

---

# Fangnetze für Eliten in der internationalen Strafjustiz

Oliver Diggelmann\*

## Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt: Furcht vor straflosen Drahtziehern	37
II.	Rechtssatz-Problematik: Unspezifität und vollständig fehlende Rechtsgrundlage	39
	A. Unspezifität und Ambiguität: «judge legislators»	39
	B. Fehlende explizite Rechtsgrundlage: Nähe zu <i>ad hoc</i> Fangnetzen	45
III.	Schuldprinzip-Problematik: Elitenverbrechen und weit gefasste Täterschaft	47
	A. Elitenverbrechen: Zurechnung qua Milieuzugehörigkeit?	47
	B. Weit gefasste Täterschaft: Nähe zu quasi-Schuldvermutungen	52
IV.	Schluss	56
V.	Literaturverzeichnis	57

## I. Ausgangspunkt: Furcht vor straflosen Drahtziehern

Die grosse Sorge des geistigen Vaters des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals, Oberst Murray C. Bernays, waren mögliche Freisprüche zentraler Figuren des national-sozialistischen Regimes. Er ging davon aus, dass das Tribunal als Ganzes als Fehlschlag beurteilt werden würde, wenn nicht zumindest einige der noch lebenden wichtigen Figuren zur Rechenschaft gezogen würden. Die meisten Angehörigen des Führungsmilieus waren in die konkrete physische Verübung der Verbrechen und ihre Organisation nicht unmittelbar involviert. Bernays suchte deshalb nach Möglichkeiten, ihr Entkommen durch Schaffung entsprechenden Rechts zu verhindern. In seinen Überlegungen spielte früh schon die Idee eines – nur vage konturierten – Verbrechens der «Verschwörung» eine Rolle; es sollte Verurteilungen ermöglichen, wenn eine konkrete Involvierung in Kriegsverbrechen oder in den Massenmord an den Juden und anderen Minderheiten nicht nachweisbar sein sollte.<sup>1</sup> Pointierter: Es ging ihm um die Schaffung eines Fangnetzes für jene Eliten, die auf keinen Fall entkommen durften. Involvierung in das grosse Ganze der Nazi-Verbrechen, zumal an

---

\* Professor für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Universität Zürich. Ich danke meinem Assistenten Matthias Emery, MLaw, herzlich für die äusserst wertvolle Mitarbeit.

<sup>1</sup> BUSH, S. 1138.

bedeutender Stelle, so die Überlegung, sollte ebenso bestraft werden können wie die Beteiligung an den einzelnen konkreten Verbrechen.

Ein Grundcharakteristikum völkerrechtlicher Verbrechen ist, dass sie typischerweise von arbeitsteilig agierenden Menschengruppen begangen werden. Sie sind in der Regel Ergebnis eines komplexen Zusammenwirkens vieler Akteure. Diese Gruppen- oder gar Grossgruppendifferenz unterscheidet sie von «gewöhnlichen» Verbrechen wie Diebstahl oder Mord, wie sie normalerweise vor innerstaatlichen Straftribunalen verhandelt werden. Während des Bürgerkrieges in Syrien etwa wurde in verschiedenen Gefängnissen mit ähnlichen Methoden gefoltert.<sup>2</sup> Das Muster, das sich hinter den Taten offenbart, liess auf ein signifikantes Zusammenwirken der konkret handelnden Folterknechte mit den für die Koordination und den politischen Support zuständigen Personen in mittleren und oberen Chargen schliessen. Arbeitsteilung vergrössert die Handlungsspielräume oberer Chargen. Sie ermöglicht unter Umständen die Avisierung politischer Grossziele wie die Niederschlagung eines Aufstandes, die Eroberung von Territorien oder die Dezimierung einer Bevölkerungsgruppe. In Diktaturen werden die Spielräume der Oberen nicht zuletzt dadurch erweitert, dass untere Chargen für Fehlverhalten drakonischen Strafordnungen ausgesetzt werden, die zuweilen exemplarisch vollstreckt werden. In der Gegenwart lässt sich der Mechanismus etwa auf Seiten Russlands im Krieg gegen die Ukraine beobachten. Berichten zufolge soll Russland seit 2022 dazu übergegangen sein, hohe Strafen zur Disziplinierung der Truppen einzusetzen, um so letztlich die Handlungsspielräume der Spitze möglichst aufrecht zu erhalten. Das Weisse Haus nimmt an, dass verschiedentlich Exekutionen wegen Ungehorsams stattgefunden haben.<sup>3</sup>

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Drahtziehern und der Systemspitze kann grundsätzlich auf zwei Wegen erreicht werden. Die erste Option ist das Schaffen eigentlicher Elitentatbestände. Sie stellen exklusiv oder im Schwerpunkt das spezifische Handeln der Eliten unter Strafe, ihren spezifischen Beitrag. Sie knüpfen an ganz konkrete Förderungshandlungen an. Ein Beispiel sind die Verbrechen gegen den Frieden in der Nürnberger Charta, deren zeitgenössischer Abkömmling das Verbrechen der Aggression im ICC-Statut darstellt.<sup>4</sup> Beide werden von Personen begangen, die Zugang zu Entscheidungen über Krieg und Frieden haben, naturgemäss also Angehörige der Elite. Die zweite Grundoption ist eine weit gefasste Konzeption der Täterschaft. Sie kann je nach Ausgestaltung den Einbezug der aus der Distanz agierenden Drahtzieher ermöglichen oder erschweren. Ein wichtiges Beispiel ist das «Hineinlesen» der Täterschaftsform des «gemeinschaftlichen verbrecherischen Unternehmens», des «joint criminal enterprise» (JCE), in die im Statut für das Kriegs-

---

<sup>2</sup> Die Gesamtzahl der zu Tode gefolterten Personen wurde 2019 auf 14'000 geschätzt: Human Rights Council, No End in Sight: Torture and Ill-Treatment in the Syrian Arab Republic 2020–2023 A/HRC/53/CRP.5, 10. Juli 2023; SAFI.

<sup>3</sup> MADHANI/LONG.

<sup>4</sup> Art. 6 lit. a Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (IMT-Statut, Nürnberger Statut); Art. 8<sup>bis</sup> Römer Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-Statut).

verbrechertribunal für das frühere Jugoslawien (ICTY) erwähnte «commission», die «Tatbegehung».<sup>5</sup> Die Ableitung dieser Form der Täterschaft (vielleicht müsste man sagen: die Erfindung) erlaubte die grosszügige Erfassung der Mitglieder von Kollektiven unterschiedlicher Grösse und Organisation – und vor allem der Eliten, wenn deren konkrete Beiträge an die Verbrechen nicht im Detail nachweisbar waren.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll das für die internationale Strafjustiz fundamentale Bemühen um Elitenverantwortlichkeit aus rechtsstaatlicher Sicht beleuchtet werden. Es interessiert das Grundsätzliche, das «big picture», nicht eine einzelne Institution. Im Lauf der Entwicklung seit dem Nürnberger Tribunal wurde teilweise, populär formuliert, mit eigentlichen Fang- oder Schleppnetzen für Eliten operiert, wobei auch rechtsstaatlich rote Linien überschritten wurden. Im Folgenden soll dieser Befund spezifiziert, neuralgische Aspekte sollen näher beleuchtet werden. Zwei Problemkreise werden dabei unterschieden: die genügende Rechtssatzgrundlage und die Vereinbarkeit von Regelungen und Praxis mit dem Schuldprinzip. Bei Letzterem geht es um die Frage, ob jemand bloss für eigenes schuldhaftes Verhalten oder auch für fremdes, von ihm nicht beeinflussbares zur Rechenschaft gezogen wird. Zwischen den beiden Problemdimensionen bestehen Berührungspunkte; sie werden hier aber grundsätzlich auseinandergelassen. Letztlich gilt das Interesse – daher der diachrone Ansatz bei der Analyse – der Entwicklung und dem Funktionieren der internationalen Strafjustiz generell und in der Langzeitperspektive: den Tiefenstrukturen, den bleibenden Fragen und Dilemmata.

## **II. Rechtssatz-Problematik: Unspezifität und vollständig fehlende Rechtsgrundlage**

### **A. Unspezifität und Ambiguität: «judge legislators»**

Die Kritik einer ungenügenden Rechtssatzgrundlage zählt zu den klassischen Vorwürfen an die internationale Strafjustiz. Ein Teil gilt der Erfassung verbrecherischer Eliten. Grundsätzlich muss Rechtsunterworfenen möglich sein, so der rechtsstaatlich zentrale Gedanke, mit vernünftigem Aufwand das Strafrecht zu kennen und so strafbares Verhalten von nicht strafbarem unterscheiden zu können.<sup>6</sup> Für den modernen Rechtsstaat einschliesslich der völkerrechtlichen Strafjustiz ist der Grundsatz fundamental.<sup>7</sup> Er hat den Status eines gar

<sup>5</sup> Zur Entwicklung der Figur insbesondere: HAAN.

<sup>6</sup> Zur Bedeutung der Zugänglichkeit und Verständlichkeit des Strafrechts: BINGHAM, S. 37 f.

<sup>7</sup> Das Kriegsverbrechertribunal für das frühere Jugoslawien (ICTY) nannte den Grundsatz der genügenden Rechtssatzgrundlagen einen «rechtsstaatlichen Grundpfeiler»: Prosecutor v. Zejnail Delalić *et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 402.

kulturübergreifenden und zeitlosen Rechts- und Gerechtigkeitspostulats; seine Bedeutung wurde bereits von frühen Hochkulturen wie der römischen oder der chinesischen erkannt.<sup>8</sup>

Kritisch könnte man mit Blick auf völkerrechtliche Verbrechen einwenden, bei derart schwerkriminellem Verhalten verstehe sich Strafbarkeit von selbst. Wer etwa die Deportation ukrainischer Kinder organisiert und um die Herkunft der Kinder weiss, könnte sich niemals glaubwürdig mit Hinweis auf fehlendes Wissen um die Strafbarkeit entlasten. Am Einwand ist in solchen Konstellationen etwas dran. Seine Grenzen zeigen sich aber, wenn der Blick auf jene Verhaltensweisen gerichtet wird, die nicht unmittelbar die physische Verübung der Verbrechen betreffen, bei Beiträgen im Hintergrund, die vor allem der Unterstützung oder Ermöglichung der Verbrechen dienen. Bei Makroverbrechen existieren zahlreiche Formen solch indirekter Förderung. Sie reichen vom Stützen politischer oder ökonomischer Strukturen oder einer Mentalität bis zum Bekunden von Sympathie für Tatabführende. Die Gesamtheit aller Förderungshandlungen schafft eine «Grosswetterlage»; sie kann die Verbrechen begünstigen oder vielleicht gar entscheidend fördern. Wo aber liegt genau die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten? Eine Kultur des Gehorsams in Politik und Militär, ein Korpsgeist und das politische Absichern von Verbrechen wie Deportationen durch Propaganda können allesamt wichtige Erfolgsfaktoren sein. Immer gibt es zudem Formen der indirekten Förderung, die von vornherein nicht strafbar sein können. Ein Zustimmung signalisierender Kuss auf die Wange eines Kriegsverbrechers ist kein Verbrechen, auch wenn er moralisch vorwerfbar ist.<sup>9</sup> Eine generell-abstrakte Trennlinie zwischen strafrechtlich relevantem und bloss moralisch schuldhaftem Verhalten zu ziehen, ist gerade beim Beitrag von Eliten oft schwierig. Teilweise wird deshalb – im Vergleich mit hochentwickelten staatlichen Strafrechtssystemen – eine Absenkung der Anforderungen an die *lex certa* verlangt.<sup>10</sup> Die Vorstellungen in Bezug auf den erforderlichen Rigiditätsgrad bei den Anforderungen gehen beträchtlich auseinander.<sup>11</sup> Geringe Anforderungen bedeuten aber eine Verschiebung von faktischer Rechtsetzungsmacht auf das Richterergremium, was wiederum den Vorwurf von «judge legislators» provoziert. Dieser ist ebenfalls ein traditioneller Begleiter der internationalen Strafjustiz.

Bei den Pioniertribunalen nach dem Zweiten Weltkrieg war ungenügende Spezifität der Regelung ein genereller Mangel. Deutlicher: ein genereller und zugleich schwerer Mangel. Die Nürnberger Charta verweist etwa beim Straftatbestand der Kriegsverbrechen – dem

---

<sup>8</sup> Zur Bedeutung im alten chinesischen Kaiserreich: MACCORMACK, S. 1 f.

<sup>9</sup> Sinnbildlich für moralische Schuld durch Sympathiebekundung ist ein Foto geworden, das die spätere Präsidentin der bosnischen Serben und auch selbst angeklagte Biljana Plavšić zeigt, wie sie dem bosnisch-serbischen Warlord Željko Ražnatović Arkan einen Kuss auf die Wange drückt: SUBOTIĆ, S. 42.

<sup>10</sup> VAN SCHAACK 2009, S. 134; CORSI, S. 1329; STEER, S. 36 f.

<sup>11</sup> Das Erfordernis hat zudem in den verschiedenen Rechtskulturen unterschiedliche Ausprägungen erfahren, was seine Übertragung auf die internationale Ebene erschwert. Dazu: CORSI, S. 1328; VAN SCHAACK 2009, S. 102; Prosecutor v. Zejnil Delalić *et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 403.

einzigem Tatbestand, dessen Aufnahme in den Verbrechenkatalog von vornherein feststand – pauschal auf die Gesetze und Gebräuche des Krieges. Sie nennt zwar etwa Mord, Deportation zu Sklavenarbeit und Misshandlung von Kriegsgefangenen als Beispiele (Art. 6 Abs. 1 lit. b). Es fehlt aber jeder Versuch einer generell-abstrakten Bestimmung der Trennlinie zwischen strafbarem und straflosem Verhalten. Die Charta ignoriert das Problem. Nicht jede Regel des Kriegführungsrechts ist jedoch fundamental. Art. 6 Abs. 5 der Haager Landkriegsordnung beispielsweise enthält eine Regel zur Verwendung des Verdiensts von Kriegsgefangenen. Diese Regelung kann nicht gemeint sein. Die Charta überlässt die Grenzziehung dem Gericht.

Das Elitenverbrechen der Verbrechen gegen den Frieden ist ähnlich unspezifisch geregelt. Art. 6 Abs. 2 lit. a erklärt die Planung, Vorbereitung und das Führen eines Angriffskrieges für strafbar. Sie stellt im Rahmen eines Subtatbestands das gemeinsame Planen des Krieges und die «Verschwörung» zu einer der genannten Begehungsweisen unter Strafe. Die Regelung hat ebenfalls generalklauselartigen Charakter. Jedes Handeln mit losem Bezug zu den deutschen Angriffskriegen liesse sich theoretisch erfassen, der Begriff der Vorbereitung insbesondere ist weit konzipierbar. Die Anklage in Nürnberg hatte zunächst vor, von der Bestimmung ausgiebig Gebrauch zu machen. Sie erwog, die ganze Zeit des Aufstiegs der NSDAP bis zum Kriegsende als einen einzigen riesigen Aggressionsplan zu behandeln.<sup>12</sup> Sie liess die Idee jedoch wieder fallen und unterschied schliesslich verschiedene Subpläne.<sup>13</sup> Wegen Verbrechen gegen den Frieden verurteilt wurden nur hohe Chargen mit Einfluss auf die Politikformulierung (und in Kombination mit weiteren Anklagepunkten).<sup>14</sup> Hermann Göring, ab 1935 Reichsluftfahrtminister und Oberbefehlshaber der Luftwaffe, und Alfred Jodl, Hitlers engster Berater für die Gesamtkriegsführung, waren die zwei wichtigsten Fälle.<sup>15</sup> Kein einziger Angeklagter wurde ausschliesslich wegen Verbrechen gegen den Frieden schuldig gesprochen. Darin zeigt sich das Unbehagen gegenüber dem Tatbestand deutlich, das mit der Zeit immer grösser wurde. Das Schwestergericht in Tokio hatte generell weniger rechtsstaatliche Skrupel. Es wurde dem Nürnberger Tribunal nachgebildet und nutzte vor allem den Subtatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden, um die politische Führung Japans zu erfassen.<sup>16</sup> Das Ausweichen auf den Subtatbestand ersparte es dem Tokio-Tribunal, die Rollen der einzelnen Mitglieder der japanischen Führung in den komplexen Entscheidungsprozessen zu spezifizieren.

Die Nürnberger Charta sah zudem vor, dass auch die *Verschwörung* zu Verbrechen gegen den Frieden strafbar ist (Art. 6 Abs. 3) – wie auch die Verschwörung zu Verbrechen gegen

<sup>12</sup> CLARK, S. 543.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*, S. 543.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*, S. 544.

<sup>15</sup> International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22<sup>nd</sup> August, 1946 to 1<sup>st</sup> October, 1946), S. 515.

<sup>16</sup> Im Einzelnen: BOISTER, S. 430 f.

die Menschlichkeit (Art. 6 Abs. 4). Die Möglichkeiten einer pauschalen Erfassung der Eliten wurden damit theoretisch noch einmal stark erweitert. Die Charta entsprach so Murray C. Bernays Wunsch nach einem subsidiären Auffangnetz für Fälle, in denen die Beweislage dürftig war.<sup>17</sup> Kritisch wurde dagegen früh eingewendet, man solle die Nazi-Führungsebene nicht wegen blosser Planungen, sondern wegen Beteiligung an konkret begangenen Verbrechen anklagen.<sup>18</sup> Die Praxis spiegelte die ambivalenten Haltungen. Tribunal und Anklage behandelten die Verschwörung weder eindeutig als eigenständiges Verbrechen noch eindeutig als Beteiligungsform.<sup>19</sup> Sie hatten mit ihrer Einordnung Mühe, und das Gericht wies explizit auf seine Bedenken hin.<sup>20</sup> US-Chefankläger Robert H. Jackson, der als amerikanischer Richter noch hohe Anforderungen an Verschwörungen gestellt und die Notwendigkeit tatsächlicher Förderungshandlungen betont hatte, sah als Ankläger vor allem die Chancen.<sup>21</sup> Der Tatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden wurde gar auf Jacksons Initiative hin – und gegen den Willen der Sowjetunion sowie Frankreichs – in die Charta aufgenommen.<sup>22</sup>

Auch in der Praxis des Tribunals von Tokio war der Tatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden von Bedeutung. Verurteilt wurde gestützt auf ihn etwa der Heeresminister Itagaki Seishirō, der bei der Invasion in China ab 1937 eine zentrale Rolle gespielt hatte.<sup>23</sup>

Mit der Schaffung der *ad hoc*-Tribunale ICTY und ICTR 1993 und 1994 begann die Phase sukzessiver und weitgehender Überwindung des Spezifitätsproblems bei der Rechtsgrundlage. Generalklauselartige Tatbestände wie in Nürnberg und Tokio waren in den Statuten von ICTY und ICTR nicht mehr zu finden und erst Recht im Statut des ICC nicht mehr. Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nennt das ICTY-Statut in Art. 5 bereits neun Varianten, die über die ganz knappe Exemplifizierung in der Nürnberger Charta weit hinausgehen. Noch einmal deutlich spezifischer ist die Regelung im ICC-Statut. Es normiert eine Reihe von Teiltatbeständen, die durch die «Elements of Crime» – eine von der Staatenversammlung des ICC angenommene Interpretationshilfe – noch weiter präzisiert wurden.<sup>24</sup> Das ICC-Statut erklärt beispielsweise in Art. 8 Abs. 2 lit. e vii die Zwangsverpflichtung von Kindern zum Kriegsverbrechen, und die «Elements of Crime» präzisieren dies dahingehend, dass der Täter um das Alter der Kinder unter 15 Jahren und auch um den be-

---

<sup>17</sup> BUSH, S. 1138.

<sup>18</sup> YANEV, S. 431.

<sup>19</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 116.

<sup>20</sup> BUSH, S. 1139.

<sup>21</sup> YANEV, S. 1137.

<sup>22</sup> KING, S. 274 f.

<sup>23</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 49796–49799.

<sup>24</sup> Bei den «Elements of Crime» handelt es sich um ein unverbindliches Interpretationsangebot, von dem das Gericht flexibel Gebrauch machen kann: TRIFFTERER, S. 1430; KOCH, S. 150–154.

waffneten Konflikt gewusst haben muss, in dessen Rahmen die Kinder rekrutiert werden. Das Legalitätsprinzip hat sich seinen Raum erkämpft.

Nicht im gleichen Mass vom Bemühen um Spezifität erfasst wurde bei den *ad hoc*-Tribunalen das einzige aus der Pionierzeit übrige Elitenverbrechen: die Vorgesetztenverantwortlichkeit. Diese pönalisiert der Grundidee nach passives Verhalten von hierarchisch Übergeordneten, die ihre Möglichkeiten zur Verhinderung von Makroverbrechen nicht nutzen. Sie war weder in der Charta von Nürnberg noch in jener von Tokio enthalten, wurde vom Tokio-Tribunal aber als «command responsibility» von den US-Militärkommissionen übernommen, die sie entwickelt hatten.<sup>25</sup> (Wegen des vollständigen Fehlens einer Rechtsgrundlage in Tokio wird auf diese Übernahme unter II.B zurückzukommen sein.) Erstmals kodifiziert wurde sie als «command responsibility» erst im Zusatzprotokoll I von 1977 zu den Genfer Konventionen.<sup>26</sup> Die Statuten der *ad hoc*-Tribunale erweitern sie in Art. 7 Abs. 3 (ICTY) beziehungsweise Art. 6 Abs. 3 (ICTR) – mit knapper Formulierung – von der Kommando- zur Vorgesetztenverantwortlichkeit. Diese Bestimmungen in den beiden Statuten handeln allerdings von den Täterschaftsformen. Es geht grundsätzlich um Tatbegehung, Planung, Anstiftung etc., nicht um materielle Straftatbestände. Es existierte also, mit anderen Worten, bei ICTY und ICTR weiterhin kein Verständnis dafür, dass es sich bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit an sich um ein Verbrechen eigener Art handelt. Dies dürfte die geringe Spezifität der Regelung in den Statuten von ICTY und ICTR bis zu einem gewissen Grad erklären. In der Praxis des ICTY spielte die Vorgesetztenverantwortlichkeit eine nicht unerhebliche, allerdings nicht überragende Rolle.<sup>27</sup> Der Grund dafür dürfte sein, dass die vom Gericht geschaffene Täterschaftsform des «joint criminal enterprise» die Hauptlast bei der Erfassung der Eliten trug. Man «brauchte» die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht in dem Masse. Im Statut des ICC wurde die Regelung dann spezifischer gefasst. Das Statut macht nun explizit einen Unterschied zwischen der strengeren militärischen und der etwas weniger strengen zivilen Vorgesetztenverantwortlichkeit.<sup>28</sup> Anders als in den Statuten von ICTY und ICTR ist sie nun in Art. 28 des ICC-Statuts erstmals abgesetzt von den Täterschaftsformen geregelt.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20, New York 1981, S. 49809–49810.

<sup>26</sup> Art. 87 Zusatzprotokoll I von 1977 zu den Genfer Konventionen von 1949; MELONI, S. 623.

<sup>27</sup> Dazu MELONI, S. 624–633.

<sup>28</sup> Zur Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäss ICC-Statut: TRIFFTERER/ARNOLD, S. 1056–1106; NERLICH, S. 665–682.

<sup>29</sup> In der bisherigen, überschaubaren Praxis des ICC stand die Vorgesetztenverantwortlichkeit vor allem im Fall *Jean-Pierre Bemba-Gombo* im Vordergrund: Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Trial Chamber Judgment, 19. Oktober 2016, §§ 170–213 (abstrakt zur Vorgesetztenverantwortlichkeit), §§ 398–620 (relevanter Sachverhalt), §§ 693–742 (Würdigung des Sachverhalts). Späterer Freispruch durch die Berufungskammer: Appeals Chamber Judgment, 8. Juni 2018, §§ 166–193.

Mit dem Tatbestand der Aggression wurde zudem in der jüngeren Vergangenheit ein zweiter neu-alter Elitetatbestand in das ICC-Statut eingefügt. Genealogisch handelt es sich um einen Abkömmling der Verbrechen gegen den Frieden. Die Grundidee ist dieselbe: Pönalisierung zwischenstaatlicher Gewaltanwendung. Die Regelung in Art. 8<sup>bis</sup> dürfte den modernen Spezifitätsanforderungen genügen. Erfüllen kann den Tatbestand nur «a person in a position *effectively to exercise control* over or to direct the political or military action of a State» [Kursivsetzung OD]. Der Kreis möglicher Täter wurde bewusst eng gezogen. Der Tatbestand wird durch die «Elements of Crime» weiter spezifiziert. Allein auf der Ebene der Tatbestände darf das Spezifitätsproblem heute als weitgehend überwunden gelten.

Ein gravierendes Spezifitätsproblem stellte sich jedoch bei der Anerkennung des JCE durch das ICTY. Das Jugoslawientribunal schuf mit dieser Konstruktion – bis zu einem gewissen Grad gegenläufig zum Trend zu mehr Spezifität bei den modernen Tribunalen – eine ausgesprochen vage konturierte Form der Täterschaft mit einer gewissen Unberechenbarkeit für die Angeklagten. Das Gericht kam im berühmten Tadić-Berufungsurteil zum Schluss, die im Statut erwähnte «commission», die Tatbegehung, erfasse auch ein weit verstandenes «gemeinsames verbrecherisches Unternehmen». <sup>30</sup> Dem ICTY trug die Weichenstellung viel Kritik ein. <sup>31</sup> Faktisch übernahm das JCE fortan die Funktion eines Netzes zur Erfassung von Eliten, das intensiv genutzt wurde. Von einer Gruppe begangene Verbrechen konnten dem Einzelnen grosszügig als eigene «commission» zugerechnet werden. Drahtzieher, die weder als Täter im engen Sinn noch als Anstifter in Frage kamen, liessen sich als Teil einer «Unternehmung» betrachten. Stellschrauben der Konstruktion waren das «Unternehmen» – worunter sich Gruppen unterschiedlicher Grösse und Organisation verstehen liessen – und der «Plan». An diesen konnte man ebenfalls unterschiedlich hohe Anforderungen stellen.

Der Fall *Radoslav Brđanin* sei zur Verdeutlichung näher betrachtet. <sup>32</sup> Er zeigt exemplarisch, wie weit man mit der JCE-Konstruktion gehen konnte und zu gehen bereit war. Brđanin spielte im Bosnienkrieg bei der Propagandakampagne gegen muslimische und kroatische Bosnier eine erhebliche Rolle. Er traf Entscheidungen für diskriminierende Massnahmen wie Entlassungen aus Beschäftigungen, Entwaffnung der nichtserbischen Bevölkerung oder zwangsweise Umsiedelung in der Autonomen Region Krajina. Er besass aber keine eigentliche Führungsmacht über militärische und paramilitärische Einheiten. Die Appeals Chamber des ICTY betrachtete sein Wirken als Teil eines grösseren kriminellen Unternehmens. Für die Annahme eines solchen Unternehmens mit entsprechendem Plan setzte sie keine ausdrückliche Übereinkunft zwischen den Teilnehmern und den unmittelbar die Verbrechen begehenden Tätern voraus. <sup>33</sup> Musste Brđanin mit einer so weitgehenden Inter-

---

<sup>30</sup> Grundlegend: Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, §§ 188–191.

<sup>31</sup> VAN SLIEDREGT, S. 187.

<sup>32</sup> Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Appeals Chamber Judgement, 3. April 2007.

<sup>33</sup> Wörtlich heisst es im Urteil: «[...] it is less important to prove that there was a more or less formal agreement between all the participants than to prove their involvement in the system.»; Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Appeals Chamber Judgement, 3. April 2007, § 416.

pretation der «commission» rechnen? Auch am ICTY existierte ein Unbehagen. Manifestation davon ist, dass die beiden Trial Chambers das JCE unterschiedlich handhabten.<sup>34</sup> Sie kritisierten sich gegenseitig.

Die extreme Strapazierung der Konstruktion zeigt auch der Fall *Miroslav Kvočka*.<sup>35</sup> Er betraf Vorgänge im berüchtigten Konzentrationslager Omarska in der Verwaltungseinheit (Opština) Prijedor in Bosnien. In diesem Lager wurden muslimische Bosnier systematisch misshandelt und getötet, etwa durch Folter, mangelnde und verdorbene Nahrung, prekäre hygienische Verhältnisse und Tötungen.<sup>36</sup> Das Tribunal nahm in einem Urteil von 2001 ein übergeordnetes JCE an, das mehrere untergeordnete JCE einschloss.<sup>37</sup> Man konstruierte also ein grosses generelles Fangnetz, mit dessen Hilfe man die verschiedenen kleineren Fangnetze zusammenfassen und so die gesamten Vorgänge zurechnen konnte.

Bei der derart extensiven Auslegung des JCE dürfte die die expansive Interpretation von Menschenrechtsnormen in den 1990er-Jahren eine gewisse Rolle gespielt haben. Sie wurde damals als «Arbeit» an den Menschenrechten und Teil des Fortschrittsprojekts «fight against impunity» verstanden. Rechtsstaatliche Überlegungen traten gelegentlich in den Hintergrund, und es ist gut möglich, dass hier ein gewisser Funke auf den ICTY übersprungen ist. Die aktivistisch angehauchte Aufbruchstimmung dauerte nicht lange an. Das ICC-Statut hat das JCE nicht übernommen. Es kennt nur die «gemeinsame Tatbegehung» («joint commission») und erwähnt auch die «mittelbare Tatbegehung». Eine Grundlage für die Annahme einer so weitreichenden Konstruktion wie das JCE enthält es aber nicht. Es ist unklar, was die zurückhaltende Normierung im Einzelnen zu bedeuten hat. Die Praxis des ICC hält zur grosszügigen JCE-Praxis des ICTY jedenfalls Distanz.<sup>38</sup>

## **B. Fehlende explizite Rechtsgrundlage: Nähe zu *ad hoc* Fangnetzen**

Ein noch schwererer rechtsstaatlicher Mangel als eine bloss ungenügende ist eine fehlende Rechtsgrundlage. In der Geschichte der internationalen Strafjustiz ist dieses Problem die Ausnahme. Dies gilt zumindest, wenn man vom generell gegen die Pioniertribunale erhobenen Vorwurf rückwirkender Strafgesetzgebung absieht. Dieses Problem betrifft jedoch

<sup>34</sup> Trial Chamber I neigte zu einer extensiven Auslegung und verlangte keinen gemeinsamen Tatentschluss, Trial Chamber II dagegen ging an sich von der Notwendigkeit eines solchen gemeinsamen Tatentschlusses aus, was zu einer teilweise inkonsistenten Rechtsprechung führte: HAAN, S. 196.

<sup>35</sup> Prosecutor v. Miroslav Kvočka *et al.*, IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgment, 2. November 2001.

<sup>36</sup> *Loc. cit.*, §§ 45–108.

<sup>37</sup> HAAN, S. 252.

<sup>38</sup> *Loc. cit.*, S. 252.

nicht spezifisch die Elitenverantwortlichkeit, die hier interessiert, und ist in der Literatur eingehend behandelt worden.<sup>39</sup>

Der wichtigste Fall vollständigen Fehlens einer Rechtsgrundlage dürfte die Übernahme der «command responsibility» von den US-Militärkommissionen durch das Tokio-Tribunal sein.<sup>40</sup> Dieses zog – ohne jede Grundlage in der Charta – neben hohen Militärs etwa auch den japanischen Aussenminister Mamuro Shigemitsu für das Verhalten des Militärs gegenüber Kriegsgefangenen gestützt auf die Kommandoverantwortlichkeit zur Rechenschaft.<sup>41</sup> Eine Rolle dürfte gespielt haben, dass sich die Schwächen der anderen beiden Elitenfangnetze – Verbrechen gegen den Frieden und Verschwörung – bereits in Nürnberg deutlich gezeigt hatten. Man beschritt einen neuen Weg, um Kriegsverbrechen oberen Char- gen grosszügig zurechnen zu können und nahm damit rechtsstaatliche Mängel in Kauf.<sup>42</sup> Der bekannteste Anwendungsfall bei den Militärkommissionen, der Fall *Yamashita*, hatte die diesbezüglichen Möglichkeiten aufgezeigt.<sup>43</sup> Tomoyuki Yamashita hatte als General Kriegsverbrechen seiner Untergebenen auf den Philippinen nicht verhindert und war dafür mit dem Tod bestraft worden.<sup>44</sup> Das Tokio-Tribunal wies auf die besondere Verantwortung hoher Funktionsträger für Kriegsgefangene und die Verhinderung von Verbrechen hin.<sup>45</sup> Wie im Fall *Yamashita* schloss es die Möglichkeit einer Exkulpation weitestgehend aus. Anschaulich ist der Fall *Shunroko Hata*. Hata war Oberbefehlshabers der japanischen Expeditionsarmee in China und wurde nach dem Krieg mit dem Vorwurf konfrontiert, diese hätte unter seiner Ägide in China Gräueltaten begangen, von denen er gewusst und gegen die er keine Gegenmassnahmen getroffen habe.<sup>46</sup> Das Gericht interessierte sich nicht für Hatas konkretes Wissen. Es fragte auch nicht, welche Abklärungen möglich und geboten gewesen waren.

Neben diesem klaren Fall kann möglicherweise bei der JCE-Praxis des ICTY ebenfalls vom vollständigen Fehlen einer Rechtsgrundlage gesprochen werden. Das Problem wurde hier bereits eingehend beschrieben, und es kann offen bleiben, ob ein Fall einer ungenügenden oder gar fehlenden Rechtsgrundlage vorlag. Klar dürfte sein, dass zumindest ein Fall partieller «judge legislation» vorlag.

---

<sup>39</sup> Etwa: VAN SCHAACK 2008; GALLANT.

<sup>40</sup> Kapitel II des Urteils befasst sich auch für Angehörige der Regierung grundsätzlich mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit, ohne den Begriff aber zu erwähnen: COHEN/TOTANI, S. 342.

<sup>41</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20, New York 1981, S. 48828–48832.

<sup>42</sup> *Loc. cit.*, S. 48442–48447.

<sup>43</sup> *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), 4. Februar 1946; United Nations War Crimes Commission 4, *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, 35 *Law Reports of Trials of War Criminals* 1948.

<sup>44</sup> *Loc. cit.*, S. 35.

<sup>45</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 48447.

<sup>46</sup> *Loc. cit.*, S. 49784.

### III. Schuldprinzip-Problematik: Elitenverbrechen und weit gefasste Täterschaft

#### A. Elitenverbrechen: Zurechnung qua Milieuzugehörigkeit?

Der zweite Problemkreis betrifft die Beachtung des Schuldprinzips. Der Einzelne soll einer zentralen rechtsstaatlichen Idee zufolge nur für schuldhaftes eigenes und nicht für von ihm nicht beeinflussbares fremdes Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden.<sup>47</sup> Andernfalls droht Kollektivbestrafung, die im Grundsatz Merkmal autoritärer Regime ist. Das Schuldprinzip verwirklicht die Forderung, den Menschen als selbstverantwortliches Subjekt ernst zu nehmen – und ihm nur das Selbstverantwortete zuzurechnen. Wenn der Einzelne keine Möglichkeit besitzt, Strafbarkeit durch Selbststeuerung abzuwenden, ist es verletzt. Das Schuldprinzip ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts.<sup>48</sup>

Mit Blick auf Elitenverantwortlichkeit besteht jedoch ein Dilemma: Da die Dimensionen von Makroverbrechen massgeblich mit den Handlungsspielräumen der Eliten zusammenhängen, ist die Bestrafung der Eliten besonders vordringlich; weil sie aber oft fernab von den konkreten Verbrechen agieren und die Kausalitäten nicht selten komplex sind, ist ein Nachweis ihrer Schuld besonders schwierig. Wegen dieses Problems besteht seit den Anfängen der internationalen Strafjustiz eine Tendenz, auf «stellvertretende» Zurechnungskriterien auszuweichen, die eine Strafbarkeit eher ermöglichen.<sup>49</sup> Klassisch ist die Erfindung der «Verschwörung». Die Beweisprobleme sind in der Realität oft immens. MARK DRUMBL hat gar von einer «Schizophrenie» gesprochen. Er hatte den *Blaškić*-Fall des ICTY vor Augen, in dem es um Verantwortlichkeit des kroatischen Kommandanten Tihomir Blaškić für Kriegsverbrechen seiner Truppen in Zentralbosnien ging, als er die internationale Strafjustiz scharf kritisierte: Diese ermögliche Verurteilungen durch Rückgriff auf stellvertretende Kriterien, und mahne hinterher jeweils sorgenvoll an, eine Kriminalisierung dürfe nicht auf stellvertretender Verantwortlichkeit beruhen.<sup>50</sup>

Zunächst sei das Elitenverbrechen der Verbrechen gegen den Frieden betrachtet. Dieses pönalisierte in Nürnberg und Tokio neben der Planung und Einleitung eines Angriffskriegs etwa auch die «Vorbereitung». Es erlaubte an sich, das Elitenmilieu sehr grosszügig zu erfassen, da sich als Vorbereitung im weiten Sinn bereits die Mitwirkung in Führungszirkeln verstehen liess. Diese bedeutete aber nicht notwendig auch realen Einfluss auf konkrete Entscheidungen betreffend die verschiedenen Angriffskriege. In Deutschland existierte ein solcher nur in einem engen Kreis von Vertrauten Hitlers. Die Entscheidungen wurden darüber hinaus zwar mitgetragen, ohne dass das Elitenmilieu aber über nennenswerte Möglich-

<sup>47</sup> ROBINSON, S. 132 f.

<sup>48</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 79.

<sup>49</sup> DRUMBL, S. 1309.

<sup>50</sup> *Loc. cit.*, S. 1310.

keiten einer Einwirkung verfügt hätte. Das Tribunal erkannte das Problem, und es hielt fest, Kollektivbestrafungen («mass punishments») seien zu vermeiden.<sup>51</sup> Verurteilt wurde kein einziger Angeklagter ausschliesslich wegen Verbrechen gegen den Frieden. Der zeitweilige Reichsbankpräsident Hjalmar Schacht, der mit den Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit offensichtlich nichts zu tun hatte, wurde wegen Verbrechen gegen den Frieden angeklagt, jedoch freigesprochen.<sup>52</sup>

Das Unbehagen gegenüber der offenen Strafnorm war trotz der zunächst in sie gesetzten Hoffnungen beträchtlich. Sie wurde zwar insgesamt bei zwölf Hauptangeklagten als erfüllt betrachtet, dies aber wohl vor allem, weil die Idee der Verteidigung des Friedens mit dem Mittel des Strafrechts sowohl bei den Amerikanern als auch bei Sowjets auf einer grundsätzlichen Ebene Popularität genoss. In einer Publikation aus dem Jahr 1937 hatte ARON TRAININ, ein Schützling des berühmten sowjetischen Schauprozess-Anklägers Andrej Wyschinski, diesen Weg bereits empfohlen.<sup>53</sup> Die sowjetische Disposition traf auf amerikanische Sorgen wegen Beweisschwierigkeiten. In der Praxis hatte man dann aber dennoch erhebliche Skrupel wegen des Schuldprinzips.

Der zweite Nürnberger Elitentatbestand – die Verschwörung – war im Kern ein Instrument zur Überspielung des Schuldprinzips. Die Pointe des Tatbestands bestand darin, dass das Verhalten vieler Personen ohne Notwendigkeit des Nachweises präziser Kausalitäten verknüpft und breit zugerechnet werden konnte.<sup>54</sup> Murray C. Bernays wollte die Gräueltaten und Zerstörung auch bei fehlenden individualisierbaren Beweisen unbedingt zurechnen können.<sup>55</sup> Sowjets und Amerikaner hatten sich auch in diesem Punkt und trotz fundamental verschiedener rechtskultureller Hintergründe erstaunlich rasch einigen können.<sup>56</sup> Robert H. Jackson argumentierte bei der Schaffung des Gerichts mit dem Beispiel Hjalmar Schachts; dieser sei entweder ein grosser Verbrecher oder sonst nichts.<sup>57</sup> Der Verschwörungstatbestand

---

<sup>51</sup> International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946)*, S. 469.

<sup>52</sup> *Loc. cit.*, S. 504–507.

<sup>53</sup> Vgl. TRAININ: Dieser vertrat die Auffassung, Verbrechen gegen den Frieden umfassten insbesondere die Aggression selbst, Propaganda betreffend Aggression, den Abschluss von Verträgen mit Aggressionen als Zweck, Terrorismus und die Unterstützung fünfter Kolonnen. Dazu: HIRSCH, S. 706 f.

<sup>54</sup> BUSH, S. 1138.

<sup>55</sup> *Loc. cit.*, S. 1137.

<sup>56</sup> Trainin zufolge ist Komplizenschaft (complicity) ein fester Bestandteil des sowjetischen Rechts, im internationalen Strafrecht jedoch noch wichtiger, da sich die Täter hier komplexer Durchsetzungsstrukturen bedienen und die oberen Chargen die grösste Verantwortung tragen. Komplizenschaft und Verschwörung erschienen den Sowjets mit Blick auf Nürnberg insgesamt als geeignete Instrumente zur Schaffung strafrechtlicher Verantwortlichkeiten, zumal sie in den Moskauer und Charkiwer Schautribunalen ähnliche Instrumente benutzt hatten: HIRSCH, S. 707–710.

<sup>57</sup> Minutes of Conference on Military Trial, London 1945, Session of July 16, abrufbar unter: <https://avalon.law.yale.edu/imt/jack30.asp>.

sollte garantieren, dass Leute wie er nicht davonkommen – wozu es am Ende wegen Bedenken mit Blick auf das Schuldprinzip aber kam. Schacht wurde für «conspiracy» und Verbrechen gegen den Frieden angeklagt, verfügte aber offensichtlich über keinen Einfluss auf die Entscheidungen, die zu den konkreten Verbrechen führten. Die Distanz zu den Verbrechen – Schacht war bis 1939 Reichsbankpräsident und nachher ohne bedeutende Funktion gewesen – war zu gross gewesen. Das Tribunal in Nürnberg handhabte auch den Tatbestand der Verschwörung letztlich restriktiv.<sup>58</sup> 14 der 22 Angeklagten wurden vom Vorwurf freigesprochen.

Bei Hans Frank etwa, Generalgouverneur für das besetzte Polen und bedeutende Figur im System, sah das Gericht nicht genügend Beweise für seine Beteiligung an einem gemeinsamen Plan.<sup>59</sup> Bemerkenswert skrupulös heisst es im Urteil, es gebe keine Beweise für eine Teilnahme Franks an einer Besprechung zu Aggressionsplänen mit Hitler.<sup>60</sup> Auch beim «Stürmer»-Herausgeber Julius Streicher befand das Gericht, dieser habe nicht zum «inneren Kreise» um Hitler gehört, er sei nicht in die Politikformulierung involviert gewesen.<sup>61</sup> Selbst bei Karl Dönitz, zu Kriegsende Hitlers Nachfolger als Staatsoberhaupt, nahm das Gericht keine Teilnahme an einer Verschwörung an.<sup>62</sup> Auch Repräsentanten der Wirtschaft entkamen weitgehend. Man hoffte mit Blick auf sie und die Industrie zeitweilig auf einen zweiten internationalen Prozess.<sup>63</sup> Dazu kam es aber nicht.

In Tokio kollidierte die Handhabung der «command responsibility» mindestens teilweise mit dem Schuldprinzip. Sie war das dritte, spät hinzugekommene spezifische Elitenverbrechen der Pionierzeit (auch wenn man sie damals noch als Täterschaftsform begriff). Die Kommandoverantwortlichkeit schuf eine weit über die Verantwortlichkeit von mittelbaren Tätern und Anstiftern hinausreichende Elitenstrafbarkeit – von militärischen wie auch politischen Entscheidungsträgern. Aus Sicht des Schuldprinzips ist wichtig, dass die Anforderungen an eine Verurteilung auf der subjektiven Seite tief angesetzt wurden. Fahrlässige Unkenntnis der Verbrechen («negligence») reichte aus, vorausgesetzt wurde nur ein Hierarchieverhältnis.<sup>64</sup> Kontrolle über das Geschehen und die reale Möglichkeit, die

<sup>58</sup> Eine Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden nahm es nur bei Personen an, bei denen ein Treffen mit Hitler zum Zweck der Invasionsplanung nachweisbar war: YANEV, S. 445; International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22<sup>nd</sup> August, 1946 to 1<sup>st</sup> October, 1946)*, S. 447–449.

<sup>59</sup> *Loc. cit.*, S. 497.

<sup>60</sup> *Loc. cit.*, S. 499.

<sup>61</sup> *Loc. cit.*, S. 501.

<sup>62</sup> *Loc. cit.*, S. 507.

<sup>63</sup> Propagiert wurde ein solches zweites Tribunal etwa von Maxwell Fyfe, aber auch von Robert H. Jackson, der auf einen Nachfolgeprozess mit Fokus auf Geschäftsmännern wie Alfred Krupp, Hugo Stinnes, Albert Vogler, Kurt von Schröder, Paul Pleiger und Hermann Schmitz hoffte: BUSH, S. 1116 f.

<sup>64</sup> COHEN/TOTANI, S. 347 f.

Verbrechen zu verhindern, wurde nicht verlangt.<sup>65</sup> Das ist mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Besonders weit ging man bei Kabinettsmitgliedern. Die Begründung für ihren pauschalen Einbezug in die Strafbarkeit war, dass ein Kabinettsmitglied zurücktreten kann.<sup>66</sup> Als vorwerfbare Passivität (und Grundlage für die ersatzweise Zurechnung) wurde das Nichtverlassen der Regierung betrachtet.

Bei den *ad hoc*-Tribunalen der 1990er-Jahre existierte von den spezifischen Elitenverbrechen nur noch die Kommandoverantwortlichkeit. Die Statuten von ICTY und ICTR erweiterten sie offiziell zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, zur «superior responsibility»; sie vollzogen den bereits in Tokio erfolgten Einbezug politischer Vorgesetzter nun auch auf der sprachlichen und regulatorischen Ebene.<sup>67</sup> Die Statuten fordern nun ausdrücklich Wissen um die begangenen Verbrechen der Untergebenen oder zumindest «reason to know», unterschieden aber nicht zwischen militärischer und ziviler Verantwortlichkeit. Im Licht des Schuldprinzips ist wichtig, dass unschuldig unwissende Vorgesetzte nicht mehr verantwortlich gemacht werden konnten. Der ICTY hat das Erfordernis subjektiver Vorwerfbarkeit im Fall *Delalic et al.* zudem weiter konkretisiert. Er verlangte, dass ein Vorgesetzter sich den Taten der Untergebenen gegenüber zumindest nicht absichtlich blind («willfully blind») gezeigt haben darf.<sup>68</sup> Bei Informationen, die Anlass zu näheren Untersuchungen geben, sollte Passivität vorwerf- und die Verbrechen zurechenbar sein, bei Fehlen solcher Informationen nicht.<sup>69</sup> Alles in allem respektierten die *ad hoc*-Tribunale das Schuldprinzip bei der Handhabung der Vorgesetztenverantwortlichkeit.<sup>70</sup> Einige Urteile betrafen zivile Vorgesetzte.<sup>71</sup>

Der ICC ging den bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit eingeschlagenen Weg weiter. Die von den Täterschaftsformen nun abgesetzte Regelung in Art. 28 des Statuts anerkannte bis zu einem gewissen Grad den selbständigen Charakter des Verbrechens. Sie unterscheidet nun militärische und zivile Vorgesetztenverantwortlichkeit mit unterschiedlichen Strafbarkeitsschwellen. Bei der militärischen liegt sie wegen der rigiden Gehorsamspflicht tiefer, womit den weit grösseren Möglichkeiten zur Verhinderung Rechnung getragen wird. Im

---

<sup>65</sup> *Loc. cit.*, S. 347.

<sup>66</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 48446.

<sup>67</sup> Art. 7 Abs. 3 ICTY-Statut; Art. 6 Abs. 3 ICTR-Statut.

<sup>68</sup> *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 387.

<sup>69</sup> *Loc. cit.*, § 398.

<sup>70</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 146.

<sup>71</sup> Etwa: *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Trial Chamber Judgment, 25. Juni 1999, §§ 86, 93 (Direktor des Lagers in Kaonik); *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Appeals Chamber Judgment, 24. März 2000, § 174 (Lagerdirektor); *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.*, ICTR-99-52-T, Trial Chamber Judgment, 3. Dezember 2003, § 5; *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeals Chamber Judgment, 28. November 2007, §§ 785–790 (betreffend den Angeklagten Ferdinand Nahimana, der als hoher ziviler Beamter [Director ORINFOR] Verbrechen beging).

Licht des Schuldprinzips ist die Regelung nicht zu beanstanden. In der Praxis hängt die Respektierung des Prinzips vor allem davon ab, wie weit den konkreten Einflussmöglichkeiten auch tatsächlich Rechnung getragen wird.

Der Fall *Bemba* am ICC verdeutlicht das Problem. Er betrifft die Verantwortlichkeit für militärische Untergebene. Die Trial Chamber kam in diesem Fall zu einem Schuldspruch, den sie mit Bembas Wissen um die Taten der ihm unterstellten Kämpfer begründete.<sup>72</sup> Sie betonte seine Position in der Hierarchie, wies auf die ihm zur Verfügung stehenden technischen Kommunikationsmittel sowie die Medienberichterstattung über die von seiner Miliz begangenen Verbrechen hin und nahm auch zur Kenntnis, dass Bemba als Reaktion auf die Verbrechen Massnahmen ergreifen liess.<sup>73</sup> Die Schwelle für eine Entlastung durch Gegenmassnahmen setzte sie hoch an. Sie bewertete die getroffenen Massnahmen als bloss *pro forma* ergriffen und letztlich nicht entscheidend.<sup>74</sup> Die Appeals Chamber senkte die Schwelle wieder ab. Abstrakte Formulierungen von Anforderungen an effektive Gegenmassnahmen seien problematisch, befand sie, entscheidend seien die realen Umstände.<sup>75</sup> Bemba wurde freigesprochen. Das hier interessierende Problem ist, dass die Regelung im ICC-Statut zwar dem Schuldprinzip Rechnung trägt. Die Beachtung hängt letztlich an der Bereitschaft des Gerichts, eine Entlastungsmöglichkeit auch wirklich zuzulassen.

Die Aufnahme der Aggression als zweites Elitenverbrechen ins ICC-Statut wirft im Licht des Schuldprinzips – bisher – keine besonderen Probleme auf.<sup>76</sup> Strafbar ist die Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung eines Angriffskriegs durch Personen, die das politische und militärische Handeln eines Staates *kontrollieren* oder *lenken* können. Mit dieser beschränkten Zurechnung – Anknüpfung an die Möglichkeit zu kontrollieren oder zu lenken – wird sichergestellt, dass keine fremden, nicht beeinflussbaren Handlungen zugerechnet werden. Die Jurisdiktion wurde mit sehr hohen Zugangshürden verbunden, so dass der Tatbestand in der Praxis (zumindest vorderhand) kaum eine Rolle spielen dürfte.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Trial Chamber Judgment, 21. Juni 2016, §§ 709–718.

<sup>73</sup> *Loc. cit.*, §§ 706–718.

<sup>74</sup> *Loc. cit.*, §§ 726, 728.

<sup>75</sup> Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Appeals Chamber Judgment, 8. Juni 2018, § 170.

<sup>76</sup> Art. 8<sup>bis</sup> ICC-Statut, in Kraft seit dem 17. Juli 2018.

<sup>77</sup> Die Jurisdiktion des ICC existiert zudem nur für diejenigen Staaten, die die Änderung ratifizieren, bisher sind dies 45 Staaten: Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 10. Juni 2010, UN Treaty Collection, abrufbar unter: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=\\_en-](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=_en-)>.

## B. Weit gefasste Täterschaft: Nähe zu quasi-Schuldvermutungen

Bei der Regelung der Täterschaft stellen sich ebenfalls Fragen zur Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip. Täterschaft weit zu konzipieren, so dass Eliten grosszügig erfasst werden können, stellt eine Alternativstrategie zur Schaffung von Elitentatbeständen dar. Beim ICTY insbesondere spielte sie in Form des JCE eine zentrale Rolle beim Bemühen um Elitenverantwortlichkeit. Ausgangsproblem bei seiner Anerkennung war allerdings nicht das Elitenproblem. Schwierigkeiten hatte vielmehr bereitet, dass bei in Gruppen agierenden Personenmehrheiten – wie militärischen Trupps – nicht ohne weiteres Mittäterschaft angenommen werden kann, wenn das einzelne Mitglied nicht nachweislich substantielle Unterstützungshandlungen vorgenommen hat.

Der Fall *Duško Tadić*, der den Weg zur Anerkennung des JCE freimachte, betraf einen «kleinen Fisch». <sup>78</sup> Tadić war ein bosnischer Serbe, der an einem Überfall auf das Dorf Jaskici beteiligt gewesen war, bei dem fünf Personen getötet wurden. Mittäterschaftliche Verantwortlichkeit im Sinne der «accomplice liability» nach Art. 7 Abs. 1 des Statuts schied mangels gemeinsamen Tatentschlusses aus. <sup>79</sup> Erinstanzlich wurde Tadić freigesprochen. Die Appeals Chamber stiess das Urteil um. Sie stützte sich auf die sogenannte «common purpose»-Doktrin und sah eine Strafbarkeit. <sup>80</sup> Sie betrachtete ihr Vorgehen als implizit durch das Statut wie auch Völkergewohnheitsrecht gedeckt. Tadić wurde der willentlichen Tötung und des Mordes schuldig gesprochen. <sup>81</sup> Der Terminus «joint criminal enterprise» wurde in diesem Urteil noch nicht verwendet, er etablierte sich erst später. <sup>82</sup> Die Anklage bezeichnete die «common purpose»-Doktrin explizit als Verwandte der «klassischen Verschwörung». <sup>83</sup> Damit war der Horizont der Schwierigkeiten im Licht des Schuldprinzips im Grunde bereits benannt. Kernidee bei JCE wie Verschwörung ist die gegenseitige Zurechnung ohne Notwendigkeit des Nachweises genauer Kausalitäten.

Der ICTY berief sich sowohl auf nationale Rechtsprechungen als auch auf die Nürnberger Nachfolgeprozesse. <sup>84</sup> Die «common purpose»-Doktrin hatte im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess noch keine nennenswerte Rolle gespielt, war in den Nachfolgeprozessen aber zu einer zentralen Zurechnungskonstruktion aufgestiegen. <sup>85</sup> Britische und amerikani-

---

<sup>78</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 104.

<sup>79</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-T, Trial Chamber Opinion and Judgment, 7. Mai 1997, § 361.

<sup>80</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, § 193.

<sup>81</sup> *Loc. cit.*, §§ 235–238.

<sup>82</sup> Die Terminologie war im Tadić-Berufungsurteil noch uneinheitlich. Das Gericht sprach von «common criminal plan», «common criminal purpose», «common design or purpose» und von «common purpose»: *Loc. cit.*, §§ 185, 187 f., 191, 193, 204, 225; HAAN, S. 96.

<sup>83</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, § 175.

<sup>84</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 117.

<sup>85</sup> BUSH, S. 1165.

sche Militärtribunale beriefen sich in Prozessen gegen höhere Chargen in Konzentrationslagern durchgängig und erfolgreich auf Konzepte wie «common enterprise» oder das aus dem englischen Strafrecht stammende «common design», um SS-Angehörige wegen ihrer Mitwirkung bei der Planung und ihrer sonstigen Teilnahme an den Verbrechen anzuklagen. In subjektiver Hinsicht hatten sie ein Bewusstsein um die Förderung der kollektiven Tat durch den eigenen Beitrag verlangt, objektiv einen sehr weit gefassten Effekt auf die gemeinsame Tat – ein «real bearing».<sup>86</sup>

Die Appeals Chamber des ICTY befand im *Tadić*-Fall, Makroverbrechen würden durch Gruppen in Verwirklichung eines Planes begangen – und genau dies *erfordere* eine auf kollektive Tatbegehung ausgerichtete Zurechnung.<sup>87</sup> Die Hürden für eine grosszügige Einbeziehung auch der Eliten waren damit der Idee nach abgesenkt. Die Konstruktion musste nur noch auf die Beiträge der Eliten übertragen werden. Der Fokus verschob sich mit diesem Urteil aber grundsätzlich von der Teilnahme an den konkreten Verbrechen auf die Beeinflussung und Schaffung der sie ermöglichenden Rahmenbedingungen, die primär in den Händen der Eliten liegen.

Der erste Fall, in dem politisches Führungspersonal via JCE belangt wurde, war das Berufungsurteil im *Stakić*-Fall.<sup>88</sup> Die Bedeutung des Falls für die Thematik liegt darin, dass erstmals über grössere geographische und zeitliche Räume verteilte Taten via JCE zusammengefasst und zugerechnet wurden.<sup>89</sup> Milomir Stakić war nach der bosnisch-serbischen Übernahme der Gemeinde Prijedor zum Präsidenten der Gemeinderegierung ernannt worden und stand an der Spitze des Krisenstabs und der kommunalen Regierung.<sup>90</sup> Die Trial Chamber war noch davon ausgegangen, er sei Mittäter bei den in der Region begangenen Verbrechen gewesen.<sup>91</sup> Die Appeals Chamber aber nahm Tatbegehung im Rahmen eines JCE an – obschon Stakić keine Befehlsgewalt über die unmittelbar an den Taten beteiligten militärischen und paramilitärischen Einheiten besessen hatte.<sup>92</sup> Es wurde ihm Verhalten Dritter zugerechnet, das er real nicht hätte beeinflussen können.

Das JCE entwickelte sich zum Instrument schlechthin, um vor dem ICTY Anklage gegen militärische und politische Eliten zu erheben.<sup>93</sup> Es war funktional der Nachfolger der Ver-

<sup>86</sup> VAN SLIEDREGT, S. 185.

<sup>87</sup> Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, §§ 185–229; HAAN, S. 82 f.

<sup>88</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgment 22. März 2006, §§ 58–104.

<sup>89</sup> HAAN, S. 143.

<sup>90</sup> *Loc. cit.*, S. 149.

<sup>91</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31. Juli 2003, §§ 468–498.

<sup>92</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgment 22. März 2006, § 104; HAAN, S. 154.

<sup>93</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 107. Ein markantes Beispiel ist auch der Fall des bosnisch-serbischen Politiker *Momčilo Krajišnik*, der von der Appellationskammer zu 20 Jahren Gefängnis verurteilt wurde: SLIEDREGT, S. 187.

schwörung,<sup>94</sup> was ihm die Bezeichnung einer «Schleppnetz-Konzeption» eingetragen hat.<sup>95</sup> Das Grundproblem im Licht des Schuldprinzips liegt darin, dass die Schaffung von Verbrechen voraussetzungen zu Verbrechen führen kann, aber nicht notwendigerweise führen muss. In der Literatur wurde gar befürchtet, das JCE könnte das Völkerrecht an einen Punkt führen, an dem die rechtliche Verantwortlichkeit über die moralische Schuld hinausreichen würde.<sup>96</sup> Der ICTR hat die Konstruktion vom ICTY übernommen, aber kaum angewandt.<sup>97</sup>

Der ICC dagegen hat das JCE nicht übernommen – weder im Statut noch in der Praxis. Das Statut erwähnt lediglich die «joint commission», die «gemeinsame Täterschaft»; die Formulierung deutet auf einen gewissen Willen zum Einbezug konkret arbeitsteiligen Zusammenwirkens, des Zusammenbringens unterschiedlicher «Fertigkeiten» bei der Verübung von Verbrechen. Eine vage konturiertes «Unternehmen» konnte aber nicht mehr gemeint sein. Das erste Urteil des ICC im Fall *Lubanga* bestätigte, dass für eine «joint commission» ein unverzichtbarer Beitrag zum Taterfolg erforderlich ist.<sup>98</sup> Das Urteil formulierte das durch das Schuldprinzip Gebotene aus: Mitgliedschaft in einer vage konturierten Gruppe reicht nicht. Die Trial Chamber konstatierte, dem Angeklagten sei als Kommandanten seiner Milizen eine Schlüsselrolle als Planer der Militäroperationen zugefallen, und er sei auch in der Lage gewesen, die Aktivitäten seiner Mittäter zu lenken. Sie stellte auf die Fähigkeit zur Lenkung ab, zur Steuerung. Diese engere Konzeption der Täterschaft im Vergleich mit dem JCE stütze sich auf die «Tatherrschaftslehre», die der deutsche Strafrechtler Claus Roxin entwickelt hatte. Damit sollte das Schuldprinzip – nach den Erfahrungen mit dem JCE – wieder ernster genommen werden. Erwähnung verdient, dass Roxins Lehre bereits einmal vom ICTY erstinstanzlich (im *Stakić*-Fall) herangezogen worden war.<sup>99</sup> Die Appeals Chamber in diesem Fall hatte die tatherrschaftliche Konstruktion von Mittäterschaft dann aber wieder verworfen und bei Führungspersonen ein JCE angenommen.<sup>100</sup> Im Fall *Lubanga* war der Beitrag des Angeklagten – am gemeinsamen Tatplan gemessen – offensichtlich essentiell.<sup>101</sup> Die Appeals Chamber bestätigte das Urteil.<sup>102</sup>

---

<sup>94</sup> SLIEDREGT, S. 200.

<sup>95</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 111 f.

<sup>96</sup> OSIEL, S. 1772.

<sup>97</sup> DANNER/MARTINEZ, S. 108.

<sup>98</sup> Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14. März 2012, § 1270.

<sup>99</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement, 31. Juli 2003, Dispositiv, S. 253 f. (Dispositiv nicht paragrafiert).

<sup>100</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgement, 22. März 2006, Dispositiv, S. 141 f.

<sup>101</sup> Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14. März 2012, §§ 999 f.

<sup>102</sup> Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Appeals Chamber Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction, 1. Dezember 2014, S. 6 (Dispositiv nicht paragrafiert).

Das Hochhalten des Schuldprinzips durch den ICC bedeutete kleinere Spielräume bei der Erfassung von Eliten. Im Licht des bisher Ausgeführten kann nicht überraschen, dass Gegenbewegungen nicht ausblieben. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang der Fall *Katanga/Chui*. Die Anklagebehörde versuchte hier, die «joint commission» wieder näher am JCE zu konstruieren. Es ging in diesem Fall um Angriffe zweier aus unterschiedlichen Ethnien rekrutierter Milizen auf das Dorf Bogoro in der demokratischen Republik Kongo im Jahr 2003. Die Gruppen bestanden aus Angehörigen der Ngiti und der Lendu und wirkten zusammen, verfügten aber über je separate Hierarchien. Es wurden Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen begangen, einschliesslich Tötung von mindestens 200 Zivilpersonen sowie sexueller Versklavung. Die Anklagebehörde erhob gegen die beiden Anführer Germain Katanga und Mathieu Chui Anklage. Sie warf ihnen nicht nur die Verbrechen der jeweils eigenen Gruppe vor, die sie befehligten, sondern – im Sinne einer weit verstandenen «joint commission» – auch jene der jeweils anderen Gruppe.<sup>103</sup> Die Anführer hätten durch koordinierte Zusammenarbeit wesentlich zur Tat beigetragen, wobei die Teilbeiträge entweder von ihnen selbst oder anderen von ihnen gesteuerten Personen stammten. Sie hätten gemeinsam die Kontrolle über den Tatplan ausgeübt und seien sich bewusst gewesen, dass die Umsetzung des Plans in die Verbrechen münden würde.<sup>104</sup>

Die Pre-Trial Chamber bestätigte die sehr weite Lesart der «joint commission» der Anklagebehörde bei der Anklagezulassung im Grundsatz. Sie sah einen Fall von «joint commission» in Verbindung mit mittelbarer Täterschaft.<sup>105</sup> Als Tatmittler betrachtete sie die Angehörigen der beiden Milizen, die Chui respektive Katanga unterstanden. Aus Sicht des Schuldprinzips war diese umfassende Zurechnung aber hochproblematisch. Die Frage nach dem konkreten Einfluss auf die einzelnen Verbrechen wird in der Frage nach dem Bewusstsein für die eigene essentielle Rolle gewissermassen aufgelöst. Im Kern wird hier – wie beim JCE – der gemeinsame Plan zur Grundlage für die Zurechnung, nicht der konkrete eigene Beitrag an die Taten. Die Trial Chamber folgte der Pre-Trial Chamber nicht. Sie trennte die Verfahren.<sup>106</sup> Sie sprach Chui frei, da nicht zweifelsfrei geklärt werden konnte, ob er zur fraglichen Zeit auch tatsächlich Kommandant und Teilnehmer am gemeinsamen Plan gewesen war.<sup>107</sup> Katanga wurde wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig gesprochen, nicht aber für die ihm ebenfalls vor-

<sup>103</sup> Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber Decision on the Confirmation of Charges, 30. September 2008, § 521.

<sup>104</sup> *Loc. cit.*, § 35.

<sup>105</sup> *Loc. cit.*, §§ 492–494; CRYER/ROBINSON/VASILIEV, S. 354.

<sup>106</sup> Procureur c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première Instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21. November 2012, S. 32.

<sup>107</sup> Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première Instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18. Dezember 2012, § 516 und S. 215 (Dispositiv nicht Teil der Paraphierung).

geworfenen Massenvergewaltigungen.<sup>108</sup> Der Fall illustriert das Ringen mit den geringeren Zurechnungsmöglichkeiten infolge Ernstnehmens des Schuldprinzips. Insgesamt agiert der ICC mit Blick auf das Schuldprinzip vorsichtiger als der ICTY.

Folge davon war jedoch – unter anderem – der von vielen als Schock erlebte Teilfreispruch Katangas in Bezug auf die bei den Angriffen auf Bogoro begangenen Sexualverbrechen.

## IV. Schluss

Dieser Beitrag hat die Bemühungen der internationalen Strafjustiz um Erfassung verantwortlicher Eliten aus rechtsstaatlicher Sicht beleuchtet. Dabei wurden die Problemebenen der genügenden Rechtssatzgrundlage und der Beachtung des Schuldprinzips unterschieden. Die ungenügende Rechtssatzgrundlage war vor allem in der Pionierphase ein durchgehend schwerer Mangel. Die Gebote der Präzision und Unzweideutigkeit der Strafnorm wurden massiv verletzt. Seit den *ad hoc*-Tribunalen der 1990er-Jahre hat das Legalitätsprinzip – die Ausnahme war die JCE-Praxis des ICTY – massiv an Boden gewonnen. Das Spezifitätsproblem darf heute als weitestgehend überwunden gelten.

Beim Schuldprinzip lautet der zentrale Befund, dass die frühen Tribunale die Fangnetze für Eliten in Form spezifischer Elitenverbrechen – Verbrechen gegen den Frieden und Verschwörung – weit spannten. Die Netze wurden wegen rechtsstaatlicher Skrupel aber nur bedingt genutzt. Eine Ausnahme war die Handhabung der Kommandoverantwortlichkeit durch das Tokio-Tribunal; sie wurde intensiv für Verurteilungen von Führungspersonen genutzt. Bei den *ad hoc*-Tribunalen hebelte die JCE-Praxis des ICTY das Schuldprinzip partiell aus.

Es hat sich folgendes Dilemma gezeigt: Strikte Beachtung von Rechtssatzerfordernis und Schuldprinzip ziehen bedeutende Beschränkungen der Möglichkeiten nach sich, Eliten für ihre Rolle bei den Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen; zugleich erzeugen aber entkommene Eliten Druck zum Abweichen von den Prinzipien, da Freisprüche tendenziell als Indizien für ein Scheitern von Tribunalen wahrgenommen werden. Die Tribunale können diesem Dilemma nicht entkommen. Sie können nur bewusster oder weniger bewusst mit ihm umgehen. Die Permanenz der Kritik an internationalen Straftribunalen dürfte wesentlich mit der Unentrinnbarkeit dieses Dilemmas zu tun haben.

Man kann sich im Licht des Ausgeführten fragen, ob das moderne Strafrecht auf der Grundlage des Schuldprinzips mit einer angemessenen Verantwortlichkeit der Eliten für Makroverbrechen vereinbar ist. Es wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Strafrechtssysteme auf der Grundlage dieses Prinzips bei der Erfassung von Makroverbrechen an

---

<sup>108</sup> Procureur v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première Instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7. März 2014, S. 709 f.

Grenzen stossen. MARK DRUMBL hat die Idee ins Spiel gebracht, für das völkerrechtliche Strafrecht eine eigene Straflehre zu entwickeln, ebenso eine alternative Kriminologie und Opferlehre.<sup>109</sup> Seine Leitidee ist, dass es sich bei völkerrechtlichen Verbrechen bis zu einem gewissen Grad um ein *aliud* handelt (im Vergleich mit «normalen» Verbrechen), so dass die etablierten rechtsstaatlichen Grundsätze nicht im selben Mass verwirklicht werden können. Der Preis für ein solches Projekt dürfte liberalen Gesellschaften aber – so ist zumindest zu vermuten – zu hoch sein. Zu fundamental ist der Grundsatz individueller Strafbarkeit.<sup>110</sup> Zu sehr widerspricht die Zurechnung nicht beeinflussbaren fremden Verhaltens unserer Grundintuition hinsichtlich Gerechtigkeit. Das Ringen mit den rechtsstaatlichen Grenzen der Elitenverantwortlichkeit bei Makroverbrechen gehört vielmehr zu den strukturellen Besonderheiten der internationalen Strafjustiz.

## V. Literaturverzeichnis

- BINGHAM TOM, *The Rule of Law*, London 2010
- BOISTER NEIL, *The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal*, 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), S. 425–448
- BUSH JONATHAN, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said*, 109 *Columbia Law Review* (2009), S. 1094–1262
- CLARK ROGER S., *Nuremberg and the Crime against Peace*, 6 *Washington University Global Studies Law Review* (2007), S. 527–550
- COHEN DAVID/TOTANI YUMA, *The Tokyo War Crimes Tribunal: Law, History, and Jurisprudence*, Cambridge 2018
- CORSI JESSICA LYNN, *An Argument for Strict Legality in International Criminal Law*, 49 *Georgetown Journal of International Law* (2018), S. 1321–1381
- CRYER ROBERT/ROBINSON DARRYL/VASILIEV SERGEY, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4. A., Cambridge 2019
- DANNER ALLISON MARSTON/MARTINEZ JENNY S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 *California Law Review* (2005), S. 75–169
- DRUMBL MARK A., *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 *Michigan Law Review* (2005), S. 1295–1328
- GALLANT KENNETH S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009
- HAAN VERENA, *Joint Criminal Enterprise: Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*, Berlin 2008
- HIRSCH FRANCINE, *The Soviets at Nuremberg: International Law, Propaganda, and the Making of the Postwar Order*, 113 *The American Historical Review* (2008), S. 701–730

<sup>109</sup> DRUMBL, S. 1310.

<sup>110</sup> ROBINSON, S. 135.

- KING HENRY T., Nuremberg and Crimes against Peace, 4 Case Western Reserve Journal of International Law (2009), S. 273–280
- KOCH ARND, Über den Wert der Verbrechenselemente («Elements of Crime») gem. Art. 9 IStGH Statut, 4 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2007), S. 150–154
- MACCORMACK GEOFFREY, Traditional Chinese Penal Law, Edinburgh 1990
- MADHANI AAMER/LONG COLLEEN, White House Says Russia Is Executing its Own Soldiers for not Following Orders, Associated Press 27. Oktober 2023 (<<https://apnews.com/article/russia-ukraine-executions-soldiers-white-house-8b36f37068f3d0d1dfcb27e924b459c3>>)
- MELONI CHANTAL, Command Responsibility, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 619–637
- NERLICH VOLKER, Superior Responsibility under the Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 665–682
- OSIEL MARK, The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity, 105 Columbia Law Review (2005), S. 1751–1862
- ROBINSON DARRYL, A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law, 26 Leiden Journal of International Law (2013), S. 127–153
- SAFI MICHAEL, Syrian Regime Inflicts 72 Forms of Torture on Prisoners, Report Finds, The Guardian 23. Oktober 2019
- STEER CASSANDRA, Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes, Den Haag 2017
- SUBOTIĆ JELENA, The Cruelty of False Remorse: Biljana Plavšić at The Hague, 36 Southeastern Europe (2012), S. 39–59
- TRAININ ARON, Zashchita mira i ugolovnyi zakon (The Defense of Peace and Criminal Law), Moskau 1937
- TRIFFTERER OTTO, Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender «Elements of Crimes» für alle Tatbestände des Völkermordes, in: Schünemann Bernd et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin/New York 2001, S. 1415–1445
- TRIFFTERER OTTO/ARNOLD ROBERTA, Art. 28, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, München 2016, S. 1056–1106
- VAN SCHAACK BETH, Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, 97 Georgetown Law Journal (2008), S. 119–192
- VAN SCHAACK BETH, Legality & International Law, in: Proceedings of the Annual Meeting 2009 of American Society of International Law, S. 101–104
- VAN SLIEDREGT ELIES, Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 184–207
- YANEV LACHEZAR, A Janus-Faced Concept: Nuremberg’s Law on Conspiracy vis-à-vis the Notion of Joint Criminal Enterprise, 26 Criminal Law Forum (2015), S. 419–456

Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



DIKE 

Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE 

Open-Access-Gold  
Open Access-Finanzierung durch die ZHAW Zürcher Hochschule  
für angewandte Wissenschaften.

Publiziert von:  
**Dike Verlag**  
Weinbergstrasse 41  
CH-8006 Zürich  
info@dike.ch  
www.dike.ch

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-783-0  
ISBN (PDF): 978-3-03929-070-3

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-070-3>



Dieses Werk ist lizenziert unter  
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

