

Die mittelbare Mittäterschaft im Völkerstrafrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

*vorgelegt von Svenja Elbers
aus Bocholt
2018*

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Stein
Zweite Berichterstatterin: Prof. Dr. Bettina Weißer
Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Tag der mündlichen Prüfung: 07.11.2017

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst und vor allem Professor Dr. Ulrich Stein für die freundliche Betreuung der Arbeit, für die Erstellung des Erstgutachtens sowie für die immer angenehme und lehrreiche Zeit am Institut für Kriminalwissenschaften.

Frau Professorin Dr. Bettina Weißer danke ich für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die stete Unterstützung und jederzeitige Diskussionsbereitschaft danke ich meinen Freundinnen und Freunden sowie Kolleginnen und Kollegen von Herzen.

Münster, im April 2018

Svenja Elbers

Inhaltsverzeichnis

Literatur	9
§ 1 Einleitung	15
§ 2 Einführende Erläuterungen	17
I. Völkerstrafrecht	17
II. Der Internationale Strafgerichtshof und sein Statut	18
1. Allgemeines	18
2. Verfahrensgang	19
III. Was bedeutet <i>indirect co-perpetration</i> ?	19
1. Mittäterschaft	20
2. Mittelbare Täterschaft	21
3. Mittelbare Mittäterschaft	21
a) Mittelbare Mittäterschaft im engeren Sinne	22
b) Mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft	23
IV. Beteiligungssysteme	23
1. Vorüberlegungen	24
2. Die Regelung im IStGH-Statut	25
V. Alternativen zur Täterschaft gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut	30
1. <i>Joint Criminal Enterprise</i>	30
2. Teilnahme gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b - d IStGH-Statut	32
3. Vorgesetztenverantwortlichkeit	34
§ 3 Anwendbares Recht und Auslegung am IStGH	37
I. Anwendbares Recht	37
1. Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut	38
2. Art. 21 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut	38
3. Art. 21 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut	38
II. Auslegung am IStGH	39
1. Reichweite des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut	40
2. Auslegungsregeln des WÜRV	41
3. Sprachen	43
4. Der Wortlaut als Grenze der Auslegung am IStGH	43
III. Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut	44
1. Der Wortlaut	45
2. Historische Auslegung	48
a) Regelungen an den <i>ad-hoc</i> -Gerichtshöfen	48
b) Die Entstehung von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut	49
3. Systematische bzw. funktionale Auslegung	50

4.	Komparative Auslegung	51
a)	Die Mittäterschaft	51
b)	Die mittelbare Täterschaft	53
5.	Teleologische Auslegung	54
6.	Ergebnis und Vorschlag zur Umformulierung	54
§ 4	Die Entwicklung der <i>indirect co-perpetration</i>	57
I.	Die Organisationsherrschaftslehre Roxins als Ausgangspunkt	57
1.	Roxins Theorie	57
2.	Die Anerkennung der Theorie durch den BGH	59
3.	Die erhöhte Tatbereitschaft als weiteres Merkmal	60
4.	Erste internationale Anerkennung	60
II.	Organisationsherrschaft am ICTY	61
1.	Verfahren gegen Stakić	61
2.	Verfahren gegen Brđanin	62
3.	Verfahren gegen Šainović et al.	63
4.	Weitere Verfahren am ICTY	65
III.	Die Weiterentwicklung durch den IStGH	65
1.	Die Normierung der mittelbaren Täterschaft durch das IStGH-Statut	65
2.	Kriterien der Mittäterschaft im Verfahren gegen Lubanga	65
a)	Verfahren und Urteil	65
b)	Sondervotum des Richters Adrian Fulford	69
c)	Kritik und Stellungnahme	70
d)	Berufung	71
e)	Stellungnahme	73
3.	Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo	73
a)	Organisationsherrschaft und Kriterien der <i>indirect co-perpetration</i> im Vorverfahren	73
b)	Stellungnahme	78
c)	Freispruch Ngudjolos	80
d)	Sondervotum der Richterin van den Wyngaert im Urteil gegen Ngudjolo	80
e)	Stellungnahme	83
f)	Kriterien der mittelbaren Täterschaft im Urteil gegen Katanga	85
g)	Stellungnahme	87
h)	Abweichendes Votum der Richterin van den Wyngaert im Verfahren gegen Katanga	88
i)	Stellungnahme	88
4.	<i>Indirect co-perpetration</i> im Verfahren gegen Ruto	89
a)	Vorverfahren	89
b)	Hauptverfahren	90
c)	Stellungnahme	92
5.	Verfahren gegen Bemba	93
a)	Verfahren und Urteil	93
b)	Stellungnahme	94
6.	Weitere Verfahren	94
7.	Fazit zur Entwicklung am IStGH	96

§ 5	Aufnahme der <i>indirect co-perpetration</i> im Schrifttum	97
I.	Befürworter der <i>indirect co-perpetration</i>	97
1.	Werle und Burghardt	97
2.	Granik	98
II.	Gegner der <i>indirect co-perpetration</i>	99
III.	Kritik an der Kombination beider Täterschaftsformen	99
1.	Ausschließendes oder einschließendes „Oder“?	101
2.	Das Persönlichkeitsprinzip als verbindendes Merkmal	101
IV.	Das Kriterium der Tatherrschaft	103
1.	Weigend	103
2.	Herzig	105
3.	Ohlin, van Sliedregt, Weigend	107
V.	Alternative Konstruktionen?	110
1.	Jain	110
2.	Kreß	111
3.	Ambos	111
4.	Vest	112
5.	Ohlins <i>Joint Intentions Theory</i>	113
6.	Sadats und Jollys <i>plain-reading</i> -Interpretation	116
VI.	Übertragung der Konstruktion auf nationales Recht	116
VII.	Fazit zur Literaturlauswertung	118
§ 6	Auswirkungen der <i>indirect co-perpetration</i> auf die Strafbarkeit	119
§ 7	<i>Fair labelling</i> durch <i>indirect co-perpetration</i>?	123
I.	Der Begriff des <i>fair labelling</i>	123
II.	<i>Fair labelling</i> im Völkerstrafrecht	124
1.	Symbolik der Verurteilung als Täter	125
2.	Missverständnisse durch <i>indirect co-perpetration</i> ?	128
§ 8	Übertragbarkeit auf das deutsche Recht	133
I.	Mittelbare Mittäterschaft im deutschen Recht	133
II.	Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht	135
§ 9	Zusammenfassung und Ausblick	137

Literatur

- Ambos, Kai, Command responsibility and *Organisationsherrschaft*. Ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’, in: Nollkaemper, André / Wilt, Harmen van der (Hrsg.), *System Criminality in International Law*, Cambridge 2009, S. 127–157, *zitiert als: Ambos, System Criminality*.
- Ders.*, Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga) – Eine kritische Analyse der Rechtsfragen, ZIS 2012, S. 313–337.
- Ders.*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl., Berlin 2003, *zitiert als: Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*.
- Ders.*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., München 2014, *zitiert als: Ambos, Internationales Strafrecht*.
- Ders.*, Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori, ZIS 2009, S. 552–564.
- Ders.*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA 1998, S. 226–245.
- Ashworth, Andrew, The elasticity of mens rea, in: *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, London 1981, S. 45–70, *zitiert als: Ashworth, Crime, Proof and Punishment*.
- Ashworth, Andrew / Horder, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl., Oxford 2013.
- Barthe, Christoph, Joint Criminal Enterprise (JCE). Ein (originär) Völkerstrafrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?, Berlin 2009.
- Bassiouni, M. Cherif (Hrsg.), *The Legislative History of the International Criminal Court*, Bd. 2: An Article-by-Article Evolution of the Statute from 1994–1998, Ardsley, New York 2005.
- Beccaria, Cesare, *Von den Verbrechen und von den Strafen* (1764), Berlin 2004.
- Berster, Lars C., ‘Duty to Act’ and ‘Commission by Omission’ in International Criminal Law, *International Criminal Law Review* 10 (2010), S. 619–646.
- Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, 24. Aufl., Paris 2015.
- Canestrari, Stefano / *Cornacchia, Luigi / Simone, Giulio De*, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 3. Aufl., Oxford 2013.
- Chalmers, James / *Leverick, Fiona*, Fair Labelling in Criminal Law, *The Modern Law Review* 71 (2008), S. 217–246.
- Copi, Irving M., *Introduction to logic*, New York 1978.
- Davidson, R. Theodore, *Chicano Prisoners. The Key to San Quentin*, New York 1974.
- Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin 1996.

- Diccionario de la lengua española, 23. Aufl., „o“, Madrid 2014, <http://dle.rae.es/o> (abgerufen am 10.04.2018).
- Dubber, Markus D., Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005.
- Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., München 2015.
- Eldar, Shachar, Indirect Co-Perpetration, Criminal Law and Philosophy 2013, S. 1–13.
- Elliott, David, The Orians, the Andians, and the Andorians, Clarity 51 (2004), S. 10–11.
- Eser, Albin, Individual Criminal Responsibility, in: Cassese, Antonio / Gaeta, Paola / Jones, John R. W. D. (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Bd. I B, Oxford 2002, S. 767–821, *zitiert als: Eser*, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.
- Ders.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014, *zitiert als: Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder²⁹.
- Fletcher, George P., The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt, Yale Law Journal 111 (2002), S. 1499–1573.
- Garner, Bryan A., The elements of legal style, 2. Aufl., New York 2002.
- Gattini, Andrea, A historical perspective: from collective to individual responsibility and back, in: Nollkaemper, André / Wilt, Harmen van der (Hrsg.), System Criminality in International Law, Cambridge 2009, S. 101–126, *zitiert als: Gattini*, System Criminality.
- Gil Gil, Alicia / Maculan, Elena, Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court. From the Decision on the Confirmation of Charges in the *Lubanga* case to the *Katanga* judgment, Leiden Journal of International Law 28 (2015), S. 349–371.
- Granik, Maria, Indirect Perpetration Theory: A Defence, Leiden Journal of International Law 28 (2015), S. 977–992.
- Gropp, Walter, Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern“? – BGHSt 40, 218, JuS 1996, S. 13–18.
- Guilfoyle, Douglas, Responsibility for Collective Atrocities: Fair Labelling and Approaches to Commission in International Criminal Law, Current Legal Problems 64 (2011), S. 255–286.
- Haan, Verena, Joint Criminal Enterprise. Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht, Berlin 2008.
- Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2004.
- Heine, Günter, Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten, JZ 2000, S. 920–926.
- Heinrich, Manfred, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002.
- Heller, Kevin Jon, Why Bemba’s Conviction Was Not a “Very Good Day” for the OTP (Updated), *abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2016/03/22/a-few-thoughts-on-bembas-conviction/>* (abgerufen am 10.04.2018).
- Herzig, Andreas, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZIS 2013, S. 189–200.
- Hilgendorf, Eric, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, S. 561–566.
- Ders.*, Gesetzlichkeit als Instrument der Freiheitssicherung, in: Kudlich, Hans / Montiel, Juan Pablo / Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, Berlin 2012, S. 17–33, *zitiert als: Hilgendorf*, Gesetzlichkeit und Strafrecht.
- Holder, Jeremy, Ashworth’s Principles of Criminal Law, 8. Aufl., Oxford 2016.

- Ders.*, Rethinking Non-Fatal Offences against the Person, *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1994), S. 335–351.
- Ipsen, Knut (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl., München 2014, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *Völkerrecht*⁶.
- Jäger, Herbert, *Makrokriminalität*, Frankfurt a. M. 1989.
- Jain, Neha, Individual Responsibility for Mass Atrocity: In Search of a Concept of Perpetration, *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013), S. 831–871.
- Jescheck, Hans-Heinrich / *Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Jesse, Björn, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, Berlin 2009.
- Joecks, Wolfgang / *Miebach, Klaus* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl., München 2017, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *MüKo-StGB*³.
- Karsten, Nora, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 28 IStGH-Statut*, Berlin 2010.
- Kienapfel, Diethelm, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt a.M. 1971.
- Kienapfel, Diethelm / *Höpfel, Frank / Kert, Robert*, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., Wien 2016.
- Kindhäuser, Urs / *Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ulrich* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *NK-StGB*⁵.
- Klatt, Matthias, Die Wortlautgrenze, in: Kudlich, Hans / *Montiel, Juan Pablo / Schuhr, Jan C.* (Hrsg.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin 2012, S. 121–142, *zitiert als: Klatt, Gesetzlichkeit und Strafrecht*.
- Kreß, Claus, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, S. 304–310.
- Ders.*, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts. Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 1999, S. 4–10.
- Kühl, Kristian (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., München 2014, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *Lackner/Kühl*²⁸.
- Küper, Wilfried, Ein „neues Bild“ der Lehre von Täterschaft und Teilnahme, *ZStW* 105 (1993), S. 445–482.
- Küpper, Georg, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, *GA* 1998, S. 519–529.
- Lampe, Ernst-Joachim, Systemunrecht und Unrechtssysteme, *ZStW* 106 (1994), S. 683–745.
- Ders.*, Tätersysteme: Spuren und Strukturen, *ZStW* 119 (2007), S. 471–518.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm / *Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1*, 12. Aufl., Berlin 2007, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *LK*¹².
- Le Grand Robert 2013 – Version numérique, „ou“, <http://gr.bvdep.com> (abgerufen am 10.04.2018).
- Maiwald, Manfred, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Frankfurt a. M. 2009.
- Manacorda, Stefano / *Meloni, Chantal*, Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), S. 159–178.

- Mantovani, Ferrando, The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), S. 26–38.
- Merriam-Webster.com, „Or.“, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/or> (abgerufen am 10.04.2018).
- Murmann, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin 1993.
- Nersessian, David L., Comparative Approaches to Punishing Hate: The Intersection of Genocide and Crimes Against Humanity, *Stanford Journal of International Law* 43 (2007), S. 221–264.
- Nollkaemper, André, Introduction, in: Nollkaemper, André / *Wilt, Harmen van der* (Hrsg.), *System Criminality in International Law*, Cambridge 2009, S. 1–25, *zitiert als: Nollkaemper*, System Criminality.
- OED Online, „or, conj.1“, Sep. 2016, <http://www.oed.com/view/Entry/132129> (abgerufen am 10.04.2018).
- Ohlin, Jens D., Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), S. 325–343.
- Ders.*, Second Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 771–797.
- Ohlin, Jens D. / *Sliedregt, Elies van / Weigend, Thomas*, Assessing the Control-Theory, *Leiden Journal of International Law* 25 (2013), S. 725–746.
- Olásolo, Héctor, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford und Portland, OR 2009.
- Osiel, Mark, *Making Sense of Mass Atrocity*, New York 2009.
- Ders.*, The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity, *Columbia Law Review* 105 (2005), S. 1751–1862.
- Potacs, Michael, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, *Europarecht* 2009, S. 465–488.
- Riz, Roland / *Bosch, Johanna*, *Italienisches Strafgesetzbuch / Codice penale italiano*, Bozen 1995.
- Roxin, Claus, Anmerkung zu BGHSt 40, 218, *JZ* 1995, S. 49–52.
- Ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, *zitiert als: Roxin*, AT II.
- Ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München 2006, *zitiert als: Roxin*, AT I.
- Ders.*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., Berlin 2006, *zitiert als: Roxin*, TuT⁸.
- Ders.*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., Berlin 2015, *zitiert als: Roxin*, TuT⁹.
- Ders.*, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, *GA* 2012, S. 395–415.
- Sadat, Leila Nadya / *Jolly, Jarrod M.*, Seven Canons of ICC Treaty Interpretation: Making Sense of Article 25’s Rorschach Blot, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), S. 755–788.
- Safferling, Christoph, *Internationales Strafrecht*, Berlin 2011.
- Saland, Per, International Criminal Law Principles, in: Lee, Roy S. (Hrsg.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*, 2002, S. 189–216, *zitiert als: Saland*, The Making of the Rome Statute.
- Satzger, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden 2016.

- Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Bd. 2, Oxford 2016.
- Schroeder, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin 1965.
- Servatius, Robert, *Verteidigung Adolf Eichmann*, Bad Kreuznach 1961.
- Sliedregt, Elies van, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford 2012, *zitiert als: v. Sliedregt*, *Individual Criminal Responsibility in International Law*.
- Dies.*, System criminality at the ICTY, in: Nollkaemper, André / Wilt, Harmen van der (Hrsg.), *System Criminality in International Law*, Cambridge 2009, S. 183–200, *zitiert als: v. Sliedregt*, *System Criminality*.
- Dies.*, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Den Haag 2003, *zitiert als: v. Sliedregt*, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*.
- Stewart, James G., *The End of ‘Modes of Liability’ for International Crimes*, *Leiden Journal of International Law* 2012, S. 165–219.
- Tjaden, Ted, *Do Not Use „and/or“ in Legal Writing*, *abrufbar unter: <http://www.slaw.ca/2011/07/27/grammar-legal-writing/>* (abgerufen am 10.04.2018).
- Triffterer, Otto, *Command Responsibility, Article 28 Rome Statute, an Extension of Individual Criminal Responsibility for Crimes Within the Jurisdiction of the Court. Compatible with Article 22, nullum crimen sine lege?*, in: *Ders.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, 2004, S. 213–262, *zitiert als: Triffterer*, *GS Vogler*.
- Ders.*, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. Br. 1966.
- Triffterer, Otto / Ambos, Kai (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 3. Aufl., 2016, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *Triffterer/Ambos*³.
- Verdross, Alfred / Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3. Aufl., Berlin 1984.
- Vest, Hans, *Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?*, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), S. 295–309.
- Ders.*, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Bern 2011.
- Vogel, Joachim, *How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models*, *Cahiers De Defense Sociale* 2002, S. 151–169.
- Ders.*, *Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, *ZStW* 114 (2002), S. 403–436.
- Weigend, Thomas, *Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), S. 471–487.
- Ders.*, *Perpetration through an Organization*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), S. 91–111.
- Ders.*, *Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective*, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), S. 253–266.
- Weißer, Bettina, *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Tübingen 2011.
- Werle, Gerhard, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, *ZStW* 109 (1997), S. 808–829.

- Werle, Gerhard / *Burghardt, Boris*, Die mittelbare Mittäterschaft. Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?, in: Bloy, René (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 849–864, *zitiert als: Werle / Burghardt*, FS Maiwald.
- Dies.*, Täterschaft und Teilnahme im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?, in: Heger, Martin / *Kelker, Brigitte / Schramm, Edward* (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 851–866, *zitiert als: Werle / Burghardt*, FS Kühl.
- Werle, Gerhard / *Jeßberger, Florian*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Wilke, Christiane, A Belated Vindication of Rights. Criminal Trials for Massive Human Rights Violations, New York 2005.
- Williams, Glanville, Convictions and Fair Labelling, *The Cambridge Law Journal* 42 (1983), S. 85–95.
- Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., Köln 2000, *zitiert als: Bearbeiter*, in: *SK-StGB*⁷.
- Zahar, Alexander / *Sluiter, Göran*, International Criminal Law. A Critical Introduction, Oxford 2008.

§ 1 Einleitung

Diese Abhandlung beschäftigt sich mit der Frage, ob die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration*, die seit einigen Jahren von verschiedenen Kammern des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag angewandt wird, mit dem IStGH-Statut vereinbar ist. Bei der *indirect co-perpetration* bzw. der mittelbaren Mittäterschaft handelt es sich um eine Kombination aus mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft, die bestimmte, für das Völkerstrafrecht typische Konstellationen möglicherweise besser erfassen kann als die einzelnen Täterschaftsformen. Gerade im Völkerstrafrecht besteht häufig die Notwendigkeit, die Strafbarkeit einer Vielzahl von Beteiligten an komplexen Tatgeschehen zu beurteilen. Einzeltäter*innen sind, anders als im nationalen Strafrecht, die Ausnahme:

„[I]t is perhaps trivial to note that international crimes are typically committed on a scale that would be virtually impossible for a single person to achieve on his or her own. As the Tadic Appeals Chamber put it:¹

‘Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question.’²

Zuerst werden in Kapitel 2 einige für das Verständnis des Themas zentrale Begriffe erläutert (§ 2, S. 17 ff.). Dann folgen in Kapitel 3 Ausführungen zum anwendbaren Recht sowie zur Auslegung des IStGH-Statuts (§ 3, S. 37 ff.). In diesem Kapitel wird auch näher auf die Regelung der Täterschaft gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut eingegangen und diese insbesondere mit Blick auf die mögliche Existenz einer Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* analysiert (§ 3 III, S. 44 ff.). Das folgende Kapitel 4 beschäftigt sich mit der Entwicklung der *indirect co-perpetration*, beginnend mit Roxins Organisationsherrschaftslehre (§ 4 I, S. 57 ff.) und endend mit einer Analyse der Rechtsprechung des IStGH (§ 4 III, S. 65 ff.). Kapitel 5 behandelt die Resonanz, die die *indirect co-perpetration* in der Literatur gefunden hat (§ 5, S. 97 ff.). Kapitel 6 erläutert die Auswirkungen der Anwendbarkeit der *indirect co-perpetration* auf die Strafbarkeit des Täters (§ 6, S. 119 ff.) und Kapitel 7 geht auf die Frage ein, inwiefern mit der Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* dem Konzept des *fair labelling*, also der passenden, fairen Bezeichnung von Tat und Täter*in³, entsprochen werden kann (§ 7, S. 123 ff.). Kapitel 8 schließlich zeigt, dass die *indirect co-perpetration* auch mit dem deutschen Recht vereinbar ist und auch schon angewandt wurde (§ 8, S. 133 ff.).

¹ Cassese, S. 161.

² ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 191.

³ Nähere Erläuterung des Begriffs *fair labelling* in § 7 I, S. 123 ff.

§ 2 Einführende Erläuterungen

I. Völkerstrafrecht

Völkerstrafrecht ist „[e]chtes internationales Strafrecht [...] im Sinne eines [völkerrechtlichen] (supranationalen) Strafrechts“⁴. Eine immer noch anerkannte⁵ Definition von Triffterer aus dem Jahr 1966 lautet:

„Völkerstrafrecht im formellen Sinne ist die Gesamtheit aller völkerrechtlichen Normen strafrechtlicher Natur, die an ein bestimmtes Verhalten – das internationale Verbrechen – bestimmte, typischerweise dem Strafrecht vorbehaltene Rechtsfolgen knüpfen, und die als solche unmittelbar anwendbar sind.“⁶

Satzger bezeichnet das Völkerstrafrecht als „das Strafrecht der Völkergemeinschaft“: Es sei Strafrecht, da es individuelles Verhalten unter Strafe stelle, und Völkerrecht, da die Rechtsquelle das Völkerrecht sei.⁷

Üblicherweise fasst man in Deutschland unter dem Oberbegriff des internationalen Strafrechts das Strafanwendungsrecht, das europäische Strafrecht und das Völkerstrafrecht zusammen.⁸ Strafanwendungsrecht meint dabei im deutschen Recht die §§ 3–7 und 9 StGB, die die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Sachverhalten mit Auslandsbezug festlegen, sowie § 1 VStGB.⁹ Üblich ist auch die Bezeichnung dieser Regelungen als transnationales Strafrecht.¹⁰ Europäisches Strafrecht wird ebenfalls als Oberbegriff verwendet und behandelt sowohl die Zusammenarbeit der Staaten zur Strafverfolgung innerhalb der EU als auch das europäisierte nationale Strafrecht, Einflüsse der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf das nationale Strafrecht sowie das derzeit noch nicht realisierte, eigenständige EU-Strafrecht.¹¹

Demnach ist das Recht, das am Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) angewandt und gesprochen wird, Völkerstrafrecht.¹² Darum soll es in dieser Abhandlung neben dem deutschen Strafrecht vor allem gehen.

⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, § 5 Rn. 1.

⁵ Ebd., § 5 Rn. 1; Safferling, § 4 Rn. 3; vgl. auch Jesse, S. 56 ff. und Werle/Jeßberger, Rn. 89 ff.

⁶ Triffterer, S. 34.

⁷ Satzger, § 12 Rn. 1.

⁸ Vgl. zum Beispiel die Titel und Untertitel der Lehrbücher von Ambos, Internationales Strafrecht, und Safferling sowie Werle/Jeßberger, Rn. 154.

⁹ Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rn. 1; Safferling, § 2 Rn. 2 und § 3; Werle/Jeßberger, Rn. 157.

¹⁰ Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rn. 5; Böse, in: *NK-StGB*⁵, Vor § 3 Rn. 9; Eser, in: *Schönke/Schröder*²⁹, Vor § 3 Rn. 6: „territoriales und transnationales Strafanwendungsrecht“.

¹¹ Safferling, § 2 Rn. 7.

¹² Vgl. dazu die Präambel des IStGH-Statuts:

„Die Vertragsstaaten dieses Statuts [...]

im festen Willen, [...] einen mit dem System der Vereinten Nationen in Beziehung stehenden unabhängigen ständigen Internationalen Strafgerichtshof zu errichten, der Gerichtsbarkeit über die schwersten Verbrechen hat, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren,

nachdrücklich darauf hinweisend, dass der aufgrund dieses Statuts errichtete Internationale Strafgerichtshof die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit ergänzt,

entschlossen, die Achtung und die Durchsetzung der internationalen Rechtspflege dauerhaft zu gewährleisten,

II. Der Internationale Strafgerichtshof und sein Statut

1. Allgemeines

Der IStGH¹³ wurde am 17. Juli 1998 auf der Diplomatischen Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen zur Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs in Rom durch Verabschiedung des IStGH-Statuts gegründet. Am 1. Juli 2002 ist das Statut in Kraft getreten. Im April 2018 gibt es 123 Vertragsstaaten¹⁴.

Der IStGH soll nationale Gerichte nicht ersetzen, sondern nur ergänzen¹⁵, falls ein Staat nicht willens oder in der Lage ist, schwerste Verbrechen von internationalem Belang zu verfolgen (Prinzip der Komplementarität). Angeklagt werden können am IStGH nur natürliche Personen (Art. 25 Abs. 1 IStGH-Statut), und auch nur wegen der folgenden vier in Art. 5 Abs. 1 S. 2 IStGH-Statut abschließend aufgezählten Tatbestände: a) Völkermord, b) Verbrechen gegen die Menschlichkeit, c) Kriegsverbrechen, d) Verbrechen der Aggression. Der Sitz des Gerichtshofs ist Den Haag in den Niederlanden (Art. 3 IStGH-Statut). Gemäß Art. 34 IStGH-Statut setzt sich der Gerichtshof aus a) dem Präsidium, b) einer Berufungsabteilung, einer Hauptverfahrensabteilung und einer Vorverfahrensabteilung, c) der Anklagebehörde und d) der Kanzlei zusammen.

Anders als beispielsweise die *ad-hoc*-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda ist der IStGH kein Organ der Vereinten Nationen, sondern agiert unabhängig. Der IStGH ist allerdings mit den Vereinten Nationen durch ein Abkommen¹⁶ verbunden (Art. 2 IStGH-Statut). Der Sicherheitsrat kann zudem der Anklagebehörde nach Art. 13 lit. b IStGH-Statut eine Situation zur Ermittlung vorlegen, und er kann nach Art. 16 IStGH-Statut verlangen, dass die Ermittlungen in einer bestimmten Situation für 12 Monate ausgesetzt werden. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass der Sicherheitsrat nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen¹⁷ tätig wird.

Durch Art. 112 Abs. 1 IStGH-Statut wurde eine Versammlung der Vertragsstaaten des Statuts gebildet, die jährlich (Abs. 6) zusammentritt. Diese führt u.a. die Aufsicht über die Verwaltung des Gerichtshofs (Abs. 2 lit. c), erörtert und beschließt den Haushalt (Abs. 2 lit. d) und entscheidet über Vorschläge zur Änderung des Statuts (Art. 121 Abs. 2 IStGH-Statut).

Die Gerichtsbarkeit des IStGH erfasst zunächst Taten, die von Staatsbürger*innen eines Vertragsstaates begangen wurden, sowie Taten, die auf dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates begangen wurden, Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut. Außerdem kann ein Staat, der nicht Vertragsstaat ist, die Gerichtsbarkeit des IStGH für eine bestimmte Tat anerkennen (Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut), und der Sicherheitsrat kann, wie bereits erwähnt, der Anklagebehörde eine Situation zur Ermittlung zuweisen (Art. 13 lit. b IStGH-Statut). Im letzten Fall müssen die Voraussetzungen nach Art. 12 IStGH-Statut nicht vorliegen, d.h. bei einer Zuweisung durch den Sicherheitsrat muss sich die fragliche Tat weder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates ereignet haben, noch

sind wie folgt übereingekommen:¹⁸

Der Statutstext ist abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, abgerufen am 10. April 2018. Die amtliche deutsche Übersetzung des Statuts in der Fassung vom 17. Juli 1998 findet sich im ‘Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998’ (IStGH-Statutgesetz) vom 04. Dez. 2000, BGBl. II 2000, 1393.

¹³ Englisch: *International Criminal Court, ICC*. Französisch: *Cour Pénale Internationale, CPI*.

¹⁴ Vgl. <http://www.icc-cpi.int> → States Parties → Visit the ASP website → States Parties to the Rome Statute, abgerufen am 10. April 2018.

¹⁵ Vgl. Art. 1 S. 2 IStGH-Statut:

„[The Court] shall be complementary to national criminal jurisdictions [...]“

¹⁶ *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*, der Text des Abkommens ist abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=icc-un-rel-agr>, abgerufen am 10. April 2018.

¹⁷ *Chapter VII: Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression*, abrufbar unter <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-vii/index.html>, abgerufen am 10. April 2018.

muss der oder die Beschuldigte Staatsangehörige*r eines Vertragsstaates sein.

2. Verfahrensgang

Die Anklagebehörde leitet gemäß Art. 53 Abs. 1 IStGH-Statut Ermittlungen ein, falls die ihr „vorliegenden Informationen eine vernünftige Basis bilden um zu glauben, dass ein von der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs erfasstes Verbrechen begangen wurde oder wird“¹⁸.¹⁹ Die Anklagebehörde ermittelt in alle Richtungen, d.h. es werden sowohl be- als auch entlastende Umstände erforscht, Art. 54 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut.

Im Rahmen der Ermittlungen entscheiden die Vorverfahrenskammern, die entweder mit drei Richter*innen oder mit Einzelrichter*innen besetzt sind (Art. 39 Abs. 2 lit. b Nr. iii IStGH-Statut), über die für die Ermittlungen erforderlichen Anordnungen und Befehle (Art. 57 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut), u.a. können sie Haftbefehle und Ladungen erlassen, Art. 58 IStGH-Statut. Bei Erscheinen der Person vor Gericht bestätigt die Vorverfahrenskammer nach mündlicher Verhandlung die Anklagepunkte, sofern die Anklagebehörde „ausreichende Beweise [darlegt], um den dringenden Verdacht zu begründen, dass der Angeschuldigte das ihm zur Last gelegte Verbrechen begangen hat“²⁰, Art. 61 Abs. 5 IStGH-Statut. Ist dies der Fall, weist die Vorverfahrenskammer das Verfahren einer Kammer für die Hauptverhandlung zu, Art. 61 Abs. 7 lit. a IStGH-Statut.

Das Hauptverfahren findet vor einer Hauptverfahrenskammer statt, die mit drei Richter*innen besetzt ist, Art. 39 Abs. 2 lit. b Nr. ii IStGH-Statut. Die Kammer entscheidet nach öffentlicher Verhandlung (Art. 64 Abs. 7 IStGH-Statut) auf Grundlage der vorgetragenen Beweise über die Schuld der angeklagten Person (Art. 74 Abs. 2 IStGH-Statut) und kann Geld- und Freiheitsstrafen verhängen (Art. 77 IStGH-Statut).

Sowohl die Anklagebehörde als auch die verurteilte Person können Rechtsmittel einlegen, und zwar Berufung gegen das Urteil wegen Verfahrensfehlern, fehlerhafter Tatsachenfeststellung oder Rechtsanwendung, und die verurteilte Person zusätzlich noch wegen anderer Gründe, die die Fairness oder Verlässlichkeit des Verfahrens oder des Urteils betreffen, Art. 81 Abs. 1 IStGH-Statut. Gegen andere Entscheidungen des Gerichts kann Beschwerde eingelegt werden, Art. 82 IStGH-Statut. Zusätzlich ist unter bestimmten Voraussetzungen eine Wiederaufnahme möglich, Art. 84 IStGH-Statut. Über all dies entscheidet die fünfköpfige Berufungskammer, Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Nr. i IStGH-Statut.

Bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wird diese durch einen Vertragsstaat vollstreckt, der sich dazu bereiterklärt hat, Art. 103 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe steht unter der Aufsicht des Gerichtshofs, Art. 106 IStGH-Statut.

III. Was bedeutet *indirect co-perpetration*?

Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut normiert die täterschaftlichen Beteiligungsformen des Statuts:

¹⁸ „The information available to the Prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed“.

¹⁹ In der amtlichen Übersetzung ist hier von „hinreichende[n] Verdachtsgründe[n]“ die Rede, besser wäre wohl eine Übersetzung mit „zureichende Anhaltspunkte“ entsprechend der Formulierung in § 152 Abs. 2 der deutschen StPO zum Anfangsverdacht, um Verwechslungen mit dem im deutschen Rechtsraum bereits anders besetzten Begriff des hinreichenden Tatverdachts zu vermeiden, der zur Anklageerhebung notwendig ist.

²⁰ Amtliche Übersetzung. Englischer Statutstext: „[T]he Prosecutor shall support each charge with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged.“ Passender wäre es, wenn in der amtlichen Übersetzung von hinreichendem Tatverdacht die Rede wäre, um keine Verwechslung mit dem dringenden Tatverdacht gemäß § 112 Abs. 1 S. 1 StPO zu ermöglichen.

„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].“²¹

Strafbar ist also, ähnlich der Regelung in § 25 im deutschen StGB, die Begehung einer Tat als Einzelperson (Einzeltäterschaft), die Begehung einer Tat gemeinsam mit einer anderen Person (Mittäterschaft) und die Begehung einer Tat durch eine andere Person (mittelbare Täterschaft). Im Folgenden interessieren vor allem die Täterschaftsformen der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft, denn bei der *indirect co-perpetration* handelt es sich um eine Kombination dieser beiden Täterschaftsformen. Bevor diese Sonderform jedoch erläutert wird, sollen kurz die Voraussetzungen der einzelnen Täterschaftsformen am IStGH dargestellt werden.

1. Mittäterschaft

Mittäterschaft im Sinne des Art. 25 Abs. 3 lit. a, 2. Var. IStGH-Statut setzt einen gemeinsamen Tatplan sowie einen Tatbeitrag voraus und wird somit im Völkerstrafrecht im Wesentlichen so verstanden wie von der überwiegenden Auffassung in der deutschen Strafrechtslehre.²² Die genauen Merkmale der Mittäterschaft sind im Verfahren gegen Lubanga²³ bereits von der Vorverfahrenskammer benannt²⁴ und im Wesentlichen von der Mehrheit der Hauptverfahrenskammer bestätigt worden:

„The Majority therefore concludes that the commission of a crime jointly with another person involves two objective requirements: (i) the existence of an agreement or common plan between two or more persons that, if implemented, will result in the commission of a crime; and (ii) that the accused provided an essential contribution to the common plan that resulted in the commission of the relevant crime.“²⁵

„The Chamber is of the view that the prosecution must establish, as regards the mental element, that: (i) the accused and at least one other perpetrator meant to [commit the objective elements of a crime] or they were aware that in implementing their common plan this consequence ‘will occur in the ordinary course of events’; and (ii) the accused was aware that he provided an essential contribution to the implementation of the common plan.“²⁶

Für die Bejahung von Mittäterschaft notwendig ist demnach objektiv ein gemeinsamer Plan von zwei oder mehr Personen, der zur Begehung eines Verbrechens führen wird, sowie ein unentbehrlicher Beitrag dazu durch die angeklagte Person. Subjektiv wird Vorsatz im Sinne des Art. 30 IStGH-Statut bezüglich des Verbrechens verlangt sowie das Bewusstsein der angeklagten Person, dass sie einen unentbehrlichen Beitrag zur Verwirklichung des Plans geleistet hat.

²¹ Amtliche Übersetzung, BGBl. II 2000, 1413: „In Übereinstimmung mit diesem Statut ist für ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen strafrechtlich verantwortlich und strafbar, wer a) ein solches Verbrechen selbst, gemeinschaftlich mit einem anderen oder durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist[...].“

²² Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 19 ff.; Satzger, § 15 Rn. 54.

²³ Vgl. dazu a) auf S. 65 ff.

²⁴ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 342 ff.

²⁵ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 1006.

²⁶ Ebd., Rn. 1013.

2. Mittelbare Täterschaft

Auch die mittelbare Täterschaft im Sinne des Art. 25 Abs. 3 lit. a, 3. Var. IStGH-Statut wird in der Rechtsprechung des IStGH im Wesentlichen wie die mittelbare Täterschaft in der deutschen Strafrechtsdogmatik verstanden und stützt sich daher vor allem auf Roxins Tatherrschaftslehre.²⁷ „Angesichts der Verfahren, die den IStGH primär beschäftigen, ist abzusehen, dass diese Begehungsform in Zukunft die zentrale Regelung des Art. 25 III IStGH-Statut werden wird.“²⁸ Erst 2014 hat sich eine Hauptverfahrenskammer des IStGH zum ersten Mal zu den genauen Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft im Sinne des IStGH-Statuts geäußert²⁹ und folgende Merkmale benannt:

„In the Chamber’s view, and in accordance with its foregoing definition of perpetrator, criminal responsibility as an indirect perpetrator is incurred where a person:

- *exerts control over the crime whose material elements were brought about by one or more persons;*
- *meets the mental elements prescribed by article 30 of the Statute and the mental elements specific to the crime at issue; and*
- *is aware of the factual circumstances which allow the person to exert control over the crime.*³⁰

Für die Bejahung mittelbarer Täterschaft im Sinne des IStGH-Statuts muss somit Herrschaft über die Tat, die von einer oder mehr Personen begangen wurde, vorliegen, außerdem Vorsatz im Sinne des Art. 30 IStGH-Statut sowie eventuelle zusätzliche subjektive Merkmale des Verbrechenstatbestands, und schließlich müssen der angeklagten Person auch die Tatsachen bekannt sein, die die Tatherrschaft ermöglichen.

3. Mittelbare Mittäterschaft

Einige Kammern am IStGH haben in verschiedenen Entscheidungen die Begehung einer Tat gemeinsam mit einer anderen Person und gleichzeitig durch eine andere Person als *indirect co-perpetration* bezeichnet und diese neue Kombination von Täterschaftsformen auch angewandt.³¹ Die Anwendung dieser „mittelbaren Mittäterschaft“, wie man den Ausdruck übersetzen kann, hat zu Widerspruch geführt, und zwar nicht nur von den Verteidigern der betroffenen Angeklagten. Auch einige Richter*innen und viele Stimmen in der Literatur erheben Einwände gegen diese Konstruktion. Bemängelt wird u.a. ein Verstoß gegen die strikte Wortlautauslegung, da im Statut die beiden Begehungsformen nur durch ein „Oder“ verknüpft sind, und nicht durch ein „Und“. Dieses „Oder“ sei ausschließlich zu verstehen und daher könne man die Täterschaftsformen nicht kombinieren.³² Andere halten diese Kombination zwar für möglich und unproblematisch, kritisieren aber die Art und Weise der Anwendung, darunter vor allem die schlichte Übernahme der Tatherrschaftslehre aus dem deutschen Strafrecht.³³

Bevor aber genauer auf die Einzelheiten und Problemfragen dieser „neuen“ Täterschaftsform eingegangen werden kann, soll zunächst festgestellt werden, was unter *indirect co-perpetration*

²⁷ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 23 ff.; *Satzger*, § 15 Rn. 59 m.w.N.

²⁸ *Ebd.*, § 15 Rn. 59 m.w.N.

²⁹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1366 ff.

³⁰ *Ebd.*, Rn. 1399.

³¹ Siehe zur Entwicklung am IStGH III. auf S. 65 ff.

³² Siehe dazu 1. auf S. 45 ff. und 1. auf S. 101 f.

³³ Vgl. IV. auf S. 103 ff.

zu verstehen ist. Werle und Burghardt sind der Ansicht, dass nicht alle Konstellationen, die vom IStGH als *indirect co-perpetration* bezeichnet werden, auch so genannt werden sollten.³⁴ Zum Zeitpunkt ihres Beitrags hatte der IStGH in zwei Fällen, nämlich im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo und im Verfahren gegen Al Bashir, auf die *indirect co-perpetration* als mögliche Täterschaftsform zurückgegriffen. Im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo geht es der Anklage zufolge um einen gemeinsamen Angriff der von Germain Katanga geführten Miliz *Force de Résistance Patriotique en Ituri* und der von Mathieu Ngudjolo Chui geführten *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* auf das Dorf Bogoro in der Region Ituri in der Demokratischen Republik Kongo am oder um den 24. Februar 2003, wobei es zu verschiedenen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gekommen sein soll.³⁵ Al Bashir wird vorgeworfen, als Präsident des Sudan gemeinsam mit anderen hochrangigen Politikern und Militärs für die Menschenrechts- und Kriegsverbrechen sowie den Völkermord an der Zivilbevölkerung in der Region Darfur im Sudan in den Jahren 2003 bis 2008 verantwortlich zu sein.³⁶ Werle und Burghardt zufolge ist aber nur im ersten Fall die Konstellation der mittelbaren Mittäterschaft gegeben, während im zweiten Fall von mittelbarer Täterschaft in Mittäterschaft gesprochen werden müsse.³⁷ Diese zweite Konstellation sei den deutschen Strafrechtler*innen aus den Verfahren gegen den Nationalen Verteidigungsrat der DDR bekannt.³⁸ Was genau ist mit dieser Unterscheidung gemeint?

a) Mittelbare Mittäterschaft im engeren Sinne

Unter mittelbarer Mittäterschaft verstehen Werle und Burghardt Konstellationen wie im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo, d.h. es gibt zwei (oder mehr) Personen, die jeweils eine Gruppe von anderen Personen im Wege der Organisationsherrschaft kontrollieren, und diese Hinterleute arbeiten nach einem Tatplan, also mittäterschaftlich, zusammen. Der Tatbeitrag im Ausführungsstadium wird dann von den Tatmittler*innen erbracht: Im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo haben die von diesen beiden Männern jeweils kontrollierten Milizen gemeinsam ein Dorf überfallen.³⁹ Man braucht in einer solchen Konstellation die zusätzliche Zurechnung über die Mittäterschaft, um Täter*in A auch die Taten der Vorderleute von B, und Täter*in B auch die Taten der Vorderleute von A zurechnen zu können. Die begriffliche Unterscheidung zwischen mittelbarer Mittäterschaft und „einfacher“ Mittäterschaft sei hilfreich, um klarzustellen, dass zumindest ein*e Mittäter*in den Tatbeitrag nicht eigenhändig, sondern durch eine*n Tatmittler*in erbringt.⁴⁰ In dieser Abhandlung wird die gerade erläuterte Konstellation als mittelbare Mittäterschaft im engeren Sinne bezeichnet. Der Oberbegriff „mittelbare Mittäterschaft im weiteren Sinne“ umfasst als Unterformen die mittelbare Mittäterschaft i.e.S. und die im Folgenden beschriebene mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft.

³⁴ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (860); siehe dazu auch 1. auf S. 97 ff.

³⁵ ICC v. 26. Juni 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Amended Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) of the Statute) ICC-01/04-01/07-649-Anx1A, 1–3.

³⁶ ICC v. 4. März 2009 (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09-3; ICC v. 12. Juli 2010 (Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09-95.

³⁷ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (860) und auch 1. auf S. 97 ff.

³⁸ Ebd., 849–864 (864). Zum Verfahren gegen die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats der DDR siehe I. auf S. 133 f.

³⁹ Vgl. ausführlicher zu Katanga und Ngudjolo 3. auf S. 73 ff.

⁴⁰ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (861).

b) Mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft

Um einen Fall der mittelbaren Täterschaft in Mittäterschaft handelt es sich Werle und Burghardt zufolge, wenn eine Gruppe von Menschen gemeinschaftlich eine oder mehrere Personen als Werkzeug zur Begehung von Verbrechen einsetzt⁴¹, wie es beispielsweise dem sudanesischen Staatspräsidenten Al Bashir und auch den Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der ehemaligen DDR vorgeworfen wurde. Hier ist die Problematik eher auf der Ebene des gemeinschaftlichen Handelns der Hinterleute zu verorten, denn es ist zu fragen, unter welchen Voraussetzungen einem Gremienmitglied die Voten der anderen Gremienmitglieder mittäterschaftlich zugerechnet werden können.⁴² Sofern man aber das mittäterschaftliche Zusammenwirken der Mitglieder des Gremiums bejaht, ist die mittelbare Täterschaft durch Organisationsherrschaft nicht problematischer als sonst auch. Werle und Burghardt schreiben, die mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft bewirke eine Erweiterung der Zurechnung, da eine einzelne Person gerade keine Organisationsherrschaft über einen Machtapparat ausüben könne.⁴³ Ausgeschlossen ist es jedoch keinesfalls, dass auch eine Einzelperson im Wege der Organisationsherrschaft zum mittelbaren Täter wird. Auf dieser Möglichkeit basiert ja beispielsweise auch die gerade beschriebene mittelbare Mittäterschaft. In der Literatur wird die von Werle und Burghardt als mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft bezeichnete Konstellation auch bildhaft „Junta-Modell“ genannt.⁴⁴ Die mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft ist insgesamt wohl die dogmatisch weniger spannende Variante der *indirect co-perpetration*, da hier keine neuen Zurechnungsprobleme auftauchen.

In dieser Abhandlung wird die begriffliche Unterscheidung zwischen mittelbarer Mittäterschaft im engeren Sinne und mittelbarer Täterschaft in Mittäterschaft von Werle und Burghardt soweit wie nötig übernommen, um eine Systematisierung und damit ein leichteres Verständnis der Thematik zu ermöglichen. Der Oberbegriff soll *indirect co-perpetration* bzw. mittelbare Mittäterschaft bleiben, wodurch dann sowohl die mittelbare Mittäterschaft im engeren Sinne als auch die mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft, wie sie jeweils gerade beschrieben wurden, umfasst sind.

IV. Beteiligungssysteme

Solange nur eine Person gehandelt hat, muss man sich um die Täterschaft bzw. allgemeiner die Beteiligung an einer Straftat keine weiteren Gedanken machen, denn diese Person ist Täter*in. Schwieriger wird es, sobald man es mit zwei oder mehr Personen zu tun hat. Gerade im Völkerstrafrecht handelt aber praktisch niemals eine einzelne Person. Hier geht es beispielsweise um Milizenverbände mit teils mehreren Anführer*innen oder um Staatspräsident*innen, die mit ihren Minister*innen und Berater*innen ganze Armeen befehligen. Man spricht von der sogenannten Makrokriminalität⁴⁵ oder auch, mit etwas anderem Schwerpunkt, von „*system criminality*“⁴⁶.

⁴¹ Ebd., 849–864 (862).

⁴² Es handelt sich um ein im deutschen Strafrecht viel diskutiertes Problem, vgl. nur Joecks, in: *MüKo-StGB*³, § 25 Rn. 251 ff. sowie Heine/Weißer, in: *Schönke/Schröder*²⁹, § 25 Rn. 77 ff.

⁴³ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (863).

⁴⁴ Weigend, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 91–111 (111); mit Verweis auf Weigend: Ohlin, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 771–797 (779). In den Prozessen gegen die argentinische Militärjunta wurde auch auf Roxins Organisationsherrschaftslehre zurückgegriffen, vgl. dazu 4. auf S. 60.

⁴⁵ Vgl. Jäger, S. 7: „[...] Sammelbezeichnung für höchst unterschiedliche Erscheinungsformen kollektiven und insbesondere staatlichen Unrechts [...]“.

⁴⁶ Vgl. Nollkaemper, in: *System Criminality*, 1–25 (1): „*The term system criminality refers to the phenomenon that international crimes [...] are often caused by collective entities in which the individual authors of these acts are embedded.*“

1. Vorüberlegungen

Es sind verschiedene Varianten zur Regelung der Beteiligung denkbar. Die erste und zumindest auf den ersten Blick einfachste Regelung ist der völlige Verzicht auf die Nennung von Beteiligungsformen. Dies wird im Folgenden als Einheitstätersystem im engeren Sinne bezeichnet. Diese Art der Regelung findet man zum Beispiel im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht. Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 OWiG handelt jeder, der sich an einer Ordnungswidrigkeit beteiligt, unabhängig vom Tatbeitrag ordnungswidrig. Eine weitere Unterteilung in Täterschaft und Teilnahme gibt es nicht.

Eine andere Möglichkeit ist die beispielhafte Nennung von Beteiligungsformen, ohne dass eine solche Aufzählung abschließend gemeint ist. Eine solche Regelung dient der Klarstellung, dass diese Beteiligungsformen auf jeden Fall strafbar sein sollen, andere, bisher ungenannte Beteiligungsformen aber auch in Betracht kommen. Eine derartige Regelung kann man in Art. 6 Abs. 1 ICTR-Statut bzw. Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut sehen:

„Individual criminal responsibility

A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.“

Der ICTY betont, dass diese Regelung nicht abschließend zu verstehen sei.⁴⁷ Unterschiedliche Rechtsfolgen sind mit den verschiedenen Beteiligungsformen nicht verknüpft. Im Folgenden wird eine solche Regelung als offenes funktionales Einheitstätersystem bezeichnet.

Denkbar ist aber auch eine Regelung, die abschließend alle strafbaren Beteiligungsformen nennt, so dass keine weiteren Beteiligungsformen in Betracht kommen. Hierbei werden an die unterschiedlichen Begriffe aber keine unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft. Eine solche Regelung wird hier im Folgenden als abgeschlossenes funktionales Einheitstätersystem bezeichnet, denn es wird zwar begrifflich zwischen verschiedenen Beteiligungsformen differenziert, aber die Rechtsfolgen sind bei allen Beteiligungsformen gleich. Diese Art der Regelung findet sich beispielsweise im österreichischen StGB. In § 12 öStGB heißt es: „Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.“ Hier wird also nicht nur die unmittelbare Täterschaft erwähnt, sondern verdeutlicht, dass auch Personen, die eine Anstiftungs- oder Unterstützungshandlung vornehmen, Täter*innen sind. Dementsprechend lautet auch die Überschrift der Norm „Behandlung aller Beteiligten als Täter“.

Außerdem kann eine Regelung auch alle strafbaren Beteiligungsformen abschließend nennen und zugleich wenigstens teilweise unterschiedliche Rechtsfolgen an die verschiedenen Beteiligungsformen knüpfen. Hierbei kann es sich um unterschiedliche Strafrahmen oder auch um Regelungen bzgl. der Versuchsstrafbarkeit handeln. Auf diese Weise ist die Beteiligung im deutschen StGB geregelt. § 25 StGB benennt die drei möglichen Täterschaftsformen, §§ 26 und 27 StGB nennen zusätzlich die Anstiftung und die Beihilfe. Für die Beihilfe sieht das Gesetz gemäß § 27 Abs. 2 StGB eine Strafmilderung vor. Diese Art der Regelung wird im Folgenden als differenzierendes Beteiligungssystem bezeichnet.

Vogel hält die Diskussion insgesamt für zu eng, wenn es nur um die Frage geht, ob es sich um ein Einheitstätermodell oder ein differenzierendes Modell handelt.⁴⁸ Dies sei eine typisch deutsche, unzulängliche Analyse, die nicht einmal alle Konstruktionen im deutschen Rechtskreis beschreibe.⁴⁹ Vogel hat zwölf Modelle zusammengestellt, die sich nicht gegenseitig ausschließen,

⁴⁷ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 190 f.

⁴⁸ Vogel, ZStW 114 (2002), 403–436; ders., Cahiers De Defense Sociale 2002, 151.

⁴⁹ Ders., ZStW 114 (2002), 403–436 (404 ff.).

sondern vielmehr ergänzen sollen, und zwar „naturalistische und normativierende, individualistische und systemische, Typen- und Strafzumessungsmodelle, Modelle des Allgemeinen und des Besonderen Teils, Zurechnungsmodelle (in Gestalt der Untermodelle originärer und abgeleiteter Verantwortlichkeit), Supervisions-, Konspirations- und Kollektivhaftungsmodelle“.⁵⁰ Im Folgenden soll dennoch nur auf die oben vorgestellten vier Modelle abgestellt werden, da eine weitere Differenzierung nicht hilfreich ist, um die im Völkerstrafrecht am IStGH diskutierten Modelle zu erläutern.

2. Die Regelung im IStGH-Statut

Das Völkerstrafrecht beschäftigt sich zwar in erster Linie mit Kollektiven, das IStGH-Statut hält aber dennoch am Konzept der individuellen Verantwortlichkeit fest, wie sich aus Art. 25 Abs. 1 und 2 IStGH-Statut ergibt.⁵¹ Das entspricht der Tradition des Völkerstrafrechts, denn schon 1946 in Nürnberg hieß es: „*Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.*“⁵² Die Nürnberger Prozesse waren das Ergebnis eines langsamen Wandels von der alleinigen Verantwortlichkeit ganzer Staaten hin zur zusätzlichen Verantwortlichkeit des Individuums und damit der Anfangspunkt des heutigen Völkerstrafrechts.⁵³ Cassese hält es für „möglicherweise trivial zu erwähnen, dass Völkerrechtsverbrechen üblicherweise in einem Ausmaß begangen werden, das eine einzelne Person alleine praktisch nicht erreichen kann.“⁵⁴ Im Verfahren gegen Tadić am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, kurz ICTY) schrieb die Berufungskammer:

„*Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act [...], the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question.*“⁵⁵

Das IStGH-Statut enthält, wie beispielsweise auch das deutsche StGB, keine Regelungen zur Strafbarkeit juristischer Personen, entsprechende Entwürfe⁵⁶ wurden nach langer Diskussion

⁵⁰ Ebd., 403–436 (406 ff.).

⁵¹ „1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.“ (Eigene Hervorhebungen.) Vgl. dazu auch Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 10; Eser, in: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 767–821 (778); und allgemein zur individuellen Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht vgl. Vogel, ZStW 114 (2002), 403–436 (403 ff., 417 f.). Kritische Anmerkungen dazu finden sich beispielsweise bei Fletcher, Yale Law Journal 111 (2002), 1499–1573 (1514, 1522) und Vest, S. 319, 333 ff.

⁵² Judgment of the International Military Tribunal, in: The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22, London, 1950, S. 447.

⁵³ Werle, ZStW 109 (1997), 808–829 (S. 809 f.): „Das Statut des Internationalen Militärgerichtshofs von Nürnberg ist die Geburtsurkunde des heutigen Völkerstrafrechts. Nach den Vorspielen im Versailler Vertrag, nach den fast vergessenen Kriegsverbrecherprozessen von Leipzig brachte das Statut den entscheidenden Durchbruch: Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begründen eine direkte Strafbarkeit nach Völkerrecht.“

⁵⁴ Cassese, S. 161 (eigene Übersetzung).

⁵⁵ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 191.

⁵⁶ Abgedruckt in Bassiouni, S. 194–202.

nicht in das Statut übernommen⁵⁷. Genauso wenig können Staaten sich nach dem IStGH-Statut strafbar machen, was sich zwar nicht direkt aus Art. 25 Abs. 4 IStGH-Statut⁵⁸, aber als Umkehrschluss aus der Festlegung auf die individuelle Verantwortlichkeit natürlicher Personen ergibt.⁵⁹

Wie geht das Statut dann mit Personenmehrheiten um? Die Zurechnung eines strafrechtlichen Erfolges zum Verhalten einer Person erweist sich bei der im Völkerstrafrecht typischen Makrokriminalität als schwieriger als im nationalen Strafrecht.⁶⁰ Umstritten ist bis heute, ob es sich bei der Regelung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut um ein Einheitstätersystem⁶¹, ein Beteiligungssystem oder ein funktionales Einheitstätersystem handelt. Begrifflich unterscheidet das Statut eindeutig zwischen verschiedenen Täterschafts- und Teilnahmeformen, die Frage ist nur, ob daraus auch zwingend folgt, dass es sich um ein differenzierendes Beteiligungssystem wie im deutschen Strafrecht handelt.⁶² Ambos schreibt, dass es sich bei der Regelung des Statuts wohl um ein funktionales Einheitstätersystem⁶³ handle, da keine qualitative, sondern nur eine quantitative Unterscheidung nach Haftungsquoten vorliege.⁶⁴ Gemeint ist damit, dass die Einteilung in verschiedene Beteiligungsformen nur Auswirkungen auf die Strafzumessung hat, sonst aber kein Unterschied zu erkennen ist. Dies ist insofern richtig, als das Statut für die unterschiedlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen keine unterschiedlichen Strafraumen vorsieht, auch ist mit bestimmten Beteiligungsformen keine obligatorische Strafmilderung verbunden, wie beispielsweise im deutschen Strafrecht. Stattdessen sind die anwendbaren Strafen allgemein in Art. 77 IStGH-Statut normiert. Art. 77 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut sieht Freiheitsstrafen von bis zu 30 Jahren vor, während gemäß Art. 77 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut in besonders schweren Fällen auch lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden kann. Art. 77 Abs. 2 IStGH-Statut sieht zusätzlich die Möglichkeit einer Geldstrafe sowie der Einziehung von Vorteilen aus der Tat vor. Art. 78 Abs. 1 IStGH-Statut regelt die Strafzumessung, allerdings nur sehr knapp und mit Verweis auf die *Rules of Procedure and Evidence*. Jedenfalls sind die Schwere der Tat und die persönlichen Umstände der verurteilten Person („*the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person*“) bei der Strafzumessung zu beachten. In *Rule 145* der Verfahrens- und Beweisregeln werden weitere Anhaltspunkte zur Strafzumessung genannt. In Abs. 1 lit. c heißt es:

„*In addition to the factors mentioned in article 78, paragraph 1, give consideration, inter alia, to the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; the degree of participation of the convicted person; the degree of intent; the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person.*“⁶⁵

⁵⁷ Eser, in: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 767–821 (779); Saland, in: The Making of the Rome Statute, 189–216 (199); Schabas, S. 564 ff.

⁵⁸ *No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.*

⁵⁹ Eser, in: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 767–821 (779).

⁶⁰ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 11.

⁶¹ Ohne weitere Begründung Kreß, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1999, 4 (9); etwas ausführlicher Mantovani, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 26–38 (34 f.), der aber dennoch einen Einfluss des Beteiligungssystems auf das Statut sieht.

⁶² Satzger, § 15 Rn. 51: „Art. 25 III lit. a–c unterscheidet zwischen drei Formen der Beteiligung an einer Straftat und wendet sich hiermit gegen eine formal einheitstäterschaftliche Betrachtung.“

⁶³ Ähnlich der österreichischen Regelung, die in §§ 12 ff. öStGB zwar drei Täterschaftsformen unterscheidet, aber für alle grundsätzlich einheitliche Strafraumen vorsieht. Vgl. zum funktionalen Einheitstäterbegriff Kienapfel, S. 22.

⁶⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 13.

⁶⁵ Eigene Hervorhebung.

„[T]he degree of participation“, d.h. der Grad der Beteiligung, ist damit nur ein Faktor unter vielen, der für die Strafzumessung eine Rolle spielt.

Im Verfahren gegen Lubanga⁶⁶ hat sich Richter Fulford in seinem Sondervotum zum Urteil ausdrücklich dagegen ausgesprochen, dass Art. 25 IStGH-Statut zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen unterscheide, er vertritt damit wohl ein Einheitstätermodell im engeren Sinne.⁶⁷ Richterin van den Wyngaert hat sich in ihrem Sondervotum zum Freispruch Ngudjolos im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo⁶⁸ im Wesentlichen Fulfords Ansicht angeschlossen.⁶⁹

Im Urteil gegen Katanga⁷⁰ hat die Hauptverfahrens-kammer dagegen festgestellt, dass Art. 25 IStGH-Statut zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheide.⁷¹ Der Artikel enthalte aber keine „*hierarchy of blameworthiness*“ (etwa: Schuldabstufung), denn es gehe bei den Beteiligungsformen nicht um Schuld, sondern um Verantwortlichkeit: „*The Chamber underscores that article 25 of the Statute adverts not to the guilt of accused persons but to their individual criminal responsibility.*“⁷² Dementsprechend sei es zwar möglich, Teilnahme milder zu bestrafen als Täterschaft, aber keineswegs zwingend, und genauso könne ein*e Teilnehmer*in eine ähnliche oder sogar die gleiche Strafe erhalten wie ein*e Täter*in.⁷³

„[T]he Chamber sees no automatic correlation between mode of liability and penalty. From this it is clear that a perpetrator of a crime is not always viewed as more reprehensible than an accessory.“⁷⁴

Werle und Burghardt kommen zu dem Schluss, dass es sich bei der Regelung in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut um ein differenzierendes, vierstufiges Beteiligungssystem handele, da ansonsten erstens die Unterscheidung der verschiedenen Beteiligungsformen ohne Bedeutung bleibe, das Völkerstrafrecht sich zweitens immer mehr weg vom Einheitstäter- hin zum Beteiligungssystem bewege und drittens das Völkerstrafrecht das Beteiligungssystem als Mittel zur strukturierten Binnendifferenzierung benötige.⁷⁵ Vierstufig ist das Beteiligungssystem deshalb, weil das IStGH-Statut in Art. 25 Abs. 3 lit. a–d vier Beteiligungsformen aufführt. Inhaltlich scheinen sich Ambos sowie Werle und Burghardt allerdings einig zu sein, denn auch Ambos spricht von einer jedenfalls begrifflichen Abkehr vom Einheitstäter- und einer Hinwendung zum Beteiligungsmodell⁷⁶. Das funktionale Einheitstätersystem erlaube „die schrittweise Entwicklung einer differenzierten Beteiligungslehre, indem jede Beteiligungsform gesondert betrachtet und gegenüber den anderen unterschieden werden kann“.⁷⁷ Gil Gil und Maculan schreiben, dass das IStGH-Statut klar zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen unterscheide und sich daher vom bisher im Völkerstrafrecht verbreiteten Einheitstäterbegriff gelöst habe.⁷⁸

Stewart wirbt in seinem umfassenden Aufsatz, der den provokanten Titel „*The End of ‘Modes of Liability’ in International Crimes*“ trägt, ausdrücklich für ein Einheitstätersystem im Völkerstrafrecht, auch wenn er dennoch erwähnt, dass dies nicht das einzig funktionierende Konzept sei.⁷⁹ Unmittelbar zum IStGH-Statut äußert er sich nur am Rande. Stewarts Ausführungen

⁶⁶ Vgl. dazu a) auf S. 65 ff.

⁶⁷ Vgl. näher dazu b) auf S. 69 ff.

⁶⁸ Vgl. 3. auf S. 73 ff.

⁶⁹ Vgl. näher dazu d) auf S. 80 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu f) auf S. 85 ff.

⁷¹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1383 f.

⁷² Ebd., Rn. 1386.

⁷³ Ebd., Rn. 1386.

⁷⁴ Ebd., Rn. 1386.

⁷⁵ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (850 ff.).

⁷⁶ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 13; ders., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 543.

⁷⁷ Ders., Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 13.

⁷⁸ Gil Gil/Maculan, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (351).

⁷⁹ Stewart, Leiden Journal of International Law 2012, 165 (207).

umfassen das gesamte Völkerstrafrecht. Zur Frage, welchem Modell der IStGH folgt, äußert er sich daher nicht ausdrücklich. Stewart sieht keinen wesentlichen Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme, der eine Unterscheidung rechtfertigen könnte.⁸⁰ Sowohl die Annahme von Teilnahme als auch die von Täterschaft verlangen seiner Auffassung nach Kausalität und objektive Zurechenbarkeit, und daher sei eine Unterscheidung unnötig.⁸¹ Unterschiede in der Schuld könnten demnach auf der Ebene der Strafzumessung genügend gewürdigt werden.⁸² Stewart erkennt damit selbst, dass die Diskussionen um Beteiligungsformen auch durch die Anwendung des Einheitstäterbegriffs nicht wirklich enden, sondern nur auf die Stufe der Strafzumessung verlagert werden⁸³, denn das Maß der Schuld hängt eben doch auch von der Art der Beteiligung an der Tat ab, ganz gleich auf welcher Ebene es diskutiert und wie diese Beteiligung bezeichnet wird. Eine Vereinfachung ist daher nicht erkennbar. Dass nach Stewarts Erfahrung viele Anwender*innen des Völkerstrafrechts die Diskussionen um die Beteiligungsformen nicht verstehen, sondern die Behandlung dieser Fragen entsprechend ausgebildeten Jurist*innen überlassen⁸⁴, kann allerdings kein Argument gegen ein differenzierendes Beteiligungssystem sein. Zunächst ist es nicht ungewöhnlich, dass nicht jede*r in jedem Rechtsbereich so gut ausgebildet ist, dass man auf Unterstützung durch andere entsprechend erfahrene Kolleg*innen verzichten kann. Die Fähigkeit zur zügigen Aneignung von Wissen gehört außerdem wohl in jeder Rechtsordnung zur Qualifikation von Jurist*innen, und gerade im schnelllebigen internationalen Recht ist es unverzichtbar, sich stets weiterzubilden. Dies soll keine grundsätzliche Stellungnahme gegen eine Vereinfachung des Rechts sein, denn an vielen Stellen wäre eine solche sicherlich begrüßenswert, und es gibt gute Argumente für den Einheitstäterbegriff. Allerdings erscheint der Ruf nach Vereinfachung an dieser Stelle zu simpel, denn sowohl *fair-labelling*-Gesichtspunkte⁸⁵ als auch die Tatsache, dass die Diskussion durch einen Einheitstäterbegriff im Wesentlichen nur an eine andere Stelle verlagert wird, sprechen gegen Stewarts Argumentation.

Cassese scheint sich sogar ein wenig darüber zu wundern, welchen Aufwand die Richter*innen am IStGH in ihren Entscheidungen betreiben, um die verschiedenen Beteiligungsformen voneinander abzugrenzen, obwohl dies doch keinerlei direkte Auswirkungen auf die Strafhöhe habe, sondern allenfalls eine von zahlreichen Erwägungen bei der Strafzumessung sei.⁸⁶ So legt er sich auch nicht auf ein Modell fest, sondern betont, dass sowohl Aspekte des Einheitstäter- als auch des Beteiligungssystems im Statut vorhanden seien.⁸⁷

Herzig dagegen hält die ganze Diskussion für verfehlt, denn aus Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut ergebe sich eindeutig, dass es sich nicht um ein Einheitstätersystem handeln könne, da dort nur die versuchte 'Begehung', nicht aber die versuchte Teilnahme unter Strafe gestellt werde, sodass eine eindeutige Feststellung der Beteiligungsform notwendig sei.⁸⁸ Dies ist allerdings nur ein Argument gegen die Interpretation des IStGH-Statuts im Sinne eines Einheitstätersystem i.e.S., das durch die Erwähnung verschiedener Täterschafts- und Teilnahmeformen im IStGH-Statut ohnehin nicht in Frage kommt.

Vest hält die Regelung offenbar für ein differenzierendes Beteiligungssystem ohne „Abstufung bezüglich Schwere und Umfang der Verantwortlichkeit“.⁸⁹ Er schreibt aber auch, dass keine der aus dem Individualstrafrecht stammenden Täterschaftsformen, worunter er Tatherrschaft,

⁸⁰ Stewart, Leiden Journal of International Law 2012, 165 (207).

⁸¹ Ebd., 165 (204).

⁸² Ebd., 165 (207).

⁸³ Ebd., 165 (216).

⁸⁴ Ebd., 165 (216).

⁸⁵ Siehe 2. auf S. 130 ff.

⁸⁶ Cassese, S. 162.

⁸⁷ Ebd., S. 162.

⁸⁸ Herzig, ZIS 2013, 189 (198).

⁸⁹ Vest, S. 342.

Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, JCE⁹⁰ und *superior responsibility*⁹¹ versteht, für sich alleine den Ansprüchen des von Kollektivtaten geprägten Völkerstrafrechts genügen könne.⁹² In einem aktuelleren Aufsatz befasst sich Vest ausführlich mit der Frage, welches Modell dem IStGH-Statut zugrunde liegt, und kommt denn auch zu dem Ergebnis, dass es sich in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut zwar um verschiedene Beteiligungsformen handelt, der Strafraumen aber einheitlich ist.⁹³ Vest hält anscheinend dennoch eine Abstufung für gegeben, sodass Täterschaft zwar grundsätzlich schwerer wiege, Ausnahmen in der Form, dass Beihilfe schwerer bestraft wird als Täterschaft, aber dennoch möglich seien.⁹⁴

Van Sliedregt sieht die Unterscheidung zwischen dem Einheitstäterbegriff und dem differenzierenden Beteiligungssystem im Völkerstrafrecht schwinden. So klar die Unterscheidung „auf dem Papier“ sei, in der Praxis falle eine klare Grenzziehung schwer.⁹⁵ Die ersten Entscheidungen des IStGH zeigen, so schreibt sie, dass der Gerichtshof zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen differenziere, obwohl dies aufgrund des einheitlichen Strafraumens nicht notwendig sei.⁹⁶

Sadat und Jolly wiederum entnehmen Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut, dass lit. a bis lit. d verschiedene, sich überschneidende Beteiligungsformen ohne klare Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme enthalten.⁹⁷ Sie sehen im Statut also, ohne es klar zu formulieren, das (wohl funktionale) Einheitstätersystem.

Ob letztlich ein funktionales Einheitstätersystem oder ein differenzierendes Beteiligungssystem dem Statut zu Grunde liegt, kann offen bleiben, da die inhaltlichen Unterschiede gering sind. Klar ist, dass ein Einheitstätersystem im engeren Sinne *de lege lata* dem Statut nicht zu entnehmen ist, da, wie von Herzig auch herausgestellt wird, gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut nur die versuchte Begehung einer Straftat strafbar ist. Begrifflich unterscheidet das Statut außerdem zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen, und die *Regulations of the Court*⁹⁸ verlangen auch in *Regulation 52* lit. c⁹⁹, dass eine konkrete Beteiligungsform angeklagt wird. Die Rechtsfolge, also der jeweilige Strafraumen, hängt, wie gezeigt wurde, nur zu einem kleinen Teil von der Beteiligungsform ab. Somit sind wohl, wie auch Cassese und Vest feststellen, Bestandteile beider Konzepte im Statut vorhanden. Diese „Unklarheit“ des dogmatischen Hintergrundes der Regelung ergibt sich schlicht aus der Tatsache, dass Vertreter*innen sehr verschiedener Rechtsordnungen an der Schaffung des IStGH-Statutes beteiligt waren. So schreibt Per Saland, der Vorsitzende der Arbeitsgruppe, die sich unter anderem mit der Formulierung des heutigen Art. 25 IStGH-Statut beschäftigt hat, über die Verhandlungen zu diesem Artikel:

„This central article on individual criminal responsibility originally posed great difficulties to negotiate in a number of ways. One problem was that experts from different legal systems took strongly held positions, based on their national laws, as to the exact content of the various concepts involved. They seemed to find it hard to understand that another legal system might approach the issue in another way: e.g., have a

⁹⁰ JCE steht für *Joint Criminal Enterprise*, eine an den *ad-hoc*-Gerichtshöfen häufig verwendete Beteiligungsform. Vgl. dazu 1. auf S. 30 ff.

⁹¹ Gemeint ist damit die sogenannte Vorgesetztenverantwortlichkeit, also ein Unterlassungsdelikt der höherstehenden Person, falls Untergebene eine Straftat begehen, vgl. Art. 28 IStGH-Statut. Näher dazu 3. auf S. 34 ff.

⁹² Vest, S. 355 ff.

⁹³ Ders., *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 295–309.

⁹⁴ Ebd., 295–309 (301, 303, 308 f.).

⁹⁵ v. Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, S. 73.

⁹⁶ Ebd., S. 154 f.

⁹⁷ Sadat/Jolly, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 755–788 (758).

⁹⁸ ICC-BD/01-01-04.

⁹⁹ „The document containing the charges referred to in article 61 shall include: (c) [...] the precise form of participation under articles 25 and 28.“

*different concept, or give the same name to a concept but with a slightly different content.*¹⁰⁰

Andere vertreten schon länger die Ansicht, dass es notwendig sei, sich für Fälle systemischen Unrechts vom Individualstrafrecht zu verabschieden.¹⁰¹ Lampe schreibt: „Die Dogmatik der Unrechtshandlungen bedarf der Ergänzung durch eine Dogmatik der Unrechtssysteme.“¹⁰² Auch Fletcher hat sich in einem umfassenden Aufsatz mit dem „Problem der kollektiven Schuld“ beschäftigt, kommt aber schließlich doch zu dem Schluss, dass nur einzelne Personen vor Gericht gestellt werden können: „*There is no substitute – at least in court – for honoring the uniqueness of every individual.*“¹⁰³ Die Verfasser des IStGH-Statutes kamen offenbar zum gleichen Ergebnis.

V. Alternativen zur Täterschaft gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut

Falls Täterschaft nach Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut nicht gegeben ist, sei es als *indirect co-perpetration* oder als jeweils „einfache“ Täterschaft, Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft, kommen noch andere Beteiligungsformen in Betracht¹⁰⁴, die im Folgenden jeweils kurz dargestellt werden sollen. In historischer Reihenfolge ist hier zunächst das sogenannte *Joint Criminal Enterprise*, das vor allem an den *ad-hoc*-Gerichtshöfen für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda häufig zum Einsatz kam, zu nennen. Auch wenn es im IStGH-Statut nicht enthalten ist, soll dennoch im Folgenden kurz dargestellt werden, worum es sich handelt, um spätere Bezugnahmen verständlicher zu machen. Auch das IStGH-Statut sieht aber neben der Täterschaft gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut noch weitere Beteiligungsformen vor, und als Alternativen zur *indirect co-perpetration* kommen insbesondere die verschiedenen Formen der Teilnahme gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b - d IStGH-Statut sowie die Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäß Art. 28 IStGH-Statut in Frage.

1. *Joint Criminal Enterprise*

Ein im Völkerstrafrecht, vor allem an den Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, vielgenutztes¹⁰⁵ Konzept zum Umgang mit mehreren Beteiligten ist das *Joint Criminal Enterprise*, kurz JCE. Auch das JCE verbindet das Kollektiv mit der individuellen Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Es handelt sich um ein vor allem vom ICTY im Verfahren gegen Tadić aus vermeintlichem Völkergewohnheitsrecht¹⁰⁶ entwickeltes täterschaftliches Zurechnungskonzept.¹⁰⁷ Unterschieden werden drei Formen, JCE I, II und III. Allen gemein sind die geforderten objektiven Kriterien, nämlich ein gemeinsamer Plan einer Mehrzahl von Personen

¹⁰⁰ Saland, in: The Making of the Rome Statute, 189–216 (198).

¹⁰¹ Aus der deutschsprachigen Literatur vor allem zum deutschen Strafrecht z.B. Dencker, S. 20, Heine, JZ 2000, 920 (926); Küper, ZStW 105 (1993), 445–482 (482); Roxin, TuT⁹, S. 243, vgl. dazu auch 1. auf S. 57 ff.

¹⁰² Lampe, ZStW 106 (1994), 683–745 (687).

¹⁰³ Fletcher, Yale Law Journal 111 (2002), 1499–1573 (1573).

¹⁰⁴ Vgl. auch Ambos, in: System Criminality, 127–157 (129).

¹⁰⁵ Zahar/Sluiter, S. 221.

¹⁰⁶ Diese Herleitung ist problematisch, vgl. ebd., S. 223 ff. Sehr detailliert auch Barthe, S. 37 ff., der im Ergebnis die völkergewohnheitsrechtliche Grundlage für die dritte Form des JCE ablehnt, für die ersten beiden Formen jedoch bejaht. Ähnlich sieht es Haan, S. 316, die jedoch im Ergebnis nur die Grundform des JCE als unzweifelhaft völkergewohnheitsrechtlich begründet anerkennt. Anders sieht es Cassese, S. 170: „*JCE III is firmly established in customary international law.*“

¹⁰⁷ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 220. Vgl. für einen kurzen Überblick zum JCE Satzger, § 15 Rn. 55 ff. Ausführlicher äußern sich z.B. Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 30 ff. Cassese, S. 163 ff. und Vest, S. 287 ff. und noch wesentlich umfassender sind die Dissertationen von Barthe und Haan.

sowie ein Beitrag der einzelnen Person im Rahmen des Plans, wobei an den Grad der Beteiligung von der Rechtsprechung keine hohen Anforderungen gestellt werden^{108, 109}. Subjektiv unterscheiden sich die drei Formen des JCE jedoch. Die Grundform (JCE I) ist der Mittäterschaft des § 25 II StGB sehr ähnlich¹¹⁰: Es muss ein „gemeinsamer“ Vorsatz gegeben sein, dem entsprechend die Beteiligten handeln¹¹¹. Kritisiert wird hieran meist nur die fehlende Einschränkung auf „wesentliche“ Tatbeiträge.¹¹² Die systemische Form (JCE II) soll die sogenannten „Konzentrationslagerfälle“ erfassen. Daher soll subjektiv Wissentlichkeit bezüglich des Systems der Misshandlung und ein Wille zur Förderung dieses Systems genügen, wobei dieser Wille auch aus der Position in der Hierarchie des Lagers abgeleitet werden könne.¹¹³ Für die dritte, erweiterte Form (JCE III) wird subjektiv der Vorsatz verlangt, am kriminellen Unternehmen teilzunehmen und es zu fördern, und außerdem Vorhersehbarkeit der möglichen Begehung von Taten, die nicht dem gemeinsamen Tatplan entsprechen, durch die anderen Beteiligten:

„With regard to the third category of cases, it is appropriate to apply the notion of ‘common purpose’ only where the following requirements concerning mens rea are fulfilled: (i) the intention to take part in a joint criminal enterprise and to further – individually and jointly – the criminal purposes of that enterprise; and (ii) the foreseeability of the possible commission by other members of the group of offences that do not constitute the object of the common criminal purpose. [...] In other words, the so-called *dolus eventualis* is required[...].“¹¹⁴

Besonders kritisiert worden ist diese dritte Form, die eine Haftung für Exzesstaten anderer vorsieht.¹¹⁵ Problematisch ist außerdem die teilweise Anwendung dieser Beteiligungsform zur Absenkung der subjektiven Anforderungen des Völkermordes am ICTY, denn JCE III soll sogar dann vorliegen, wenn die Person selbst keine Zerstörungsabsicht hat und der Völkermord nur objektiv vorhersehbar ist.¹¹⁶

Im IStGH-Statut ist das JCE nicht explizit geregelt, allerdings entspricht zumindest die Grundform, also das JCE I, im Wesentlichen der Mittäterschaft des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut.¹¹⁷ In der Rechtsprechung des IStGH ist eine Anwendung des JCE bereits wiederholt abgelehnt worden.¹¹⁸ Auch in der Literatur wird vertreten, für das Konzept des JCE sei kein

¹⁰⁸ Vgl. die detaillierten Nachweise bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 30 Fn. 157.

¹⁰⁹ *Ebd.*, § 7 Rn. 30; *Satzger*, § 15 Rn. 56.

¹¹⁰ *Ebd.*, § 15 Rn. 57; *Vest*, S. 337. Ähnlich *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 31: „Für die ersten beiden Kategorien (jce I und II) wird man nach deutschem Verständnis im Grundsatz wohl von einer Mittäterschaft ausgehen können, [...] wobei freilich mit abnehmender Beteiligung [...] die Abgrenzung zur Beihilfe verschwimmt [...]“ (Herv. im Orig.).

¹¹¹ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 220.

¹¹² *Satzger*, § 15 Rn. 57; ähnlich auch *Cassese*, S. 166, der eben für JCE I und II einen wesentlichen Tatbeitrag („significant contribution“) als einschränkendes Merkmal verlangt.

¹¹³ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 220.

¹¹⁴ *Ebd.*, Rn. 220.

¹¹⁵ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 31 f.; *Barthe*, S. 214 ff.; *Satzger*, § 15 Rn. 58; *Vest*, S. 309, 351. Vgl. auch *Werle/Jeßberger*, Rn. 560 m.w.N. A.A. dagegen *Cassese*, S. 169 f., der auch diese Form des JCE grundsätzlich befürwortet.

¹¹⁶ ICTY v. 19. März 2004 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Decision on Interlocutory Appeal) IT-99-36-A, Rn. 6; vgl. nur *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 32 m.w.N. Ablehnend auch *Cassese*, S. 172 f.

¹¹⁷ *Haan*, S. 305; *Barthe*, S. 243 möchte wohl auch die anderen beiden Formen mit Einschränkungen unter die Mittäterschaft subsumieren.

¹¹⁸ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 322 ff., 338; ICC v. 1. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 471 ff.; ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1619.

Platz am IStGH.¹¹⁹ Ambos dagegen hält wohl nur das JCE III für nicht mit dem IStGH-Statut vereinbar.¹²⁰

Auch wenn durch die detaillierte Beteiligungsregelung des IStGH-Statuts ein Rückgriff auf das Konzept des JCE am IStGH nicht mehr notwendig ist, wird dennoch in dieser Abhandlung auf das JCE zurückzukommen sein, da es eine Art Vorläufer bzw. Konkurrent der *indirect co-perpetration* darstellt.

2. Teilnahme gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b - d IStGH-Statut

„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...]

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime; [...].“¹²¹

Nach der amtlichen Übersetzung ist die Anordnung, Aufforderung und Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar, außerdem die Beihilfe oder sonstige Unterstützung zum Zwecke der Erleichterung der Tat sowie der sonstige Beitrag zu einem Gruppenverbrechen.¹²² Die Teilnahme strafbarkeit setzt jeweils eine wenigstens versuchte Haupttat voraus. Der IStGH hat Teilnahme in Abgrenzung zur Täterschaft als Begehung ohne Tatherrschaft bezeichnet.¹²³

Das Veranlassen zur Begehung einer Straftat nach Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut umfasst zunächst die Anordnung einer Straftat, daraus ergeben sich Schwierigkeiten bei der Ab-

¹¹⁹ Satzger, § 15 Rn. 58; Werle/Jeßberger, Rn. 561.

¹²⁰ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 31.

¹²¹ Amtliche Übersetzung, BGBl. II 2000, 1413:

„In Übereinstimmung mit diesem Statut ist für ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen strafrechtlich verantwortlich und strafbar, wer

[...]

b) die Begehung eines solchen Verbrechens, das tatsächlich vollendet oder versucht wird, anordnet, dazu auffordert oder dazu anstiftet;

c) zur Erleichterung eines solchen Verbrechens Beihilfe oder sonstige Unterstützung bei seiner Begehung oder versuchten Begehung leistet, einschließlich der Bereitstellung der Mittel für die Begehung;

d) auf sonstige Weise zur Begehung oder versuchten Begehung eines solchen Verbrechens durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen beiträgt. Ein derartiger Beitrag muss vorsätzlich sein und entweder

i) mit dem Ziel geleistet werden, die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe zu fördern, soweit sich diese auf die Begehung eines der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechens beziehen, oder

ii) in Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe, das Verbrechen zu begehen, geleistet werden[...].“

¹²² Vgl. zur Teilnahme Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 37 ff.

¹²³ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1396.

grenzung zur mittelbaren Täterschaft.¹²⁴ Entsprechend hat die Anklagebehörde des IStGH in einem Verfahren nicht nur wegen *indirect co-perpetration*, sondern alternativ zusätzlich wegen der Anordnung von Straftaten gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut angeklagt.¹²⁵ Die Vorverfahrenskammer hat dann aber wegen der Annahme von Täterschaft nichts weiter zur Abgrenzung ausgeführt.¹²⁶ Außerdem wird der amtlichen deutschen Übersetzung zufolge die Aufforderung und die Anstiftung zu einer Tat von lit. b erfasst, allerdings ist diese Übersetzung kritisiert worden.¹²⁷ Ambos kommt zu dem Schluss, dass mit „*solicits*“ und „*induces*“ jeweils, ohne begriffliche Unterschiede, nur die Veranlassung einer bestimmten bzw. bestimmbaren Person zu einer bestimmten bzw. bestimmbaren Tat im Sinne der Anstiftung gemäß § 26 dStGB gemeint ist¹²⁸ und nicht eine Aufforderung im Sinne des § 111 des deutschen StGB.¹²⁹ Entsprechend ist die amtliche Übersetzung von „*solicits*“ als „dazu auffordert“ zumindest irreführend. Durch diese eher enge Auslegung werden aber Strafbarkeitslücken geschaffen, denn die Aufforderung im Sinne des § 111 StGB zu einem Völkerrechtsverbrechen wird damit von Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut gerade nicht erfasst. Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut, der nur die Aufstachelung zum Völkermord unter Strafe stellt, hätte von den Verfasser*innen des Statuts jedoch problemlos auf die Aufstachelung zu allen Völkerrechtsverbrechen ausgeweitet werden können, dies war aber offenbar nicht gewollt. Dementsprechend ist auch die eher enge Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut überzeugend.¹³⁰

Die Beihilfe nach Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut erfasst sowohl physische als auch psychische Unterstützung¹³¹ und wird in ihrer Weite bezüglich des objektiven Merkmals („Beihilfe oder sonstige Unterstützung“) durch das subjektive Merkmal „zur Erleichterung eines solchen Verbrechens“ eingeschränkt¹³². Dadurch fallen beispielsweise „neutrale“ Beihilfehandlungen, sofern sie nicht mit Förderungsabsicht ausgeführt wurden, nicht unter diesen Tatbestand.¹³³

Der sonstige Beitrag zu einer Kollektivtat nach Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut verlangt objektiv wie die Beihilfe nach Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut irgendeinen Beitrag zur Haupttat, allerdings muss es sich hier um die Tat einer Gruppe mit gemeinsamem Ziel handeln. In subjektiver Hinsicht wird, anders als bei der Beihilfe, nur mindestens Kenntnis der Pläne der Gruppe verlangt und keine Förderungsabsicht. Ambos hält diese Beteiligungsvariante daher für so gut wie überflüssig, denn es verbleibe nur ein sehr kleiner Anwendungsbereich neben der ansonsten fast immer verwirklichten Beihilfe nach lit. c.¹³⁴ Werle bezeichnet die Beteiligung gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut als „die weiteste und mithin auch schwächste Form der Teilnahme“.¹³⁵

¹²⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 45.

¹²⁵ ICC v. 26. Juni 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Amended Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) of the Statute) ICC-01/04-01/07-649-Anx1A, Rn. 94.

¹²⁶ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 470 f.

¹²⁷ Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 646 ff.

¹²⁸ Vgl. auch *Satzger*, § 15 Rn. 61.

¹²⁹ Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 649.

¹³⁰ Vgl. *ebd.*, S. 649 f.

¹³¹ *Ders.*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 41 f.

¹³² *Ders.*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 638 ff.

¹³³ Vgl. *ders.*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 42. Kritisch dazu *Cassese*, S. 195. Vgl. zur Problematik der „neutralen“ Beihilfe auch *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 631 ff. und *Vest*, S. 204 ff.

¹³⁴ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 43; vgl. auch *ders.*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 616, 642.

¹³⁵ *Werle/Jeßberger*, Rn. 599.

3. Vorgesetztenverantwortlichkeit

Art. 28 IStGH-Statut regelt die *Responsibility of commanders and other superiors*, also die Vorgesetztenverantwortlichkeit (*superior responsibility*).

„Article 28: Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.“¹³⁶

¹³⁶ Amtliche Übersetzung, BGBl. II 2000, 1414:

„Artikel 28 – Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter

Neben anderen Gründen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit aufgrund dieses Statuts für der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegende Verbrechen gilt Folgendes:

a) Ein militärischer Befehlshaber oder eine tatsächlich als militärischer Befehlshaber handelnde Person ist strafrechtlich verantwortlich für der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegende Verbrechen, die von Truppen unter seiner oder ihrer tatsächlichen Befehls- beziehungsweise Führungsgewalt und Kontrolle als Folge seines oder ihres Versäumnisses begangen wurden, eine ordnungsgemäße Kontrolle über diese Truppen auszuüben, wenn

i) der betreffende militärische Befehlshaber oder die betreffende Person wusste oder aufgrund der zu der Zeit gegebenen Umstände hätte wissen müssen, dass die Truppen diese Verbrechen begingen oder zu begehen im Begriff waren, und

ii) der betreffende militärische Befehlshaber oder die betreffende Person nicht alle in seiner oder ihrer Macht stehenden erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriff, um ihre Begehung zu verhindern oder zu unterbinden oder die Angelegenheit den zuständigen Behörden zur Untersuchung und Strafverfolgung vorzulegen.

b) In Bezug auf unter Buchstabe a nicht beschriebene Vorgesetzten- und Untergebenenverhältnisse ist ein Vorgesetzter strafrechtlich verantwortlich für der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegende Verbrechen, die von Untergebenen unter seiner tatsächlichen Führungsgewalt und Kontrolle als Folge seines Versäumnisses begangen wurden, eine ordnungsgemäße Kontrolle über diese Untergebenen auszuüben, wenn

i) der Vorgesetzte entweder wusste, dass die Untergebenen solche Verbrechen begingen oder zu begehen im Begriff waren, oder eindeutig darauf hinweisende Informationen bewusst außer Acht ließ;

ii) die Verbrechen Tätigkeiten betrafen, die unter die tatsächliche Verantwortung und Kontrolle des Vorge-

Bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit handelt es sich um eine „originär völkerstrafrechtliche“ Rechtsfigur.¹³⁷ Die Regelungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit in den Statuten der *ad-hoc*-Gerichtshöfe in Art. 7 Abs. 3 ICTY-Statut und Art. 6 Abs. 3 ICTR-Statut dienen häufig als Auffangtatbestände, falls eine direktere Beteiligung nicht nachgewiesen werden konnte.¹³⁸ Auch Art. 28 IStGH-Statut regelt eine subsidiäre Beteiligungsform, die zusätzlich zu den Beteiligungsformen des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut in Frage kommt, wie sich bereits aus den ersten Worten des Artikels ergibt: „*In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute [...]*“.¹³⁹ Es handelt sich um ein Unterlassungsdelikt, bestraft wird das Versäumnis militärischer oder ziviler Vorgesetzter, die Begehung von Straftaten der Untergebenen zu verhindern oder im Nachhinein die Begehung den entsprechenden Strafverfolgungsbehörden zu melden. Der oder die Vorgesetzte kann somit unter gewissen Umständen für Völkerrechtsverbrechen Untergebener strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.¹⁴⁰ Beachtenswert ist, dass es nicht auf die formale Vorgesetzteneigenschaft ankommt, sondern tatsächliche Führungsgewalt und Kontrolle der Vorgesetzten über ihre Untergebenen vorliegen muss.¹⁴¹ Der reine Nachweis des Innehabens einer bestimmten Position in einem Machtapparat genügt somit nicht, dies würde eine mögliche Strafbarkeit nach Art. 28 IStGH-Statut auch zu sehr ausweiten.¹⁴²

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit kann somit gerade auch in Fällen möglicher *indirect co-perpetration* als Auffangtatbestand dienen, falls eine aktive Beteiligung nicht nachweisbar ist.¹⁴³

setzten fielen, und

iii) der Vorgesetzte nicht alle in seiner Macht stehenden erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriff, um ihre Begehung zu verhindern oder zu unterbinden oder die Angelegenheit den zuständigen Behörden zur Untersuchung und Strafverfolgung vorzulegen.“

¹³⁷ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 55 m.w.N.; ders., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 667; Satzger, § 15 Rn. 64; Werle/Jeßberger, Rn. 603.

¹³⁸ Vest, S. 224 f. Zur historischen Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit seit dem 2. Weltkrieg vgl. Cassese, S. 182 ff. und Vest, S. 213 ff.

¹³⁹ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 55; Satzger, § 15 Rn. 64; Werle/Jeßberger, Rn. 609.

¹⁴⁰ Zu den genauen Voraussetzungen siehe die Zusammenfassung bei Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 57 f. und, sehr ausführlich, ders., Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 673 ff.

¹⁴¹ Ebd., S. 676 ff; Werle/Jeßberger, Rn. 612.

¹⁴² Vgl. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 679.

¹⁴³ Vgl. allgemein zur Auffangfunktion Werle/Jeßberger, Rn. 605: „[I]nsofern wirkt die Figur der Vorgesetztenverantwortlichkeit gleichsam als Rettungsanker, wenn der Nachweis direkter strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Vorgesetzten misslingt.“ Ähnlich Gil Gil/Maculan, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (366).

§ 3 Anwendbares Recht und Auslegung am IStGH

Die in dieser Abhandlung zu besprechende Täterschaftsform der mittelbaren Mittäterschaft ergibt sich im Ergebnis aus Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, genauer aus der 2. und 3. Variante. Bevor man zur konkreten Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut kommt, muss zuerst festgestellt werden, welches Recht überhaupt vom IStGH anwendbar ist. Danach sind die völkerstrafrechtlichen Auslegungsregeln zu bestimmen, welche dann auf Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut anzuwenden sind.

I. Anwendbares Recht

Zunächst stellt sich die Frage, welche Vorschriften am IStGH überhaupt anzuwenden sind. Zuerst sollte sich der Blick auf Art. 21 IStGH-Statut richten, dessen Absatz 1 lautet:

„The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.“¹⁴⁴

Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut legt nicht nur fest, welches Recht anwendbar ist, sondern auch, in welchem Verhältnis die anwendbaren Rechtsnormen zueinander stehen. Abs. 1 lit. a besagt, dass vorrangig das IStGH-Statut sowie die *Elements of Crimes* (Verbrechenselemente) und die *Rules of Procedure and Evidence*¹⁴⁵ (Verfahrens- und Beweisregeln) anzuwenden sind. Abs. 1 lit. b

¹⁴⁴ Amtliche Übersetzung, BGBl. II 2000, 1411 f.:

„Artikel 21 –Anwendbares Recht

Der Gerichtshof wendet Folgendes an:

a) an erster Stelle dieses Statut, die „Verbrechenselemente“ sowie seine Verfahrens- und Beweisordnung;

b) an zweiter Stelle, soweit angebracht, anwendbare Verträge sowie die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts, einschließlich der anerkannten Grundsätze des internationalen Rechts des bewaffneten Konflikts;

c) soweit solche fehlen, allgemeine Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Rechtssysteme der Welt, einschließlich, soweit angebracht, der innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Staaten, die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden, abgeleitet hat, sofern diese Grundsätze nicht mit diesem Statut, dem Völkerrecht und den international anerkannten Regeln und Normen unvereinbar sind.

verweist zweitens auf internationale Verträge und die Grundsätze des Völkerrechts. Abs. 1 lit. c besagt, dass subsidiär („*failing that*“) allgemeine Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof aus nationalen Rechtsordnungen der Länder ableitet, angewandt werden, und zwar auch aus den Ländern, die normalerweise über die zu verhandelnden Geschehnisse urteilen würden, soweit diese Rechtsgrundsätze nicht mit denen des IStGH-Statuts und des Völkerrechts unvereinbar sind.

Jesse unterteilt das anwendbare Recht in „eine innere und eine äußere Seite“, nämlich einerseits das Statut selbst (vgl. Abs. 1 lit. a) und andererseits das quasi außerhalb liegende andere Recht nach Abs. 1 lit. b und c.¹⁴⁶ Diese Einteilung mag zur Übersichtlichkeit beitragen, ist aber nicht zwingend. Im Folgenden werden die einzelnen Unterabsätze ihrer Reihenfolge nach genauer untersucht.

1. Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut

An erster Stelle ist das Statut selbst anwendbar sowie die Verbrechenselemente und die Verfahrens- und Beweisregeln, wobei das Statut sowohl den Verbrechenselementen¹⁴⁷ als auch den Verfahrens- und Beweisregeln¹⁴⁸ vorgeht.

2. Art. 21 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut

An zweiter Stelle wendet der Gerichtshof „*applicable*“ Verträge und die Prinzipien und Regeln des internationalen Rechts an. *Applicable* lässt sich mit „geeignet“ oder „anwendbar“¹⁴⁹ übersetzen. Eingeschränkt wird dies noch durch den Zusatz „*where appropriate*“ (soweit angebracht¹⁵⁰), der dem Gerichtshof einen Ermessensspielraum gibt, inwiefern Verträge sowie Prinzipien und Regeln des internationalen Rechts anwendbar sind¹⁵¹. Falls der Gerichtshof einen Vertrag als nicht „*applicable*“ einstuft, so kann er auf die im jeweiligen Vertrag enthaltenen Regelungen als „Prinzipien und Regelungen des internationalen Rechts“ gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. b 2. Var. IStGH-Statut zurückgreifen.¹⁵² Der Ausdruck „Prinzipien und Regeln des internationalen Rechts“ steht im Übrigen wohl hauptsächlich für internationales Gewohnheitsrecht, wobei unklar bleibt, warum im Statut auf die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht“ (*customary law*) verzichtet wurde.¹⁵³

3. Art. 21 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut

Falls das Gericht in all diesen Rechtsquellen keine Lösung für ein spezielles Problem findet, kann es zuletzt auf allgemeine Rechtsgrundsätze aus nationalen Rechtsordnungen zurückgreifen. Abs. 1 lit. c ist ein Kompromiss aus zwei sehr unterschiedlichen Ansichten: Eine Gruppe wollte, dass das Gericht nationales Recht direkt anwenden kann, während eine andere Gruppe vertrat, dass nationales Recht nur eine indirekte Quelle sein soll, „*with the Court deriving common principles from the different legal systems.*“¹⁵⁴

¹⁴⁵ Alle Texte sind in der jeweils aktuellen Version auf der Internetseite des IStGH zu finden: <http://www.icc-cpi.int/resource-library/legal-texts>, abgerufen am 10. April 2018.

¹⁴⁶ Jesse, S. 72.

¹⁴⁷ Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut: „*Elements of Crimes shall assist the Court [...]*“ sowie Abs. 3: „*The Elements of Crimes and amendments thereto shall be consistent with this Statute.*“

¹⁴⁸ Art. 51 Abs. 4 IStGH-Statut: „*The Rules of Procedure and Evidence, amendments thereto and any provisional Rule shall be consistent with this Statute.*“ sowie Abs. 5 IStGH-Statut: „*In the event of conflict between the Statute and the Rules of Procedure and Evidence, the Statute shall prevail.*“

¹⁴⁹ So auch die amtliche Übersetzung, s. Fn. 144.

¹⁵⁰ Amtliche Übersetzung, s.o.

¹⁵¹ *deGuzman*, in: *Triffterer/Ambos*³, Art. 21 Rn. 19.

¹⁵² *deGuzman*, *ebd.*, Art. 21 Rn. 22.

¹⁵³ *deGuzman*, *ebd.*, Art. 21 Rn. 23, 28.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze dürfen gerade auch, „*as appropriate*“ (wieder ein Spielraum für die Richter*innen), aus Ländern stammen, die normalerweise über die zu verhandelnden Verbrechen geurteilt hätten. Mit Bezug hierauf weist Saland auf eine Unstimmigkeit im endgültigen Statutstext hin:

„*There is of course a certain contradiction between the idea of deriving general principles, which indicates that this process could take place before a certain case is adjudicated, and that of looking also to particular national laws of relevance to a certain case; but that price had to be paid in order to reach a compromise.*“¹⁵⁵

Ob dieser Kompromiss Auswirkungen auf die Arbeit des Gerichts haben wird, bleibt abzuwarten. Im Zweifel ist es so jedenfalls dem Gericht überlassen, eine stimmige Lösung zu finden.

Mit dem letzten Teilsatz wird dann noch einmal verdeutlicht, dass die aus nationalem Recht gewonnenen Prinzipien mit dem Statut und mit internationalen Rechtsgrundsätzen vereinbar sein müssen.¹⁵⁶

II. Auslegung am IStGH

„Auslegung“ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‘Auseinanderlegung’, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber noch gleichsam verhüllten Sinnes.“¹⁵⁷ Auslegungsregeln dienen dazu, die als „Auslegung“ bezeichneten juristischen Überlegungen zu strukturieren, sie überprüfbar und nachvollziehbar zu machen.¹⁵⁸ „Das Wesen der Auslegung wird durch Gesetzestreue und objektive Nachprüfbarkeit bestimmt.“¹⁵⁹

Auf der Suche nach Auslegungsregeln am IStGH muss man sich, wie gerade gesehen (vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut), zunächst dem Statut zuwenden. Dabei stößt man auf Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut:

„*The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.*“

Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut beinhaltet ein Gebot enger Wortlautauslegung („*strictly construed*“), ein Analogieverbot, und bei Unklarheiten soll die Vorschrift zu Gunsten der beschuldigten, angeklagten oder verurteilten Person angewandt werden (sog. *favor rei* bzw. *in dubio mitius*¹⁶⁰). Sinnvollerweise kann sich dieser *favor rei*, also die Begünstigung der angeklagten Person in Rechtsfragen (als Parallele zur Begünstigung in Tatsachenfragen, *in dubio pro reo*), nur auswirken, wenn nach den ersten Schritten der Auslegung noch zwei gleichermaßen vertretbare Ergebnisse übrig bleiben.¹⁶¹

¹⁵⁴ Saland, in: The Making of the Rome Statute, 189–216 (214), vgl. auch deGuzman, in: Triffterer/Ambos³, Art. 21 Rn. 34.

¹⁵⁵ Saland, in: The Making of the Rome Statute, 189–216 (215).

¹⁵⁶ Vgl. auch deGuzman, in: Triffterer/Ambos³, Art. 21 Rn. 42.

¹⁵⁷ Larenz, S. 313.

¹⁵⁸ Hassemer/Kargl, in: NK-StGB⁵, § 1 Rn. 113.

¹⁵⁹ Jescheck/Weigend, S. 151.

¹⁶⁰ Jesse, S. 151. Im deutschen Recht gibt es keine solche Begünstigung, vgl. BGHSt 6, 131, 133 und Jescheck/Weigend, S. 154 m.w.N.

¹⁶¹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 53, wo die Regel als *in dubio pro reo* ungenau benannt wird; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 8; Jesse, S. 151 ff.; Werle/Jeßberger, S. 229.

1. Reichweite des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut

Allerdings geht es in Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut explizit nur um „[t]he definition of a crime“. Fallen darunter nur die Verbrechendefinitionen in den Art. 6 ff. oder auch die allgemeinen Regelungen im 3. Teil des Statuts (Art. 22–33 IStGH-Statut, „*General Principles of Criminal Law*“) und somit auch Art. 25 IStGH-Statut?

Werle ist der Ansicht, dass lediglich die Verbrechendefinitionen der Art. 6 ff. IStGH-Statut gemeint seien¹⁶², was sich bereits aus einer systematischen Auslegung des Begriffs „Verbrechen“ ergebe¹⁶³. Er verweist dazu insbesondere auf Berster, der ausführlich darlegt, dass die systematische Auslegung zu dem Ergebnis komme, dass Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut nur auf die Art. 6–8 des Statuts anwendbar sei.¹⁶⁴ Zur Begründung nennt Berster zunächst die Verwendung desselben Begriffs in unterschiedlichem Sinne in Art. 22 Abs. 2 und Abs. 3 IStGH-Statut: Während in Abs. 3 sehr weitgehend von „*the characterization of any conduct as criminal under international law*“ die Rede sei, verende Abs. 2 den wesentlich engeren Begriff „*crime*“, der als „*crime within the jurisdiction of the Court*“ zu lesen sei.¹⁶⁵ Im 3. Teil des Statuts bezeichne der Begriff „*crime*“ nur eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung der Strafbarkeit.¹⁶⁶ Dort sei mit „*crime*“ nichts anderes als die in Art. 6–8 IStGH-Statut festgehaltenen Verbrechendefinitionen gemeint.¹⁶⁷ Im Ergebnis sei Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut somit nicht auf den 3. Teil des Statuts anwendbar.¹⁶⁸

Andere Autoren dagegen halten Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut auch auf den 3. Teil des Statuts für anwendbar,¹⁶⁹ ebenso wie Richter*innen van den Wyngaert¹⁷⁰. Etwas unklar bleibt Broomhall, der einerseits schreibt, Abs. 2 sei nur auf die Art. 6–8 IStGH-Statut anwendbar, dann aber die Entscheidung über eine darüber hinausgehende Anwendung den Richter*innen überlassen will.¹⁷¹ Jesses wesentliches und überzeugendstes Argument für die Anwendbarkeit des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut auf den 3. Teil des Statuts lautet, dass Abs. 2 nichts anderes als eine Ergänzung der „materielle[n] Grundentscheidung des Abs. 1“ sei¹⁷²: Niemand soll nach diesem Statut strafbar sein, wenn nicht sein Verhalten zur jeweiligen Zeit bereits ein Verbrechen im Sinne des Statuts darstellt. Entsprechend soll das Statut eng ausgelegt werden, und zwar nicht nur die Verbrechendefinitionen in den Art. 6–8 IStGH-Statut, sondern auch der die allgemeinen Prinzipien regelnde Teil 3, an dessen Anfang Art. 22 IStGH-Statut steht.¹⁷³ Auch die Rechtsprechung des IStGH hat sich für eine umfassende Geltung des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut ausgesprochen.¹⁷⁴ Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut ist somit bei der Auslegung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut zu beachten.

¹⁶² Werle/Jeßberger, Rn. 230.

¹⁶³ Ebd., Rn. 231.

¹⁶⁴ Berster, *International Criminal Law Review* 10 (2010), 619–646 (642 ff.).

¹⁶⁵ Ebd., 619–646 (643).

¹⁶⁶ Ebd., 619–646 (643).

¹⁶⁷ Ebd., 619–646 (643).

¹⁶⁸ Ebd., 619–646 (643).

¹⁶⁹ Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 8; Jesse, S. 157; Triffterer, in: GS Vogler, 213–262 (223 ff.).

¹⁷⁰ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 18. Ebenso und mit Verweis auf van den Wyngaert, aber ohne weitere Begründung: Sadat/Jolly, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 755–788 (759).

¹⁷¹ Broomhall, in: Triffterer/Ambos³, § 22 Rn. 39, 48.

¹⁷² Jesse, S. 157.

¹⁷³ Vgl. ebd., S. 157.

¹⁷⁴ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 51.

2. Auslegungsregeln des WÜRV

Weitere Auslegungsregeln können sich aus Art. 31–33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV) vom 23. Mai 1969¹⁷⁵ ergeben.¹⁷⁶ Das WÜRV gilt als völkerrechtlicher Vertrag zwar nur zwischen den Vertragsparteien, viele Bestimmungen des WÜRV sind aber allgemein als Völkergewohnheitsrecht anerkannt und gelten somit über die Vertragsstaaten hinaus generell im Völkerrecht¹⁷⁷, sodass das WÜRV am IStGH gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut entweder als „*applicable treaty*“ oder als „*rule of international law*“ anwendbar ist. Richterin van den Wyngaert schreibt in ihrem Sondervotum zum IStGH-Urteil gegen Ngudjolo zur Auslegung von Art. 25 Abs. 3 lit. a:

„In interpreting the terms of the different forms of criminal responsibility contained in the Statute, the Court must strive to the maximum extent to give them their ‘ordinary meaning’ as required by Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.“¹⁷⁸

Das WÜRV enthält im Grunde die aus dem deutschen Recht bekannten „klassischen“¹⁷⁹ Auslegungsregeln¹⁸⁰, nämlich die Wortlautauslegung (Art. 31 Abs. 2 WÜRV), die systematische Auslegung (Art. 31 Abs. 2 und 3 WÜRV), die historische Auslegung (nach dem WÜRV lediglich ergänzend, vgl. Art. 32 WÜRV) und die teleologische Auslegung (Art. 31 Abs. 1 WÜRV). Auch die Richter am IStGH haben schon früh festgestellt, dass und wie das WÜRV zur Auslegung des IStGH-Statuts heranzuziehen ist, und auch sie erwähnen dabei die Wortlauslegung, die systematische Auslegung und die teleologische Auslegung:

„The rule governing the interpretation of a section of the law is its wording read in context and in light of its object and purpose. The context of a given legislative provision is defined by the particular sub-section of the law read as a whole in conjunction with the section of an enactment in its entirety. Its objects may be gathered from the chapter of the law in which the particular section is included and its purposes from the wider aims of the law as may be gathered from its preamble and general tenor of the treaty.“¹⁸¹

Allerdings ist zu beachten, dass die Auslegungsregeln des WÜRV nicht für Strafgesetze formuliert worden sind.¹⁸² Dies betont auch Richterin van den Wyngaert: Sie schreibt, dass Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut dem WÜRV bei der Auslegung von Vorschriften zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit vorgehe, und zwar insbesondere was die teleologische Auslegung angehe:

¹⁷⁵ Der Text des WÜRV findet sich im englischen und französischen Original und in deutscher Übersetzung in BGBl. II 1985, 927.

¹⁷⁶ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 43 ff. m.w.N.; *Satzger*, § 15 Rn. 9.

¹⁷⁷ Der *International Law Commission* zufolge geben sowohl Art. 31 als auch Art. 32 des WÜRV Völkergewohnheitsrecht wieder, vgl. *UN, Report of the ILC, Sixty-fifth Session (6 May–7 June and 8 July–9 August 2013)*, *UN Doc. A/68/10 (2013)*, S. 22. Vgl. außerdem *Heintschel von Heinegg*, in: *Völkerrecht*⁶, Vor § 10 Rn. 5; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, I.C.J. Reports 1999, 1049 (1059); *Safferling*, § 4 Rn. 98; *Satzger*, § 15 Rn. 9; *Werle/Jeßberger*, Rn. 209; *Werle/Burghardt*, in: FS Kühl, 851–866 (855).

¹⁷⁸ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 11.

¹⁷⁹ Vgl. etwa *Jeschke/Weigend*, S. 154 ff.

¹⁸⁰ *Safferling*, § 4 Rn. 98; ebenso *Werle/Jeßberger*, S. 210.

¹⁸¹ ICC v. 13. Juli 2006 (Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal) ICC-01/04-168, Rn. 33.

¹⁸² *Safferling*, § 4 Rn. 101.

„I consider that for interpreting articles dealing with the criminal responsibility of individuals, the principles of strict construction and in dubio pro reo¹⁸³ are paramount.“¹⁸⁴

Die in Art. 31 Abs. 1 WÜRv geforderte Auslegung eines jeden Vertrags „nach Treu und Glauben [...] und im Lichte seines Zieles und Zweckes“ sei, so schreibt Safferling, bei der Auslegung des IStGH-Statuts, also im Strafrecht, „höchst gefährlich“, zumindest wenn man es im Sinne eines *effet utile* verstehe.¹⁸⁵ Auch Sadat und Jolly warnen vor einer Kollision mit der an Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut orientierten Auslegung, falls das Ziel des Statuts zu sehr in den Vordergrund gerückt wird.¹⁸⁶ Entgegen diesen Bedenken besteht die Gefahr einer solchen Kollision jedoch nicht:

Erstens ist zwar die Auslegung des IStGH-Statuts gemäß Art. 22 Abs. 2 durch den Wortlaut des Statuts begrenzt. Dies hat Safferling überzeugend dargelegt.¹⁸⁷ Sadat und Jolly führen aus, die Wortlautauslegung sei zumindest „*the first and overriding principle*“ der Auslegung des IStGH-Statuts.¹⁸⁸ Die gleiche Schranke gilt jedoch auch für die Berücksichtigung des *effet utile* bei der Auslegung gemäß WÜRv.¹⁸⁹

Zweitens beschreibt der Auslegungsgrundsatz des *effet utile* letztlich nichts anderes als die teleologische Auslegung¹⁹⁰, die mit Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut vereinbar ist. Daher wird die in Art. 32 Abs. 1 WÜRv genannte Auslegungsregel zu Recht auch als teleologische Auslegung bezeichnet.¹⁹¹

Werle definiert *effet utile* als „Auslegung im Lichte des Vertragszieles und [mit dem Ziel] dessen dauernder Förderung“.¹⁹² Was aber ist das Gestaltungsziel und was ist der Regelungszweck des IStGH-Statuts? Laut der Präambel des Statuts ist ein Ziel „*[putting] an end to impunity*“, also die Beendigung der Strafflosigkeit, und ein weiteres Ziel ist „*to guarantee lasting respect for and the enforcement of international justice*“, also die Achtung und die Durchsetzung der internationalen Rechtspflege dauerhaft zu gewährleisten.

Safferling zufolge hat die Auslegung im internationalen Recht autonom, funktional, komparativ und normativ zu erfolgen.¹⁹³ Autonom bedeutet, dass eine möglicherweise existierende spezielle Auslegung eines Begriffs nach nationalem Recht keine Bindungswirkung für den IStGH hat. Die funktionale Auslegung entspricht im Wesentlichen der systematischen Auslegung im deutschen Recht, es kommt also auf die Rolle der Norm im Gesamtgefüge des IStGH-Rechts an. Komparative Auslegung bedeutet, dass rechtsvergleichend vorzugehen ist, und normativ bedeutet, dass die jeweilige Regelung gemäß Art. 21 Abs. 3 IStGH-Statut menschenrechtskonform auszulegen ist.¹⁹⁴ Diese Punkte sind auch bei der Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut zu beachten.

Mit Ambos kann das Ergebnis zur Auslegung völkerstrafrechtlicher Verträge wie folgt formuliert werden:

¹⁸³ Gemeint ist hier wohl *in dubio mitius* bzw. *favor rei*, vgl. dazu oben S. 39.

¹⁸⁴ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, 18.

¹⁸⁵ Safferling, § 4 Rn. 101.

¹⁸⁶ Sadat/Jolly, Leiden Journal of International Law 27 (2014), 755–788 (766).

¹⁸⁷ Safferling, § 4 Rn. 108.

¹⁸⁸ Sadat/Jolly, Leiden Journal of International Law 27 (2014), 755–788 (765).

¹⁸⁹ Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 381; Heintschel von Heinegg, in: *Völkerrecht*⁶, § 12 Rn. 16; Verdross/Simma, S. 494.

¹⁹⁰ Vgl. z.B. Potacs, Europarecht 2009, 465 (469).

¹⁹¹ Safferling, § 4 Rn. 98.

¹⁹² Werle/Jeßberger, Rn. 211.

¹⁹³ Safferling, § 4 Rn. 106.

¹⁹⁴ Ebd., § 4 Rn. 107–110.

„Im Ergebnis ist also [...] eine an den Wortlaut des Vertrages und den Willen der Vertragsparteien anknüpfende Auslegung vorzunehmen, die freilich das Endziel des Vertrages, nämlich die wirksame strafrechtliche Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsphänomene, nicht aus den Augen verlieren darf. Zur Erreichung dieses Endziels kann es auch notwendig sein, auf ‘effet utile’ und dynamische Vertragsauslegung zurückzugreifen.“¹⁹⁵

3. Sprachen

Ein weiterer Aspekt bei der Auslegung des IStGH-Statuts ist die Sprache. Gemäß Art. 50 und Art. 128 IStGH-Statut sind alle sechs Sprachfassungen¹⁹⁶ des Statuts verbindlich, d.h. alle sechs Fassungen sind zur Auslegung heranzuziehen. Dies wird auch von Art. 33 WÜRV gestützt. Sollte aus den verschiedenen Fassungen kein eindeutiges Ergebnis erzielbar sein, so sind gemäß Art. 33 Abs. 4 WÜRV zunächst die Auslegungsregeln der Art. 31 u. 32 WÜRV heranzuziehen. Falls immer noch kein klares Ergebnis erzielbar ist, ist schließlich auf den Vertragszweck abzustellen.¹⁹⁷ Allerdings beschäftigen sich die wenigsten Richter*innen mit den verschiedenen Sprachfassungen, und wenn sie es doch tun, dann nur mit dem englischen und französischen¹⁹⁸ sowie manchmal noch dem spanischen¹⁹⁹ Text.²⁰⁰ Auch Schabas beschränkt sich in seinem Kommentar auf den Text des Statuts in den zwei Arbeitssprachen²⁰¹ Englisch und Französisch.²⁰² Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass der Text des IStGH-Statuts auf der Internetseite des IStGH auch nur auf Englisch, Französisch und Spanisch zur Verfügung steht.²⁰³ Da der Text des Statuts im Wesentlichen nur auf Englisch verhandelt wurde, ist es aber meist ausreichend, auf die englischsprachige Fassung zurückzugreifen. Die gleichermaßen verbindlichen anderssprachigen Fassungen des Statuts sind lediglich amtliche Übersetzungen und von Art. 128 IStGH-Statut quasi im Nachhinein für verbindlich erklärt worden.²⁰⁴

4. Der Wortlaut als Grenze der Auslegung am IStGH

Der Gedanke, dass „[a]llein der Gesetzeswortlaut [...] die richterliche Entscheidung bestimmen“ soll, kam in der Zeit der Aufklärung auf, als es darum ging, die Willkür richterlicher Entscheidungen zu begrenzen.²⁰⁵ Beccaria schrieb damals, dass der Herrscher das Gesetz erlasse und der Richter es ohne Auslegung anwende.²⁰⁶ Ganz so streng ist dies in der Praxis natürlich nicht durchführbar, da es in der Natur der Sprache liegt, dass Begriffe der Auslegung bedürfen und eine Gesetzesanwendung ohne Auslegung damit in den meisten Fällen unmöglich ist.²⁰⁷ Dennoch

¹⁹⁵ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 382.

¹⁹⁶ Die sechs Sprachen sind die UN-Amtssprachen Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch, vgl. <http://www.un.org/en/sections/about-un/official-languages/index.html>, abgerufen am 10. April 2018.

¹⁹⁷ Ähnlich *Safferling*, § 4 Rn. 100; ebenso *Schabas*, S. 1538.

¹⁹⁸ ICC v. 3. März 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute) ICC-01/05-01/08-388, Rn. 32.

¹⁹⁹ ICC v. 13. Feb. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled „Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo“) ICC-01/04-01/06-824, Rn. 96.

²⁰⁰ *Schabas*, S. 1538.

²⁰¹ Vgl. Art. 50 Abs. 2 IStGH-Statut.

²⁰² *Schabas*, S. 1537.

²⁰³ <http://www.icc-cpi.int/resource-library#legal-texts>, abgerufen am 10. April 2018.

²⁰⁴ Vgl. auch *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 381.

²⁰⁵ *Hilgendorf*, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 17–33 (25).

²⁰⁶ *Beccaria*, S. 12 f.

²⁰⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 27.

ist bis heute in der deutschen Rechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft ganz überwiegend anerkannt, dass der Wortlaut die Grenze der Auslegung bildet²⁰⁸, im deutschen Strafrecht wird dies dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG entnommen. Der Wortlaut als Grenze der Auslegung wird teils auch, wie bereits erwähnt, auf das Völkerstrafrecht übertragen.²⁰⁹ Bei Cassese heißt es dagegen, im Völkerstrafrecht sei die teleologische Auslegung auch über den Wortlaut hinaus möglich.²¹⁰ Für den IStGH legt das Statut fest, dass die Verbrechensdefinitionen eng auszulegen und nicht durch Analogien zu erweitern sind, Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut („*The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy.*“). Von einer Wortlautgrenze ist nicht explizit die Rede. Diese ist aber beispielsweise auch im deutschen Recht ausdrücklich nicht gesetzlich festgehalten, denn Art. 103 Abs. 2 GG lautet nur: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Das ausdrückliche Analogieverbot des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut dagegen ist eine deutliche Regelung und bestätigt die Existenz einer Wortlautgrenze am IStGH, denn eine Auslegung über den möglichen Wortsinn hinaus ist nichts anderes als eine Analogie²¹¹. Auch die Rechtsprechung des IStGH hat sich dementsprechend für eine Wortlautgrenze ausgesprochen:

„[T]he Chamber considers it self-evident that the aim of the Statute [...] can under no circumstance be used to create a body of law extraneous to the terms of the treaty or incompatible with a purely literal reading of its text.“²¹²

Problematisch ist, dass Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut auf den ersten Blick auf derselben Normebene zu stehen scheint wie die strafbegründenden Normen des Statuts. Im deutschen Recht steht das Verfassungsrecht auf einer höheren Stufe als das einfache (Straf-)Recht, sodass bei der Auslegung des einfachen Rechts die Regelungen des Verfassungsrechts zu beachten sind. Am IStGH stellt sich nun die Frage, ob auch hier die Auslegungsregeln des Art. 22 IStGH-Statut zwingend auf die anderen Normen des Statuts angewendet werden müssen. Aus der Position des Art. 22 IStGH-Statut zu Beginn des 3. Teils des IStGH-Statuts und aus der Überschrift dieses Teils („*General Principles of Criminal Law*“) kann man folgern, dass die Regelungen in diesem Abschnitt allgemeine Geltung für das gesamte Statut haben sollen. Wie bereits erläutert, sind die Regelungen des Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut daher auch auf die allgemeinen Regelungen der Art. 22 ff. IStGH-Statut anwendbar und nicht nur auf die die Verbrechensdefinitionen enthaltenden Art. 6 ff. IStGH-Statut.²¹³

III. Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut

Damit kommt man nun zur Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a, 2. und 3. Variante. Als Basis dient der englische Text:

„*In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:*

²⁰⁸ Vgl. BVerfGE 47, 109, 121; 64, 389, 393; 71, 108, 114 ff.; 73, 206, 235: „Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.“ Jescheck/Weigend, S. 159 m.w.N; Roxin, AT I, § 5 Rn. 30. Beachtenswerte Kritik am Begriff der „Wortlautgrenze“ äußert Klatt, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 121–142 (122 f.) und schlägt stattdessen die Formulierung „semantische Grenzen“ vor.

²⁰⁹ Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 693. Für die strafbegründenden Normen: Safferling, § 4 Rn. 108.

²¹⁰ Cassese, S. 74.

²¹¹ Jescheck/Weigend, S. 160; Roxin, AT I, § 5 Rn. 28.

²¹² ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 55.

²¹³ Vgl. 1. auf S. 40 f.

(a) *Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].*²¹⁴

Ziel dieses Abschnittes ist es zu klären, ob die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* überhaupt mit dem aktuellen Statutstext vereinbar ist, ohne bereits vertiefend auf die Rechtsprechung und Literatur einzugehen, die dann im Folgenden analysiert werden.²¹⁵ Insofern haben die Ergebnisse dieses Abschnitts²¹⁶ nur vorläufigen Charakter.

1. Der Wortlaut

Zunächst ist der Wortlaut der Norm genauer zu analysieren. Es ist nach der 2. Variante strafbar, wer ein Verbrechen „gemeinsam mit einer anderen“ Person begeht. Nach der 3. Variante ist strafbar, wer ein Verbrechen „durch eine andere Person“ begeht, und zwar unabhängig von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der anderen Person. Mit anderen Worten muss der*die Haupttäter*in bei Variante 3 einen anderen Menschen wie ein Werkzeug benutzen.²¹⁷

Auch im Spanischen ist die Rede von der Begehung „mit einem anderen oder durch einen anderen“, unabhängig von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des anderen.²¹⁸ Im Französischen heißt es: Eine Person ist strafrechtlich verantwortlich, wenn sie ein Verbrechen „zusammen mit einer anderen Person oder durch eine andere Person begeht, ob diese andere Person strafrechtlich verantwortlich ist oder nicht“.²¹⁹ Auch im russischen Text gibt es keine Abweichung von diesen Formulierungen.

Problematisch ist nun, wann zwei (oder mehr²²⁰) Personen gemeinsam eine Tat begehen und wann eine Person durch eine andere Person handelt, wann sie also eine andere Person wie ein Werkzeug verwendet. Variante 2 beschreibt irgendeine Art von Zusammenwirken von mindestens zwei Personen. Mehr ergibt sich aus dem Wortlaut allein nicht. Üblicherweise sind mit Formulierungen wie bei Variante 3 Fälle gemeint, in denen die eine Person der anderen in irgendeiner Form überlegen ist, sei es durch Wissen oder Macht. Aus dem Wortlaut allein ergibt sich jedenfalls keinerlei Einschränkung hinsichtlich der Art der Überlegenheit. Im Gegenteil: Der Wortlaut regelt sogar eindeutig, dass auch eine volle strafrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Person eine mittelbare Täterschaft der im Hintergrund stehenden Person nicht ausschließt. Im deutschen Strafrecht ist die Frage, ob es einen voll verantwortlichen sogenannten „Täter hinter dem Täter“ geben kann, wegen des Fehlens einer klaren Regelung umstritten.²²¹

Die einzige bisher breiter diskutierte Unklarheit des Wortlauts betrifft das Wort „oder“.

„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

²¹⁴ Eigene Hervorhebung.

²¹⁵ Vgl. Kapitel 4 zur Entwicklung der *indirect co-perpetration*, insbesondere Abschnitt III zur Situation am IStGH ab S. 65, und außerdem Kapitel 5 ab S. 97 für eine nähere Darstellung der Literatur.

²¹⁶ Siehe S. 54.

²¹⁷ Eser, in: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 767–821 (793).

²¹⁸ *„De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable[...].“ (Eigene Hervorhebung).

²¹⁹ *„Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si:*

a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l’intermédiaire d’une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable[...].“ (Eigene Hervorhebung).

²²⁰ Zur Frage, ob auch der Fall von mehr als zwei zusammen handelnden Personen vom Wortlaut erfasst wird, siehe unten S. 47.

²²¹ Vgl. etwa *Schünemann*, in: *LK¹²*, § 25 Rn. 62 m.w.N.

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].“

Im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo hat die Vorverfahrenskammer des IStGH den Text des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ausgelegt und festgestellt, dass der Wortlaut in Bezug auf das Wort „or“ unklar sei, denn es könne entweder ausschließend oder einschließend verstanden werden:

„The Chamber notes that article 25(3)(a) uses the connective „or“, a disjunction (or alternation). Two meanings can be attributed to the word „or“ – one known as weak or inclusive and the other strong or exclusive. An inclusive disjunction has the sense of „either one or the other, and possibly both“ whereas an exclusive disjunction has the sense of „either one or the other, but not both“. Therefore, to interpret the disjunction in article 25(3)(a) of the Statute as either „inclusive“ or „exclusive“ is possible from a strict textualist interpretation.“²²²

Die Kammer beruft sich hierbei auf ein Sprachverständnis, das der Logik entstammt.²²³

Die Verteidigung Katangas hatte zuvor darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des Artikels eine Kombination der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft nicht erlaube, da das Wort „oder“ so verstanden werden müsse, dass immer nur jeweils eine von beiden durch „or“ verknüpften Alternativen gegeben sein könne.²²⁴ Richterin van den Wyngaert schließt sich der Argumentation der Verteidigung an und vertritt, dass das Wort „or“ wie in der Alltagssprache verstanden werden müsse und nicht auf einen Begriff aus der formalen Logik zurückgegriffen werden dürfe, wie die Kammer es getan habe.²²⁵ In der Alltagssprache werde „or“ ausschließend verstanden, sodass eine Kombination der Täterschaftsformen schon vom Wortlaut her nicht möglich sei.²²⁶ Sie begründet ihre Ablehnung des aus der Logik stammenden Verständnisses mit einem Verweis auf das WÜR²²⁷, denn gemäß Art. 31 Abs. 1 des Übereinkommens ist auf die „gewöhnliche Bedeutung“²²⁸ eines Begriffes abzustellen.²²⁹

Ein Blick in Wörterbücher zeigt: In der englischen (Alltags-)Sprache wird das Wort „or“ überwiegend ausschließend verstanden: *„Used to coordinate two (or more) sentence elements between which there is an alternative.“²³⁰* Auch im amerikanischen Englisch wird „or“ so verwendet: *„[U]sed as a function word to indicate an alternative“.²³¹* In der Logik allerdings wird das Wort „or“ sowohl exklusiv als auch inklusiv verstanden: *„The English word „or“ is ambiguous, having two related but distinguishable meanings.“²³²* Gerade wegen dieser Mehrdeutigkeit

²²² ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 491 (Fußnoten ausgelassen).

²²³ Vgl. *Copi*, S. 269.

²²⁴ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 24.

²²⁵ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 60 Fn. 76.

²²⁶ *Ebd.*, Rn. 60 Fn. 76.

²²⁷ Vgl. zum WÜR² auf S. 41 ff.

²²⁸ „A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.“ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, in verbindlicher englischer und französischer Fassung und in deutscher Übersetzung zu finden in BGBl. II 1985, 927.

²²⁹ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 60 Fn. 76.

²³⁰ OED Online, „or, conj.1“, Sep. 2016, <http://www.oed.com/view/Entry/132129> (abgerufen am 10.04.2018).

²³¹ Merriam-Webster.com, „Or.“, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/or> (abgerufen am 10.04.2018).

²³² *Copi*, S. 269.

werde zur Klarstellung daher beispielsweise in Verträgen der Ausdruck „*and/or*“ für die inklusive Bedeutung verwendet und für die exklusive Bedeutung werde „*but not both*“ angehängt.²³³ Im Französischen ist die Verwendung des exklusiven „*ou*“ üblich, das inklusive „*ou*“ im Sinne von „und“ wird im Standardfranzösisch nicht verwendet, wohl aber in der gehobenen Sprache oder als Begriff in der formalen Logik.²³⁴ Die spanische (Alltags-)Sprache verwendet das Wort „*o*“ ebenfalls ausschließend: „*Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas.*“²³⁵ Es gibt jedoch keinen zwingenden Grund, lediglich auf das Alltags-sprachverständnis zurückzugreifen. Jedenfalls in der juristischen Fachsprache wird „*or*“ nicht eindeutig ausschließend verstanden, anderenfalls wären Ausdrücke wie „*and/or*“ und „*but not both*“ in der Vertragsgestaltung nicht notwendig. Gerade der Ausdruck „*and/or*“ wird jedoch auch häufig als schlechter Stil kritisiert, denn aus dem Zusammenhang ergebe sich meist, welche Bedeutung gemeint sei, wenn man schlicht „*or*“ schreibe, wobei das Wort teils ausschließend und teils einschließend zu verstehen sei.²³⁶ Auch Elliott beschreibt, wie bedeutungssoffen das Wort „*or*“ gerade im juristischen Sprachgebrauch sei.²³⁷ Als Beispiel für die vielseitige Bedeutung des Wortes „*or*“ auch im Alltag nennt Garner den Satz „*No food or drink allowed.*“, den wohl niemand so verstehe, dass zwar Essen und Trinken allein jeweils verboten, beides zusammen aber erlaubt sei.²³⁸ Der Kammer des IStGH ist also zuzustimmen, dass der Wortsinn sowohl ein einschließendes als auch ein ausschließendes Verständnis des Wortes „*or*“ zulässt.

Eine weitere Unklarheit im Text des Artikels liegt in der Formulierung „*jointly with another*“ bzw. „*through another person*“. Die Begehung „gemeinschaftlich mit einer anderen oder durch eine andere Person“ wird demnach bestraft. Auf jeden Fall erfasst ist also die gemeinschaftliche Begehung einer Tat durch zwei Personen (Mittäterschaft) sowie die Begehung einer Tat durch eine andere Person, also mit jeweils einer Person im Vordergrund und einer im Hintergrund (mittelbare Täterschaft). Fraglich ist nun, ob es sprachlich zwingend ist, dass jeweils nur zwei Personen beteiligt sind. Selbst wenn man die Formulierung „*through another person*“ so versteht, dass sprachlich nur die Begehung durch *eine* andere Person erfasst ist, so ist zumindest eine der Kettenanstiftung ähnliche Konstellation denkbar, wobei mehr als eine Person Tatmittler*in ist.²³⁹ Wenn A als Hintermann die Tat durch C begeht, kann durchaus noch eine weitere Tatmittlerin B dazwischen stehen, ohne dass es sprachlich falsch wäre zu sagen, dass A die Tat „durch eine andere Person“ begeht. Aber auch wenn mehrere Vorderleute handeln, ist es sprachlich möglich zu sagen, dass die Person im Hintergrund die Tat durch jede*n einzelne*n von ihnen begeht, solange die Vorderleute jeweils selbst den ganzen Tatbestand erfüllen.²⁴⁰

Die Regelung in § 25 Abs. 1 des deutschen StGB weist bei der mittelbaren Täterschaft eine auf den ersten Blick ähnlich restriktive Formulierung auf wie das Statut: „Als Täter wird bestraft, wer die Straftat [...] durch einen anderen begeht.“ Dennoch wird die Frage, ob es auch mehrere Vorderleute geben kann, in der deutschen Literatur kaum diskutiert. So stellt Schild nur fest: „Im Übrigen können auch mehrere Menschen als Werkzeuge eingepflanzt und eingesetzt werden, sowohl als zusammen Tätigwerdende als auch in einer Verhaltenskette.“²⁴¹ Von der Möglichkeit der Begehung durch mehrere Personen geht auch das Konzept der Organisations-

²³³ Ebd., S. 269.

²³⁴ Le Grand Robert 2013 – Version numérique, „ou“, <http://gr.bvdep.com> (abgerufen am 10.04.2018).

²³⁵ Diccionario de la lengua española, „o“, Madrid, 2014, <http://dle.rae.es/o> (abgerufen am 10.04.2018).

²³⁶ S. Tjaden mit vielen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

²³⁷ Elliott, Clarity 51 (2004), 10–11.

²³⁸ Garner, S. 103.

²³⁹ Zur „Verhaltenskette“ siehe auch Schild, in: *NK-StGB*⁵, § 25 Rn. 75.

²⁴⁰ Nur wenn es daran fehlt, jede*r Tatmittler*in also nur einen Teil des Tatbestands erfüllt, stellt sich die Frage, ob man im Wege der mittäterschaftlichen Zurechnung über die Figur der mittelbaren Mittäterschaft zur Strafbarkeit kommen kann.

²⁴¹ Schild, in: *NK-StGB*⁵, § 25 Rn. 75.

herrschaft wie selbstverständlich aus. Die Formulierung der Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 StGB dagegen vermeidet das Problem, indem direkt auf den Plural zurückgegriffen wird: „Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“

2. Historische Auslegung

Historische Auslegung bedeutet bei Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut zweierlei: Zuerst ist ein Blick auf die Täterschaftsregelungen in den Statuten der anderen internationalen Strafgerichtshöfe zu werfen, die vorher entstanden sind, und dann ist die Entstehungsgeschichte des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut anhand der UN-Dokumente und Entwürfe zu untersuchen.

a) Regelungen an den *ad-hoc*-Gerichtshöfen

Die Artikel zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit am ICTY und am ICTR beschreiben keine speziellen Täterschaftsformen, sondern legen nur fest, dass jede Person, die ein Verbrechen nach dem jeweiligen Statut geplant, dazu angestiftet, es befohlen oder begangen oder bei der Planung, Vorbereitung oder Begehung des Verbrechens geholfen hat, für dieses Verbrechen verantwortlich ist. Bemerkenswert ist, dass die ersten Schritte hin zu einer Doktrin der mittelbaren Mittäterschaft schon am ICTY im Fall Stakić gegangen wurden, obwohl im Statut nur schlicht von „committed“ die Rede ist.²⁴²

Art. 7 ICTY-Statut:

„Individual criminal responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.“²⁴³

Art. 6 ICTR-Statut:

„Individual Criminal Responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.“²⁴⁴

Wen man diese allgemeine Regelung in den zwei Statuten mit der ausführlichen Regelung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut vergleicht, liegt der Schluss nahe, dass die Regelungen in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut abschließend gemeint sind. Während die Richter*innen der *ad-hoc*-Gerichtshöfe wegen des offenen Wortlauts große Freiheit bei der Deutung der Täterschafts- und Teilnahmeregelung haben, spricht die ausdifferenzierte Formulierung in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut für das Bestreben der Vertragsstaaten, durch die Festschreibung der Täterschafts- und Teilnahmeformen im IStGH-Statut die richterliche Gestaltungsfreiheit ein wenig einzudämmen. Dies deutet auf ein eher exklusives, also ausschließendes Verständnis des Wortes „oder“ hin.

²⁴² Vgl. dazu unten II. auf S. 61 ff.

²⁴³ *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia Since 1991, established by the Security Council acting under Chapter VII of the United Nations Charter, 25 May 1993, Security Council Resolution 827(1993), United Nations Security Council Official Records, Forty-eighth Session, 3217th meeting, S/RES/827 (1993) [ICTY-Statut].*

²⁴⁴ *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, established by the Security Council acting under Chapter VII of the United Nations Charter, 8 November 1994, Security Council Resolution 955 (1994), United Nations Security Council Official Records, Forty-ninth Session, 3453rd meeting, S/RES/955 (1994) [ICTR-Statut].*

b) Die Entstehung von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut

Das IStGH-Statut entstand über mehrere Jahre aus Vorentwürfen der *International Law Commission (ILC)* und den Ergebnissen vieler Treffen und Beratungen der Delegationen verschiedener Länder. Im Gegensatz zu Fragen wie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen oder der Strafbarkeit des Unterlassens gab es rund um die verschiedenen Täterschaftsformen keine großen Diskussionen.²⁴⁵

Die Struktur des Art. 25 basiert auf einem Entwurf der *ILC*.²⁴⁶ Der Art. 2 Abs. 3 dieses *Draft Code* lautete:

„*An individual shall be responsible for a crime set out in article 17, 18, 19 or 20 if that individual:*

(a) Intentionally commits such a crime[...].“²⁴⁷

In diesem Text ging es nur um die direkte, unmittelbare Begehung als Täterschaftsform. Weder Mittäterschaft noch eine Form der mittelbaren Täterschaft waren explizit vorgesehen.

In einem sogenannten *Non-paper*²⁴⁸ hat die schwedische Delegation dann am 4. April 1996 verschiedene Vorschläge zur Gestaltung eines allgemeinen Teils gesammelt und veröffentlicht. Darin wird ein Vorschlag Japans genannt, die Mittäterschaft zu kodifizieren; ansonsten gab es zu diesem frühen Stadium keine Vorschläge zur Festlegung verschiedener Täterschaftsformen:

„*1. Co-principals*

When persons did a criminal conduct jointly with a common intent to commit such offence, each person shall be punished as principal.“²⁴⁹

Sprachlich etwas umformuliert, aber inhaltlich identisch, d.h. auch einschließlich der Mitäterschaft, taucht dieser Vorschlag dann in einem von Kanada vorbereiteten Dokument im Juli 1996 als Art. 33-4 wieder auf:

„*Principle of Criminal Responsibility*

1. A person is criminally responsible as a principal and is liable for punishment for a crime under this Statute if the person, with the mental element required for the crime:

a) commits the conduct specified in the description of the crime;

b) causes the consequences, if any, specified in that description; and

c) does so in the circumstances, if any, specified in that description.

2. Where two or more persons jointly commit a crime under this Statute with a common intent to commit such crime, each person shall be criminally responsible and liable to be punished as a principal.“²⁵⁰

Die mittelbare Täterschaft taucht zum ersten Mal in einem Dokument vom 14. Februar 1997 auf, das unter anderem von der deutschen Delegation eingereicht wurde. Hierbei handelte es

²⁴⁵ Schabas, S. 562.

²⁴⁶ Saland, in: *The Making of the Rome Statute*, 189–216 (198).

²⁴⁷ *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May–26 July 1996), Chapter II.D. United Nations General Assembly Official Records, Fifty-first Session, Supplement No. 10, A/51/10 (1996).*

²⁴⁸ So nennt man inoffizielle Arbeitsdokumente, die die jeweilige Delegation nicht binden, sondern nur eine Diskussionsgrundlage darstellen sollen.

²⁴⁹ *General Rules of Criminal Law: Non-paper, submitted by Sweden on 4 April 1996. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (25 March–12 April 1996).*

²⁵⁰ *Applicable Law and General Principles of Criminal Law. Prepared by Department of Justice, Canada. Meeting of Experts on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, Siracusa, Italy (10–14 July 1996).*

sich aber um mittelbare Täterschaft mit einer strafrechtlich nicht verantwortlichen Person als Tatmittler*in:

„A person is criminally responsible and liable for punishment for a crime defined [in Article 20] [in this Statute] if that person:
(a) commits such a crime, whether as an individual, jointly with another, or through a person who is not criminally responsible[...].“²⁵¹

Fünf Tage später, am 19. Februar 1997, lautete der Artikel zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit dann im „Chairman’s Text“ bis auf ein Komma schon fast so, wie er aktuell in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut normiert ist:

„[Subject to the provisions of articles C, G and H,] a person is criminally responsible and liable for punishment for a crime defined [in article 20] [in this Statute] if that person:
(a) commits such a crime, whether as an individual, jointly with another, or through another person regardless of whether that person is criminally responsible[...].“²⁵²

Am 16. Juli 1998, einen Tag vor der Verabschiedung des endgültigen Texts, lautete dann Art. 23 Abs. 3:

„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:
(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].“²⁵³

Der Text wurde nicht mehr verändert, es hat sich nur noch einmal die Nummerierung verschoben. Die Nähe der Formulierung zur deutschen Regelung in § 25 StGB und die Tatsache, dass Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut auch auf einem Vorschlag der deutschen Delegation beruht, deutet darauf hin, dass Gedanken der deutschen Täterschafts- und Teilnahmedogmatik zum Verständnis der Regelung am IStGH beitragen können.²⁵⁴ Dabei muss man jedoch darauf achten, nicht einfach nur die deutsche Dogmatik zu übertragen, denn Art. 21 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut sieht die Anwendung nationaler Prinzipien nur nachrangig vor.²⁵⁵

3. Systematische bzw. funktionale Auslegung

Art. 25 ist Teil der „General Principles of Criminal Law“, welche den dritten Abschnitt des IStGH-Statuts bilden. Außer den Täterschafts- und Teilnahmeformen sind dort in den Art. 22–23 grundlegende Beschuldigtenrechte wie *nulla poena, nullum crimen sine lege* und in Art. 24 ein Rückwirkungsverbot normiert. Art. 26 betrifft die Nichtzuständigkeit des Gerichts für Personen unter 18 Jahren, und Art. 27 stellt klar, dass sich auch mit offiziellen Ämtern betraute Personen

²⁵¹ Paper on criminal responsibility submitted by informal group representing various legal systems. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties (11–21 February 1997), A/AC.249/1997/WG.2/DP.1.

²⁵² Chairman’s Text. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties (11–21 February 1997), A/AC.249/1997/WG.2/CRP.2/Add.2.

²⁵³ Draft Statute for the International Criminal Court, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (15 June–17 July 1998), A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, S. 2, 16 July 1998.

²⁵⁴ Vgl. zur Relevanz der *travaux préparatoires* bei der Auslegung *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 380.

²⁵⁵ Vgl. hierzu auch 3. auf S. 38 f.

vor dem IStGH verantworten müssen. Art. 28 normiert die Vorgesetztenverantwortlichkeit²⁵⁶, Art. 29 schließt eine Verjährung aus. Art. 30 behandelt die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand, während in Art. 31 einige Strafausschlussgründe geregelt sind. Art. 32 regelt den Umgang mit Tatbestands- und Rechtsirrtümern, und Art. 33 schließlich bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Handeln auf Befehl einen Strafausschlussgrund darstellt.

Es fällt auf, dass einige mögliche und in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen bekannte Begehungsformen in Art. 25 nicht explizit geregelt sind. So wurde darauf verzichtet, die bloße Planung eines Verbrechens zu bestrafen, obwohl diese Begehungsform in verschiedenen Entwürfen zu finden ist.²⁵⁷ Van den Wyngaert interpretiert diese Erkenntnis nicht explizit, aber aus der Argumentation ergibt sich, dass sie es so versteht, dass das bloße „Planen“ nicht bestraft werden soll.²⁵⁸ Man kann aber auch der Ansicht sein, dass die verschiedenen Delegationen diese Begehungsform nur gestrichen haben, weil sie meinten, dass das reine Planen einer Straftat bereits einer der anderen Begehungsformen unterfällt.

4. Komparative Auslegung

Eine komparative, also vergleichende Auslegung der Täterschaftsformen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen ist sinnvoll, um zu zeigen, wie die Regelungen in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut verstanden werden können, denn sowohl die Mittäterschaft als auch die mittelbare Täterschaft sind keine nur im internationalen Strafrecht vorkommenden Begehungsformen. Sie sind vielmehr aus dem nationalen Recht entwickelt worden, sodass ein Blick auf das nationale Verständnis hilfreich sein kann, um die internationalen Versionen dieser Täterschaftsformen zu verstehen.²⁵⁹ Wichtig ist auch ein Blick auf die Regelung der Täterschaft im US-amerikanischen Strafrecht, denn die Entstehung des IStGH-Statuts wurde durch das amerikanische Recht „ganz entscheidend beeinflusst“²⁶⁰, auch wenn die USA, die das IStGH-Statut zunächst unterzeichnet, dann aber mit Erklärung vom 06. Mai 2002²⁶¹ ihre Unterschrift zurückgezogen haben, kein Vertragsstaat geworden sind.

a) Die Mittäterschaft

Die Mittäterschaft als das gemeinschaftliche Handeln zusammen mit einer anderen Person ist in vielen Rechtsordnungen als spezielle Rechtsfigur anerkannt. In Deutschland ist die Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 des StGB normiert und der Mittäter legaldefiniert.²⁶² In England gibt

²⁵⁶ Vgl. zu Art. 28 IStGH-Statut 3. auf S. 34 ff.; Karsten sowie Vest, S. 250 ff., 387 f.

²⁵⁷ Vgl. ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 15 m.w.N.

²⁵⁸ Vgl. ebd., Rn. 15 ff.

²⁵⁹ Für einen ausführlichen und aktuellen deutschsprachigen Vergleich verschiedener europäischer Beteiligungslehren verweise ich auf „Täterschaft in Europa“ von Weißer, für eine englischsprachige Übersicht auch zum US-amerikanischen und internationalen Recht empfiehlt sich die Abhandlung von v. Sliedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, Kapitel 6.

²⁶⁰ Vgl. das Geleitwort von Schönemann, Warum das amerikanische Strafrecht den deutschen Juristen angeht, in Dubber, S. VIII.

²⁶¹ UN Treaties: Chapter XVIII, Penal Matters, 10. Rome Statute of the International Criminal Court, Fn. 12: „In a communication received on 6 May 2002, the Government of the United States of America informed the Secretary-General of the following: This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty.“

²⁶² „Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“

es die aus dem *common law* stammende Figur der *co-* oder *joint principals*.²⁶³ In Frankreich gibt es zwar keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, aber die „*coaction*“ ist allgemein anerkannt.²⁶⁴ In Österreich ist die Mittäterschaft ebenfalls anerkannt, auch wenn dies § 12 öStGB²⁶⁵ nicht auf den ersten Blick zu entnehmen ist.²⁶⁶ All diesen Rechtsordnungen ist gemein, dass für die Annahme von Mittäterschaft ein gemeinsamer Tatentschluss oder Tatplan verlangt wird.²⁶⁷ Ob ein*e Mittäter*in allerdings die komplette eigentliche Tathandlung, zumindest einen Teil der Tathandlung oder gar keinen Teil der Tathandlung selbst ausführen muss, ist in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt. In Italien dagegen gibt es das Modell des „*concorso di persone*“, also das Zusammenwirken von Personen, in Art. 110 *Codice penale*²⁶⁸, wonach grundsätzlich jede Person, die an einer Tat beteiligt ist, als (Mit-)Täter*in bestraft wird.²⁶⁹

In den USA gibt es kein einheitliches Strafrecht, jeder der fünfzig Bundesstaaten hat sein eigenes Strafrecht, und zusätzlich gibt es noch das Bundesstrafrecht.²⁷⁰ In der Absicht, eine Vereinheitlichung herbeizuführen, wurde 1962 der *Model Penal Code* (MPC) vom *American Law Institute* herausgegeben.²⁷¹ Der *Model Penal Code* ist ein Musterstrafgesetzbuch und kein geltendes Recht, allerdings haben 40 der 50 Staaten ihr Strafrecht auf der Basis des MPC reformiert²⁷², und selbst Bundesgerichte und Gerichte in Staaten, die ihr Strafrecht nicht nach dem MPC umgestaltet haben, greifen in Zweifelsfällen auf den MPC zurück²⁷³. Dubber zufolge bildet das Verständnis des MPC den Schlüssel zum Verständnis des US-amerikanischen Strafrechts²⁷⁴, und daher soll hier der MPC stellvertretend für das US-amerikanische Strafrecht betrachtet werden, obwohl das *common law* nach wie vor einen gewissen Einfluss auf das US-amerikanische Strafrecht hat²⁷⁵. Die *Complicity* ist in § 2.06 (2) MPC geregelt, der lautet: „*A person is legally accountable for the conduct of another person when: [...] (c) he is an accomplice of such other person in the commission of the offense.*“

Diese Regelung umfasst sowohl Konstellationen, die im deutschen Recht als Mittäterschaft bezeichnet würden, als auch solche, die im deutschen Recht als Teilnahme bezeichnet würden, und ist somit ähnlich der italienischen Regelung des „*concorso di persone*“.

²⁶³ Horder, S. 433: „[T]wo or more persons can be co-principals, if each of them by his own act contributes to the commission of the external element of the offence: [sic] if all their acts together fulfil all the conduct elements, and if each of them has the required mental element“. Siehe auch Weißer, S. 346.

²⁶⁴ Bouloc, Rn. 308, 310, Weißer, S. 349 Fn. 129.

²⁶⁵ „Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.“

²⁶⁶ Kienapfel/Höpfel/Kert, E3 Rn. 5: „Bei der unmittelbaren Mittäterschaft handelt es sich um eine Anwendungsvariante des § 12 1. Fall. Unmittelbare Mittäter sind solche Personen, welche die tatbestandliche, dh dem Wortlauttatbestand entsprechende und vom gemeinsamen Vorsatz getragene Ausführungshandlung ganz oder zumindest teilweise selbst vornehmen“. Vgl. auch Weißer, S. 358.

²⁶⁷ Ebd., S. 365.

²⁶⁸ Italienisches Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1930, auch bekannt als „*Codice Rocco*“.

²⁶⁹ „Art. 110. *Pena per coloro che concorrono nel reato.*

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.“

Übersetzung nach Riz/Bosch:

„Art. 110. Strafe für die an der strafbaren Handlung Beteiligten.

Sind mehrere Personen an derselben Straftat beteiligt, unterliegt jede von ihnen der für diese angedrohten Strafe, vorbehaltlich der Bestimmungen der folgenden Artikel.“

²⁷⁰ Vgl. die Einführung in das US-amerikanische Strafrecht von Dubber.

²⁷¹ Ebd., S. 17.

²⁷² Ebd., S. 16.

²⁷³ Ebd., S. 17.

²⁷⁴ Ebd., S. 2.

²⁷⁵ Ebd., S. 12–13.

b) Die mittelbare Täterschaft

Die mittelbare Täterschaft als das Handeln durch eine andere Person ist als eigenständige Rechtsfigur ähnlich weit verbreitet wie die Mittäterschaft.²⁷⁶ In Deutschland ist die mittelbare Täterschaft als Begehung „durch einen anderen“ in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB geregelt. In England gibt es die „*acting-through-an-innocent-agent*“-Doktrin aus dem *common law*.²⁷⁷ Auch nach niederländischem Recht ist grundsätzlich mittelbare*r Täter*in, wer die Begehung einer Straftat durch eine nicht schuldige Person verursacht.²⁷⁸ Zusätzlich wurde im niederländischen Strafrecht allerdings ein Konzept der funktionellen Tatbegehung entwickelt, wonach eine Person für eine Tat verantwortlich sein kann, die sie nicht eigenhändig begangen hat, unabhängig davon, ob die tatsächlich handelnde Person schuldhaft handelte oder nicht.²⁷⁹ In Frankreich, Italien und Österreich dagegen wird eine derartige Täterschaftsform nicht so umfassend bis kaum vertreten.²⁸⁰ Allerdings gibt es in Frankreich einige Spezialregelungen für einzelne Tatbestände.²⁸¹ In Italien erkennt die Rechtsprechung den sogenannten *autore mediato* an²⁸², während die Literatur dieses Konstrukt dagegen überwiegend ablehnt²⁸³. Außerdem gibt es einige Regelungen im *Codice penale*, die Fälle der Begehung einer Tat durch eine andere Person behandeln, darunter Art. 46 (Körperlicher Zwang)²⁸⁴, Art. 48 (Irrtum durch Täuschung seitens eines anderen)²⁸⁵ und Art. 86 (Herbeiführung der Einsichts- oder Willensunfähigkeit bei einem anderen, um ihn

²⁷⁶ Vgl. nur *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 23 m.w.N.: „Die Beteiligungsform der mittelbaren Täterschaft ist allgemein anerkannt“ und *Werle/Jeßberger*, Rn. 571 m.w.N.: „Die mittelbare Täterschaft ist im Grundsatz in den großen Rechtssystemen der Welt anerkannt.“ Umfassend auch *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, S. 568 ff.

²⁷⁷ *Horder*, S. 463; v. *Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 90; *Weißer*, S. 156 Fn. 42.

²⁷⁸ Art. 47 Abs. 1 *Wetboek van Strafrecht* (niederländisches Strafgesetzbuch), v. *Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 90.

²⁷⁹ *Ebd.*, S. 91.

²⁸⁰ *Weißer*, S. 175.

²⁸¹ *Bouloc*, S. 313; *Weißer*, S. 162.

²⁸² Cassazione Penale 1997, S. 1715 f., Entscheidung Nr. 1001 v. 1.3.1996 (Bagatin); Cassazione Penale 1988, S. 2073, Entscheidung Nr. 1747 vom 26.5.1987 (Crespi); Cassazione Penale 1998, S. 2929, Entscheidung Nr. 1589 vom 29.10.1997; Cass. V, 1.2. 1985, Giustizia penale 1985 (II), Nr. 835, S. 736 (Chessa); Cass VI, 4.6.86, Giustizia Penale 92 (1987) II, S. 96 ff. (Ciocca); zitiert nach *Weißer*, S. 165 Fn. 106.

²⁸³ Zum Beispiel *Canestrari/Cornacchia/Simone*, XXX. 29.4 und 29.5 auf S. 704 f. Vgl. auch *Weißer*, S. 167 ff. m.w.N. Allgemein zum italienischen Strafrecht und Strafprozessrecht vgl. *Maiwald*, zur *autoria mediata* siehe dort S. 137 f.

²⁸⁴ „Art. 46 Cp – *Costringimento fisico*.

Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi.

In tal caso, del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza.“

„Art. 46 Cp Körperlicher Zwang.

Straflos ist, wer die Tat begangen hat, weil er dazu von einem anderen durch körperliche Gewalt, der er nicht widerstehen oder sich nicht entziehen konnte, gezwungen worden ist.

In diesem Fall ist für die Tat des Genötigten der Urheber der Gewalt verantwortlich.“

Übersetzung nach *Riz/Bosch*.

²⁸⁵ „Art. 48 Cp – *Errore determinato dall'altrui inganno*.

Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo.“

„Art. 48 Cp – Irrtum durch Täuschung seitens eines anderen.

Die Bestimmungen des vorhergehenden Artikels werden auch angewendet, wenn der Irrtum über den Tatbestand der strafbaren Handlung durch Täuschung seitens eines anderen hervorgerufen worden ist; jedoch ist in diesem Fall für die Tat des Getäuschten derjenige verantwortlich, der ihn zur Begehung bestimmt hat.“

Übersetzung nach *Riz/Bosch*.

eine strafbare Handlung begehen zu lassen)^{286, 287} In Österreich dagegen gibt es keine allgemein anerkannte Regelung der Täterschaft durch eine andere Person.²⁸⁸

In den USA ist die mittelbare Täterschaft in § 2.06 (2) MPC geregelt, der lautet:

„*A person is legally accountable for the conduct of another person when:*
 (a) *acting with the kind of culpability that is sufficient for the commission of the offense, he causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct; or*
 (b) *he is made accountable for the conduct of such other person by the Code or by the law defining the offense[...].“*

Abgesehen von speziellen Regelungen in einzelnen Tatbeständen ist die mittelbare Täterschaft in den USA somit nur bekannt als das Verursachen der Begehung einer Straftat durch eine unschuldig oder nichtverantwortlich handelnde Person.

Durch diesen Blick auf die Regelungen in den verschiedenen Ländern wird klarer, dass Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut einen Kompromiss zwischen unterschiedlichen nationalen Regelungen bzw. Rechtsauffassungen darstellt, auch wenn die Nähe zur Formulierung des § 25 des deutschen StGB sich aufdrängt. Grundsätzlich sind aber beide Täterschaftsformen, sowohl die Mittäterschaft als auch die mittelbare Täterschaft, in den meisten Rechtsordnungen anerkannt.

5. Teleologische Auslegung

Teleologische Überlegungen ergeben eindeutig, dass es dem Sinn und Zweck des Völkerstrafrechtes widerspricht, die Strafbarkeit von Mittäter*innen oder mittelbaren Täter*innen auf Zwei-Personen-Konstellationen zu beschränken, denn dafür gibt es keinen vernünftigen Grund. Im Völkerstrafrecht geht es sogar besonders häufig um Konstellationen mit vielen Beteiligten, und es gibt weder in der aktuellen Anwendung des Statuts am IStGH noch in der Literatur zum Statut oder in der Entstehungsgeschichte irgendwelche Anhaltspunkte für eine Einschränkung auf zwei Personen. Ebenso gibt es kein valides Argument gegen eine Kombination der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft, sofern alle Merkmale beider Täterschaftsformen vorliegen.

6. Ergebnis und Vorschlag zur Umformulierung

Als vorläufiges²⁸⁹ Ergebnis der Auslegung ist die Kombination der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft aus Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ebenso möglich wie auch die Subsumtion der Taten von mehr als nur zwei Personen unter diesen Artikel. Da die Wortlautgrenze hierbei zwar nicht überschritten wird, der Wortlaut aber durchaus missverständlich ist, ist eine Änderung des Statutstextes zur Klarstellung zu empfehlen.²⁹⁰ Denkbar wäre etwa folgende Umformulierung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut:

²⁸⁶ „Art. 86 Cp – *Determinazione in altri dello stato d’incapacità allo scopo di far commettere un reato. Se taluno mette altri nello stato d’incapacità d’intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato d’incapacità.*“

„Art. 86 Cp – Herbeiführung der Einsichts- oder Willensunfähigkeit bei einem anderen, um ihn eine strafbare Handlung begehen zu lassen.

Versetzt jemand einen anderen in den Zustand der Einsichts- oder Willensunfähigkeit, damit er eine strafbare Handlung begeht, so ist für die von der in den Zustand der Einsichts- oder Willensunfähigkeit versetzten Person begangene strafbare Handlung derjenige verantwortlich, der den Zustand der Einsichts- oder Willensunfähigkeit herbeigeführt hat.“

Übersetzung nach *Riz/Bosch*.

²⁸⁷ Vgl. dazu auch *Weißer*, S. 166.

²⁸⁸ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, E3 Rn. 24 ff., E4 Rn. 28; vgl. auch *Weißer*, S. 174.

²⁸⁹ Siehe S. 44.

²⁹⁰ Diese müsste gemäß den Voraussetzungen des Art. 121 IStGH-Statut durch eine Vertragsänderung erfolgen.

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with one or more others, and/or through one or more other persons, regardless of whether the other persons are criminally responsible[...].

§ 4 Die Entwicklung der *indirect co-perpetration*

Die Entwicklung der *indirect co-perpetration* geschah nicht von heute auf morgen. Die Darstellung beginnt mit einer Zusammenfassung von Roxins Ideen zur Organisationsherrschaftslehre, geht dann auf verschiedene Fälle am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und dann auf das IStGH-Statut und einige Fälle am IStGH ein. Schließlich folgt die Darstellung und Diskussion der Literatur zur *indirect co-perpetration*.

I. Die Organisationsherrschaftslehre Roxins als Ausgangspunkt

1. Roxins Theorie

In seiner grundlegenden Schrift über „Täterschaft und Tatherrschaft“ unterscheidet Roxin zwischen der Tatbestandsverwirklichung „durch eigenes Handeln (Handlungsherrschaft)“, „ohne eigene Beteiligung an der Tatausführung kraft Willensmacht (Willensherrschaft)“ und schließlich der Tatbestandsverwirklichung „ohne Beteiligung an der Tatausführung sowie ohne Willensmacht über das Handeln anderer durch bloße Zusammenarbeit (funktionelle Tatherrschaft)“.²⁹¹ Diese Aufgliederung entspricht der üblichen Unterscheidung von unmittelbarer Täterschaft, mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft.

Im Rahmen des Kapitels zur Willensherrschaft entwickelt Roxin unter anderem das Konzept, nach dem unter bestimmten Umständen die Person im Hintergrund auch dann wegen mittelbarer Täterschaft strafbar sein kann, wenn die Person im Vordergrund voll schuldhaft handelt.²⁹² Das maßgebliche Kriterium dieser Unterform der mittelbaren Täterschaft sei die „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“, womit Fälle gemeint sind, in denen „der Hintermann einen – meist staatlich organisierten – personellen ‘Apparat’ zur Verfügung hat“, durch den er seine Taten begehen kann, ohne dass der tatausführende Vordermann eine eigenständige Entscheidung zu treffen hat.²⁹³

Roxin selbst bemerkt allerdings an dieser Stelle, dass die Einzeltat kein angemessenes Mittel zur Erfassung von „Kriegs-, Staats- und Organisationsverbrechen“ sei und dass die herkömmlichen Rechtsfiguren der Täterschaft und Teilnahme, die auf die Einzeltat ausgelegt seien, einem bei derartigen Delikten üblichen „Kollektivgeschehen [...] nicht gerecht werden können“.²⁹⁴ Diese Einschätzung hat, wie zu zeigen sein wird, die internationalen Strafgerichte nicht davon abgehalten, Roxins Theorie auf Völkerrechtsverbrechen anzuwenden.²⁹⁵

Zunächst stellt Roxin dar, warum die üblichen Gründe für die mittelbare Täterschaft, nämlich

²⁹¹ Roxin, TuT⁹, S. 126.

²⁹² Ebd., S. 242-252.

²⁹³ Ebd., S. 242 f.

²⁹⁴ Ebd., S. 243. Ähnlich Vest, S. 319: „Die individuell-beteiligungsrechtliche Perspektive führt deshalb im Bereich der systemisch-kollektiven Tatbegehung von vornherein in die Irre.“

²⁹⁵ Vgl. 1. auf S. 61.

Irrtum oder Nötigung der Person im Vordergrund durch die Person im Hintergrund, bei Kriegs- und Organisationsverbrechen in der Regel nicht vorliegen. Als Beispiel dient u.a. der Fall des KGB-Agenten Staschinski²⁹⁶, der im Auftrag eines Gremiums der sowjetischen Regierung²⁹⁷ zwei sowjetische Exilpolitiker tötete. Der BGH hat Staschinski trotz eigenhändiger Tatbegehung lediglich wegen Beihilfe zum Mord in zwei Fällen verurteilt, da er die Tat nicht als eigene, sondern als eine solche des KGB, also als fremde Tat, gewollt habe; nach der damals vertretenen subjektiven Theorie fehlte es ihm also am Täterwillen.²⁹⁸ Die Auftraggeber, die Mitglieder des sowjetischen Regierungsgremiums, waren laut BGH mittelbare Täter der Morde, da sie als Auftraggeber Täterwillen gehabt hätten.²⁹⁹ Roxin fragt sich im Folgenden, ob die Auftraggeber auch nach der Tatherrschaftslehre als mittelbare Täter anzusehen sind, denn Staschinski unterlag nach Roxin weder einem die Tatherrschaft ausschließenden Irrtum, da er um das materielle Unrecht seines Tuns wusste, noch befand er sich in einem Nötigungsnotstand, denn er hätte sich den deutschen Behörden stellen können.³⁰⁰ Somit stellt sich die Frage, was dann die Tatherrschaft der Hinterleute begründet.

Hier kommt nun Roxins Idee der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate ins Spiel. Es gebe eine dritte Form der Willensherrschaft neben der durch Nötigung oder Irrtum der Vorderleute, nämlich die durch Fungibilität (Austauschbarkeit) der Vorderleute auf Grund eines durchorganisierten Machtapparates. Dieser Machtapparat stelle sicher, dass Befehle auch dann ausgeführt werden, wenn Einzelne sich weigern, denn dann trete sofort ein*e andere*r an die Stelle und führe den Befehl aus.³⁰¹ Die die Tat ausführende Person sei nur eine „anonyme, austauschbare Figur“, „ein in jedem Augenblick ersetzbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates“, wodurch „der Hintermann neben ihm [den Vordermann] ins Zentrum des Geschehens“ gerückt werde.³⁰²

Als konkretes Beispiel nennt Roxin den Fall Eichmann. Adolf Eichmann war SS-Obersturmbannführer und Leiter des für die Deportation der europäischen Juden zuständigen Referats im Reichssicherheitshauptamt. Eichmann wurde 1961 vom District Court in Jerusalem wegen Verbrechen gegen das jüdische Volk und gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Mitgliedschaft in verbrecherischen Organisationen zum Tode verurteilt.³⁰³ Das Gericht verurteilte Eichmann als Täter und begründete das mit dem Charakter der Delikte als „Massenverbrechen“³⁰⁴ („*these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime*“), wodurch die üblichen Teilnahmekategorien nicht anwendbar seien.³⁰⁵ Dies ist nach Roxin als Begründung für das Vorliegen von Täterschaft statt Teilnahme jedoch nicht überzeugend.³⁰⁶ Stattdessen stützt sich Roxin auf Darlegungen, die der Verteidiger Eichmanns zu dessen Entlastung vorbrachte. Der Verteidiger führte aus, dass bei einer Gehorsamsverweigerung Eichmanns eine andere Person dessen Aufgaben übernommen, der „Befehlsapparat“ also trotzdem weiter funktioniert hätte;

²⁹⁶ BGHSt 18, 87.

²⁹⁷ BGHSt 18, 87, 89

²⁹⁸ BGHSt 18, 87, 95.

²⁹⁹ BGHSt 18, 87, 89.

³⁰⁰ Roxin, TuT⁹, S. 244. Ob die Option, sich den deutschen Behörden zu stellen, den Nötigungsnotstand entfallen lässt, ist fraglich; vgl. auch die Argumentation des BGH zur Option, sich an die deutschen Behörden zu wenden, in BGHSt 18, 87, 96.

³⁰¹ Roxin, TuT⁹, S. 245.

³⁰² Ebd., S. 245.

³⁰³ Judgment in the Trial of Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem v. 15. Dez. 1961. Volltext abrufbar unter <http://www.legal-tools.org/doc/7519c3/>, abgerufen am 10. April 2018.

³⁰⁴ Roxin, TuT⁹, S. 247.

³⁰⁵ Judgment in the Trial of Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem v. 15. Dez. 1961, Rn. 197. Volltext abrufbar unter <http://www.legal-tools.org/doc/7519c3/>, abgerufen am 10. April 2018.

³⁰⁶ Roxin, TuT⁹, S. 247.

wenn sich Eichmann also einer Bestrafung wegen Gehorsamsverweigerung ausgesetzt hätte, dann wäre dieses „Opfer bedeutungslos gewesen“. ³⁰⁷ Roxin stellt klar, dass man nicht deshalb von der eigenen Verantwortung für die Tatausführung befreit sei, weil sonst ein*e andere*r die Tat begangen hätte. ³⁰⁸ Vielmehr habe der Verteidiger mit seinem Hinweis auf das Funktionieren des „Befehlsapparats“ gerade umgekehrt denjenigen Aspekt genannt, der die Einordnung Eichmanns als mittelbarer Täter rechtfertige. ³⁰⁹ Aus all dem folgert Roxin:

„Wer in einem Organisationsapparat an irgendeiner Stelle in der Weise eingeschaltet ist, daß er ihm untergebenen Personen Befehle erteilen kann, ist kraft der ihm zukommenden Willensherrschaft mittelbarer Täter, wenn er seine Befugnisse zur Durchführung strafbarer Handlungen einsetzt.“ ³¹⁰

Diese Definition schränkt Roxin jedoch gleich wieder ein, indem er eine sogenannte Rechtsgelöstheit des Machtapparats verlangt, da die Person im Hintergrund nur dann davon ausgehen könne, dass die Befehle auch umgesetzt werden. ³¹¹ Militärische Vorgesetzte, die einen rechtswidrigen Befehl erteilen, nutzen beispielsweise nicht diesen Apparat, denn rechtswidrige Befehle müssen in einem Rechtsstaat nicht befolgt werden. ³¹² Daher kommen Roxin zufolge für die Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate nur zwei Konstellationen in Betracht, und zwar die Taten einer rechtsgelösten Staatsgewalt wie im Fall Eichmann und die Taten im Rahmen von organisierten Untergrundbewegungen oder Geheimorganisationen. ³¹³

2. Die Anerkennung der Theorie durch den BGH

Schon 1988 hatte der BGH im sogenannten Katzenkönig-Fall die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft mittels eines organisierten Machtapparats und die Figur des „Täters hinter dem Täter“ erwähnt. ³¹⁴ Im Urteil des 5. Strafsenats gegen die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR hat der BGH dann sechs Jahre später Roxins Theorie der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate erstmals angewandt. ³¹⁵ Roxin kritisiert das Urteil insoweit, als der Senat behauptet, die Ausnutzung der durch die Organisationsstruktur gegebenen unbedingten Tatbereitschaft der Person im Vordergrund durch die Person im Hintergrund sei entscheidend ³¹⁶, und außerdem meint, die Rechtsfigur auch auf Wirtschaftsunternehmen anwenden zu können ³¹⁷. Die unbedingte Tatbereitschaft sei kein notwendiges Kriterium, da auch bei fehlender Tatbereitschaft einer untergebenen Person sofort ein*e andere*r an deren Stelle trete, sodass die Tatausführung aus Sicht der Person im Hintergrund sicher sei. ³¹⁸ Die Ausweitung der Organisationsherrschaftslehre auch auf Wirtschaftsunternehmen kritisiert Roxin, da diese gerade nicht, wie er verlangt ³¹⁹, außerhalb des Rechts agieren. ³²⁰ Dementsprechend missbilligt Roxin auch spätere BGH-Entscheidungen, die die mittelbare Täterschaft von (faktischen) GmbH-Geschäftsführer*innen bei Taten bejahen, für die auch die Vorderleute strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. ³²¹

³⁰⁷ *Servatius*, S. 77 f.

³⁰⁸ *Roxin*, TuT⁹, S. 246.

³⁰⁹ *Ebd.*, S. 246.

³¹⁰ *Ebd.*, S. 248.

³¹¹ *Ebd.*, S. 249.

³¹² *Ebd.*, S. 249.

³¹³ *Ebd.*, S. 250.

³¹⁴ BGHSt 35, 347, 353.

³¹⁵ BGHSt 40, 218; vgl. dazu *Roxin*, TuT⁹, S. 612 ff.

³¹⁶ BGHSt 40, 218, 236.

³¹⁷ BGHSt 40, 218, 237.

³¹⁸ *Roxin*, TuT⁹, S. 613.

³¹⁹ Vgl. oben auf S. 59.

³²⁰ *Roxin*, TuT⁹, S. 613.

3. Die erhöhte Tatbereitschaft als weiteres Merkmal

Nachdem Roxin den BGH in der Besprechung von BGHSt 40, 218 noch für das Merkmal der „unbedingten Tatbereitschaft“ kritisiert hat, nennt er hundert Seiten später selbst die durch die Organisationsstruktur erhöhte Tatbereitschaft als weiteres Merkmal zur Bestimmung der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate.³²² Insofern folgt er der Auffassung Schroeders, der schon 1965 bereits tatentschlossene Personen als Vorderleute der mittelbaren Täterschaft näher beschrieben hat.³²³ Die bloße Organisationszugehörigkeit, die zu Anpassung und somit zu höherer Tatbereitschaft führe, außerdem „dienstwilliger Übereifer“ und die bei widerwillig handelnden Täter*innen gängige Überlegung, dass sonst ein*e andere*r die Tat ausführe, seien gerade typisch für die Organisationsherrschaft.³²⁴ Auch Heinrich hat ein Kriterium der „organisationstypischen Tatgeneigtheit“ entwickelt³²⁵, aber Heinrichs Begründung der mittelbaren Täterschaft mit der Absenkung der Hemmschwelle bei der ausführenden Person³²⁶ hält Roxin trotz seines Akzeptierens des Merkmals der Tatgeneigtheit für verfehlt.³²⁷ Später hat Roxin sich von der wesentlich erhöhten Tatbereitschaft als eigenständigem Merkmal der Organisationsherrschaft wieder ausdrücklich abgewandt.³²⁸

4. Erste internationale Anerkennung

Bereits 1985 hat sich im Prozess gegen die argentinische Generalsjunta sowohl die Anklage als auch das Urteil auf Roxins Theorien gestützt.³²⁹ Der oberste Gerichtshof hat dann allerdings nicht auf diese Lehre zurückgegriffen.³³⁰ 2005 hat daraufhin Osiel Roxins Theorien in seinem sehr ausführlichen englischsprachigen Aufsatz zum Völkerstrafrecht diskutiert.³³¹ 2009 berief sich das oberste peruanische Gericht im Urteil gegen den ehemaligen Präsidenten Perus, Alberto Fujimori, auf Roxins Theorie der Organisationsherrschaft.³³² Ambos hält die Organisationsherrschaftslehre in diesem Zusammenhang für dem JCE und der Vorgesetztenverantwortlichkeit überlegen; sie eigne sich, um „die Verantwortlichkeit von Führungstätern in Fällen makrokriminellen Systemunrechts plastisch sichtbar zu machen und den Unrechts- und Schuldgehalt ihres Verhaltens angemessen zu erfassen“.³³³ Etwas weniger enthusiastisch und differenzierter äußert sich dagegen Vest: „Wahrscheinlich gibt es *die* Verantwortlichkeitsform der Wahl *überhaupt nicht*; überdies bürge sie das Risiko, entweder alle Konstellationen einzuschliessen und damit zu weit zu sein oder umgekehrt zu selektiv und damit zu eng.“³³⁴

³²¹ Vgl. *Roxin*, TuT⁹, S. 619 f. zu BGHSt 43, 219 sowie zu BGH, Urteil vom 11. 12. 1997 – 4 StR 323/97 in NJW 1998, 767.

³²² *Ders.*, TuT⁸, S. 706 ff.

³²³ *Schroeder*, S. 143 ff., 168.

³²⁴ *Roxin*, TuT⁸, S. 706 f.

³²⁵ *Heinrich*, S. 273.

³²⁶ *Ebd.*, S. 354.

³²⁷ *Roxin*, TuT⁸, S. 708.

³²⁸ Vgl. *ders.*, GA 2012, 395 (412) sowie *ders.*, TuT⁹, S. 740.

³²⁹ Vgl. die Nachweise bei *Ambos*, GA 1998, 226 (238 f.) sowie die Darstellung bei *Wilke*, S. 177–185.

³³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Resolución, Causa 13/84, 30. Dez. 1986; zitiert nach *Wilke*, S. 198.

³³¹ *Osiel*, Columbia Law Review 105 (2005), 1751–1862.

³³² Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Exp. No. AV 19-2001 v. 07. Apr. 2009 (Teil III, Kap. II); Übersetzung von *Ambos* und *Huber* in ZIS 2009, 622.

³³³ *Ambos*, ZIS 2009, 552 (564).

³³⁴ *Vest*, S. 388 f. (Hervorhebungen im Original).

II. Organisationsherrschaft am ICTY

Auch im Völkerstrafrecht hat die Organisationsherrschaftslehre Roxins Anklang gefunden, und zwar zuerst am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, kurz *ICTY*).

1. Verfahren gegen Stakić

Dr. Milomir Stakić hatte Anfang der 90er Jahre verschiedene hochrangige politische Ämter in der Region Prijedor in Bosnien und Herzegowina inne.³³⁵ Im Rahmen des Bosnienkrieges war er mitverantwortlich für die systematische Verfolgung, Vertreibung, Internierung und Ermordung nicht-serbischer Bewohner der Region Prijedor, und zwar u.a. durch die Einrichtung der Lager Omarska, Keraterm und Trnopolje, in denen Tausende Gefangene gefoltert und ermordet wurden³³⁶.

Im Hauptverfahren gegen Stakić wurde das Konzept der *co-perpetratorship*, also Mittäterschaft, zum ersten Mal ausdrücklich in einem Verfahren der internationalen Gerichtshöfe angesprochen.³³⁷ Dazu wird auch explizit auf Roxins Schrift verwiesen.³³⁸ Ebenso geht die Kammer auf die mittelbare Täterschaft (*indirect perpetration*) ein und verweist in einer Fußnote auf das deutsche Strafrecht.³³⁹ Der Begriff der *indirect co-perpetration* kommt im Urteil nicht explizit vor³⁴⁰, allerdings wird die Verurteilung auf eine Kombination aus Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft gestützt. Cassese³⁴¹ schreibt zu diesem Urteil:

„The Chamber reasoned that he [Stakić] shared joint control over the crimes with his co-perpetrators who were in charge of political bodies, the police, and the army. As an indirect co-perpetrator, Dr Stakić’s criminal responsibility encompassed the crimes committed by or attributed to his co-perpetrators.“

Eldar³⁴² schließt daraus, dass die Lehre von der *indirect co-perpetration* in dieser Entscheidung ihren Ursprung hat.

In der zweiten Instanz wurde das Konzept der *co-perpetration* dagegen zugunsten des *Joint Criminal Enterprise* verworfen, da Ersteres im Gegensatz zum JCE nicht international anerkannt sei und da Stakić als Beteiligter eines JCE angeklagt gewesen sei und sich auch dementsprechend verteidigt habe:

„Upon a careful and thorough review of the relevant sections of the Trial Judgement, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred in conducting its analysis of the responsibility of the Appellant within the framework of ‘co-perpetratorship’. This mode of liability, as defined and applied by the Trial Chamber, does not have support in customary international law or in the settled jurisprudence of this Tribunal, which is binding on the Trial Chambers. By way of contrast, joint criminal enterprise is a mode of liability which is ‘firmly established in customary international law’ and is routinely applied in the Tribunal’s jurisprudence. Furthermore, joint criminal enterprise is the mode of liability under which the Appellant was charged

³³⁵ ICTY v. 31. Juli 2003 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgement) IT-97-24-T, Rn. 4 ff.

³³⁶ *Ebd.*, Rn. 906 ff.

³³⁷ ICTY v. 22. März 2006 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgement) IT-97-24-A, Rn. 58; ICTY v. 31. Juli 2003 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgement) IT-97-24-T, Rn. 468–498.

³³⁸ *Ebd.*, Rn. 440.

³³⁹ *Ebd.*, Rn. 439.

³⁴⁰ In Rn. 774 ist einmalig die Rede von einem „*indirect (co-)perpetrator*“.

³⁴¹ Cassese, S. 179.

³⁴² Eldar, *Criminal Law and Philosophy* 2013, 1 (2).

*in the Indictment, and to which he responded at trial. In view of these reasons, it appears that the Trial Chamber erred in employing a mode of liability which is not valid law within the jurisdiction of this Tribunal. This invalidates the decision of the Trial Chamber as to the mode of liability it employed in the Trial Judgement.*³⁴³

Inhaltlich hatte die Berufungskammer jedoch offenbar nichts gegen die Analyse der Vefahrenskammer einzuwenden, weswegen Cassese in dieser Entscheidung eine implizite Anerkennung der Figur der *indirect co-perpetration* sieht.³⁴⁴

2. Verfahren gegen Brđanin

Radoslav Brđanin war während des Bosnienkrieges u.a. Präsident des sogenannten Krisenstabs der serbischen „Autonomen Region Krajina“ (ARK) im Gebiet des heutigen Bosnien und Herzegowina.³⁴⁵ Als hochrangiger Politiker war er nach den Feststellungen des ICTY mitverantwortlich für die im Rahmen der geplanten Errichtung eines „ethnisch reinen“ „serbischen Bosnien und Herzegowina“ (später und bis heute Republika Srpska genannt) begangene Vertreibung und zwangsweise Überführung der nicht-serbischen Bevölkerung³⁴⁶ sowie für Folterungen³⁴⁷ und vorsätzliche Tötungen³⁴⁸ von Nicht-Serben.

Die Verfahrenskammer hat die von der Anklage vorgeschlagene Anwendung des *Joint Criminal Enterprise* abgelehnt, da Brđanin „strukturell“ zu weit von den ausführenden Personen entfernt gewesen sei, als dass noch von einem gemeinsamen Unternehmen im Sinne des JCE gesprochen werden könne. Die Anklage hingegen hatte sowohl den Politiker Brđanin als auch die ausführenden Soldaten und Polizisten in einem JCE zusammengefasst:

„The Trial Chamber is of the view that JCE is not an appropriate mode of liability to describe the individual criminal responsibility of the Accused, given the extraordinarily broad nature of this case, where the Prosecution seeks to include within a JCE a person as structurally remote from the commission of the crimes charged in the Indictment as the Accused. Although JCE is applicable in relation to cases involving ethnic cleansing, as the Tadić Appeal Judgement recognises, it appears that, in providing for a definition of JCE, the Appeals Chamber had in mind a somewhat smaller enterprise than the one that is invoked in the present case.“³⁴⁹

Die Berufungskammer dagegen stellt klar, dass die die eigentliche Tathandlung vornehmende Person („*principal perpetrator*“³⁵⁰) gar kein Mitglied des JCE sein müsse, damit ein solches angenommen werden könne.³⁵¹ Während die Anklagebehörde vertrat, dass die notwendige Verbindung zwischen dem Verbrechen und dem Angeklagten darin bestehe, dass die Mitglieder des JCE die Ausführenden wie Werkzeuge benutzen³⁵², was doch sehr nach einer Form von *indirect co-perpetration* klingt, schreibt die Berufungskammer nur vage, dass diese Verbindung im Einzelfall zu prüfen sei:

³⁴³ ICTY v. 22. März 2006 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgement) IT-97-24-A, Rn. 62.

³⁴⁴ Cassese, S. 179.

³⁴⁵ ICTY v. 1. Sep. 2004 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgement) IT-99-36-T, Rn. 286 ff.

³⁴⁶ Ebd., Rn. 582.

³⁴⁷ Ebd., Rn. 534.

³⁴⁸ Ebd., Rn. 475.

³⁴⁹ Ebd., Rn. 355.

³⁵⁰ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement) IT-99-36-A, Rn. 362.

³⁵¹ Ebd., Rn. 393 ff.

³⁵² Ebd., Rn. 412: „As the Prosecution recognizes, for it to be possible to hold an accused responsible for the criminal conduct of another person, there must be a link between the accused and the crime as legal basis for the imputation of criminal liability. According to the Prosecution, this link is to be found in the fact that the members of the joint criminal enterprise use the principal perpetrators as ‘tools’ to carry out the crime.“

„[T]he Appeals Chamber finds that, to hold a member of a JCE responsible for crimes committed by non-members of the enterprise, it has to be shown that the crime can be imputed to one member of the joint criminal enterprise, and that this member – when using a principal perpetrator – acted in accordance with the common plan. The existence of this link is a matter to be assessed on a case-by-case basis.“³⁵³

Die Berufungskammer begrenzt die Anwendung des JCE auch nicht auf kleinere Unternehmungen mit geringerer „struktureller“ Entfernung zwischen Tat und angeklagter Person, sondern hält das Konzept grundsätzlich auch in Fällen wie Brđanin für anwendbar.³⁵⁴

Zur Entscheidung der Berufungskammer haben einige Richter*innen der Kammer sich noch zusätzlich separat geäußert. Darunter war auch Richter Shahabuddeen, der zwar verlangt, dass der*die Tatmittler*in ein Mitglied des JCE ist, der aber gleichzeitig eine solche Mitgliedschaft schon bei bloßer Zustimmung der Person zum JCE und Ausführung einer Tat im Rahmen dieses JCEs annimmt.³⁵⁵ Shahabuddeen schreibt aber auch, dass nichts anderes gelte, wenn diese Person „wie ein Werkzeug“ benutzt werde, denn dann handele rechtlich gesehen sowieso nur die Person im Hintergrund, welche ohnehin Mitglied des JCE sei.³⁵⁶ Diese Konstellation wäre nach deutschem Recht ein klassischer Fall mittelbarer Täterschaft. Van Sliedregt schreibt, dass Züge von Roxins Tatherrschaftslehre in der Entscheidung der Berufungskammer erkennbar seien.³⁵⁷

Auch wenn in diesem Verfahren als Täterschaftsform nur das Konstrukt des JCE diskutiert wurde, so ist doch offensichtlich, dass hier auch eine auf Roxins Organisationsherrschaftslehre basierende mittelbare Täterschaft infrage gekommen wäre, möglicherweise auch in Kombination mit Mittäterschaft, da Brđanin wohl auch mit anderen Politikern und Militärs gemeinsam Entscheidungen getroffen hat. Die Anklage hat ja sogar den für die mittelbare Täterschaft üblichen Begriff des „Werkzeugs“ verwendet, um die Beziehung zwischen Brđanin und den die Tathandlung ausführenden Personen zu beschreiben, worauf die Kammer aber, wie bereits erwähnt, nicht zurückgegriffen hat.

Die Anklagebehörde hat den Gedanken der mittelbaren Täterschaft aber nicht aufgegeben, wie im Folgenden zu sehen sein wird, denn im Verfahren gegen Šainović et al. hat sie sogar alternativ zum JCE wegen *indirect co-perpetration* angeklagt.

3. Verfahren gegen Šainović et al.

Im Verfahren gegen Milutinović et al. bzw. später Šainović et al.³⁵⁸ geht es um die Verantwortlichkeit einiger hochrangiger serbischer Politiker und Offiziere u.a. für die gewaltsame Vertreibung von Kosovo-Albanern aus dem Gebiet des Kosovo im Frühjahr 1999.³⁵⁹

In der Anklageschrift vom 05. August 2005 findet sich folgender Absatz:

„In the alternative, the accused are also charged as indirect co-perpetrators, based on their joint control over the criminal conduct of forces of the FRY and Serbia: The accused had the mens rea for the specific crimes charged in this indictment, acted with the mutual awareness of the substantial likelihood that crimes would occur as a direct

³⁵³ ICTY v. 1. Sep. 2004 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgement) IT-99-36-T, Rn. 413.

³⁵⁴ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement) IT-99-36-A, Rn. 420 ff.

³⁵⁵ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement, Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen) IT-99-36-A, Rn. 4: „[A] physical perpetrator, who acquiesces in the JCE and perpetrates a crime within its common purpose, thereby becomes a member of the JCE [...]“

³⁵⁶ Ebd., Rn. 13.

³⁵⁷ v. Sliedregt, in: System Criminality, 183–200 (196).

³⁵⁸ Nachdem Milan Milutinović freigesprochen worden war, wurde der Name des Falles geändert.

³⁵⁹ Vgl. die Darstellung der Taten in ICTY v. 26. Feb. 2009 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., Judgement, Vol. 2 of 4) IT-05-87-T, Rn. 1 ff. und deren rechtliche Beurteilung ebd., Rn. 1179 ff.

*consequence of the pursuit of the common goal, and were aware of the importance of their own roles.*³⁶⁰

Alternativ zur Anklage wegen Beteiligung an einem JCE sind die Beschuldigten also als *indirect co-perpetrators* angeklagt worden. Im Oktober 2005 hat der Mitangeklagte Ojdanić daraufhin eine *preliminary motion* eingereicht, mit der er beantragt zu erkennen, dass *indirect co-perpetration* nicht als Täterschaftsform im Recht des Tribunals oder im völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht existiere, und diesen Anklagepunkt darum aus der Anklageschrift zu streichen.³⁶¹ Die Anklage beruft sich darauf, dass *indirect co-perpetration* ein anderer Ausdruck für *committed* sei, so wie er in Art. 7 Abs. 1 des ICTY-Statuts verwendet werde; außerdem entspreche die Verwendung des Konzepts der Mittäterschaft der aktuellen Rechtsprechung aus dem Verfahren gegen Stakić.³⁶²

Ojdanić argumentiert, dass die Richter*innen das ICTY-Statut nicht einfach weiter ausdehnen dürften. Er vertritt, dass der UN-Sicherheitsrat diese Art der Täterschaft in das Statut hätte einfügen können, wenn es so gewollt gewesen wäre.³⁶³ Es sei unbedacht, kurz vor dem Ende der Arbeit des Tribunals neue Täterschaftsformen zu erfinden.³⁶⁴ Im Übrigen gebe es im internationalen Recht seit dem zweiten Weltkrieg keine derartige Täterschaftsform, es fehle also bereits an der *opinio iuris*.³⁶⁵ Ebenso mangle es an der Anwendung derartiger Prinzipien in den Rechtssystemen der Welt, was unter anderem damit belegt wird, dass Ambos in seinem Kommentar zum IStGH-Statut schreibt, Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut gehe über die zum damaligen Zeitpunkt etablierte Rechtspraxis, z.B. die *innocent-agent*-Doktrin im *common law*, hinaus.³⁶⁶ Auch van Sliedregt bezeichnet Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut in „*The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*“ als die Einführung einer neuen Täterschaftsform.³⁶⁷ Wenn diese etablierten Völkerstrafrechtler*innen die Normierung der mittelbaren Täterschaft im IStGH-Statut, welches 1998 beschlossen worden und 2002 in Kraft getreten ist, als neu bezeichneten, dann könne die mittelbare Mittäterschaft nicht schon zum relevanten Tatzeitpunkt 1999 im internationalen Völkerstrafrecht etabliert gewesen sein, so das Argument. Die Anklage nach diesem Konzept verstoße somit gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege*.³⁶⁸

Im März 2006 ist dann die Entscheidung der Verfahrenskammer veröffentlicht worden. Die Kammer kommt zu dem Ergebnis, dass es zum Zeitpunkt der angeklagten Taten keine Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* im internationalen Völkergewohnheitsrecht gegeben habe und dass dieser Anklagepunkt somit gestrichen werden müsse.³⁶⁹ Somit war auch dieser Versuch der Anwendung der *indirect co-perpetration* an internationalen Gerichten gescheitert.

³⁶⁰ ICTY v. 16. Aug. 2005 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., Amended Joinder Indictment) IT-05-87-PT, Rn. 22.

³⁶¹ ICTY v. 7. Okt. 2005 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., General Ojdanić's preliminary motion challenging jurisdiction: Indirect co-perpetration) IT-05-87-PT.

³⁶² Protokoll der *Rule 65 ter*-Konferenz vom 23. August 2005, S. 24 f., zitiert nach ICTY v. 7. Okt. 2005 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., General Ojdanić's preliminary motion challenging jurisdiction: Indirect co-perpetration) IT-05-87-PT, Rn. 3 Fn. 2.

³⁶³ Ebd., Rn. 10.

³⁶⁴ Ebd., Rn. 12.

³⁶⁵ Ebd., Rn. 14 ff.

³⁶⁶ Ebd., Rn. 25.

³⁶⁷ Ebd., Rn. 26, v. Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, S. 70.

³⁶⁸ ICTY v. 7. Okt. 2005 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., General Ojdanić's preliminary motion challenging jurisdiction: Indirect co-perpetration) IT-05-87-PT, Rn. 31.

³⁶⁹ ICTY v. 22. März 2006 (The Prosecutor v. Milan Milutinović et al., Decision on Ojdanić's motion challenging jurisdiction: Indirect co-perpetration) IT-05-87-PT, Rn. 40 ff.

4. Weitere Verfahren am ICTY

Die Berufungskammer des ICTY hat sich noch in anderen Verfahren zu der notwendigen „Verbindung“ zwischen dem Mitglied eines JCE und der die Tathandlung ausführenden Person geäußert, allerdings ist das Bild nicht einheitlich.

Im Verfahren gegen Martić genügt der Berufungskammer als Verbindung die nachgewiesene Zugehörigkeit des ausführenden Täters zu den (para-)militärischen Einheiten, die ein Mitglied des JCE kontrolliert hat.³⁷⁰ Dies klingt sehr nach einer Form der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft.

Im Verfahren gegen Krajišnik heißt es, dass die Verbindung darin bestehen könne, dass ein Mitglied des JCE die ausführende Person um die Ausführung der Tat bitte, sie dazu anstifte, die Tat anordne oder sie sonstwie dazu einsetze, die Tat zu begehen.³⁷¹ Was zähle, sei also, ob das JCE-Mitglied das Nichtmitglied dazu benutze, die Tathandlung des zum gemeinsamen Plan gehörenden Verbrechens auszuführen.³⁷²

III. Die Weiterentwicklung durch den IStGH

Nicht nur am ICTY, sondern auch am Internationalen Strafgerichtshof wird Roxins Lehre angewandt. Durch die Normierung der mittelbaren Täterschaft in Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut auch bei voll verantwortlichem Handeln der tatausführenden Person ist die Möglichkeit eröffnet worden, das Konzept der *indirect co-perpetration* (weiter) zu entwickeln.

1. Die Normierung der mittelbaren Täterschaft durch das IStGH-Statut

Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut legt ausdrücklich auch die mittelbare Begehung als Täterschaft fest, egal ob die tatmittelnde Person voll verantwortlich handelt oder nicht:

„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:
(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].“³⁷³

Damit stellt sich das traditionelle Problem der deutschen Strafrechtsdogmatik, ob überhaupt eine mittelbare Täterschaft vorliegen kann, wenn die tatmittelnde Person voll verantwortlich handelt, am IStGH nicht.

2. Kriterien der Mittäterschaft im Verfahren gegen Lubanga

a) Verfahren und Urteil

Im ersten Verfahren am IStGH, das mit einem Urteil abgeschlossen wurde, ging es zwar nicht um die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration*, aber es wurden die konkreten Voraussetzungen der Mittäterschaft bestimmt, die natürlich auch für die Annahme von *indirect co-perpetration* gegeben sein müssen. Daher werden die Ausführungen des Gerichtshofes im Folgenden dargestellt.

³⁷⁰ ICTY v. 8. Okt. 2008 (The Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Judgement) IT-95-11-A, Rn. 187 ff., 195. Vgl. dazu auch *Cassese*, S. 174.

³⁷¹ ICTY v. 11. März 2009 (The Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Appeals Judgement) IT-00-39-A, Rn. 226.

³⁷² *Ebd.*, Rn. 226 (Hervorhebung im Original): „[W]hat matters in JCE Category 1 is whether the JCE member used the non-JCE member to commit the actus reus of the crime forming part of the common purpose.“

³⁷³ Eigene Hervorhebung.

Thomas Lubanga Dyilo hat nach den Feststellungen des IStGH als Gründer und Präsident der *Union de Patriotes Congolais (UPC)*³⁷⁴ und oberster Befehlshaber der *Forces Patriotique pour la Libération du Congo (FPLC)*³⁷⁵ Kinder unter 15 Jahren zum Einsatz in Feindseligkeiten gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vii IStGH-Statut rekrutiert.³⁷⁶ Angeklagt wurde Lubanga als Mittäter gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, und die Vorverfahrenskammer hat diese Täterschaftsform bestätigt.³⁷⁷ Im Rahmen dieser Entscheidung hat die Vorverfahrenskammer I unter Vorsitz von Richter Claude Jorda bereits Grundsätze zur *co-perpetration*, also der Mittäterschaft, festgelegt, nicht ohne zuvor kurz verschiedene Theorien zur Mittäterschaft, nämlich die objektive Theorie³⁷⁸, die subjektive Theorie³⁷⁹ und die Tatherrschaftstheorie³⁸⁰, darzulegen. Diese Grundsätze beruhen im Wesentlichen auf dem Urteil des Jugoslawien-Tribunals gegen Stakić.³⁸¹ Im Ergebnis folgt die Vorverfahrenskammer der Tatherrschaftslehre, da nur diese mit dem Text des Statuts vereinbar sei.³⁸²

Für die Mittäterschaft verlangt die Vorverfahrenskammer objektiv (a) eine Vereinbarung oder einen gemeinsamen Plan von mindestens zwei Personen³⁸³ sowie (b) einen koordinierten unentbehrlichen Beitrag jeder Person, der zur Verwirklichung der objektiven Bestandteile des Verbrechens führt³⁸⁴. Subjektiv wird (a) die jeweilige Verwirklichung des subjektiven Tatbestands³⁸⁵ sowie (b) das Bewusstsein und die Akzeptanz verlangt, dass die Umsetzung des gemeinsamen Plans zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands führen kann³⁸⁶, und (c) das Bewusstsein der tatsächlichen Umstände, die die gemeinsame Tatherrschaft ermöglichen³⁸⁷.

In englischer Sprache lauten diese Voraussetzungen wie folgt:

- i. „*Existence of an agreement or common plan between two or more persons*“³⁸⁸
- ii. „*Co-ordinated essential contribution by each co-perpetrator resulting in the realisation of the objective elements of the crime*“³⁸⁹
- iii. „*The suspect must fulfil the subjective elements of the crime in question*“³⁹⁰
- iv. „*The suspect and the other co-perpetrators must all be mutually aware and mutually accept that implementing their common plan may result in the realisation of the objective elements of the crime*“³⁹¹

³⁷⁴ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 81.

³⁷⁵ Ebd., Rn. 869, 1142.

³⁷⁶ Ebd., Rn. 1358.

³⁷⁷ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 319, 410.

³⁷⁸ Ebd., Rn. 328.

³⁷⁹ Ebd., Rn. 329.

³⁸⁰ Ebd., Rn. 330.

³⁸¹ ICTY v. 31. Juli 2003 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgement) IT-97-24-T, 440, vgl. dazu 1. auf S. 61 ff.

³⁸² ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 341.

³⁸³ Ebd., Rn. 343 ff.

³⁸⁴ Ebd., Rn. 346 ff.

³⁸⁵ Ebd., Rn. 349 ff.

³⁸⁶ Ebd., Rn. 361 ff.

³⁸⁷ Ebd., Rn. 366 ff.

³⁸⁸ Ebd., Vor Rn. 343.

³⁸⁹ Ebd., Vor Rn. 346.

³⁹⁰ Ebd., Vor Rn. 349.

³⁹¹ Ebd., Vor Rn. 361.

Die Mehrheit der Hauptverfahrenskammer I hat sich schließlich im Urteil gegen Lubanga bezüglich der Mittäterschaft im Wesentlichen der Vorverfahrenskammer angeschlossen und deren naturgemäß eher knappe Erläuterungen noch weiter ausgeführt.³⁹² Der gemeinschaftliche Tatplan müsse demnach zumindest „*a critical element of criminality*“ enthalten, d.h. der Plan müsse zwar nicht ausschließlich krimineller Natur sein, aber zumindest das hinlängliche Risiko („*sufficient risk*“) beinhalten, dass es bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse zur Begehung eines Verbrechens komme.³⁹³ Die Vereinbarung bzw. der Plan müsse auch nicht ausdrücklich geschlossen worden sein, außerdem könne sein Bestehen aus Indizien hergeleitet werden.³⁹⁴ Der jeweilige Tatbeitrag muss nach Auffassung der Kammer zwar nicht allein kausal für den Taterfolg sein³⁹⁵, aber er darf auch nicht nur „*substantial*“ wie bei der Teilnahme gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut³⁹⁶ sein. Vielmehr muss er, wie auch die Vorverfahrenskammer ausführt³⁹⁷, „*essential*“³⁹⁸ sein. Die Übersetzung der zwei Begriffe ins Deutsche ist nicht problemlos: *Substantial* lässt sich als „wesentlich“ oder „erheblich“ übersetzen, während *essential* ebenfalls als „wesentlich“ übersetzt werden kann, aber in der Bedeutung „notwendig“ bzw. „unentbehrlich“.³⁹⁹ Auf jeden Fall verlangt die Kammer für die Mittäterschaft somit einen gewichtigeren Tatbeitrag als für die Teilnahme. Die Mehrheit stellt weiter klar, dass entscheidend sei, dass ein*e Mittäter*in bei der Tat „eine unentbehrliche Rolle in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Plan“ übernehme.⁴⁰⁰ Anwesenheit am Tatort sei aber ebenso wenig notwendig wie die eigenhändige Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals⁴⁰¹, sodass auch bloße Planer*innen im Hintergrund, die die eigentliche Verwirklichung der Tat anderen überlassen, Mittäter*innen sein können⁴⁰². Dementsprechend fasst die Kammer ihre Ansicht zu den objektiven Anforderungen an die Mittäterschaft, die beinahe wörtlich mit den von der Vorverfahrenskammer aufgestellten Voraussetzungen übereinstimmen, folgendermaßen zusammen:

„*The Majority therefore concludes that the commission of a crime jointly with another person involves two objective requirements: (i) the existence of an agreement or common plan between two or more persons that, if implemented, will result in the commission of a crime; and (ii) that the accused provided an essential contribution to the common plan that resulted in the commission of the relevant crime.*“⁴⁰³

Subjektiv verlangt die Mehrheit der Kammer Vorsatz im Sinne des Art. 30 IStGH-Statut⁴⁰⁴ bzgl. des Tatplanes sowie bzgl. des notwendigen Tatbeitrages, nicht mehr aber das Bewusstsein

³⁹² ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 976 ff.

³⁹³ Ebd., Rn. 984 ff.

³⁹⁴ Ebd., Rn. 988.

³⁹⁵ Ebd., Rn. 994 unter Berufung auf *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 213.

³⁹⁶ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 997.

³⁹⁷ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 346.

³⁹⁸ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 999.

³⁹⁹ Vgl. <http://dict.leo.org/>, abgerufen am 10. April 2018.

⁴⁰⁰ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 1000 (eigene Übersetzung).

⁴⁰¹ Ebd., Rn. 1003.

⁴⁰² Ebd., Rn. 1004.

⁴⁰³ Ebd., Rn. 1006.

⁴⁰⁴ „Article 30 – 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;

der tatsächlichen Umstände, die die gemeinsame Tatherrschaft ermöglichen, wie noch die Vorverfahrenskammer meinte.⁴⁰⁵ Bezüglich der subjektiven Seite betont die Kammer ausdrücklich, dass das Konzept des *dolus eventualis* bewusst nicht ins Statut aufgenommen worden sei und dem Text von Art. 30 IStGH-Statut auch nicht entnommen werden könne.⁴⁰⁶ Insofern weicht das Urteil also von der Entscheidung der Vorverfahrenskammer I ab, die eine Art *dolus eventualis* diskutierte.⁴⁰⁷ Mit Vorsatz ist hier also, stark vereinfacht gesagt, nur *dolus directus* 1. und 2. Grades gemeint.⁴⁰⁸ Wörtlich heißt es:

„The Chamber is of the view that the prosecution must establish, as regards the mental element, that:

(i) the accused and at least one other perpetrator meant to conscript, enlist or use children under the age of 15 to participate actively in hostilities or they were aware that in implementing their common plan this consequence ‘will occur in the ordinary course of events’; and

(ii) the accused was aware that he provided an essential contribution to the implementation of the common plan.“⁴⁰⁹

Die bei (i) erwähnte und Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut entnommene Formulierung „Bewusstsein, dass eine Folge bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse eintreten werde“ versteht die Mehrheit dabei so, dass die Beteiligten auf Basis ihrer Erfahrungen vorhersehen, dass die Folge in der Zukunft eintreten werde.⁴¹⁰ Eine solche Prognose beinhaltet auch Wahrscheinlichkeits- und Möglichkeitsüberlegungen, und da die Mittäter*innen *ex ante* nicht wüssten, was geschehen werde, könnten sie dementsprechend nur das Risiko kennen, dass eine Folge eintreten werde.⁴¹¹

(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.“

Amtliche Übersetzung, BGBl. II 2000, 1415 f.:

„Artikel 30 – Subjektive Tatbestandsmerkmale

(1) Sofern nichts anderes bestimmt ist, ist eine Person für ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen nur dann strafrechtlich verantwortlich und strafbar, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und wissentlich verwirklicht werden.

(2) ‘Vorsatz’ im Sinne dieses Artikels liegt vor, wenn die betreffende Person

a) im Hinblick auf ein Verhalten dieses Verhalten setzen will;

b) im Hinblick auf die Folgen diese Folgen herbeiführen will oder ihr bewusst ist, dass diese im gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse eintreten werden.

(3) ‘Wissen’ im Sinne dieses Artikels bedeutet das Bewusstsein, dass ein Umstand vorliegt oder dass im gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse eine Folge eintreten wird. ‘Wissentlich’ und ‘wissen’ sind entsprechend auszulegen.“

⁴⁰⁵ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 366 ff.

⁴⁰⁶ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 1011.

⁴⁰⁷ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 352 f.

⁴⁰⁸ Vgl. zum Vorsatzbegriff am IStGH z.B. die Zusammenfassung bei *Werle/Jeßberger*, Rn. 493 ff.

⁴⁰⁹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 1013.

⁴¹⁰ *Ebd.*, Rn. 1012: „In the view of the Majority of the Chamber, the ‘awareness that a consequence will occur in the ordinary course of events’ means that the participants anticipate, based on their knowledge of how events ordinarily develop, that the consequence will occur in the future.“

⁴¹¹ *Ebd.*, Rn. 1012: „This prognosis involves consideration of the concepts of ‘possibility’ and ‘probability’ [...]. The co-perpetrators only ‘know’ the consequences of their conduct once they have occurred. At the time the co-perpetrators agree on a common plan and throughout its implementation, they must know the existence of a risk that the consequence will occur.“

Entsprechend Art. 30 IStGH-Statut dürfe dieses Risiko nicht geringer sein als das Bewusstsein, dass die Folge bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse eintreten werde.⁴¹²

Im Ergebnis hat die Hauptverfahrenskammer Thomas Lubanga Dyilo als Mittäter gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut der Rekrutierung von Kindern unter 15 Jahren zum Einsatz in Feindseligkeiten gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vii IStGH-Statut schuldig gesprochen.⁴¹³

b) Sondervotum des Richters Adrian Fulford

Richter Fulford erläutert in seinem Sondervotum zum Urteil im Fall Lubanga seine von der Richtermehrheit abweichenden Ansichten zur Auslegung von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut.⁴¹⁴ Seiner Meinung nach ergeben sich die von der Vorverfahrenskammer festgelegten Kriterien zur Mittäterschaft, die auf der Tatherrschaftslehre basieren, nicht aus dem Statutstext.⁴¹⁵ Die Tatherrschaftslehre werde vor allem genutzt, um eine klare Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme zu ermöglichen.⁴¹⁶ Fulford zufolge schließen sich die verschiedenen Täterschafts- und Teilnahmeformen des Art. 25 Abs. 3 lit. a–d IStGH-Statut aber nicht gegenseitig aus, vielmehr decke Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut einfach alle Eventualitäten ab.⁴¹⁷ Dementsprechend hält er es auch nicht für richtig anzunehmen, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut die verschiedenen Verantwortlichkeitsformen nach Schwere gestuft auflistet, beginnend bei der schwersten.⁴¹⁸ Fulford ist der Ansicht, dass Roxins Lehre von der Tatherrschaft ohne Überprüfung der Anwendbarkeit auf das internationale Recht durch den IStGH zu leichtfertig aus dem deutschen Recht übernommen wurde.⁴²⁰ Da das IStGH-Statut den Strafraumen nicht nach der Täterschafts- oder Teilnahmeform bestimme wie das deutsche Recht, sei eine klare Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht notwendig.⁴²¹ Die Tatherrschaftslehre werde laut der Vorverfahrenskammer genutzt, um Täterschaft auch für Angeklagte zu bejahen, die nicht am Tatort anwesend sind, aber dennoch die Tatausführung steuern⁴²², aber Fulfords Ansicht nach ist die Tatherrschaftslehre dazu nicht notwendig, da auch eine wörtliche Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut in einem solchen Fall zur Täterschaft führe.⁴²³ Fulford zufolge komme man mit einer schlichten Wortlautauslegung zu dem Ergebnis, dass folgende Elemente für eine Mittäterschaft nach Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut gegeben sein müssten:

- a. *The involvement of at least two individuals.*
- b. *Coordination between those who commit the offence, which may take the form of an agreement, common plan or joint understanding, express or implied, to commit a crime or to undertake action that, in the ordinary course of events, will lead to the commission of the crime.*

⁴¹² Ebd., Rn. 1012: „As to the degree of risk, and pursuant to the wording of Article 30, it must be no less than awareness on the part of the co-perpetrator that the consequence ‘will occur in the ordinary course of events’.“

⁴¹³ Ebd., Rn. 1351 ff., 1358.

⁴¹⁴ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842.

⁴¹⁵ Ebd., Rn. 3.

⁴¹⁶ Ebd., Rn. 6.

⁴¹⁷ Ebd., Rn. 7.

⁴¹⁸ Vgl. nur *Werle/Burghardt*, in: FS Maiwald, 849–864 (850 ff.).

⁴¹⁹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 8 f.

⁴²⁰ Ebd., Rn. 10.

⁴²¹ Ebd., Rn. 11, vgl. auch Rn. 9.

⁴²² ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 330.

⁴²³ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 12.

c. *A contribution to the crime, which may be direct or indirect, provided either way there is a causal link between the individual's contribution and the crime.*

d. *Intent and knowledge, as defined in Article 30 of the Statute, or as „otherwise provided“ elsewhere in the Court's legal framework.*⁴²⁴

Diese Herangehensweise vermeide künstliche Überlegungen, „was gewesen wäre, wenn die beschuldigte Person nichts zum Geschehen beigetragen hätte“, die nötig würden, wenn man einen wesentlichen, d.h. unentbehrlichen, Tatbeitrag verlangte, und Sorge somit für eine solide Basis für die Arbeit des Gerichtshofs.⁴²⁵

Dennoch plädiert Fulford im Fall Lubanga für eine Anwendung der von der Vorverfahrenskammer festgelegten Kriterien, um den *fair-trial*-Grundsatz nicht zu gefährden⁴²⁶, da der Angeklagte sich auf diese Kriterien eingestellt und seine Verteidigung entsprechend ausgerichtet habe.⁴²⁷

c) Kritik und Stellungnahme

In diesem ersten Urteil hat der IStGH wichtige Grundlagen für seine weitere Arbeit geschaffen. Die klare Entscheidung für die Tatherrschaftslehre ist begrüßenswert, auch wenn die Begründung für die Annahme derselben durchaus noch zu wünschen übrig lässt⁴²⁸. Besonders kritisiert wurde das Urteil aber für die sehr weite Auslegung des objektiven Merkmals „*common plan*“. So müsse der Plan, wie erläutert, nur „*a critical element of criminality*“ enthalten, denn es genügt der Mehrheit der Kammer das hinreichende Risiko („*sufficient risk*“), dass es bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse zur Begehung eines Verbrechens kommt.⁴²⁹ Diese Auslegung des Merkmals *common plan* ist viel zu weit. Im nationalen deutschen Strafrecht wird ganz überwiegend ein Tatplan verlangt, der, darauf deutet auch schon der üblicherweise verwendete Begriff hin, eine mehr oder weniger konkrete Straftat zum Gegenstand haben muss.⁴³⁰ Da über diesen gemeinsamen Plan die Zurechnung der verschiedenen mittäterschaftlichen Beiträge erfolgt, sollte der Plan auch am IStGH zumindest eine halbwegs bestimmte Straftat zum Gegenstand haben müssen und nicht bloß das Risiko begründen, dass es bei normalem Verlauf zur Begehung eines Verbrechens kommt.⁴³¹ Besonders zweifelhaft ist auch der Maßstab des *sufficient risk*, den die Kammer anwendet, um den gemeinschaftlichen Tatplan genauer zu erläutern⁴³², und dass auch bei der Bestimmung der notwendigen subjektiven Merkmale wieder auf den Begriff des Risikos abgestellt wird⁴³³. Die Erläuterungen der Richter*innen verwirren mehr, als dass sie zum Verständnis beitragen⁴³⁴, und es scheint, als wäre der Begriff des „Risikos“ eigentlich komplett unnötig für die Feststellung, dass ein*e Mittäter*in sich bewusst sein muss, dass die Folge bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse eintreten werde. Es genügt eben nicht bloß die Akzeptanz

⁴²⁴ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 16.

⁴²⁵ Ebd., Rn. 17.

⁴²⁶ Vgl. Art. 64 Abs. 2 IStGH-Statut: „*The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair [...].*“

⁴²⁷ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 19 ff.

⁴²⁸ Vgl. z.B. die Kritik bei *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (353).

⁴²⁹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 984.

⁴³⁰ Vgl. nur *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 196 sowie für weitere Nachweise, auch zur ähnlichen englischen Rechtslage, *Ambos*, ZIS 2012, 313 (329) in Fn. 175.

⁴³¹ Ebenso ebd., 313 (329).

⁴³² ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 984.

⁴³³ Ebd., Rn. 1012.

⁴³⁴ Vgl. ähnlich *Ambos*, ZIS 2012, 313 (335).

des Risikos, dass eine Folge eintreten kann, sondern der beschuldigten Person muss bewusst sein, dass diese Folge – bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse – eintreten wird. Spannender wäre eine Erläuterung, was unter der Formulierung „gewöhnlicher Verlauf der Ereignisse“ zu verstehen ist. Die Einführung des Risikobegriffs, der im übrigen im Statut auch nicht enthalten ist, ist daher abzulehnen.

Manche Autor*innen vertreten sogar, dass durch die weite Auslegung des *common plan* faktisch doch wieder das JCE III angewandt werde, mit all den Problemen, die diesbezüglich bereits genannt wurden.⁴³⁵

Fulfords Kritik an der Anwendung der Tatherrschaftslehre überzeugt allerdings nicht, insbesondere fehlt eine umfassende inhaltliche Auseinandersetzung mit der Theorie.⁴³⁶ Anstelle eines unentbehrlichen Tatbeitrags verlangt Fulford irgendeinen direkten oder indirekten Tatbeitrag mit kausaler Verknüpfung von Tatbeitrag und Verbrechen.⁴³⁷ Diese Herangehensweise mag zwar die Überlegung ersparen, ob die Tat auch ohne den Beitrag der jeweiligen Person geschehen wäre, wobei die Kausalitätsprüfung ja durchaus ähnliche Gedankengänge erfordert⁴³⁸. Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Mittäterschaft dann beispielsweise noch von der Beihilfe gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut oder der sonstigen Teilnahme an einem Gruppenverbrechen gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut unterscheidet. Fulford vertritt natürlich auch, dass die Beteiligungsformen nicht klar abgrenzbar seien und sich überschneiden⁴³⁹, nur bleibt er Argumente für diese Ansicht schuldig.⁴⁴⁰ Er beruft sich nur auf den Wortlaut sowie, merkwürdigerweise, auf Entscheidungen der *ad-hoc*-Tribunale, die in ihren Statuten aber gerade keine ausdrücklich differenzierten Beteiligungsformen haben, wodurch die Ausführungen zu den Beteiligungsformen nicht auf den IStGH übertragbar sind.⁴⁴¹ Überhaupt erscheint fraglich, wie man Fulfords Kriterien konkret zur Anwendung bringen könnte, denn, wie Ambos in seiner umfassenden Kritik u.a. zutreffend feststellt, sind die Merkmale Fulfords für ein faires Verfahren zu unbestimmt.⁴⁴²

Insgesamt zeigt sich somit schon im ersten Urteil des Gerichtshofes der Zwiespalt der Richterschaft bezüglich der Anwendung der Tatherrschaftslehre, der sich auch in weiteren Entscheidungen zeigen sollte. Auch wenn das Merkmal des *common plan* hier zu weit verstanden wird, so ist doch offensichtlich, dass Roxins Überlegungen gerade auch wegen der großen Ähnlichkeit der Regelung zum deutschen § 25 StGB gut auf Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut anzuwenden sind.

d) Berufung

Lubanga hat Berufung gegen das Urteil eingelegt, diese ist jedoch von der Mehrheit der Berufungskammer als unbegründet abgelehnt worden.⁴⁴³ Lubanga stützt seine Berufung dabei u.a. auf die angeblich fehlerhafte Interpretation von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut durch die Hauptverfahrenskammer.⁴⁴⁴ Gerügt wird die zu weite Auslegung des Merkmals „*common plan*“

⁴³⁵ *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (361); *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (739). Zum JCE und der Kritik daran siehe 1. auf S. 30 ff.

⁴³⁶ So auch *Ambos*, ZIS 2012, 313 (331).

⁴³⁷ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 16.

⁴³⁸ Zu Fulfords Widersprüchlichkeit bzgl. der Kausalitätsanforderung siehe auch *Ambos*, ZIS 2012, 313 (334).

⁴³⁹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 7.

⁴⁴⁰ Vgl. zum Verhältnis der Beteiligungsformen in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut 2. auf S. 25 ff.

⁴⁴¹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 7. Zur Regelung an den *ad-hoc*-Tribunalen siehe a) auf S. 48 f.

⁴⁴² *Ambos*, ZIS 2012, 313 (334).

⁴⁴³ ICC v. 1. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red.

durch die Kammer, indem sie das Konzept des „*sufficient risk*“ übernimmt, da dies gegen Art. 30 Abs. 2 IStGH-Statut verstoße, weil hierdurch die Vorsatzform *dolus eventualis* eingeführt werde, die im Statut nicht enthalten sei.⁴⁴⁵ Die gleiche Kritik betrifft die subjektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft, die die Hauptverfahrenskammer angewandt hat, daher behandelt die Berufungskammer diese zwei Punkte gemeinsam.⁴⁴⁶

Die Berufungskammer hält es zunächst ebenso wie die Hauptverfahrenskammer nicht für notwendig, dass der gemeinschaftliche Tatplan ausdrücklich die Begehung eines Verbrechens zum Ziel haben müsse.⁴⁴⁷ Dann geht die Kammer näher auf den Begriff des Risikos ein und stellt fest, dass dieser Begriff in Art. 30 IStGH-Statut nicht enthalten sei.⁴⁴⁸ Die Formulierung „*will occur*“ drücke Sicherheit über zukünftige Ereignisse aus, da aber absolute Sicherheit mit Bezug auf die Zukunft nie vorliegen könne, sei damit „*virtual certainty*“ gemeint⁴⁴⁹, also „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“. Die Berufungskammer stellt außerdem fest, dass die Verwendung des Wortes „*risk*“ nicht hilfreich für das Verständnis sei, weil damit üblicherweise die Vorsatzform des *dolus eventualis* verbunden werde, die die Hauptverfahrenskammer selbst ablehne.⁴⁵⁰ Daher sei die Verwendung des Begriffes verwirrend und hätte bei der Auslegung des Art. 30 Abs. 2 IStGH-Statut vermieden werden sollen: „*The Appeals Chamber finds that the use of this phrase is confusing and reference to ‘risk’ should have been avoided when interpreting article 30 (2) of the Statute.*“⁴⁵¹ Dennoch sei die Hauptverfahrenskammer hierdurch nicht von den Voraussetzungen des Art. 30 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 IStGH-Statut abgewichen, da die Kammer den Risikobegriff Art. 30 IStGH-Statut entsprechend verstanden habe.⁴⁵²

Außerdem rügt Lubanga, dass die Hauptverfahrenskammer keinen direkten und eigenhändigen Tatbeitrag am Tatort für die Annahme von Mittäterschaft verlangt habe.⁴⁵³ Die Berufungskammer stellt zunächst fest, dass der Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut keine direkte und persönliche Begehung verlange.⁴⁵⁴ Die Regelung der mittelbaren Täterschaft in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, die ausdrücklich die Begehung einer Tat durch eine andere Person ermögliche, zeige, dass für die Annahme von Täterschaft keine eigenhändige Ausführung der Tathandlung gefordert sei.⁴⁵⁵ Stattdessen sei eine normative Einschätzung der Rolle einer Person notwendig um festzustellen, ob es sich um Mittäterschaft handle.⁴⁵⁶ Die Kammer befürwortet die Anwendung der Tatherrschaftslehre für diese Einschätzung und betont, dass es sich nicht um die schlichte Übernahme einer nationalen Theorie als Rechtsquelle handle, sondern dass sie Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut auslege und es dabei für angemessen halte, auch nationale Herangehensweisen zu berücksichtigen.⁴⁵⁷ Diese Vorgehensweise verstoße nicht gegen Art. 22 IStGH-Statut.⁴⁵⁸

⁴⁴⁴ ICC v. 1. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 434 ff.

⁴⁴⁵ Ebd., Rn. 441.

⁴⁴⁶ Ebd., Rn. 441.

⁴⁴⁷ Ebd., Rn. 446.

⁴⁴⁸ Ebd., Rn. 447.

⁴⁴⁹ Ebd., Rn. 447.

⁴⁵⁰ Ebd., Rn. 449.

⁴⁵¹ Ebd., Rn. 449.

⁴⁵² Ebd., Rn. 450.

⁴⁵³ Ebd., Rn. 456 ff.

⁴⁵⁴ Ebd., Rn. 460.

⁴⁵⁵ Ebd., Rn. 465.

⁴⁵⁶ Ebd., Rn. 466.

⁴⁵⁷ Ebd., Rn. 470.

⁴⁵⁸ Ebd., Rn. 471.

e) Stellungnahme

Die Berufungskammer hat das Urteil der Hauptverfahrenskammer bestätigt, aber sich durchaus kritisch mit der Entscheidung auseinandergesetzt. Den Ausführungen der Berufungskammer zum Risikobegriff bei der Auslegung von Art. 30 IStGH-Statut ist zuzustimmen. Wie auch der Stellungnahme zum Urteil zu entnehmen ist⁴⁵⁹, trägt der Rückgriff auf den Begriff des Risikos nicht zum Verständnis des Art. 30 IStGH bei und ist daher abzulehnen. Auch ein eigenhändiger Tatbeitrag wird vom Statut nicht gefordert, und ein solches Erfordernis kann durch Verweis auf die mittelbare Täterschaft gut widerlegt werden, wie die Kammer es auch getan hat. Begrüßenswert ist außerdem die Feststellung der Berufungskammer, dass die Tatherrschaftslehre bei der Auslegung und Anwendung von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut zu Rate gezogen werde und dass es sich hierbei nicht eine unzulässige schlichte Übernahme nationalen Rechts handele. Dies hatte die Hauptverfahrenskammer nicht so deutlich dargestellt.

Abzulehnen ist dagegen weiterhin die Annahme, dass der Tatplan nur „*a critical element of criminality*“ enthalten müsse, da der Tatplan als Hauptzurechnungsgrund der Mittäterschaft ein halbwegs konkretes Verbrechen zum Ziel haben sollte.⁴⁶⁰

3. Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo

a) Organisationsherrschaft und Kriterien der *indirect co-perpetration* im Vorverfahren

Im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo geht es der Anklage zufolge um einen gemeinsamen Angriff der von Germain Katanga geführten *Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI)* und der von Mathieu Ngudjolo Chui geführten *Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI)* auf das Dorf Bogoro in der Region Ituri in der Demokratischen Republik Kongo am oder um den 24. Februar 2003, wobei es zu verschiedenen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gekommen sein soll.⁴⁶¹ Im Beschluss der Vorverfahrenskammer vom 30. September 2008, der die einzelnen Anklagepunkte gemäß Art. 61 Abs. 1 IStGH-Statut prüfte und bestätigte oder verwarf, bevor es zum eigentlichen Verfahren kam, wird auch ausführlich auf die Voraussetzungen der „*joint commission through other persons*“ (gemeinschaftliche Begehung mittels anderer Personen) eingegangen.⁴⁶² Die Kammer habe zu prüfen, „*[if] Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui are jointly responsible as principals for having committed the crimes [...] through their subordinates*“.⁴⁶³ Die Vorverfahrenskammer hat somit geprüft, ob eine Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft vorliegen kann, auch bekannt als *indirect co-perpetration*. Bezüglich der Anwendbarkeit der Tatherrschaftslehre zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme hat die Kammer sich den Ausführungen der Vorverfahrenskammer im Verfahren gegen Lubanga angeschlossen.⁴⁶⁴

„*[I]n order for the Statute to be understood as a consistent body of predictable law, the criminal responsibility of a person [...] must be determined under the control over the crime approach to distinguishing between principals and accessories.*“⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ Vgl. c) auf S. 70 ff.

⁴⁶⁰ Ebenso *Ambos*, ZIS 2012, 313 (329).

⁴⁶¹ ICC v. 26. Juni 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Amended Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) of the Statute) ICC-01/04-01/07-649-Anx1A, Rn. 1–3.

⁴⁶² ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 466 ff.

⁴⁶³ *Ebd.*, Rn. 471.

⁴⁶⁴ *Ebd.*, Rn. 480.

⁴⁶⁵ *Ebd.*, Rn. 486.

Die Verteidigung von Germain Katanga dagegen hat in der Anhörung vor diesem Beschluss bereits die Anwendung der Täterschaftsform der Mittäterschaft kraft *joint control* (gemeinsame Kontrolle oder auch gemeinsame Tatherrschaft) kritisiert.⁴⁶⁶ Insbesondere werden die diesbezüglichen Überlegungen der Kammer aus Lubanga bemängelt, denn die Auslegung der *co-perpetration* in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut entspreche nicht den Absichten der Verfasser*innen des Statuts.⁴⁶⁷ Außerdem vermische diese Interpretation die Täterschaftsformen der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft, definiere den *common plan* (gemeinschaftlichen Tatplan) zu weitgehend und ungenau und nehme das Konzept des *dolus eventualis* mit auf.⁴⁶⁸ Das Konzept der *joint control* sei neu und von noch keinem nationalen oder internationalen Gericht anerkannt worden.⁴⁶⁹

Hier interessiert insbesondere der Vorwurf der Vermischung der zwei Täterschaftsformen: Es sei zwischen der horizontalen Struktur der Mittäterschaft und der vertikalen Struktur der mittelbaren Täterschaft zu unterscheiden, die im Verfahren gegen Lubanga über Roxins ursprüngliche Theorie hinaus vermischt worden seien.⁴⁷⁰ Die Verteidigung behauptet weiterhin, dass bereits die Idee der mittelbaren Mittäterschaft nicht im Statut enthalten sei, denn schließlich laute Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut „*jointly with another or through another person*“, und nicht „*jointly with another and through another person*“.⁴⁷¹ Die Kombination beider Täterschaftsformen sei zwar von der Verfahrenskammer des Jugoslawien-Tribunals im Verfahren gegen Stakić angewandt, dann aber in der nächsten Instanz verworfen worden.⁴⁷² Ebenso verweist die Verteidigung auf die Anwendung von Roxins Organisationsherrschaftslehre durch argentinische Gerichte im Junta-Verfahren⁴⁷³, wobei hier der Fokus auf die Ablehnung der Theorie durch das oberste argentinische Gericht gelegt wird, welches so entschieden habe, da die Theorie nicht einmal in Deutschland anerkannt sei und sie außerdem durch die Figur des „Täters hinter dem Täter“ zu unrechtmäßigen Ergebnissen führe.⁴⁷⁴

Die Vorverfahrenskammer kommt zu dem Schluss, dass die Bedenken der Verteidigung nicht durchgreifen: Erstens⁴⁷⁵ sei die Tatherrschaftslehre („*[t]he control over the crime approach*“) schon in einigen Rechtssystemen angewandt worden und sie sei die überwiegende Ansicht in der Literatur.⁴⁷⁶ Letzteres belegt die Kammer mit sehr umfassenden Literaturangaben, allerdings stammen diese ausschließlich aus dem deutschen und dem spanischsprachigen Rechtsraum.⁴⁷⁷ Daher sei diese Lehre zur Festlegung der Täterschaft bzw. Teilnahme anzuwenden.⁴⁷⁸ Zweitens könne das Wort „oder“ in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut sowohl inklusiv als auch exklusiv gemeint sein, sodass die Auslegung als inklusives „Oder“ nicht dem Statutstext widerspreche.⁴⁷⁹ Drittens schreibt die Vorverfahrenskammer, dass die Behauptung der Verteidigung Katangas,

⁴⁶⁶ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698.

⁴⁶⁷ Ebd., Rn. 14.

⁴⁶⁸ Ebd., Rn. 18.

⁴⁶⁹ Ebd., Rn. 19.

⁴⁷⁰ Ebd., Rn. 19.

⁴⁷¹ Ebd., Rn. 24.

⁴⁷² Ebd., Rn. 26; siehe auch oben 1. auf S. 61 ff.

⁴⁷³ Vgl. oben 4. auf S. 60.

⁴⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Resolución, Causa 13/84, 30. Dezember 1986, Rn. 20, zitiert nach: ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 26 Fn. 33.

⁴⁷⁵ Die Aufzählung ergibt sich nicht aus der Entscheidung der Vorverfahrenskammer, sondern wurde der Übersichtlichkeit halber hinzugefügt.

⁴⁷⁶ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 485.

⁴⁷⁷ Ebd., Rn. 485 Fn. 647.

⁴⁷⁸ Ebd., Rn. 486.

⁴⁷⁹ Ebd., Rn. 491.

die Anwendung der Tatherrschaftslehre, insbesondere der Figur des „Täters hinter dem Täter“, führe zu unrechtmäßigen Ergebnissen⁴⁸⁰, bereits durch den Statutstext widerlegt werde, denn in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ist ein*e voll verantwortliche*r Tatmittler*in ausdrücklich vorgesehen.⁴⁸¹ Viertens widerspricht die Kammer der Behauptung der Verteidigung, die Organisationsherrschaftslehre Roxins werde nirgendwo angewandt, mit zahlreichen Verweisen auf deutsche und südamerikanische Gerichtsentscheidungen.⁴⁸² Auch der Verweis auf die Ablehnung der Theorie durch das höchste argentinische Gericht sei nicht überzeugend, da die Ablehnung zumindest teilweise mit dem (für argentinisches Recht) widersprüchlichen Ergebnis eines voll verantwortlichen mittelbaren und zugleich eines voll verantwortlichen unmittelbaren Täters begründet worden sei.⁴⁸³ Die Kammer stellt fest, dass das IStGH-Statut in Art. 25 Abs. 3 lit. a genau diese Konstruktion aber vorsehe.⁴⁸⁴ Fünftens wendet die Kammer sich der Anwendung der Organisationsherrschaftslehre im Völkerstrafrecht und besonders der Frage zu, was die Ablehnung der Theorie im Fall Stakić für die Kammer bedeutet.⁴⁸⁵ Der ICTY habe zwar in der zweiten Instanz die Anwendung der Täterschaftsform der Mittäterschaft durch eine andere Person (*co-perpetration through another person*) verworfen, allerdings nur, da diese zu jenem Zeitpunkt kein Teil des Völkergewohnheitsrechts gewesen sei.⁴⁸⁶ Für die Anwendbarkeit des Konzepts am IStGH habe diese Entscheidung des ICTY somit keinerlei Aussagekraft, da das IStGH-Statut sowohl die Mittäterschaft als auch die mittelbare Täterschaft ausdrücklich kodifiziere und daher nicht auf Gewohnheitsrecht zurückgegriffen werden müsse.⁴⁸⁷ Somit verwirft die Vorverfahrenskammer alle Bedenken der Verteidigung von Germain Katanga und kommt zu dem Ergebnis, dass die Tatherrschaftslehre in ihrer speziellen Form der Organisationsherrschaft in dem Verfahren angewandt werden könne, und zwar gerade auch deswegen, weil der Statutstext eine*n voll verantwortliche*n Tatmittler*in bei der mittelbaren Täterschaft vorsehe⁴⁸⁸:

„In sum, the acceptance of the notion of ‘control over an organised apparatus of power’ in modern legal doctrine, its recognition in national jurisdictions, its discussion in the jurisprudence of the ad hoc tribunals which, as demonstrated, should be distinguished from its application before this Court, [...] but, most importantly, its incorporation into the legal framework of the Court, present a compelling case for the Chamber’s allowing this approach to criminal liability for the purposes of this Decision.“⁴⁸⁹

Die Vorverfahrenskammer legt außerdem dar, welche Merkmale ihrer Auffassung nach für die Annahme von *indirect co-perpetration* gegeben sein müssen⁴⁹⁰:

a. *„Control over the organisation“⁴⁹¹*

⁴⁸⁰ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 20.

⁴⁸¹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 499 Vgl. schon 1. auf S. 65.

⁴⁸² *Ebd.*, Rn. 502 Fn. 666.

⁴⁸³ *Ebd.*, Rn. 505; vgl. auch Corte Suprema de Justicia de la Nación, Resolución, Causa 13/84, 30. Dezember 1986, Abs. 23 f.

⁴⁸⁴ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 505.

⁴⁸⁵ *Ebd.*, Rn. 506 ff.

⁴⁸⁶ *Ebd.*, Rn. 508; ICTY v. 22. März 2006 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Appeals Judgement) IT-97-24-A, Rn. 62; s. auch 1. auf S. 61 ff.

⁴⁸⁷ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 508.

⁴⁸⁸ Vgl. auch *ebd.*, Rn. 501.

⁴⁸⁹ *Ebd.*, Rn. 510.

⁴⁹⁰ *Ebd.*, Rn. 495 ff. (eigene Nummerierung).

⁴⁹¹ *Ebd.*, Vor Rn. 500.

- b. „Organised and hierarchical apparatus of power“⁴⁹²
- c. „Execution of the crimes secured by almost automatic compliance with the orders“⁴⁹³
- d. „Existence of an agreement or common plan between two or more persons“⁴⁹⁴
- e. „Coordinated essential contribution by each co-perpetrator resulting in the realisation of the objective elements of the crime“⁴⁹⁵
- f. „The suspects must carry out the subjective elements of the crimes“⁴⁹⁶
- g. „The suspects must be mutually aware and mutually accept that implementing their common plan will result in the realisation of the objective elements of the crimes“⁴⁹⁷
- h. „The suspects must be aware of the factual circumstances enabling them to control the crimes jointly“⁴⁹⁸

Zunächst werden die drei objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft dargelegt: Unter Punkt *a. Control over the organisation* (Organisationsherrschaft) erläutert die Kammer, dass durch die Aufnahme der Begehung einer Tat durch eine andere verantwortliche Person in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut auch das Konzept der Organisationsherrschaft im Statut vorgesehen sei.⁴⁹⁹ Außerdem haben nach Ansicht der Kammer vor und nach der Erstellung des Statutes bereits zahlreiche nationale Rechtsordnungen auf das Konzept der Organisationsherrschaft zurückgegriffen, um hochrangige Verantwortliche als Täter*innen zur Verantwortung zu ziehen⁵⁰⁰, und auch international sei das Konzept angewandt worden⁵⁰¹. Schließlich habe auch die Vorverfahrenskammer III im Verfahren gegen Bemba auf diese Täterschaftsform zurückgegriffen.⁵⁰² Die Kammer zitiert dazu folgenden Ausschnitt aus der Entscheidung der Vorverfahrenskammer III über den Erlass eines Haftbefehles gegen Bemba:

„In light of the foregoing, the Chamber considers that there are reasonable grounds to believe that, as a result of his authority over his military organisation, Mr Jean-Pierre Bemba had the means to exercise control over the crimes committed by MLC troops deployed in the CAR.“⁵⁰³

Unter Punkt *b. Organised and hierarchical apparatus of power* (organisierter und hierarchischer Machtapparat) erläutert die Kammer, welche Voraussetzungen eine Organisation ihrer Auffassung nach erfüllen müsse, um einer Person hierdurch die täterschaftliche Begehung einer Tat durch Untergebene zu ermöglichen.⁵⁰⁴ Nötig sei, dass zwischen Vorgesetzten und Untergebenen eine hierarchische Struktur bestehe und dass die Organisation eine ausreichende Anzahl

⁴⁹² ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Vor Rn. 511.

⁴⁹³ Ebd., Vor Rn. 515.

⁴⁹⁴ Ebd., Vor Rn. 522.

⁴⁹⁵ Ebd., Vor Rn. 524.

⁴⁹⁶ Ebd., Vor Rn. 527.

⁴⁹⁷ Ebd., Vor Rn. 533.

⁴⁹⁸ Ebd., Vor Rn. 538.

⁴⁹⁹ Ebd., Rn. 501.

⁵⁰⁰ Ebd., Rn. 504.

⁵⁰¹ Ebd., Rn. 506.

⁵⁰² Ebd., Rn. 509.

⁵⁰³ ICC v. 10. Juni 2008 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo) ICC-01/05-01/08-14-tENG, Rn. 78.

⁵⁰⁴ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 511.

von Untergebenen beinhalte, um zu garantieren, dass die Anordnungen des bzw. der Vorgesetzten ausgeführt werden.⁵⁰⁵ Außerdem müsse die anführende Person tatsächliche Autorität besitzen, die sich durch die Ausführung ihrer Befehle durch die Untergebenen zeige.⁵⁰⁶ Ihre Fähigkeit, die Untergebenen anzuwerben, auszubilden, zu disziplinieren und zu versorgen, könne die Herrschaft der Person belegen.⁵⁰⁷

Mit Punkt *c. Execution of the crimes secured by almost automatic compliance with the orders* (Begehung der Verbrechen gesichert durch beinahe automatische Befehlsbefolgung) sei gemeint, dass die Herrschaft über die Organisation der Person erlaube, ihre Untergebenen wie bloße Rädchen im Getriebe einer Maschine zu benutzen, sodass das kriminelle Ergebnis ‘automatisch’ erzielt werde.⁵⁰⁸ Wenn ein* Untergebene*r versage, so sei stets ein*e andere*r als Ersatz zur Stelle.⁵⁰⁹ Die Organisation müsse daher genügend Mitglieder haben und die Organisation müsse unabhängig vom Wechsel ihrer Mitglieder bestehen.⁵¹⁰ Diese Automatik begründe, warum die Täterschaft gegenüber der Teilnahme nach Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut in der Form der Anordnung eines Verbrechens schwerer wiege.⁵¹¹ Schließlich könnten auch andere Eigenschaften der Organisation außer der Austauschbarkeit der Untergebenen eine solche automatische Befolgung der Befehle ermöglichen, wie zum Beispiel „*intensive, strict, and violent training regimens*“ (intensive, strenge und gewaltsame Trainingsformen).⁵¹²

„*For example, abducting minors and subjecting them to punishing training regimens in which they are taught to shoot, pillage, rape, and kill, may be an effective means for ensuring automatic compliance with leaders’ orders to commit such acts.*“⁵¹³

Damit hat die Kammer die objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft dargelegt.

Punkt *d. Existence of an agreement or common plan between two or more persons* (Vorhandensein einer Vereinbarung oder eines gemeinschaftlichen Planes zwischen zwei oder mehr Personen) ist das erste objektive Merkmal der Mittäterschaft. Zu diesem Merkmal verweist die Vorverfahrenskammer auf die Ausführungen im Verfahren gegen Lubanga und hält dementsprechend fest, dass der Plan die Begehung eines Verbrechens beinhalten müsse, dass die Vereinbarung nicht explizit sein müsse und dass die Existenz dieser Vereinbarung auch aus dem gemeinsamen Handeln der Mittäter*innen abgeleitet werden könne.^{514 515}

Unter Punkt *e. Coordinated essential contribution by each co-perpetrator resulting in the realisation of the objective elements of the crime* (koordinierter unentbehrlicher Tatbeitrag durch jede*n Mittäter*in, der in der Realisierung der objektiven Elemente der Tat resultiert) schreibt die Kammer, dass nur über die Personen, die eine unentbehrliche Aufgabe zugeteilt bekommen haben, gesagt werden könne, dass sie gemeinsame Tatherrschaft haben, denn nur diese hätten auch die Macht, die Begehung der Tat zu verhindern.⁵¹⁶ Dieser unentbehrliche Tatbei-

⁵⁰⁵ Ebd., Rn. 512.

⁵⁰⁶ Ebd., Rn. 513.

⁵⁰⁷ Ebd., Rn. 513.

⁵⁰⁸ Ebd., Rn. 515. Die Kammer zitiert an dieser Stelle und verweist auch im Folgenden auf *Roxin*, TuT⁹, S. 245.

⁵⁰⁹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 516.

⁵¹⁰ Ebd., Rn. 517.

⁵¹¹ Ebd., Rn. 517.

⁵¹² Ebd., Rn. 518.

⁵¹³ Ebd., Rn. 518.

⁵¹⁴ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 344 f.

⁵¹⁵ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 523.

⁵¹⁶ Ebd., Rn. 525: „[O]nly those to whom essential tasks have been assigned – and who, consequently, have the power to frustrate the commission of the crime by not performing their tasks – can be said to have joint control over the crime.“

trag müsse aber nicht während der eigentlichen Tatausführung geleistet werden, sondern auch die Planung eines Angriffs, die Beschaffung von Waffen und Munition oder die Koordination und Überwachung von Truppenaktivitäten könne einen unentbehrlichen Tatbeitrag darstellen, solange dies vor oder während der Ausführung der Tat geschehe.⁵¹⁷

Nun folgen die subjektiven Merkmale der *indirect co-perpetration*: Punkt *f*. *The suspects must carry out the subjective elements of the crimes* (die Verdächtigen müssen die subjektiven Elemente der Taten verwirklichen) bedeute, dass Vorsatz gemäß Art. 30 IStGH-Statut vorliegen müsse sowie eventuell geforderte spezielle subjektive Voraussetzungen der einzelnen Taten.⁵¹⁸ In Art. 30 IStGH-Statut seien *dolus directus* ersten und zweiten Grades enthalten⁵¹⁹, zum Vorhandensein von *dolus eventualis* im Statut dagegen äußert die Kammer sich nicht, da sie sich in diesem Verfahren nicht auf diese Vorsatzform stützen werde, sodass auch die kritische Äußerung der Verteidigung Katangas dazu⁵²⁰ überflüssig sei.⁵²¹

Punkt *g*. *The suspects must be mutually aware and mutually accept that implementing their common plan will result in the realisation of the objective elements of the crimes* (die Verdächtigen müssen sich jeweils bewusst sein und akzeptieren, dass die Umsetzung des gemeinsamen Tatplans zur Verwirklichung der objektiven Merkmale der Taten führen wird) sei bei der *indirect co-perpetration* noch zu ergänzen dadurch, dass die Verdächtigen außerdem auch die tatsächlichen Umstände kennen müssten, die es ihnen ermöglichen, durch eine andere Person Tatherrschaft auszuüben.⁵²² Demnach müssten sich die Tatverdächtigen des Charakters ihrer Organisation, ihrer Machtposition in der Organisation sowie der tatsächlichen Umstände, die die beinahe automatische Befehlsbefolgung ermöglichen, bewusst sein.⁵²³

Punkt *h*. *The suspects must be aware of the factual circumstances enabling them to control the crimes jointly* (die Verdächtigen müssen sich der tatsächlichen Umstände bewusst sein, die ihnen die gemeinsame Tatherrschaft ermöglichen) schließlich bedeute, dass jede*r Verdächtige sich ihrer bzw. seiner unentbehrlichen Rolle und somit auch seiner bzw. ihrer Möglichkeit, den Plan und damit die Tat scheitern zu lassen, bewusst sein müsse.⁵²⁴

Die Vorverfahrenskammer kommt schließlich nach Würdigung der Beweise und auf Basis dieser rechtlichen Ausführungen zu dem Ergebnis, dass es ausreichende Beweise dafür gebe, dass Katanga und Chui als *indirect co-perpetrators* verschiedene Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben, sodass damit die Anklage im Wesentlichen bestätigt wird.⁵²⁵

b) Stellungnahme

In manchen Punkten kann der Vorverfahrenskammer zugestimmt werden. Die Behauptungen der Verteidigung sind zum Teil haltlos, wie auch die Kammer meint, teilweise sind sie aber auch

⁵¹⁷ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 526.

⁵¹⁸ Ebd., Rn. 527 f.

⁵¹⁹ Ebd., Rn. 529 f.

⁵²⁰ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 18.

⁵²¹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 531.

⁵²² Ebd., Rn. 534: „*The Chamber finds that the co-perpetration of a crime through another person, additionally to the two above mentioned requirements, requires a third subjective element: that the suspects are aware of the factual circumstances enabling them to exercise control over the crime through another person.*“

⁵²³ Ebd., Rn. 534: „*[T]he suspects must be aware of the character of their organisations, their authority within the organisation, and the factual circumstances enabling near automatic compliance with their orders.*“

⁵²⁴ Ebd., Rn. 539.

⁵²⁵ Ebd., Rn. 575 ff.

berechtigt. Die Verteidigung Katangas erkennt völlig richtig, dass es sich bei der *indirect co-perpetration* um die Kombination zweier Täterschaftsformen handelt und dass dadurch, bildlich gesprochen, die horizontale Ebene (Mittäterschaft) und die vertikale Ebene (mittelbare Täterschaft) verbunden werden.⁵²⁶ Angeblich geht dies über die ursprüngliche Theorie Roxins hinaus⁵²⁷, aber diese Behauptung ist kaum haltbar, da sich Roxins Ausführungen nicht entnehmen lässt, dass die Täterschaftsformen nicht kombiniert werden können. Im Gegenteil, Roxin selbst hat die Bezeichnung „mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft“ schon 1995 in einer Urteilsbesprechung verwendet und darin offenbar keinerlei Schwierigkeiten gesehen.⁵²⁸ Die ausdrückliche Regelung der mittelbaren Täterschaft auch bei voll verantwortlicher tatmittelnder Person sowie der Mittäterschaft in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut entkräftet die Argumente, die die Verteidigung aus dem Fall Stakić am ICTY und dem Fall am höchsten argentinischen Gericht zu ziehen versucht, wie die Kammer schlüssig darlegt.⁵²⁹

Die Behauptung der Verteidigung, dass es sich bei der Tatherrschaftslehre nicht um (völkerrechtliches) Gewohnheitsrecht handle und dass diese bisher im internationalen Recht nicht angewandt werde⁵³⁰, ist korrekt.⁵³¹ Im nationalen Recht dagegen wird die Tatherrschaftslehre beispielsweise in Deutschland angewandt⁵³², wie die Kammer auch belegt hat⁵³³, und insofern ist der Verteidigung Katangas zu widersprechen. Bei den Belegen der Kammer zur internationalen Anwendung der Tatherrschaftslehre⁵³⁴ handelt es sich, wie bereits erwähnt, nur um Literatur aus dem deutschen und dem spanischsprachigen Rechtsraum, und damit kann wohl kaum eine weite internationale Verbreitung der Tatherrschaftslehre belegt werden. Allerdings ist eine weite Verbreitung der Lehre oder eine vorherige Anwendung durch internationale Gerichte auch nicht notwendig, da die Vorverfahrenskammer im Wesentlichen durch Interpretation des Statuts zur Anwendung der Organisationsherrschaftslehre kommt, auch wenn dies nicht gerade ausführlich erläutert wird und die Kammer sich mit dem Verweis auf den Statutstext begnügt, wonach ein*e Tatmittler*in auch voll verantwortlich sein kann.⁵³⁵ Der Kritik an der zu weiten Interpretation des Merkmals *common plan* sowie an der Annahme von *dolus eventualis* im Urteil gegen Lubanga ist dagegen zuzustimmen.⁵³⁶

Die von der Vorverfahrenskammer aufgestellten Merkmale der *indirect co-perpetration* entsprechen bezüglich der Mittäterschaft denen, die schon im Vorverfahren gegen Lubanga aufgestellt worden sind.⁵³⁷ Die Kriterien der mittelbaren Täterschaft dagegen sind in diesem Verfahren zum ersten Mal in einer Entscheidung benannt worden. Die Kammer hat sie im Wesentlichen direkt von Roxin übernommen, was auch an den entsprechenden Verweisen und Zitaten zu erkennen ist. Die einzige deutliche Abweichung von Roxins Lehre besteht darin, dass laut der Vorverfahrenskammer nicht nur die Austauschbarkeit der Untergebenen die quasi automatische

⁵²⁶ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 19, 24.

⁵²⁷ *Ebd.*, Rn. 19.

⁵²⁸ *Roxin*, JZ 1995, 49 (52). Siehe dazu I. auf S. 133 ff.

⁵²⁹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 506 ff.

⁵³⁰ ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, Rn. 16.

⁵³¹ Vgl. dazu die Darstellung der Entwicklung der Organisationsherrschaftslehre auf S. 57 ff.

⁵³² Siehe dazu 2. auf S. 59 f.

⁵³³ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 502 Fn. 666.

⁵³⁴ *Ebd.*, Rn. 485 Fn. 647.

⁵³⁵ *Ebd.*, Rn. 501. Im Urteil gegen Katanga hat die Hauptverfahrenskammer nähere Ausführungen zur Auslegung gemacht, vgl. ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1395 sowie dazu f) auf S. 85 ff.

⁵³⁶ Siehe dazu bereits c) auf S. 70 ff.

⁵³⁷ Siehe dazu a) auf S. 65 ff.

Ausführung der Anordnungen gewährleisten kann, sondern beispielsweise auch besonders harte und brutale Trainingsmethoden. Dies ist eine durchaus sinnvolle Ergänzung gerade für die im Völkerstrafrecht typischen Konstellationen: Die einzelne die Tat ausführende Person handelt zwar grundsätzlich voll verantwortlich, aber durch die Organisation, der sie angehört, durch den Gruppenzwang beispielsweise, entsteht doch ein gewisses Autonomiedefizit, das die mittelbare Täterschaft gerade begründet.⁵³⁸ Dementsprechend eignen sich auch zusätzlich zu oder auch neben Roxins ursprünglichem Merkmal der Fungibilität der Vorderleute⁵³⁹ andere Merkmale, die die Eigenheiten solcher Organisationen wiedergeben, zur Begründung der mittelbaren Täterschaft.

c) Freispruch Ngudjolos

Die Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo sind am 21. November 2012 getrennt worden.⁵⁴⁰ Mathieu Ngudjolo Chui ist am 18. Dezember 2012 von der 2. Hauptverfahrenskammer aus Mangel an Beweisen freigesprochen worden, da die Anklagebehörde weder habe beweisen können, dass Ngudjolo während des Angriffs auf Bogoro der Anführer der Miliz gewesen ist⁵⁴¹, noch dass er in irgendeiner Verbindung mit den Kindersoldaten gestanden hat⁵⁴². Auf Grund dieses Mangels an Beweisen ist die Hauptverfahrenskammer nicht mehr dazu gekommen, auf die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* einzugehen. Richterin Christine van den Wyngaert dagegen hat sich dem Freispruch im Ergebnis zwar angeschlossen, aber dennoch ein zusätzliches Votum zur Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut beigefügt.⁵⁴³ Die Chefanklägerin hat gegen das Urteil Rechtsmittel eingelegt, aber die Berufungskammer hat den Freispruch am 27. Februar 2015 bestätigt.⁵⁴⁴

d) Sondervotum der Richterin van den Wyngaert im Urteil gegen Ngudjolo

In ihrem – mit dem Freispruch im Ergebnis übereinstimmenden⁵⁴⁵ – Sondervotum geht Christine van den Wyngaert auf verschiedene Punkte ein, die auch die hier behandelte Thematik betreffen. So äußert sie sich zur Auslegung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, besonders zu den Merkmalen *common plan* und *essential contribution* bei der Mittäterschaft, und außerdem zur Organisationsherrschaft und *indirect co-perpetration*. In wesentlichen Punkten stimmt Richterin van den Wyngaert mit Richter Fulfords Ansichten, die oben⁵⁴⁶ dargestellt wurden, überein.⁵⁴⁷ So hält auch sie die direkte Übernahme der Tatherrschaftslehre aus dem deutschen Recht für problematisch⁵⁴⁸, ist der Ansicht, dass die Tatherrschaftslehre nicht mit Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut und dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut zu vereinbaren sei, und hält Art. 25

⁵³⁸ Vest, S. 362. Vgl. auch Ambos, in: *Triffterer/Ambos*³, § 25 Rn. 13 m.w.N.

⁵³⁹ Siehe dazu I. auf S. 58 ff.

⁵⁴⁰ ICC v. 21. Nov. 2012 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons) ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA.

⁵⁴¹ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-02/12-3-tENG, Rn. 503.

⁵⁴² *Ebd.*, Rn. 516.

⁵⁴³ Siehe d) auf S. 80 ff.

⁵⁴⁴ ICC v. 27. Feb. 2015 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled „Judgment pursuant to article 74 of the Statute“) ICC-01/04-02/12-271.

⁵⁴⁵ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 1.

⁵⁴⁶ Vgl. b) auf S. 69 f.

⁵⁴⁷ Vgl. nur ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 5 f., 8, 42.

⁵⁴⁸ *Ebd.*, Rn. 5.

Abs. 3 lit. a–d IStGH-Statut nicht für nach Schweregrad gestufte Verantwortlichkeitsformen.⁵⁴⁹ Außerdem bemängelt sie die Einstufung des gemeinsamen Tatplans als objektives Merkmal und sieht keine rechtliche Grundlage für das Merkmal *essential contribution*.⁵⁵⁰ Daraus schließt sie, dass eine Person, die nur zum gemeinsamen Tatplan, aber nicht zum Verbrechen einen Beitrag leistet, kein*e Mittäter*in sein kann.⁵⁵¹ Die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* lehnt sie als nicht mit Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut vereinbar ab.⁵⁵²

Richterin van den Wyngaert betont, dass der IStGH – anders als die *ad-hoc*-Tribunale – bei der Auslegung der Beteiligungsformen nicht einfach auf Gewohnheitsrecht verweisen dürfe.⁵⁵³ Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut lege fest, dass internationales Recht und allgemeine Grundsätze aus nationalem Recht nur angewandt werden dürfen, falls sich durch Auslegung eine Regelungslücke im Statut zeige.⁵⁵⁴ Richterin van den Wyngaert schreibt, dass Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut möglichst eng auszulegen und dabei auf die gewöhnliche Wortbedeutung abzustellen sei, wie es auch das WÜRV in Art. 31 Abs. 1 festlegt.⁵⁵⁵ Die in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut verwendeten Begriffe seien in vielerlei Hinsicht bedeutungsoffen bzw. interpretationsbedürftig, würden gleichzeitig aber auch in verschiedenen Rechtsordnungen auf jeweils ganz bestimmte Art und Weise verstanden, sodass es sehr schwierig sei, „die“ gewöhnliche Bedeutung zu ermitteln.⁵⁵⁶ Die Entstehungsgeschichte des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut helfe auch nicht bei der Auslegung.⁵⁵⁷ Van den Wyngaert schreibt, dass dieser Artikel „[f]or better or for worse“ nur traditionelle Grundformen strafrechtlicher Verantwortlichkeit enthalte, wobei sie die mittelbare Täterschaft eventuell davon ausnehmen möchte.⁵⁵⁸ Ihre Folgerung daraus lautet, dass es sowohl konzeptionell als auch rechtlich nicht einfach sei, unter den Begriff „*commission*“ auch die Hinterleute („*the ‘intellectual authors’ or ‘masterminds’*“) internationaler Verbrechen zu fassen.⁵⁵⁹ Sie verweist nur darauf, dass das Planen eines Verbrechens nicht mit ins Statut aufgenommen worden sei, obwohl dies in der Entwurfsphase noch im Gespräch gewesen sei, und dass ebenso die Vorsatzform des *dolus eventualis* nicht mit ins Statut gelangt sei.⁵⁶⁰ Derartige Lücken könnten nicht durch teleologische Auslegung oder Rückgriff auf nachrangige Rechtsquellen gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. b und c IStGH-Statut gefüllt werden, so van den Wyngaert, denn das wäre eine unangemessene Ausweitung der richterlichen Zuständigkeit.⁵⁶¹⁵⁶² Zur Begründung verweist sie auch auf Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut (also das Gebot der engen Wortlautauslegung sowie das Analogieverbot), der auch ihrer Ansicht nach auf Art. 25 IStGH-Statut Anwendung zu finden habe⁵⁶³ und der den anderen Auslegungsmethoden, darunter insbesondere auch der teleologischen Auslegung, vorgehe.⁵⁶⁴ Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut verhindere auch „richterliche Kreativität“ und sichere so die nötige rechtliche Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit.⁵⁶⁵ Van den Wyngaert zufolge hat

⁵⁴⁹ Ebd., Rn. 6.

⁵⁵⁰ Ebd., Rn. 6.

⁵⁵¹ Ebd., Rn. 6.

⁵⁵² Ebd., Rn. 7.

⁵⁵³ Ebd., Rn. 9.

⁵⁵⁴ Ebd., Rn. 10.

⁵⁵⁵ Ebd., Rn. 11.

⁵⁵⁶ Ebd., Rn. 12.

⁵⁵⁷ Ebd., Rn. 13.

⁵⁵⁸ Ebd., Rn. 14.

⁵⁵⁹ Ebd., Rn. 14.

⁵⁶⁰ Ebd., Rn. 15.

⁵⁶¹ Wörtlich heißt es: „[It] would amount to an inappropriate expansion of the Court’s jurisdiction.“

⁵⁶² ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 16 f.

⁵⁶³ Vgl. dazu 1. auf S. 40 f.

⁵⁶⁴ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 18.

⁵⁶⁵ Ebd., Rn. 19.

niemand, weder in der Demokratischen Republik Kongo noch außerhalb, vor der ersten Interpretation des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut durch die Vorverfahrenskammer wissen können, dass dieser Artikel eine auf der Tatherrschaftslehre basierende Täterschaftsform namens *indirect co-perpetration* enthält.⁵⁶⁶

Im Abschnitt C ihres Sondervotums widmet Richterin van den Wyngaert sich genauer der Frage, ob Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut nach Schwere gestufte Verantwortlichkeitsformen enthält, eine sogenannte „*hierarchy of blameworthiness*“.⁵⁶⁷ Wie auch Richter Fulford⁵⁶⁸ ist sie nicht der Ansicht, dass es eine solche Abstufung gebe, sodass eine Tat nach Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut beispielsweise nicht schwerer wiege als eine Tat nach Art. 25 Abs. 3 lit. b oder c IStGH-Statut.⁵⁶⁹

In Abschnitt D des Votums geht es um das Merkmal *common plan* bei der Mittäterschaft, welches sie, wenn es das überhaupt gebe, als subjektives und nicht als objektives Merkmal versteht, denn der gemeinsame Tatplan sei nichts anderes als eine spezielle Form von „*shared intent*“, also gemeinsamer Vorsatz.⁵⁷⁰ Der Weg über die *control theory* führe außerdem dazu, dass *dolus eventualis* in das Statut hineingelesen werde, da nach der Entscheidung der Vorverfahrenskammer I im Fall Lubanga ein nicht-krimineller gemeinsamer Tatplan genüge sowie das Bewusstsein und die Akzeptanz des Risikos, dass ein Verbrechen passieren kann.⁵⁷¹ Die Akzeptanz des Risikos, dass ein Verbrechen geschehen kann, sei aber nicht das gleiche wie die Voraussetzung in Art. 30 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 IStGH-Statut, die laute: „*awareness that [...] a consequence will occur in the ordinary course of events*“. Die weitergehende Interpretation der Vorverfahrenskammer in Richtung *dolus eventualis* kritisiert Richterin van den Wyngaert daher und stellt fest, dass diese Vorsatzform bei strenger Wortlautauslegung nicht im Statut enthalten sei.⁵⁷²

Abschnitt E behandelt das Merkmal *essential contribution* (unentbehrlicher Tatbeitrag). Da Richterin van den Wyngaert die Tatherrschaftslehre ablehnt, verneint sie auch das Erfordernis eines unentbehrlichen Tatbeitrags, und zwar mit der gleichen Begründung wie auch Richter Fulford, da ansonsten nämlich spekulative Überlegungen nötig würden, was geschehen wäre, wenn der Tatbeitrag nicht geleistet worden wäre.⁵⁷³ Dieser verlangt stattdessen einen „*causal link*“⁵⁷⁴, Richterin van den Wyngaert dagegen hält eine kausale Verknüpfung für zu weit⁵⁷⁵ und verlangt einen „direkten“ Tatbeitrag⁵⁷⁶. Sie erläutert nicht, was genau mit einem direkten Tatbeitrag gemeint ist. Nicht gemeint ist jedenfalls eine örtliche Direktheit in dem Sinne, dass alle Mittäter*innen am Tatort anwesend sein müssen, denn sie schließt auch „*certain forms of planning and coordination*“ nicht aus.⁵⁷⁷

In Abschnitt F beschäftigt Richterin van den Wyngaert sich mit der mittelbaren Täterschaft und der Organisationsherrschaft.⁵⁷⁸ Das Konzept der Organisationsherrschaft lehnt sie mit dem

⁵⁶⁶ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 20.

⁵⁶⁷ Ebd., Rn. 22 ff.

⁵⁶⁸ Siehe b) auf S. 69.

⁵⁶⁹ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 23 f.

⁵⁷⁰ Ebd., Rn. 32.

⁵⁷¹ Ebd., Rn. 36.

⁵⁷² Ebd., Rn. 39.

⁵⁷³ Ebd., Rn. 41 f.; vgl. auch ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 17.

⁵⁷⁴ Ebd., Rn. 16.

⁵⁷⁵ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 43.

⁵⁷⁶ Ebd., Rn. 44.

⁵⁷⁷ Ebd., Rn. 47.

⁵⁷⁸ Ebd., Rn. 49 ff.

Argument ab, dass in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut nur von einer Begehung durch eine andere Person die Rede sei, und nicht von einer Begehung durch eine Organisation.⁵⁷⁹ Auch wenn Organisationen aus Personen bestünden, so gebe es dennoch „*a fundamental difference*“ zwischen der Interaktion unter Individuen und der Ausübung von Macht über eine Organisation.⁵⁸⁰ Van den Wyngaert verlangt „*a high level of personal involvement on the part of the indirect perpetrator in subjugating the will of the physical perpetrator*“, denn gerade dieses Unterwerfen des Willens der tatmittelnden Person sei das wesentliche Merkmal der mittelbaren Täterschaft.⁵⁸¹

In Abschnitt G schließlich behandelt Richterin van den Wyngaert die *indirect co-perpetration*.⁵⁸² Sie hält die Argumentation der Vorverfahrenskammer zur Begründung dieses Modells für „*unconvincing*“, wobei sie die Begründung für diese Ansicht leider in eine Fußnote verbannt.⁵⁸³ Dort schreibt sie, dass man das Wort „oder“ in der Alltagssprache, anders als in der formalen Logik, nicht als inklusive Disjunktion verstehen könne, denn das WÜR.V verlange nun mal ein Alltagssprachverständnis.⁵⁸⁴ Weiter heißt es dann, die *indirect co-perpetration* sei eine radikale Ausweitung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, die mit Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut nicht vereinbar sei⁵⁸⁵, da hier zwei Täterschaftsformen kombiniert würden, ohne dass die Voraussetzungen der beiden Täterschaftsformen Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft bei beiden Beschuldigten vorlägen⁵⁸⁶.

e) Stellungnahme

Die Kritik der Richterin van den Wyngaert an der Anwendung der Tatherrschaftslehre, insbesondere in der Ausprägung der Organisationsherrschaftslehre, und auch die Kritik an der Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* ist in vielen Punkten nicht überzeugend. Wie auch Richter Fulford setzt sie sich nicht inhaltlich mit der Theorie auseinander, sondern kritisiert vor allem die ihrer Ansicht nach über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut durch die Kammer.⁵⁸⁷ Daher versucht van den Wyngaert im Folgenden den Artikel im Rahmen des Wortlautes auszulegen. Dabei erkennt sie allerdings selbst, dass die in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut verwendeten Begriffe in vielerlei Hinsicht bedeutungsoffen bzw. interpretationsbedürftig sind, gleichzeitig aber auch in verschiedenen Rechtsordnungen auf jeweils eine ganz bestimmte Art und Weise verstanden werden, sodass ein eindeutiges Ergebnis nur durch Auslegung des Wortlautes nicht erreicht werden kann.⁵⁸⁸ Wie bereits im Auslegungsabschnitt erläutert⁵⁸⁹, geben auch die Dokumente und Berichte zur Entstehung des Art. 25 IStGH-Statut für dessen Auslegung nicht viel her, außer dass es sich um eine Zusammenstellung aus verschiedenen Rechtsordnungen handelt, was van den Wyngaert ebenso feststellt.⁵⁹⁰ Darin erschöpft sich allerdings ihr Versuch strukturierter Auslegung anhand der Methoden des WÜR.V.

Auch die Zweifel der Richterin an der Vorhersehbarkeit der Existenz der Täterschaftsform der *indirect co-perpetration*⁵⁹¹ sind nicht nachvollziehbar. Es handelt sich schlicht um die Kombi-

⁵⁷⁹ Ebd., Rn. 52.

⁵⁸⁰ Ebd., Rn. 53.

⁵⁸¹ Ebd., Rn. 54.

⁵⁸² Ebd., Rn. 58 ff.

⁵⁸³ Ebd., Rn. 60.

⁵⁸⁴ Ebd., Rn. 60 Fn. 76.

⁵⁸⁵ Ebd., Rn. 64.

⁵⁸⁶ Ebd., Rn. 63.

⁵⁸⁷ Ebd., Rn. 6, 18.

⁵⁸⁸ Vgl. ebd., Rn. 12.

⁵⁸⁹ Siehe b) auf S. 49 ff.

⁵⁹⁰ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 13.

nation zweier im Statut ausdrücklich vorgesehener Täterschaftsformen, und die Tatherrschaftslehre ist nur das Mittel zum Ziel, diese Täterschaftsformen praktisch anwendbar zu machen. Dass sie persönlich diese Täterschaftsform für „*peculiar*“, also sonderbar hält⁵⁹², ersetzt keine Argumente.

Wie erwähnt, hält RichterIn van den Wyngaert die Beteiligungsformen in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut, ebenso wie Richter Fulford⁵⁹³, für nicht klar abgrenzbar, sodass ihrer Auffassung nach die Tatherrschaftslehre zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht nötig sei, da der reine Wortlaut ausreiche.⁵⁹⁴ Damit ist sie offenbar der Auffassung, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut nur verschiedene Begehungsformen aufzähle, deren Unterscheidung aber nicht relevant sei, womit sie ebenso wie Fulford im Endeffekt wohl ein Einheitstätermodell vertritt. Allerdings unterscheidet das IStGH-Statut nun einmal zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen⁵⁹⁵, und daher ist auch eine theoretische Grundlage für die Abgrenzung notwendig.⁵⁹⁶ Dies lässt RichterIn van den Wyngaert außer Acht.

RichterIn van den Wyngaert lehnt konsequenterweise auch das Erfordernis eines unentbehrlichen Tatbeitrages ab, da sich dieses Merkmal nicht aus dem Statut ergebe, und stattdessen fordert sie, anders als Fulford, nicht bloß einen kausalen, sondern einen „direkten“ Tatbeitrag.⁵⁹⁷ Sie verlangt also mehr als nur einen kausalen Beitrag, aber keinen unentbehrlichen, sondern wohl etwas dazwischen. Was aber genau unter einem direkten Tatbeitrag zu verstehen sein soll, erläutert sie leider nicht. Klar ist nur, dass es bei dieser Direktheit nicht um die Anwesenheit der jeweiligen Person am Tatort gehen soll.⁵⁹⁸

Die Ablehnung der Organisationsherrschaftslehre mit Verweis auf den Wortlaut des Statuts kann ebenso nicht überzeugen. Van den Wyngaert schreibt, dass in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut nur von einer Begehung durch eine andere Person die Rede sei, und nicht von einer Begehung durch eine Organisation.⁵⁹⁹ Dies ist korrekt, allerdings übersieht sie dabei, dass die Person im Hintergrund bei der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft dennoch durch die Organisation ihren Willen einer Person „aufzwingt“, da die Organisation selbst naturgemäß nicht handeln kann. Damit ist die Organisationsherrschaftslehre durchaus noch vom Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut gedeckt.

Zu Recht kritisiert RichterIn van den Wyngaert dagegen die Anwendung des *dolus eventualis* und die sehr weite Auslegung des *common plan*, aber diese Problembereiche in der Anwendung der Tatherrschaftslehre am IStGH sind kein Grund, die Theorie im Ganzen abzulehnen, da auch bei Verzicht auf diese Vorsatzform und engerer Auslegung des Tatplans ähnlich wie im deutschen Recht noch ein wesentlicher Anwendungsbereich verbleiben dürfte.

Insgesamt handelt es sich bei dem Sondervotum der RichterIn van den Wyngaert um wertvolle Kritik an einem zu weiten Verständnis der Tatherrschaftslehre, zu der einige Richter*innen am IStGH offenbar neigen. Ihre grundsätzliche Ablehnung der Tatherrschaftslehre und das Beharren auf reiner Wortlautauslegung ohne jeglichen theoretischen Hintergrund ist dagegen nicht nachvollziehbar begründet.

⁵⁹¹ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 20.

⁵⁹² Ebd., Rn. 20.

⁵⁹³ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 7.

⁵⁹⁴ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 22 ff.

⁵⁹⁵ Vgl. dazu 2. auf S. 25 ff.

⁵⁹⁶ Ebenso *Ambos*, ZIS 2012, 313 (332).

⁵⁹⁷ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 44.

⁵⁹⁸ Ebd., Rn. 47.

⁵⁹⁹ Ebd., Rn. 52.

f) Kriterien der mittelbaren Täterschaft im Urteil gegen Katanga

Germain Katanga ist am 7. März 2014 gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut der Teilnahme an einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit und an vier Kriegsverbrechen von der Mehrheit der Hauptverfahrendenkammer für schuldig befunden worden.⁶⁰⁰ Im Urteil werden auch die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft vor allem auf Basis der Organisationsherrschaftslehre Roxins ausführlich dargelegt⁶⁰¹ (dies ist das erste Mal, dass eine Hauptverfahrendenkammer des IStGH die Merkmale der mittelbaren Täterschaft genauer bezeichnet⁶⁰²), allerdings liegen die Voraussetzungen in diesem Fall der Kammer zufolge nicht vor⁶⁰³.

Dennoch soll an dieser Stelle näher auf die Ausführungen der Kammer zur mittelbaren Täterschaft eingegangen werden, denn es handelt sich um einen wesentlichen weiteren Schritt auf dem Weg zur Entwicklung der *indirect co-perpetration* in der Praxis des Gerichtshofs, nachdem die Merkmale der Mittäterschaft bereits im Verfahren gegen Lubanga genauer bestimmt worden sind. Zu Beginn des Abschnitts zur Analyse des Art. 25 IStGH-Statut betont die Kammer, dass sie am Konzept der Tatherrschaft („*control over the crime*“) festhalten wird, so wie alle Vor- und Hauptverfahrendenkammern des IStGH bisher.⁶⁰⁴ Die Kammer führt zunächst aus, dass das Statut zwar zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet, aber da es kein Unterscheidungskriterium vorgebe, müsse die Kammer zur Wahrung des Legalitätsprinzips aus Art. 22 ein solches Kriterium zur Abgrenzung bestimmen.⁶⁰⁵ Weder eine objektive noch eine subjektive Theorie zur Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme sei jedoch mit dem Statut vereinbar.⁶⁰⁶ Gegen die Anwendung der objektiven Theorie, die besage, dass Täter*in nur sei, wer selbst ein Tatbestandsmerkmal verwirkliche, spreche bereits der Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, der die mittelbare Täterschaft vorsehe.⁶⁰⁷ Gegen die Anwendung der subjektiven Theorie, wonach Täter*in sei, wer zu einer Tat mit dem Vorsatz beitrage, diese Tat zu begehen, spreche Art. 30 IStGH-Statut, der sowohl für Täter*innen als auch für Teilnehmer*innen die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorgebe.⁶⁰⁸ Lediglich die Tatherrschaftslehre biete somit eine vernünftige Lösung, ohne gegen den Statutstext zu verstoßen.⁶⁰⁹ Der entscheidende Grund für die Annahme der Tatherrschaftslehre sei nicht, dass diese in nationalen Rechtsordnungen anerkannt sei, denn im Gegensatz zu den *ad-hoc*-Tribunalen müsse der Gerichtshof nicht nachweisen, dass es sich hierbei um internationales Gewohnheitsrecht handle.⁶¹⁰ Die Täterschaftsformen und die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme entnehme die Kammer vielmehr direkt dem Statut, und im Wege der Auslegung komme sie dann, auch unter Rückgriff auf Konzepte aus nationalen Rechtsordnungen, zu dem Ergebnis, dass die Tatherrschaftslehre das passendste Mittel zur Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme sei.⁶¹¹

Nach diesem Bekenntnis zur Tatherrschaftslehre folgen die Ausführungen der Kammer zu den konkreten Anforderungen der mittelbaren Täterschaft:

„In the Chamber’s view, and in accordance with its foregoing definition of perpetrator, criminal responsibility as an indirect perpetrator is incurred where a person:

⁶⁰⁰ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

⁶⁰¹ Ebd., Rn. 1366 ff.

⁶⁰² Ebd., Rn. 1366.

⁶⁰³ Ebd., Rn. 1417 ff.

⁶⁰⁴ Ebd., Rn. 1383 m.w.N.

⁶⁰⁵ Ebd., Rn. 1388.

⁶⁰⁶ Ebd., Rn. 1391 f.

⁶⁰⁷ Ebd., Rn. 1391.

⁶⁰⁸ Ebd., Rn. 1392.

⁶⁰⁹ Ebd., Rn. 1393.

⁶¹⁰ Ebd., Rn. 1395.

⁶¹¹ Ebd., Rn. 1395.

- *exerts control over the crime whose material elements were brought about by one or more persons;*
- *meets the mental elements prescribed by article 30 of the Statute and the mental elements specific to the crime at issue; and*
- *is aware of the factual circumstances which allow the person to exert control over the crime.*⁶¹²

Control over the crime, also Tatherrschaft, könne in verschiedenen Formen auftreten, zum Beispiel als Herrschaft über den Willen einer Person („*control over the will*“)⁶¹³ oder eben in Form der Organisationsherrschaft („*control over the organisation*“), die für die typischerweise am IStGH verhandelten Kollektivtaten eher in Betracht komme⁶¹⁴. Kriterien der Organisationsherrschaft seien erstens die Art der Organisation und zweitens die Herrschaft darüber.⁶¹⁵ Notwendig sei, dass innerhalb der Organisation ein funktioneller Automatismus gegeben sei, der den Machtapparat vorantreibe: „*The key to the superior’s securing of control over the crime is the functional automatism which propels the apparatus of power.*“⁶¹⁶ In einem solchen Fall sei es nicht nötig, dass die Person im Hintergrund den Willen aller Tatmittler*innen beispielsweise durch Zwang oder Täuschung kontrolliere, da bei Weigerung einer ausführenden Person regelmäßig ein*e andere*r an ihre Stelle trete und die Anweisungen ausführe.⁶¹⁷ Diese Austauschbarkeit bewirke die automatische Ausführung der Anweisungen der Person im Hintergrund: „*Stated otherwise, in an apparatus of power, the superior’s orders are automatically executed, at least on account of the interchangeability of the potential physical perpetrators.*“⁶¹⁸ Ein solcher Machtapparat existiere somit losgelöst von persönlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Beteiligten.⁶¹⁹ Der Nachweis solcher Strukturen sei sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht schwierig, aber derartige Strukturen seien nicht nur in der Bürokratie des deutschen Nationalsozialismus zu finden gewesen, anhand derer Roxin seine Theorie aufgestellt habe, sondern auch heute noch.⁶²⁰ Es wird aber betont, dass innerhalb einer solchen Organisation auch andere Beteiligungsformen in Betracht kommen können.⁶²¹ Zum Merkmal der Herrschaft über die Organisation heißt es:

„*The Chamber considers that the criterion of control must be construed as requiring that the indirect perpetrator use at least part of the apparatus of power subordinate to him or her, so as to steer it intentionally towards the commission of a crime, without leaving one of the subordinates at liberty to decide whether the crime is to be executed.*“⁶²²

Die Kammer hält es demnach für notwendig, dass ein*e mittelbare*r Täter*in zumindest einen Teil des Machtapparates vorsätzlich („*intentionally*“) so steuert, dass eine Straftat daraus folgt, ohne den Untergebenen die Wahl zu lassen, ob sie die Tat begehen oder nicht.

Subjektiv verlangt die Kammer das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 30 IStGH-Statut sowie möglicher weiterer subjektiver Merkmale des jeweiligen Delikts, und außerdem Kenntnis

⁶¹² ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1399.

⁶¹³ Ebd., Rn. 1402.

⁶¹⁴ Ebd., Rn. 1403 ff.

⁶¹⁵ Ebd., Rn. 1407.

⁶¹⁶ Ebd., Rn. 1408.

⁶¹⁷ Ebd., Rn. 1408.

⁶¹⁸ Ebd., Rn. 1408.

⁶¹⁹ Ebd., Rn. 1409.

⁶²⁰ Ebd., Rn. 1410.

⁶²¹ Ebd., Rn. 1410.

⁶²² Ebd., Rn. 1411.

der Tatsachen, die die Tatherrschaft ermöglichen.⁶²³ Im Falle von mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, wie in diesem Verfahren, müsse der Angeklagte Kenntnis von seiner Position innerhalb der Organisation gehabt und zudem die wesentlichen Merkmale gekannt haben, die den funktionellen Automatismus der Organisation begründeten:

*„[I]n the present case and since indirect commission through control over the organisation is at issue, the Chamber will satisfy itself that when exerting such control, the indirect perpetrator was aware of the position he or she held within the organisation and the essential features of the organisation which secured the aforementioned functional automatism.“*⁶²⁴

In diesem Fall scheidet die Verurteilung Katangas als mittelbarer Täter bereits daran, dass es der Anklagebehörde weder gelungen ist, zur Überzeugung der Kammer darzulegen, dass es sich bei der Miliz, an deren Spitze Katanga stand, um einen Machtapparat im Sinne der Organisationsherrschaftslehre gehandelt hat, noch dass Katanga diese Miliz in dem nötigen Maß kontrolliert hat.⁶²⁵ Daher wird dann die Teilnahme gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut geprüft und bejaht.⁶²⁶

Am 23. Mai 2014 ist Katanga schließlich zu 12 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden.⁶²⁷ Die zunächst sowohl von Katanga als auch von der Anklage eingelegten Rechtsmittel sind zurückgezogen worden.⁶²⁸

g) Stellungnahme

Mit diesem Urteil ist die grundsätzliche Anwendbarkeit der Tatherrschaftslehre am IStGH ein weiteres Mal bestätigt worden. Die Kammer formuliert erstmalig am IStGH in einem eigenen Abschnitt ausführlich, auf welcher Grundlage die Auslegung des IStGH-Statutes ihrer Auffassung nach erfolgen soll.⁶²⁹ Entsprechend gut nachvollziehbar wird dann auch mit Verweis auf Art. 22 IStGH-Statut und die nach dieser Vorschrift nötige Vorhersehbarkeit⁶³⁰ dargelegt, warum die Tatherrschaftslehre zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme benötigt wird.⁶³¹ Dies ist der überzeugendere Weg, die Anwendung der Tatherrschaftslehre zu begründen, als sich auf ihre vermeintliche weite Verbreitung und Anwendung in vielen Rechtsordnungen zu stützen, wie die Vorverfahrenskammer es getan hat.⁶³² Dass die Tatherrschaftslehre im Gegensatz zu rein objektiven oder rein subjektiven Theorien zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme am IStGH auch geeignet ist, haben vor der Hauptverfahrenskammer in diesem Verfahren auch

⁶²³ Ebd., Rn. 1413.

⁶²⁴ Ebd., Rn. 1415.

⁶²⁵ Ebd., Rn. 1417 ff.

⁶²⁶ Ebd., Rn. 1596 ff.

⁶²⁷ ICC v. 23. Mai 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Décision relative à la peine (article 76 du Statut)) ICC-01/04-01/07-3484.

⁶²⁸ Vgl. ICC v. 25. Juni 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Defence Notice of Discontinuance of Appeal against the ‘Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut’ rendered by Trial Chamber II on 7 March 2014) ICC-01/04-01/07-3497 sowie ICC v. 25. Juni 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Notice of Discontinuance of the Prosecution’s Appeal against the Article 74 Judgment of Conviction of Trial Chamber II dated 7 March 2014) ICC-01/04-01/07-3498.

⁶²⁹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 37 ff. Vgl. dazu auch II. auf S. 39 ff.

⁶³⁰ Ebd., Rn. 1388.

⁶³¹ Ebd., Rn. 1393.

⁶³² Vgl. ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 485.

schon andere Kammern entsprechend begründet.⁶³³ Ob die Tatherrschaftslehre in diesem Urteil restriktiver verstanden wird als in vorherigen Entscheidungen, kann dagegen nicht beurteilt werden, da die Kammer auf die Voraussetzungen der Mittäterschaft durch den Freispruch des als Mittäter angeklagten Ngudjolo gar nicht eingegangen ist.⁶³⁴

h) Abweichendes Votum der Richterin van den Wyngaert im Verfahren gegen Katanga

Die dritte Richterin, Christine van den Wyngaert, hat ein in vielen Punkten kritisches abweichendes Votum zum Urteil verfasst, da sie die Verurteilung Katangas nicht mitträgt, sondern einen Freispruch befürwortet.⁶³⁵ Ein kurzer Abschnitt dieses Votums beschäftigt sich auch kritisch mit den Ausführungen der Mehrheit zur Tatherrschaftslehre⁶³⁶ und soll daher im Folgenden dargestellt werden. Ebenso wie die Mehrheit ist Richterin van den Wyngaert der Auffassung, dass die Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut in diesem Fall nicht vorliegen.⁶³⁷ Wie schon in ihrem Sondervotum zum Freispruch Ngudjolos⁶³⁸ lehnt Richterin van den Wyngaert aber die Tatherrschaftslehre auch generell als nicht vom IStGH-Statut gedeckt ab.⁶³⁹ Welche Voraussetzungen die mittelbare Täterschaft gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ohne Rückgriff auf die Tatherrschaftslehre haben soll, erläutert van den Wyngaert aber nicht. Da die Mehrheit anders als in vorherigen Entscheidungen die Ansicht vertritt, dass die verschiedenen Beteiligungsformen sich nicht dem Schweregrad nach unterscheiden, dass also keine „*hierarchy of blameworthiness*“ vorliege⁶⁴⁰, ist für van den Wyngaert nicht ersichtlich, warum die Mehrheit überhaupt noch eine Theorie für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme anwendet und nicht „einfach“ auf die üblichen Auslegungsregeln zurückgreift.⁶⁴¹ Wie das Ergebnis dieser Auslegung lauten soll, erläutert Richterin van den Wyngaert aber auch an dieser Stelle nicht.

Richter Cotte und Richterin Diarra haben daraufhin noch eine kurze Erwiderung geschrieben⁶⁴², die sich aber nicht mit der Auslegung von Art. 25 IStGH-Statut, sondern ausschließlich mit anderen Kritikpunkten van den Wyngaerts beschäftigt und daher hier nicht weiter erläutert werden soll.

i) Stellungnahme

Richterin van den Wyngaert übersieht, dass die Tatherrschaftslehre (oder eine andere „Theorie“) auch ohne die Annahme einer „*hierarchy of blameworthiness*“ benötigt wird, um die verschiedenen Beteiligungsformen voneinander abzugrenzen, da das Statut nun einmal differenzierte Täterschafts- und Teilnahmeformen vorsieht.⁶⁴³ Diese Differenzierung ist nicht nur aus Gründen der

⁶³³ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 328, ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 480 ff. mit Verweis auf Lubanga.

⁶³⁴ Anders *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (367 f.).

⁶³⁵ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert) ICC-01/04-01/07-3436-AnxI.

⁶³⁶ *Ebd.*, Rn. 277 ff.

⁶³⁷ *Ebd.*, Rn. 277.

⁶³⁸ Vgl. d) auf S. 80 ff.

⁶³⁹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert) ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, Rn. 279.

⁶⁴⁰ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1386.

⁶⁴¹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert) ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, Rn. 281.

⁶⁴² ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Concurring Opinion of Judges Fatoumata Diarra and Bruno Cotte) ICC-01/04-01/07-3436-AnxII-tENG.

Strafzumessung relevant, wie Richterin van den Wyngaert offenbar annimmt⁶⁴⁴, sondern auch, um „ein gerechteres und faireres Strafrechtssystem“ zu gewährleisten⁶⁴⁵, denn die „passende“ Bezeichnung sowohl der Tat als auch der Verurteilten spielt u.a. für die Wahrnehmung in der Öffentlichkeit, durch die Opfer, die Justiz und nicht zuletzt auch die Verurteilten selbst eine große Rolle.⁶⁴⁶ Richterin van den Wyngaert erläutert auch nicht, wie alternativ die mittelbare Täterschaft verstanden werden soll, sondern pocht nur, ebenso wie Richter Fulford, auf die strenge Wortlautauslegung, die ihrer Ansicht nach offenbar keinerlei theoretischen Hintergrund erlaubt. Ein Ergebnis dieser Auslegung als Alternative zur Tatherrschaft präsentiert sie allerdings nicht.

4. *Indirect co-perpetration* im Verfahren gegen Ruto

a) Vorverfahren

William Samoei Ruto, der amtierende Vizepräsident der Republik Kenia, muss sich wegen verschiedener Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die er als *indirect co-perpetrator* während der Unruhen in Kenia rund um die Präsidentschaftswahlen 2007/2008 begangen haben soll, vor dem IStGH verantworten.⁶⁴⁷ Die Vorverfahrenskammer II hat der Behauptung der Verteidigung, dass die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* nicht mit dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut vereinbar sei, widersprochen⁶⁴⁸, die Voraussetzungen dieser Täterschaftsform im konkreten Fall als gegeben angesehen⁶⁴⁹ und die Anklage bestätigt. Konkret hat sie unter Verweis auf die Entscheidungen der Vorverfahrenskammern I und II in den Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo⁶⁵⁰, Al Bashir⁶⁵¹ sowie Bemba⁶⁵² folgende acht Voraussetzungen der *indirect co-perpetration* angenommen:

- (i) *[T]he suspect must be part of a common plan or an agreement with one or more persons;*
- (ii) *the suspect and the other co-perpetrator(s) must carry out essential contributions in a coordinated manner which result in the fulfillment of the material elements of the crime;*
- (iii) *the suspect must have control over the organisation;*
- (iv) *the organisation must consist of an organised and hierarchal [sic] apparatus of power;*
- (v) *the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the orders issued by the suspect;*
- (vi) *the suspect must satisfy the subjective elements of the crimes;*
- (vii) *the suspect and the other co-perpetrators must be mutually aware and accept that implementing the common plan will result in the fulfillment of the material elements of the crimes; and*

⁶⁴³ Vgl. dazu Ambos, ZIS 2012, 313 (332) und zum Beteiligungsmodell des IStGH-Statuts siehe 2. auf S. 25 ff.

⁶⁴⁴ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert) ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, Rn. 281.

⁶⁴⁵ Ambos, ZIS 2012, 313 (322).

⁶⁴⁶ Vgl. näher zum sogenannten *fair labelling* Kapitel 7 auf S. 123 ff.

⁶⁴⁷ ICC v. 23. Jan. 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/09-01/11-373.

⁶⁴⁸ Ebd., Rn. 289 ff.

⁶⁴⁹ Ebd., Rn. 301 ff.

⁶⁵⁰ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 500–514, 527–539.

⁶⁵¹ ICC v. 4. März 2009 (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09-3, Rn. 209–213.

⁶⁵² ICC v. 15. Juni 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08-424, Rn. 350 f.

(viii) *the suspect must be aware of the factual circumstances enabling him to exercise joint control over the commission of the crime through another person(s).*⁶⁵³

b) Hauptverfahren

Das Hauptverfahren vor der Hauptverfahrenskammer V(A) hat am 10. September 2013 begonnen und ist am 05. April 2016 eingestellt worden. Das Verfahren wurde eingestellt, weil die Mehrheit der Kammer nach dem Vorbringen der Beweise durch die Anklagebehörde schon keine Möglichkeit einer Verurteilung sah.⁶⁵⁴ Eine erneute Einleitung eines Verfahrens bei neuen Anhaltspunkten ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen.

Es stand schon früh im Raum, dass die Hauptverfahrenskammer in ihrem Urteil zu dem Ergebnis kommen könnte, dass eine andere Beteiligungsform als *indirect co-perpetration* vorliegt, denn sie erteilte im Dezember 2013 einen Hinweis nach Art. 55 Abs. 2 IStGH-Statut, dass auch Art. 25 Abs. 3 lit. b, c oder d IStGH-Statut in Frage kommen könnten.⁶⁵⁵ Die Anklage⁶⁵⁶ und die Verteidigung⁶⁵⁷ haben vor dieser Entscheidung ihr jeweiliges Verständnis der *indirect co-perpetration* vorgestellt, allerdings hat die Hauptverfahrenskammer sich geweigert, dazu bereits in diesem Verfahrensstadium Stellung zu nehmen, da Fragen der Auslegung von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut in das abschließende Urteil gehörten.⁶⁵⁸ Zu einem solchen Urteil ist es durch die Einstellung nicht mehr gekommen. Dennoch sollen die Ansichten der Anklage und der Verteidigung kurz dargestellt werden:

Der Hauptpunkt der Anklage ist, dass kein unentbehrlicher („*essential*“) Tatbeitrag nötig sei, sondern dass ein wesentlicher („*substantial*“) Beitrag genüge.⁶⁵⁹ Hierzu verweist sie auch auf Roxin und andere deutsche Autoren, die einen wesentlichen Tatbeitrag genügen lassen.⁶⁶⁰

Die Verteidigung dagegen kritisiert die ihrer Auffassung nach zu weite Auslegung des *common plan* im Urteil gegen Lubanga und fordert, dass der Plan kriminell sein müsse.⁶⁶¹ Auch sei die Formulierung „*will occur in the ordinary course of events*“ in Art. 30 Abs. 2 IStGH-Statut⁶⁶²

⁶⁵³ ICC v. 23. Jan. 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/09-01/11-373, Rn. 292.

⁶⁵⁴ ICC v. 5. Apr. 2016 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Public redacted version of: Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal) ICC-01/09-01/11-2027-Red.

⁶⁵⁵ ICC v. 12. Dez. 2013 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Applications for Notice of Possibility of Variation of Legal Characterisation) ICC-01/09-01/11-1122, S. 20.

⁶⁵⁶ ICC v. 3. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Prosecution's Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-433.

⁶⁵⁷ ICC v. 24. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Defence Response to Prosecution's Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-442.

⁶⁵⁸ ICC v. 12. Dez. 2013 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Applications for Notice of Possibility of Variation of Legal Characterisation) ICC-01/09-01/11-1122, Rn. 16.

⁶⁵⁹ ICC v. 3. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Prosecution's Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-433, Rn. 12.

⁶⁶⁰ Ebd., Rn. 12 Fn. 26, 27.

⁶⁶¹ ICC v. 24. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Defence Response to Prosecution's Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-442, Rn. 10.

⁶⁶² Gemeint ist Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut: *For the purposes of this article, a person has intent where: [...] 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.*

so zu verstehen, dass das Eintreten der Folge als quasi sicher vorhergesehen werden müsse („*close to certainty*“).⁶⁶³ Es reiche also nicht, dass die Verbrechen vorhersehbar gewesen seien, denn der Plan müsse die Begehung eines oder mehrerer Verbrechen als so gut wie sichere Folge enthalten.⁶⁶⁴ Dies folge daraus, dass Art. 30 IStGH-Statut nur vorhersehbare Folgen nicht genügen lasse, so seien *dolus eventualis* und auch Fahrlässigkeitsformen im Statut nicht vorgesehen.⁶⁶⁵

Außerdem sei ein unentbehrlicher Tatbeitrag zwingend notwendig, ein wesentlicher Tatbeitrag, wie die Anklage es fordere, genüge nicht.⁶⁶⁶ Nur ein unentbehrlicher Tatbeitrag erlaube es, eine*n Beteiligte*n als Täter*in einzustufen, geringere Beiträge könnten nur als Teilnahme angeklagt werden.⁶⁶⁷ Die Verteidigung hält auch die praktischen Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob ein unentbehrlicher Tatbeitrag vorgelegen habe, nämlich die nötigen hypothetischen Erwägungen, nicht für Grund genug, einen geringeren Tatbeitrag zu verlangen.⁶⁶⁸ Sie zitiert einen Aufsatz Weigends, der von der Anklage als Nachweis zitiert worden ist, dass ein bloß wesentlicher Tatbeitrag genüge, obwohl Weigend darin nur auf die entsprechenden Ansichten anderer verweist und selbst zu dem Ergebnis kommt, dass ein unentbehrlicher Tatbeitrag, wie er von der Vorverfahrenskammer im Verfahren gegen Lubanga verlangt worden ist, plausibel sei.^{669 670}

Bezüglich der Organisationsherrschaft schreibt die Verteidigung, dass der Nachweis wesentlichen Einflusses der Person im Hintergrund auf die tatmittelnde Person im Vordergrund nicht genüge, stattdessen müsse gezeigt werden, dass die Person im Hintergrund in der Lage gewesen sei, das Verbrechen zu verhindern oder die Begehung im Nachhinein zu bestrafen.⁶⁷¹ Nötig sei also „effektive Kontrolle ähnlich dem Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen in Art. 28 IStGH-Statut“.⁶⁷² Außerdem wird betont, dass die Voraussetzung „*(v) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the orders issued by the accused*“ der Vorverfahrenskammer beizubehalten und nicht der Anklage zu folgen sei, die auch die schlichte Befolgung von Befehlen ausreichen lassen wolle und nicht nur „automatische Befolgung“, und die auch andere Handlungen außer Befehlen genügen lassen wolle, um zu zeigen, dass die Organisation aus austauschbaren Mitgliedern bestehe.^{673 674}

⁶⁶³ ICC v. 24. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Defence Response to Prosecution’s Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto’s individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-442, Rn. 11.

⁶⁶⁴ „[T]he plan itself must encompass the commission of one or more statutory crimes being the virtually certain consequence of the implementation of the plan. It is not sufficient that the crimes were foreseeable.“ Ebd., Rn. 11.

⁶⁶⁵ Ebd., Rn. 12 f. m.w.N.

⁶⁶⁶ Ebd., Rn. 17.

⁶⁶⁷ Ebd., Rn. 18.

⁶⁶⁸ Ebd., Rn. 21.

⁶⁶⁹ Weigend, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 471–487 (480).

⁶⁷⁰ ICC v. 24. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Defence Response to Prosecution’s Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto’s individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-442, Rn. 22.

⁶⁷¹ Ebd., Rn. 25.

⁶⁷² Ebd., Rn. 25.

⁶⁷³ ICC v. 3. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Prosecution’s Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto’s individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-433, Rn. 17.

⁶⁷⁴ ICC v. 24. Juli 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Defence Response to Prosecution’s Submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55(2) with respect to William Samoei Ruto’s individual criminal responsibility) ICC-01/09-01/11-442, Rn. 27 ff.

c) Stellungnahme

Es ist natürlich nicht überraschend, dass die Verteidigung Rutos die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* enger verstanden sehen will als die Anklagebehörde. Der nach Art. 55 Abs. 2 IStGH-Statut erteilte Hinweis auf eine mögliche Änderung der Einschätzung bezüglich der Beteiligungsform durch die Kammer zeigte schon, dass es auch in diesem Verfahren nicht zu einer ersten Verurteilung wegen *indirect co-perpetration* kommen würde. Die acht von der Vorverfahrenskammer aufgestellten Voraussetzungen sind für die Anklage nur schwer zu beweisen, wie sich dann auch in der Verfahrenseinstellung gezeigt hat.

Inhaltlich stellt sich die Frage, wie erheblich der Tatbeitrag nun gewesen sein muss. Die Kammern des IStGH haben bisher stets einen unentbehrlichen Tatbeitrag verlangt, und es erscheint unwahrscheinlich, dass von dieser Auffassung abgewichen werden wird, da Roxins Ausführungen zum wesentlichen Tatbeitrag⁶⁷⁵ auch bei den vorherigen Entscheidungen bereits bekannt gewesen sein dürften. Um die Täterschaft weiterhin klar von der Teilnahme abgrenzen zu können, ist ein unentbehrlicher Tatbeitrag als Merkmal zu bevorzugen. Anderenfalls sind Überschneidungen gerade mit Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut, der als Tathandlung einen irgendwie gearteten Beitrag zur Tat einer Gruppe mit gemeinsamem Ziel verlangt, nur schwer vermeidbar.⁶⁷⁶

Bezüglich der Kritik der zu weiten Auslegung des *common plan* und damit verbunden auch der Ablehnung einer bloßen vagen Vorhersehbarkeit der Begehung eines Verbrechens ist der Verteidigung zuzustimmen.⁶⁷⁷ Die Annahme der Verteidigung, dass das Verhältnis zwischen Täter*in im Hintergrund und Tatmittler*in bei der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bezüglich der effektiven Kontrolle dem Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen in Art. 28 IStGH-Statut ähneln müsse⁶⁷⁸, ist ebenso zu befürworten. Auch das Merkmal (v), wonach die Ausführung der Tat durch eine beinahe automatische Befolgung der geäußerten Befehle gesichert sein muss, ist in dieser Form beizubehalten. Die Vorverfahrenskammer im Verfahren gegen Katanga und Chui hat dieses Merkmal quasi als an das Völkerstrafrecht angepassten Ersatz für Roxins Merkmale der Fungibilität gewählt, sodass die automatische Befolgung von Befehlen beispielsweise auch durch die Entführung und das brutale Training von Minderjährigen, die dann „keine Fragen mehr stellen“, erreicht werden könne⁶⁷⁹.⁶⁸⁰ Die Vorverfahrenskammer in diesem Verfahren hat bei der Prüfung dieses Merkmals, also der Sicherung der Ausführung der Tat durch beinahe automatische Befolgung der Befehle des Beschuldigten, überzeugend auf die wohl von Ruto etablierten Belohnungs- und Bestrafungssysteme abgestellt. Die Kammer legt dar, dass Ruto u.a. durch finanzielle Anreize und Belohnungen sowie durch die Androhung von Gewalt bei Ungehorsam sichergestellt habe, dass seine Anordnungen sicher befolgt werden.⁶⁸¹ Es sind also ganz verschiedene Vorgehensweisen denkbar, die diesem Merkmal gerecht werden können. Weniger als diese „quasi-automatische“ Befolgung zu verlangen, würde die Täterschaftsform zu weit ausdehnen, auch wenn der Begriff der beinahe automatischen Befehlsbefolgung an sich durch bisher noch fehlende Rechtsprechung und Literatur noch relativ unbestimmt ist.

⁶⁷⁵ Vgl. *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 211.

⁶⁷⁶ Vgl. zur Teilnahmeregelung des IStGH-Statutes 2. auf S. 32 ff.

⁶⁷⁷ Vgl. dazu schon c) auf S. 70 ff.

⁶⁷⁸ Unter Verweis auf, u.a., *Ambos*, in: *Triffterer/Ambos*³, § 25 Rn. 15.

⁶⁷⁹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 518, 547.

⁶⁸⁰ Vgl. 3. auf S. 73 ff.

⁶⁸¹ ICC v. 23. Jan. 2012 (The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/09-01/11-373, Rn. 317 ff.

5. Verfahren gegen Bemba

a) Verfahren und Urteil

Jean-Pierre Bemba Gombo ist als Befehlshaber der *Mouvement pour la Liberation du Congo* (MLC) wegen verschiedener Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Zentralafrikanischen Republik zunächst als „Mittäter oder mittelbarer Täter“ gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut beschuldigt worden.⁶⁸² Bemba soll durch seine MLC zusammen mit einem Teil der regulären Armee des damaligen Präsidenten der Zentralafrikanischen Republik, Ange-Félix Patassé, von Oktober 2002 bis März 2003 gegen Rebellen gekämpft und dabei Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben.⁶⁸³ Die Anklage hat Bemba dann aber während des Vorverfahrens auf Empfehlung der Vorverfahrenskammer zusätzlich zur Täterschaft auch noch wegen Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäß Art. 28 IStGH-Statut angeklagt.⁶⁸⁴ Besonders in diesem frühen Stadium des Verfahrens bleibt undeutlich, welche Täterschaftsform genau eigentlich von der Anklage in Erwägung gezogen wird. In der *Decision on the Confirmation of Charges* schreibt die Vorverfahrenskammer II, dass die Täterschaftsform der Mittäterschaft geprüft werde, da deren Voraussetzungen von der Anklage vorgebracht worden seien.⁶⁸⁵ Die Verteidigung Bembas hat zuvor kritisiert, dass die Anklage nicht deutlich mache, welche Täterschaftsform sie anklage:

„[L]e Procureur prétend que Jean-Pierre Bemba aurait commis des crimes de guerre et crimes contre l'humanité conjointement avec Patassé, par l'intermédiaire des troupes du MLC. Le Procureur a la charge de la preuve de préciser et d'étayer quelle forme de responsabilité est attribuable à Jean-Pierre Bemba.“⁶⁸⁶

Die Verteidigung kritisiert damit, dass es in der Anklageschrift zunächst heißt, Bemba habe die Taten zusammen mit Patassé durch die Truppen des MLC begangen⁶⁸⁷, was wie *indirect co-perpetration* klingt, obwohl dann nur die Voraussetzungen der Mittäterschaft genannt und geprüft werden⁶⁸⁸.

Die Vorverfahrenskammer hat dann in der Bestätigung der Anklage jedoch bereits die subjektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht als genügend dargelegt angesehen⁶⁸⁹ und daher die Anklage nur bezüglich der Vorgesetztenverantwortlichkeit bejaht⁶⁹⁰.

Am 21. März 2016 ist Bemba schließlich als militärischer Befehlshaber gemäß Art. 28 lit. a IStGH-Statut von der Hauptverfahrenskammer III wegen Mordes und Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie wegen Mordes, Vergewaltigung und Plünderung als Kriegsverbrechen schuldig gesprochen worden.⁶⁹¹

⁶⁸² ICC v. 10. Juni 2008 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo Replacing the Warrant of Arrest Issued on 23 May 2008) ICC-01/05-01/08-15-tENG.

⁶⁸³ *Ebd.*, Rn. 12.

⁶⁸⁴ Vgl. ICC v. 15. Juni 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08-424, Rn. 15 ff., 341.

⁶⁸⁵ *Ebd.*, Rn. 345.

⁶⁸⁶ ICC v. 24. Apr. 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Conclusions de la Défense en réponse à l'acte d'accusation amendé du 30 mars 2009) ICC-01/05-01/08-413, Rn. 102.

⁶⁸⁷ ICC v. 30. März 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Public Redacted Version Of the Amended Document containing the charges filed on 30 March 2009) ICC-01/05-01/08-395-Anx3, Rn. 57.

⁶⁸⁸ *Ebd.*, Rn. 58 ff.

⁶⁸⁹ ICC v. 15. Juni 2009 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08-424, Rn. 372 ff.

⁶⁹⁰ *Ebd.*, Rn. 444.

⁶⁹¹ ICC v. 21. März 2016 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08-3343.

b) Stellungnahme

Am Verfahren gegen Bemba fällt vor allem das Versäumnis der Anklagebehörde auf, sich auf eine konkrete Täterschaftsform festzulegen bzw. von Beginn an eine realistischerweise beweisbare Beteiligungsform anzuklagen. Warum nicht ausdrücklich wegen *indirect co-perpetration* angeklagt worden ist, bleibt bei der oben erwähnten Formulierung der Anklageschrift, die ja die Begehung zusammen mit einer anderen Person (Patassé) und durch eine Organisation (MLC) feststellt, unklar. Die Anklageschrift ist schließlich auch nur um Art. 28 IStGH-Statut erweitert worden, weil die Vorverfahrenskammer das „angeregt“ hatte, obwohl der Anklagebehörde durchaus im Laufe des Verfahrens hätte auffallen können, dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft wohl eher nicht vorliegen. Das Verfahren wäre somit ohne das Eingreifen der Vorverfahrenskammer womöglich nicht über das Vorverfahren hinausgekommen.⁶⁹²

6. Weitere Verfahren

In ihrer Entscheidung vom 4. März 2009 über den Erlass eines Haftbefehls wegen Kriegs- und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegen Omar Hassan Ahmad Al Bashir, den Staatspräsidenten des Sudan, zieht die Vorverfahrenskammer I als Täterschaftsform neben mittelbarer Täterschaft auch *indirect co-perpetration* in Betracht.⁶⁹³ Al Bashir soll für die Taten in der Region Darfur im Sudan zur Rechenschaft gezogen werden, die die von ihm befehligten Regierungstruppen gegen die Zivilbevölkerung dort in den Jahren 2003 bis 2008 begangen haben sollen. Am 12. Juli 2010 hat die Vorverfahrenskammer I einen zweiten Haftbefehl erlassen, der Al Bashir zusätzlich auch Völkermord gemäß Art. 6 lit. a, b und c IStGH-Statut als *indirect co-perpetrator* vorwirft.⁶⁹⁴ Da Al Bashir mit anderen hochrangigen politischen und militärischen Führungskräften zusammen die „Kampagne“ organisiert und geleitet haben soll, handelt es sich in diesem Fall um die Variante der mittelbaren Täterschaft in Mittäterschaft.⁶⁹⁵ Al Bashir befindet sich noch nicht im Gewahrsam des IStGH.⁶⁹⁶

Ebenfalls die Geschehnisse in der Region Darfur betreffend hat die Vorverfahrenskammer I im März 2012 Haftbefehl gegen Abdel Raheem Muhammad Hussein erlassen.⁶⁹⁷ Hussein, zur relevanten Zeit sudanesischer Innenminister, soll zusammen mit Präsident Al Bashir und anderen ein einflussreiches Mitglied der entscheidenden Gruppe innerhalb der sudanesischen Regierung gewesen sein, die den Tatplan bezüglich der Geschehnisse in Darfur entwickelt habe; Hussein habe auch eine wesentliche Rolle bei der Umsetzung dieses Planes inne gehabt, und zwar sowohl in eigener Person als auch durch seinen unmittelbaren Untergebenen, Ahmad Harun.⁶⁹⁸ Hussein wird somit vorgeworfen, für verschiedene zwischen August 2003 und März 2004 in der Region Darfur begangene Menschenrechts- und Kriegsverbrechen als *indirect co-perpetrator* verantwortlich zu sein.⁶⁹⁹ Hussein befindet sich ebenfalls noch nicht im Gewahrsam des IStGH.⁷⁰⁰

Auch im Verfahren gegen Uhuru Muigai Kenyatta, den amtierenden Präsidenten der Republik Kenia, prüft die Vorverfahrenskammer II explizit die Täterschaftsform der *indirect co-per-*

⁶⁹² Heller, der allerdings offenbar annimmt, dass *indirect co-perpetration* angeklagt war.

⁶⁹³ ICC v. 4. März 2009 (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09-3.

⁶⁹⁴ ICC v. 12. Juli 2010 (Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09-95.

⁶⁹⁵ Vgl. dazu b) auf S. 23 f. sowie 1. auf S. 97 ff.

⁶⁹⁶ Stand: November 2016.

⁶⁹⁷ ICC v. 1. März 2012 (The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/12-2.

⁶⁹⁸ ICC v. 1. März 2012 (The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, Public redacted version of ‘Decision on the Prosecutor’s application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein’) ICC-02/05-01/12-1-Red, Rn. 4.

⁶⁹⁹ Ebd., Rn. 51.

⁷⁰⁰ Stand: November 2016.

petration⁷⁰¹ und kommt zu dem Ergebnis, dass es ausreichende Beweise im Sinne des Art. 61 Abs. 7 IStGH-Statut gebe, die den dringenden Verdacht begründen, dass Kenyatta als *indirect co-perpetrator* verschiedene Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen habe⁷⁰², sodass die Kammer die Anklage bestätigt und das Verfahren einer Hauptverfahrenskammer zugewiesen hat⁷⁰³. Am 5. Dezember 2014 hat die Chefanklägerin die Anklage vorerst zurückgenommen, da die ermittelten Beweise noch nicht ausreichten, um Kenyattas Verantwortlichkeit nachzuweisen, und die Bitte um einen weiteren Aufschub vom Gericht abgelehnt worden ist.⁷⁰⁴ Die Hauptverfahrenskammer hat dementsprechend am 13. März 2015 das Verfahren eingestellt.⁷⁰⁵

Im Verfahren gegen Bosco Ntaganga hat die Vorverfahrenskammer II festgestellt, dass ausreichende Beweise für den dringenden Verdacht vorliegen, dass Ntaganga in der Region Ituri in der Demokratischen Republik Kongo verschiedene Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen u.a. als *indirect co-perpetrator* begangen habe⁷⁰⁶, und daher das Verfahren einer Hauptverfahrenskammer zugewiesen.⁷⁰⁷ Das Hauptverfahren ist am 2. September 2015 eröffnet worden.

Laurent Gbagbo, ehemaliger Präsident der Elfenbeinküste, wird beschuldigt, als *indirect co-perpetrator* gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut oder alternativ als Teilnehmer gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b oder d IStGH-Statut an Menschenrechtsverbrechen in der Elfenbeinküste zwischen Dezember 2010 und April 2011 beteiligt gewesen zu sein.⁷⁰⁸ Auch gegen Simone Gbagbo, die Ehefrau von Laurent Gbagbo, wird wegen möglicher Beteiligung an den genannten Verbrechen gegen die Menschlichkeit als *indirect co-perpetrator* ermittelt, und bereits im Februar 2012 ist ein Haftbefehl gegen sie erlassen worden.⁷⁰⁹ Anders als ihr Ehemann befindet sie sich allerdings noch nicht im Gewahrsam des IStGH. Charles Blé Goudé wird ebenso vorgeworfen, sich als *indirect co-perpetrator* oder alternativ auch anderweitig an den Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Elfenbeinküste als Mitglied des „*inner circle*“ um Laurent Gbagbo beteiligt zu haben.⁷¹⁰ Die Verfahren gegen Laurent Gbagbo und Charles Blé Goudé sind am 11. März 2015 zu einem Verfahren verbunden worden und das Hauptverfahren gegen beide ist am 28. Januar 2016 eröffnet worden.

Saif Al-Islam Gaddafi, einem Sohn Muammar Gaddafis, wird vorgeworfen, als *indirect co-perpetrator* verschiedene Völkerrechtsverbrechen in Libyen begangen zu haben.⁷¹¹ Gaddafi befindet sich noch nicht im Gewahrsam des IStGH.⁷¹²

Im Verfahren gegen Dominic Ongwen, der ein Kommandant in der *Lord's Resistance Army* Joseph Konys in Uganda gewesen sein soll, hat die Vorverfahrenskammer II am 23. März 2016 die Anklage wegen zahlreicher Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit

⁷⁰¹ ICC v. 23. Jan. 2012 (The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/09-02/11-382-Red, Rn. 287.

⁷⁰² Ebd., Rn. 428.

⁷⁰³ Ebd., Rn. 429.

⁷⁰⁴ ICC v. 5. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-983.

⁷⁰⁵ ICC v. 13. März 2015 (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the withdrawal of charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-1005.

⁷⁰⁶ ICC v. 9. Juni 2014 (The Prosecutor v. Bosco Ntaganga, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-02/06-309, Rn. 101 ff.

⁷⁰⁷ Ebd., S. 63.

⁷⁰⁸ ICC v. 12. Juni 2014 (The Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges) ICC-02/11-01/11-656-Red.

⁷⁰⁹ ICC v. 29. Feb. 2012 (The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Warrant of Arrest) ICC-02/11-01/12-1.

⁷¹⁰ ICC v. 11. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on the confirmation of charges) ICC-02/11-02/11-186.

⁷¹¹ ICC v. 27. Juni 2011 (Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi) ICC-01/11-14.

⁷¹² Stand: November 2016.

bestätigt.⁷¹³ Als Beteiligungsform komme u.a. auch *indirect co-perpetration* in Betracht, Bedenken der Verteidigung gegen die Existenz dieser Täterschaftsform teilt die Vorverfahrenskammer nicht.⁷¹⁴ Das Hauptverfahren wird am 06. Dezember 2016 eröffnet.⁷¹⁵

7. Fazit zur Entwicklung am IStGH

Es zeigt sich, dass die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* auf viele Konstellationen, die am IStGH untersucht werden, zu passen scheint. Nur in sehr wenigen Verfahren kommt die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* nicht zumindest in irgendeinem Stadium des Verfahrens in Betracht. Der Anklagebehörde ist es aber bisher oft nicht gelungen, die nötigen Merkmale dieser Täterschaftsform auch zur Überzeugung der jeweiligen Kammer nachzuweisen. Die Komplexität der Verfahren und die Umstände, in denen es typischerweise zu Völkerrechtsverbrechen kommt, führen zu schwierigen Beweissituationen. Dennoch ist dies kein Grund, die Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* als zu komplex oder gegen das IStGH-Statut verstoßend abzulehnen oder die einzelnen Merkmale zu weit auszulegen. Die Kritik an der Anwendung der Tatherrschaftslehre, wie sie beispielsweise Richterinnen van den Wyngaert und Richter Fulford geäußert haben, scheint sich am Gerichtshof nicht durchzusetzen.

⁷¹³ ICC v. 23. März 2016 (The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Decision on the confirmation of charges) ICC-02/04-01/15-422-Red.

⁷¹⁴ *Ebd.*, Rn. 36 ff.

⁷¹⁵ Stand: November 2016.

§ 5 Aufnahme der *indirect co-perpetration* im Schrifttum

In der Literatur gibt es gemischte Reaktionen auf die Konstruktion der *indirect co-perpetration*. Teils wird sie interessiert und wohlwollend aufgenommen, teils wird sie komplett abgelehnt. Manche kritisieren die schlichte Kombination der zwei Täterschaftsformen. Außerdem gibt es generelle Kritik am Kriterium der Tatherrschaft. Auch alternative Konstruktionen und Übertragungen auf nationales Recht werden thematisiert. In diesem Kapitel sollen all diese Reaktionen dargestellt und kritisch gewürdigt werden, beginnend mit den klaren Befürwortern bzw. Gegnern der *indirect co-perpetration*. Es folgt ein Abschnitt zur Kritik an der Kombination der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft. Da die Tatherrschaftslehre Grundlage auch der *indirect co-perpetration* ist, folgt dann ein Abschnitt zu der Literatur, die sich allgemeiner mit der Aufnahme der Tatherrschaftslehre am IStGH beschäftigt. Schließlich folgen noch ein Abschnitt mit verschiedenen Alternativkonstruktionen zur Tatherrschaftslehre im Allgemeinen und der *indirect co-perpetration* im Besonderen sowie ein Abschnitt zur möglichen Übertragung der *indirect co-perpetration* auf nationales Recht.

I. Befürworter der *indirect co-perpetration*

1. Werle und Burghardt

In einem Festschriftbeitrag aus dem Jahr 2010 beschäftigen sich Werle und Burghardt ausführlich mit dem Konzept der *indirect co-perpetration*.⁷¹⁶ Sie untersuchen, ob es sich bei dieser Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft „um eine begrüßenswerte Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik oder um einen Irrweg handelt“.⁷¹⁷ Im ersten Abschnitt beschäftigen sich die Autoren mit der Frage, ob es sich bei den Regeln zu Täterschaft und Teilnahme im IStGH-Statut um ein Differenzierungsmodell oder um ein Einheitstätersystem handelt.⁷¹⁸ Werle und Burghardt kommen zu dem Schluss, dass es sich um ein differenzierendes, vierstufiges Beteiligungssystem handele.⁷¹⁹ Gemeint ist damit, dass es sich eben nicht um ein Einheitstätersystem handele, sondern dass es vier abgrenzbare, in Art. 25 Abs. 3 lit. a–d IStGH-Statut beschriebene Beteiligungsformen gebe. Im zweiten Abschnitt gehen sie auf die mittelbare Täterschaft im Völkerstrafrecht ein.⁷²⁰ Es wird erläutert, dass die mittelbare Täterschaft im IStGH-Statut erstmals im Völkerstrafrecht kodifiziert worden sei.⁷²¹ Zuvor seien derartige Fälle „als Planung, Anordnung, Anstiftung oder [...] als Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen (*participation in a joint criminal enterprise*) erfasst“ worden.⁷²² Im dritten und

⁷¹⁶ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864.

⁷¹⁷ Ebd., 849–864 (850).

⁷¹⁸ Ebd., 849–864 (850 ff.).

⁷¹⁹ Ebd., 849–864 (853). Vgl. dazu 2. auf S. 25 ff.

⁷²⁰ Ebd., 849–864 (853 ff.).

⁷²¹ Ebd., 849–864 (853).

vierten Abschnitt gehen sie schließlich anhand der Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo⁷²³ sowie gegen Al Bashir⁷²⁴ auf die *indirect co-perpetration* ein.⁷²⁵ Hierbei unterscheiden sie allerdings zwischen zwei verschiedenen Formen der Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft, nämlich mittelbarer Mittäterschaft bei Katanga und Ngudjolo und mittelbarer Täterschaft in Mittäterschaft bei Al Bashir, wobei nur erstere auch als *indirect co-perpetration* bezeichnet werden solle.⁷²⁶ Katanga und Ngudjolo haben die jeweils von ihnen befehligten Milizen als Werkzeuge verwendet, um die Taten zu begehen. Dabei hat jeder nur seine eigene Miliz kontrolliert, Katanga hatte also keinen Einfluss auf die Kämpfer Ngudjolos und umgekehrt. Die beiden haben „auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatplans“⁷²⁷ ihren jeweiligen mittäterschaftlichen Tatbeitrag „mittels des von ihnen gesteuerten organisatorischen Machtapparats“⁷²⁸ erbracht, wobei auch die verschiedenen Tatmittler zusammenwirkten. Es handele sich somit um eine spezielle Form der Mittäterschaft, nämlich um mittelbare Mittäterschaft. Im Fall Al Bashir dagegen handele es sich um eine Konstellation, wie sie grundsätzlich aus den Verfahren gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats der DDR und des SED-Politbüros bekannt sei⁷²⁹, hier werden die Vorderleute von einem Kollektiv kontrolliert. Anders als bei der zuvor beschriebenen mittelbaren Mittäterschaft handele also ein Kollektiv im Hintergrund und nutze eine oder mehrere Personen als Tatmittler*innen, bei denen es nicht auf mittäterschaftliches Zusammenwirken ankomme. Der mittäterschaftliche Beitrag der Hinterleute beschränkt sich dabei typischerweise auf Beiträge zur Entscheidungsfindung im Gremium. Dies nennen Werle und Burghardt mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft. Die Autoren zeigen sich nach dieser ersten Betrachtung von beiden Modellen überzeugt und ermuntern die deutsche Strafrechtswissenschaft, sich weiter mit diesem Thema zu beschäftigen.⁷³⁰

2. Granik

Eine passionierte Verteidigungsschrift zugunsten der *indirect (co-)perpetration* basierend auf Roxins Lehre hat Maria Granik verfasst.⁷³¹ Dies ist insofern bemerkenswert, als sie ihre juristische Ausbildung im US-amerikanischen Rechtsraum absolviert hat und die Befürworter der Tatherrschaftslehre im Völkerstrafrecht ansonsten tendenziell eher aus dem *civil law* stammen. Granik verteidigt das Konzept der *control theory* vor allem gegen Ohlins Alternativvorschläge zum Umgang mit der im Völkerstrafrecht typischen Makrokriminalität.⁷³² Ihr Standpunkt ist, dass durch die Theorie der *indirect perpetration* das sogenannte „*fair labelling*“ ermöglicht bzw. erleichtert werde, dass also zwischen Täter*innen und Teilnehmer*innen unterschieden werde und die Verantwortlichen im Hintergrund, die Hinterleute bzw. Schreibtischtäter*innen, nicht nur eine höhere Strafe, sondern auch die Bezeichnung „Täter*in“ erhalten und nicht als „bloße Teilnehmer*innen“ verurteilt werden.⁷³³ Subjektive Ansätze, wie beispielsweise Ohlin sie befürwortet, würden ihrer Auffassung nach die Unterschiede in der tatsächlichen Tatbeteiligung außer Acht lassen: „[T]o focus the distinction between perpetrator and abettor primarily on the intention

⁷²² Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (853).

⁷²³ Vgl. 3. auf S. 73 ff.

⁷²⁴ Vgl. 6. auf S. 94.

⁷²⁵ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (857 ff.).

⁷²⁶ Ebd., 849–864 (860). Vgl. zu den Begriffen auch 3. auf S. 21 ff.

⁷²⁷ Ebd., 849–864 (860).

⁷²⁸ Ebd., 849–864 (860).

⁷²⁹ Vgl. ebd., 849–864 (862) mit Fn. 54.

⁷³⁰ Ebd., 849–864 (864).

⁷³¹ Granik, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 977–992.

⁷³² Zu Ohlins Ansätzen siehe III. auf S. 99 ff.

⁷³³ Granik, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 977–992 (978). Vgl. näher zum *fair labelling* Kapitel 7 auf S. 123 ff.

*behind the act does not do justice to the differences in degree of participation between the mastermind of the act and the mere foot soldier.*⁷³⁴ Die Täterschaftslehre Roxins sei auch in der Weiterentwicklung durch den IStGH ein „kraftvolles Mittel, um den führenden Personen krimineller Organisationen und Milizen die Verantwortlichkeit für schwere Völkerrechtsverbrechen zuzuweisen“.⁷³⁵

II. Gegner der *indirect co-perpetration*

In ihrem Aufsatz „*Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*“⁷³⁶ beschreiben Manacorda und Meloni, wie die Entwicklung im Völkerstrafrecht bezüglich der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter verlaufen ist. Der ICTY habe sehr viel mit dem JCE⁷³⁷ gearbeitet, während der IStGH sich davon distanziert habe und es offenbar vorziehe, die im IStGH-Statut geregelten Täterschaftsformen direkt anzuwenden. Manacorda und Meloni kritisieren die Verletzung des Schuldprinzips gerade durch die Anwendung der dritten Form des JCE.⁷³⁸ Sie vermuten, dass der Gerichtshof die Rechtsfigur der *indirect co-perpetration* entwickelt habe, um die strengen Voraussetzungen der einzelnen Täterschaftsvarianten, besonders der Mittäterschaft, aufzuweichen.⁷³⁹ Sie fragen außerdem, ob dieses Konzept nicht den Begriff „*commission*“, der für das höchste Maß an Verantwortlichkeit stehe, zu sehr ausweite.⁷⁴⁰ Im Ergebnis schlagen sie daher vor, Alternativen sowohl zum JCE als auch zur mittelbaren Mittäterschaft zu entwickeln⁷⁴¹, ohne selbst aber einen solchen Vorschlag zu unterbreiten.

Warum die Kombination zweier Täterschaftsformen zu einer Aufweichung der jeweiligen Kriterien führen soll, legen die Autor*innen nicht näher dar. Eine Parallele zum JCE III erschließt sich insofern nicht, eine entsprechende „Gefahr“ mag sich allenfalls aus dem tendenziell weiten Vorsatzverständnis des Gerichtshofs ergeben. Hierauf gehen die Autor*innen jedoch nicht näher ein. So bleibt es bei der unbegründeten Befürchtung, dass der Begriff der Täterschaft zu sehr ausgeweitet werde.

III. Kritik an der Kombination beider Täterschaftsformen

Ein schon von der Verteidigung Katangas angesprochenes Problem⁷⁴² greift Jens David Ohlin in seinem Aufsatz „*Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability*“ aus dem Jahr 2012 auf:⁷⁴³ Er fragt, inwiefern man die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft verknüpfen kann, und behauptet, dass die Gerichte die Verknüpfung begründen müssten, was weder der ICTY noch der IStGH bisher getan habe.⁷⁴⁴ Ohlin versteht die verschiedenen Verantwortlichkeitsformen als verbindende Prinzipien, die eine*n Beschuldigte*n mit bestimmten Handlungen verknüpfen. Um diese Prinzipien kombinieren zu können, brauche

⁷³⁴ Ebd., 977–992 (987).

⁷³⁵ Ebd., 977–992 (992) (eigene Übersetzung).

⁷³⁶ Manacorda/Meloni, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 159–178.

⁷³⁷ Vgl. dazu 1. auf S. 30 ff.

⁷³⁸ Manacorda/Meloni, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 159–178 (166 f.).

⁷³⁹ Ebd., 159–178 (174).

⁷⁴⁰ Ebd., 159–178 (175).

⁷⁴¹ Ebd., 159–178 (177 f.).

⁷⁴² ICC v. 28. Juli 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Written Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing) ICC-01/04-01/07-698, 19; vgl. die Ausführungen dazu auf S. 74.

⁷⁴³ Ohlin, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 771–797.

⁷⁴⁴ Ebd., 771–797 (771).

man wiederum etwas Verbindendes. Laut Ohlin sei dies das „*personality principle*“, also das Persönlichkeitsprinzip.⁷⁴⁵

Er beschäftigt sich dabei besonders mit den Täterschaftsformen des JCE und der *indirect co-perpetration*.⁷⁴⁶ Zuerst thematisiert er die Brđanin-Entscheidung⁷⁴⁷ des ICTY: Dieser hat in der ersten Instanz entschieden, dass es zwischen dem Angeklagten und dem die Tat eigenhändig ausführenden Vordermann keine ausdrückliche Absprache gegeben habe und somit auch kein JCE vorliege. Da es kein beide umfassendes JCE gebe, sei der Angeklagte nicht für die Taten des Vordermannes verantwortlich zu machen. In der zweiten Instanz hat der ICTY dann entschieden, dass es gar nicht nötig sei, dass sowohl der Angeklagte als auch der tatusführende Vordermann Teil des gleichen JCE sind, solange das vom Vordermann begangene Verbrechen nur zum „*common criminal purpose*“ des JCE gehöre.⁷⁴⁸ Jetzt stellt sich Ohlin aber die Frage, wie man dann den Angeklagten und den Vordermann verbinden könne, um die Verantwortlichkeit des Angeklagten zu belegen.⁷⁴⁹ Diese Frage habe das Gericht nicht grundsätzlich beantwortet: „*The existence of this link is a matter to be assessed on a case-by-case basis.*“⁷⁵⁰ Diese Verbindungslosigkeit sei gerade nach der Tadić-Entscheidung⁷⁵¹ überraschend, denn dort sei das Problem der fehlenden Verbindung zwischen Angeklagtem und Tatusführendem durch das JCE gelöst worden.⁷⁵²

Im Folgenden schlägt Ohlin verschiedene Verbindungsmöglichkeiten mit Hilfe von JCEs vor, darunter auch die sogenannten „*interlinked JCEs*“, also die Verbindung von zwei JCEs, wobei die Person im Hintergrund als Verbindungsperson fungiere.⁷⁵³ Trotzdem bleibe die Frage, welche Rechtfertigung für die Verbindung von horizontalen und vertikalen JCEs vorgebracht werden könne, denn die internationalen Gerichte seien eine solche Rechtfertigung bisher schuldig geblieben.⁷⁵⁴ Was genau Ohlin unter einer solchen Rechtfertigung versteht, erläutert er nicht.

Der IStGH dagegen habe von Beginn an vertikale und horizontale Verantwortlichkeitsformen verbunden, wobei die Vorverfahrenskammer die JCE-Doktrin früh abgelehnt und stattdessen in den Verfahren gegen Lubanga, Katanga und Al Bashir auf Roxins Theorien zurückgegriffen habe.⁷⁵⁵ Im Fall Katanga habe die Vorverfahrenskammer die Mittäterschaft mit der mittelbaren Täterschaft verbunden und so zum ersten Mal das Konzept der mittelbaren Mittäterschaft geschaffen:⁷⁵⁶

„*Rather, through a combination of individual responsibility for committing crimes through other persons together with the mutual attribution among the co-perpetrators at the senior level, a mode of liability arises which allows the Court to assess the blameworthiness of ‘senior leaders’ adequately.*“⁷⁵⁷

Roxin habe eine solche Kombination nie erwähnt, genauso wenig wie andere nationale Gerichte,

⁷⁴⁵ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (785).

⁷⁴⁶ Ebd., 771–797 (772).

⁷⁴⁷ ICTY v. 1. Sep. 2004 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgement) IT-99-36-T. Vgl. zum Verfahren gegen Brđanin auch 2. auf S. 62.

⁷⁴⁸ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement) IT-99-36-A, Rn. 410.

⁷⁴⁹ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (774).

⁷⁵⁰ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement) IT-99-36-A, Rn. 413.

⁷⁵¹ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A.

⁷⁵² Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (774); vgl. auch die Analyse der Brđanin-Entscheidung (vor allem bzgl. der Frage, ob das JCE den Tatusführenden umfassen muss) in Cassese, S. 173 ff.

⁷⁵³ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (775 f.).

⁷⁵⁴ Ebd., 771–797 (776).

⁷⁵⁵ Ebd., 771–797 (777); siehe auch III. auf S. 65 ff. zur Entwicklung am IStGH.

⁷⁵⁶ Ebd., 771–797 (777).

⁷⁵⁷ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 492.

die Roxins Konzept der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate angewandt haben.⁷⁵⁸

1. Ausschließendes oder einschließendes „Oder“?

Im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo hat die Vorverfahrenskammer den Text des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ausgelegt und festgestellt, dass der Wortlaut in Bezug auf das Wort „or“ unklar sei, denn es könne entweder als ausschließendes oder als einschließendes „Oder“ verstanden werden.⁷⁵⁹

*„In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:
(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible[...].“*

Handelte es sich um ein einschließendes „Oder“, so stünde der Kombination der mittelbaren Täterschaft mit der Mittäterschaft zumindest sprachlich nichts im Wege. Gäbe es dagegen zwingende Argumente für das ausschließende „Oder“, so wäre die Idee der mittelbaren Mittäterschaft bereits durch die Wortlautauslegung widerlegt, denn dann käme jeweils nur entweder Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft in Betracht. Das Gericht sah keine derartigen Argumente.⁷⁶⁰ Ohlin dagegen ist der Ansicht, dass man sich wegen des Ausdrucks *„in favorem vitae, libertatis, et innocentiae omnia praesumuntur“* für das ausschließende „Oder“ entscheiden könne⁷⁶¹, sodass eine Verbindung der Täterschaftsformen unzulässig sei.

Der oben genannte Grundsatz, der frei übersetzt lautet: „es gibt eine generelle Vermutung zu Gunsten des Lebens, der Freiheit und der Unschuld“, findet sich auch in Art. 22 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut: *„In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.“*

Dieses Prinzip der Auslegung wird auch *favor rei* genannt, also die Begünstigung des bzw. der Angeklagten.⁷⁶² Zu unterscheiden ist es von dem Grundsatz *in dubio pro reo*, der nur auf Tatsachenfragen anwendbar ist.⁷⁶³ Dies hat auch der ICTY in Stakić so gesehen (für den Art. 22 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut und damit auch *favor rei* natürlich nicht galt):

„The Trial Chamber explicitly distances itself from the Defence submission that the principle in dubio pro reo should apply as a principle for the interpretation of the substantive criminal law of the Statute. As this principle is applicable to findings of fact and not of law, the Trial Chamber has not taken it into account in its interpretation of the law.“⁷⁶⁴

2. Das Persönlichkeitsprinzip als verbindendes Merkmal

Stattdessen stellt Ohlin seine Idee eines Prinzips vor, das die Verbindung von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft begründen soll: das Persönlichkeitsprinzip.⁷⁶⁵ Dies solle die kollektive

⁷⁵⁸ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (777 f.).

⁷⁵⁹ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 491.

⁷⁶⁰ Ebd., Rn. 492.

⁷⁶¹ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (779).

⁷⁶² Cassese, S. 35.

⁷⁶³ Eisenberg, Rn. 119.

⁷⁶⁴ ICTY v. 31. Juli 2003 (The Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgement) IT-97-24-T, Rn. 416.

⁷⁶⁵ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (785).

Natur der horizontalen Gruppe in der mittelbaren Mittäterschaftskonstruktion betonen.⁷⁶⁶ Die Notwendigkeit eines Kollektivs als verbindendes Merkmal taucht auch in anderen Bereichen auf, so bei Roxin in seinem Begriff der Organisationsherrschaft⁷⁶⁷. Dencker hat ein noch weitergehendes sogenanntes „Zurechnungsprinzip Gesamttat“ entwickelt⁷⁶⁸, das Ähnlichkeit mit Ohlins Idee hat.⁷⁶⁹ Roxins Konzept sei jedoch für vertikale Beziehungen maßgeschneidert worden, während es beim Persönlichkeitsprinzip um horizontale Gruppen gehe. Für Roxins Theorie sei die Fungibilität, d.h. Austauschbarkeit, maßgeblich, während bei horizontalen Gruppen wie z.B. bei der üblichen Mittäterschaft jedes Gruppenmitglied den Plan scheitern lassen könne.⁷⁷⁰

Damit kommt man zu der Frage, ob man überhaupt mehr als die Mittäterschaftsdoktrin benötigt. Ohlin zufolge beantwortet die Tatherrschaftslehre („*control theory*“) der Mittäterschaft nicht alle Fragen, wie zum Beispiel die, wann mehrere Einzelpersonen gemeinsam Tatherrschaft über eine vertikale Organisation ausüben. Deswegen brauche man das Persönlichkeitsprinzip.⁷⁷¹ Absolute gemeinsame Tatherrschaft von zwei Personen gebe es nur in wenigen Ausnahmefällen, zum Beispiel bei zwei ausschließlich gemeinsam agierenden Staatsoberhäuptern, die einzeln keine Befugnisse haben – ein sehr unrealistisches Szenario.⁷⁷² In häufiger vorkommenden Konstellationen sei es dagegen meist so, dass es ein Staatsoberhaupt bzw. eine führende Person und mehrere beratende Minister*innen oder Offizier*innen gebe, und selbst wenn alle sich an der Beratung beteiligten, so entscheide doch schließlich das Staatsoberhaupt alleine.⁷⁷³ Echte Junta-Konstellationen, wo alle Entscheidungen kollektiv getroffen werden, seien auf Grund ihrer Instabilität sehr selten.⁷⁷⁴ Bei der Frage, wann es sich um einen Fall von *indirect co-perpetration* handelt, helfe die Tatherrschaftslehre jedenfalls nicht weiter.⁷⁷⁵

Im Folgenden erwägt Ohlin die Rückkehr zu einer subjektiven Täterschaftstheorie als Lösung des Problems, sodass auf den gemeinsamen Vorsatz der horizontalen Gruppe, die vertikale Organisation für ein Verbrechen einzusetzen, abzustellen wäre.⁷⁷⁶ Diese Überlegung wird jedoch bald beendet, ohne wirklich zu begründen, warum das nicht funktionieren soll.⁷⁷⁷ Danach erwähnt Ohlin noch ein Kriterium namens „*collective rationality*“, also kollektive Rationalität.⁷⁷⁸ Gemeint sei, wie Ohlin erläutert, ein spezieller Prozess der Entscheidungsfindung in einer Gruppe, bei dem nicht jede*r Einzelne in der Gruppe die Unterpunkte einer komplexen Entscheidung für sich entscheide und zum Schluss alle abstimmen, sondern bei dem jeder dieser Unterpunkte von der Gruppe gemeinsam entschieden werde, sodass das Endergebnis sich aus den Einzelentscheidungen ergebe.⁷⁷⁹ Auch dieses Konzept genügt Ohlin jedoch nicht, denn es sei lediglich eine weitere Art der Festlegung von Mittäterschaft, wie gemeinsame Tatherrschaft und gemeinsamer Vorsatz. Benötigt werde aber eine Verbindung, der „*missing link*“ zwischen der vertikalen und der horizontalen Ebene, eben die Erklärung, wie man die vertikale Begehungsform nicht nur mit einer Einzelperson, sondern mit der ganzen horizontalen Gruppe verknüpfen könne.⁷⁸⁰ Ohlins Schlussfolgerung daraus lautet, dass all diese Methoden der Zuschreibung von Mittäterschaft

⁷⁶⁶ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (785).

⁷⁶⁷ Roxin, TuT⁹, S. 246.

⁷⁶⁸ Dencker, Kausalität und Gesamttat.

⁷⁶⁹ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (786).

⁷⁷⁰ Ebd., 771–797 (789).

⁷⁷¹ Ebd., 771–797 (790).

⁷⁷² Ebd., 771–797 (792).

⁷⁷³ Ebd., 771–797 (791).

⁷⁷⁴ Ebd., 771–797 (792).

⁷⁷⁵ Ebd., 771–797 (792).

⁷⁷⁶ Ebd., 771–797 (793).

⁷⁷⁷ Ebd., 771–797 (794).

⁷⁷⁸ Ebd., 771–797 (794).

⁷⁷⁹ Ebd., 771–797 (795).

⁷⁸⁰ Ebd., 771–797 (795).

auf einer kollektiven Idee beruhen, egal ob es gemeinsame Tatherrschaft, gemeinsamer Vorsatz oder gemeinsame Entscheidungsfindung sei.⁷⁸¹ Das Persönlichkeitsprinzip sei nichts anderes als die Zuschreibung von Verantwortlichkeit, so wie in manchen Staaten auch juristischen Personen (straf)rechtliche Verantwortung zugeschrieben werde.⁷⁸² Dazu zitiert er auch die Verfahrenskammer in Lubanga: „*None of the participants exercises, individually, control over the crime as a whole but, instead, the control over the crime falls in the hands of a collective as such.*“⁷⁸³ Der ISTGH müsse in Zukunft feststellen, was die Kollektivität einer horizontalen Gruppe ausmache, und dürfe nicht bloß auf „*joint control*“ verweisen.⁷⁸⁴ So wie Roxin mit der Organisationsherrschaftslehre eine Struktur für vertikale Gruppen geschaffen habe, müsse nun eine Theorie für horizontale Gruppen geschaffen werden, „*a theory of indirect co-perpetration by an organization*“.⁷⁸⁵

Trotz der umfangreichen Beschäftigung mit diesem Thema schlägt Ohlin nichts Konkretes vor, sondern überlässt die Frage, was genau der „*missing link*“ sein soll, doch wieder dem Gerichtshof. Insgesamt führen Ohlins Überlegungen somit nicht weiter auf der Suche nach einer verlässlichen Verknüpfung der zwei Täterschaftsformen. Man könnte im Gegenteil sogar auf die Idee kommen, dass es gar nicht so ein großes Problem darstellt, wie Ohlin glauben macht. Im Verfahren gegen Brđanin schreibt das Gericht ausdrücklich, dass die Existenz der Verknüpfung im Einzelfall geprüft werden müsse.⁷⁸⁶ Inwiefern Ohlins Verweis auf das Persönlichkeitsprinzip hierbei weiterhelfen soll, wenn er nicht erläutert, was er eigentlich darunter versteht, bleibt fraglich. Insgesamt ist Ohlins Kritik nur schwer nachvollziehbar, insbesondere, da er seine Kritik am Merkmal der „*joint control*“ nicht konkretisiert.

IV. Das Kriterium der Tatherrschaft

Auf die Reaktionen des völkerstrafrechtlichen Schrifttums auf die Tatherrschaftslehre, die am ISTGH bekanntlich die Grundlage der *indirect co-perpetration* bildet, soll im folgenden Abschnitt daher eingegangen werden.

1. Weigend

In seinem Aufsatz „*Perpetration through an Organization*“⁷⁸⁷ geht Weigend aus Sicht der deutschen Strafrechtswissenschaft auf die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ein, wie sie im Völkerstrafrecht angewandt wird. Sein Bezugspunkt ist die Entscheidung der Vorverfahrenskammer I im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo.⁷⁸⁸ Zuerst stellt Weigend die Entwicklung des Begriffs der mittelbaren Täterschaft in Deutschland sowie Roxins Überlegungen zur Organisationsherrschaft dar⁷⁸⁹, um dann das Problem der Tatherrschaft als Hauptkritikpunkt an Roxins Theorie zu nennen⁷⁹⁰. Anschließend diskutiert Weigend, ob man die Täterschaft mittels „Begehung durch eine Organisation“ überhaupt brauche, oder ob es nicht ausreiche, dass die

⁷⁸¹ Ebd., 771–797 (796).

⁷⁸² Ebd., 771–797 (796).

⁷⁸³ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 994.

⁷⁸⁴ Ohlin, Leiden Journal of International Law 25 (2012), 771–797 (797).

⁷⁸⁵ Ebd., 771–797 (797).

⁷⁸⁶ ICTY v. 3. Apr. 2007 (The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Appeals Judgement) IT-99-36-A, Rn. 413.

⁷⁸⁷ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (91 ff.).

⁷⁸⁸ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717.

⁷⁸⁹ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (94 ff.).

⁷⁹⁰ Ebd., 91–111 (99 ff.).

betreffenden Personen als Teilnehmer*in bestraft werden⁷⁹¹. Weigend ist gegen die Anwendung der mittelbaren Täterschaft in derartigen Fällen.⁷⁹²

Dann geht er auf Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut ein und stellt gleich zu Beginn klar, dass die zuvor behandelte Frage, ob es eine mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlich handelnden Vorderleuten geben könne, sich hier nicht stelle, denn Art. 25 Abs. 3 lit. a Var. 3 IStGH-Statut gehe explizit davon aus⁷⁹³.⁷⁹⁴ Im Folgenden stellt Weigend fest, dass das IStGH-Statut die Täterschaft weder an die körperliche Ausführung der Tat anknüpfe noch das Autonomieprinzip vertrete, welches mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlichen Vorderleuten ausschliesse.⁷⁹⁵ Das IStGH-Statut erwähne aber auch nicht die „Begehung durch eine Organisation“ als Täterschaftsvariante.⁷⁹⁶ Weigend bezweifelt auch (ebenso wie Werle/Burghardt⁷⁹⁷), dass diese Form der mittelbaren Täterschaft gewohnheitsrechtlich international anerkannt sei, wie die Vorverfahrenskammer I behauptete.⁷⁹⁸

Daraufhin geht Weigend auf vier verschiedene Interpretationsmöglichkeiten der Vorschrift ein.⁷⁹⁹ Der IStGH könne erstens den Wortlaut extensiv interpretieren und unter „*through another person*“ auch die Begehung durch bestimmte Organisationen verstehen. Zweitens könne er dem BGH folgen und die Vorschrift auf alle Organisationen, auch Wirtschaftsunternehmen, erstrecken. Drittens könne er versuchen, seine Rechtsprechung an die des Jugoslawien-Tribunals anzugleichen und die Vorschrift so verstehen, dass sie einige oder alle Formen des JCE erfasse. Viertens schließlich könne der IStGH die Vorschrift auch wörtlich auslegen und somit persönliche Kontrolle der Person im Hintergrund über die ausführende Person verlangen.⁸⁰⁰ Die ersten beiden Varianten lehnt Weigend knapp ab⁸⁰¹, etwas ausführlicher begründet er, warum die Vorschrift nicht als Normierung des JCE ausgelegt werden könne⁸⁰². Schließlich geht er auf die offenbar vom ihm bevorzugte vierte Möglichkeit der engen, wörtlichen Auslegung ein.⁸⁰³ Gemeint sei die Definition, die die Vorverfahrenskammer im Verfahren gegen Katanga und Ngujolo verwende: „[...] [*A*] *principal is one who [...] has control over the will of those who carry out the objective elements of the offence.*“⁸⁰⁴ Weigend will die Frage, wann die Person im Hintergrund genügend Kontrolle ausübe, um von Anstiftung zu mittelbarer Täterschaft überzugehen, den Richter*innen im Einzelfall überlassen.⁸⁰⁵ Es genüge dann jedenfalls nicht, wenn die Anklage nur beweise, dass eine Organisation existierte, sondern die leitende Person selbst müsse hinreichenden Einfluss auf die Person im Vordergrund ausgeübt haben.⁸⁰⁶

Erst im letzten Teil seines Aufsatzes erwähnt Weigend knapp die *indirect co-perpetration*.⁸⁰⁷ Für Weigend ist dies kein neues Konzept, sondern lediglich das Zusammentreffen von zwei etablierten Täterschaftsformen.⁸⁰⁸ Das Problem liegt für Weigend nicht, wie beispielsweise für Oh-

⁷⁹¹ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (101 ff.).

⁷⁹² Ebd., 91–111 (104 f.).

⁷⁹³ Vgl. 1. auf S. 65.

⁷⁹⁴ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (105).

⁷⁹⁵ Ebd., 91–111 (105).

⁷⁹⁶ Ebd., 91–111 (106).

⁷⁹⁷ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (854 f.).

⁷⁹⁸ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (106).

⁷⁹⁹ Ebd., 91–111 (106 ff.).

⁸⁰⁰ Ebd., 91–111 (106).

⁸⁰¹ Ebd., 91–111 (106 f.).

⁸⁰² Ebd., 91–111 (107).

⁸⁰³ Ebd., 91–111 (109).

⁸⁰⁴ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 488.

⁸⁰⁵ Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (109).

⁸⁰⁶ Ebd., 91–111 (109).

⁸⁰⁷ Ebd., 91–111 (110 f.).

⁸⁰⁸ Ebd., 91–111 (110).

lin, in der Kombination dieser zwei Täterschaftsformen, sondern darin herauszustellen, wann jemand Kontrolle über die menschlichen Werkzeuge ausübe.⁸⁰⁹ Dies müsse der IStGH in Zukunft klarer herausarbeiten.⁸¹⁰

2. Herzig

Andreas Herzig vergleicht in seinem Aufsatz „Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs“⁸¹¹ die Interpretation der Tatherrschaftslehre am IStGH mit der deutschen Interpretation durch Rechtsprechung und Lehre. Dabei fällt ihm insbesondere die weite Definition des Begriffs Tatplan⁸¹² sowie die Anpassung der Organisationsherrschaftslehre Roxins an die Fälle des IStGH⁸¹³ auf. Die *indirect co-perpetration* im Speziellen thematisiert Herzig bis auf eine kurze Nennung⁸¹⁴ nicht.

Das weite Verständnis des Begriffs Tatplan durch die Verfahrenskammer in Lubanga, wonach die Umsetzung des Plans wenigstens ein ausreichendes Risiko beinhalten muss, dass bei üblicher Fortentwicklung der Dinge ein Verbrechen begangen werde⁸¹⁵, erinnert an die dritte, sehr weite Variante des JCE und ist daher kritisiert worden.⁸¹⁶ Herzig bemängelt, dass die Kammer sich zur Begründung dieser Auslegung auf Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut beruft, denn dort sei der umstrittene Begriff des Risikos gerade nicht enthalten.⁸¹⁷

Dass der IStGH die Organisationsherrschaft Roxins durch Weglassen des Merkmals „Rechtsgelöstheit“ und teilweises Ersetzen des Merkmals „Fungibilität“ durch beispielsweise „strikte und brutale Trainingsmethoden“ an die konkreten Fälle angepasst hat,⁸¹⁸ heißt Herzig gut und nennt mögliche Gründe für diese Modifikationen:

„So könnte man beispielsweise im Hinblick auf das von der Verfahrenskammer ausgelassene Merkmal der ‘Rechtsgelöstheit’ argumentieren, dass es einer ausdrücklichen Straffreiheit für die Mitglieder der bewaffneten Gruppen schon deshalb nicht bedarf, weil eine effektive staatliche Strafverfolgung in den entlegenen Gebieten im Osten der Demokratischen Republik Kongo faktisch gar nicht existiert.“⁸¹⁹

Unter zustimmender Bezugnahme auf das Sondervotum der Richterin van den Wyngaert⁸²⁰ schreibt er außerdem, „dass die Beurteilung von verbrecherischen Machtstrukturen keinen allzu starren Regeln unterworfen werden darf, sondern jeweils einer Anpassung an den konkreten Fall bedarf“.⁸²¹

Herzig beschäftigt sich auch mit der Kritik an der Tatherrschaftslehre durch den Richter

⁸⁰⁹ Ebd., 91–111 (111).

⁸¹⁰ Ebd., 91–111 (111).

⁸¹¹ Herzig, ZIS 2013, 189.

⁸¹² Ebd., 189 (195).

⁸¹³ Ebd., 189 (196).

⁸¹⁴ Ebd., 189 (196).

⁸¹⁵ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 984.

⁸¹⁶ Herzig, ZIS 2013, 189 (195); vgl. zur Kritik 1. auf S. 30 ff.

⁸¹⁷ Ebd., 189 (195).

⁸¹⁸ ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 512 f., 518.

⁸¹⁹ Herzig, ZIS 2013, 189 (196).

⁸²⁰ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 55.

⁸²¹ Herzig, ZIS 2013, 189 (197).

Fulford⁸²² und die Richterin van den Wyngaert^{823, 824} Beide sind der Ansicht, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut schon vom Wortlaut her die Anwendung der Tatherrschaftslehre nicht zulasse.⁸²⁵ Außerdem sei es problematisch, eine Theorie aus einem nationalen Rechtssystem direkt zu übernehmen.⁸²⁶ Beide sind, wie Herzig schreibt, der Ansicht, die Beteiligungsformen in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut seien nicht der Schwere nach hierarchisch angeordnet und als eigenständige Beteiligungsformen mit unterschiedlichen Voraussetzungen zu verstehen, sondern sie seien nur derart aufgelistet worden, „um alle Eventualitäten abzudecken und alle denkbaren Beteiligungsformen mit Strafe zu belegen“^{827, 828} Herzig kritisiert diese Versuche, allein aus dem Wortlaut des Statuts ein Beteiligungssystem zu entwickeln, da, „[w]ie Richterin van den Wyngaert in ihrem Sondervotum erkennt“, die im Statut verwendeten Begriffe wie „Begehung“ oder „Mittäterschaft“ in jedem nationalen Rechtssystem anders verstanden würden.⁸²⁹ Herzig folgert daraus richtigerweise, dass der Wortlaut allein nicht ausreiche, um ein Gesamtkonzept der Beteiligungsformen festzulegen.⁸³⁰ Herzig scheint eine historisch-systematische Auslegung zu bevorzugen, wenn er einen „Vergleich des IStGH-Statuts mit den Statuten anderer internationaler Tribunale“ vorschlägt und dann auf einen Vergleich von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut mit Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut abstellt.⁸³¹ Letzterer sei viel knapper gefasst, und dennoch werde am ICTY keine Einheitstäterschaft vertreten.⁸³² Die Diskussion um die Frage, ob am IStGH von einem Einheitstätermodell auszugehen ist, hält Herzig insgesamt für verfehlt, denn aus Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut ergebe sich eindeutig, dass es sich nicht um ein solches Modell handeln könne, da dort nur die versuchte ‘Begehung’ unter Strafe gestellt werde, sodass eine eindeutige Festlegung der Beteiligungsform notwendig sei.⁸³³ Anders als Fulford und van den Wyngaert plädiert Herzig schließlich überzeugend für eine Auslegung unter Rückgriff auch auf erprobte nationale Konzepte, um diesen „dogmatische[n] Reichtum“ nicht ungenutzt zu lassen⁸³⁴:

„Sicherlich sollten innerstaatliche Konzepte [...] nicht einfach unkritisch übernommen werden, [...] aber [es wäre] ebenso verfehlt, sämtliche Theorien und Lehren, die sich im innerstaatlichen Kontext seit Jahrzehnten bewährt haben, aus rein formalen Gründen und zugunsten einer nur vermeintlich ‘unabhängigen’ und rein internationalen Strafrechtsdogmatik zu verwerfen.“⁸³⁵

⁸²² ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842. Vgl. dazu auch b) auf S. 69 ff.

⁸²³ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4. Vgl. dazu auch d) auf S. 80 ff.

⁸²⁴ Herzig, ZIS 2013, 189 (197).

⁸²⁵ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 7, 13, ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 6.

⁸²⁶ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 10, ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 5.

⁸²⁷ Herzig, ZIS 2013, 189 (197).

⁸²⁸ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 9, ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 22 ff.

⁸²⁹ Herzig, ZIS 2013, 189 (197).

⁸³⁰ Ebd., 189 (198).

⁸³¹ Ebd., 189 (198).

⁸³² Ebd., 189 (198).

⁸³³ Ebd., 189 (198).

⁸³⁴ Ebd., 189 (200).

⁸³⁵ Ebd., 189 (199 f.).

3. Ohlin, van Sliedregt, Weigend

In ihrem Aufsatz „*Assessing the Control-Theory*“⁸³⁶ setzen sich Ohlin, van Sliedregt und Weigend kritisch mit der Anwendung der *control theory*, d.h. der Tatherrschaftslehre, am IStGH auseinander. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Aufsatzes stand die Verhandlung der ersten Fälle im Hauptverfahren bevor und daher wird angeregt, die Tatherrschaftslehre der Vorverfahrenskammern noch einmal zu überdenken, insbesondere auch in Anbetracht der kritischen Stimmen von Richter Fulford⁸³⁷ und Richterin van den Wyngaert^{838 839}.

Die Vorverfahrenskammer definiert Kontrolle (bzw. Tatherrschaft) bei der Mittäterschaft im Verfahren gegen Lubanga als „gemeinsame Kontrolle über das Verbrechen durch die unentbehrliche Natur der verschiedenen Tatbeiträge“.⁸⁴⁰ Die Kammer schreibt, dass keine*r der Mittäter*innen die Tat alleine kontrolliere, da es sich um Arbeitsteilung handele⁸⁴¹, aber jede*r Mittäter*in müsse die Fähigkeit haben, das Verbrechen durch Nichtbegehung des jeweiligen Tatbeitrags scheitern zu lassen⁸⁴². Das entscheidende Merkmal der Mittäterschaft sei „*a hypothetical power, namely ‘the power to frustrate the commission of the crime by not performing their tasks’*“⁸⁴³.⁸⁴⁴ „Die Tat scheitern lassen“ sei aber kein bestimmtes positives Verhalten, das vorliegen müsse, um eine Person zum bzw. zur Mittäter*in zu machen, wie die Autor*innen anmerken.⁸⁴⁵ Im Urteil gegen Lubanga heiße es sogar, dass auch eine Person, die selbst kein Tatbestandsmerkmal erfülle und auch nicht am Tatort anwesend sei, sondern nur den Tatplan erstellt habe, Mittäter*in sein könne^{846 847}. Die Autor*innen kritisieren, dass die Tatherrschaftslehre, so wie sie im Fall Lubanga angewandt werde, einerseits die Mittäterschaft auf solche Konstellationen, in denen der Tatbeitrag jeder einzelnen Person notwendig sei, beschränke, während andererseits auch solche Personen Mittäter*innen sein könnten, die weit vom Tatort entfernt seien und keine der Handlungen vorgenommen hätten, die die Tat definierten.⁸⁴⁸

Weder die Kritik von Richter Fulford noch die von Richterin van den Wyngaert überzeugt die Autor*innen: Fulfords Kriterium zur Feststellung, ob Mittäterschaft vorliege, sei „*an operative link between the individual’s contribution and the commission of the crime*“.⁸⁴⁹ Die Autor*innen fragen, ob damit bloße Kausalität gemeint sei und wo der Unterschied zur Teilnahme sein solle.⁸⁵⁰ Dieses Kriterium sei bei näherer Betrachtung wahrscheinlich dasselbe wie der vom Gericht verlangte unentbehrliche Beitrag.⁸⁵¹ Insgesamt bleibe Fulfords Kritik zu vage, er überlasse es der Intuition der Richter*innen zu entscheiden, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliege.⁸⁵² Van den Wyngaerts Kriterium sei dagegen die „Direktheit“ der Tatbegehung: „*Only those indivi-*

⁸³⁶ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746.

⁸³⁷ Vgl. b) auf S. 69.

⁸³⁸ Vgl. d) auf S. 80.

⁸³⁹ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (725).

⁸⁴⁰ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 341 (eigene Übersetzung).

⁸⁴¹ *Ebd.*, Rn. 342.

⁸⁴² *Ebd.*, Rn. 347, ICC v. 30. Sep. 2008 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717, Rn. 525.

⁸⁴³ *Ebd.*, Rn. 525.

⁸⁴⁴ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (727).

⁸⁴⁵ *Ebd.*, 725–746 (727).

⁸⁴⁶ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 1004.

⁸⁴⁷ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (727).

⁸⁴⁸ *Ebd.*, 725–746 (728).

⁸⁴⁹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 15.

⁸⁵⁰ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (728).

⁸⁵¹ *Ebd.*, 725–746 (728).

⁸⁵² *Ebd.*, 725–746 (729).

*duals whose acts made a direct contribution to bringing about the material elements can thus be said to have jointly perpetrated the crime.*⁸⁵³ Die Autor*innen fragen sich, was genau mit „direkt“ gemeint sein soll.⁸⁵⁴ Van den Wyngaert missverstehe den Unterschied zwischen Allein- und Mittäterschaft.⁸⁵⁵

Im Folgenden diskutieren die Autor*innen, was denn dann die Mittäterschaft ausmache.⁸⁵⁶ Man brauche Kriterien zur Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme, damit die Richter*innen nicht willkürlich entscheiden, was vorliege.⁸⁵⁷ „Ein-Wort-Theorien“ reichten offenbar zur Unterscheidung nicht aus, dazu verweisen die Autor*innen auf ihre Kritik an den Kriterien von Fulford und van den Wyngaert.⁸⁵⁸ Die Tatherrschaftslehre dagegen biete ein klares Unterscheidungskriterium: Entweder ein Tatbeitrag sei unentbehrlich im Sinne einer *conditio sine qua non*, oder er sei es nicht.⁸⁵⁹ Aber die Frage, aus welcher Sicht die Unentbehrlichkeit festzustellen sei, *ex ante* oder *ex post*, bleibe.⁸⁶⁰ Bei einer Feststellung *ex ante*, also nur nach dem Tatplan, sei zwar einfach festzustellen wer welche Aufgabe übernehmen sollte, aber die Richter*innen müssten auch die Fehleinschätzungen der Täter*innen als bindend annehmen.⁸⁶¹ Eine Feststellung *ex post* führe dagegen zu Spekulationen, „was gewesen wäre wenn“. Beide Sichtweisen seien somit nicht perfekt.⁸⁶²

Entgegen Fulford könne die Tatherrschaftslehre aber die Täterschaft auch zu sehr ausweiten: Die Mehrheit der Richter*innen im Fall Lubanga verlange für Mittäterschaft keine Anwesenheit der jeweiligen Person am Tatort und keine direkte Verbindung zwischen ihrem Tatbeitrag und der Tatbegehung, es reiche das Mitplanen und Mitorganisieren und Kontrollieren der anderen Beteiligten.⁸⁶³ Die Autor*innen fragen sich, was dann für bloße Teilnehmer*innen bleibe.⁸⁶⁴ Um zwischen denen im Zentrum eines Verbrechens und denen, die eher unterstützend am Rand agieren, unterscheiden zu können, brauche es wohl mehr als nur ein Kriterium, man brauche eher „*a cluster of factors*“.⁸⁶⁵ Die Autor*innen plädieren daher für ein Mittäterschaftsmodell mit sowohl objektiven als auch subjektiven Elementen. Sie nennen als mögliche Merkmale (1) Beteiligung an der Planung, (2) Vorsatz, (3) persönliches Interesse an der Tat, (4) die Wichtigkeit des Beitrags für den Taterfolg, (5) Nähe des Beitrags zur eigentlichen Tatbegehung.⁸⁶⁶

Indirect co-perpetration halten die Autor*innen für eine zukunftssträchtige Täterschaftsform:

*„One can imagine the wide applicability of this theory; it is certainly not limited to the Katanga and Ngudjolo case. Indeed, it may very well represent the future of international criminal prosecutions before the ICC, just as joint criminal enterprise (JCE) came to define the prosecutorial strategy regarding perpetration at the ICTY.“*⁸⁶⁷

Dennoch stellen sie sich einige Fragen zu dieser Konstruktion, und zwar zuallererst, inwiefern die beiden Täterschaftsformen kombiniert werden können.⁸⁶⁸ *Indirect co-perpetration* sei mehr als

⁸⁵³ ICC v. 18. Dez. 2012 (The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert) ICC-01/04-02/12-4, Rn. 44.

⁸⁵⁴ *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (730).

⁸⁵⁵ *Ebd.*, 725–746 (730).

⁸⁵⁶ *Ebd.*, 725–746 (730).

⁸⁵⁷ *Ebd.*, 725–746 (730).

⁸⁵⁸ *Ebd.*, 725–746 (730).

⁸⁵⁹ *Ebd.*, 725–746 (731).

⁸⁶⁰ *Ebd.*, 725–746 (731).

⁸⁶¹ *Ebd.*, 725–746 (731).

⁸⁶² *Ebd.*, 725–746 (731).

⁸⁶³ *Ebd.*, 725–746 (732).

⁸⁶⁴ *Ebd.*, 725–746 (732).

⁸⁶⁵ *Ebd.*, 725–746 (732).

⁸⁶⁶ *Ebd.*, 725–746 (734).

⁸⁶⁷ *Ebd.*, 725–746 (735).

⁸⁶⁸ *Ebd.*, 725–746 (735 ff.) Vgl. dazu auch III. auf S. 99 ff.

nur die Summe der jeweiligen Täterschaftsmerkmale von Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft; auch im Fall Katanga und Ngudjolo hätten nicht beide alle Kriterien erfüllt, ansonsten bräuchte man das Konstrukt auch gar nicht.⁸⁶⁹ Das solle nicht heißen, dass keine angemessene Begründung für die Theorie der *indirect co-perpetration* gefunden werden könne, aber man dürfe nicht einfach annehmen, dass es eine angemessene Begründung gebe.⁸⁷⁰

„Through forming a common intent, both Katanga and Ngudjolo allegedly reached beyond their own troops. They built a team of two, a collective with power over both of their troops. This fact may justify a legal attribution of the acts of [Katanga’s]⁸⁷¹ troops to Ngudjolo, and vice versa.“⁸⁷²

Wichtig sei die Unterscheidung zwischen Mittäter*innen, die gemeinsam eine Gruppe kontrollieren (Juntamodell), und Mittäter*innen, die jeweils eine eigene Gruppe kontrollieren.⁸⁷³ Diese Unterschiede habe der ISTGH bisher nicht ausreichend untersucht.⁸⁷⁴

Der wohl wichtigste Einwand gegen die Anwendung der *indirect co-perpetration* betreffe die Anwendung des *dolus eventualis*.⁸⁷⁵ Die genaue Definition sei im Völkerstrafrecht umstritten, Einigkeit bestehe aber darüber, dass *dolus eventualis* das Vorhersehen der bloßen Möglichkeit zukünftiger Ereignisse umfasse.⁸⁷⁶ Die Autor*innen stellen einen Vergleich mit dem JCE III an, wobei die Anwendung der *indirect co-perpetration* ganz ähnlichen Erwägungen folge.⁸⁷⁷

„Yet, at least part of the rationale for the ICC’s adoption of control-theory, though never explicitly stated as such, may have been to reach similar results as would have been possible under JCE without explicitly adopting that much-maligned doctrine.“⁸⁷⁸

Die Entstehungsgeschichte des Statuts zeige auch, dass es 1996 einen Abschnitt über *dolus eventualis* und *recklessness* gegeben habe, der es aber nie in die endgültige Version geschafft habe.⁸⁷⁹ Die Anwendung von *dolus eventualis* solle daher umsichtig und unter Beachtung der individuellen Schuld erfolgen, denn die Frage sei nicht, ob ein*e Angeklagte*r sich irgendeiner Tat in irgendeiner Form schuldig gemacht habe, sondern ob der bzw. die Angeklagte wirklich Roxins „Täter hinter dem Täter“ sei.⁸⁸⁰ Unklar bleibt, warum die Autor*innen die Anwendung von *dolus eventualis* am ISTGH nicht insgesamt als mit dem Statut unvereinbar ablehnen.

Abschließend schreiben die Autor*innen, dass der Grund für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme an internationalen Gerichten durchaus der Wunsch sein könne, als Zeichen für die Opfer und die gesamte Gesellschaft Angeklagte möglichst als Täter*innen zu verurteilen.⁸⁸¹ Sie hoffen, dass die Berufungskammern die Tatherrschaftslehre aus den Verfahren gegen Lubanga sowie Katanga und Ngudjolo noch einmal überdenken und womöglich verbessern.⁸⁸²

Während Ohlin also zunächst noch den „missing link“ zwischen der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft suchte, ohne mitzuteilen, was genau er darunter versteht, behauptet er

⁸⁶⁹ Ebd., 725–746 (736).

⁸⁷⁰ Ebd., 725–746 (736).

⁸⁷¹ Im Original steht dort Lubanga, dabei muss es sich um eine Verwechslung handeln.

⁸⁷² *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (736).

⁸⁷³ Ebd., 725–746 (736).

⁸⁷⁴ Ebd., 725–746 (736). Vgl. zu dieser Unterscheidung 1. auf S. 97 ff.

⁸⁷⁵ Ebd., 725–746 (738).

⁸⁷⁶ Ebd., 725–746 (738).

⁸⁷⁷ Ebd., 725–746 (738 f.).

⁸⁷⁸ Ebd., 725–746 (738 f.).

⁸⁷⁹ Chairman’s Text, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.4; *Ohlin/v. Sliedregt/Weigend*, Leiden Journal of International Law 25 (2013), 725–746 (740).

⁸⁸⁰ Ebd., 725–746 (740).

⁸⁸¹ Ebd., 725–746 (745). Zum *fair labelling* vgl. 7 auf S. 123 ff.

⁸⁸² Ebd., 725–746 (746).

mit van Sliedregt und Weigend, dass die Kombination der zwei Täterschaftsformen mehr sei, als die jeweiligen Täterschaftsformen allein, denn ansonsten sei diese Kombination nicht notwendig. Das stimmt so jedoch nicht. Weder allein mit der Mittäterschaft noch allein mit der mittelbaren Mittäterschaft ist in speziellen Konstellationen wie der im Fall Katanga und Ngudjolo eine täterschaftliche Verantwortlichkeit beider Hinterleute zu begründen. Das, was durch die Kombination der beiden Täterschaftsformen hinzukommt, ist jedoch „nur“ die Zurechnung der Taten der Vorderleute des einen Mittäters zu dem jeweils anderen Mittäter. Durch den gemeinsamen Plan und den entsprechenden Vorsatz der Hinterleute, bestimmte Taten im Wege der mittelbaren Täterschaft durch ihre jeweiligen Vorderleute zu begehen, sind die Taten der Vorderleute auch grundsätzlich allen Hinterleuten zurechenbar. Ein zusätzliches, über die jeweiligen Merkmale der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft hinausgehendes Merkmal ist nicht erforderlich, denn die Zurechnung folgt aus dem Vorliegen der Merkmale der beiden Täterschaftsformen.

V. Alternative Konstruktionen?

1. Jain

Jain hat in ihrem Aufsatz „*Individual Responsibility for Mass Atrocity: In Search of a Concept of Perpetration*“⁸⁸³ eine auf der Tatherrschafts- und Organisationsherrschaftslehre basierende, aber Roxins Ursprungstheorie abwandelnde Form der Täterschaft entwickelt. Diese Konstruktion soll, so Jain, die spezifischen Besonderheiten des Völkerstrafrechts berücksichtigen und so erlauben, die hochrangigen Hinterleute als Täter*innen zur Verantwortung zu ziehen.⁸⁸⁴ Jain beginnt ihren Aufsatz damit, diese Besonderheiten in Form von drei charakteristischen Merkmalen von Völkerrechtsverbrechen herauszustellen. Und zwar nennt sie erstens die kollektive Natur der Taten, zweitens die Übereinstimmung des tatbestandsmäßigen Handelns mit den vorherrschenden gesellschaftlichen Regeln und drittens die weit verbreitete Beteiligung an den Taten durch verschiedenrangige Personen, die jeweils aus unterschiedlichen Tatmotiven handeln.⁸⁸⁵ Nach kurzer Darstellung der Täterschaftsregelungen im englischen und deutschen Recht sowie am IStGH nennt Jain die vier Voraussetzungen ihrer eigenen Täterschaftskonstruktion: (1) Tatherrschaft⁸⁸⁶, (2) die Person schafft oder nutzt Strukturen, die die Begehung der Tat ermöglichen⁸⁸⁷, (3) die Tat entspricht den vorherrschenden gesellschaftlichen Regeln⁸⁸⁸, (4) Vorsatz⁸⁸⁹.

Das Merkmal „die Person schafft oder nutzt Strukturen, die die Begehung der Tat ermöglichen“ sei eine Übernahme aus Roxins Organisationsherrschaftslehre, allerdings müsse die Organisation nicht streng hierarchisch aufgebaut sein: „*Informal networks of power with weak links may sometimes be more useful for the commission of international crimes than tautly structured apparatuses.*“⁸⁹⁰ Neu an Jains Konstruktion ist das Merkmal „die Tat entspricht den vorherrschenden gesellschaftlichen Regeln“. Dieses hatte sie zuvor auch als charakteristisches Merkmal von Völkerrechtsverbrechen herausgestellt.⁸⁹¹ Gemeint sei damit, dass Täter*innen faktisch keine Strafe für ihr Handeln zu befürchten haben, da die gesellschaftlichen Strukturen ihr Handeln

⁸⁸³ Jain, *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013), 831–871.

⁸⁸⁴ *Ebd.*, 831–871 (831).

⁸⁸⁵ *Ebd.*, 831–871 (837): „*These distinctive features of international crimes – their collective nature, conformity to the prevailing social norms, and widespread participation by different levels of participants acting on different motives – must be kept in mind while evaluating domestic criminal law principles for constructing a theory of perpetration for international crimes.*“

⁸⁸⁶ *Ebd.*, 831–871 (867).

⁸⁸⁷ *Ebd.*, 831–871 (868).

⁸⁸⁸ *Ebd.*, 831–871 (869).

⁸⁸⁹ *Ebd.*, 831–871 (870).

⁸⁹⁰ *Ebd.*, 831–871 (868), vgl. dazu ausführlich *Osiel*, S. 115.

⁸⁹¹ Jain, *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013), 831–871 (837).

billigen oder zumindest nicht negativ sanktionieren.⁸⁹² Diese Umstände erhöhen Jain zufolge die Tatbereitschaft in der breiten Bevölkerung.⁸⁹³

2. Kreß

Kreß schlägt am Rande seines kurzen Aufsatzes zur Organisationsherrschaftslehre im Völkerstrafrecht ein Sonderstrafrecht für Organisationstäter vor⁸⁹⁴:

„Es lässt sich fragen, ob nicht die ‘adäquateste völkerstrafrechtsdogmatische Erfassung’ der für eine völkerstrafrechtliche Gesamttat Hauptverantwortlichen darin bestünde, jedenfalls die Straftatbestände des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus der Perspektive der Organisationsherrscher auf der Führungsebene des jeweiligen ‘völkerrechtsgelösten Regimes’ zu formulieren; für den Aggressionstatbestand wird dies derzeit immerhin erwogen. Diese Frage muss hier ebenso auf sich beruhen wie die noch weitergehende Überlegung, das Völkerstrafrecht insgesamt als (absolutes) Sonderstrafrecht für Organisationstäter zu konzipieren.“⁸⁹⁵

3. Ambos

Kai Ambos befürwortet zwar grundsätzlich die Organisationsherrschaft, er kritisiert aber das empirische Merkmal der Fungibilität⁸⁹⁶, also Austauschbarkeit, das die Basis von Roxins Organisationsherrschaftslehre bilde.⁸⁹⁷ Stattdessen stimmt Ambos der normativen Theorie der Pflichtdelikte von Murmann⁸⁹⁸ zu.⁸⁹⁹ Außerdem fragt Ambos, auf welchen Hierarchieebenen mittelbare Täterschaft bzw. Mittäterschaft denkbar seien.⁹⁰⁰ Ambos kommt zu dem Ergebnis, dass nur die obersten Befehlshaber*innen einer Organisation absolute Kontrolle über und durch diese Organisation ausüben könnten, sodass mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft für das Gesamtgeschehen nur auf der obersten Ebene, an der Spitze der Hierarchie, in Frage komme.⁹⁰¹ Auf den mittleren Ebenen dagegen sei die Kontrolle über das Gesamtgeschehen nie absolut, da die vermeintliche Tatherrschaft dieser Personen jederzeit von „oben“ gestört werden könne.⁹⁰² Auf diesen Stufen handele es sich daher bezogen auf das Gesamtgeschehen um Mittäterschaft (zusammen mit den Personen der obersten Ebene).⁹⁰³ Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft im Wege der mittelbaren Täterschaft könne auf den mittleren Stufen daher höchstens für einen Teilbereich vorliegen.⁹⁰⁴ Das klassische Beispiel des Anführers einer Gang, der, auch wenn er keine Tat eigenhändig begehe, als Planer und Anführer auch Mittäter der Taten der Gangmitglieder sei, zeige, dass unterschiedliche Hierarchiestufen der Täter*innen kein Hindernis für die Annahme von Mittäterschaft seien.⁹⁰⁵

⁸⁹² Ebd., 831–871 (869).

⁸⁹³ Ebd., 831–871 (869).

⁸⁹⁴ Kreß, GA 2006, 304 (305).

⁸⁹⁵ Ebd., 304 (305).

⁸⁹⁶ Vgl. S. 58 f. zum Merkmal der Fungibilität in Roxins Lehre.

⁸⁹⁷ Ambos, in: System Criminality, 127–157 (144 ff.).

⁸⁹⁸ Vgl. Murmann, S. 160 ff.

⁸⁹⁹ Ambos, in: System Criminality, 127–157 (148 f.).

⁹⁰⁰ Ebd., 127–157 (151 ff.).

⁹⁰¹ Ebd., 127–157 (153).

⁹⁰² Ebd., 127–157 (154).

⁹⁰³ Ebd., 127–157 (154).

⁹⁰⁴ Ebd., 127–157 (154).

⁹⁰⁵ Ebd., 127–157 (155).

4. Vest

Vest hält die Konzeption der Tatherrschaft als eines noch konkretisierungsbedürftigen Begriffs mit Leitbildcharakter für brauchbar, insbesondere auch da „eindeutig überlegene Alternativen nicht in Sicht sind“.⁹⁰⁶ Vest unterscheidet allerdings verschiedene „Tätertypen“ und hat die Begriffe der Tatmacht und der Herrschaft von Lampe⁹⁰⁷ übernommen, der damit den Begriff der Tatherrschaft ablösen bzw. konkretisieren möchte: Ausführungstäter*innen haben demnach Tatmacht, während bei Führungs- und bei Planungs- bzw. Organisationstäter*innen von Entscheidungs-, Gestaltungs- und Steuerungsherrschaft die Rede sei.⁹⁰⁸ Vest betont auch die Notwendigkeit der Kombination verschiedener Täterschaftsformen, um vertikale und horizontale Ebenen abzudecken, und zwar ausdrücklich auch die Kombination der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft.⁹⁰⁹ Dennoch reiche auch das nicht aus, um alle Formen systemisch-kollektiver Straftatbegehung abzudecken, und daher hat Vest ein eigenes Konzept entwickelt.⁹¹⁰ Sein Ziel sei es herauszufinden, ob und wie die aus dem nationalen Strafrecht stammenden individualstrafrechtlich ausgerichteten Beteiligungsformen, die das Völkerstrafrecht immer noch prägten, auf die für das Völkerstrafrecht gerade typischen, „unübersichtlichen“ systemisch-kollektiven Taten angewandt werden könnten.⁹¹¹ Gleich zu Beginn dieser Überlegungen plädiert Vest dafür, das „das Völkerstrafrecht noch immer dominierende, individualisierende Korsett [...] abzustreifen und den im Völkergewohnheits- und Völkervertragsrecht entwickelten Ansätzen zu einem eigenständigen, genuin völkerstrafrechtlichen Zurechnungsinstrumentarium zum Durchbruch zu verhelfen“, und zwar mit Hilfe von Rechtsvergleichung und nicht bloß „durch die Brille der eigenen nationalen Strafrechtsordnung“.⁹¹²

Vests Modell sieht nun vor, den im Völkerstrafrecht anerkannten Beteiligungsformen drei hierarchisch abgestufte Verantwortlichkeitsebenen hinzuzufügen, nämlich die Führungsebene, die Planungs- bzw. Organisationsebene und die Ausführungsebene.⁹¹³ Täter*innen auf der Ausführungsebene hätten demnach Tatmacht, Planungs- bzw. Organisationstäter*innen verfügten über zumindest teilweise Gestaltungs- und/oder Steuerungsherrschaft, und Führungstäter*innen hätten die Entscheidungsherrschaft darüber, ob es überhaupt zur Gesamttat komme.⁹¹⁴ Vest möchte Einzel- und Gesamttat verbinden, wobei er den Begriff der Gesamttat von Miller, Hamdorf, Dencker und Marxen übernimmt; bei der Gesamttat „wird weder fremdes Handeln als eigenes, noch fremdes Handeln als fremdes, sondern eigenes und fremdes Handeln als gemeinsames Werk“ zugerechnet.⁹¹⁵ Es folgt die konkrete Betrachtung der drei Ebenen. Auf der Ausführungsebene „passen“ die individualstrafrechtlichen Merkmale der Einzeltat demnach regelmäßig ohne Abwandlung, völkerstrafrechtlich „interessant“ würden derartige Taten aber erst durch eine Verbindung zur Gesamttat.⁹¹⁶ Auch auf der zweiten, der Organisations- und Planungsebene, komme man Vest zufolge noch gut mit den individualstrafrechtlichen Regelungen zurecht, insbesondere mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit und der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate.⁹¹⁷ Auf der obersten, dritten Stufe stünden die

⁹⁰⁶ Vest, S. 358.

⁹⁰⁷ Lampe, ZStW 119 (2007), 471–518 (481 ff.).

⁹⁰⁸ Vest, S. 360.

⁹⁰⁹ Ebd., S. 389. Auch Lampe unterscheidet zwischen vertikalen und horizontalen Strukturen: Lampe, ZStW 119 (2007), 471–518 (482, 493).

⁹¹⁰ Vest, S. 393 ff.

⁹¹¹ Ebd., S. 394 f.

⁹¹² Ebd., S. 396.

⁹¹³ Ebd., S. 410.

⁹¹⁴ Ebd., S. 411.

⁹¹⁵ Ebd., S. 414.

⁹¹⁶ Ebd., S. 417 f.

⁹¹⁷ Ebd., S. 419 ff.

Führungstätter*innen, die auf Grund ihrer obersten Entscheidungsherrschaft für die Gesamttat als solche verantwortlich seien.⁹¹⁸ Vest stellt sich ausdrücklich gegen eine reine Strafzumessungslösung:

„Führungstätter sollten *kategorial auch als solche ausgewiesen* werden. Hierbei kommt eine Einstufung als Teilnehmer – auch in Form der Anstiftung – nicht in Frage. Nur die Form der Täterschaft weist die Höchstverantwortung für das Systemunrecht klar und für alle verständlich aus.“⁹¹⁹

Für diese Führungstätter*innen kommen seiner Ansicht nach sowohl die mittelbare als auch die Mittäterschaft, gegebenenfalls in Form des JCE, in Frage.⁹²⁰ Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate eigne sich dabei eher für direkt ausführbare Anordnungen, weniger für die „Errichtung eines Unrechtssystems“; hier passe die Mittäterschaft eher.⁹²¹ Überhaupt sei die Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft eine Möglichkeit, um horizontale und vertikale Strukturen zu erfassen.⁹²² Vest schlägt daher vor, die „meisten obersten Verantwortungsträger als *system-funktionale Mittäter an einer gemeinschaftlichen verbrecherischen Gesamttat (Mittäterschaft oder JCE I)*“ einzuordnen, denn „[s]oweit wenigstens einer unter ihnen Organisationsherrschaft ausübt, wächst diese i.d.R. über die funktionale Gesamttatverantwortung auch den übrigen Mittätern zu.“⁹²³ Die Beschränkung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf „die obersten Chargen“ und ansonsten wegen Mittäterschaft oder Anstiftung zu bestrafen, wie u.a. Ambos es vorgeschlagen hat⁹²⁴, hält Vest nicht für richtig.⁹²⁵ Erst auf den mittleren und oberen, nicht unbedingt mit der Staatsführung identischen, Ebenen des Machtapparates würden „unmittelbar regelhafte Abläufe“ in Gang gesetzt, die von auswechselbaren Personen ausgeführt würden, während diese Hinterleute eher nicht die sehr leicht austauschbaren bloßen „Rädchen im Getriebe“ seien, sodass mindestens Anordnungstäterschaft vorliege.⁹²⁶

Im Ergebnis handelt es sich bei Vests Modell um den Versuch, das immer noch sehr individualstrafrechtliche aktuelle Völkerstrafrecht an die realen, kollektiven Gegebenheiten anzupassen. Das Konzept der mittelbaren Mittäterschaft und der mittäterschaftlichen mittelbaren Mittäterschaft hält er für brauchbar. Abzulehnen ist sein Festhalten am JCE, zumindest mit Blick auf den IStGH, allerdings schlägt er selbst schon in einer Fußnote zu den Schlussbemerkungen vor, JCE und Mittäterschaft „sollten im Zuge ihrer Optimierung ggf. in eine einzige“ Form überführt werden.⁹²⁷

5. Ohlins *Joint Intentions Theory*

In seinem Aufsatz „*Searching for the Hinterman*“ legt Jens David Ohlin ein eigenes Konzept täterschaftlicher Zurechnung auf subjektiver Basis vor.⁹²⁸ Seine *Joint Intentions Theory*⁹²⁹ sei „eine alternative und weniger drastische Lösung als die Tatherrschaftslehre des IStGH“.⁹³⁰

⁹¹⁸ Ebd., S. 425.

⁹¹⁹ Ebd., S. 427 (Hervorhebung im Original, Fn. ausgelassen). Allgemeiner zum *fair labelling* siehe Kapitel 7 auf S. 123 ff.

⁹²⁰ Ebd., S. 427.

⁹²¹ Ebd., S. 428.

⁹²² Ebd., S. 428 f.

⁹²³ Ebd., S. 429 (Hervorhebung im Original).

⁹²⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 29.

⁹²⁵ Vest, S. 430 ff.

⁹²⁶ Ebd., S. 431.

⁹²⁷ Ebd., S. 442.

⁹²⁸ Ohlin, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325–343.

⁹²⁹ Eine denkbare Übersetzung dieser Bezeichnung, mit der Ohlin sich offenbar an die Formulierung der „*joint control*“ anlehnt und sich gleichzeitig davon abgrenzt, wäre „Theorie des gemeinschaftlichen Vorsatzes“.

Ohlin legt kurz die Entwicklung der Theorien zur Täterschaft im Völkerstrafrecht dar und erläutert, dass es sich beim *Joint Criminal Enterprise* durch das Hauptaugenmerk auf den Vorsatz des Beschuldigten um eine subjektive Theorie handele, während im *common law* bis heute überwiegend eine objektive Theorie vorherrsche, nach der nur die die eigentliche Tathandlung Ausführenden Täter*innen seien.⁹³¹

Mit Verweis auf das Verfahren gegen Stakić geht Ohlin dann auf Roxins Tatherrschaftslehre ein, die er mittlerweile in der Praxis des IStGH für etabliert hält.⁹³² Die Tatherrschaftslehre des IStGH sei jedoch „sowohl vague als auch unbestimmt“.⁹³³ Der Gerichtshof verlange für das Vorliegen von Tatherrschaft einen gemeinsamen Tatplan sowie einen unentbehrlichen Tatbeitrag („*essential contribution*“), wobei ein Beitrag dann unentbehrlich sei, wenn ohne diesen die Tat nicht geschehen wäre.⁹³⁴ Einerseits kritisiert Ohlin die Notwendigkeit, hier hypothetische Erwägungen anzustellen, andererseits bemerkt er selbst, dass derartige Überlegungen bei der Prüfung der Kausalität (egal ob bei dem von Ohlin erwähnten *but-for-Test* des *common law* oder bei der im deutschen Strafrecht gängigen *conditio-sine-qua-non*-Formel) ebenso nötig sind.⁹³⁵ Allerdings schreibt Ohlin dann, dass es einen Unterschied mache, ob auf diese Weise die Kausalität einer Handlung für einen Taterfolg bestimmt werde, oder ob solche hypothetischen Erwägungen die Grundlage für die Feststellung von Täterschaft seien.⁹³⁶ Weiter geht er auf diesen Punkt dann aber nicht ein. Es folgt eine Art Brainstorming Ohlins zu der Frage, was mit dem Begriff der „Tat“ gemeint sei, wenn man sage, dass „die Tat“ ohne den Beitrag der beschuldigten Person nicht geschehen wäre.⁹³⁷ Hauptkritikpunkt ist und bleibt wohl die in Ohlins Augen fehlende Konkretheit des Merkmals „*essential contribution*“, wobei er dieses Problem aber nicht für unlösbar hält.⁹³⁸

Im Folgenden bemüht sich Ohlin, den vermeintlich schlechten Ruf der subjektiven Theorien zu verbessern. Zunächst seien die häufig beklagten Beweisschwierigkeiten subjektiver Merkmale kein Problem, da man auch im Alltag aus bestimmten Handlungen Rückschlüsse auf die Intentionen der Handelnden ziehe und dies dementsprechend auch im juristischen Kontext möglich sei.⁹³⁹ Der schlechte Ruf subjektiver Theorien komme außerdem von der massiven Kritik am JCE, dabei beruhten, wie Ohlin schreibt, die Schwachpunkte dieser Zurechnungsform nicht auf ihrer Zugehörigkeit zu den subjektiven Theorien, sondern lägen u.a. in der mangelnden Differenzierung zwischen den verschiedenen Formen begründet.⁹⁴⁰ Subjektive Merkmale seien eine bessere Grundlage für die Bestimmung der Beteiligungsform als objektive, da hierin die Entscheidung eines Menschen zum Ausdruck komme, eine moralische Entscheidung, also der Wunsch der beschuldigten Person, einen bestimmten Zustand herbeizuführen.⁹⁴¹ In einer Welt, in der die meisten Dinge vom Menschen nicht kontrolliert werden könnten, sei die willentliche Entscheidung ein moralischer Maßstab.⁹⁴²

Im folgenden Abschnitt erläutert Ohlin seine Theorie näher. Erforderlich sei, dass die beschuldigte Person zusammen mit anderen einen „gemeinschaftlichen Vorsatz“ zur Begehung des fraglichen Verbrechens durch die Gruppe habe: „*The requirements of the new theory are that*

⁹³⁰ Ohlin, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325–343 (326) (eigene Übersetzung).

⁹³¹ Ebd., 325–343 (326 f.).

⁹³² Ebd., 325–343 (327 f.).

⁹³³ Ebd., 325–343 (329) (eigene Übersetzung).

⁹³⁴ Ebd., 325–343 (329).

⁹³⁵ Ebd., 325–343 (329 f.).

⁹³⁶ Ebd., 325–343 (330).

⁹³⁷ Ebd., 325–343 (330).

⁹³⁸ Ebd., 325–343 (330 f.).

⁹³⁹ Ebd., 325–343 (335).

⁹⁴⁰ Ebd., 325–343 (336).

⁹⁴¹ Ebd., 325–343 (336).

⁹⁴² Ebd., 325–343 (336).

*the defendant shared a joint intention with others that the group commits the crime in question.*⁹⁴³ Anders formuliert verlangt Ohlin einen gemeinsamen Tatplan, aber nur als subjektives Merkmal. Wirklich neu ist diese Idee nicht. Notwendig sei für diese „*joint intentions*“, dass die Personen gemeinsam über das Verbrechen beraten haben, also wie es begangen werde und wer welche Aufgaben übernehme.⁹⁴⁴ Diese Beratungen seien häufig ohnehin gegeben, müssten aber wohl nicht zwingend in Form expliziter Absprachen erfolgen, denn als Beispiel nennt Ohlin den Fall eines spontanen Lynchmordes⁹⁴⁵.⁹⁴⁶ Ein wesentlicher Aspekt der Theorie sei der identische Vorsatz der beteiligten Personen, dass also alle Mittäter*innen sich die gleiche Gruppe und die gleiche Tat vorstellten.⁹⁴⁷

Ohlin nennt seine Theorie „subjektiv-funktional“, während Roxins Theorie als „objektiv-funktional“ beschrieben werden könne.⁹⁴⁸ Gemeint ist damit wohl nur, dass beide Ansätze sowohl objektive als auch subjektive Merkmale verknüpfen, Ohlin mit subjektivem und Roxin eher mit objektivem Schwerpunkt. Die *Joint Intentions Theory*, so schreibt Ohlin, tausche erhöhte subjektive Anforderungen gegen geringere Anforderungen bezüglich des Tatbeitrags aus und ermögliche so in Problemfällen „intuitivere“ Antworten auf die Frage nach der Beteiligungsform.⁹⁴⁹ Was an einer „intuitiveren“ Lösung für ein normatives Problem im Strafrecht einen Vorteil darstellt, bleibt offen. Bei aller Ähnlichkeit mit der Konstruktion des JCE vermeide seine Theorie, so schreibt Ohlin, durch ihre Differenzierung aber die Fehler des gleichmachenden JCE.⁹⁵⁰

Dass im Ergebnis die Unterschiede zwischen der Anwendung der Tatherrschaftslehre in der Form des IStGH und der *Joint Intentions Theory* nicht groß sind, erkennt Ohlin selbst.⁹⁵¹ Dennoch betont Ohlin, dass es eben Problemfälle gebe, in denen die Tatherrschaftslehre zu falsch-positiven Ergebnissen in Bezug auf die Täter*inneneigenschaft komme, während seine Theorie dann richtigerweise nur zu einer Teilnahmestrafbarkeit gelange.⁹⁵² Nach der *Joint Intentions Theory* würden nämlich nur solche Personen als Täter*innen verurteilt, die die Begehung der Tat durch die Gruppe wünschten und sich an den entsprechenden Beratungen beteiligt hätten, während nach der Tatherrschaftslehre in der Version des IStGH auch solche Personen Täter*innen sein sollten, die sich an einem nichtkriminellen Gruppenprojekt beteiligt und lediglich das Risiko der möglichen Begehung eines Völkerrechtsverbrechens durch diese Gruppe erkannt hätten, die mit anderen Worten bezüglich der eigentlichen Tat höchstens mit *dolus eventualis* gehandelt hätten.⁹⁵³

Ohlin selbst verweist dann darauf, dass durchaus auch eine Kombination der Tatherrschaftslehre des IStGH und seiner eigenen Theorie möglich sei.⁹⁵⁴ Dazu müsse dann der gemeinsame Tatplan ein subjektives Merkmal werden und auf *dolus eventualis* als mögliche Vorsatzform verzichtet werden.⁹⁵⁵ Erst in der Zusammenfassung zum Schluss geht Ohlin kurz auf die *indirect co-perpetration* ein und heißt sie insofern für gut, als die notwendigen subjektiven Merkmale,

⁹⁴³ Ebd., 325–343 (337).

⁹⁴⁴ Ebd., 325–343 (337).

⁹⁴⁵ *The Essen Lynching Case – Trial of Erich Heyer and Six Others, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th–19th and 21st–22nd December 1945*, abrufbar unter http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.22_United_Kingdom_v_Heyer.pdf, abgerufen am 10. April 2018.

⁹⁴⁶ Ohlin, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325–343 (337).

⁹⁴⁷ Ebd., 325–343 (337).

⁹⁴⁸ Ebd., 325–343 (337).

⁹⁴⁹ Ebd., 325–343 (338 f.).

⁹⁵⁰ Ebd., 325–343 (339).

⁹⁵¹ Ebd., 325–343 (340).

⁹⁵² Ebd., 325–343 (340).

⁹⁵³ Ebd., 325–343 (340 f.).

⁹⁵⁴ Ebd., 325–343 (341).

⁹⁵⁵ Ebd., 325–343 (341).

also wohl vor allem der gemeinschaftliche Vorsatz der Mittäter*innen, gegeben seien: „*If the co-perpetrators along the horizontal axis are unified in intention and purpose, they form an integrated collective whose actions are properly attributable to its members.*“⁹⁵⁶

Insgesamt fehlt es Ohlins Theorie damit an wirklich neuen Ansätzen.

6. Sadats und Jollys *plain-reading*-Interpretation

Leila Nadya Sadat und Jarrod M. Jolly haben sich in ihrer Bemühung um die Schaffung eines einheitlichen „Auslegungskanons“ für das IStGH-Statut und insbesondere für Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut inhaltlich der Auffassung von Richter van den Wyngaert⁹⁵⁷ und Richter Fulford⁹⁵⁸ angeschlossen.⁹⁵⁹ Sadat und Jolly stehen der Tatherrschaftslehre äußerst kritisch gegenüber: Die Annahme einer Abstufung der Beteiligungsformen und die Anwendung der Tatherrschaftslehre am IStGH habe nicht nur die Effizienz des Gerichtshofes verringert, der Anklage zusätzliche Schwierigkeiten auferlegt und das Völkerstrafrecht durch den Bruch mit der Rechtsprechung der *ad-hoc*-Gerichtshöfe zerstückelt, sondern auch ein außergewöhnlich komplexes und esoterisches Verständnis von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut geschaffen, wodurch das Völkerstrafrecht undurchsichtig und schwer verständlich geworden sei.⁹⁶⁰ Der Erlass von Haftbefehlen auf Grundlage von *indirect co-perpetration* durch den IStGH suggeriere eine geringere Verantwortlichkeit als „*direct*“ *perpetration*.⁹⁶¹ Sadat und Jolly scheint entgangen zu sein, dass das Statut die mittelbare Täterschaft ausdrücklich normiert und der übliche englische Ausdruck dafür schlicht *indirect perpetration* lautet. Warum daraus eine geringere Verantwortlichkeit folgen soll, bleibt unklar. Eine andere Frage ist die des Verständnisses solcher Fachausdrücke durch die Allgemeinheit, worauf ebenfalls in diesem Aufsatz eingegangen wird.⁹⁶²

Die harte Kritik an der Tatherrschaftslehre erscheint kaum nachvollziehbar. Zudem verweisen Sadat und Jolly zwar immer wieder auf ihre Übereinstimmung mit der „*plain reading*“-Interpretation der Richter van den Wyngaert und des Richters Fulford, ohne aber konkret zu erläutern, was darunter zu verstehen sei. Vielmehr schreiben sie selbst explizit, dass ihr Aufsatz nicht erläutere, wie diese reine Wortlautauslegung denn nun aussehen soll.⁹⁶³

VI. Übertragung der Konstruktion auf nationales Recht

Shachar Eldar hat sich in seinem Aufsatz „*Indirect Co-Perpetration*“ mit der Frage beschäftigt, ob und wie dieses Konstrukt auch im nationalen Strafrecht anwendbar ist. Hierbei beschäftigt Eldar sich vor allem mit dem britischen und US-amerikanischen Rechtsraum. Nach einer kurzen Darstellung der Täterschaftsform an sich beschreibt Eldar vier verschiedene Konstellationen mit nur drei bis vier Beteiligten, wie sie im nationalen Strafrecht vorkommen könnten, die seiner Meinung nach mehr oder weniger gut mit der *indirect co-perpetration* gelöst werden können.⁹⁶⁴

Die erste Konstellation, Typ A, bezeichnet Eldar auch als *Shared Control*.⁹⁶⁵ Gemeint ist, dass zwei Personen gemeinsam eine dritte Person (oder auch eine ganze Einheit) kontrollieren. Im Völkerstrafrecht entspreche dies einer Konstellation wie im Fall Al Bashir.⁹⁶⁶ In einer Formel

⁹⁵⁶ Ohlin, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325–343 (341 f.).

⁹⁵⁷ Vgl. dazu d) auf S. 80 ff.

⁹⁵⁸ Vgl. dazu b) auf S. 69 f.

⁹⁵⁹ Sadat/Jolly, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 755–788.

⁹⁶⁰ Ebd., 755–788 (781 f.).

⁹⁶¹ Ebd., 755–788 (769 f.).

⁹⁶² S. dazu 2. auf S. 129 ff.

⁹⁶³ Sadat/Jolly, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 755–788 (785).

⁹⁶⁴ Eldar, *Criminal Law and Philosophy* 2013, 1 (6).

⁹⁶⁵ Ebd., 1 (6).

ausgedrückt stelle sich diese Konstellation so dar:

$$(D + E) \text{ kontrollieren } F$$

Die zweite Konstellation, Typ B, nennt Eldar dagegen *Concerted Control*.⁹⁶⁷ Hierbei handele es sich um eine Konstellation, wie sie in den Fällen Stakić, Katanga und Ngudjolo und eventuell auch Bemba vorkomme.⁹⁶⁸ Es gibt also zwei (oder mehr) zusammenwirkende Hinterleute, die jeweils einen oder mehrere Vorderleute befehligen, welche aber nicht zusammenwirken, sondern nur auf die Befehle der jeweiligen Person im Hintergrund hören. Formelhaft stellt Eldar diese Konstellation wie folgt dar:

$$(D \text{ kontrolliert } F) + (E \text{ kontrolliert } G)$$

Typ C, *Controlling Board* genannt, die dritte Konstellation, ist im Grunde eine Variante von Typ A, denn hier handelt es sich um ein Gremium, das per Mehrheitsentscheid eine*n Tatmittler*in anweist.⁹⁶⁹ Inspiriert wurde Eldar zu dieser Konstruktion durch eine kriminologische Studie über mafiose Strukturen in US-amerikanischen Gefängnissen⁹⁷⁰. Hier stellen sich all die Fragen, die im deutschen Strafrecht unter dem Stichwort „Kausalität bei Gremienentscheidungen“ diskutiert werden.⁹⁷¹ Eldar hält die mittelbare Mittäterschaft hier für eine gute Lösung, bemängelt jedoch, dass nicht mitabstimmende oder gegen die Begehung der Tat stimmende Mitglieder des Entscheidungsgremiums dann nicht strafbar seien.⁹⁷² Als Lösung dieses „Problems“ schlägt Eldar dann die Strafbarkeit der Gremienmitglieder wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung vor, erkennt aber auch, dass dies nur auf größere Gruppen anwendbar ist. Bei kleineren Gruppen befürwortet er die Straflosigkeit der sich gegen die Begehung entscheidenden Gremienmitglieder.⁹⁷³

Typ D schließlich, *Flawed Triangles* genannt, ist ein von Eldar erdachtes und sehr komplexes Konstrukt, welches anhand eines Banküberfalls mit den drei Beteiligten D, E und F erklärt wird.⁹⁷⁴ E erzählt D von seinem Plan, an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Zeit eine Bank mittels eines Zettels, auf dem eine Drohung steht, zu überfallen. Um an das Geld zu kommen, schickt D den ahnungslosen F an jenem Tag zur genannten Zeit in die Bank, damit F die Beute zu ihm bringt. F glaubt D, der ihm sagt, dass E nur regulär Geld abheben wird und Hilfe beim Tragen benötigt. F geht also zur Bank und sagt E, dass D ihn geschickt habe, um beim Tragen zu helfen. E glaubt nun fälschlicherweise, dass D ihm F als Mittäter geschickt habe, und E und F einigen sich über die Höhe von Fs Provision. E übergibt dann den Zettel an den Bankangestellten und F trägt die Beute zu D. Die Frage ist nun, wie die Beteiligten sich strafbar gemacht haben. F ist vorsatzlos handelndes Werkzeug des D. E ist Eldar zufolge nur wegen versuchten⁹⁷⁵ Raubes⁹⁷⁶ strafbar.⁹⁷⁷ Für D scheint Eldar „lediglich“ eine Strafbarkeit wegen Diebstahls⁹⁷⁸ in mittelbarer Täterschaft für möglich zu halten, da es für eine mittäterschaftliche

⁹⁶⁶ Ebd., 1 (7).

⁹⁶⁷ Ebd., 1 (7).

⁹⁶⁸ Ebd., 1 (7 f.).

⁹⁶⁹ Ebd., 1 (9).

⁹⁷⁰ Davidson, Chicano Prisoners.

⁹⁷¹ Vgl. für einen Überblick z.B. Hilgendorf, NStZ 1994, 561.

⁹⁷² Eldar, Criminal Law and Philosophy 2013, 1 (10).

⁹⁷³ Ebd., 1 (10).

⁹⁷⁴ Ebd., 1 (10).

⁹⁷⁵ Warum nach seiner Ansicht nur ein Versuch vorliegt, erläutert Eldar nicht.

⁹⁷⁶ Nach deutschem Strafrecht handelte es sich wohl um vollendete räuberische Erpressung, §§ 253, 255 StGB, wenn man annimmt, dass es sich bei der Notiz auf dem Zettel um eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben der Bankangestellten handelt.

⁹⁷⁷ Eldar, Criminal Law and Philosophy 2013, 1 (11).

⁹⁷⁸ Nach deutschem Strafrecht wohl eher wegen Betrug.

oder mittelbare Verknüpfung mit dem Raub an der jeweiligen Kenntnis des E von der Rolle des F fehle. Eldar vertritt aber, dass D als Koordinator „gefühl“ für das gesamte Geschehen verantwortlich sein müsse. Dies sei allerdings auch mit dem Konstrukt der mittelbaren Mittäterschaft nicht erreichbar, dieses stoße bei solchen Konstellationen an seine Grenzen.⁹⁷⁹ Warum D, wie Eldar schreibt, für das gesamte Geschehen verantwortlich sein soll, bleibt unklar. Natürlich nutzt D Es Handeln aus, aber da er E weder zu dessen Tat angestiftet hat noch, soweit bekannt, psychische Beihilfe dazu geleistet hat, erscheint sein Verhalten insofern nicht strafwürdig. Für seine Instrumentalisierung des F ist er als mittelbarer Täter strafbar, wie Eldar auch erkennt.

Insgesamt scheint Eldar in erster Linie darauf bedacht, die Strafbarkeit auszuweiten, ohne Überlegungen anzustellen, ob das aus Sicht der Strafzwecke sinnvoll ist. Er geht mit dem Konzept der *indirect co-perpetration* in seinem Aufsatz sehr unkritisch um und zeigt nur, in welchen Fällen man die im Völkerstrafrecht schon existenten Modelle eventuell auf nationales Strafrecht übertragen könnte.

VII. Fazit zur Literaturlauswertung

Insgesamt fällt auf, dass die Autor*innen sich mit der *indirect co-perpetration* auf ganz unterschiedliche Art und Weise und von völlig unterschiedlichen Blickwinkeln aus beschäftigen. Stichhaltige, dogmatische Argumentation anhand des Statustexts oder anhand der Grundlagen von Roxins Organisationsherrschaftslehre ist die Ausnahme.

⁹⁷⁹ Eldar, *Criminal Law and Philosophy* 2013, 1 (11).

§ 6 Auswirkungen der *indirect co-perpetration* auf die Strafbarkeit

Hat die (Nicht-)Existenz der Täterschaftsform der *indirect co-perpetration* Auswirkungen auf die Strafbarkeit nach dem IStGH-Statut? Da für diese Täterschaftsform die jeweiligen Voraussetzungen der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft kumulativ vorliegen müssen, könnte ein*e Beschuldigte* alternativ auch nur als Mittäter*in oder nur als mittelbare*r Täter*in strafbar sein. Ebenso käme eine Strafbarkeit wegen einer der anderen Beteiligungsformen in Art. 25 Abs. 3 lit. b - d IStGH-Statut⁹⁸⁰ oder gemäß Art. 28 IStGH-Statut⁹⁸¹ („Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter“) in Betracht. An der grundsätzlichen Strafbarkeit würde sich also nichts ändern, wenn es die *indirect co-perpetration* als Täterschaftsform nicht gäbe. Allerdings könnte ein*e Beschuldigte*r dann unter Umständen nicht als Täter*in, sondern nur als Teilnehmer*in verurteilt werden, was einigen Autor*innen zufolge das falsche Signal an die Öffentlichkeit, die Opfer und die Täter*innen senden würde.⁹⁸² Schabas etwa schreibt in seinem Kommentar zum IStGH-Statut mit Verweis auf das Verfahren gegen Adolf Eichmann als Beispiel für einen sogenannten Schreibtischtäter⁹⁸³: „*Characterizing those who do not physically commit the crime as ‘accomplices’, however, fails to capture the significance of their role.*“⁹⁸⁴

Ähnliches meint Olásolo:

„Indeed, despite the fact that senior political and military leaders are usually the individuals who plan and set into motion campaigns of large-scale and systematic commission of international crimes (or at least have the power to prevent or stop them), the application of the traditional modes of liability in national criminal law leads to the conclusion that they are mere participants in the crimes committed by others (accessories to the crimes), as opposed to perpetrators of the crimes (principals to the crimes). This does not reflect the central role that they usually play in the commission of international crimes, and often results in a punishment, which is inappropriately low considering the wrongdoing of their actions and omissions.“⁹⁸⁵

Auch die Rechtsmittelkammer des ICTY schreibt im Verfahren gegen Tadić:

„Under these circumstances, to hold criminally liable as a perpetrator only the person who materially performs the criminal act would disregard the role as co-perpetrators of all those who in some way made it possible for the perpetrator physically to carry out that criminal act. At the same time, depending upon the circumstances, to hold

⁹⁸⁰ Vgl. 2. auf S. 32 ff.

⁹⁸¹ Vgl. 3. auf S. 34 f.

⁹⁸² v. Sliedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 80 f.; Weigend, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91–111 (102 f.).

⁹⁸³ Siehe zum Fall Eichmann S. 58.

⁹⁸⁴ Schabas, S. 567.

⁹⁸⁵ Olásolo, S. 3.

*the latter liable only as aiders and abettors might understate the degree of their criminal responsibility.*⁹⁸⁶

Der IStGH bevorzugte dementsprechend in seinen Entscheidungen die Täterschaftsformen des Statuts, sodass die Teilnahmeregelungen in Art. 25 Abs. 3 lit. b - d IStGH-Statut weniger bedeutsam seien.⁹⁸⁷ Dies ist auch nicht überraschend, wenn man bedenkt, dass das Ziel des IStGH nach Aussage des ehemaligen Chefanklägers vor allem die Strafverfolgung der für völkerstrafrechtliche Taten Hauptverantwortlichen ist: „[T]he Office of the Prosecutor should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes.“⁹⁸⁸ Dies entspricht auch einem der Ziele des IStGH, das in der Präambel des IStGH-Statuts festgehalten wurde: „[T]he most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and [...] their effective prosecution must be ensured[...].“ Wenn man nun davon ausgeht, dass die Verantwortung für eine Tat mit der Entfernung von der eigentlichen Handlung eher zu- als abnimmt⁹⁸⁹, dann werden die schwersten Völkerrechtsverbrechen von den Staatsoberhäuptern und Anführer*innen der Milizen etc. begangen und nicht von den einzelnen Soldat*innen oder anderen Ausführenden. Daher ist gerade im Völkerstrafrecht der Wunsch so groß, die Hinterleute zur Verantwortung zu ziehen.

Es ist allerdings naheliegend, wie ja auch Olásolo und die Kammer des ICTY anmerken, dass sich bei einer Verurteilung wegen Teilnahme anstelle von Täterschaft auch die Schwere der Schuld anders darstellt, sodass sich Auswirkungen auf das Strafmaß ergeben, denn ein Kriterium bei der Strafzumessung ist eben auch die Beteiligungsform.⁹⁹⁰ Van Sliedregt beispielsweise hält die Unterscheidung zwischen Täter*innen und Teilnehmer*innen am IStGH für eine Unterscheidung nach Verantwortungsgraden, da Täter*innen als Inhaber*innen der Tatherrschaft ein höheres Maß an Verantwortung tragen als Teilnehmer*innen, denen die Tatherrschaft gerade fehle.⁹⁹¹

Vest schließt daraus, dass das individuelle Beteiligungsmodell an sich durch die herausgehobene Stellung der Täterschaftsformen ein Problem habe, da „Führungstäter, Planer und Strategen“ höhere Strafen verdienen als die „Ausführungstäter an der ‘Front‘“. ⁹⁹² Das *common law* sei da „mit seinem flexiblen Beteiligungskonzept näher an der Realität des Völkerstrafrechts dran“, womit er zumindest zunächst für das – vom IStGH bisher verworfene⁹⁹³ – Konzept des JCE argumentiert.⁹⁹⁴ Später schreibt Vest: „Ausführungstäterschaft [indiziert] im Völkerstrafrecht keineswegs zwingend schwerere Verantwortlichkeit [...] als Teilnahme“, und: „Mit zunehmender Tatferne wachsen bei entsprechender Stellung und/oder Kontrolle Unrecht und Schuld. Und genau darin liegt der Kern des völkerstrafrechtlichen Zurechnungsproblems.“⁹⁹⁵ Am IStGH sei durch die ausdrückliche Anerkennung der Mittäterschaft, der mittelbaren Täterschaft und der Mitwirkung an einem Gruppenverbrechen das JCE zu überdenken.⁹⁹⁶ Die Vorverfahrenskam-

⁹⁸⁶ ICTY v. 15. Juli 1999 (The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Judgement) IT-94-1-A, Rn. 192.

⁹⁸⁷ *Schabas*, S. 568, ebenso *v. Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 80.

⁹⁸⁸ Office of the Prosecutor, September 2003: Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, S. 7.

⁹⁸⁹ Judgment in the Trial of Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem v. 15. Dez. 1961, Rn. 197. Volltext abrufbar unter <http://www.legal-tools.org/doc/7519c3/>, abgerufen am 10. April 2018.

⁹⁹⁰ Zur Strafzumessung siehe auch 2. auf S. 26.

⁹⁹¹ *v. Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 79.

⁹⁹² *Vest*, S. 319.

⁹⁹³ ICC v. 29. Jan. 2007 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN, Rn. 322 ff., 338; ICC v. 1. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 471 ff.; ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1619.

⁹⁹⁴ *Vest*, S. 320.

⁹⁹⁵ *Ebd.*, S. 343.

mern des IStGH haben laut Vest dem JCE „eine Absage erteilt“.⁹⁹⁷ Vest ist gegen das Kriterium des ‘Hemmungsvermögens’ (*power to frustrate a crime*).⁹⁹⁸

Ohne das Konzept der *indirect co-perpetration* könnten den jeweiligen Täter*innen manche Taten zudem nicht zugerechnet werden, was ebenfalls Auswirkungen auf die Schwere der Schuld und damit auf das Strafmaß hätte. Bei der mittelbaren Mittäterschaft wie im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo⁹⁹⁹ könnten Täter A, der die Miliz B befiehlt, dann nicht die von der durch Mittäter C befehligen Miliz D begangenen Taten zugerechnet werden. A und C sind zwar unstreitig Mittäter und jeweils als mittelbare Täter kraft Organisationsherrschaft für die Taten der jeweils von ihnen befehligen Milizen verantwortlich, aber ohne eine Verknüpfung der Mittäterschaft zwischen A und C und der jeweiligen mittelbaren Täterschaft können A nicht die Taten der Miliz D, und C nicht die Taten der Miliz B zugerechnet werden, da sie selbst die jeweiligen Milizen des anderen gerade nicht befehligen. Die Zurechnung könnte nur über die Verbindung der Mittäterschaft erfolgen. Dies mag auf den ersten Blick nicht sonderlich relevant erscheinen, allerdings ist aus gerichtspraktischer Sicht zu bedenken, dass die einzelnen Tathandlungen vermutlich nur mühsam oder gar nicht eindeutig den jeweiligen Milizen zugeordnet werden können. Ohne die wechselseitige Zurechnung über die mittelbare Mittäterschaft besteht somit unter Umständen die Möglichkeit, dass die Hinterleute wegen der Taten gar nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, da bei Beweisschwierigkeiten *in dubio pro reo* davon auszugehen ist, dass die Miliz des jeweils anderen Beschuldigten die fraglichen Taten begangen hat. In Frage käme dann, je nach konkreter Fallgestaltung, allenfalls noch eine Strafbarkeit aus Art. 25 Abs. 3 lit. b - d oder Art. 28 IStGH-Statut.

Wenn A, B und C als Hinterleute in Mittäterschaft D als Werkzeug zur Begehung eines Verbrechens einsetzen, so liegt laut Werle und Burghardt mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft, laut IStGH schlicht *indirect co-perpetration* vor. Bezüglich dieser Täterschaftsform, wie sie im Fall Al Bashir wohl vorliegt, schreiben Werle und Burghardt, dass auch hier die Zurechnung relevant werde, da eine einzelne Person gerade keine Organisationsherrschaft über den Machtapparat ausüben könne.¹⁰⁰⁰ Dies mag in Einzelfällen so sein, ausgeschlossen ist es jedoch nicht, dass auch eine Einzelperson alleine eine Organisation so sehr beherrscht, dass die Voraussetzungen von Roxins Organisationsherrschaft¹⁰⁰¹ vorliegen. Dennoch ist auch hier die Zurechnung über die Mittäterschaft notwendig, um den nicht direkt die Anweisungen gebenden Mittäter*innen die Taten der ausführenden Person zurechnen zu können. Gibt es diese Zurechnung über die Mittäterschaft nicht, so bleibt für die nicht selbst anweisenden Hinterleute nur eine mögliche Strafbarkeit aus Art. 25 Abs. 3 lit. b - d oder Art. 28 IStGH-Statut.

Art. 25 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut normiert Formen der Anordnung bzw. Anstiftung („*Orders, solicits or induces such a crime*“), lit. c dagegen normiert Arten der Beihilfe („*For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission*“), während lit. d die Beteiligung an einer Gruppentat behandelt („*In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose*“).¹⁰⁰² Art. 28 IStGH-Statut schließlich normiert die Vorgesetztenverantwortlichkeit als Unterlassungsdelikt.¹⁰⁰³

⁹⁹⁶ Ebd., S. 342.

⁹⁹⁷ Ebd., S. 343.

⁹⁹⁸ Ebd., S. 345.

⁹⁹⁹ Siehe zum Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo S. 73 ff.

¹⁰⁰⁰ Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864 (863).

¹⁰⁰¹ Vgl. dazu 1. auf S. 57 ff.

¹⁰⁰² Vgl. dazu 2. auf S. 32 ff.

¹⁰⁰³ Vgl. dazu 3. auf S. 34 f.

§ 7 *Fair labelling* durch *indirect co-perpetration*?

I. Der Begriff des *fair labelling*

Ein Punkt, der häufig zur Sprache kommt, wenn es um die Frage der passenden Beteiligungsformen im Völkerstrafrecht geht, ist der des *fair labelling*. Der Begriff geht inhaltlich zurück auf Andrew Ashworth¹⁰⁰⁴ und wurde weiter präzisiert durch Glanville Williams¹⁰⁰⁵. Ashworth, der zunächst von „*representative labelling*“ sprach, meint damit, dass die Bezeichnung einer Straftat das Fehlverhalten des straffälligen Person angemessen wiedergeben solle.¹⁰⁰⁶ Entwickelt hat er diesen Gedanken als Reaktion auf die Überlegung, ob nicht auch wenige, sehr weit gefasste Tatbestände im Strafrecht ausreichen könnten, und kommt entsprechend zu einem negativen Ergebnis. Williams hat dann die Bezeichnung „*fair labelling*“ vorgeschlagen, um Missverständnissen vorzubeugen¹⁰⁰⁷, und Ashworth hat diese Begriffsänderung in seinen folgenden Abhandlungen übernommen.¹⁰⁰⁸

Als Grundsatz ist *fair labelling* unangreifbar: „*No one could argue that unfair labelling is acceptable (apart, of course, from cases where it has to be accepted for practical reasons).*“¹⁰⁰⁹ Sowohl Ashworth als auch Williams haben sich nicht vertieft mit diesem Grundsatz beschäftigt, sondern nur auf sehr wenigen Seiten kurze Ausführungen gemacht. Ein wichtiger Punkt, den Ashworth und Williams nennen, ist der des Adressatenkreises. *Labelling* solle sowohl für Täter*innen als auch für die Öffentlichkeit fair sein.¹⁰¹⁰ Diese widerstreitenden Interessen machen die angemessene Bezeichnung einer Straftat schwierig: „*Convictions should not falsely exaggerate the defendant's guilt, but they should not conceal it either.*“¹⁰¹¹ Jahre nach Ashworths und Williams' Aufsätzen haben sich Chalmers und Leverick ausführlicher mit der Bedeutung des *fair labelling* auseinandergesetzt.¹⁰¹² Sie betonen beispielsweise auch die Relevanz von *fair labelling* für die Opfer einer Straftat¹⁰¹³, und zwar mit Verweis auf Jeremy Horder, der schreibt:

„*[W]hat matters is not just that one has been convicted, but of what one has been convicted. If the offence in question gives too anaemic a conception of what that might be, it is fair neither to the defendant, nor to the victim. For the wrongdoing of the*

¹⁰⁰⁴ Ashworth, in: *Crime, Proof and Punishment*, 45–70 (S. 53 ff.).

¹⁰⁰⁵ Williams, *The Cambridge Law Journal* 42 (1983), 85–95.

¹⁰⁰⁶ Ashworth, in: *Crime, Proof and Punishment*, 45–70 (53): „*[T]he label applied to an offence ought fairly to represent the offender's wrongdoing.*“

¹⁰⁰⁷ Williams, *The Cambridge Law Journal* 42 (1983), 85–95 (85).

¹⁰⁰⁸ Vgl. Ashworth/Horder, S. 77.

¹⁰⁰⁹ Williams, *The Cambridge Law Journal* 42 (1983), 85–95 (86).

¹⁰¹⁰ Ashworth, in: *Crime, Proof and Punishment*, 45–70 (55); Williams, *The Cambridge Law Journal* 42 (1983), 85–95 (85).

¹⁰¹¹ *Ebd.*, 85–95 (95).

¹⁰¹² Chalmers/Leverick, *The Modern Law Review* 71 (2008), 217–246.

¹⁰¹³ *Ebd.*, 217–246 (235 ff.).

*former, and the wrong suffered by the latter, will not have been properly represented to the public at large.*¹⁰¹⁴

In diesen Abhandlungen zum *fair labelling* geht es um möglichst „passende“ Deliktsbezeichnungen, weniger um die Bezeichnung von Beteiligungsformen, und es geht meist um nationales, hier britisches, Strafrecht. Immer ist das Ziel jedoch, das Maß der Schuld durch die Bezeichnung des Delikts, durch das „Etikett“, das man Taten und damit auch Täter*innen anheftet, korrekt wiederzugeben.¹⁰¹⁵ Wie Horder schreibt, ist das passende Label nicht nur wichtig für Fragen der Strafzumessung, sondern auch als Aussage darüber, inwiefern die Betroffenen gegen soziale und rechtliche Normen verstoßen haben:

„This moral grasp is not important merely for sentencing. Irrespective of punishment, conviction for a specific offence stands as an enduring feature of moral and legal record, as a testimony to the precise respect in which the defendant failed in her or his basic duties as a citizen.“¹⁰¹⁶

Horder sieht im passenden Bezeichnen der Taten also die nötige Verbindung zwischen dem Strafrecht und den „Moralvorstellungen“ der Gesellschaft. Nersessian formuliert das ähnlich, wenn er schreibt: *„Criminals are punished not for the label itself, but rather for the transgression of societal and legal norms that the label represents.*“¹⁰¹⁷ Daher halten Chalmers und Leverick die Grundsätze des *fair labelling* beispielsweise auch bei der Frage nach „defences“¹⁰¹⁸ für anwendbar¹⁰¹⁹, denn eine Person, die ein Strafverfahren gegen sich erdulden müsse, aber dann wegen eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes freigesprochen werde, habe womöglich sogar einen stärkeren Anspruch auf eine exakte Bezeichnung des Grundes für den Freispruch als ein*e tatsächlich rechtskräftig Verurteilte*r.¹⁰²⁰

Somit gibt es keinen Grund, den Gedanken des *fair labelling* nicht auch auf die Betrachtung der Beteiligungsformen im Völkerstrafrecht zu übertragen, denn für die Beurteilung einer Tat spielt auch die konkrete Beteiligungsform eine Rolle.

II. *Fair labelling* im Völkerstrafrecht

Auch im Zusammenhang mit dem Völkerstrafrecht haben sich verschiedene Autor*innen mit dem Konzept des *fair labelling* beschäftigt, darunter insbesondere Douglas Guilfoyle, der einen Aufsatz zum Thema *fair labelling* und Beteiligungsformen verfasst hat¹⁰²¹, aber auch andere haben, teils beiläufig, etwas zum Labelling geschrieben. Dabei fällt auf, dass sich im Wesentlichen zwei Gruppen unterscheiden lassen. Die einen befürworten die Anwendung der Tatherrschaftslehre, die anderen lehnen diese ab. Die Befürworter*innen sprechen sich meist auch daher für eine Verurteilung als Täter*in aus, weil hierdurch die Schwere der Verantwortlichkeit bzw. das Maß der Schuld der Hinterleute im Völkerstrafrecht zum Ausdruck komme. Die Gegner*innen der Tatherrschaftslehre dagegen sehen in der Anwendung derselben durch den IStGH vor allem die Gefahr von Missverständnissen, da die Begriffe unklar und schwierig nachvollziehbar seien.

¹⁰¹⁴ Horder, Oxford Journal of Legal Studies 14 (1994), 335–351 (351) (Hervorhebung im Original).

¹⁰¹⁵ Vgl. *ebd.*, 335–351 (339) und Williams, The Cambridge Law Journal 42 (1983), 85–95 (85).

¹⁰¹⁶ Horder, Oxford Journal of Legal Studies 14 (1994), 335–351 (339).

¹⁰¹⁷ Nersessian, Stanford Journal of International Law 43 (2007), 221–264 (256).

¹⁰¹⁸ Im deutschen Strafrecht entsprechen den *defences* im Wesentlichen die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe.

¹⁰¹⁹ Chalmers/Leverick, The Modern Law Review 71 (2008), 217–246 (244 ff.).

¹⁰²⁰ *Ebd.*, 217–246 (244): *„But perhaps someone who has been subjected to the stresses of a criminal trial, only to be found to have a complete defence, has an even more compelling claim than an offender to be treated fairly in terms of the label attached to her conduct.*“

¹⁰²¹ Guilfoyle, Current Legal Problems 64 (2011), 255–286.

Zunächst soll nun auf die Befürworter*innen der Tatherrschaftslehre und die symbolische Wirkung einer Verurteilung als Täter*in eingegangen werden, und im folgenden Abschnitt geht es dann um die vermeintliche Gefahr von Missverständnissen bei der Anwendung der *indirect (co-)perpetration*.

1. Symbolik der Verurteilung als Täter

Weigend betont beispielsweise die Wichtigkeit von Verurteilungen wegen Täterschaft und nicht nur wegen bloßer Teilnahme durch das Konzept der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, denn auch wenn im deutschen Strafrecht die Strafe für Anstiftung und Täterschaft grundsätzlich gleich sei, so sei doch die Symbolik einer Verurteilung als Täter*in „nicht unwichtig“.¹⁰²² Da das IStGH-Statut den verschiedenen Beteiligungsformen keine Strafrahmen zuweist¹⁰²³, ist Weigends Überlegung auch auf den IStGH übertragbar. Entsprechend formuliert Werle, dass mit der Beteiligungsform der Täterschaft „das höchste Maß an Verantwortung“ zugeschrieben werde.¹⁰²⁴

Auch Granik hält den Gedanken des *fair labelling* in der Strafrechtstheorie, auch im Völkerstrafrecht, für etabliert.¹⁰²⁵ Sie, die Roxins Tatherrschaftslehre insgesamt befürwortet¹⁰²⁶, kommt ebenso zu dem Ergebnis, dass die auf der Tatherrschaftslehre beruhende Konzeption von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft des IStGH gerade auch unter *fair-labelling*-Gesichtspunkten besonders geeignet sei, um die Schuld hochrangiger Beteiligter wiederzugeben: „*On this theory, the leaders (and other behind the scenes perpetrators) can be convicted as principals, and the label will adequately reflect their high level of culpability.*“¹⁰²⁷

Vest befürwortet genauso eine klare begriffliche Trennung zwischen Täter*innen und Teilnehmer*innen, um dem Konzept des *fair labelling* gerecht zu werden.¹⁰²⁸ Auf Grund der typischerweise großen Anzahl an Beteiligten gelte dies insbesondere im Völkerstrafrecht, um wenigstens die Hauptverantwortlichen entsprechend herausstellen zu können.¹⁰²⁹ Als Beleg dafür verweist er auf Roxins Beweggründe für die Entwicklung der Organisationsherrschaftslehre am Beispiel des Verfahrens gegen Eichmann, nämlich dass es als unpassend empfunden wurde, die Verantwortlichen für den Holocaust nach deutschem Strafrecht als bloße Teilnehmer*innen bezeichnen und verurteilen zu müssen:

„*The driving force behind this doctrinal construction was the discomfort of being forced to label and convict the architects of the Holocaust as mere instigators or accomplices according to the applicable German criminal law.*“¹⁰³⁰

Sehr deutlich schreibt auch van Sliedregt, dass sie es u.a. aus Gründen des Labelling für sinnvoll hält, die „*masterminds*“ als Täter*innen und nicht als Teilnehmer*innen zu bezeichnen:

„*Despite the noted lack of practical value, stigmatization through the principal status is important bearing in mind the expressive value of prosecuting and punishing international crimes and the denunciatory and educational function of punishment. Making clear who masterminded crimes by referring to him/her as the ‘principal’*

¹⁰²² Weigend, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 253–266 (260).

¹⁰²³ Zur Strafzumessung am IStGH siehe S. 26.

¹⁰²⁴ Werle/Jeßberger, Rn. 565.

¹⁰²⁵ Granik, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 977–992 (990 f.).

¹⁰²⁶ Siehe 2. auf S. 98.

¹⁰²⁷ Granik, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), 977–992 (992).

¹⁰²⁸ Vest, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 295–309 (302).

¹⁰²⁹ Ebd., 295–309 (302).

¹⁰³⁰ Ebd., 295–309 (302).

who ‘commits’ crimes is important in communicating to victims and the international community as a whole, who was the ‘real’ culprit. Against that background, the naturalistic approach to criminal participation, referring to masterminds as secondary participants, seems inadequate.“¹⁰³¹

Schwieriger einzuordnen sind die Ansichten von Alicia Gil Gil und Elena Maculan, die sich in ihrem gemeinsamen Aufsatz zur „Definition des Täters“ am IStGH¹⁰³² am Rande auch zu Fragen des *fair labelling* äußern. Sie beschäftigen sich in erster Linie mit den Urteilen des IStGH gegen Lubanga und Katanga und analysieren diese. Sie schreiben dabei zu Recht, dass, wie bereits erwähnt, das Strafmaß am IStGH nicht von der Beteiligungsform abhängt, sodass der offenbare Wunsch der Richter*innen, die Beschuldigten möglichst wegen Täterschaft zu verurteilen, einen anderen Grund haben müsse:

„[T]he actual reason for which judges tend to bolster the modes of principal liability appears to be the stigmatizing message that the Court aims to send to the international community as a whole, by virtue of the symbolic and expressive function of its decisions.“¹⁰³³

Es gehe demnach um die Außenwirkung der Verurteilungen, um „die stigmatisierende Nachricht“, die das Gericht aussenden möchte. Dies beruhe darauf, dass Täterschaft insgesamt als schwerwiegender wahrgenommen werde als Teilnahme.¹⁰³⁴ Mit diesem Ergebnis sind die Autorinnen offenbar unzufrieden, aber wohl nicht aus Gründen des *fair labelling*, sondern eher weil die Richter*innen ihrer Auffassung nach dadurch zu einer zu weiten Auslegung des IStGH-Statuts kommen.¹⁰³⁵ Wie die Autorinnen anmerken, kann man den Urteilen gegen Lubanga entnehmen, dass die Kammern der Auffassung sind, dass der Begriff der Täterschaft ein höheres Maß an Verantwortlichkeit zum Ausdruck bringe als der der Teilnahme.¹⁰³⁶ Die Kammer, die das Verfahren gegen Katanga behandelt hat, hat in ihrem Urteil dagegen betont, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut keine Abstufung nach Verantwortlichkeit enthalte, dass also die Einstufung als Täter*in oder Teilnehmer*in keine direkten Auswirkungen auf die Strafhöhe habe und somit das Verhalten von Täter*innen nicht immer verwerflicher sei als das von Teilnehmer*innen.¹⁰³⁷ Dies betonen auch die Autorinnen und bemerken die in diesen unterschiedlichen Einstufungen durch die verschiedenen Verfahrenskammern zum Ausdruck kommende Uneinigkeit der Richter*innen am IStGH.¹⁰³⁸ Anhand eines Ausschnitts aus dem erstinstanzlichen Urteil gegen Lubanga zeigen die Autorinnen, dass die Richter*innen auch auf die Akzessorietät¹⁰³⁹ abstellen, um das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme zu beschreiben:

„As such, secondary liability is dependent on whether the perpetrator acts. Conversely, principal liability, which is closer to the violation of the legal interests protected by the norm, is not the subject of such dependence.“¹⁰⁴⁰

¹⁰³¹ v. Shiedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 80.

¹⁰³² Gil Gil/Maculan, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371.

¹⁰³³ Ebd., 349–371 (363).

¹⁰³⁴ Vgl. ebd., 349–371 (363).

¹⁰³⁵ Vgl. ebd., 349–371 (356 ff.).

¹⁰³⁶ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 999; ICC v. 1. Dez. 2014 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 462.

¹⁰³⁷ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1386.

¹⁰³⁸ Gil Gil/Maculan, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (351). Dies ist nicht der einzige umstrittene Punkt, siehe auch die kritischen Anmerkungen ebd., 349–371 (369) zur insgesamt uneinheitlichen Auslegung von Art. 25 IStGH-Statut durch das Gericht.

¹⁰³⁹ Im deutschen Strafrecht spricht man von der (limitierten) Akzessorietät der Teilnahme, vgl. nur den Wortlaut der §§ 26, 27 StGB sowie z.B. Roxin, AT II, § 26 Rn. 2 ff.

Dieser Ansicht der Kammer in Lubanga hat sich auch die Verfahrenskammer im Urteil gegen Katanga angeschlossen.¹⁰⁴¹ Die Autonomie der Täterschaft und die Abhängigkeit der Teilnahme sind für die Autorinnen offenbar die absolut bevorzugten Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme.¹⁰⁴² Die zuvor erwähnten Überlegungen der Richter*innen zum Maß an Verantwortlichkeit spielen demnach für sie keine Rolle.¹⁰⁴³ Entsprechend lehnen die Autorinnen auch die Bestrafung einer nur an der Vorbereitung einer Tat beteiligten Person als Mittäter*in ab, denn es sei in solchen Fälle nicht einmal der Versuchsbeginn erreicht, sodass nur Teilnahme in Frage komme.¹⁰⁴⁴ Allerdings ist nicht ersichtlich, wie man anhand des Akzessorietätsgedankens Täterschaft und Teilnahme sinnvoll voneinander abgrenzen können soll, denn hierbei handelt es sich um eine Voraussetzung der Teilnahme, nicht um ein Abgrenzungskriterium. In kritischen Fällen, in denen eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme schwer fallen mag, liegt ohnehin eine Haupttat vor, denn ansonsten wäre die Abgrenzung unnötig. Das Abstellen des Gerichtshofes auf das höhere Maß an Verantwortlichkeit bei der Täterschaft stellt somit keinen grundsätzlichen Widerspruch zum Prinzip der Akzessorietät der Teilnahme dar. Zudem erwähnen die Autorinnen selbst an anderer Stelle, dass die Mehrheit der Kammer im Urteil gegen Katanga die Tatherrschaftslehre zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme anwende, wonach Täter*in sei, wer darüber entscheide, ob und wie eine Tat begangen wird, während Teilnehmer*innen keinerlei derartige Befugnisse haben.¹⁰⁴⁵ Die Autorinnen präferieren dennoch tendenziell die Anwendung der mittelbaren Täterschaft auf „*senior leaders*“, sofern die Voraussetzungen vorliegen, und anderenfalls verweisen sie auf die Teilnahmeregelungen. Zur Wahrung des *fair labelling* wollen sie derartige hochrangige Drahtzieher*innen aber zusätzlich kennzeichnen, falls diese (nur?) als Teilnehmer*innen verurteilt werden.¹⁰⁴⁶ Vorgeschlagen werden von ihnen Begriffe wie „*masterminds*“ oder „*intellectual perpetrators*“.¹⁰⁴⁷

Entsprechend kann man die Frage stellen, inwiefern solche untechnischen Begriffe besser sein sollen als eine Einstufung als Täter*in. Insbesondere zeigt der Wunsch der Autorinnen aber, dass auch sie der Auffassung sind, dass aus Labelling-Gründen noch eine Klarstellung notwendig ist, wenn „nur“ wegen Teilnahme verurteilt wurde. Daraus folgt, dass auch sie offenbar annehmen, dass eine Verurteilung wegen Teilnahme zumindest in der Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit weniger schwer wiegt als eine solche wegen Täterschaft. Dass die Voraussetzungen der jeweiligen Täterschaftsformen vorliegen müssen, versteht sich von selbst. Allerdings ist damit mit Blick auf das Prinzip des *fair labelling* offenbar – im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten – auch aus Sicht von Gil Gil und Maculan eine täterschaftliche Verurteilung vorzuziehen. Ob bei nur vorbereitender Tätigkeit Mittäterschaft vorliegt, ist dagegen eine andere Frage, die an dieser Stelle nicht weiterführt und daher hier auch nicht weiter behandelt werden soll.¹⁰⁴⁸ Insgesamt sind Gil Gil und Maculan also durchaus für die Anwendung der Tatherrschaftslehre am IStGH, sie kritisieren nur berechtigterweise die Neigung der Richter*innen in den Urteilen gegen Lubanga, die Täterschaftsformen zu weit auszulegen, um so unbedingt noch eine Verurteilung wegen

¹⁰⁴⁰ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Rn. 998; *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (363).

¹⁰⁴¹ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 365.

¹⁰⁴² *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (363).

¹⁰⁴³ *Ebd.*, 349–371 (363).

¹⁰⁴⁴ *Ebd.*, 349–371 (364).

¹⁰⁴⁵ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Rn. 1395 f. *Gil Gil/Maculan*, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 349–371 (366).

¹⁰⁴⁶ *Ebd.*, 349–371 (366).

¹⁰⁴⁷ *Ebd.*, 349–371 (366).

¹⁰⁴⁸ Dennoch ist die Argumentation der Autorinnen gerade auch aus Sicht der Tatherrschaftslehre schlüssig. Hierzu und zum Meinungsstand im deutschen Recht vgl. *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 198 ff.

Täterschaft zu erreichen.

2. Missverständnisse durch *indirect co-perpetration*?

Andere Autor*innen dagegen befürchten, dass die Anwendung der Organisationsherrschaftslehre und sogar bereits der Begriff der *indirect co-perpetration* zu Missverständnissen und Verständnisproblemen führen könnten.

So schreibt etwa Guilfoyle zur Organisationsherrschaft Folgendes: „*Adopted wholesale Organisationscherrshaft [sic] tends, at the least, to suggest that the responsibility of the controlling co-perpetrators in such vertical organizations absolves those below them.*“¹⁰⁴⁹ Nach Guilfoyles Auffassung suggeriere die Organisationsherrschaftslehre demnach, dass die Verantwortlichkeit der kontrollierenden Mittäter*innen, also der Hinterleute, die Untergebenen von Verantwortlichkeit befreie. Da das Statut in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut ausdrücklich auch den „Täter hinter dem Täter“ vorsieht, kann Guilfoyles Annahme nicht stimmen. Roxins Theorie impliziert gerade keine Unschuld der Vorderleute, denn die Theorie dient dazu, in bestimmten Fällen sowohl die Person im Vordergrund als auch die Person im Hintergrund strafrechtlich als Täter*in zur Verantwortung ziehen zu können. Es wird also durch diese Theorie keinesfalls angedeutet, dass die die eigentlichen Tathandlungen ausführenden Personen von Verantwortung frei sind. Dass mehr als eine Person als Täter*in für eine Straftat verantwortlich sein kann, scheint für Guilfoyle kaum denkbar. Seiner Ansicht nach kann es immer nur eine*n Täter*in geben.¹⁰⁵⁰ Guilfoyle findet entsprechend harte Worte gegen das JCE und die Organisationsherrschaftslehre:

„*Both approaches are, in the end, unconvincing attempts to square the same circle. The false syllogism involved is: leaders are those most responsible for international crimes; ‘principal’ is the label attached to the highest degree of criminal responsibility; and therefore leaders must be principals.*“¹⁰⁵¹

Guilfoyle hält es demnach für einen Fehlschluss, die Anführer*innen, also die Personen, die das höchste Maß an Verantwortlichkeit für ein Völkerrechtsverbrechen tragen, auch als Täter*innen verurteilen zu wollen. Er schlägt dagegen vor, die Hinterleute als Teilnehmer*innen zu bestrafen, denn alles andere führe dazu, dass der Mensch im Strafrecht nicht mehr als für seine eigenen Taten verantwortlich behandelt werde.¹⁰⁵² Entsprechend kann nach seiner Ansicht natürlich auch die die Tat mittelbar begehende Person kein*e Täter*in sein: „*If we take human agency and rationality seriously, then the indirect perpetrator, however described, cannot be a principal.*“¹⁰⁵³

Dennoch ist verwirrenderweise auch Guilfoyle der Auffassung, dass den Hinterleuten, also den die Tat durch andere Personen Begehenden, das höchste Maß an Verantwortung zukomme. Er folgert daraus aber nicht, dass sie Täter*innen genannt werden sollen, sondern er bezeichnet sie als „Verantwortlichkeits-Aggregator*innen“:

„*We strongly intuit that in many cases it is the indirect perpetrators who will be most responsible. My explanation of that intuition is not that highly placed leaders in such cases are principals but rather that they are aggregators of responsibility.*“¹⁰⁵⁴

¹⁰⁴⁹ Guilfoyle, Current Legal Problems 64 (2011), 255–286 (276).

¹⁰⁵⁰ Ebd., 255–286 (280).

¹⁰⁵¹ Ebd., 255–286 (279).

¹⁰⁵² Ebd., 255–286 (280): „*It is also the only approach that upholds the moral responsibility of the person who stands at the end of the chain of causation: if we abandon that we abandon the claim that criminal law treats each of us as moral and reasoning agents responsible for our own acts.*“

¹⁰⁵³ Ebd., 255–286 (281).

¹⁰⁵⁴ Ebd., 255–286 (281) (Hervorhebung im Original).

Warum nennt man diese Personen dann nicht gleich Täter*innen? Das ist ein Begriff, mit dem die Öffentlichkeit etwas anfangen kann, und daher im Sinne des *fair labelling* sicherlich zu bevorzugen. Dies wäre allerdings mit dem von Guilfoyle vertretenen Täterbegriff, der allein auf die direkte Verursachung abstellt¹⁰⁵⁵, nicht vereinbar. Daher ist es nur schlüssig, wenn er zu dem Ergebnis kommt, dass die mittelbar Handelnden im Hintergrund Teilnehmer*innen sind, denen dennoch ein höhere Maß an Verantwortung und damit Schuld zukommt als den Täter*innen.¹⁰⁵⁶ Dem Prinzip des *fair labelling* versucht Guilfoyle mit dem Begriff der „*aggregators of responsibility*“ gerecht zu werden und greift somit wie bereits Gil Gil und Maculan zu einer untechnischen Bezeichnung, die nicht einmal ansatzweise im IStGH-Statut vorgesehen ist.

Ein weiterer Punkt, den Guilfoyle in seinem Aufsatz kritisiert, ist, dass im Schuldspruch eines völkerstrafrechtlichen Urteils nicht die konkrete Beteiligungsform genannt werde, sondern nur die Straftat. Dies habe zur Folge, dass eine Person, die Beihilfe zum Völkermord geleistet hat, wegen Völkermordes schuldig gesprochen werde.¹⁰⁵⁷ Dies ist an den *ad-hoc*-Gerichtshöfen tatsächlich sehr häufig der Fall¹⁰⁵⁸, am IStGH dagegen wird die Beteiligungsform im Schuldspruch¹⁰⁵⁹ zumindest auch erwähnt. So heißt es im Urteil gegen Katanga beispielsweise¹⁰⁶⁰:

„[T]he chamber finds Germain Katanga guilty, under article 25(3)(d) of the Statute, as an accessory to the crimes committed on 24 February 2003 of:

- Murder as a crime against humanity under article 7(1)(a) of the Statute;
- Murder as a war crime under article 8(2)(c)(i) of the Statute[...].“

Hier wird also immerhin sowohl die Norm genau zitiert, nämlich Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut, als auch die etwas ungünstige Bezeichnung „*accessory*“ verwendet, die im Statut zwar nicht vorkommt, aber zumindest klar ausdrückt, dass hier auf Teilnahme und nicht Täterschaft erkannt wurde. Im ersten Urteil des IStGH dagegen, im Verfahren gegen Lubanga, der als Mittäter verurteilt wurde, findet sich kein ausdrücklicher Verweis auf die Beteiligungsform, sondern es wird in der *disposition* nur Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut mitzitiert:

„[T]he Chamber finds Mr Thomas Lubanga Dyilo:
GUILTY of the crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities within the meaning of Articles 8(2)(e)(vii) and 25(3)(a) of the Statute from early September 2002 to 13 August 2003.“¹⁰⁶¹

Unabhängig von der tatsächlichen Praxis der Gerichtshöfe ist es jedoch gerade im Sinne des *fair labelling* wünschenswert, die konkrete Beteiligungsform auch im Schuldspruch zu erwähnen, um die Tat möglichst exakt zu benennen.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁵ Ebd., 255–286 (262).

¹⁰⁵⁶ Vgl. ebd., 255–286 (285 f.).

¹⁰⁵⁷ Ebd., 255–286 (261): „[I]n common law jurisdictions accessories are typically treated ‘as if they had actually perpetrated the crime’ and may be tried and sentenced as a principal offender. [...] The final conviction entered against the accessory will therefore simply be ‘rape’ or ‘murder’. The same is true in international criminal law: an aider and abettor of genocide is convicted of genocide.“

¹⁰⁵⁸ Vgl. die Analyse von Stewart, Leiden Journal of International Law 2012, 165 (187), der in Fn. 114 feststellt, dass in über 95 Prozent der Urteile wegen Teilnahme dies in der *disposition* nicht erwähnt wird.

¹⁰⁵⁹ Die *disposition* am Ende der Urteile entspricht sinngemäß dem Schuldspruch eines deutschen Urteils.

¹⁰⁶⁰ ICC v. 7. März 2014 (The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Disposition.

¹⁰⁶¹ ICC v. 14. März 2012 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgement) ICC-01/04-01/06-2842, Disposition, Rn. 1358.

¹⁰⁶² Vgl. Guilfoyle, Current Legal Problems 64 (2011), 255–286 (261 f.).

Sadat und Jolly dagegen sehen die Anwendung der *indirect co-perpetration* auch¹⁰⁶³ deswegen kritisch, weil sie es für möglich halten, dass die Bezeichnung einer Person als *indirect perpetrator* dazu führe, dass eine solche Person als weniger verantwortlich angesehen werde als ein *direct perpetrator*.¹⁰⁶⁴ Selbst wenn dies so wäre, wäre es dennoch kein zwingendes Argument gegen die mittelbare Täterschaft als solche. Vor allem muss auch die Alternative bedacht werden: Die üblicherweise genannte Alternative zur mittelbaren Täterschaft lautet Teilnahme, meist Anstiftung, sofern man nicht einer Einheitstäterlösung folgt. Ohne entsprechende Studien zur Wahrnehmung der Begriffe „Täter*in“ und „Anstifter*in“ lässt sich natürlich nicht abschließend sagen, welche Bezeichnung in der Öffentlichkeit als schwerwiegender wahrgenommen wird, aber Erfahrungen mit juristischen Laien sprechen eher dafür, dass Täterschaft für schwerwiegender gehalten wird. Dementsprechend wird vermutlich auch die mittelbare Täterschaft zumindest nicht als weniger schwerwiegend wahrgenommen als Anstiftung oder eine andere Form der Teilnahme. Daher stellt die Verwendung der Terminologie, auch wenn sie sich nicht jedem Laien völlig erschließt, kein Problem dar. Schon gar nicht handelt es sich um „ein echtes Problem des Gerichtshofes“, wie Sadat und Jolly schreiben.¹⁰⁶⁵ Die Vermutung, dass Laien eher auf das Strafmaß und die Beschreibung der Handlung achten als auf die konkrete Beteiligungsform, spricht ebenso nicht gegen eine Verwendung der mittelbaren Täterschaft¹⁰⁶⁶, denn die Bedeutung der Bezeichnung als Täter*in bleibt. Genauso wenig ist die Komplexität einer Theorie ein Grund sie abzulehnen, auch wenn Vereinfachungen grundsätzlich begrüßenswert sind. Anders sehen dies Sadat und Jolly und kritisieren entsprechend die Auslegung des IStGH:

„[T]he language and theory the Court has adopted is stunningly complex, causing scholars the world over to argue over its meaning and appropriateness, and suggesting that the educated lay reader is unlikely to understand much at all. The ICC should be seeking simplicity and universality in the labels it attaches to offenders and the prevailing interpretation of Article 25(3) does not achieve this.“¹⁰⁶⁷

Stewart, der sich für ein Einheitstätersystem im Völkerstrafrecht einsetzt, erläutert die grundsätzlichen Spannungen bei der Diskussion der Beteiligungsformen im Völkerstrafrecht aus historischer Sicht am Beispiel der Nazi-Verbrechen: Einerseits wäre Hitler nach herkömmlichen nationalen Beteiligungsregeln bloßer Teilnehmer am Holocaust gewesen, was für viele – gerade auch aus *fair-labelling*-Gesichtspunkten – völlig untragbar sei.¹⁰⁶⁸ Andererseits müsse auch sichergestellt werden, dass nicht einzelne Personen exemplarisch für die Schuld vieler verantwortlich gemacht würden.¹⁰⁶⁹ Stewart hält das Konzept der Einheitstäterschaft für die optimale Lösung dieser Problematik.¹⁰⁷⁰ *Fair labelling* ist für Stewart zwar lediglich ein Bestandteil des Schuldprinzips und kein eigenständiger Grundsatz, aber unabhängig von der begrifflichen Einstufung ist auch er der Auffassung, dass die Bezeichnung einer Tat bereits Teil der Strafe sei und daher der Schuld der Angeklagten entsprechen müsse.¹⁰⁷¹ Allerdings hält Stewart das differenzierende Beteiligungssystem auch deswegen für ungünstig, weil die Gefahr bestehe, dass die Öffentlichkeit die einzelnen Begriffe nicht verstehe, wobei er selbst zugibt, dass der Begriff „Anstifter*in“ eventuell noch verstanden werde, während aber die Kombination aus mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft nicht aussagekräftig sei.¹⁰⁷² Es handele sich vielmehr um

¹⁰⁶³ Siehe zu ihrer *plain-reading*-Interpretation von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut 6. auf S. 116 f.

¹⁰⁶⁴ Sadat/Jolly, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 755–788 (769 f.).

¹⁰⁶⁵ *Ebd.*, 755–788 (770).

¹⁰⁶⁶ Anders *ebd.*, 755–788 (783).

¹⁰⁶⁷ *Ebd.*, 755–788 (783).

¹⁰⁶⁸ Vgl. Stewart, *Leiden Journal of International Law* 2012, 165 (167).

¹⁰⁶⁹ *Ebd.*, 165 (166 f.).

¹⁰⁷⁰ *Ebd.*, 165 (171).

¹⁰⁷¹ *Ebd.*, 165 (176).

¹⁰⁷² *Ebd.*, 165 (212).

eine „*technocratic reference to legalese that only a small élite [...] is likely to understand*“, wie Stewart mit Bezug auf einen BBC-Bericht schreibt, worin *indirect co-perpetration* offenbar in Anführungsstriche gesetzt wurde.¹⁰⁷³ Nur weil die Journalist*innen der BBC es für nötig hielten, einen juristischen Fachterminus in Anführungsstriche zu setzen, heißt das noch nicht, dass dieser Begriff für juristische Laien völlig unverständlich ist. Im Übrigen erschließt sich nicht, warum überhaupt der Anspruch besteht, nur solche Begriffe zu verwenden, die jede*r Nichtjurist*in verstehen kann. Fachbegriffe haben in ihrem jeweiligen Fachgebiet dadurch eine Berechtigung, das sie die Kommunikation erleichtern und präzisieren. Den Journalist*innen kommt dann die Aufgabe zu, die relevanten Informationen für die Öffentlichkeit verständlich aufzuarbeiten. Auch aus *fair-labelling*-Gründen ist nicht erkennbar, warum dies für das Völkerstrafrecht grundsätzlich nicht gelten soll.

Stewart wehrt sich dagegen, dass allein die Bezeichnung des Verbrechens und der Beteiligungsform die Schwere der Schuld wiedergeben sollen und plädiert stattdessen dafür, dass das Urteil in „*plain language*“ die Umstände der Tat erläutern solle.¹⁰⁷⁴ Daher lehnt er auch die Organisationsherrschaftslehre als Ausdruck der Tatumstände ab und fragt, warum das Gericht nicht einfach erwähnen könne, dass „kollektive Strukturen die Tat ermöglicht haben“. ¹⁰⁷⁵ Es ist nicht nachvollziehbar, warum anstelle präziser juristischer Terminologie an ein Urteil eine Erklärung in einfacher Sprache angehängt werden soll, worin die angeklagte Tat erläutert wird. Für die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung durch die Mitglieder der Öffentlichkeit (die sich aber realistischerweise wohl nur in den seltensten Fällen mit den hunderte Seiten langen Urteilen des IStGH beschäftigen), ist dieser Vorschlag sicherlich begrüßenswert, allerdings ist dies kein Argument gegen das differenzierte Beteiligungssystem. Gerade aus *fair-labelling*-Gesichtspunkten ist eine eindeutige Bezeichnung der Beteiligungsform auch zusätzlich zu einer Erläuterung der Taten wünschenswert.

Es ist interessant zu beobachten, dass gerade unter den Gegner*innen der Tatherrschaftslehre bzw. spezieller der Organisationsherrschaftslehre zwar die Verknüpfung zwischen großer Verantwortlichkeit und Täterschaft abgelehnt wird, gleichzeitig aber für die Verwendung anderer Bezeichnungen oder Erläuterungen geworben wird, um das hohe Maß der Schuld zum Ausdruck zu bringen. Grundsätzlich bezwecken offenbar alle dasselbe: Eine passende und vor allem faire Bezeichnung der Tat wird gesucht, und zwar vor allem bezogen auf die Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit und die Opfer, und wohl auch zur Verhinderung weiterer Völkerrechtsverbrechen durch die möglicherweise abschreckende Wirkung solcher Verurteilungen. Welcher Weg dazu konkret gewählt wird, ist für die Zwecke des *fair labelling* ohne Bedeutung, und eventuelle Effekte wären wohl auch kaum empirisch feststellbar. Allerdings ist das Prinzip des *fair labelling* auch nicht schwerwiegend genug, um allein deswegen einen Täterbegriff bzw. eine Theorie zu den Beteiligungsformen zu befürworten oder abzulehnen, vor allem da offenbar verschiedene Wege möglich sind.

Ein Punkt, der in Stewarts Aufsatz noch offen ist und sich auch aus dem ersten Abschnitt zur Symbolik ergeben kann, ist der der möglichen Ausnutzung einer einzelnen Person als Sündenbock und Vertreter*in eines verbrecherischen Regimes o.ä. Gemeint ist damit die Gefahr, dass ein*e Einzelne*r als *pars pro toto* verurteilt wird und so die Schuld vieler aufgeladen bekommt. Diese Gefahr erwähnt Stewart mit Verweis auf eine Aussage Eichmanns¹⁰⁷⁶ und auch wenn man die Begründung der Vertreter*innen der Tatherrschaftslehre für ihre Ansicht liest, kann es den Anschein haben, dass die Symbolik wichtiger erscheint als eine schuldangemessene Verurteilung. Diese Frage hat nur am Rande mit *fair labelling* zu tun, soll aber zumindest kurz angespro-

¹⁰⁷³ Ebd., 165 (212).

¹⁰⁷⁴ Ebd., 165 (212 f.).

¹⁰⁷⁵ Ebd., 165 (213) (eigene Übersetzung).

¹⁰⁷⁶ Ebd., 165 (166 f.).

chen werden. Gattini schreibt, dass die Verantwortlichkeit Einzelner im Völkerstrafrecht von Beginn an als ein symbolischer Akt zur Darstellung kollektiver Schuld verstanden worden sei: „So, individual responsibility was understood from the beginning as a symbolic gesture that expressed the collective dimension of the crimes committed in the name and for the sake of the state.“¹⁰⁷⁷ Allein rein praktisch gesehen ist es für den IStGH unmöglich, alle irgendwie an einem Völkerrechtsverbrechen Beteiligten zur Verantwortung zu ziehen. Entsprechend sieht das Prinzip der Komplementarität vor, dass der IStGH nur tätig wird, wenn die jeweiligen Staaten nicht willens oder in der Lage sind, die Taten zu verfolgen.¹⁰⁷⁸ Das Ziel des IStGH ist daher nach Aussage des ehemaligen Chefanklägers vor allem die Strafverfolgung der für völkerstrafrechtliche Taten Hauptverantwortlichen: „[T]he Office of the Prosecutor should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes.“¹⁰⁷⁹ Gerade dann besteht aber die Gefahr, dass diese Personen als Vertreter*innen eines Regimes über das Maß ihrer persönlichen Schuld hinaus verurteilt werden. Diese Gefahr sollte zumindest gesehen werden.

¹⁰⁷⁷ Gattini, in: System Criminality, 101–126 (106 f.).

¹⁰⁷⁸ Art. 1 S. 2 IStGH-Statut: „[The Court] shall be complementary to national criminal jurisdictions[...]. Vgl. dazu auch 1. auf S. 18 f.

¹⁰⁷⁹ Office of the Prosecutor, September 2003: Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, S. 7.

§ 8 Übertragbarkeit auf das deutsche Recht

Im Folgenden möchte ich mich der Frage widmen, ob das Konzept der mittelbaren Mittäterschaft bzw. der mittelbaren Täterschaft in Mittäterschaft, so wie es im Völkerstrafrecht entwickelt wurde und noch wird, auch im deutschen Recht bekannt und anwendbar ist.

I. Mittelbare Mittäterschaft im deutschen Recht

In der Literatur findet sich die explizite begriffliche Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft zuerst bei Roxin¹⁰⁸⁰ und dann auch bei Gropp¹⁰⁸¹ in der jeweiligen Besprechung des BGH-Urteils zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der ehemaligen DDR¹⁰⁸², mit entsprechenden Verweisen auch bei Hoyer im SK¹⁰⁸³ und genauso bei Joecks im Münchener Kommentar¹⁰⁸⁴.

In dem Urteil hat der BGH sich Roxins Organisationsherrschaftslehre angeschlossen.¹⁰⁸⁵ Konkret geht es darin um die Verantwortlichkeit dreier Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR für die Tötung von sieben Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze.¹⁰⁸⁶ Die Beschlüsse des Nationalen Verteidigungsrates waren die Grundlage für „Jahresbefehle“, die wiederum die Grundlage für alle Handlungen der Grenztruppen der DDR waren, also auch für die Verminung der Grenze und den Schusswaffeneinsatz gegen Flüchtlinge.¹⁰⁸⁷ Den Grenztruppen wurde mitgeteilt, dass „‘Grenzdurchbrüche’ durch Flüchtlinge aus der DDR in jedem Falle und unter Einsatz jeden Mittels zu verhindern“ seien. „Durch die Befehle wurde bei den Soldaten gezielt der Eindruck erweckt, die ‘Unverletzlichkeit der Grenze’ habe Vorrang vor einem Menschenleben.“¹⁰⁸⁸ Das Landgericht verurteilte die Angeklagten wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag, mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft wurden mangels Tatherrschaft abgelehnt.¹⁰⁸⁹ Der BGH änderte den Schuldspruch auf Totschlag in mittelbarer Täterschaft, obwohl die Grenzsoldaten selbst voll verantwortliche Täter waren.¹⁰⁹⁰

„Es gibt [...] Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorlie-

¹⁰⁸⁰ Roxin, JZ 1995, 49 (52).

¹⁰⁸¹ Gropp, JuS 1996, 13 (13).

¹⁰⁸² BGHSt 40, 218.

¹⁰⁸³ Hoyer, in: *SK-StGB*⁷, § 25 Rn. 1.

¹⁰⁸⁴ Joecks, in: *MüKo-StGB*³, § 25 Rn. 1.

¹⁰⁸⁵ Siehe auch oben 2. auf S. 59 f.

¹⁰⁸⁶ BGHSt 40, 218, 219.

¹⁰⁸⁷ BGHSt 40, 218, 220 f.

¹⁰⁸⁸ BGHSt 40, 218, 222.

¹⁰⁸⁹ BGHSt 40, 218, 229.

¹⁰⁹⁰ BGHSt 40, 218, 232.

gen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände [...] ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft. Er besitzt die Tatherrschaft.“¹⁰⁹¹

Gropp verwendet in seiner Besprechung die Bezeichnung „mittelbarer Mit-Täter“¹⁰⁹², Roxin schreibt, dass man „wohl eine ‘mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft’ annehmen“ müsse, am Ergebnis ändere das aber nichts¹⁰⁹³. Auch die Kommentare sehen in der Kombination offenbar kein Problem, solange die Voraussetzungen beider Täterschaftsformen vorliegen.¹⁰⁹⁴ Ähnlich sieht es in der Lehrbuchliteratur aus. Haft erwähnt nur die Möglichkeit einer Kombination beider Täterschaftsformen mit einem kurzen Beispiel.¹⁰⁹⁵ Lampe geht in seinem Aufsatz zu Tätersystemen wohl ebenfalls davon aus, dass die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft kombiniert werden können.¹⁰⁹⁶ In einem Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014 gegen einen ehemaligen ruandischen Bürgermeister wegen Beteiligung an einem Massaker im Rahmen des Völkermordes in Ruanda 1994 wird die mittelbare Mittäterschaft zumindest angesprochen, konkret kam die Täterschaftsform dort aber nicht in Frage:

„Eine Verurteilung des Angeklagten wegen in mittäterschaftlicher mittelbarer Täterschaft begangenen Völkermords ist nicht erfolgt, weil der Angeklagte weder durch die jeweils einzelnen, das Massaker fördernden Handlungen noch durch diese Handlungen in ihrer Gesamtheit Tatherrschaft hatte.“¹⁰⁹⁷

Vests Behauptung, die mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft sei „eine in der deutschen Theorie und Praxis seit längerem bekannte Kombination“¹⁰⁹⁸, ist damit sicher nicht falsch, auch wenn sie unbelegt bleibt. Weigend schreibt schlicht, die mittelbare Mittäterschaft (*indirect co-perpetration*) sei nach deutschem Verständnis keine neue Erfindung, sondern schlicht eine Unterkategorie der Mittäterschaft, und bezieht sich dabei nur auf aktuelle Literatur zum Völkerstrafrecht.¹⁰⁹⁹

Ansonsten wird über die Kombination verschiedener Täterschaftsformen im deutschen Strafrecht nicht viel geschrieben. Küpper widmet sich beispielsweise in einem Aufsatz der Abgrenzung der verschiedenen Täterschaftsformen voneinander. Nur ganz am Rande aber schreibt er auch über die Kombination derselben, was er für möglich hält, wieder mit Verweis auf das oben bereits erwähnte BGH-Urteil und dessen Besprechungen.¹¹⁰⁰ Jescheck/Weigend behandeln zwar in einem sehr kurzen Abschnitt das „Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsformen“, allerdings wird dabei die Kombination von verschiedenen Täterschaftsformen gar nicht erwähnt.¹¹⁰¹

Auch sonst gibt es mehr Literatur zur Kombination von Täterschafts- und Teilnahmeformen als zur Kombination von Täterschaftsformen. Begehen mehrere eine Anstiftung oder Beihilfe gemeinschaftlich, so wird im Ergebnis unproblematisch jede*r anstiftende Beteiligte wegen Anstiftung und jede*r helfende Beteiligte wegen Beihilfe bestraft.¹¹⁰² Bereits in einer Reichsge-

¹⁰⁹¹ BGHSt 40, 218, 236.

¹⁰⁹² Gropp, JuS 1996, 13 (13).

¹⁰⁹³ Roxin, JZ 1995, 49 (52).

¹⁰⁹⁴ Joecks, in: *MüKo-StGB*³, § 25 Rn. 1, Hoyer, in: *SK-StGB*⁷, § 25 Rn. 1. Kurze Nennung nur mit Verweis auf Werle/Burghardt, in: FS Maiwald, 849–864; Heine/Weißer, in: *Schönke/Schröder*²⁹, Vor § 25 Rn. 1.

¹⁰⁹⁵ Haft, S. 207 f.

¹⁰⁹⁶ Lampe, ZStW 119 (2007), 471–518 (494).

¹⁰⁹⁷ OLG Frankfurt, Urteil v. 18. Februar 2014 – 5-3 StE 4/10 - 4 - 3/10, Rn. 764..

¹⁰⁹⁸ Vest, S. 433.

¹⁰⁹⁹ Weigend, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), 253–266 (660).

¹¹⁰⁰ Küpper, GA 1998, 519 (529).

¹¹⁰¹ Jescheck/Weigend, S. 697.

¹¹⁰² Vgl. BGH NSTz 2000, 421, 422; Kühl, in: *Lackner/Kühl*²⁸, § 26 Rn. 8; Roxin, AT II, § 25 Rn. 238 und § 26 Rn. 173 ff.; vgl. dazu auch Dencker, S. 140 f.

richtsentscheidung aus dem Jahr 1885 ist die Rede vom „Analogon des Mitthäters“, falls zwei Personen gemeinsam eine dritte Person zu einer Tat anstiften.¹¹⁰³

Bekannter und allgemein anerkannt ist die sogenannte Kettenteilnahme, also beispielsweise die Anstiftung zur Anstiftung oder Beihilfe und die Beihilfe zur Anstiftung oder Beihilfe.¹¹⁰⁴ Vest nennt noch dazu aber auch den Begriff „Kettentäter“, denn diese Konstruktion sei, wenn auch in der Praxis bisher nicht zur Anwendung gekommen, denkbar.¹¹⁰⁵ Im niederländischen Recht ist die Kombination von Teilnahmeformen offenbar zumindest in der Gerichtspraxis auch problemlos anerkannt.¹¹⁰⁶

Insgesamt scheint in der deutschen Literatur und Rechtsprechung Einigkeit zu bestehen, dass die Kombination verschiedener Täterschaftsformen unproblematisch möglich ist. Diskussionen darum wie im Völkerstrafrecht gibt es nicht. Dies könnte auch daran liegen, dass im nationalen Strafrecht deutlich weniger Fälle vorkommen, bei denen eine solche Kombination in Frage kommt.

II. Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die mittelbare Mittäterschaft mit dem geltenden deutschen Strafrecht vereinbar ist. § 25 des deutschen StGB lautet:

- „(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.
(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“

Während in Absatz 1 die unmittelbare und die mittelbare Täterschaft normiert ist, regelt Absatz 2 die Mittäterschaft. Eine Verknüpfung zwischen beiden Absätzen gibt es nicht, eine „Oder“-Verknüpfung wie in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut gibt es hier nur zwischen der sich ohnehin gegenseitig ausschließenden unmittelbaren und der mittelbaren Täterschaft. Es ist also allein aus dem Wortlaut der Norm kein Grund ersichtlich, warum die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft nicht verknüpft werden können.

Auch gesetzgebungsgeschichtlich spricht nichts gegen eine Kombination aus Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft: Die aktuelle Regelung ist 1975 als Teil des 2. Strafrechtsreformgesetzes¹¹⁰⁷ in Kraft getreten und hat erstmals diese in der Rechtsprechung seit langem anerkannten drei Täterschaftsformen normiert¹¹⁰⁸. Die Gesetzesbegründung enthält keinerlei Anhaltspunkte, die gegen eine solche Kombination sprechen.

Systematische oder teleologische Argumente gegen eine Kombination von mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft sind ebenfalls nicht ersichtlich. Insgesamt ist es im deutschen Strafrecht absolut unproblematisch möglich, beide Täterschaftsformen zu kombinieren, falls eine solche Konstellation auftreten sollte. Die fehlende Diskussion über diese Frage ist ein weiterer Beleg dafür. Dies ist wohl dadurch zu erklären, dass Konstellationen, die die Kombination von Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft erfordern, im nationalen Strafrecht typischerweise nicht vorkommen.

¹¹⁰³ RGSt 13, 121, 123. Vgl. auch RGSt 53, 189, 190: Anstiftung in Mittäterschaft durch gleichzeitiges Überreden zur Tat nach vorheriger entsprechender Verabredung.

¹¹⁰⁴ Roxin, AT II, § 26 Rn. 176 ff.; Vest, S. 210 f.

¹¹⁰⁵ Ebd., S. 211.

¹¹⁰⁶ Mit zusätzlichem Verweis auf die deutsche Regelung: v. Sliedregt, Individual Criminal Responsibility in International Law, S. 68 f.

¹¹⁰⁷ BGBl. I 1969, 717.

¹¹⁰⁸ Schünemann, in: LK¹², § 25 Rn. 1.

§ 9 Zusammenfassung und Ausblick

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Konstruktion der *indirect co-perpetration* bzw. der mittelbaren Mittäterschaft mit dem IStGH-Statut vereinbar ist. Dennoch empfiehlt sich eine Umformulierung des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, da der aktuelle Wortlaut nicht klar ausdrückt, ob eine solche Kombination der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft möglich ist.

Die Reaktionen der Literatur auf die *indirect co-perpetration* sind gemischt, wobei die Kritik zumeist eher grundsätzlicher Natur ist und sich beispielsweise gegen die Tatherrschaftslehre als solche wendet. Gegen eine Kombination der beiden Täterschaftsformen werden keine überzeugenden Argumente vorgebracht. Die Auswirkungen der *indirect co-perpetration* auf die Strafbarkeit der Beteiligten sind, soweit es nach der bisherigen Rechtsprechung des IStGH zu beurteilen ist, eher gering. Durch den von der Beteiligungsform unabhängigen Strafrahmen ist dies aber auch nicht überraschend. Die Anwendung der *indirect co-perpetration* ist gerade auch aus *fair-labelling*-Gesichtspunkten wünschenswert, um die Tat und die Täter*innen möglichst exakt bezeichnen zu können. Im deutschen Strafrecht wird die Frage, ob es eine mittelbare Mittäterschaft gibt oder geben kann, so gut wie gar nicht diskutiert. Anwendung findet diese Kombination in einzelnen Fällen allerdings schon seit Jahren.

Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung des IStGH sich im Hinblick auf die *indirect co-perpetration* entwickeln wird. Bisher scheint die Konstruktion sich zwar in frühen Stadien der Verfahren großer Beliebtheit zu erfreuen, aber entsprechende Verurteilungen kommen u.a. wegen der schwierigen Nachweisbarkeit aller Merkmale kaum in Betracht. Bisher sind allerdings nur wenige Verfahren überhaupt zum Abschluss gekommen, so dass die weitere Tätigkeit des IStGH gerade auch im Hinblick auf die *indirect co-perpetration* mit Spannung beobachtet werden wird.