259; ICTR, Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A (Gacumbitsi v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 86.

³⁹ ICTY, Urt. v. 22.11.2017 – IT-09-92-T (Prosecutor v. Mladić, Trial Chamber), Rn. 3067.

⁴⁰ ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber), Rn. 386 Fn. 913.

⁴¹ Vgl. nur Ormerod/Laird, Smith, Hogan, & Ormerod’s Criminal Law, 15. Aufl. 2018, S. 512 ff., 514 m.w.N. So formuliert etwa ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 140 („The accused is guilty of murder if the accused, engaging in conduct which is unlawful: 1. causes the death of another; 2. by a premeditated act or omission; 3. intending to kill any person or, 4. intending to cause grievous bodily harm to any person.“).

⁴² ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-94-4-T (Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber I), Rn. 589 („intention to kill or inflict grievous bodily harm on the deceased having known that such bodily harm is likely to cause the victim’s death, and is reckless whether death ensues or not.“); auch ICTY, Urt. v. 5.12.2003 – IT-98-29-T (Prosecutor v. Galić, Trial Chamber), Rn. 150; Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 147.

⁴³ ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 139; ICTY, Urt. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreškić, Trial Chamber), Rn. 561.

⁴⁴ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 217; ebenso ICTY, Urt. v.

„intent to [...] cause grievous bodily harm *in the reasonable knowledge* that the attack was likely to result in death“, die in manchen Fassungen nach Fahrlässigkeit klingt: „intent to [...] wilfully cause serious bodily harm *which the perpetrator should reasonably have known might lead to death*“⁴⁵ oder „[intent to cause] serious bodily injury *which, as it is reasonable to assume, he had to understand was likely to lead to death*“⁴⁶, „l'intention [...] de porter des atteintes graves à son intégrité physique *dont il ne pouvait que raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort*“⁴⁷. Im Karadžić-Urteil von 2016 wird dies wie folgt erläutert:

„447. In order to satisfy the *mens rea* of murder, the Prosecution must prove that the act was committed, or the omission was made, with an intention to kill (*animus necandi*) or to wilfully cause serious injury or grievous bodily harm which the perpetrator should reasonably have known might lead to death.

448. Thus, the *mens rea* of murder includes both direct intent (*dolus directus*), which is a state of mind in which the perpetrator desired the death of the individual to be the result of his act or omission, and indirect intent (*dolus eventualis*), which is knowledge on the part of the perpetrator that the death of a victim was a probable consequence of his act or omission.“⁴⁸

Offensichtlich besagen die beiden Absätze nicht dasselbe, was das Gericht aber nicht zu stören scheint. Dies deutet darauf hin, dass der Vorsatznachweis regelmäßig so unprob-

lematisch ist, dass auf die Formulierung der Kriterien keine Mühe verwendet werden muss.

Für wie wahrscheinlich der Täter den Erfolgseintritt halten muss, ist nur vereinzelt präzisiert worden, nämlich, dass der Erfolgseintritt wahrscheinlicher sei als sein Ausbleiben („more likely than not“).⁴⁹ „Recklessness“ und „gross negligence“ fielen nicht unter den Begriff von „intent“.⁵⁰ Kontextbedingt höhere Anforderungen sind von der Berufungskammer in Blaškić für den Vorsatz des Befehlsgebers formuliert worden, der nur haftet bei „awareness of the *substantial likelihood* that a crime will be committed in the execution of that order“, weil sonst jeder Befehlshaber strafbar sei, weil es diese Möglichkeit immer gebe.⁵¹ Umgekehrt reicht bei JCE III die Voraussicht der *Möglichkeit* der Tatbegehung.⁵²

Eine weitere Formulierungsvariante verlangt nach einem optativischen Element: „intent to [...] inflict grievous bodily harm or serious injury, in the knowledge *and with the acceptance* that such act or omission was more likely than not to cause death“.⁵³ Eine eigenständige Bedeutung hat das Erfordernis des Akzeptierens aber ersichtlich nicht erlangt, weil es stets aus der Kenntnis erschlossen wird.⁵⁴

Insgesamt ist festzustellen, dass das freihändige Hantieren mit fremdrechtlichen Konzepten wie „animus necandi“, „do-

26.2.2001 – IT-95-124/2-T (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Chamber), Rn. 236; ICTY, Urt. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević, Trial Chamber II), Rn. 205; ICTY, Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Prosecutor v. D. Milošević, Appeals Chamber), Rn. 108; ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber II), Rn. 381; ICTY, Urt. v. 27.1.2014 – IT-05-87/1-A (Prosecutor v. Đorđević, Appeals Chamber), Rn. 548 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁵ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 153; ICTY, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić et al. [Čelebići], Appeals Chamber), Rn. 422; ICTY, Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber), Rn. 261; ICTY, Urt. v. 30.5.2013 – IT-03-69-T (Prosecutor v. Stanišić and Simatović, Trial Chamber), Rn. 974; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić, Trial Chamber), Rn. 447; ICTR, Urt. v. 28.9.2011 – ICTR-04-81-A (Setako v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 257; ICTR, Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44-A (Karemera and Ngirumpatse v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 670 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁶ ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 36 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁷ ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 46 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁸ ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić, Trial Chamber), Rn. 448.

⁴⁹ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348.

⁵⁰ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 348.

⁵¹ ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 37 ff., 41 f.; dem folgend ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 30; ICTY, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar), Rn. 235 f.; ICTY, Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 152; ICTR, Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Nahimana et al. v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 480; ICTY, Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11-A (Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber), Rn. 222; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 200 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁵² ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 33 mit widersprüchlicher Formulierung („lower standard of foreseeability – that is, an awareness that such a crime was a possible consequence of the execution of the enterprise“), denn Voraussehbarkeit ist nicht dasselbe wie Voraussicht.

⁵³ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁵⁴ ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 42; ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 30 ff.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348; ICTY, Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11-A (Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber), Rn. 223; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 223, 225, 232; w.N. bei Porro (Fn. 29), S. 123 Fn. 285.

lus directus“, „dolus indirectus“, „dolus eventualis“, „dolus coloratus“, „indirect intent“, „oblique intent“, „recklessness“, „gross negligence“ etc. nebst der unkritischen Übernahme von Formeln wie der, dass das voluntative Element bei „dolus eventualis“ „acceptance“ sei, welches der „recklessness“ fehle, Begriffsjurisprudenz im schlechten Sinne ist, weil es an der Oberfläche bleibt und bloße Bezeichnungen mit dem sachlichen Gehalt von Rechtsregeln verwechselt.⁵⁵ Besser sind die Entscheidungen, die sachliche Kriterien festlegen. Demnach genügt für die subjektive Tatseite im allgemeinen „direct“ oder „indirect intent“, wobei „direct intent“ meint, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung entweder anstrebte oder als praktisch gewiss voraussah – vereinzelt Entscheidungen lassen „wilful blindness“ genügen, wobei es sich meist um Beweisschlüsse handelt⁵⁶ –, und „indirect intent“ bedeutet, dass der Täter sie als überwiegend wahrscheinlich voraussah. Im Unterschied dazu solle „recklessness“ oder „gross negligence“ nicht ausreichen, wobei unklar bleibt, was das heißt.⁵⁷

In der Sache erscheint dies durchaus vernünftig, allerdings lässt sich der nachlässige Sprachgebrauch allenfalls als autonome richterrechtliche Begriffsbildung verteidigen, weil er mit etlichen nationalen Konzepten über Kreuz liegt: In den anglo-amerikanischen Rechten, aber auch im italienischen oder russischen Recht bezeichnet „indirect intent“ das, was die ad hoc-Gerichte „direct intent“ nennen, nämlich Wissentlichkeit bzgl. Nebenfolgen. Der „indirect intent“ der Gerichte entspricht der modernen Definition von „recklessness“ als „conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk“.⁵⁸ Damit steht die Judikatur insgesamt dem deutschen Vorsatz-

⁵⁵ Das Risiko der Begriffsverwirrung war den Gerichten nicht unbekannt, vgl. ICTY, Ur. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber II), Rn. 235: „In some cases the description of an indirect intent as *dolus eventualis* may have obscured the issue as this could suggest that *dolus eventualis* as understood and applied in a particular legal system had been adopted as the standard in this Tribunal.“

⁵⁶ ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić, Trial Chamber), Rn. 657, 659; im Sinne einer Beweisvermutung (Indizienschlusses): ICTY, Ur. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić et al. [Čelebići], Appeals Chamber), Rn. 226; ICTY, Ur. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 460 a.E.; ICTY, Ur. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 496; siehe *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (67 ff.).

⁵⁷ So definierte ICTY, Ur. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 254, „indirect malicious intent“ noch als „the agent did not deliberately seek the outcome but knew that it would be the result“ – wohl im Sinne von praktischer Gewissheit bzgl. einer Nebenfolge – und „recklessness“ nach *Pradels* Lehrbuch Droit pénal comparé (!) als „the outcome is foreseen by the perpetrator as only a probable or possible consequence“.

⁵⁸ *American Law Institute*, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), 7 Bände, 1962/1985, Model Penal Code § 2.02 (2) (c).

verständnis näher als dem angelsächsischen, nach dem „recklessness“ und „intent“ zwei verschiedene Kategorien sind,⁵⁹ und nach dem, wie ein amerikanischer Autor schrieb, es „nonsensical“⁶⁰ wäre, „dolus eventualis“ als Unterfall von „intent“ anzusehen. Schließlich verlangt „indirect intent“ der Gerichte mehr als der deutsche *Mainstream-dolus eventualis*, für den eine Möglichkeitsvorstellung genügt.

Dass die Gerichte sich jeweils nur zu einzelnen Tatbeständen oder Beteiligungsformen usw. geäußert haben, verdient Zustimmung, denn einzelne Normen mögen Besonderheiten aufweisen, wie die Befehlserteilung oder JCE. Verkannt wurden solche Besonderheiten aber bei der Bestimmung der subjektiven Tatseite der Kriegsverbrechen des Angriffs auf zivile Ziele („wilfully directing attacks“ [...]), wofür die Gerichte sogar „recklessness“ genügen lassen⁶¹ mit der Folge schwerer Verwerfungen bei der Anwendung des humanitären Völkerrechts.⁶²

3. Im Rom-Statut

Art. 30 des Rom-Statuts stellt als erste allgemeine Regelung der Verschuldensformen im Völkerstrafrecht fraglos eine Errungenschaft dar. Im Wortlaut:

„Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3. For the purposes of this article, ‚knowledge‘ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. ‚Know‘ and ‚knowingly‘ shall be construed accordingly.“

Erfreulich ist auch das Bemühen, sich von nationaler Terminologie zu lösen und stattdessen sachliche Kriterien zu for-

⁵⁹ Statt vieler *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (90).

⁶⁰ *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (83).

⁶¹ Z.B. ICTY, Ur. v. 17.7.2008 – IT-01-42-A (Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber), Rn. 270; ICTY, Ur. v. 30.12.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 140; ICTY, Ur. v. 5.12.2003 – IT-98-29-T (Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I), Rn. 54; ICTY, Ur. v. 12.12.2007 – IT-98-29/1-T (Prosecutor v. D. Milošević, Trial Chamber III), Rn. 951; siehe aber noch ICTY, Ur. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber II), Rn. 281, 311 (offenlassend, ob „indirect intent“ reicht).

⁶² Damit wird ersichtlich das Unterscheidungsgebot („principle of distinction“) unterlaufen, sehr krit. *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (92 ff., 111 f.).

mulieren. Das ist aber wohl schon alles, was an der Vorschrift Lob verdient.⁶³ Tadelnswert ist hingegen mehreres: Erstens der überflüssige „element analysis“-Ansatz, zweitens die missratene Gesetzgebungstechnik, die, drittens, zu der nirgends sonst auf der Welt anzutreffenden Verengung des Tatvorsatzes auf Wissentlichkeit und damit zu schwierigen Folgeproblemen führt.

Die Vorschrift beruht bekanntlich auf einem kanadischen Entwurf,⁶⁴ die unglückselige additive Kopula „und“ zwischen „intent“ und „knowledge“ im ersten Absatz auch auf französischem Einfluss.⁶⁵ Teile der Formulierungen in den Absätzen 2 und 3 sind wortgleich mit Normtexten oder Entwürfen aus dem Common Law-Raum.⁶⁶ Ein „Kompromiss zwischen common law und civil law“, wie manchmal zu lesen ist,⁶⁷ ist die Regelung keineswegs, sondern eher das Ergebnis des von Teilnehmern beschriebenen Zusammenbruchs der Kommunikation zwischen den verschiedenen Begriffswelten.⁶⁸

⁶³ Krit. auch *Ambos* (Fn. 19), S. 758 ff.; *Eser*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd. 1, 2002, S. 889, 890 ff.; *Roßkopf*, *Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens*, 2007, S. 73 ff., 97 ff., 191; *Schabas*, *New England L.Rev.* 37 (2003) 1015 (1025); *Weigend*, in: *Association Internationale de Droit Pénal* (Hrsg.), *International Criminal: Quo Vadis?*, *Nouvelles Études Pénales* 19, 2004, S. 319; *Werle/Jeßberger*, *J. Int'l Crim. Just.* 3 (2005), 35 (37). Vorschläge de lege ferenda bei *Roßkopf*, a.a.O., S. 99; *Finnin*, *Int'l & Comp. L. Qu.* 61 (2012), 325 (359).

⁶⁴ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 12–30 August 1996, *Applicable Law and General Principles of Law*, Working Paper submitted by Canada, 6 August 1996, UN Doc. A/AC.249/L.4, S. 10, 18; *Saland*, in: *Lee* (Hrsg.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*, 1999, S. 205.

⁶⁵ *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (302).

⁶⁶ Namentlich „means to“ und „is aware that that it will occur in the ordinary course of events“, vgl. den australischen *Criminal Code Act 1995* (Commonwealth), ss. 5.2 ff. und den Entwurf der englischen *Law Commission*, *Criminal Law, A Criminal Code for England and Wales* (Law Com. No. 177), Vol. 1, Report and Draft Criminal Code Bill, 1989, s. 18; dazu *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 246 Fn. 1313 m.w.N.

⁶⁷ *Satzger*, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 8. Aufl. 2018, § 15 Rn. 22; *ders.*, *NStZ* 2002, 125 (128); *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 15 Rn. 95. Nach *van der Vyver*, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 12 (2004), 57 (59) hingegen beruht die Vorschrift ausschließlich auf civil law-Konzepten.

⁶⁸ *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (302) = *ders.*, *ZStW* 114 (2002), 372 (379 Fn. 21); siehe auch *Kelt/von Hebel*, in: *Lee* (Hrsg.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, S. 19, 22.

a) Kritik

Zum ersten Monitum: Die im Common Law durch den Model Penal Code popularisierte sog. „element analysis“,⁶⁹ d.h. die Differenzierung der subjektiven Merkmale nach der Klassifizierung der objektiven Merkmale in Verhalten („conduct“), Umstände („circumstances“) und Folgen („result“, „consequences“) kann sich zwar auf illustre Vorläufer wie *Bentham*⁷⁰ und *Salmond*⁷¹ berufen, bringt aber keinen praktischen Gewinn an Präzision, sondern gaukelt diesen allenfalls vor, und wird daher seit langem kritisiert.⁷² Die erste Schwierigkeit ist, Verhalten, Folgen und Umstände abstrakt gehaltvoll zu definieren, denn unterschiedliche Handlungsbeschreibungen liefern auch unterschiedliche Verhältnisse von Verhalten zu Folgen und Umständen.⁷³ Hinzu kommt, dass sich bewusste Absichten eher selten auf einzelne Körperbewegungen beziehen, falls diese Teil einer komplexen Verrichtung sind, sondern auf diese als Sinneinheit, die ihre Bedeutung aus Bezügen zu Umständen und Folgen erhält.⁷⁴ Will man Umstände und Folgen aus dem Begriff des Verhaltens herausnehmen, dann bleibt dafür nicht mehr als eine Körperbewegung, so dass die Bestimmung „a person has intent in relation to conduct [where] that person means to engage in that conduct“ lediglich die gewillkürte Körperbewegung („willed bodily movement“) bezeichnet,⁷⁵ also das,

⁶⁹ Vor allem Model Penal Code (Fn. 58), § 2.02 (2) (siehe auch die Nachweise der einzelstaatlichen Strafgesetze in *Commentary*, Fn. 4??); *Illinois Criminal Code Rewrite and Reform Commission*, Final Report, 2003, Vol. I: Proposed Illinois Criminal Code, sec. 206; ähnl. *Law Commission* (Fn. 66), *Australian Criminal Code 1995* (Fn. 66), ss. 5.2–5.5; w. N. bei *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 240 ff., 246 ff.

⁷⁰ *Bentham*, *Principles of Morals and Legislation*, zit. nach: *Bowring* (ed.), *The Works of Jeremy Bentham 1838*, Reprint New York 1962, Vol. I, ch. VII, § XXVII, ch. VIII, § II und § XIII.

⁷¹ *Salmond*, *Jurisprudence*, 7. Aufl. 1924, § 128 S. 383.

⁷² Siehe nur *Hall*, *General Principles of Criminal Law*, 2. Aufl. 1960, S. 176 f.; *Robinson*, *Structure and Function in Criminal Law*, 1997, S. 25 ff., 44 ff., 49 ff. m.w.N.; *Duff*, *Criminal Attempts*, 1996, S. 10, 12 ff.; *Robinson/Grall*, *Stan.L.Rev.* 35 (1983), 681 (706 ff.).

⁷³ Vgl. *Duff*, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, 1990, S. 41; *ders.* (Fn. 72), S. 13; krit. auch *White*, *Grounds of Liability*, 1985, S. 33.

⁷⁴ *Duff*, in: *Shute/Gardner/Horder* (Hrsg.), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, S. 75, 83; *ders.* (Fn. 72), S. 310.

⁷⁵ *Piragoff/Robinson*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3. Aufl. 2016, Art. 30 Rn. 14; *Werle/Jeßberger* (Fn. 23), Rn. 500; *Eser* (Fn. 63), S. 913; *Schabas*, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2016, S. 631; *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (303 Fn. 39); *Badar* (Fn. 16), S. 388 f.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 76 ff.; *Finnin*, *Int'l & Comp. L. Qu.* 61 (2012), 325 (338 f., 358); siehe auch *Robinson* (Fn. 72), S. 26 f., 52; *ders.*, in: *Shute/Gardner/Horder* (Hrsg.), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, S. 187, 204; vgl. *Ambos*, *Treatise on International Criminal*

was – nicht nur – im deutschen Recht den Grenzbegriff der „Handlung“ im von *Liszt* im Sinne ausmacht und was in der analytischen Philosophie „Basishandlung“⁷⁶ heißt. Bedurfte hätte es dieser Regelung nicht. Systematisch betrachtet ist sie fehlplaziert. Das erklärt, warum es kein Wissensselement bezüglich des Verhaltens gibt: Kann ich z.B. wissen, dass meine Hand sich hebt, ohne es zu wollen – falls kein Fall von Reflex oder vis absoluta vorliegt? Folgen sind an sich selbst Umstände,⁷⁷ lassen sich aber von Umständen dadurch abgrenzen, dass der Handelnde sie ändert oder ändern kann.⁷⁸ Dass für Umstände kein Willenselement angegeben ist, dürfte auf der klassischen, von *Bentham* ebenso wie von *Binding* vertretenen Ansicht beruhen, dass man Seiendes, Gegenwärtiges nicht wollen könne, sondern nur das, was man zukünftig hervorbringen oder ändern könne.⁷⁹ Da bezüglich der Folgen aber auch „knowledge“ erforderlich ist, unterscheiden sich die Anforderungen für Folgen und Umstände letztlich nicht: beide müssen mit praktischer Gewissheit gewusst oder antizipiert werden, so dass die Unterscheidung sinnlos ist.

Damit kommen wir zum zweiten Monitum: Unglücklich ist zunächst der Gebrauch des schillernden Ausdrucks „intent“, den etwa der Model Penal Code wegen des notorischen Streits darum bewusst vermieden hatte. Unglücklich ist ferner, dass die Definition von „intent“ mit seinem Gebrauch in überschießenden Absichten wie in Art. 6 nicht harmoniert.⁸⁰ Schwerwiegender ist, dass die additive Verknüpfung von „intent“ und „knowledge“ schon deshalb misslungen ist, weil in den meisten Rechten „intent“ den Oberbegriff und „knowledge“ einen Unterfall vorsätzlichen Handelns darstellt. Erschütternd misslungen, an sich nur als der Überstürzung geschuldetes Redaktionsversehen erklärbar⁸¹ ist ferner, dass

Law, Vol. I, 2013, S. 272 m.w.N. zur Genese, a.A. dort S. 274 („refers to the volitional aspect of the conduct and not to its voluntariness“); *Gil Gil*, Int’l Crim.L.Rev. 14 (2014), 81 (105 ff. m.w.N., 107: „the concept of will to act emphasizes the content of the will, what the person concerned wanted to do when he/she made that voluntary movement“ – das Argument verkennt, dass ein gehaltvolles Handlungsziel nicht ohne Hinzunahme von Umständen und Resultaten beschrieben kann).

⁷⁶ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 184 ff. m.w.N.

⁷⁷ *Illinois Criminal Code Rewrite and Reform Commission* (Fn. 69), Vol. 2, S. 54.

⁷⁸ *Duff* (Fn. 73), S. 42; *Robinson* (Fn. 72), S. 26.

⁷⁹ *Bentham* (Fn. 70), ch. VIII § X III; *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band II-2, 2. Aufl. 1916, S. 809; w.N. und Kritik bei *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 244.

⁸⁰ Der Sprachgebrauch ist auch sonst nicht einheitlich, vgl. Art. 25 (3) (d) (ii), dazu *Ambos* (Fn. 19), S. 761.

⁸¹ Da die disjunktive Verbindung schon seit Februar 1997 nicht mehr als Option angeführt wurde, vgl. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.4, 20 February 1997, Art. H, liegt allerdings weder Übereilung noch Redaktionsversehen, sondern ein Mangel an Sorgfalt

bezüglich – nur – des Erfolges „intent“ und „knowledge“ beide nötig,⁸² aber auch teildentisch definiert sind, was dazu führt, dass das Erfordernis „means to cause that consequence“ logisch überflüssig ist. Formalisiert:

Mental element (in relation to a consequence) = intent and knowledge

Intent (in relation to a consequence) = that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

Knowledge (in relation to a consequence) = awareness that a consequence will occur in the ordinary course of events

a = means to cause the consequence

b = is aware that the consequence will occur in the ordinary course of events

intent = (a ∨ b)

knowledge = b

ME = mental element

ME = (a ∨ b) ∧ b

Nach dem Verschmelzungsgesetz⁸³ ist: (a ∨ b) ∧ b = b also:

ME = b

Nötig ist also für Umstände wie Folgen immer praktische Gewissheit; darauf, ob die Folge auch angestrebt wird, kommt es niemals an. Es ist erstaunlich, dass dieses logische Verhältnis übersehen worden ist. Art. 30 hätte also logisch äquivalent dahingehend knapp formuliert werden können, dass der Täter dann strafrechtlich verantwortlich ist, wenn er die Tatbestandsverwirklichung als praktisch gewisse Folge seines gewollten Verhaltens ansieht.

Daraus ergibt sich das dritte, in der Literatur schon oft erhobene Monitum:⁸⁴ Art. 30 stellt damit höhere Anforderungen an den Tatvorsatz als vermutlich alle nationalen Straf-

und strafrechtlichem Verständnis vor. Wenn *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 10, die additive Verknüpfung damit erklären, man könne nicht vorsätzlich handeln ohne Kenntnis der Umstände, so ist zwar der Gedanke richtig, aber die Umsetzung misslungen; krit. auch *Eser* (Fn. 63), S. 905.

⁸² *Ambos* (Fn. 75), S. 275; a.A. *Cassese* (Fn. 23), S. 56 f., wonach entgegen dem Wortlaut „intent or knowledge“ zu lesen sei, soweit das Effektivitätsgebot (ut res magis valeat quam pereat) dies verlange – der Rückgriff auf diese Interpretationsregel dürfte indes im Strafrecht generell und im Rom-Statut wegen Art. 22 (2) schwerfallen; *van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility, 2012, S. 46, die annimmt, die Ausdrücke „intent“ und „knowledge“ hätten in Abs. 1 einerseits und Abs. 2 und 3 andererseits verschiedenen Bedeutungen, wofür jedoch nichts spricht.

⁸³ *Zoglauer*, Einführung in die formale Logik für Philosophen, 2. Aufl. 2002, S. 48; *Quine*, Elementary Logic, rev. ed. 1980, S. 53, § 21 (2).

⁸⁴ Ähnl. *Cassese*, Eur.J.Int’l L. 10 (1999), 144 (153 f.); *ders.* (Fn. 23), S. 39, 56 f.; *Werle/Jeffberger* (Fn. 23), Rn. 496 ff.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 81 ff., 91; *Porro* (Fn. 29), S. 236, 240.

rechte und als die anderen internationalen Strafgerichte, insbesondere weil die Eventualabsicht – der Täter strebt einen Erfolg an, den er aber nicht für praktisch gewiss hält – ausgeschlossen ist. Dass dies axiologisch ungereimt ist, demonstriert ein Beispiel von *Sarah Finnin*: Täter platziert einen improvisierten Sprengsatz mit Zeitzünder an einem belebten Ort. Er weiß, dass diese Sprengsätze unzuverlässig sind und nicht einmal in der Hälfte aller Fälle zünden, wünscht aber, dass er explodiert. Dies geschieht. Nach Art. 30 ist er mangels praktischer Gewissheit nicht strafrechtlich verantwortlich.⁸⁵ Zwar hat das Katanga-Urteil in einem obiter dictum angedeutet, dass das Wissensmoment nur bei nicht erwünschten Erfolgen zu verlangen sei,⁸⁶ was allerdings mit dem Wortlaut unverträglich ist; andere Entscheidungen verlangen stets beides.⁸⁷

Formen von bewusst riskantem Handeln bzgl. Nebenfolgen – wie „recklessness“, „dolus eventualis“ und dergleichen – sind somit von Art. 30 nicht erfasst.⁸⁸ Entwurfsfassungen

⁸⁵ *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (342 f.).

⁸⁶ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 779: „En particulier, la Chambre ne devra donc se référer au ‚cours normal des événements‘, pour démontrer l'intention et la connaissance, que lorsqu'elle sera en présence d'une *conséquence non souhaitée*.“

⁸⁷ ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13 (Prosecutor v. Bemba, Trial Chamber VII), Rn. 29; ICC, Decision on the confirmation of charges v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803-tENG (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 351; ICC, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba, Pre-Trial Chamber II), Rn. 358.

⁸⁸ So auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 64 m.w.N.; *ders.* (Fn. 75), S. 276 ff.; *ders.*, ZStW 111 (1999), 175 (188); *ders.*, Crim.L.F. 10 (1999), 1 (21 f.); *ders.* (Fn. 19), S. 771; *Bantekas*, International Criminal Law, 4. Aufl. 2010, S. 42 f., 44 f.; *Cryer*, in: *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst* (Hrsg.), An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3. Aufl. 2014, S. 383; *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 3, 22; *Schabas* (Fn. 75), S. 630; *van Sliedregt* (Fn. 82), S. 47; *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (63 ff.); *ders.*, Am.J.Int'l L. 104 (2010), 241 (243); *War Crimes Research Office*, Modes of Liability and the Mental Element – Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court, 2010, S. 8 ff., 68 ff.; *Weigend*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1375 (1390 Fn. 58); *Werle/Jeffberger* (Fn. 23), Rn. 503 ff., 506; *dies.*, J.Int'l Crim.Just. 3 (2005), 35 (41); *diff. Eser* (Fn. 63), S. 932 f.; a.A. ohne Begründung *Vogel* (Fn. 67); *Mantovani*, J. Int'l Crim. Just. 1 (2003), 26 (32); *Jeschek*, J. Int'l Crim. Just. 2 (2004), 38 (45); *Gil Gil*, Int'l Crim.L.Rev. 14 (2014), 82 (99 ff., 107); unentschieden *Badar* (Fn. 16), S. 394 ff.; *ders.*, New Crim.L.Rev. 12 (2009), 433 (451 f.).

bis 1996 sahen zwar „recklessness“ vor,⁸⁹ aber nicht als Unterfall von „intent/intention“, sondern nur für die Fälle, wo der Vertragstext explizit davon spräche. Übernommen wurden sie nicht, ebenso wenig wie ein Unterabsatz⁹⁰ zu „wilful blindness“. Auch Anregungen in den Entwürfen, über „dolus eventualis“ nachzudenken,⁹¹ führten zu keiner Einigung. Die Ablehnung eines Entwurfs erlaubt zwar keinen zwingenden Schluss darauf, dass die entsprechende Regelung im Vertrag nicht enthalten sei,⁹² maßgebend sind vielmehr die Gründe für die Ablehnung.⁹³ „Recklessness“ zu regeln wurde für unnötig gehalten, weil man annahm, der Begriff komme im Statut nicht vor;⁹⁴ „dolus eventualis“ wurde schon vor Rom nicht mehr diskutiert,⁹⁵ was jedenfalls einen Mangel an Konsens impliziert. Die travaux préparatoires geben keinen Hin-

⁸⁹ Art. H, Proposal 1, Abs. 4, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/51/22 (Supp. No. 22A), Vol. II, S. 92 f. (auch in *Bassiouni*, The Legislative History of the International Criminal Court, 2005, S. 226 f.); ebenso spätere Entwürfe; siehe auch *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 23 ff.

⁹⁰ Art. H, Proposal 1, Abs. 4 (Fn. 89), S. 92; siehe auch *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 25.

⁹¹ Art. H (Fn. 89) note: „The concepts of *recklessness* and *dolus eventualis* should be further considered in view of the seriousness of the Crimes considered.“

⁹² *Zutr. Eser* (Fn. 63), S. 931 f.; *Werle/Jeffberger*, J.Int'l Crim.Just. 3 (2005), 35 (52); anders wohl *Ambos* (Fn. 19), S. 771; *ders.* (Fn. 88), § 7 Rn. 64 Fn. 350.

⁹³ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), ICJ Rep. 1971, 16 (36 § 69); *Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1963, S. 113 ff.; *Thirlway*, Brit.Y.B. Int'l L. 67 (1996), 1 (31); a.A. Judge *Fitzmaurice*, dissenting, in ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), ICJ Rep. 1971, 16 (275).

⁹⁴ Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4 and Corr. 1; siehe auch Summary Records of the Committee of the Whole, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1 (16 June 1996), §§ 24, 75 ff.; UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.8 (19 June 1996), § 77; Transmittal letter from the Chairman of the Committee of the Whole to the Chairman of the Drafting Committee, 22 June 1998, note on article 29, UN Doc. A/CONF.183/DC/R.76 (abgedr. in United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records = UN Doc. A/CONF.183/13, Vol. III, 257); *Saland* (Fn. 64), S. 205.

⁹⁵ Dolus eventualis fand schon im Februar 1997 keine Erwähnung mehr, vgl. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties (Fn. 81), Art. H, sowie im endgültigen Draft Statute for the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, Art. 29; siehe auch *Clark*, Crim.L.F. 12 (2000), 291 (301); *ders.*, Crim.L.F. 19 (2008), 519 (525).

weis darauf, dass irgendjemand jemals gemeint hätte, die jetzigen Absätze 2 und 3 deckten „recklessness“ oder „dolus eventualis“ mit ab – denn dann wären separate Vorschriften zu beiden überflüssig gewesen.⁹⁶ Der Wortlaut „will occur“ schließt ebenfalls andere Deutungen als praktische Gewissheit aus.⁹⁷

Der kurze Flirt der Vorverfahrenskammer I im Fall Lubanga mit dem „dolus eventualis“, den sie mit Verweis auf die Stakić-Entscheidung etwas leichthändig ohne Rücksicht auf die Vertragsgenese in die Worte „adviendra“/„will occur“ hineinlesen wollte,⁹⁸ ist bekanntlich vereinzelt geblieben, nachdem sowohl Vorverfahrenskammer II in Bemba⁹⁹ und Ruto¹⁰⁰, das erst-¹⁰¹ und zweitinstanzliche Urteil¹⁰² in Lubanga und die erstinstanzlichen Urteile in Katanga¹⁰³ und Bemba¹⁰⁴ die m.E. zutreffende Gegenansicht unter Hinweis auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte und das Verständnis der gleichlautenden Formulierung im englischen Recht¹⁰⁵ vertreten haben und „virtual certainty“ als epistemische Komponente verlangen.

Diese enge Fassung der subjektiven Tatseite ist, wie gesagt, misslich. Sie führt dazu, dass der ICC nur einen Teil der Taten bestrafen darf, die andere internationale Strafgerichte bestrafen konnten. Wenn man annimmt, die Auffassung der ad hoc-Gerichte vom Umfang der subjektiven Tatseite gebe das Völkergewohnheitsrecht zutreffend wieder, so dürfte der ICC nur einen Ausschnitt der gewohnheitsrechtlich strafbaren

Handlungen verfolgen. Die enge Fassung von Art. 30 könnte ferner entweder zu Beweisproblemen¹⁰⁶ oder zu überaus großzügiger Beweiswürdigung führen.

Eine der wenigen Rechtfertigungen für Art. 30 findet sich bei *van der Vyver*, der meint, weil der ICC laut Art. 1 des Rom-Statuts nur die „most serious crimes of international concern“ verfolgen solle, sei es folgerichtig, auch den höchsten dolus-Grad zu verlangen.¹⁰⁷ Dass Eventualabsicht oder bewusst riskantes Handeln in beachtlichem Umfang weniger strafwürdig wären als die Wissentlichkeit erscheint mir nicht plausibel – man würde dann nur die Optimisten unter den Straftätern, die glauben, ihr Plan werde gelingen, bestrafen können, die Pessimisten, die auch das Scheitern einkalkulieren, hingegen nicht. Diese Ansicht verkennt auch die Natur des Regelungsgegenstands, dass nämlich bei militärischen Konflikten oft unter den Bedingungen der Ungewissheit gehandelt wird. Zudem ist die säuberliche Unterscheidung von Prognosen mit praktischer Sicherheit und bloß überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Wirklichkeit wohl kaum je anzutreffen.

b) Die Öffnungsklausel als Lösung?

Die enge Fassung des Art. 30 erhöht die Bedeutung der Öffnungsklausel „unless otherwise provided“. Es ist bekanntlich streitig, ob damit vorrangige Spezialregelungen nur im Statuttext selbst, auch in den Elements of Crime oder im gesamten Gewohnheitsrecht gemeint sind.

Die Elements of Crime gehen davon aus, dass sie Abweichungen statuieren können,¹⁰⁸ und tun dies auch wie beim Alter der Kindersoldaten¹⁰⁹ oder dem Alter der verschleppten Kinder als Tatvariante des Genozids.¹¹⁰ Die Judikatur stimmt dem bislang zu,¹¹¹ das Schrifttum¹¹² wohl mehrheitlich auch.

⁹⁶ Zutr. *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (345); siehe auch *Porro* (Fn. 29), S. 188 f. m.w.N.

⁹⁷ *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (346 ff.).

⁹⁸ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 352 ff.; dazu *Weigend*, J. Int'l Crim. Just. 6 (2008), 471 (474); *Ambos* (Fn. 75), S. 276 ff.; *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 8 ff., 68 ff.; siehe auch *Badar/Porro*, in: Klamburg (Hrsg.), Commentary on the Law of the International Criminal Court, 2017 (= Case Matrix Network, Commentary Rome Statute, www.casematrixnetwork.org [22.11.2018]), Art. 30 (2) (b) Rn. 308.

⁹⁹ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II), §§ 352 ff., 360; krit. *Ambos*, Leiden J. Int'l L. 22 (2009), 715 (717 ff.).

¹⁰⁰ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11 (Prosecutor v. Ruto et al., Pre-Trial Chamber II), Rn. 335.

¹⁰¹ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Trial Chamber I), Rn. 1007 ff., 1012.

¹⁰² ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Appeals Chamber), Rn. 447 („virtual certainty“).

¹⁰³ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 770 ff.

¹⁰⁴ ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13 (Prosecutor v. Bemba, Trial Chamber VII), Rn. 29, 804.

¹⁰⁵ ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Appeals Chamber), Rn. 447 m.w.N.

¹⁰⁶ So auch *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (350).

¹⁰⁷ *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (65); *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 10, 73 f., 76; ähnl. *Porro* (Fn. 29), S. 240 m.w.N.

¹⁰⁸ Elements of Crime, General introduction, Nr. 2.

¹⁰⁹ Elements of Crime zu Art. 8 (2) (b) (xxvi) Nr. 3, Art. 8 (2) (e) (vii) Nr. 3; die Mitglieder der Preparatory Commission waren uneins darüber, ob sie eine abweichende Regelung treffen durften, siehe *Garraway*, in Lee (Fn. 68), S. 207.

¹¹⁰ Elements of Crime zu Art. 6 (e) Nr. 6.

¹¹¹ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 770; ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 29.1.2007 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 356 ff., 359; ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II), Rn. 136, 353; noch offenlassend ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Trial Chamber I), Rn. 1015; krit. *Weigend*, J. Int'l Crim. Just. 6 (2008), 471 (472 ff.).

¹¹² *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 14; *Schabas* (Fn. 75), S. 629; *Cryer* (Fn. 88), S. 383; *Werle/Jeßberger* (Fn. 23), Rn. 513 m.w.N.; *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 65 ff.; *Porro* (Fn. 29), S. 192 ff. Fn. 524 m.w.N.;

Dies überzeugt, weil die Elements of Crime nach Art. 9 (1), 21 (1) (a) des Statuts Beachtung erheischen,¹¹³ weil die Öffnungsklausel in Art. 30 das Konformitätsgebot des Art. 9 neutralisiert und weil die Elements ohnehin als ergänzendes Vertragsrecht gem. Art. 31 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention¹¹⁴ für die Auslegung relevant sind.

Darüber hinaus jegliche andere Völkerrechtsquelle einzu-beziehen,¹¹⁵ hätte – da praktisch alle Straftatbestände des Statuts ein gewohnheitsrechtliches Pendant haben – die Konsequenz, dass von Art. 30 nichts übrigbliebe,¹¹⁶ wenn es im Völkergewohnheitsrecht eine abweichende Grundregel („default rule“) gäbe; wenig bliebe übrig, wenn es zwar keine „default rule“, aber eigene Regeln für die subjektive Tatseite der meisten gewohnheitsrechtlichen Tatbestände gäbe. Begreift man das Rom-Statut als Kodifikation, dann ist die Öffnung für jedwede Regel außerhalb der Kodifikation evident sinnwidrig.¹¹⁷ Somit wäre auch Art. 30 sinn- und zwecklos, wenn man die Vorschrift nicht wenigstens als für den IStGH verbindliche Klarstellung begreift, was daher als die gem. Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention gebotene Auslegung erscheint.

IV. Zusammenfassung

Zum gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrecht gibt es eine inzwischen einigermaßen gefestigte Rechtsprechung internationaler Strafgerichte, die als Regelerfordernis Absicht oder die Vorstellung, die Tatbestandsverwirklichung sei wenigstens (überwiegend) wahrscheinlich, verlangt. Ob diese Judi-

katur ihrerseits als Gewohnheitsrecht anzusehen ist, erscheint mangels sonstiger Staatenpraxis zweifelhaft. Zweifelhaft ist auch, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz hinsichtlich einer Verschuldensform unterhalb der Wissentlichkeit gibt.

Die Grundregel des Art. 30 Rom-Statut ist eine legislative Fehlleistung, die stets Wissentlichkeit verlangt und damit eine ungerechtfertigte Neuerung einführt, die weder in nationalen Rechten noch in bisheriger internationaler Judikatur ein Vorbild hat. Inwieweit das die Arbeit des Gerichtshofs beeinträchtigt, bleibt abzuwarten.

Das deutsche VStGB verweist auf die allgemeinen Regeln des deutschen Strafrechts (§ 2 VStGB i.V.m. § 15 StGB) und inkorporiert damit die Probleme, die deutsche Gerichte beim „dolus eventualis“ plagen. Weil dafür schon ausreicht, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, ohne auf einen guten Ausgang zu vertrauen, ist der Haftungsumfang deutlich größer als im Rom-Statut¹¹⁸ und theoretisch ein wenig weiter als vor den Völkergewohnheitsrecht anwendenden Tribunalen, in der Praxis dürfte letzteres kaum spürbar sein.

Roßkopf (Fn. 63), S. 105 ff.; a.A. *Ambos* (Fn. 75), S. 291 f.; *Badar* (Fn. 16), S. 405, 416, der zu Unrecht einen Verstoß gegen die Unschuldsumutung, Art. 66 (3), annimmt; *Heller*, *J.Int'l Crim.Just.* 6 (2008), 419 (435 f.) mit beachtlichen Gründen; *Kreß*, *Int'l Crim. L.Rev.* 6 (2006), 461 (485); *Jesse*, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, 2009, S. 223.

¹¹³ Die Formulierung in Art. 9 (1) „shall assist“ anstelle von „shall apply“ nebst dem Konsistenzgebot in Art. 9 (3) wurde zwar gewählt, um Abweichungen vom Statutstext vorzubeugen, andererseits heißt es Art. 21 (1) (a) „The Court shall apply [...] Elements of Crime“.

¹¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 927, BGBl. 1985 II, S. 927.

¹¹⁵ Für den Einbezug von Gewohnheitsrecht *Werle/Jeßberger*, *J. Int'l Crim. Just.* 3 (2005), 35, 45 f.; *dies.* (Fn. 23), Rn. 499, 502, 513 ff. m.w.N.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 105 ff.; *Finnin*, *Int'l & Comp. L. Qu.* 61 (2012), 325 (351 ff., 354); wohl auch *van Sliedregt* (Fn. 82), S. 49 f.; dagegen *Ambos* (Fn. 75), S. 291; *Cryer* (Fn. 88), S. 383; *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 5 Rn. 20; *Jesse* (Fn. 112), S. 221 f.; *Porro* (Fn. 29), S. 105 f.; *Clark*, *Crim.L.F.* 19 (2008), 519, 525 Fn. 18; *Ohlin*, *Mich.J. Int'l L.* 35 (2013), 79 (107 ff.).

¹¹⁶ Klar erkannt von *Werle/Jeßberger*, *J. Int'l Crim. Just.* 3 (2005), 35 (55: „In most cases, the mental element is ‚otherwise provided‘.“); abl. *Clark*, *Crim.L.F.* 19 (2008), 519 (525 Fn. 18).

¹¹⁷ Zutr. *Ohlin*, *Mich.J. Int'l L.* 35 (2013), 79 (107 f.); auch *Jesse* (Fn. 112), S. 221 f.

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 15; vgl. *Weigend*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, § 2 VStGB Rn. 8; a.A. *Satzger*, *NStZ* 2002, 125 (128); siehe auch *Wirth/Harder*, *ZRP* 2000, 144 (146).