

Strafrechtssysteme zu berücksichtigen, und zum anderen darin, dass das Corpus Juris einen Entwurf darstellt, der zur Diskussion anregen und „von Wissenschaftlern und Praktikern aus ganz Europa weiterentwickelt werden soll“.²⁰¹³

B. Superior responsibility im internationalen Völkerstrafrecht

Die Betrachtung der nationalen Regelungen zur strafrechtlichen Entscheidungs träger- und Vorgesetztenverantwortlichkeit hat verfassungsrechtliche Probleme im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gegen die bislang im allgemeinen Strafrecht zur Umsetzung von Verantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit ange wandten Instrumente aufgezeigt. Zudem hat sich auch für die Bereiche, die über explizite Vorschriften zur strafrechtlichen Haftung von Vorgesetzten verfügen, das Bild eines unvollständigen Haftungsmosaiks und einer nur mangelhaften Abbildung von Entscheidungsverantwortung in strafrechtlicher Verantwortlichkeit ergeben. Im internationalen Völkerstrafrecht gelten dagegen andere Zurechnungsregeln und ein anderes Verständnis von Schuld und Verantwortlichkeit, so dass sich dort völlig andersartige Haftungsregelungen entwickelt haben, die zum Teil im nationalen Strafrecht so nicht denkbar sind, weil sie mit den verfassungs rechtlichen Grundsätzen, die im deutschen Strafrecht gelten, nicht vereinbar wären.

Das Völkerstrafrecht hat herkömmlich, aber nicht ausschließlich,²⁰¹⁴ die rechtliche Bewertung von Handlungen zum Gegenstand, die im Rahmen kriegerischer oder zumindest bewaffneter Auseinandersetzungen begangen werden. Die Begehung von Straftaten im Sinne des Völkerstrafrechts steht damit typischerweise im Kontext des Missbrauchs von Befehlsgewalt unter Beteiligung staatlicher oder staatsähnlicher Machtapparate und der Indienststellung von Verbrechen für den vermeintlich auch den Menschenrechten übergeordneten Zweck der Auseinandersetzung.²⁰¹⁵ In einem bewaffneten Konflikt²⁰¹⁶ entsteht bei den Beteiligten typischerweise das Gefühl eines rechtsfreien Raums und der zumindest moralischen Rechtfertigung jedes Mittels durch den Zweck. Daher sind Befehlshaber geneigt, „aus falsch verstandenem Pflichtgefühl ... ein Auge zuzudrücken“, wenn das Verhalten der unmittelbar an Kampfhandlungen beteiligten Personen nicht völkerrechtskonform ist,²⁰¹⁷ zumal eine Sanktionierung von Mitgliedern der eigenen (Kriegs-)Partei regelmäßig mit einer Schwächung der eigenen Position oder

2013 Vgl. auch Sieber in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. VI.

2014 Vgl. hierzu nur Kreß in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 92.

2015 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437 f.; ähnlich Kreß NStZ 2000, 617, 626 der in Anlehnung an Nauke von staatsverstärkter Kriminalität spricht; vgl. auch Satzger Internationales und Europäisches Strafrecht, § 12 Rn. 2.

2016 Zu diesem Begriff Werle Völkerstrafrecht, Rn. 1070 ff.

2017 Vgl. Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438.

dem Verlust eines Vorteils verbunden wäre.²⁰¹⁸ Aber auch in Kriegen geschürte Gefühle von Hass auf andere ethnische Gruppen oder Angehörige anderer Religionen führen zu der großen Gefahr der Begehung und des Geschehenlassens von schweren Straftaten.²⁰¹⁹ Die stillschweigende Duldung und die damit verbundene faktische Straflosigkeit von schwersten Rechtsgutsverletzungen stellen letztlich eine entscheidende Bedingung für die Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar,²⁰²⁰ die das Völkerstrafrecht in einen so spezifischen und außergewöhnlichen Kontext stellen.

I. Gegenstand der völkerstrafrechtlichen superior responsibility

Die obigen Ausführungen zum Militärrecht und Militärstrafrecht machen deutlich, dass in Bezug auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit unterschieden werden muss, zwischen der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Folgen seiner Befehle, also der Befehlsverantwortlichkeit,²⁰²¹ einerseits und der Befehlshaberverantwortlichkeit (command responsibility), die auch die Verantwortlichkeit für die Folgen unterlassener Anordnungen beinhaltet, andererseits. Die Befehlsverantwortlichkeit bereitet regelmäßig weniger Schwierigkeiten, da sie die Anweisung des Untergebenen zur Begehung einer Tat durch den Vorgesetzten voraussetzt. Hier stellen sich zwar regelmäßig Fragen nach Täterschaft und Teilnahme, wie sie im deutschen Recht etwa im Bereich der Tötungsdelikte an der innerdeutschen Grenze aufgetreten sind.²⁰²² Aber an der Strafbarkeit des Befehlshabers wegen einer von ihm befohlenen Tötung bestehen dem Grunde nach keine Zweifel. Probleme bereiten vielmehr die Fälle, in denen der Befehlshaber seine Pflichten als Vorgesetzter verletzt, indem er keine oder unklare Befehle erteilt oder seine Untergebenen nicht beaufsichtigt, so dass diese fehlgeleiteten oder unbeaufsichtigten Personen Straftaten begehen.

II. Zur Notwendigkeit einer völkerstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit

Um einer faktischen hoheitlichen Duldung von Kriegsverbrechen entgegenzuwirken, sah bereits das I. Genfer Abkommen von 1949²⁰²³ in Art. 49 eine Verpflichtung

2018 Vgl. Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438.

2019 Vgl. Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438.

2020 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438 f. m.w.N.

2021 Zu den Begriffen Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 75 ff. m.w.N.

2022 Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 230 ff., m. Anm. Jakobs NSZ 1995, 26 f.; Roxin JZ 1995, 49 ff.; Schroeder JR 1995, 177 ff.; ferner Gropp NJ 1996, 393 ff.; Murrmann GA 1996, 269 ff.; Rotsch wistra 1999, 321 ff.; Urt. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270, 293 ff. m. Anm. Goerdeler Forum Recht 2000, 29.

2023 Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte des Feldes vom 12.8.1949, umgesetzt durch Gesetz vom BGBL. 1954 II, S. 781, 783.

tung der Signatarstaaten vor, durch den Erlass von Strafbestimmungen für die Einhaltung der Regelungen der Konvention und die strafrechtliche Verfolgung von schweren Rechtsverletzungen Sorge zu tragen.²⁰²⁴ Das Genfer Abkommen fordert konsequenterweise nicht nur die Bestrafung der Personen, die die Verletzungshandlung unmittelbar begangen haben, sondern auch derjenigen, die dazu Befehl gegeben haben.²⁰²⁵ Zuvor waren bereits in Art. 71 des *Lieber Codes*²⁰²⁶ Regelungen für die strafrechtliche Verantwortung militärischer Befehlshaber enthalten; diese bezogen sich jedoch – zumindest ausdrücklich – gleichfalls nur auf das aktive Befehlen von Kriegsverbrechen und die Anstiftung von Soldaten zu diesen Handlungen. Es handelte sich damit noch nicht um eine eigenständige Vorgesetztenverantwortlichkeit im engeren Sinne.²⁰²⁷

Aufgrund der strengen Befehlsstrukturen innerhalb bewaffneter Verbände hat die strafrechtliche Haftung von Vorgesetzten für völkerstrafrechtliche Delikte ihrer Untergebenen besondere Bedeutung. Das Prinzip von Befehl und Gehorsam ist eine tragende Säule des Militärs.²⁰²⁸ In keiner anderen Sozialbeziehung ist die Notwendigkeit klarer Befehlshierarchien und des grundsätzlichen Gehorsams so evident wie in militärischen Subordinationsbeziehungen. Die Unerlässlichkeit strenger Hierarchie- und Anweisungsstrukturen ist zum einen durch die allgemeine Gefahrensituation begründet, die mit jedem bewaffneten Konflikt einhergeht, und zum anderen zur Minimierung von Risiken, die spezifisch der Waffeneinsatz zwangsläufig mit sich bringt, erforderlich. Gehorcht der Soldat dem Vorgesetzten nicht, so kann dies schwerwiegende Gefahren für Militärangehörige und Dritte zur Folge haben.²⁰²⁹ Der militärische Vorgesetzte muss daher rechtlich und tatsächlich in der Lage sein, zu befehlen und für seine Anordnungen Befolgung in einer Weise einzufordern, die im zivilen Leben nicht möglich ist. Aus diesem Grund stellt § 21 WStG schon das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls durch einen Soldaten unter Kriminalstrafe.²⁰³⁰ Dies macht deutlich, welche Bedeutung

2024 Vgl. nur BGH, Urt. v. 3.11.1992 – 5 StR 370/92, BGHSt 39, 1 ff. m. Bespr. *Dannecker Jura* 1994, 585, 592 f.; Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 ff. m. Ann. *Roxin JZ* 1995, 49 ff.; Urt. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 ff.; Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77 ff.; ferner *Murrmann GA* 1996, 269 ff.

2025 § 47 Militärstrafgesetzbuch (RGBl. I 1926, S. 278) sah sogar eine Umkehrung des Verantwortlichkeitsschwerpunkts im Subordinationsverhältnis vor, vgl. hier S. 257 ff.

2026 Von *Francis Lieber* erarbeitete und von *Abraham Lincoln* am 24.4.1863 unter dem Titel „*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*“ erlassene Anweisung für die Truppen der Nordstaaten im Sezessionskrieg; in englischer Sprache abrufbar unter <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument> (Stand 2.1.2015); hierzu auch *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 39; *Triffterer* in: *ICC-Commentary* Art. 28 Rn. 5; vgl. ferner zum *Lieber Code*, *Vöneky, ZAÖRV* 62 (2002), 424 ff.

2027 Zur Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in der Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe, *Triffterer* in: *FS Lüderssen*, S. 437, 439 ff.; ferner *Werle* Völkerstrafrecht, Rn. 541 ff.

2028 So Österreichischer VwGH, Erk. v. 18.1.2007, Geschäftszahl 2004/09/0139; vgl. ferner § 11 Abs. 1 S. 1 SG; ferner hier S. 249 ff.

2029 Vgl. hierzu auch *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1002 ff.

2030 Zu den Grenzen der Gehorsamspflicht Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 13 ff.

der Gesetzgeber selbst bei Streitkräften, deren Angehörige „*Staatsbürger in Uniform*“²⁰³¹ sind, also einer sehr zivil-orientierten Armee, der Befehlsstruktur und dem Gehorsam beimisst. Ferner wird erkennbar, welche besondere Beziehung zwischen dem Soldaten und seinem Vorgesetzten besteht und dass sich auf diese Weise eine Abhängigkeit bildet, die den Soldaten in die Nähe eines menschlichen Werkzeugs im Sinne der mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB rückt. Strafbare Handlungen von Soldaten oder anderen Mitgliedern bewaffneter Verbände, wie sie etwa Art. 1 der *Haager Landkriegsordnung*²⁰³² umschreibt, werfen damit nahezu zwangsläufig die Frage nach einer ebenfalls strafbewehrten Verantwortung der militärischen Vorgesetzten auf. Nach Konzeption und Ausgangsverständnis militärischer Strukturen handelt der Soldat nicht ohne Befehl oder zumindest Auftrag.²⁰³³

Aus diesem Grund gehört die Vorgesetztenverantwortlichkeit als solche zum gesicherten Bestand des Völkerstrafrechts,²⁰³⁴ und das deutsche Völkerstrafgesetzbuch²⁰³⁵ erfasst nicht nur strafrechtliche Beteiligungen im Sinne der §§ 25 ff. StGB, sondern kriminalisiert auch Tun und Unterlassen²⁰³⁶ unterhalb dieser Schwelle, insbesondere die Haftung für eine Nichtverfolgung völkerstrafrechtlich relevanter Handlungen. Letztere wird damit erklärt, dass das bewusste Dulden von Verstößen gegen das Völkerrecht diese Handlungen billige und damit als Ermutigung zur Begehung weiterer Taten aufgefasst werde.²⁰³⁷

Doch hat insbesondere die Beteiligung ziviler Beamter an Verbrechen der NS-Diktatur gezeigt, dass nicht allein militärische Vorgesetzte Verantwortung tragen und missbrauchen können.²⁰³⁸ Insbesondere Verwaltungsbeamte haben immer wieder mit technokratischen Mitteln an schwersten Menschenrechtsverletzungen

2031 Ein von dem SPD-Abgeordneten Friedrich Beermann 1952 geprägter Begriff, der heute noch Leitbild der Bundeswehr ist und deutlich machen soll, dass man sich im Rahmen der Wiederbewaffnung Deutschlands, bewusst auch begrifflich von dem Kadavergehorsam des deutschen Soldaten der Wehrmacht absetzen wollte; vgl. hierzu auch § 6 SG.

2032 Internationale Übereinkunft betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 29. Juli 1899, abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0_515_111.html (Stand 2.1.2015).

2033 Zum Begriff des Befehls ausführlich *Schwarz Handeln* aufgrund Befehls, S. 27 ff.; ferner Schözl/Lingens, § 2 Rn. 6 ff.

2034 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 541; Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 439 ff. m.w.N.; zur Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in der Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe Ambos Der Allgemeine Teil, zur Rechtsprechung des Internationalen Militärtribunals in Nürnberg (IMG), a.a.O., S. 97 ff., 127; zur Rechtsprechung des IMG-FO a.a.O., S. 133 ff.; zu den Verfahren der United War Crimes Comission (UNWCC) a.a.O., S. 147 ff.; zur Rechtsprechung des JStGH a.a.O., S. 286 ff. und zur Rechtsprechung des RStGH a.a.O., S. 332 ff.

2035 Ein kurzer Überblick der Entwicklung bis zum Völkerstrafgesetzbuch findet sich bei Werle/Jeffberger JZ 2002, 725 f.

2036 Anders als das auch als Rom-Statut bezeichnete Statut des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, in dem die Unterlassenschaftung keine unmittelbare Regelung erfährt; hierzu Werle/Jeffberger JZ 2002, 726, 731.

2037 Vogel ZStW 114 (2002), 430 Fn. 121, 435 ff.; Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1019; vgl. auch hier S. 725 ff.

2038 Hierzu etwa Meinl/Zwilling Legalisierter Raub, passim.

mitgewirkt und sich später zu ihrer strafrechtlichen Entlastung auf Befehle oder Anordnungen berufen.²⁰³⁹ Daher haben vor allem die neueren Statuten der internationalen Strafgerichtshöfe nicht nur, wie schon die Genfer Abkommen,²⁰⁴⁰ das Verhalten unmittelbar kriegsführender Personen in den Blick genommen, sondern ihre Regeln für die strafrechtliche Vorgesetztenhaftung auf alle Bereiche erweitert, in denen Personen aufgrund besonderer staatlicher oder sonstiger struktureller Autorität das Handeln anderer Personen in besonderer Weise bestimmen können.²⁰⁴¹ Obwohl eine solche Haftung des zivilen Vorgesetzten für tolerierte Straftaten wohl nicht grundsätzlich angezweifelt werden kann,²⁰⁴² ist hier besondere Vorsicht geboten, um diese Haftung nicht ausufern und damit rechtsstaatlich bedenklich werden zu lassen. Eine restriktive Behandlung dieser strafrechtlichen Verantwortung ist schon im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz erforderlich.²⁰⁴³ Zudem ergibt sich für das deutsche Strafrecht aus § 13 StGB, dass das tatsächliche Verhindern können allein nur sehr eingeschränkte rechtliche Verantwortung für die Handlungen anderer oder herbeigeführte Erfolge begründen kann.

1. Rechtfertigung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von militärischen Befehlshabern im internationalen Völkerstrafrecht

Dem Grunde nach ist die Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von militärischen Befehlshabern nicht streitig; dass sie gerechtfertigt ist, liegt auf der Hand. Daher sollen vorab nur die beiden wesentlichen Begründungslinien kurz skizziert werden. Es kann für diese Untersuchung nicht mit der häufig genannten Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit sein Bewenden haben, das unterlassene Eingreifen in das Handeln von Untergebenen im Völker-

2039 So hat sich etwa *Adolf Eichmann* in seiner Verteidigung darauf berufen, er habe lediglich aufgrund der Befolgung von Befehlen gehandelt, als er die Tötung von Millionen von Menschen organisierte, vgl. hierzu, *Less* [Hrsg.] Schuldig, S. 297 ff.; vgl. auch *Ebert* Banalität des Bösen, S. 5 f.

2040 Hierbei handelt es sich um die in der Anlage zu § 8 Abs. 6 Nr. 1 des VStGB angegebenen Genfer Abkommen I bis IV, BGBl. II 1954, S. 781 ff.

2041 Vgl. hierzu insbesondere die Darstellung der Rechtsprechung des Internationalen Militärtribunals für den Nahen Osten (IMG-FO) bei *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 133.

2042 Hierzu die Nachweise aus der Rechtsprechung des JStGH und des RStGH bei *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 288, 332, 335; zur Haftung ziviler Vorgesetzter nach dem deutschen StGB vgl. nur *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 52; *Rotsch* Individuelle Haftung, S. 150 ff.

2043 Kritisch zu dieser Ausweitung der Vorgesetztenhaftung *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1011 ff., der insbesondere auf die Uferlosigkeit des Vorgesetztenbegriffs im zivilen Bereich hinweist, die im Fall *Musema* schon die rechtliche und finanzielle Kontrolle ausreichen ließ; dazu auch hier S. 563 ff.; vgl. ferner den Fall *Röchling* (hier S. 506), dargestellt bei *Radkte* in: FS Egon Müller, S. 577 ff.; offensichtlich mit geringeren Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot gehen sich *Werle*/*Jeßberger* JZ 2002, 726, 730 zufrieden, wobei der Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 15.3.1978 – 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 48, 75 und die dort verringerten Anforderungen an die Bestimmtheit bei Fachkenntnissen der Täter zweifelhaft ist; der Soldat, der sich an einem Verbrechen nach Art. 6 ff. IStGH-Statut bzw. §§ 6 bis 12 VStGB beteiligt, verfügt nicht zwingend über gesteigerte Kenntnisse im Völkerrecht oder Völkerstrafrecht; vgl. hierzu auch *Satzger* NStZ 2002, 125, 130 ff.

strafrecht ermögliche oder begünstige die Begehung schwerster Straftaten, weshalb ein „*augenzwinkerndes Zusehen von Vorgesetzten*“ nicht ungeahndet bleiben könne, weil ansonsten dem Untergebenen nicht hinreichend bewusst werden könne, dass seine Handlungen schwerste Verbrechen darstellen.²⁰⁴⁴ Diese Argumentation setzt am Ergebnis an und verdeutlicht eher intuitiv als juristisch, dass eine Vorgesetztenverantwortlichkeit zwingend erforderlich ist. Sie legt nicht dar, wie sie strafrechtsdogmatisch und verfassungsrechtlich legitimiert werden kann.

a) Utilitaristische Begründung

Die Notwendigkeit einer Vorgesetztenverantwortlichkeit aus rein praktischen Gründen wurde im Rahmen der Darstellung der militärrechtlichen Verantwortlichkeit von Befehlshabern bereits dargelegt. Die dort genannten Gründe sind im Wesentlichen auf das Völkerstrafrecht übertragbar. Soweit es die strafrechtliche Haftung des militärischen Befehlshabers angeht, ist die grundsätzliche Rechtfertigung für die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten im Völkerstrafrecht leicht darzulegen:

Bemüht man sich um eine streng utilitaristische Betrachtungsweise, so ergibt sich die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Absicherung von militärischer Vorgesetztenverantwortlichkeit bereits aus einem argumentum a fortiori: Wenn eine Vorgesetztenverantwortlichkeit bereits im allgemeinen, also unabhängig von der Verwicklung der betreffenden Streitkräfte in einen bewaffneten Konflikt, gelgenden Wehrstrafrecht als notwendig anerkannt ist, dann muss ihre Erforderlichkeit erst recht für den Fall der Teilnahme an Kampfhandlungen gelten. In bewaffneten Auseinandersetzungen potenziert sich das bereits im Friedensfall bestehende Risiko von Tötungen oder Verletzungen von Menschen und der Zerstörung ihrer Lebensgrundlagen.²⁰⁴⁵ Spitzt sich diese Gefährdungslage also in der für bewaffnete Konflikte typischen Weise zu, so muss der Befehlsdruck auf den unmittelbar handelnden Soldaten erhöht werden,²⁰⁴⁶ so dass sich eine intensivere Lenkungsmacht und damit die Möglichkeit der engeren Führung des Soldaten durch den Vorgesetzten ergibt. Diese intensivere Lenkungsmacht wurde im früheren Militärstrafrecht auch noch an den erhöhten Strafdrohungen deutlich, mit denen die Insubordination „*im Felde*“ oder „*vor dem Feind*“ belegt war. So drohten §§ 94, 95 MStGB für die ausdrückliche Befehlsverweigerung im Felde erhöhte Freiheitsstrafen, für diejenige „*vor dem Feinde*“ im Sinne von § 11 MStGB gar die Todes-

2044 So etwa Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 439 f.; vgl. auch ders. in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 8.

2045 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 171 (Rn. 44).

2046 Vgl. hierzu etwa § 5 Abs. 2 WStG, der im Rahmen der Strafzumessung die besondere Rücksichtnahme auf die Lage des Täters fordert; zum Begriff der *Lage Dau* in: MüKo-StGB, § 5 WStG Rn. 12 m.W.N.; vgl. ferner Dreher JZ 1957, 393, 396.

strafe an. Aber auch das moderne Wehrstrafrecht erkennt grundsätzlich die besondere Situation einer bewaffneten Auseinandersetzung an und sieht für Gehorsamsverweigerungen oder Ungehorsam eine besondere Strafschärfung vor, wenn durch den Ungehorsam zumindest fahrlässig ein schwerer Nachteil durch die Bundesrepublik Deutschland oder die Schlagkraft der Truppe herbeigeführt, ein Mensch getötet oder Opfer einer schweren Körperverletzung wird. Solche Fälle werden regelmäßig im Rahmen besonderer Krisensituationen – wie beispielsweise bei bewaffneten Kampfeinsätzen – auftreten. Diese Regelungen machen deutlich, welche Bedeutung der Gesetzgeber dem Gehorsam, insbesondere in Krisensituationen beimisst. Hat jedoch die Befolgung von Anordnungen ein so großes Gewicht, so ist das Korrelat dieser Intensivierung des Befehlsverhältnisses und des besonderen Unrechts eines Ungehorsams in Krisensituationen eine spezifisch erhöhte Verantwortung und daher auch strafrechtliche Haftung des Vorgesetzten. In dem Maße, in dem seine Lenkungs- und Steuerungsgewalt steigt, erhöht sich auch seine Verantwortlichkeit.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Vorgesetzten nach dem (Kriegs-)Völkerrecht resultiert damit letztlich daraus, dass die Kriegsführung als solche eine erhebliche Gefahrenquelle bedeutet: Deshalb kann und muss den Entscheidungsträgern in einem bewaffneten Konflikt zur Vermeidung von Verletzungen des (Kriegs-)Völkerrechts alles abverlangt werden, was ihnen vernünftigerweise möglich ist, um solche Taten zu verhindern. Auch hier ergibt sich damit die spezifische Pflichtenstellung des Befehlshabers aus der besonderen Gefahrenschaffung bzw. Gefahrbeherrschung, die er vorgenommen bzw. übernommen hat, indem er tatsächlich als Entscheidungsträger auf die Kriegsführung Einfluss ausübt oder die Aufgabe der Aufsichtsführung übernommen hat. Erfüllt er diese Aufgabe nicht, so können sich für die Kriegsführung und „Schlagkraft der Truppe“ schwerwiegende Nachteile ergeben. Durch die fehlende Aufsicht leidet die militärische Disziplin als Grundlage der Funktionsfähigkeit und damit drohen die Gefahren, die die Kriegsführung mit sich bringt, außer Kontrolle zu geraten.

b) Humanitär-völkerrechtliche Begründung

Die Notwendigkeit, in so gefährlichen Krisensituationen wie bewaffneten Konflikten, den Entscheidungsträgern alles ihnen Mögliche abzuverlangen, um Gefahren zu verhindern, ergibt sich jedoch nicht allein aus der besonderen Gefahrenlage. Vielmehr findet sie ihre Grundlage auch in der spezifischen Gefahr solcher Krisen, die über das Risiko der Verletzung individueller Rechtsgüter hinausgeht. Kriege verursachen nicht *nur* Schäden durch die Verletzung und Tötung von Menschen oder die Zerstörung von Sachen. Kriege vernichten in tatsächlicher und ideeller Hinsicht Lebensgrundlagen. Ausweislich der Präambel des Rom-Statuts, das als eine sehr allgemeine Kurzzusammenfassung der Erwägungen

gen des Völkerrechts zu den Verbrechen während kriegerischer Auseinandersetzungen betrachtet werden kann, stellen Völkerverbrechen nicht nur Verbrechen im herkömmlichen Sinne dar. Vielmehr legen sie die „*Axt an die Wurzel der menschlichen Zivilisation*“; sie bedrohen „*den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt*“ und betreffen damit die Menschheit per se, sie sind *crimen erga omnes*.²⁰⁴⁷

Dass die Führung von bewaffneten Auseinandersetzungen über die Verletzung einer Vielzahl überragend wichtiger Individualrechtsgüter auch systematische Schäden an der Basis menschlichen Lebens und Zusammenlebens verursacht, zeigt, warum die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht so bedeutsam ist: Der bewaffnete Konflikt bringt Gefahren mit sich, die sich nicht nur auf einzelne Personen oder überschaubare Personengruppen auswirken, sondern durch Fluchtbewegungen aufgrund von Kampfhandlungen oder Umweltverschmutzungen die Bevölkerungsstruktur auf ganzen Kontinenten verändern oder die Existenz ganzer Völker gefährden, letztlich ganze Zivilisationen traumatisieren und ihre Existenz infrage stellen können. Daher müssen die Entscheidungsträger in bewaffneten Konflikten aus humanitär-völkerrechtlicher Sicht zwingend als strafrechtlich verpflichtet dafür angesehen werden, die Gefahren aus der Kriegsführung mit allen zur Verfügung stehenden Kräften zu minimieren. Sie müssen auf opportune Kriegsführungsmittel verzichten, wenn ihre Anwendung mit unwägbaren Risiken einhergeht. Denn auch das Strafrecht als ultima ratio muss fraglos zur Anwendung kommen, um den Versuch zu unternehmen, die Basis der menschlichen Gesellschaft zu schützen. Die Erfahrung lehrt, dass Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht im Wesentlichen aufgrund von begünstigendem, tolerantem oder indifferentem Verhalten von Vorgesetzten begangen werden,²⁰⁴⁸ so dass allein schon aus diesem Grunde zum Schutz des humanitären Völkerrechts nur der Ansatz über die strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit überhaupt in gewissem Maße Erfolg versprechend erscheint.

c) Ähnlichkeiten zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im nationalen Recht

Daher erscheint die Basis der Begründung für die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Militär- und Amtsträgerstrafrecht einerseits und im Völkerstrafrecht andererseits insofern identisch, als eine vergleichbare Beziehung zwischen der Gefahrenquelle und der Stellung als Vorgesetzter besteht. Diese Parallele beschränkt sich auch nicht darauf, dass der militärische Vorgesetzte oder Amtsträger in beiden Bereichen über eine Lenkungsmacht verfügt, die ihm eine Steuerung der Durchführungsorgane ermöglicht. Vielmehr besteht auch und in besonderer Weise im

2047 IStGH-Statut, Präambel Abs. 3 und 4.

2048 Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 28, 45.

Völkerstrafrecht die Situation des Ausgeliefertseins des Opfers einer Straftat, die der Bundesgerichtshof in der Abrechnung über komplizierte Tarife im Rahmen eines Anschluss- und Benutzungszwangs beschreibt.²⁰⁴⁹ Denn in kriegerischen Auseinandersetzungen, ist die Gemeinschaft diesem Risiko der Beschädigung oder Vernichtung ihrer Lebensgrundlage ebenso schutzlos ausgesetzt wie der Einzelne, der in Unkenntnis des Tarifrechts und vor dem Hintergrund eines Anschluss- und Benutzungszwangs seine Gebührenrechnung hinnehmen muss. Fraglos hat Ersteres eine völlig andere Dimension, doch steht dies der Identität des Begründungsansatzes nicht entgegen. Dem militärischen Vorgesetzten ist die Aufgabe übertragen, für die Abwendung der Gefahren des Krieges für die Gesellschaft als Ganzes zu sorgen, weil diese sich selbst davor nicht schützen kann; dem Tarifrechtsexperten in der BSR-Entscheidung war die Aufgabe übertragen, die Gefahr eines Vermögensschadens abzuwenden, vor dem der Bürger sich nicht schützen konnte. Hier offenbart sich die strukturell gleiche Begründung in vollkommen unterschiedlichen Dimensionen des Unrechts; der Unterschied bleibt aber damit insofern ein quantitativer.

2. Rechtfertigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzten

Eine strenge Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter für Verbrechen gegen das (Kriegs-)Völkerrecht erscheint auf den ersten Blick widersinnig, ist doch der Zivilist grundsätzlich nicht Teilnehmer des bewaffneten Konflikts und damit nicht in der Lage, überhaupt Kriegsverbrechen zu begehen oder zu verhindern. Doch bereits in den Urteilen der internationalen Gerichtshöfe und Militärtribunale, die versuchten, die deutschen und japanischen Verbrechen im Zweiten Weltkrieg aufzuarbeiten, wurden nicht ausschließlich Militärs, sondern auch Politiker angeklagt. Ihnen wurde vorgeworfen, die Begehung von Kriegsverbrechen durch Untätigkeit ermöglicht zu haben.²⁰⁵⁰ Hinsichtlich der nichtmilitärischen Amtsträger aus der Politik liegt die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf der Hand, wenn man nur die in vielen westlichen Demokratien übliche Kommandostruktur der Streitkräfte in den Blick nimmt. Nach Art. 65a GG liegt der Oberbefehl über die Streitkräfte beim Bundesminister für Verteidigung, im Verteidigungsfall beim Bundeskanzler (Art. 115b GG), also in den Händen der Politik.²⁰⁵¹ Damit verschwimmen hier in einem für die Fragen der Kriegsführung neuralgischen Punkt die Grenzen zwischen militärischer und ziviler Hierarchie, wenn auch das Soldaten- und Wehrrecht das Befehlsverhältnis zwischen dem

2049 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/98, BGHSt 54, 44, 48 ff. (Rn. 21 ff.).

2050 Vgl. Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 31 f. m.w.N.

2051 Vgl. nur Art. 80 Bundesverfassungsgesetz der Republik Österreich; Article 2, Section 2 der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika; Art. 15 der Verfassung Kanadas; Art. 15 der Republik Frankreich, die jeweils dem Staatsoberhaupt den Oberbefehl über die Streitkräfte zuweisen.

Bundesminister der Verteidigung und den Streitkräften formell wohl noch eher dem militärischen Bereich zuweist. Doch wird damit die Problematik deutlich: Es kann für die strafrechtliche Verantwortlichkeit kaum entscheidend sein, ob der Vorgesetzte formell in einem militärischen Hierarchieverhältnis steht oder seine Anweisungskompetenz aus *nur* zivilen Strukturen herröhrt. Maßgebend ist vielmehr – dies wird auch in der Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe betont – die Lenkungsmacht, die effective control, die der betreffende Entscheidungsträger über Soldaten oder andere Untergebene ausüben kann und die mit der militärischen Befehlsmacht vergleichbar (*„substantially similar powers of control“*) ist.²⁰⁵²

Ein solches materielles Kriterium ist allein schon deswegen notwendig, weil es häufig schwierig sein wird, militärische von nichtmilitärischen Verhältnissen zu unterscheiden, so dass eine formelle Einordnung kaum trennscharf sein dürfte, insbesondere wenn man die zum Teil sehr große Ähnlichkeit zwischen militärischen und polizeilichen Einheiten bedenkt. Für Vorgesetzte aus dem staatlich-hoheitlichen Bereich – wie etwa Verwaltungs- oder Polizeibeamte – verdeutlicht allein die Organisation der Polizei im NS-Staat²⁰⁵³ und die Beteiligung von Verwaltungsstellen an schwersten Verbrechen gegen das Völkerrecht, dass eine Trennung zwischen militärischen Vorgesetzten und nichtmilitärischen Vorgesetzten nicht stets exakt gelingen kann.²⁰⁵⁴ Damit können die bereits genannten Argumente für eine Verantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers auch eine strafrechtliche Haftung des nichtmilitärischen, aber in staatliche Hierarchien eingebundenen Vorgesetzten rechtfertigen, der aufgrund seiner Stellung in der Hierarchie über eine hinreichende organisatorische Lenkungsmacht verfügt.

Etwas anderes mag gelten, soweit die Haftung außerstaatlicher Vorgesetzter in Rede steht, wie etwa bei Unternehmern, die auch nicht als Paramilitärs an Kampfhandlungen teilnehmen. Hier besteht das Problem der Legitimation einer spezifischen Vorgesetztenverantwortlichkeit. Dabei drängt sich die Frage auf, ob allein die Möglichkeit oder auch das Monopol zur Verhinderung schwerster Straftaten aus dem eigenen Unternehmen die besondere Verantwortlichkeit begründen. Kann also allein die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts die besondere Haftung von Personen begründen, die weder dem durch die verwirklichten Tatbestände zu schützenden Interesse nahestehen noch der Quelle, aus der sich die Gefahr für das Rechtsgut ergibt? Bejaht man dies, so liegt darin insbesondere eine Abweichung von grundlegenden Prinzipien der deutschen Unterlassungsdog-

2052 Vgl. hierzu *Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 40 ff.

2053 Die Polizei war unmittelbar dem Reichsführer der SS und Chef der Deutschen Polizei, *Heinrich Himmler*, unterstellt, und die führenden Beamten, wie etwa *Reinhard Heydrich*, trugen später auch SS-Dienstgrade, hierzu *Mix DeuPol 5/2011*, 22, 23 ff.

2054 Vgl. zu den Schwierigkeiten einer solchen Abgrenzung in den Verfahren vor dem JStGH gegen *Biljana Plavšić* und *Radovan Karadžić* u.a. *Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 48 f.

matik, da die Abwendungsmöglichkeit bei bestimmten Rechtsgütern von der rein äußerlichen Voraussetzung zur inneren Legitimation der Strafbarkeit erhoben würde. Dieser Bruch mit den Prinzipien deutscher Unterlassungsstrafbarkeit könnte nur durch die Herstellung eines inneren Bezugs der Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter und Entscheidungsträger zu dem durch die Untergebenen verwirklichten Unrecht verhindert werden. Das würde nach der bisher in dieser Untersuchung entwickelten Diktion bedeuten, dass der zivile Vorgesetzte nur dann als strafrechtlich Verantwortlicher in Haftung genommen werden könnte, wenn er in einer spezifischen Risikobeziehung zu dem bedrohten Rechtsgut steht, weil er etwa die Gefährdung durch seine unternehmerische Tätigkeit geschaffen oder erhöht hat; die Taten, die Gegenstand der Verantwortlichkeit sein könnten, müssten in spezifischer Weise „*betriebsbezogen*“ sein.

III. Historische Entwicklung der völkerstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit

Die Geschichte der individuellen Vorgesetztenverantwortlichkeit im internationalen Völkerstrafrecht ist mit der Entwicklung des humanitären Völkerrechts eng verbunden.²⁰⁵⁵ Die Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit vollzog sich im Wesentlichen bis zum Jahre 1977 in der Judikatur der nationalen Militärgerichte und internationalen Tribunale. Dabei kommt den Entscheidungen Letzterer für die Entstehung des internationalen Strafrechts als Völkerstrafrecht größere Bedeutung zu. Da jedoch die Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit durch einzelne Prozesse nationaler Gerichte intensiv beeinflusst wurde, sollen hier auch die wichtigsten Entwicklungsschritte über nationale Gerichte dargestellt werden.²⁰⁵⁶

1. Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg

Schon aus dem alten China sind Anordnungen über den humanitären Umgang mit gefangenen gegnerischen Kriegern bekannt.²⁰⁵⁷ Von dem chinesischen General Wu Sunzi wird ferner berichtet, er habe König Helus gegenüber geäußert, es sei Aufgabe des Generals, seine Befehle klar und eindeutig zu formulieren. Für Fehler, die aus der Nichtbeachtung dieser Pflicht entstünden, sei der General verantwortlich. Seien die Anweisungen jedoch klar und die Soldaten gehorchten

2055 Vgl. zur historischen Entwicklung der *superior responsibility* auch Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 25 ff.

2056 Vgl. hierzu auch den hervorragenden Überblick bei Hendif ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 1 ff.

2057 Wenn auch von Cicero der Ausspruch überliefert ist, „*Silent enim leges inter arma*“ (Nämlich unter den Waffen schweigen die Gesetze); vgl. hierzu Hüning in: Voigt Der Leviathan, S. 129 ff.

nicht, so seien die Offiziere dafür verantwortlich.²⁰⁵⁸ Ferner ist vom französischen König *Karl VII.* eine Order aus dem Jahr 1439 überliefert, die jeden Hauptmann oder Leutnant persönlich für von Angehörigen seiner Kompanie begangene Misshandlungen, Untaten oder Angriffe verantwortlich erklärt: Jeder dieser Haupteute sei verpflichtet, im Falle solcher Missetaten oder Misshandlungen die Täter in angemessener Weise zu bestrafen. Falls der Hauptmann keine Bestrafung veranlasse, die Missetat decke, zögerlich handele oder der Missetäter aufgrund von Nachlässigkeit oder ähnlicher Pflichtvergessenheit der Untersuchung oder Bestrafung entkomme, solle der Hauptmann für das Verbrechen als verantwortlich angesehen und so bestraft werden, wie der Missetäter selber zu bestrafen gewesen wäre.²⁰⁵⁹ Der schwedische König *Gustav Adolf* hatte 1621 einen vergleichbaren Befehl für das Verhalten seiner Truppen im 30-jährigen Krieg ausgegeben: Kein Oberst oder Hauptmann dürfe seine Soldaten anweisen, gesetzwidrige Handlungen zu begehen; andernfalls werde er nach Ermessen der Richter bestraft.²⁰⁶⁰ Der vorläufige Kongress von Massachusetts billigte ferner im Jahr 1775 eine Anweisung, nach der jeder befehlshabende Offizier im Quartier und in Marsch gute Ordnung halten solle und bis zum Äußersten seiner Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen habe, dass allen Misshandlungen und Regellosigkeiten, die die Offiziere oder Soldaten unter seinem Kommando begehen, Einhalt geboten werde. Soweit ihm eine Anzeige gemacht werde, dass ein Soldat oder Offizier Personen geschlagen oder schlecht behandelt habe oder irgendeine andere Art von Unruhe unter den Bewohnern des Kontinents gestiftet habe, so sei der befehlshabende Offizier zu bestrafen, als habe er das Verbrechen selbst begangen, wenn er es unterlässt, dem Missetäter Gerechtigkeit widerfahren zu lassen und für eine Entschädigung der Verletzten zu sorgen.²⁰⁶¹

In der Judikatur des 19. Jahrhunderts sind Ansätze einer „*superior responsibility*“ nachweisbar. Die Entscheidung *Martin vs. Mott*²⁰⁶² (1827) des Supreme Court of the United States (USSC) setzt die Entwicklung der Befehlsverantwortlichkeit militärischer Vorgesetzter fort. Das Urteil stellt jedoch nach *Hendin*²⁰⁶³ insofern einen Wendepunkt dar, als das Gericht hier den militärischen Grund für die Vorgesetztenverantwortlichkeit deutlich macht und sie letztlich einschränkt.

2058 *Sunzi* Die Kunst des Krieges, S. 10 ff.; vgl. ferner *Roberts* Land Warfare, From Hague to Nuremberg, in *The Laws of the War: Constraints Warfare in the Western World* 116, 119; *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 5.

2059 *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 78 Fn. 244; *Greene* International Humanitarian Law 1995, 319, 321; *Weltz* Unterlassungshaftung, S. 248 Fn. 6; *Triffterer* in: *ICC-Commentary* Art. 28 Rn. 25.

2060 Nr. 46 der Order König Gustav Adolf von Schweden von 1621, abgedruckt bei *Winthrop* Military Law, S. 907, 910.

2061 *Parks* MLR 1973 (62), 1, 5 ff. auch mit weiteren Beispielen aus der Zeit vor 1864.

2062 *Martin v Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) S. 19, 30 f. (1827), abrufbar unter <http://supreme.justia.com/us/25/19/case.html> (Stand 2.1.2015).

2063 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 9.

Der USSC führt nämlich aus, ein Umstand, der zu einer Störung oder sonstigen Beeinträchtigung der Effizienz militärischer Abläufe führe, sei nicht hinnehmbar. Bedenken, die Befolgung von Befehlen könne rechtliche Konsequenzen haben, untergraben nach Auffassung der Richter die Disziplin und setzen den ordnungsgemäß befehlenden Offizier dem Wagnis eines Gerichtsverfahrens aus. Dennoch entschied der USSC während des Mexikanisch-Amerikanischen Krieges (1851), dass ein militärischer Offizier, der eine Gesetzesverletzung begangen hat, sich nicht gänzlich damit rechtfertigen könne, er habe lediglich einen Befehl befolgt. Dies könnte nur zu einer Strafmilderung führen, aber nicht von der Verantwortlichkeit befreien.²⁰⁶⁴ Im amerikanischen Sezessionskrieg entwarf *Francis Lieber* den bis dato umfassendsten Kanon von Dienstvorschriften, der das Verhalten von Soldaten während eines Kampfeinsatzes zum Gegenstand hatte. Die als *Lieber Code* bekannt gewordene General Order No. 100 vom 24. April 1864 enthielt insbesondere eine Regelung in Art. 71, die die Todesstrafe für denjenigen Offizier vorsah, der die Tötung oder Verwundung bereits hilfloser feindlicher Kämpfer anordnet oder seine Soldaten zu solchen Handlungen ermutigt. Der *Lieber Code* hatte zwar grundsätzlich nur nationale Geltung für die USA, gelangte aber dennoch auch international zu faktischer Bedeutung, weil er die zum damaligen Zeitpunkt anerkannten Regeln des Kriegsrechts zusammenfasste und fixierte.²⁰⁶⁵ Im *Lieber Code* ist allerdings noch keine Regelung für das *Unterlassen oder Vernachlässigen* der ordnungsgemäßen Aufsicht über untergebene Soldaten enthalten.

Bis zu diesen Zeitpunkt mag man zwar feststellen können, dass es einen Grundsatz der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für seine Truppen bereits gab, jedoch stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um einen völkerstrafrechtlichen Grundsatz handelte. Soweit man nämlich das Völkerstrafrecht als Instrument ansieht, um den Krieg auf die kriegsführenden Parteien und Personen zu beschränken, um also insbesondere die Zivilbevölkerung vor Schäden und die Kombattanten vor unverhältnismäßigen Verletzungen ihrer Rechte durch den Krieg zu schützen, sagt die Feststellung des militärischen Grundsatzes, dass der Vorgesetzte aus Gründen der Disziplin der Streitkräfte und der Effektivität militärischer Operationen für Straftaten und Ungehorsam seiner Untergebenen persönlich, strafrechtlich verantwortlich ist, nichts darüber aus, ob dieser Grundsatz auch für das am Schutz der Menschen und ihrer Lebensgrundlage orientierte Völkerstrafrecht durchschlägt. Insofern handelt es sich allein um einen militärrechtlichen Grundsatz, der allenfalls Reflexwirkungen im Bereich des humanitären Völkerrechts hatte, aber nicht um einen menschenrechtlichen Grundsatz.²⁰⁶⁶

2064 *Mitchell v Harmony*, 54 U.S. (13 How.) S.115, 137 (1851), abrufbar unter <http://supreme.justia.com/us/54/115/case.html> (Stand 2.1.2015); vgl. auch *Parks* MLR 1973 (62), 1, 7.

2065 *Herde Command Responsibility*, S. 27.

2066 Vgl. *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 78 f., Fn. 244.

Erst mit der Entwicklung allgemeiner Regeln darüber, welche Handlungen im Kriegsfalle erlaubt und verboten sein sollten, also den Anfängen des Kriegsvölkerrechts, konnte das Völkerstrafrecht und damit auch eine Vorgesetztenverantwortlichkeit im hier relevanten Sinne überhaupt Bedeutung erlangen.²⁰⁶⁷

Nach dem Ende des amerikanischen Sezessionskrieges im Jahr 1865 wurde Hauptmann *Henry Wirz* wegen Kriegsverbrechen verurteilt. Er wurde als Kommandant des berüchtigten Kriegsgefangenenlagers Andersonville in Georgia wegen der dortigen katastrophalen baulichen und medizinischen Zustände und der barbarischen Lagerregeln, die an manchen Tagen Hunderte Kriegsgefangene das Leben kosteten, angeklagt, verurteilt und am 10. November 1865 hingerichtet.²⁰⁶⁸ Vorgeworfen wurde ihm und dem Mitangeklagten *Winder*, der jedoch vor Prozessabschluss verstorben war, neben einer Reihe von eigenhändig begangenen Verbrechen, die Zustände im Lager geduldet und nicht auf ihre Änderung hingewirkt zu haben.²⁰⁶⁹ Das durch die Union bestellte Gericht legte einen sehr strengen Standard der *absolute liability* oder *strict liability* an und berücksichtigte dabei nur bedingt die Hinweise darauf, dass *Wirz* möglicherweise nicht in der Lage war, der medizinischen Not abzuholen.²⁰⁷⁰ Insbesondere gingen die Richter davon aus, dass systematische Misshandlungen und Tötungen von Gefangenen nicht ohne Mitwirkung oder zumindest bewusste Duldung durch die Lagerleitung möglich gewesen wären.²⁰⁷¹ Allerdings sprechen gewichtige Argumente dafür, dass in diesem Strafverfahren das politische Kalkül, einen hochrangigen Vertreter der besiegt Föderation im Namen der Menschlichkeit zur Rechenschaft ziehen zu können, eine erhebliche Rolle gespielt hat.²⁰⁷²

Im gleichen Jahr der Niederschrift des *Lieber Code* wurde auch die ursprüngliche Genfer Konvention unterzeichnet, in der sich zunächst zwölf Staaten verpflichteten, grundlegende Regeln eines humanitären Völkerrechts einzuhalten. Diese Konvention war unter dem Eindruck der Schlacht von Solferino (1859) zustande gekommen und kann als Wiege des humanitären Völkerrechts des Krieges bezeichnet werden, wenn auch zuvor schon gewisse rechtliche Regeln gewohnheitsrechtlich anerkannt waren, wie etwa das Verbot der Plünderung,²⁰⁷³ die Unantastbarkeit der Parlamentärfлагge oder das Verbot der Misshandlung von

2067 Vgl. *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 81.

2068 The Trial of Captain Henry Wirz for Conspiracy and Murder, Washington DC, 1865 in American State Trials, Vol. VIII, 657, 808; vgl. auch *Herde Command Responsibility*, S. 32 m.w.N.

2069 Vgl. zu den Einzelheiten der Zustände im Gefangenlager *Baker* Andersonville, S. 7 ff.; *Bauer* Kriegsverbrecher, S. 39 f.; *Herde Command Responsibility*, S. 32.

2070 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 11 ff.

2071 Vgl. *Herde Command Responsibility*, S. 33.

2072 Vgl. *Herde Command Responsibility*, S. 33.

2073 Vgl. nur Art. 30 der Kriegsartikel für das preußische Heer vom 27.6.1844, abgedruckt bei *Friccius* (Hrsg.), Preußische-Militair-Gesetz Sammlung Bd. 3, S. 185.

Kriegsgefangenen,²⁰⁷⁴ das sich schon im Verlauf des 18. Jahrhunderts zumindest theoretisch durchgesetzt hatte.²⁰⁷⁵ Die Genfer Konvention beinhaltete jedoch ausschließlich Verhaltensregeln zu humanitären Zwecken, insbesondere über die Versorgung von Verwundeten, und Vorschriften zum Schutz der Zivilbevölkerung, aber keine Vorgaben über Sanktionen, die gegen kommandierende Offiziere bei der Verletzung dieser Vorgaben verhängt werden sollten. Dies gilt auch mit Einschränkungen für die Anlage IV des „*in zwei Anläufen*“²⁰⁷⁶ 1899 und 1907 folgenden Haager Abkommens, der sogenannten Haager Landkriegsordnung.²⁰⁷⁷ Dort ist zwar in Art. 3 eine Pflicht zu Schadenersatzzahlungen bei Verletzungen des Vertrages vereinbart; sie sieht jedoch ausschließlich Ansprüche gegen die Vertragsparteien und keine Sanktionen gegen Individuen vor.²⁰⁷⁸

Dennoch beinhaltet das Haager Übereinkommen – das jedoch im Ersten Weltkrieg kaum praktische Anwendung gefunden hat²⁰⁷⁹ – eine wichtige Aussagen, die die Verantwortlichkeit von militärischen Vorgesetzten betrifft: Art. 1 des Reglements betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs bestimmt, dass die Rechte der Kriegsgefangenen von ihrem Kombattantenstatus abhängen. Dieser wiederum wird nur gewährt, wenn bewaffnete Gruppen unter anderem jemand an ihrer Spitze haben, „*der für das Verhalten seiner Untergebenen verantwortlich ist*“ (Organisationsprinzip), während Gruppen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllten, als Freischärler angesehen wurden und damit nicht als Kriegsgefangene behandelt werden mussten.²⁰⁸⁰ Die deutsche Kriegssonderstrafverordnung von 1938²⁰⁸¹ sah in § 3 die Todesstrafe für solche unorganisierten Freischärler vor, soweit es sich nicht um die Bevölkerung eines besetzten Gebietes handelte, die sich zur Bekämpfung eines eindringenden Feindes zusammengefunden hatte und sich aufgrund der Eile nicht organisiert zusammenschließen konnte.

Im Jahr 1902 wurde der US-amerikanische Brigadegeneral *Jacob Smith*, wegen des von ihm angeordneten Balangiga-Massakers im Philippinisch-Amerikanischen Krieg (1899–1902) vor einem Militärgericht angeklagt. *Smith* hatte im Rahmen einer Vergeltungsaktion befohlen, in Samar alle Häuser niederzubrennen sowie Tiere und jede Person, die älter als zehn Jahre war, zu töten. Es kam

2074 § 145 PrMStGB bedrohte die Misshandlung „*fremder Unterthanen*“ und „*gefangener feindlicher Militairpersonen*“ mit der gleichen Strafe als wäre das „*Verbrechen an diesseitigen Unterthanen verübt*“ worden.

2075 Herde Command Responsibility, S. 26.

2076 Herde Command Responsibility, S. 28.

2077 Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (mit sog. Haager Landkriegsordnung) vom 18.10.1907.

2078 Vgl. auch Herde Command Responsibility, S. 30.

2079 Herde Command Responsibility, S. 40.

2080 Vgl. auch Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 81 f.

2081 Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz vom 17.8.1938; RGBl. I 1939, 1455 f.

in diesem Zusammenhang auch zu Tötungshandlungen, jedoch blieb eine vollkommene Eskalation aus, weil die von *Smith* befehligen Offiziere sich weitgehend an die Regeln der zivilisierten Kriegsführung nach der General Order No. 100 hielten. *Smith* wurde für schuldig befunden, „*die gute Ordnung und die Disziplin*“ untergraben zu haben; ihm wurde eine Ermahnung erteilt. US-Präsident *Theodore Roosevelt* ordnete später die Entfernung des Generals aus dem Dienst an.²⁰⁸²

Im 19. und frühen 20. Jahrhundert wurden also Verbrechen während bewaffneter Auseinandersetzungen allgemein als nicht durch ein internationales Völkerstrafrecht erfasst angesehen, sondern durch die Nationalstaaten in ihren jeweiligen Militärstrafrechten geregelt. Für die USA galt seit 1914 das „*Army Field Manual, The law of Land Warfare*“, das den *Lieber Code* abgelöst hatte,²⁰⁸³ und für das britische Imperium das „*British Manual of Military Law*“ von 1884. Beide Werke nahmen jedoch zur Definition der Kriegsverbrechen im Wesentlichen auf das internationale Völkerrecht Bezug, ohne eigene Tatbestände zu beschreiben.²⁰⁸⁴ Das japanische Militärstrafgesetz von 1908²⁰⁸⁵ normierte ebenfalls keine eigenständigen Straftatbestände für Straftaten der kaiserlichen Soldaten gegenüber Zivilpersonen oder Soldaten anderer Streitkräfte, sondern sah nur die Anwendung des Militärstrafrechts auch auf Gefangene und Taten gegen diese vor. Spezifische Regelungen, die die Misshandlung dieser Personen unter Strafe stellten, fehlten vollständig. Jedoch sah das japanische Militärstrafgesetz im 3. Abschnitt unter der Überschrift „*Pflichtverletzung*“ in § 46 vor, dass der Befehlshaber, der von einer strafbaren Handlung seiner Untergebenen Kenntnis hat, ohne die notwendigen Maßregeln zur Verhinderung zu ergreifen, mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft werden könne. Dieser Strafraum erscheint jedoch im Hinblick auf die drakonischen Strafen, die für andere Verfehlungen von Befehlshabern in diesem Gesetz angedroht wurden, vergleichsweise milde.

Für das russische Zarenreich setzt sich das Militärstrafgesetzbuch von 1869²⁰⁸⁶ in einem IX. Kapitel unter der Überschrift „*Von der geringen Aufsicht über Untergebene und dem Mißbrauch der Dienstgewalt im Verkehr der Vorgesetzten mit Untergebenen*“ auseinander. Diese Regelungen sahen – ähnlich wie die Vorschriften des deutschen Militärstrafrechts zur gleichen Zeit – zunächst eine strafrechtliche Haftung für den Vorgesetzten vor, der aufgrund zu geringer

2082 *Fritz Military Affairs* 43, No. 4 (December 1979), pp. 186, 189 f.; vgl. ferner *Parks* MLR 1973 (62), 1, 8 ff.

2083 *Oehler Internationales Strafrecht*, S. 625 f.

2084 Vgl. zu Nachweisen über spätere Fassungen dieser militärstrafrechtlichen Kodifikationen JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 341.

2085 Gesetz vom 9. April 1908, abgedruckt bei *Fujisawa* (Hrsg.), *Japanisches Militär-Strafgesetzbuch*, S. 9 ff.

2086 Kodex der Militärstrafgesetze vom Jahre 1869, Buch XXII, 3. August 1869, mit allen in der Fortsetzung vom Jahre 1907 und den Befehlen in Militärsachen bis zum 1. Mai 1910 publizierten Änderungen, abgedruckt bei *Klibanski* (Hrsg.), *Russisches Militär-Strafrecht*, S. 13 ff.

Aufsicht über die Untergebenen „*Unregelmäßigkeiten und Ordnungswidrigkeiten im Dienste, eine Vernachlässigung oder Verwirrung der Geschäfte oder eine Lockerung der militärischen Disziplin entstehen ließ*“ (vgl. Art. 173).²⁰⁸⁷ Diese Pflichtverletzungen waren mit der Verabschiedung vom Dienst, Haft auf der Hauptwache oder einer Disziplinarstrafe zu ahnden. Hatte ein Befehlshaber die Absicht eines Untergebenen gekannt, eine Straftat zu begehen, und hinderte er die Begehung aus Nachlässigkeit oder Schwäche nicht, so war dies nur mit einer Disziplinarstrafe bedroht, sofern er nicht aus eigennützigen oder sonstigen persönlichen Gründen gehandelt hat. Andernfalls waren deutlich schärfere Strafen bis hin zu der Strafe vorgesehen, die für die durch Unterlassen ermöglichte Straftat selbst verhängt werden konnte (Art. 174). Letztlich sah das russische Militärstrafrecht auch für die Nichtverfolgung einer durch den Untergebenen begangenen Straftat eine Strafbarkeit des Vorgesetzten vor, soweit dieser von der Begehung eines „*mehr oder weniger wichtigen Verbrechens oder Vergehens in dienstlichen Angelegenheiten zuverlässige Kenntnis hatte*“ und den Untergebenen nicht „*der ordnungsmäßigen Strafe vermöge der ihm gegebenen Dienstgewalt unterzieht oder ihn nicht dem Gericht überantwortet, oder in dem Falle, wo ihm dies durch das Gesetz zur Pflicht gemacht ist, darüber nicht an die vorgesetzte Behörde, in der vorgeschriebenen Form der Unterordnung berichtet ...*“. Diese Verletzung einer Pflicht zur Sanktionierung oder Verfolgung wurde als Begünstigung angesehen und dementsprechend einer Beihilfe ähnlich bestraft. Spezifische Tatbestände zum Schutz eines humanitären Völkerrechts, wie etwa das Verbot von Plünderungen etc. fehlten jedoch.

In Deutschland galten schon seit dem frühen 19. Jahrhundert verschiedene Militärgesetze, wie etwa die preußische Disziplinarordnung,²⁰⁸⁸ die Kriegsartikel und das Strafgesetzbuch für das preußische Heer von 1845 und seit 1867 einheitlich für den Deutschen Bund eine militärstrafrechtliche Verordnung,²⁰⁸⁹ die 1872 durch das Militärstrafgesetz²⁰⁹⁰ abgelöst wurde. Diese Kodifikationen sahen ausdrückliche Regelungen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten im Falle der Verletzung seiner Aufsichtspflichten gegenüber Untergebenen vor und wiesen zudem für die Unterlassung der dem Vorgesetzten obliegenden Meldung oder Verfolgung strafbarer Handlung seiner Untergebenen eine Sonderstrafbarkeit auf (vgl. nur § 147 MStGB, später §§ 147, 147a MStGB).²⁰⁹¹ Die Strafbarkeit von Plünderungen ergab sich im Reichsrecht aus §§ 128, 129 des Militärstrafgesetzbuchs. Im Strafgesetzbuch für das preußische Heer waren in

2087 Abgedruckt bei Klibanski (Hrsg.), Russisches Militär-Strafrecht, S. 66 f.

2088 Vgl. hierzu auch die Darstellung bei Friccius (Hrsg.), Das preußische Militärstrafrecht, S. 1 ff.

2089 Verordnung, die Einführung des Preußischen Militair-Strafrechts im ganzen Bundesgebiete betreffend vom 29.12.1867, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, Nr. 13, S. 185 ff.

2090 Gesetz vom 20.6.1872, RGBl. 1872, 174 ff.

2091 Vgl. hierzu hier bereits S. 255 ff.

den §§ 145 ff. bereits strenge Strafen für das Plündern, das Misshandeln, Verletzen oder Töten von Zivilisten, das Zerstören fremder Sachen oder das Marionieren vorgesehen.²⁰⁹²

2. Aufarbeitung des Ersten Weltkrieges

Eine Diskussion über die individuelle Vorgesetztenverantwortlichkeit fand im Wesentlichen erst im und nach dem Ersten Weltkrieg statt.²⁰⁹³ In diesem Krieg haben die Kriegsparteien, sowohl der Mittelmächte als auch der Entente, eine Vielzahl von Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht begangen. Ein offensichtlicher Verstoß dagegen war etwa die Verwendung von tödlichem Gas als Kampfmittel durch die Kriegsparteien, obwohl bereits nach Art. 23 der Haager Landkriegsordnung die Verwendung giftiger Substanzen zur Kriegsführung verboten war. Zudem kam es zu Verletzungen des Kriegsvölkerrechts durch deutsche Soldaten an vorgeblichen Freischärlern ab August 1914 in Belgien und später auch Frankreich,²⁰⁹⁴ von Angehörigen der österreichisch-ungarischen Armeen im Sommer und Herbst 1914 an Ruthenen und Serben in Galizien und zum Völkermord an den Armeniern, Pontosgriechen und Assyrern zwischen 1915 und 1923 im zerfallenden Osmanischen Reich.²⁰⁹⁵ Justiziell hinreichend aufgearbeitet wurden von diesen Verbrechen nur sehr wenige.²⁰⁹⁶

a) Verfolgung von Kriegsverbrechen im Osmanischen Reich

Während in Paris noch über den Frieden mit dem Deutschen Reich verhandelt wurde, begannen vor Istanbuler Kriegsgerichten auf Druck der Entente-Mächte bereits die ersten Prozesse gegen Personen, die der Beteiligung am Völkermord gegen die Armenier beschuldigt wurden.²⁰⁹⁷ Die Entente-Mächte hatten bereits in einer Deklaration vom 24. Mai 1915 verlauten lassen, sie seien nicht gewillt, die „Verbrechen gegen die Menschheit“, im Osmanischen Reich, auf sich beruhen zu lassen. Es sollten nach dieser Erklärung alle verantwortlichen Regierungsmitglieder und deren Beauftragte, die an den Massakern an den Armeniern und anderen

2092 Die preußischen Militärgesetze wurden durch die Verordnung, die Einführung des Preußischen Militär-Strafrechts im ganzen Bundesgebiete betreffend, vom 29. Dezember 1867, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, Nr. 13, S. 185 ff. auch Bundesrecht des Norddeutschen Bundes.

2093 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3530; vgl. hierzu auch den Bericht der „Commission of responsibility of the authors of the War and on enforcement of penalties“ vom 29. März 1919, International Law Studies, Vol. 60, pp. 158, 160 f.

2094 Vgl. hierzu im Einzelnen *Hornel/Kramer German Atrocities*, 1914, 2001, passim.

2095 Vgl. hierzu unter anderem *Akçam* Armenien und der Völkermord, 1996, passim.

2096 Vgl. etwa zu den Prozessen, mit denen die Ermordung vieler tausend Menschen bei der „Deportation“ der Armenier in den letzten Jahren des Osmanischen Reiches juristisch aufgearbeitet werden sollten, *Akçam* Armenien und der Völkermord, S. 77 ff.

2097 Das Innenministerium des Osmanischen Reiches hatte durch eine Untersuchung eine Zahl von 800.000 Opfern ermittelt, vgl. *Akçam* Armenien und der Völkermord, S. 76.

Völkern beteiligt waren, persönlich zur Rechenschaft gezogen werden. Diese keineswegs allein auf humanitäre Motivationen zurückgehende Erklärung²⁰⁹⁸ wurde unmittelbar nach Kriegsende in politischen Druck auf Istanbul umgesetzt, die für den Völkermord Verantwortlichen strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen.²⁰⁹⁹ Das Ziel der Bestrafung von Kriegsverbrechern fand dann insbesondere auf Betreiben der britischen Regierung auch Eingang in den Frieden von Sévres vom 10. August 1920. In den bereits vor diesem Datum beginnenden Prozessen wurden – soweit ersichtlich – zum ersten Mal Regierungsmitglieder wegen ihrer Handlungen in einem Krieg strafrechtlich verfolgt.²¹⁰⁰ Doch fehlten für die Verfolgung solcher Taten auf internationaler Ebene sowohl die juristischen als auch die institutionellen Rahmenbedingungen, so dass die Verfolgung allein durch osmanische Gerichte betrieben wurde.

Die Pogrome und Massaker an den Armeniern in der Türkei stellen sich wohl als die Peripetie der Maßnahmen und Aktionen gegen die armenischen Christen und die Griechen im Osmanischen Reich dar, die bereits im 19. Jahrhundert als Folge der Spannungen zwischen Muslimen und Nichtmuslimen massive Ausmaße erreicht hatten und die sich durch die türkische Nationalbewegung während der Balkankriege 1912/13 noch einmal erheblich verschärften.²¹⁰¹ Nachdem es 1914 bereits zu gewaltsauslösenden Vertreibungen und Massakern an Griechen gekommen war, setzten sich die Verbrechen nach dem Kriegseintritt des Osmanischen Reiches im November 1914 durch „Deportationen“ von Armeniern ab April 1915 fort. Der Begriff der *Deportation* ist deswegen missverständlich, weil er eine Umsiedlung suggeriert, die nicht beabsichtigt gewesen ist. Es kam nach internationalen Berichten im Zusammenhang mit den angeblichen Umsiedlungen zu Massenerschießungen und anderen gezielten Tötungsaktionen, an denen zum Teil das Militär teilnahm, die im Wesentlichen aber wohl von Einheiten der paramilitärischen Organisation *Teskilât-i Mahsusa* durchgeführt wurden.²¹⁰² Im Rahmen der Prozesse wegen dieser Taten kam es insgesamt zu 17 Todesurteilen, von denen drei auch vollstreckt wurden.²¹⁰³

Im engeren Kontext mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit sind, soweit erkennbar, nur zwei dieser Strafverfahren relevant. Im sogenannten Trabzon-Prozess, der die Deportation von Armeniern und die Plünderung ihrer Häuser zum

2098 Vielmehr beabsichtigten die Siegermächte auch die schon seit langer Zeit politisch gewünschte Aufteilung des Osmanischen Reiches durchzusetzen.

2099 Vgl. Akçam Armenien und der Völkermord, S. 13 ff.

2100 Akçam Armenien und der Völkermord, S. 14, wenn man von der Anklage gegen Jefferson Davis, des Präsidenten der konföderierten Staaten, vom 24. Mai 1865 wegen Verrats absieht, die zwar zu einer Verhaftung führte, jedoch nicht zu einem ernsthaften Strafverfahren, vgl. hierzu Bauer Kriegsverbrecher, S. 40 f.; auch über Napoleon wurde zwar eine Strafe verhängt, aber von einer strafrechtlichen Verfolgung im engeren Sinne kann kaum die Rede sein, vgl. Bauer Kriegsverbrecher, S. 25.

2101 Akçam Armenien und der Völkermord, S. 19 ff.

2102 Vgl. hier zu den Einzelheiten Akçam Armenien und der Völkermord, S. 63 ff.

2103 Akçam Armenien und der Völkermord, S. 157.

Gegenstand hatte, war unter anderem *Nuri Bey*, der Polizeidirektor von Trabzon angeklagt. Ihm wurden Pflichtverletzungen als Polizeichef vorgeworfen. Er sei für die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Stadt zuständig und in den Kommissionen eingesetzt gewesen, die die Räumungen und Durchsuchungen organisierten. In dieser Eigenschaft habe er keine disziplinarischen oder administrativen Maßnahmen ergriffen, um die Gegenstände in Häusern, die aufgrund der Deportation ihrer Bewohner leer standen, zu sichern und sie vor Schaden zu bewahren. Ebenso wenig habe er sich um den ordnungsgemäßen Abtransport der Gegenstände gekümmert. Damit habe er die Gelegenheit gegeben, dass die Gegenstände gestohlen werden konnten. Er habe zwar eigene Polizeibeamte, die zurückgelassene Güter gestohlen hatten, vor das Kriegsgericht gebracht, habe jedoch im Wesentlichen nichts unternommen, um die Plünderungen zu verhindern, obwohl er wusste und dabei zusah, dass Gouverneur *Cemal Azmî* und seine Untergebenen sich unter Ausnutzung der Ausgangssperre entgegen dem Kriegsrecht die Güter der Deportationsopfer aneigneten. Ferner habe er zugelassen, dass die in der Stadt verbliebenen Kinder und Frauen durch Polizisten, Gendarmen und andere Personen auf Boote verbracht wurden, um ertränkt zu werden. Wenn er diese Taten aus Schwäche und Kummer geduldet habe, so habe er nicht einmal die „*Opferbereitschaft an den Tag gelegt, sein Amt einem Nachfolger zu übergeben, der dem Auftreten und Andauern derartiger Tragödien vielleicht Einhalt gebieten können*“.²¹⁰⁴ *Nuri* wurde wegen Amtsmissbrauchs zu einer einjährigen Haftstrafe verurteilt.

In einem zweiten für die Vorgesetztenverantwortlichkeit relevanten, dem von *Akçam* als „*Hauptverfahren*“ bezeichneten Prozess wurde den Hauptfunktionären der Regierungspartei *İttihat ve Terakki Cemiyeti* unter anderem vorgeworfen, in ihrer Eigenschaft als Funktionäre der Partei – angeklagt waren nicht die Individuen als solche, sondern als ideelle Persönlichkeiten²¹⁰⁵ – die Massaker in Trabzon, Yozgad und Boğazlyan organisiert und durchgeführt zu haben. Im Urteil des Kriegsgerichtshofs heißt es, eine Verantwortlichkeit sei darüber hinaus auch dann gegeben, wenn die Funktionäre – wie die Verteidigung vortrug – erst nach den Vorfällen Kenntnis von den Massakern erhalten hätte. In diesem Fall hätten sie die Pflicht gehabt, Gegenmaßnahmen zur Verhinderung einer Wiederholung zu ergreifen und für die Bestrafung der Täter zu sorgen. Dies hätten die Angeklagten unterlassen.²¹⁰⁶

Diese Feststellungen des Kriegsgerichts besitzen zwar nur begrenzte Aussagekraft, gleichwohl kann man ihnen entnehmen, dass das osmanische Recht eine Pflicht des Vorgesetzten vorsah, seine Untergebenen von Straftaten abzuhalten.

2104 *Akçam* Armenien und der Völkermord, S. 180.

2105 *Akçam* Armenien und der Völkermord, S. 185.

2106 *Akçam* Armenien und der Völkermord, S. 358.

Die Aussagen im Trabzon-Prozess sprechen ferner dafür, dass das Gericht keine Verantwortlichkeit des Angeklagten *Nuri* für die von seinen Untergebenen begangenen Straftaten annahm, sondern sich letztlich auf die von ihm begangene Pflichtverletzung stützte. Dies erklärt auch die Verurteilung wegen Amtsmisbrauchs, im Sinne einer nicht hinreichenden Wahrnehmung der amtlichen Aufgaben, und die relativ milde Strafe. Die Feststellungen im Hauptverfahren dagegen schließen die Annahme nicht aus, dass die Richter eine Verantwortlichkeit für die Massaker, also für die Bezugstaten selbst gesehen haben, die sich aus der Nichtverhinderung einer Wiederholung und nicht wegen der unterlassenen Sanktionierung ergab. Auch wenn es hier also noch unmöglich ist, eine klare Struktur der Vorgesetztenverantwortlichkeit auszumachen, können zwei Aspekte festgehalten werden. Das Kriegsgericht erkennt die Vorgesetztenverantwortlichkeit grundsätzlich an, und es sind bereits zwei strukturelle Ansätze für ihre strafrechtsdogmatische Begründung erkennbar: zum einen die Strafbarkeit allein wegen der eigenen schuldhaften Pflichtverletzung und zum anderen die Strafbarkeit wegen der Pflichtverletzung und ihrer schuldhaft herbeigeführten schweren Folge der Bezugstat des Untergebenen.

b) Verfolgung deutscher Kriegsverbrechen

Die Entente-Mächte bemühten sich auch um eine strafrechtliche Aufarbeitung deutscher Kriegsverbrechen.²¹⁰⁷ Noch während des Ersten Weltkrieges wurde die strafrechtliche Ahndung der Kriegsverbrechen von Angehörigen der unterlegenen Parteien zwar von französischer und britischer Seite befürwortet, jedoch wurden insbesondere von französischen Juristen Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz nulla poena sine lege geäußert. Man sah die Aufarbeitung von Kriegsverbrechen eher als politisches denn als juristisches Geschehen an. Insbesondere eine staatliche Organhaftung für Völkerrechtsverbrechen wurde abgelehnt.²¹⁰⁸ Diese Haltung änderte sich jedoch zum Ende des Krieges hin, als sich die Franzosen der britischen Forderung nach einem Schiedsgericht anschlossen, das über die Verantwortlichkeit und Bestrafung der politischen und militärischen Führung des Deutschen Reiches entscheiden sollte.²¹⁰⁹ Ferner wurde nunmehr auch der Kreis der Personen, die man als für Kriegsverbrechen verantwortlich ansah, über die unmittelbar handelnden Soldaten hinaus ausgeweitet. Gegen diese hatte man bereits ab Oktober 1914 Strafverfahren wegen Plünderungen oder Geiselschießungen durchgeführt. Nun sollten auch hochrangige Militärs und Minister auf der Grundlage des zum Tatzeitpunkt geltenden Völkerrechts strafrechtlich

2107 Vgl. hierzu auch bereits hier S. 258 ff.

2108 Jescheck Verantwortlichkeit, S. 45.

2109 Herde Command Responsibility, S. 41.

zur Verantwortung gezogen werden.²¹¹⁰ Zudem kamen die Pariser Professoren *Larnaude* und *la Paradelle* in einem im Auftrag des französischen Kriegsministeriums erstatteten Gutachten zu dem Ergebnis, dass der deutsche Kaiser und sein Generalstab strafrechtlich in der Verantwortlichkeit stünden, die Kriegsverbrechen an der deutschen Westfront nicht verhindert zu haben.²¹¹¹ Auf britischer Seite hatte sich schon früher die Auffassung durchgesetzt, dass die deutsche Staats- und Militärführung für Kriegsverbrechen strafrechtlich verantwortlich sei, insbesondere nach der Versenkung des Passagierdampfers RMS *Lusitania* am 7. Mai 1915. Die Besetzung Belgiens im August 1914 war nach britischer Auffassung kein act of war, sondern ein criminal act, also ein Verbrechen gegen das Völkerrecht.²¹¹² Der deutsche Kaiser sollte dafür ebenso wie „*seine Komplizen*“ durch ein internationales Gericht unter Beteiligung der Alliierten schuldig gesprochen werden.²¹¹³

Damit hatte sich schon vor der Aufnahme der Pariser Friedensverhandlungen am 18. Januar 1919 die Auffassung verfestigt, dass die politische und militärische Führung des Deutschen Reiches von einem internationalen Tribunal strafrechtlich verurteilt werden sollte. Die Alliierten setzten eine „*Kommission für die Feststellung der Verantwortlichkeit der Urheber des Krieges und die aufzuerlegenden Strafen*“ ein, die zunächst empfahl, jedes Individuum unabhängig von Rang und Position strafrechtlich für Handlungen zur Rechenschaft zu ziehen, die dem damals geltenden Recht zuwiderliefen.²¹¹⁴ Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Ausbruch des Krieges, selbst für die Verletzung der belgischen Neutralität, lehnte die Kommission jedoch mit Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz nulla poena sine lege ab und schlug die Schaffung entsprechender Strafvorschriften für künftige Fälle vor,²¹¹⁵ was jedoch von amerikanischer Seite als nicht praktizierbar abgelehnt wurde. Das von der Kommission verfasste Gutachten benannte weiterhin 32 Verletzungen des Kriegsrechts, wie es in der Haager Landkriegsordnung niedergelegt und im sonstigen Völkerrecht gewohnheitsrechtlich anerkannt war, darunter Geislerschießungen, Misshandlung von Kriegsgefangenen, Deportationen und „*ethnische Säuberungen*“.²¹¹⁶

2110 Herde Command Responsibility, S. 40 f.

2111 Vgl. Herde Command Responsibility, S. 41 f. m.w.N.

2112 Vgl. Herde Command Responsibility, S. 42 f.; vgl. ferner Jescheck Verantwortlichkeit, S. 48; v. Puttkamer Adv 1949, S. 424, 428.

2113 Vgl. hierzu näher Herde Command Responsibility, S. 42; vgl. auch v. Puttkamer AdV 1949, S. 424, 429.

2114 Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 20 ff.; vgl. auch Herde Command Responsibility, S. 43 ff.

2115 Herde Command Responsibility, S. 44; vgl. ferner Bauer Kriegsverbrecher, S. 44; v. Puttkamer, AdV 1949, S. 424, 430 ff.

2116 Zum Begriff und zur Geschichte des Begriffs der *ethnischen Säuberung* vgl. Mann Dunkle Seite, S. 23 ff.

Diese Verbrechen sollten durch nationale Gerichte der verletzten Nationen, also durch die Militärgerichte der Entente-Staaten abgeurteilt werden.²¹¹⁷ Ein internationales High Tribunal sollte allerdings für die strafrechtliche Verfolgung zuständig sein, soweit es die Verantwortlichkeit an der Beteiligung von Kriegsverbrechen gegen mehrere Alliierte betraf, die von Beschuldigten, die Kommandogewalt von Staatsorganen über mehrere Fronten besaßen, und dort jeweils aufgrund einheitlicher Befehle Verbrechen begangen worden waren oder wenn aus anderem Grunde eine Zuständigkeit eines anderen Gerichts als des High Tribunal unzweckmäßig erschien. Ferner sollte dieses internationale Tribunal für die Verfolgung der Verantwortlichen aus der politischen oder militärischen Führung zuständig sein, die an Kriegsverbrechen durch die Erteilung von Befehlen oder mangelnde Kontrolle von Truppen beteiligt waren. Dabei sollten als materiell-strafrechtliche Beurteilungsgrundlage nicht konkrete völkerrechtliche Regeln dienen, sondern nur die Prinzipien des Völkerrechts, wie sie sich aus den Bräuchen des Umgangs zwischen zivilisierten Völkern ergeben, sowie die Gesetze der Menschlichkeit und die Gebote des öffentlichen Gewissens.²¹¹⁸ Diese Vorschläge stießen jedoch auf den Widerstand der amerikanischen Delegation, die argumentierte, im Völkerrecht sei keine Grundlage für die Bestrafung von Völkerrechtsverletzungen gegeben. Es fehle für eine solche Strafbarkeit sowohl an einer allgemeinen Überzeugung als auch an historischen Vorbildern.²¹¹⁹

In der Diskussion über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der politischen und militärischen Führung wurde auch die Vorgesetztenverantwortlichkeit intensiv debattiert. Da eine Mehrheit in der Kommission großes Interesse daran hatte, einerseits die Zahl der Personen, die auf deutscher Seite zur Rechenschaft zu ziehen seien, nicht zu sehr zu reduzieren, andererseits aber kein Zugang der Gerichte zu deutschen Akten bestand, die einen Nachweis von Befehlen zu Kriegsverbrechen ermöglicht hätten, wurde eine Unterlassungsverantwortlichkeit befürwortet: Wer Kriegsverbrechen nicht verhindert hatte, obwohl er Kenntnis von der bevorstehenden Begehung oder ihrem Fortdauern und die Möglichkeit zu ihrer Verhinderung oder Beendigung hatte, sollte für diese Verletzungen des Kriegsrechts verantwortlich sein.²¹²⁰ Diese indirect liability, auf die sich nach dem Zweiten Weltkrieg die amerikanischen Militärgerichte in Verfahren gegen japanische Offiziere als völkerrechtlich anerkannt berufen sollten, wurde von der amerikanischen Delegation nach dem Ersten Weltkrieg noch mit der Begründung

2117 Herde Command Responsibility, S. 44 m.w.N.

2118 Commission on Responsibility AJIL 1920, S. 121 f.; vgl. ferner Bauer Kriegsverbrecher, S. 46; Herde Command Responsibility, S. 45.

2119 Comission on Responsibility AJIL 1920, S. 141 f.; vgl. zu dieser und auch zur politischen Begründung der amerikanischen Ablehnung einer Sanktionierung von deutschen Kriegsverbrechen durch staatliche Verantwortliche Herde Command Responsibility, S. 45; vgl. ferner Bauer Kriegsverbrecher, S. 47.

2120 Comission on Responsibility Report 24; vgl. ferner Herde Command Responsibility, S. 46.

abgelehnt, die indirekte Verantwortlichkeit erfordere nicht nur die Kenntnis und Möglichkeit der Abwendung, sondern auch eine für den Einzelfall zu begründende rechtliche Verhinderungspflicht. Diese ergebe sich – hier weicht die amerikanische Argumentation von der Wirz-Entscheidung ab – nicht bereits aus der Befehlsgewalt über die betreffenden Truppenteile.²¹²¹

Im April 1919 legte die Kommission ihre Vorschläge vor. Zwar wurden die grundlegenden Ideen in den Versailler Friedensvertrag²¹²² (VV) übernommen,²¹²³ jedoch herrschte über die Verantwortlichkeit von Organen und Vorgesetzten schon über die Haftungsprinzipien Uneinigkeit. Die siegreichen Nationen konnten zwar einen Konsens dahin gehend erreichen, dass auch staatliche Hoheitsakte, die den Frieden bedrohen, sowie die Kriegsführung als solche künftig Gegenstand von Strafdrohungen sein sollten. Jedoch blieb ungeklärt, ob wegen solcher Handlungen nur der Staat oder auch seine Organe und Einzelpersonen strafbar sein sollten. Eine strafrechtliche Individualverantwortlichkeit für die Kriegsführung stieß insbesondere bei den USA und Japan auf Widerstand.²¹²⁴

Die mangelnde Fähigkeit, eine Einigung zwischen den alliierten Kriegssiegern über die Einrichtung einer Justiz über die mutmaßlichen deutschen Kriegsverbrecher zu erzielen, kam dann auch in den Strafbestimmungen des Versailler Vertrages Teil VII (Strafbestimmungen) zum Ausdruck. In Art. 227 VV war zwar die Gründung eines internationalen Ad-hoc-Gerichts vorgesehen. Dieses sollte jedoch ausschließlich den deutschen Kaiser „unter öffentliche Anklage wegen schwerster Verletzung der internationalen Moral und der Heiligkeit der Verträge“ stellen. Die Durchführung dieses Prozesses stand jedoch von Beginn an unter einem schlechten Stern, weil insbesondere die USA schon grundlegende Zweifel daran hatten, ob es möglich sein würde, das Strafverfahren auf eine hinreichende materiell-rechtliche Grundlage zu stellen.²¹²⁵ Wilson schlug eine Anklage des Kaisers wegen „schwerwiegender Verfehlungen, die rechtlich nicht die Qualität eines Verbrechens erreichen mögen“, vor.²¹²⁶ Darin zeigt sich, wie Herde²¹²⁷ zutreffend konstatiert, der innere Widerspruch einer strafrechtlichen Anklage, die sich aber nur auf schwere moralische Vorwürfe stützen kann. Das Verfahren gegen den Kaiser sollte nur formal ein Strafverfahren, dem Inhalt nach aber ein symbolisch politisches Verfahren ohne justizielle Wirkung nach dem Vorbild der Verur-

2121 Comission on Responsibility AJIL 1920, S. 137.

2122 Umgesetzt durch das Gesetz über den Friedensschluss zwischen Deutschland und den alliierten und assoziierten Mächten vom 16.7.1919, RGBl. 1919, Nr. 140, S. 157 ff.

2123 Vgl. Jescheck Verantwortlichkeit, S. 56.

2124 Vgl. Herde Command Responsibility, S. 47.

2125 Vgl. Herde Command Responsibility, S. 47.

2126 Wörtlich „high misdemeanour which might not legally amount to a crime“, Protokoll der Sitzung des Obersten Rates vom 16. April 1919 in Miller, Diary, Bd. 16, 49.

2127 Herde Command Responsibility, S. 47.

teilung Napoleons im Jahre 1815 sein.²¹²⁸ Die Durchführung des internationalen Gerichtsverfahrens gegen politische Entscheidungsträger wegen der Beteiligung am Ersten Weltkrieg scheiterte letztlich genau daran: Die Niederlande verweigerten die Auslieferung des Kaisers, weil ihm keine Straftat vorgeworfen werde, so dass die niederländische Verfassung (Art. 4 Grondwet voor het Koninkrijk der Niederlanden 1917) eine Auslieferung nicht zulasse.²¹²⁹

Weitere Personen sollten vor nationalen Strafgerichten der Nationalstaaten, auch durch die deutsche Justiz, wegen Kriegsverbrechen angeklagt und abgeurteilt werden. Zu diesem Zweck zwang Art. 228 Abs. 1 VV das Deutsche Reich, das Recht der alliierten und der mit ihnen assoziierten Mächte anzuerkennen, „vor ihre Militärgerichte solche Personen zu stellen, die wegen einer gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges verstörenden Handlung angeklagt sind“.²¹³⁰ In Art. 228 Abs. 2 VV verpflichtete sich das Deutsche Reich ferner zur Auslieferung derjenigen Personen, die nach Art. 229 Abs. 1 VV vor Militärgerichten der Alliierten oder von assoziierten Mächten oder von mehreren Mächten gebildeten Gerichten angeklagt werden würden und in Art. 230 VV zur Kooperation mit diesen Gerichten zum Zwecke der Auskunftserteilung zur Durchführung der entsprechenden Gerichtsverfahren. Diese Vereinbarung war insofern ein internationales Novum, als es bis dato aufgrund des völkerrechtlich anerkannten ius ad bellum (Recht zur Kriegsführung) üblich war, im Rahmen eines Friedensvertrages auch den Regierungen der beteiligten Staaten über eine Amnestie- oder Oblivionsklausel Immunität für begangene Kriegsverbrechen zuzusichern,²¹³¹ wenn auch im amerikanischen Sezessionskrieg nach der bedingungslosen Kapitulation der Konföderation schon keine Amnestie gewährt und mit einer „Strafverfolgung“ der aufseiten der besiegtene Partei am Krieg beteiligten Personen begonnen worden war.²¹³² Dieses ius ad bellum hatte sich damit bis zum Ersten Weltkrieg weitgehend auf ein Recht zur Führung eines Krieges als ultima ratio verkürzt, so dass auch eine Verantwortlichkeit der Militärführung für Kriegsverbrechen nicht mehr selbstverständlich in jedem Friedensvertrag ausgeschlossen wurde.

Trotz deutschen Widerstandes wurde dem deutschen Verhandlungsführer bei der Umsetzung des Friedensvertrages, *Freiherr Kurt von Lersner*, am 3. Februar 1920 eine Liste mit 896 Einzelpersonen und Personengruppen vorgelegt,²¹³³ denen unterschiedlichste Verbrechen vorgeworfen wurden und unter denen sich un-

2128 *Herde Command Responsibility*, S. 47; vgl. zur (unterlassenen) Bestrafung Napoleons *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 25 f.; *M. Schmidt Strafpflichten*, S. 10.

2129 Vgl. *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 56 f.; *Herde Command Responsibility*, S. 48 f.; *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 11; *Jescheck* Verantwortlichkeit, S. 62 f.

2130 Vgl. *Herde Command Responsibility*, S. 47 ff.; vgl. auch *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 11.

2131 *Herde Command Responsibility*, S. 24 f., 32 m.w.N.

2132 *Herde Command Responsibility*, S. 32 m.w.N.

2133 Liste des personnes désignées par les Puissances Alliées pour être livrées par l'Allemagne en exécution des articles 228 à 230 du Traité de Versailles et du Protocole du 28 juin 1919.

bekannte Offiziere bis hin zu hochrangigen Militärs wie *Paul von Hindenburg*, *Alfred von Tirpitz* oder *Erich Ludendorff*, aber auch ein Politiker, nämlich der ehemalige Reichskanzler *Theobald von Bethmann-Hollweg*, befanden.²¹³⁴ Die Entente-Mächte, insbesondere Großbritannien und Frankreich, verlangten die Auslieferung dieser Personen, verzichteten jedoch kurze Zeit später aufgrund von Protesten und des Eindrucks, die deutsche Regierung werde zu einer Auslieferung schlicht nicht in der Lage sein.²¹³⁵ Zudem wurden die Streitigkeiten unter den Alliierten stetig deutlicher. Die deutsche Regierung bemühte sich ferner in Verhandlungen darum, die Strafverfahren gegen Soldaten vor eigenen Gerichten durchführen zu können. Der Reichstag beschloss zu diesem Zweck am 18. Dezember 1919 das *Gesetz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen*,²¹³⁶ nach dessen § 1 diese Strafverfahren vor dem Reichsgericht in Leipzig stattfinden sollten. Die Alliierten stimmten einem Verfahren vor dem Reichsgericht aus politischer Notwendigkeit zu²¹³⁷ und überreichten am 7. Mai eine Liste mit 45 Namen unbekannter Beschuldigter und später eine Liste mit weiteren 896 Personen, gegen die vor dem Reichsgericht verhandelt werden sollte.²¹³⁸ Da diese Verfahren gegen Personen, denen Kriegsverbrechen vorgeworfen wurden, nunmehr nach deutschem Recht vor deutschen Gerichten verhandelt wurden, haben die Leipziger Prozesse weder für die Entwicklung der strafrechtlichen Grundsätze einer nationalen noch für die Fortentwicklung einer internationalen superior responsibility nennenswerte Bedeutung erlangen können.²¹³⁹

3. Aufarbeitung des Zweiten Weltkrieges

Die Aufarbeitung von Kriegsverbrechen im und auch zum Teil schon vor dem Zweiten Weltkrieg fand auf zwei Ebenen statt. Zum einen wurden zur strafrechtlichen Erfassung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts Strafverfahren vor nationalen Militärgerichten, vor allem der Vereinigten Staaten, durchgeführt,²¹⁴⁰ so zum Beispiel gegen Personen, denen man Kriegsverbrechen im pazifischen Raum vorwarf. Dies gilt insbesondere für den Prozess gegen General *Tomoyuki Yamashita*. Die Prozesse gegen die Hauptkriegsverbrecher auf deutscher

²¹³⁴ Vgl. *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 59 f.; *Herde Command Responsibility*, S. 48; *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 25 ff.

²¹³⁵ Vgl. *Herde Command Responsibility*, S. 49.

²¹³⁶ RGBl. 1919, S. 319 f.

²¹³⁷ *Herde Command Responsibility*, S. 50.

²¹³⁸ *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 60; *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 25 ff.; zur Zusammensetzung und zum Verfahren der Zusammenstellung dieser neuen Listen *Herde Command Responsibility*, S. 50 f.; vgl. ferner *Bauer Kriegsverbrecher*, S. 59 ff.

²¹³⁹ Vgl. zur Bedeutung für das nationale Militärstrafrecht hier S. 258 ff.; eine Liste mit Verurteilungen in den Leipziger Prozessen findet sich bei *Parks* MLR 1973 (62), 1, 13 Fn. 37.

²¹⁴⁰ Vgl. zu den entsprechenden nationalen Regelungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit im britischen, kanadischen und französischen Strafrecht JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 43.

Seite wurden vor einem internationalen Ad-hoc-Gericht, dem sogenannten Nürnberger Kriegsverbrechertribunal, verhandelt. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit erlangt in diesem Zuge zum ersten Mal grundlegende juristische Bedeutung in einem internationalen Strafverfahren.²¹⁴¹

a) Prozesse vor amerikanischen Militärgerichten gegen japanische Angeklagte

Die Aufarbeitung der japanischen Kriegsverbrechen hat für die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht herausragende Bedeutung, da in dem Militärstrafverfahren gegen Yamashita die Verantwortlichkeit für das Geschehenlassen von Kriegsverbrechen in so deutlicher und vor allem weitgehender Weise bejaht wurde wie nie zuvor.

(1) Der Yamashita-Prozess

Der gegen Yamashita geführte Strafprozess ist einerseits einer der für die Frage nach der Vorgesetztenverantwortlichkeit bedeutsamsten, andererseits aber wegen seiner zweifelhaften Durchführung auch der – nach dem Wirz-Prozess – am schwerwiegendsten mit dem Vorwurf der Siegerjustiz belastete Prozess.²¹⁴² Zugleich stellt er das erste gegen einen prominenten Verantwortlichen im Zweiten Weltkrieg geführte Strafverfahren dar. Das Urteil in diesem Verfahren gegen den japanischen General begründete den sogenannten Yamashita-Standard, der einer absolute, vicarious oder strict liability im Sinne einer stellvertretenden Erfolgs- oder Gefährdungshaftung zumindest nahe kommt, wenn auch formell noch auf die mens rea abgestellt wurde und so der Anschein von Schuldstrafrecht aufrechterhalten werden sollte.²¹⁴³ Triffterer bezeichnet die hier ergangene Entscheidung dennoch zu Recht als den „internationalen Durchbruch“ auf dem Gebiet der Vorgesetztenverantwortlichkeit.²¹⁴⁴

Während der Verteidigung der Philippinen im Dezember 1944 gegen die vorrückenden amerikanischen Streitkräfte war Tomoyuki Yamashita Befehlshaber einer Truppe nördlich von Manila; in sein Kommando eingeschlossen war auch die Stadt Manila. Da Yamashita jedoch nicht bereit war, die Stadt zu verteidigen – sie hatte keinen militärischen Nutzen, nachdem ihr Hafen zerstört worden war –, erklärte er Manila zur Verhinderung ihrer Zerstörung zur „open city“, zur of-

2141 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 41.

2142 Vgl. zu den Grundaussagen des USSC in dieser Entscheidung Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 31 ff.; ferner Parks MLR 1973 (62), 1, 22 ff. mit Einzelheiten zum Yamashita-Verfahren; vgl. auch Vogel in: Jeßberger/Geneuss, S. 75, 77.

2143 Vgl. hierzu JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 384 ff.; a.A. Feria Tinta NILR 2000, 293, 310; vgl. ferner Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 32; vgl. Ebert Banalität des Bösen, S. 9 ff.

2144 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 439.

fenen, militärfreien Stadt.²¹⁴⁵ Ohne Wissen Yamashitas und aufgrund eines Missverständnisses hatte jedoch Konteradmiral Sanji Iwabuchi zuvor mit dem Bau von Befestigungsanlagen in Manila begonnen. Als Yamashita dies mitgeteilt wurde, erteilte er den Rückzugsbefehl, den Iwabuchi jedoch aufgrund des Vorrückens der amerikanischen Truppen nicht mehr befolgen konnte; die Stadt war abgeschnitten und ein Ausbruch nicht möglich. In dem nun folgenden Kampf kam es seitens der Marinetruppen Iwabuchs zu schwersten Verletzungen des humanitären Völkerrechts, bei denen nach Schätzungen 8.000 Zivilisten getötet wurden.²¹⁴⁶ Im September 1945 wurde Yamashita angeklagt, zwischen dem 9. Oktober 1944 und dem 2. September 1945 auf den Philippinen als Kommandeur bewaffneter japanischer Einheiten im Krieg gegen die USA und ihre Verbündeten rechtswidrig und seine Pflicht als Kommandeur zur Kontrolle der Handlungen der Mitglieder seines Kommandos verletzt und zugelassen zu haben, dass seine Untergebenen brutale Grausamkeiten und andere schwere Verbrechen gegen Staatsangehörige der Vereinigten Staaten, ihrer Verbündeten und Abhängigen, insbesondere der Philippinen, begehen und damit das Kriegsrecht verletzten.

Im Ganzen wurde Yamashita in dem sowohl verfahrensrechtlich als auch in seiner Entscheidungsfindung hoch umstrittenen Prozess das Geschehenlassen von 46 durch Personen seines Kommandos begangener Verbrechen zur Last gelegt. Er wurde – entgegen dem Votum u.a. des Richters Murphy, der strengere Anforderungen an die Annahme der subjektiven Voraussetzungen der „*command responsibility*“ stellte²¹⁴⁷ – zum Tode verurteilt, weil er diese Verbrechen nicht unterbunden habe, obwohl er von ihnen hätte wissen müssen.²¹⁴⁸ Diese weitgehende strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten für alle von seinen Untergebenen begangenen Verbrechen, von denen er hätte Kenntnis haben können und die er deswegen hätte verhindern müssen, sind als Yamashita-Standard in die Völkerstrafrechtsgeschichte eingegangen. Die Überzeugung, dass Yamashita von den Verbrechen Kenntnis hätte haben müssen, stützte das Tribunal auf den Umfang und das Gewicht der Verbrechen. Wenn er diese Kenntnis nicht gehabt habe, so sei das bewusste Unwissenheit gewesen, die er durch die eigene Aktivität hätte verhindern müssen.²¹⁴⁹ Damit wurde letztlich auf subjektive Vor-

2145 Vgl. hierzu Art. 25 der Haager Landkriegsordnung: „Es ist verboten, unverteidigte Städte, Dörfer, Wohnstätten oder Gebäude, mit welchen Mitteln es auch sei, anzugreifen oder zu beschließen.“

2146 Vgl. Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 92 ff. m.w.N.; vgl. ferner Herde Command Responsibility, S. 14 f.

2147 Vgl. hierzu Parks MLR 1973 (62), 1, 35; ferner JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović) § 44; vgl. auch Vogel in: Jeßberger/Geneuss, S. 75, 78.

2148 Trial of General Tomoyuki Yamashita (United States Military Commission, Manila, October 8-December 7, 1945), IV Law Rep. Trials War Crim. 1 (UN War Crimes Commission, 1948).

2149 Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 99.

aussetzungen des Haftungstatbestandes und wohl auch auf die Feststellung einer persönlichen Pflichtverletzung verzichtet.

Mit seiner Verteidigung, er habe die Verbrechen weder angeordnet oder toleriert, noch habe er Kenntnis von diesen Geschehnissen gehabt, wurde er nicht gehört. Ebenso wenig ließ der Gerichtshof den Einwand gelten, er habe die Zustände bei seinen Truppen in Manila schon deswegen nicht gekannt, weil er den Befehl über sie erst kurze Zeit zuvor übernommen hatte und die Kommunikationskanäle zu diesen Truppenteilen grundlegend gestört waren.²¹⁵⁰ Das Todesurteil des Militärtribunals wurde durch den USSC mit Urteil vom 4. Februar 1946²¹⁵¹ bestätigt und am 23. Februar 1946 vollstreckt.

Auch wenn seitdem vom Yamashita-Standard gesprochen wird, wäre es unzutreffend, daraus zu folgern, diese geringen Anforderungen an die Vorgesetztenverantwortlichkeit hätten nunmehr den Standard des US-Militärstrafrechts für die command responsibility bestimmt. In dem Verfahren um das Massaker in Mỹ Lai in Vietnam, bei dem 503 Zivilisten von amerikanischen Soldaten getötet wurden, hat das erkennende Gericht deutlich höhere Anforderungen an die strafrechtliche Haftung des Vorgesetzten gestellt und den sogenannten Medina-Standard begründet. Danach muss ein Offizier, der für die Verbrechen seiner Untergebenen verantwortlich gemacht werden soll, diese wahrgenommen, sich ihrer bewusst gewesen sein.²¹⁵²

(2) Der Prozess gegen Homma Masaharu

Der japanische Kommandant *Homma Masaharu* wurde ebenfalls zum Tode verurteilt und hingerichtet, weil er die Misshandlungen und Zustände während des sogenannten Todesmarschs von Bataan, dem Tausende philippinischer und amerikanischer Soldaten zum Opfer gefallen waren, zumindest bewusst geduldet habe; Anordnungen, die zur Begehung der Verbrechen beigetragen hätten, waren ihm zumindest nicht nachzuweisen. In diesem Zusammenhang stellte das US-Militärtribunal fest, dass sich sowohl militärische als auch zivile Vorgesetzte wegen Kriegsverbrechen schuldig machen können und sich diese Verantwortlichkeit wegen der Nichthinderung sowohl aus dem Wissen um die Verbrechen der Untergebenen als auch aus der pflichtwidrigen Unwissenheit ergeben kann. Als Folge konstatiert das Gericht ferner, ein Individuum, das keine direkte Verantwortlichkeit für Personen treffe, die Verbrechen begehen, sei grundsätzlich auch nicht verpflichtet, diese Taten zu verhindern.²¹⁵³ Daraus folge zudem, dass zur Begründung einer Verantwortlichkeit für die Verhinderung von Völkerverbrechen die

2150 *Hendin ELaw* Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 98.

2151 Application od Yamashita, 327 U.S. 1 (1946).

2152 Hierzu hier S. 530 ff.; vgl. ferner *Hendin ELaw* Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 131 ff.

2153 *Hendin ELaw* Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 110.

bestimmte Pflicht für Militärs oder Zivilisten erforderlich ist, entweder die Aufsicht über Einzelpersonen auszuüben oder mit ihrem Wohlergehen betraut zu sein.²¹⁵⁴ Diese Diktion passt zu den Grundsätzen der deutschen Dogmatik des Unterlassungsdelikts, wie sie oben dargelegt worden sind,²¹⁵⁵ wonach die Möglichkeit zur Abwendung eines deliktischen Erfolgs allein noch keine strafrechtliche Einstandspflicht für dessen Ausbleiben begründen kann.

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit selbst definierte das Tribunal in folgenden Ausführungen: Die Angeklagten seien wegen der Verletzung ihrer Pflichten als Befehlshaber zu bestrafen, wenn sie gewusst haben oder bei der Anwendung der ordnungsmäßigen Sorgfalt erkannt hätten, dass ihre Untergebenen Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht begehen oder zu solchen Handlungen ermutigt zu werden pflegen und dadurch, dass sie gegen die Täter keine Strafen verhängt haben, die weitere Begehung von Grausamkeiten erlaubt haben.²¹⁵⁶ *Hendin*²¹⁵⁷ spricht in diesem Zusammenhang von einem Element, das er als „constructive knowledge“ bezeichnet. Dieses Wissenselement werde durch den Rückschluss aus Informationen, die in an den Vorgesetzten gerichteten Berichten enthalten waren, gebildet. Damit äußerte sich das Tribunal auch zu einem bis dato wenig beachteten Punkt: Es nimmt die strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Vorgesetzten wegen der Unterstützung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht durch die unterlassene strafrechtliche Verfolgung der Täter in den Blick. Wenn auch einzuräumen ist, dass aus der Entscheidung nicht eindeutig hervorgeht, ob die Verantwortlichkeitsbegründung auf die Förderung der Verbrechen durch im Vorfeld unterlassene Sanktionierung oder durch die Nichtsanctionierung dieser betreffenden Verbrechen gestützt wird.

(3) Der Prozess gegen Tanaka Hisakasu

In einem weiteren Verfahren setzte sich die United States Military Commission in Schanghai mit einem Justizmord durch einen japanischen Gerichtshof auseinander und verurteilte den General *Tanaka Hisakasu* zum Tode, weil er das Todesurteil gegen den amerikanischen Major *David Henry Houck* zugelassen hatte. Dieser war über Hongkong abgeschossen und anschließend angeklagt worden, bewusst ein ziviles chinesisches Schiff angegriffen, versenkt und so den Tod von acht Chinesen verursacht zu haben. *Houck* wurde in einem zweistündigen Pro-

2154 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 110.

2155 S. 127ff.

2156 International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial (November, 1948), reprinted in *The Law of War: A Documentary History II*, 1039.

2157 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 111.

zess am 5. April 1945, in dem er weder Zeugen benennen durfte noch verteidigt war, abgeurteilt und tags darauf hingerichtet.²¹⁵⁸

Die *United States Military Commission* warf General *Tanaka Hisakasu* nunmehr vor, die Hinrichtung *Houcks* nicht verhindert zu haben. Er hatte eingerräumt, dass alle Gerichtsangehörigen und der Ankläger seine Untergebenen gewesen seien und von dem Verfahren auch vor Durchführung der Verhandlung rechtzeitig erfahren zu haben. Er hätte die Exekution verhindern können. Dies habe er jedoch nicht getan, vielmehr habe er seinem Untergebenen die Vollmacht erteilt und blanko unterschriebene Papiere ausgehändigt, obwohl er persönlich der Einzige gewesen wäre, der von Gesetzes wegen das Todesurteil hätte bestätigen oder umwandeln dürfen.²¹⁵⁹ Jedoch gab es keine konkreten Hinweise darauf, dass *Tanaka* wusste oder hätte wissen müssen, dass es in der Angelegenheit zu einem unfairen Prozess kommen würde. Daher wurde das Todesurteil der *United States Military Commission* in der folgenden Instanz aufgehoben. Sie monierte, *Tanaka* habe zwar die endgültige Autorität in der Angelegenheit gehabt, sei jedoch zum Zeitpunkt der Durchführung des Prozesses und der Exekution abwesend gewesen; und es fehle an belastbaren Beweisen, dass er um die kriminellen Handlungen seiner Untergebenen hätte wissen müssen.²¹⁶⁰ Trotz dieser Kassation bestätigt die erstinstanzliche Entscheidung die sich bereits aus der früheren Judikatur ergebende Grundlinie einer Vorgesetztenverantwortlichkeit bei Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis der Begehung von Verbrechen gegen das Völkerrecht durch militärische Untergebene.

(4) Der Prozess gegen Soemu Toyoda

In dem Urteil gegen den japanischen Admiral *Soemu Toyoda* am 7. September 1949 fasste das Militärgericht die Elemente der Vorgesetztenverantwortlichkeit als Stand des Völkerstrafrechts zusammen:²¹⁶¹ Zunächst sei es erforderlich, dass Verbrechen begangen worden sind; diese müssten dem Befehlshaber bekannt werden. Das könnte entweder durch tatsächliche Kenntnisnahme (*actual knowledge*) oder durch Wissen-Müssen (*constructive knowledge*) geschehen. Letzteres sei gegeben, wenn man vernünftigerweise keinen Grund haben könne, daran zu zweifeln, dass dem Befehlshaber die Verbrechen bekannt geworden sind. Ferner müsse der Vorgesetzte über die Täter die effektive Befehlsgewalt haben, um die Unterlassung der Verbrechen anzuordnen und bereits begangene Taten zu bestrafen. Schließlich müsse der Vorgesetzte die notwendigen und ihm möglichen Maßnahmen zur Verhinderung von Kriegsverbrechen nicht ergriffen haben oder es

2158 Vgl. hierzu Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 5, 1948, S. 66 f.

2159 Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 5, 1948, S. 68.

2160 Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 5, 1948, S. 70.

2161 Zu den Einzelheiten des Verfahrens vgl. Parks MLR 1973 (62), 1, 69 ff.

unterlassen haben, die Täter zu bestrafen. Voraussetzung für die Vorgesetztenverantwortlichkeit seien damit zum einen, die Kenntnis der Taten oder ein Kennen-Müssen und zum anderen die Verletzung der Pflicht zur Verhinderung oder Sanktionierung.²¹⁶²

Zu *Toyoda* konstatiert das Tribunal, die Pflicht des Angeklagten als Befehlsgeber habe auch die Pflicht umfasst, seine Truppen zu kontrollieren, sie an der Begehung von Verbrechen zu hindern und gegebenenfalls zu bestrafen. Seine Schuld könne auch nicht davon abhängen, ob er das operative oder administrative Kommando oder beides innehatte. Wenn er Kenntnis von Verbrechen hatte oder bei angemessener Sorgfalt hätte haben können und sie nicht verhindert hat, obwohl er dies mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gekonnt hätte, dann habe er seine Pflichten vernachlässigt und sich schuldig gemacht. Allerdings hielt das Gericht dem Angeklagten zugute, dass Japan in der Zeit, als er Oberbefehlshaber des Yokosuka-Gebiets war, zunehmend in die Defensive geraten sei, was man bei der Beurteilung einer Pflicht zum Wissen zu berücksichtigen habe. *Toyoda* wurde schließlich freigesprochen. Seine Verantwortlichkeit wegen des Massakers in Manila lehnte das Tribunal mangels tatsächlicher Möglichkeiten einer Einwirkung auf die in Kämpfe verwickelten Truppen vor Ort ab.²¹⁶³ Für die Ermordung von 105 Kriegsgefangenen nahm das Tribunal an, dass *Toyoda* allenfalls zufällig davon hätte erfahren können und daher nicht verantwortlich war.²¹⁶⁴ Auch von den Misshandlungen von Kriegsgefangenen im Lager Ofuna habe er nicht nachweislich Kenntnis gehabt und auch nicht Kenntnis haben müssen, weil in den Berichten über die Zustände in dem Lager keine besonderen Vorfälle erwähnt wurden und er keine Anhaltspunkte hatte, diesen Berichten zu misstrauen.²¹⁶⁵ Damit – so *Parks*²¹⁶⁶ – wies das Gericht die in dem Verfahren gegen *Yamashita* aufgestellten Grundsätze einer *vicarious responsibility* oder *strict liability* zurück.

b) Prozesse vor nationalen Gerichten gegen deutsche Angeklagte

Unmittelbar nach dem Krieg wurde eine Vielzahl von Strafverfahren auch vor britischen und französischen Militärgerichten und Gerichten anderer Nationen²¹⁶⁷ durchgeführt, die sich gegen Militärangehörige, aber auch gegen Zivilpersonen, unter anderem gegen Unternehmer richteten, die Giftgas für die Gasanla-

2162 United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5005 f.

2163 United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5012.

2164 United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5013.

2165 United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5018.

2166 *Parks* MLR 1973 (62), 1, 72.

2167 Etwa vor norwegischen Gerichten wie die Verfahren gegen *Karl-Hans Hermann Kline* oder *Richard Wilhelm Hermann Bruns*, vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 3, 1947, S. 1 ff.

gen geliefert hatten, mit denen Menschen umgebracht worden waren.²¹⁶⁸ Dabei sind einige Verfahren für die Vorgesetztenverantwortlichkeit oder – aus deutscher Sicht – Sonderformen von Täterschaft oder Teilnahme erwähnenswert und zumindest rudimentär dokumentiert.

(1) Prozess gegen Erich Heyer et al. („The Essen Lynching Case“)

In dem sogenannten Essener Lynch-Fall waren neben Hauptmann *Erich Heyer* einige Zivil- und Militärpersonen angeklagt. *Heyer* hatte seine Untergebenen für einen durchzuführenden Gefangenentransport angewiesen, für den Fall, dass die drei Gefangenen von Zivilisten auf dem Weg misshandelt werden würden, nicht einzutreten. Es kam tatsächlich zu Misshandlungen durch eine Menschenmenge, bei denen die Gefangenen durch Schüsse, Steinwürfe und Schläge getötet wurden.²¹⁶⁹ *Heyer* wurde angeklagt, an der Tötung der Gefangenen beteiligt gewesen zu sein. Die Verantwortlichkeit *Heyers* beschrieb die Anklage in folgender Weise: Er habe ein „*Streichholz entzündet*“ und jeder der Beteiligten, der einen Schlag tat, „*habe Feuer an das Benzin gelegt*“, so dass es „*zur Explosion gekommen*“ sei.²¹⁷⁰ Die Anklage ging davon aus, dass jede Person, die sich an dem Mord an den gefangenen Männern mit bewusst aggressiven Handlungen beteiligte, aufgrund der Unmöglichkeit Einzeltäter auszumachen, als an der Tötung beteiligt und damit für die Tat verantwortlich anzusehen gewesen sei. Es wurde damit von einer Art kollektiver Verantwortlichkeit ausgegangen. Das Gericht folgte dieser Auffassung zumindest im Ergebnis, da es die Angeklagten wegen dieser Tötungen verurteilte.²¹⁷¹

(2) Prozess gegen Karl Rauer et al. in Wuppertal

Gegenstand eines weiteren Verfahrens war unter anderem die Beteiligung des Majors *Karl Rauer* an der Verletzung von Art. 23 lit. c) der Haager Landkriegsordnung durch Erschießung von fünf Kriegsgefangenen. Der Angeklagte war Kommandeur des Flughafen Dreierwalde und in dieser Eigenschaft für die dort internierten Kriegsgefangenen verantwortlich. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte er keine spezifischen Anweisungen zu ihrer Behandlung erteilt. Er war davon ausgegangen, dass sie wie üblich in ein Gefangenenzlager transportiert werden würden. Der Adjutant des Angeklagten, *Wilhelm Scharschmidt*, verhörte

2168 Vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1, 1947, S. 93, The Zyklon B-Case.

2169 Vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1, 1947, S. 88 ff.

2170 Vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1, 1947, S. 89. Dort heißt es: „*They accused Heyer 'lit the macht'. Each person who struck a blow was 'putting flame to the fuel', which was enraged population, and finally 'the explosion' came on the bridge.*“

2171 Vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1, 1947, S. 91.

die Gefangenen und befahl dann einem Feldwebel, sie zu eskortieren. Auf Hinweis eines Dritten, der Bedenken äußerte, weil sich der Feldwebel feindlich gegenüber den Gefangenen verhalten habe, versuchte *Schärschmidt* zwar einen Ersatz für die Eskorte zu finden, hatte aber keinen Erfolg und schickte daher den Feldwebel auf den Weg. Dieser berichtete später, vier der fünf Gefangenen seien auf der Flucht erschossen worden. Diesen Bericht gab *Rauer* an seine Vorgesetzten weiter. Als zwei Tage später wieder einige Personen gefangen genommen wurden, ordnete *Rauer* an, dass diese die Löcher in den Rollbahnen des Flughafens reparieren sollten. Diese Order wurde durch *Schärschmidt* an die Soldaten weitergegeben. Einer der Soldaten erklärte, er habe von einem der Offiziere die Order erhalten, die Gefangenen zu erschießen. Daraufhin erfolgte die Exekution von sieben oder acht Menschen. Im Nachhinein war für das Gericht nicht mehr aufklärbar, ob ein solcher Befehl tatsächlich ergangen war. Es fand aber auch durch die Beteiligten keine Aufklärung des Vorfalls statt. Bei einem weiteren Vorfall, einen Tag später, wurde ein weiterer, verwundeter Gefangener erschossen. Dieser Vorfall, von dem die angeklagten Offiziere nichts gewusst haben wollten, wurde ebenfalls von ihnen nicht aufgeklärt oder strafrechtlich verfolgt.²¹⁷²

Den angeklagten Offizieren war nicht nachweisbar, einen aktiven Befehl zur Erschießung der Gefangenen gegeben zu haben. Ihnen wurde daher vorgeworfen, dass sie in die Verbrechen verwickelt gewesen seien („concerned in killing“). Sowohl *Rauer* als auch *Schärschmidt* wurden zwar nicht wegen der Beteiligung an der ersten Tat verurteilt, jedoch hielt der Gerichtshof sie für verantwortlich für die letzteren Taten und verurteilte sie dementsprechend.²¹⁷³

(3) Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Röchling-Prozess

Vor dem Obersten Gerichtshof der französischen Militärverwaltung wurden *Herrmann* und *Ernst Röchling*, *Hans-Lothar von Gremmingen*, *Albert Maier* und *Wilhelm Rodenhauser* u.a. wegen Einflussnahme auf die Verschleppung von Personen zur Zwangsarbeit angeklagt.²¹⁷⁴ Insbesondere das Berufungsurteil in diesem Verfahren wird als Hinweis auf die Anerkennung einer Vorgesetztenverantwortlichkeit auch außerhalb staatlicher Hierarchiezusammenhänge verstanden. In dieser Entscheidung wird festgestellt, *Herrmann Röchling* und andere Entscheidungsträger im Unternehmen seien nicht strafrechtlich haftbar, weil sie

2172 Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 4, 1948, S. 113 f.

2173 Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 4, 1948, S. 114.

2174 Vgl. hierzu The Government Commissioner of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of the Occupation in Germany v. Herrmann Röchling and Others, Indictment of the General Tribunal of the of the Military Government für the French Zone of the Occupation in Germany, Vol. XIV, TWC, Appendix B, 1061 ff.

die Begehung von Verbrechen angeordnet hätten, sondern allein dafür, dass sie die Zwangsarbeit in den Werken ihres Unternehmens zugelassen hätten, obwohl sie die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit gehabt hätten, sich für humanere Arbeitsbedingungen einzusetzen.²¹⁷⁵ Das Urteil äußert sich allerdings nicht dazu, unter welchen abstrakten Bedingungen die Stellung oder Rolle als Entscheidungs- oder Funktionsträger in einem zivilen Unternehmen die strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit begründen kann.²¹⁷⁶

c) Prozesse vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg

Schon vor der Errichtung des Internationalen Militärgerichtshofs wurde am 13. Januar 1942 durch die Regierungen der alliierten und anderer Staaten die Erklärung von St. James abgegeben, die 1943 zur Einrichtung der Kommission für Kriegsverbrechen der Vereinten Nationen (*United Nations War Crimes Commission*) führte.²¹⁷⁷ Die Aufgabe dieser Kommission sollte die Ermittlung vornehmlich deutscher Kriegsverbrechen sein. Ferner sollte sie Vorschläge für eine strafrechtliche Verfolgung erarbeiten, die als gemeinsames Ziel der Alliierten in der Moskauer „*Erklärung über deutsche Grausamkeiten im besetzten Europa*“ vom 30. Oktober 1943 formuliert worden war. Im Rahmen der Zusammenkünfte des Gremiums wurde auch die Frage der Vorgesetztenverantwortlichkeit erörtert, ohne dass man sich jedoch auf eine gemeinsame Linie einigen konnte. Nur über die Wirkung von Befehlen wurde insofern ein Konsens erzielt, als ein Untergebener sich nicht dadurch rechtfertigen können sollte, dass er lediglich Befehle befolgt habe.²¹⁷⁸

Die Grundlage der strafrechtlichen Aufarbeitung der von Deutschen während des Zweiten Weltkrieges begangenen Kriegsverbrechen war das im Londoner Viermächte-Abkommen vom 8. August 1945²¹⁷⁹ enthaltene Londoner Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (IMT-Statut). In 30 Artikeln waren die wesentlichen Verfassungsgrundlagen des Gerichtshofs sowie materielle und prozessuale Grundsätze geregelt. In Art. 7 und 8 IMT setzte sich das Regelwerk mit der Bedeutung von Stellung und Funktion (Art. 7) und dem Befehl als Strafmilderungs-, nicht aber Strafausschließungsgrund (Art. 8) auseinander. Darüber hinaus

2175 Vgl. hierzu *Indictment of the General Tribunal of the Military Government for the French Zone of the Occupation in Germany*, Vol. XIV, TWC, Appendix B, 1136; ferner *Radtke* in: FS Egon Müller, S. 577, 578 ff.

2176 Vgl. *Karsien* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 33.

2177 Vgl. *Bauer* Kriegsverbrecher, S. 7 ff.; *Taylor*, Final Report, S. 1 f.; ferner *Arbeitskreis I.G. Farben*, Von Anlin bis Zwangsarbeit, S. 115.

2178 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 39.

2179 Abkommen zwischen der Regierung des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland, der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika, der Provisorischen Regierung der Französischen Republik und der Regierung der Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der Europäischen Achse.

ist zu beachten, dass Art. 10 des Statuts eine Besonderheit aufwies, die bis dato im Völkerstrafrecht beispiellos ist: Nach dieser Vorschrift waren nicht nur Einzelpersonen strafrechtlich verantwortlich, sondern auch Vereinigungen. Diese Bewertung einer Organisation als verbrecherisch – und das war das entscheidend Neue – sollte auch Grundlage für die Verurteilung jedes ihrer Mitglieder sein, unabhängig von der Beteiligung an konkreten Einzeltaten, die aus der Organisation heraus begangen worden waren. Es wurde folglich ein Organisationsdelikt geschaffen, das auch zur Grundlage für die Verurteilung von Einzelpersonen werden sollte.²¹⁸⁰

Betrachtet man den politischen Hintergrund in Bezug auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit für die Kriegsverbrechen, so war der Umstand, dass überhaupt Gerichtsverfahren stattgefunden haben, ein rechtsstaatlich begrüßenswerter Erfolg. Vor allem von britischer Seite, insbesondere vom Lord Chancellor *Sir John Simon*, wurde nämlich zunächst eine politische Lösung in Form einer Proskription propagiert, nach der anhand von Kriegsverbrecherlisten ohne Gerichtsverfahren Hinrichtungen erfolgen sollten. Ähnliche Vorschläge kamen auch von amerikanischer Seite, wenn diese auch nur die prozesslose Hinrichtung einiger „*Erzkrimineller*“ und die Führung von Strafprozessen – unter Umkehrung des Zweifelsgrundsatzes – gegen andere „*Kriegsverbrecher und Mörder*“ vorsah. *Franklin D. Roosevelt* setzte sich dagegen für eine individuelle Verfolgung aller Kriegsverbrecher ein.²¹⁸¹

Die Kombination der Konzepte von Individual- und Kollektivverantwortlichkeit im IMT-Statut dürfte wohl auf die Arbeit von *Murray C. Bernays* zurückzuführen sein, der die nationalsozialistische Ideologie und Politik als maßgeblichen Motor für die individuellen Verletzungen des humanitären Völkerrechts ansah und daraus folgte, dass eine kollektive Verantwortlichkeit aller bestehe, die an diesem verbrecherischen Staat mitgewirkt hatten. Die kombinierte Verantwortlichkeit sei – hier fließt zudem eine praktische Überlegung des Militärjuristen im Dienst der US-Army ein – der einzige Weg, die vom NS-Staat begangenen Massenverbrechen strafrechtlich zu erfassen. Für eine strafrechtliche Erfassung sollten militärstrafrechtliche Verfahren gegen die Organisationen, die als relevante Instrumente des nationalsozialistischen Unrechtsstaates angesehen wurden, wie zum Beispiel SS, SA oder Gestapo, durchgeführt werden.²¹⁸² Dabei sollte es sich um verhältnismäßig rechtsstaatliche, öffentliche Verfahren handeln, in denen die genannten Organisationen wegen „*Verschwörung zum Mord, Terrorismus und zur Vernichtung friedlicher Bevölkerung*“ verurteilt werden sollten. Diese Urteile sollten neben der Schuldfeststellung hinsichtlich der verbrecherischen Organisa-

2180 Vgl. auch *R. Römer* Verbrecherische Organisationen, *passim*.

2181 Vgl. *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 1 Fn. 2 m.w.N.

2182 Angeklagt wurden letztlich das Reichskabinett, das Führerkorps der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, die SS, der SD, die SA, die Gestapo sowie der Generalstab und das OKW.

tionen selbst auch die Grundlage für Feststellung der Strafbarkeit der Mitglieder der verurteilten Organisationen enthalten. Diese sollten von dem kollektiven Schulterspruch gegen die Organisation, der sie angehört hatten, ohne Rücksicht auf ihre individuelle Mitwirkung an Einzelverbrechen oder ihre Schuld und ohne weitere gerichtliche Überprüfung erfasst werden. Auf diese Weise wollte man komplizierte Prozesse und das „*Durchreichen von Verantwortung*“ vermeiden sowie eine einheitliche rangunabhängige Beurteilung erreichen.²¹⁸³ In dogmatischer Hinsicht wurde diese Kollektivverantwortlichkeit entfernt auf die anglo-amerikanische Beteiligungsform der *conspiracy* bzw. des *common design* gestützt, wenn auch erhebliche Unterschiede zu dieser Verantwortlichkeitsform erkennbar waren.

Dieses Conspiracy-Konzept lag dem Londoner Abkommen zugrunde und wurde auch in das Alliierten Kontrollratsgesetz Nr. 10, Artikel 2 übernommen. Aus § 2 des Gesetzes wird deutlich, wie weit die Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen reichten sollte. Während die Buchstaben a) und b) noch die Täterschaft, Beihilfe und Begünstigung umfassen, sind in den Buchstaben c) bis f) die Verantwortlichkeiten für Teilnahme durch Zustimmung, im Zusammenhang mit der Planung oder die Zugehörigkeit zu einer Organisation, die mit der Planung im Zusammenhang stand, geregelt. Zudem sieht § 2 lit. f eine Verantwortlichkeit für Verbrechen gegen den Frieden vor, für Personen, die in Deutschland oder einem seiner assoziierten Staaten „*eine gehobene politische, staatliche oder militärische Stellung (einschließlich einer Stellung im Generalstab) oder eine solche im finanziellen, industriellen oder wirtschaftlichen Leben innegehabt hat*“. Als Strafen waren gemäß § 3 nach Ermessen des Gerichts Vermögenseinbußen, Ehren- und Freiheitsstrafen und die Todesstrafe vorgesehen.

Bemerkenswert an diesem Ansatz des IMT-Statuts ist zum einen, dass die strafrechtliche Haftung sich auch auf Personen bezog, die keinerlei militärischen Rang bekleideten; es wurde also ein Schritt in Richtung einer allgemeinen, auch zivilen Vorgesetztenverantwortlichkeit getan. Dies war fraglos beabsichtigt, um hochrangige Politiker wie Joachim von Ribbentrop, Franz von Papen oder Hjalmar Schacht, Diplomaten wie Gustav Krupp von Bohlen und Halbach und Unternehmer wie Friedrich Flick strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen zu können. Zum anderen wird aus dem IMT-Statut deutlich, dass nicht nur solche kriminel len Handlungen abgeurteilt werden sollten und wurden, die im Krieg begangen worden sind, sondern die Führung des Krieges selbst wurde nun als „*Verbrechen gegen den Frieden*“ angesehen. Den angeklagten „*Hauptkriegsverbrechern*“ wurde später unter anderem die Vorbereitung und Führung eines Angriffskrieges vorgeworfen.

2183 Vgl. hierzu Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 1 Fn. 2 m.w.N.

In materiell-rechtlicher und auch methodischer Hinsicht ist von besonderer Bedeutung, dass die Grundlagen für die Beurteilung des Handelns des Angeklagten nicht dem nationalen Recht der aufseiten des Gerichts beteiligten Staaten entnommen wurden, sondern dem Völkerrecht entstammten. Aufgrund der Erkenntnis, dass man mit dem Strafrecht der nationalen Rechtsordnungen nicht in der Lage sein würde, Verbrechen dieser Dimension zu erfassen und es vor allem nicht möglich sein würde, die macht-, sicherheits- und kriminalpolitischen Ziele der Alliierten durchzusetzen, griff man auf alte Ansätze zurück. Der Gedanke der Schaffung eines Völkerstrafrechts, der im Rahmen der Pariser Friedensverhandlungen nach dem Ersten Weltkrieg gescheitert war, wurde wiederbelebt.²¹⁸⁴ Das hat insofern besondere Bedeutung, als die Feststellung der in der Organisation gebündelten Kollektivschuld und Kollektivverantwortlichkeit sowie ihre Ausstrahlung auf den Einzelnen wohl in keinem der Mitgliedstaaten ein Vorbild aufzuweisen hat.²¹⁸⁵ Die „Öffnung der für nichtstaatliche Kriminalität vorgesehenen conspiracy-Regel auf Massenorganisationen“ führte zu einem „Dammbruch“. Denn die materiell-strafrechtliche Anwendung dieses Kollektivverantwortungskonzepts setzte sich in einen eklatanten Widerspruch zu den Grundprinzipien der nationalen Strafrechtsordnungen aller Alliierten.²¹⁸⁶ Neben dem Bruch mit dem Schuldprinzip durch die Annahme einer Kollektivschuld und dem damit verbundenen Verlust der Subjektstellung des Beschuldigten²¹⁸⁷ führt die Weite der Verantwortlichkeitsbegründung zu einem mit Blick auf das Strafmaß bedenklich unbestimmten Strafgesetz. Ferner werde – so Berster – aus der Formulierung von Art. 2 Kontrollratsgesetz Nr. 10 nicht deutlich, wo die Untergrenze der Unverantwortlichkeit verlaufen sollte, so dass die Vorschriften für den Normadressaten als Handlungsgrundlage untauglich gewesen sei und damit die Garantiefunktion von Strafnormen nicht habe erfüllen können.²¹⁸⁸

Dieser letztere Kritikpunkt dürfte insofern nicht schwerwiegen, als die Vorschriften nur rückwirkende Bedeutung hatten, also ohnehin nicht als Handlungsanleitung im Sinne von Generalprävention dienen konnten. Zutreffend ist allerdings, dass diese offene und weitgehende Verantwortlichkeit nicht nur verfassungsrechtliche und menschenrechtliche, sondern auch in den nationalen Strafrechtsordnungen verankerte dogmatische Grundelemente auflöste, indem sie die Zurechnung über einen kausalen Tatbeitrag durch eine normativistische Beurteilung als Gesamtgeschehen ersetzte. Die einzige Verbindung zwischen Täter und Erfolg war die Angehörigkeit zu einer bestimmten Organisation, die den Erfolg

2184 Vgl. Herde Command Responsibility, S. 132; Merkel in: Von Nürnberg nach Den Haag, S. 86.

2185 Vgl. Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 4.

2186 Vgl. Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 4.

2187 Vgl. Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 4, der zudem durch die Anknüpfung an die reine Zugehörigkeit zu einer verbrecherischen Organisation auch den Zweifelsgrundsatz als ausgehebelt ansieht.

2188 Vgl. Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 4.

verursacht haben soll. Das führte zu einer vollkommen offenen Unrechtsbewertung, die unter anderem die Frage nach aktivem Tun oder Unterlassen obsolet machte.²¹⁸⁹

Diese Bedenken wegen der Widersprüche zwischen IMT-Statut und nationalem Strafrecht der beteiligten Staaten führten dann auch zu einer sehr zurückhaltenden Judikatur des Tribunals, das die Feststellung individueller Schuld als vorrangig und notwendig ansah. Die Richter betrachteten das Prinzip der persönlichen Schuld als eines der wichtigsten Prinzipien des zivilisierten Strafprozesses und lehnten schuldunabhängige Massenbestrafungen ab. Zudem sah sich das Tribunal bei der Erklärung einer Organisation als verbrecherisch dazu verpflichtet, Sorge zu tragen, dass keine unschuldigen Personen aufgrund dieser Feststellung bestraft würden.²¹⁹⁰ Auch in späteren Prozessen wegen deutscher Kriegsverbrechen wurde weitgehend an Individualverantwortlichkeit und -schuld als Grundlage für Strafbarkeit und Strafe festgehalten.²¹⁹¹ Diese Vorgehensweise führte die Gerichte jedoch zu der Problematik zurück, der man mit der Kollektivverantwortlichkeit entgegenwirken wollte: der Unaufklärbarkeit einzelner Tatbeiträge im Einzelfall.

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit hat insbesondere im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen in den Nürnberger Entscheidungen faktisch eine gewisse Rolle gespielt, wenn auch dogmatische Konturen und die exakten Voraussetzungen der Verantwortlichkeit nicht leicht erkennbar sind. *Berster*²¹⁹² hat diese jedoch so weit wie möglich herausgefiltert: Insbesondere habe die Frage Schwierigkeiten bereitet, ob sich die Handlungspflicht des Befehlshabers im Bereich der *command responsibility* auf das Verhältnis zwischen Befehlshaber und Befehlsempfänger de iure oder auf die faktische Einwirkungsmacht bezieht. Hier könne man den Eindruck gewinnen, die Judikatur des IMT habe zumindest auch auf die rechtliche Gestaltung der Beziehung zwischen Vorgesetztem und Untergebenen abgestellt, weil einerseits der Begriff *command* gewählt worden sei, der die Befehlsbefugnis des vorgesetzten Soldaten bezeichnet, und sich das Tribunal zudem am nationalen Wehrstrafrecht orientiert habe.²¹⁹³ Insbesondere im Strafverfahren gegen das Oberkommando der Wehrmacht (OKW) scheint das Gericht der formalen Einbindung in die militärische Hierarchie die entscheidende Rolle zuzuschreiben.

Dieser Sichtweise ist *Berster* jedoch entgegengetreten, weil die Bezugnahme auf nationales Recht einer originär völkerrechtlichen Auslegung im Wege stehen

2189 Vgl. *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 4 f.

2190 IMG, Urt. v. 1.10.1946, in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, Band 1 (1947), 189, 287.

2191 Vgl. die Nachweise bei *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 5 Fn. 17.

2192 *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 16 ff.

2193 Vgl. hierzu auch *Jescheck* Verantwortlichkeit, S. 339.

und eine Beeinflussung möglicherweise sogar ein Abbedingen des Völkerstrafrechts durch das nationale Recht bedeuten könne. Insofern müsse darauf hingewiesen werden, dass der Umfang der Handlungspflichten eines Befehlshabers durch das Tribunal im OKW-Prozess völkerrechtlich bestimmt worden sei.²¹⁹⁴ Das nationale Recht sei nur zur Beantwortung der Frage nach der tatsächlichen Handlungsmöglichkeit des Vorgesetzten herangezogen worden. Zudem habe schon das Tribunal im Geisel-Prozess die Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen Dritter bejaht, die sich „formal in anderen Weisungsverhältnissen befanden, aber durch ihr tätig werden in den besetzten Gebieten einer, inherent authority‘ unterstanden“.²¹⁹⁵ Handlungspflichtiger sei nach dieser Judikatur nicht gewesen, wer befehlen durfte, sondern wer befehlen konnte. Die strukturell gefestigte Beherrschung des Geschehens lasse die Handlungsmöglichkeit zur Handlungspflicht werden.²¹⁹⁶ Im Ergebnis geben aber die Verurteilungen der Hauptkriegsverbrecher in Nürnberg wenig konkrete Anhaltspunkte für die Entwicklung der *command responsibility*, weil im Hinblick auf die dort Angeklagten ausdrückliche Befehle oder sonstige aktive Beitragshandlungen zu zentralen Kriegsverbrechen im Mittelpunkt standen und kaum das Geschehenlassen der Verbrechen von Untergebenen, das hier der Gegenstand der Betrachtung ist.

d) Die Vorgesetztenverantwortlichkeit in den sog. Nürnberger Nachfolgeprozessen vor US-Militärgerichten

Auf die durch das Internationale Militärtribunal durchgeföhrten Prozesse, durch die die Hauptkriegsverbrecher des nationalsozialistischen Unrechtsstaates zur Rechenschaft gezogen werden sollten, folgten die zwölf sogenannten Nürnberger Nachfolgeprozesse²¹⁹⁷ gegen Verantwortliche im Deutschen Reich zur Zeit des Nationalsozialismus.²¹⁹⁸ Diese Prozesse waren von der US-Anklagebehörde Office of Chief of Counsel for War Crimes initiiert und richteten sich gegen Angehörige bestimmter Berufsgruppen, staatliche Ärzte oder Funktionsträger wie Juristen und die Mitglieder des Wirtschafts- und Verwaltungshauptamtes der SS und des Rasse- und Siedlungshauptamtes der SS und das Auswärtige Amt (Wilhelmsstraße-Prozess), aber auch gegen Industrielle (IG-Farben, Flick, Krupp). Es wurde ferner eine Vielzahl von Militärangehörigen angeklagt, wie in den Prozessen gegen Generalfeldmarschall *Erhard Milch*, gegen die Generäle in Südosteu-

2194 Vgl. *Berster Unterlassungsverantwortlichkeit*, S. 17.

2195 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 338.

2196 Vgl. *Berster Unterlassungsverantwortlichkeit*, S. 17 ff.

2197 Offiziell: Nürnberger Kriegsverbrechergerichte unter dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 (*The Nuremberg war criminal trials under control council Law No. 10*).

2198 Insgesamt wurden in diesen 12 Nachfolgeprozessen zwischen 1947 und 1949 184 Personen wegen ihrer hochrangigen Beteiligung an NS-Verbrechen angeklagt, *Herde Command Responsibility*, S. 17 m.w.N.

pa im sogenannten Geisel-Prozess, im sogenannten Einsatzgruppenprozess oder in dem letzten dieser Militärstrafverfahren gegen das OKW. Verhandelt wurde vor einem US-Militärgericht, nicht vor einem internationalen Tribunal; aber wie die Prozesse gegen die Hauptkriegsverbrecher fanden die Hauptverhandlungen in Nürnberg statt.²¹⁹⁹ Diese Prozesse, die sich gegen führende Militärs oder Industrielle richteten, wurden jedoch teils durch Standesdenken, teils durch die wirtschaftlichen Interessen der US-Regierung behindert, Letzteres weil sie die wirtschaftliche Wiederbelebung Deutschlands als deutlich wichtiger bewertete, als die moralisch-ethischen Belange, die mit der Aufarbeitung der Rolle großer Unternehmen im NS-Staat verbunden war, zumal viele US-amerikanische Unternehmen enge Geschäftsbeziehungen mit deutschen Unternehmen, wie etwa mit der *IG Farben* unterhalten hatten.²²⁰⁰

Im Folgenden werden die Inhalte der Anklagen, das Verteidigungsvorbringen, der Entscheidungen und aller anderen Prozessinhalte aus der zusammenfassenden und vom *United States Government Printing Office* herausgegebenen Sammlung „*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*“ ausgewertet, um für die vorliegende Frage nach der Vorgesetztenverantwortlichkeit Erkenntnisse zu gewinnen. Es handelt sich dabei um amtliche Kurzdarstellungen der Prozessaufzeichnungen, wie sie über die wesentlichen Strafprozesse mit amerikanischer Beteiligung nach dem Zweiten Weltkrieg gefertigt worden sind.

Im vorliegenden Zusammenhang ist bereits an dieser Stelle erwähnenswert, dass *Telford Taylor* – Hauptankläger der Nachfolgeprozesse – in seinem „*Final Report to the secretary of the Army*“ zum historischen Hintergrund dieser Prozesse festhielt: Bereits im August 1944 sei ein Entwurf einer Anweisung an die Kommandeure zum Umgang mit Kriegsverbrechen vorgelegt worden. Diese Richtlinie sollte neben einer Definition des Kriegsverbrechens auch eine apodiktische Aussage über die Vorgesetztenverantwortlichkeit enthalten. Verantwortlichkeit könnte alleinige oder akzessorische Verantwortlichkeit sein. Auch die lediglich billigende Teilnahme an einem Kriegsverbrechen sei strafbar, zum Beispiel dann, wenn der Vorgesetzte es trotz einer tatsächlichen Verhinderungsmöglichkeit unterlasse, ein Kriegsverbrechen zu unterbinden, von dem er wisse oder wissen müsse, dass es in der Begehung begriffen sei.²²⁰¹

2199 Vgl. hierzu auch *Herde Command Responsibility*, S. 17f.

2200 Arbeitskreis I.G. Farben, Von Anolin bis Zwangsarbeit, S. 116 f. m.w.N.

2201 Taylor, Final Report, S. 2: “*The draft directive went on to point out that ‘guilt may be either as principal or accessory’ and that ‘the taking of a consenting part in the commission of a war crime is also punishable; as for example, omission of a superior officer to prevent war crimes when he knows of, or is on notice as to, their comission or contemplated commission and is in a position to prevent them’.*”

(1) Ärzte-Prozess („The Medical Case“, Case No. 1)

Im sogenannten Ärzte-Prozess, der die strafrechtliche Erfassung von medizinischen Experimenten mit Menschen zum Gegenstand hatte, spielte die superior responsibility nur eine untergeordnete Rolle, weil die Experimente vielfach von den Angeklagten selbst durchgeführt oder zumindest unmittelbar angeordnet oder beaufsichtigt worden waren. Gegen *Karl Brandt*, den Generalkommissar für das Sanitäts- und Gesundheitswesen und damit den ranghöchsten angeklagten Mediziner, wurden von der Anklage aber auch Elemente einer Vorgesetztenverantwortlichkeit geltend gemacht. Die Verteidigung berief sich für Brandt darauf, dass ein Vorgesetzter für die Verbrechen seiner frei verantwortlich handelnden Untergebenen nicht verantwortlich sein könne. Jedoch wurde diesem Einwand von der Anklage mit dem Argument widersprochen, dass es ein unverzeihlicher Missgriff der Justiz wäre, die unmittelbar handelnden Ärzte zu bestrafen, deren Vorgesetzte, die Anführer, Anstifter und Organisatoren aber straffrei zu lassen.²²⁰² Entsprechend führte das Tribunal auch in seinem Urteil gegen Brandt, der Hitler unmittelbar unterstellt war, aus: Der Angeklagte habe die Berichte über die Durchführung der Sulfonamid-Experimente zur Kenntnis genommen, habe aber keinerlei Anstalten gemacht, gegen die Gräueltaten einzuschreiten, obwohl er dies aufgrund seiner Stellung und seiner Autorität gekonnt hätte. Er habe die Möglichkeit gehabt, die tödlichen Experimente, etwa mit Gelbsuchterregern,²²⁰³ zu verhindern, weil er die medizinische Gesamtaufsicht führte.²²⁰⁴ Auch im Hinblick auf das sogenannte Euthanasieprogramm stellte der Gerichtshof eine strafrechtliche Verantwortlichkeit Brandts für den Tod der Ermordeten fest. Nachdem er die notwendigen Grundsatzentscheidungen über das Programm getroffen habe, habe er dieses nicht weiter verfolgt, sondern Phillip Bouhler überlassen.²²⁰⁵ Verurteilt wurde Brandt dann allerdings wegen der Beihilfe, Anstiftung, wissenschaftlicher Teilnahme und „Verbindung mit Plänen und Unternehmungen zur Tötung von Menschen durch Experimente und das Euthanasieprogramm“.²²⁰⁶

(2) Prozess gegen Erhard Milch („The Milch Case“, Case No. 2)

Im sogenannten *Milch*-Prozess war der ehemalige Generalfeldmarschall *Erhard Milch* wegen der Kriegsverbrechen (1) des Mordes, der Versklavung, Zwangsarbeit, Deportation von Zivilisten zu Zwecken der Sklavenarbeit, Grausamkeit, der

2202 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. I, S. 925.

2203 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. I, S. 194.

2204 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 193 f.; vgl. hierzu auch JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 338.

2205 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. I, S. 197.

2206 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. I, S. 198.

unmenschlichen Behandlung von ausländischen Arbeitern und der Verwendung von Zwangsarbeitern in Kriegsoperationen unter Anwendung von Gewalt und Zwang angeklagt. Ferner warf man ihm das Kriegsverbrechen (2) des Mordes durch die Verwendung von Personen für unfreiwillige medizinische Experimente mit Unterdruck und Erfrierungen mit der Folge von Qual und Tod dieser Menschen vor. Schließlich (3) wurde er angeklagt, Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die unter den Punkten 1 und 2 genannten Taten begangen zu haben.

Der Vorwurf der Beteiligung an tödlichen Experimenten mit Menschen bezog sich darauf, dass er als Generalluftzeugmeister und Unterstaatssekretär im Luftfahrtministerium und damit als Leiter der technischen Entwicklung und der Rüstungsproduktion der Luftwaffe auch für das Konzentrationslager in Dachau zuständig gewesen sei, wo die besagten tödlichen Experimente von Ärzten durchgeführt worden waren.²²⁰⁷ In diesem Zusammenhang merkte das Tribunal zunächst an, dass diese Ärzte die Experimente eigenverantwortlich durchgeführt hätten, aber selbst der Luftwaffe zugeordnet gewesen seien. In der Hierarchie der Luftwaffe nahm *Milch* den zweiten Rang hinter dem Reichsluftfahrtminister *Hermann Göring* ein. Auch wenn die Ärzte also der unmittelbaren Kontrolle *Milchs* entzogen gewesen seien, so hätten die Experimente dennoch im Umfeld der Luftwaffe stattgefunden.²²⁰⁸ *Milch* verteidigte sich mit der Behauptung, in Dachau seien nur wissenschaftlich begründete und legitime Experimente durchgeführt worden. Diese Behauptung sah das Gericht als ebenso unzweifelhaft widerlegt an wie den Vortrag, für möglicherweise tödliche Experimente seien lediglich zum Tode verurteilte Gewohnheitsverbrecher verwendet worden.²²⁰⁹

Jedoch rügte das Gericht, dass die Anklage nicht vorgetragen habe, *Milch* hätte persönlich an der Durchführung der Experimente teilgenommen oder sie seien auf seine Veranlassung, unter seiner Kontrolle, Anleitung oder Anordnung durchgeführt worden. Es könne zwar so gewesen sein, dass die zur Durchführung der Experimente verwendete Druckkammer, die im Eigentum der Luftwaffe gestanden habe, auf seine Veranlassung nach Dachau geschickt worden sei. Doch lasse dieser Umstand allein nicht den Schluss zu, dass ihm dabei die Verbrechen, die dieser Versendung folgen sollten, bekannt gewesen seien, zumal die Druckkammer möglicherweise auch für rechtmäßige Zwecke gedacht gewesen sein konnte.²²¹⁰ Selbst wenn man aber annehmen wolle, *Milch* habe von den Experimenten gewusst, die in Dachau stattfinden sollten, seien dennoch keine Beweise dafür gefunden worden, dass er auch von der Durchführung lebensgefährlicher Experimente gegen den Willen der Versuchspersonen Kenntnis gehabt habe. Es ergebe sich aus der Gesamtschau, dass *Milch* sich mit der ganzen Angelegenheit

2207 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 774 f.

2208 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 775.

2209 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 775.

2210 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 776.

kaum befasst habe. Dies sei insofern auch natürlich gewesen, als seine Hauptaufgabe die Beschaffung von Materialien zur Produktion von Flugzeugen gewesen sei und er im Übrigen mit vielen Bereichen befasst war, von denen er jeweils allenfalls kurSORische Kenntnisse hatte. Das Gericht kam letztlich zu dem Ergebnis, dass die Experimente zwar in einen Unteraufgabenbereich *Milchs* fielen, dieser der Angelegenheit aber nur oberflächliche Beachtung schenkte. Das Gericht sprach ihn deswegen in diesem Anklagepunkt unter fast pathetischem Hinweis auf die „Heiligkeit“ der Unschuldsvermutung frei.²²¹¹

Diese Feststellungen sind überraschend, wenn man die Anforderungen bedenkt, die das US-amerikanische Gericht an die Pflichterfüllung durch Yamashita gestellt hatte, denn gegenüber *Milch* wurden durch das US-Gericht deutlich höhere Anforderungen an eine strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit gestellt. Das Gericht lenkt bereits hier auf den Weg zum späteren *Medina*-Standard ein, der zumindest ein Verschulden des Befehlshabers im Hinblick auf die Straftat des Untergebenen als Grundlage der Vorgesetztenverantwortlichkeit voraussetzt.

(3) Prozess gegen das Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt der SS („The Pohl Case“, Case No. 4)

Im Verfahren Nr. 4 („The Pohl Case“) der Nachfolgeprozesse waren die Verantwortlichen des Wirtschafts- und Verwaltungshauptamts der SS (SS-WVHA) wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt.²²¹² Besondere Bedeutung hatte in diesem Zusammenhang, dass das SS-WVHA unter anderem die Verwaltung und Leitung der Konzentrationslager innehatte. In diesem Kontext kam die Frage nach einer superior responsibility insbesondere für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Karl Mummertey zur Sprache. *Mummertey*, der im Rang eines Obersturmbannführers der Reserve bei der Waffen-SS stand, war unter anderem als Geschäftsführer der *Deutschen Erd- und Steinwerke GmbH* (DEST) tätig, die ihre Anlagen in Konzentrationslagern betrieb.²²¹³ Das Gericht sah ihn in diesem Kontext als für die Verbrechen verantwortlich an, die in den Konzentrationslagern an den Gefangenen begangen wurden, weil er als SS-Offizier und wichtige Person („*important figure*“) in der Gesamtstruktur der Konzentrationslagerorganisation dort militärische Befehlsgewalt („*military power of command*“) innegehabt habe. Er sei nicht nur in der Position gewesen, etwas von den Verbrechen zu wissen, sondern auch etwas dagegen zu tun, da er im regelmäßigen Kontakt mit den Leitern der Konzentrationslager gestanden und

2211 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. II, S. 775 ff.

2212 Vgl. zu den Einzelheiten Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. V, S. 194 ff.

2213 Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. V, S. 1233 ff.

mit ihnen auch Einzelheiten des Lageralltags wie die Arbeitsbedingungen, Kleidung, Verpflegung oder Disziplinarmaßnahmen an den Gefangenen erörtert hatte. *Mummenthaler* hatte zu seiner Verteidigung vorgetragen, er und sein Unternehmen hätten keine unmittelbare Kontrolle über das Wachpersonal der SS im Konzentrationslager gehabt; diese habe anderen obliegen. Er und sein Unternehmen seien außerdem nicht mit der Versorgung des Lagers mit Kleidung und Verpflegung etc. befasst gewesen, so dass er von den Versorgungsmängeln und dem Zwang, unter dem die Arbeiter standen, keine Kenntnis haben konnte. Daher habe ihm sowohl die unmittelbare Befehlsgewalt gefehlt als auch die Kenntnis, dass es sich um Zwangsarbeiter handelte. Seine Verantwortlichkeit für die Geschehnisse könne daher nicht begründet werden.

Diese Einwände hatte das Gericht jedoch zurückgewiesen: *Mummenthaler* hätte jederzeit herausfinden können, dass es sich um Zwangsarbeit handelte, von der sein Unternehmen profitierte, und er hätte auch bereits Zweifel gehabt, ob die Arbeiter bezahlt wurden. Zudem habe er sich mühelos ein Bild vom Umgang der SS-Wachen mit den Häftlingen machen können.²²¹⁴ Seine Verantwortlichkeit für die Vorgänge rechtfertigte das Tribunal letztlich allein aus seiner tatsächlichen Einwirkungsmacht und seinem Rang als Offizier, ohne dass es auf die formale Befehlsgewalt ankomme. Die faktische Lenkungsmacht und das Erkennen-Können der in der Begehung begriffenen Taten reichte nach dieser Auffassung für die Verurteilung zu einer lebenslangen Haftstrafe – später in 20 Jahre Freiheitsstrafe umgewandelt – aus.

(4) Oberkommando-Prozess („The High Command Case“, Case No. 12) und Geisel-Prozess („The Hostages Case“, Case No. 7)

In dem vor dem US-Militärtribunal gegen *Wilhelm von Leeb* et al. geführten OKW-Prozess und gegen *Wilhelm List* et al. geführten Geisel-Prozess werden diese relativ klaren Aussagen zur militärischen Vorgesetztenverantwortlichkeit bestätigt.²²¹⁵ Das Gericht setzte schuldhaf tes Handeln voraus, um eine Verantwortlichkeit für die Nichtverhinderung von Verstößen Untergebener gegen das Kriegsvölkerrecht anzunehmen.²²¹⁶ So hielt das Gericht fest, ein Befehlshaber sei für alle verbrecherischen Handlungsweisen seiner Untergebenen verantwortlich, die diese bei der Befolgung seiner Befehle begehen; zudem bestehe für alle Taten Untergebener, von denen der Befehlshaber Kenntnis hat, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit. Durch Nichtstun könne er sich nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit „reinwaschen“. Nach den Grundprinzipien von Autorität

2214 Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. V, S. 1054.

2215 Zu den Einzelheiten dieser Verfahren Parks MLR 1973 (62), 1, 38 ff.

2216 Parks MLR 1973 (62), 1, 63 f. stellt dementsprechend fest, dass das Tribunal die strict liability im Sinne des Yamashita-Standards ablehnt.

und Verantwortlichkeit aufgrund Befehls verletze ein Offizier seine (moralische)²²¹⁷ Pflicht aus internationalem Recht, wenn er es zulässt, dass ein Untergebener einen verbrecherischen Befehl ausführt.²²¹⁸ Einem Stabsoffizier komme jedoch in der Regel keine hinreichende Befehlsgewalt zu,²²¹⁹ die eine Vorgesetztenverantwortlichkeit begründen könnte, da der Stabsoffizier lediglich über den Chef des Stabes an operativen Maßnahmen mitwirkte, die regelmäßig die Gefahr von Kriegsverbrechen bergen. Die einzige Maßnahme, die ein Stabsoffizier zur Verhinderung von Verletzungen des Rechts ergreifen könnte, ist die Angelegenheit vor den kommandierenden Offizier zu bringen und dort auf das Unterbinden von Straftaten zu drängen.²²²⁰

(5) Prozess gegen Friedrich Flick („The Flick Case“, Case No. 5)

In dem ersten sogenannten Industriellen-Prozess waren sechs führende Entscheidungsträger der deutschen Wirtschaft – man wird einschränkend sagen müssen: der deutschen Kriegswirtschaft – wegen Kriegsverbrechen wie Mord, Plünderung öffentlichen und privaten Eigentums, Verschleppung und Sklaverei angeklagt.²²²¹ Die Verurteilung des Angeklagten *Friedrich Flick* und seines Stellvertreters *Bernhard Weiss* stützte das US-Militärtribunal auf die Kenntnis und Billigung der unter Verletzungen des Haager Rechts begangenen Verbrechen der Verwendung von russischen Kriegsgefangenen in kriegsrelevanten Produktionsbereichen.²²²² Zwar war darin wohl noch keine ausdrückliche Stellungnahme zur Vorgesetztenverantwortlichkeit enthalten,²²²³ aber es ist bereits unverkennbar, dass das US-Tribunal grundsätzlich von der Existenz einer strafrechtlichen Haftung des zivilen Vorgesetzten ausgegangen sein muss.²²²⁴

(6) Prozess gegen Entscheidungsträger der IG Farben („The Farben Case“, Case No. 6)

In einem weiteren Prozess gegen wichtige Entscheidungsträger der deutschen Wirtschaft stützte sich die Anklage auf den Vorwurf der Beteiligung an Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie Durchführung eines Angriffskrieges, Raub,

²²¹⁷ Die Formulierung der „*moral obligation under international law*“ darf hier nicht als Klassifizierung im *kantschen* Sinne gesehen werden, also als moralische Pflicht im Gegensatz zu einer Rechtspflicht.

²²¹⁸ Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. XI, S. 512, vgl. auch S. 1311; vgl. auch *Triffferer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 35 f.

²²¹⁹ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 168 (Rn. 36) zu § 4 VStGB.

²²²⁰ Vgl. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. XI, S. 513 f.

²²²¹ Vgl. im Einzelnen Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. VI, S. 11 ff.

²²²² Dies verbietet Art. 52 der HLKO.

²²²³ Vgl. aber JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T, §§ 359 ff.

²²²⁴ Vgl. auch Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IV, S. 54.

Plünderung, Ausbeutung, Versklavung und anderes aufgrund der Funktion der Angeklagten im IG-Farben-Konzern. Die Ankläger bemühten sich zu diesem Zweck, die Angeklagten als Funktionsträger darzustellen und deren Schuld an den begangenen Verbrechen auf der Grundlage ihrer Position innerhalb der IG Farben begreiflich zu machen. Hier offenbarte sich ein besonderes Problem, der strafrechtlichen Erfassung von Kriminalität aus Organisationen: Die Anklage war gezwungen, zum Nachweis der Verantwortlichkeit einen Zusammenhang zwischen der Funktion, die jeder einzelne Angeklagte innehatte, und den konkreten Taten herzustellen. Das setzte voraus, dass die Hierarchie und Organisationsstruktur der IG Farben und deren Verflechtung mit Staat und Partei sowie mögliche Beziehungen zu anderen Unternehmen über Trusts, Kartelle oder Syndikate offengelegt werden mussten.²²²⁵ Die Notwendigkeit dieser Entfaltung der wirtschaftlichen Strukturen war dem Gericht jedoch nicht zu vermitteln, da es zu der Auffassung gelangte, der Konzern sei nur ein typischer Industriekonzern gewesen und die kognitive Entflechtung könne kaum zu einer Klärung der Schuldfrage führen. In diesem Punkt wurde das Gericht sehr deutlich und wich vor allem von der Auffassung des IMT von Verantwortlichkeit in den Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozessen deutlich ab, da nach seiner Auffassung nur solche Handlungen, bei denen eine kausale Beziehung zwischen Täter, Tat und Opfer hergestellt werden konnte, strafbares Unrecht darstelle und damit strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen konnten. Ein solcher Nachweis war im Falle der komplexen Strukturen der IG Farben, die als juristische Person nicht angeklagt war, nur sehr bedingt möglich.²²²⁶

Aufgrund dieser Strukturen kam es zu wechselseitigen Beschuldigungen der angeklagten Entscheidungsträger der IG Farben und der Vermittlungsstelle Wehrmacht, die der Knotenpunkt der Verflechtung zwischen NS-Staat und dem Konzern war. Zudem waren die Richter, die kein Interesse an dem Prozess zu haben schienen, auch nicht bereit, die nötige Aufmerksamkeit aufzubringen, um das Verwirrspiel zu durchschauen, dessen sich die Verteidigung bediente, und machten sich mehr Sorgen um mögliche Angriffspläne der Sowjetunion als um den ordnungsgemäßen Verfahrensausgang. Insbesondere deswegen waren die Richter nicht bereit, der Argumentation der Anklage zu einer Kollektiv- oder auch nur einer Organisationsverantwortlichkeit zu folgen. Letztlich ging der Prozess in Streitigkeiten innerhalb des Tribunals und dem Taktieren der Verteidigung unter.²²²⁷

2225 DuBois Generals in grey suits, S. 76 ff.

2226 DuBois Generals in grey suits, S. 76 ff., 93 ff.; Schneckenburger Die Geschichte des IG Farben Konzerns, S. 123.

2227 Vgl. DuBois Generals in grey suits, S. 93 ff.

e) Die Aufarbeitung des Zweiten Weltkrieges im Pazifik durch das International Military Tribunal for the Far East

Wegen der japanischen Kriegsverbrechen im Zweiten Weltkrieg wurden nicht nur Strafverfahren durch nationale Militärgerichte geführt, sondern die Alliierten führten auch Strafverfolgung durch ein internationales Militärtribunal durch. Die strafrechtliche Aufarbeitung der japanischen Verbrechen im Pazifikkrieg sollte im Wesentlichen das *International Military Tribunal for the Far East* (IMT-FE)²²²⁸ leisten.²²²⁹

(1) Tokioter Prozesse des International Military Tribunal for the Far East

Dieser Gerichtshof²²³⁰ verdankte seine Existenz der von dem alliierten Oberkommandierenden erlassenen „*Charter of the International Military Tribunal for the Far East*“ (Tokyo-Charter), die jedoch nur rudimentäre materiell-rechtliche Regelungen, etwa zur Strafe, beinhaltete (vgl. Art. 6 IMT-FE-Statut). Vor dem IMT-FE, das die Aufgabe hatte, die strafrechtliche Verantwortlichkeit hochrangiger militärischer und ziviler japanischer Funktionsträger zu beurteilen, kam es zu 22 Anklagen. Die Rechtsprechung des IMT-FE orientierte sich bei seiner Entscheidungsfindung vielfach an den Urteilen des Nürnberger IMG und stützte sich damit auch auf das sogenannte Nürnberger Recht. Die Anklage vor dem IMT-FE erarbeitete 55 – später dann auf zehn zusammengefasste – Anklagepunkte gegen die Beschuldigten. Hierunter sind neben dem Vorwurf der Beteiligung „*als Führer, Organisatoren, Anstifter oder Komplizen an der Planung oder Ausführung eines gemeinsamen Plans oder einer Verschwörung zum Führen von Angriffs-kriegen und eines Kriegs oder Kriegen, die internationales Recht verletzten*“ (Anklagepunkt Nr. 1) auch zwei Anklagepunkte, die besondere Bedeutung für die Entwicklung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im internationalen Strafrecht haben: Dies sind der Punkt Nr. 54, der „*Anordnung, Autorisierung und Erlaubnis zur unmenschlichen Behandlung von Kriegsgefangenen und anderen*“ lautet, und der Punkt Nr. 55, der den Angeklagten „*vorsätzliche und rücksichtslose Ver-nachlässigung der Pflicht, angemessene Schritte zur Prävention von Gräueltaten einzuleiten*“ vorwirft.²²³¹

2228 Die Dokumentation des Urteils und der Urteilsgründe mit Anhängen etc. ist abgedruckt in International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide, The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22.

2229 Auch wenn die Alliierten in Asien – ohne Berücksichtigung der von der Sowjetunion durchgeföhrten Verfahren – über 2200 Strafprozesse durch nationale Militärtribunale mit über 4700 Beschuldigten durchführten, vgl. hierzu *Herde Command Responsibility*, S. 17 m.w.N.

2230 Zur Gründung und Besetzung des Gerichts Parks MLR 1973 (62), 1, 64 ff.

2231 Vgl. *Pritchard/Zaide, The Tokyo War Crimes Trial*, Bd. I, S. 70 f.; zu den Einzelheiten auch *Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 31 f.

(2) Die Vorgesetztenverantwortlichkeit in den Tokioter Prozessen

Bei der Beurteilung dieser Vorwürfe stützte sich das Tribunal primär auf die Tokyo-Charter, die neben formellen Vorschriften und Verfahrensgrundsätzen im Wesentlichen die Umschreibungen von Verbrechen gegen das Völkerrecht beinhaltete, über die dem Tribunal die Jurisdiktion zugewiesen sein sollte (Chapter II Art. 5), sowie eine Vorschrift aufwies, die betonte, ein Handeln auf Befehl besitze nicht die Verantwortlichkeit des Täters. Für die Behandlung der Vorgesetztenverantwortlichkeit gab die Charta keine Hinweise. Jedoch geht das Militägericht in seinen Ausführungen zu den von ihm zugrunde gelegten rechtlichen Prinzipien mit großer Selbstverständlichkeit davon aus, dass eine Vorgesetztenverantwortlichkeit existiert, wenn es etwa im Hinblick auf die Behandlung von Kriegsgefangenen auch der japanischen Regierung ausdrücklich strafrechtliche Verantwortlichkeit mit der Begründung zuweist, sie habe kein System bereitgestellt, das eine völkerrechtskonforme Behandlung von Gefangenen garantierte.²²³² Ferner stellte das Gericht fest, jeder Offizier sei durch die Erteilung entsprechender Befehle in der Lage und daher auch dafür verantwortlich, für die ordnungsgemäße Behandlung von Gefangenen zu sorgen. Die Richter setzten sich in dem Verfahren, das mit den Urteilen vom 12. November 1948 endete, daher unter anderem auch mit der Frage der Verantwortlichkeit militärischer und politischer Befehlshaber für Taten auseinander, die sie nicht befohlen, sondern lediglich geduldet oder hingenommen haben.

(a) Hideki Tojo

Besondere Bedeutung hat das Verfahren gegen den ehemaligen japanischen Kriegsminister *Hideki Tojo*. Er wurde wegen der Führung eines Angriffskrieges vor dem IMTFE angeklagt. Zudem wurde ihm die unmenschliche Behandlung und wahllose Tötung von Gefangenen während des sogenannten Todesmarsches von Bataan²²³³ vorgeworfen. Insofern habe *Tojo* nicht nur um die Tatsache gewusst, dass dieser Marsch stattgefunden habe, sondern auch von den Folgen dieses Verbrechens Kenntnis erlangt. Der Gerichtshof befand ihn für schuldig, im Rahmen seiner Untersuchung des Todesmarsches weder eine Aufklärung der Vorgänge noch ein Strafverfahren gegen die Beteiligten angestrebt zu haben. Auch in anderem Kontext wurde er für schuldig befunden, keine Bestrafung von

2232 Vgl. International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide*, The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 27 ff.

2233 Vgl. hierzu International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide*, The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 1042 ff.

Tätern veranlasst zu haben, obwohl ihm Fälle, in denen Kriegsgefangene misshandelt worden seien, oder zumindest Belege dafür, bekannt gewesen seien.²²³⁴

In diesem Zusammenhang tauchen also die bereits aus dem deutschen Militär- und Wehrstrafrecht bekannten Aspekte der Vorgesetztenverantwortlichkeit wieder auf: zum einen die Strafbarkeit wegen der Nichtverhinderung von Straftaten Untergewesener, zum anderen die strafrechtliche Haftung für die Nichtsanktionierung dieser Verbrechen. Bedeutsam ist hier jedoch vor allem, dass das IMTFE der Verantwortlichkeit wegen der Nichtsanktionierung wohl kaum die Rechtfertigung zugrunde gelegt haben dürfte, die im herkömmlichen Militär- und Wehrstrafrecht für die Bestrafung der Duldung nachträglich bekannt gewordener Straftaten herangezogen wird. Denn dem Gericht kam es weder zu, noch wird es ein Interesse daran gehabt haben, die Untergrabung der Disziplin und Moral der japanischen Truppen durch einen nachlässigen Führungsstil eines vorgesetzten Offiziers zu ahnden. Vielmehr wird dem Gericht daran gelegen gewesen sein, festzustellen, dass eine durch die Nichtsanktionierung zum Ausdruck gekommene Duldung von Straftaten Untergewesener auch dann eine Mitverantwortlichkeit für die begangene Tat begründet, wenn die bereits begangenen Taten durch den Befehlshaber nicht mehr verhindert werden konnten. Ferner sollte eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für künftige Taten gerechtfertigt werden, die durch die unterlassene Verfolgung und Bestrafung ermöglicht oder gefördert wurden.

Das Tribunal hat damit zumindest auch auf eine nachträgliche Vorgesetztenverantwortlichkeit abgestellt, die man – in deutschen strafrechtsdogmatischen Kategorien gedacht – dadurch rechtfertigen könnte, dass der Vorgesetzte, der die Tat nachträglich billigt, die Tat persönlich begünstigt und damit zum Fortbestehen des Unrechts mangels Entgegensetzen einer Sanktion beiträgt. Dieser Gedanke, auch den Begünstiger als Teilnehmer einer Straftat zu sehen, ist dem deutschen Strafrecht nicht so fremd, wie es zunächst aus der Sicht des heutigen Strafgesetzbuchs erscheinen mag. Die Behandlung der persönlichen und sachlichen Begünstigung als eigenständige Straftaten gegen die Rechtspflege ist eine in der Strafrechtsgeschichte eher neue Errungenschaft. Auch, wenn es bereits bei *Frank*²²³⁵ zur Begünstigung nach § 257 RStGB wie selbstverständlich heißt, eben weil die Vortat zur Begünstigung in der Vergangenheit liege, handele es sich bei ihr nicht um eine Form der Teilnahme, sondern um eine eigenständige Straftat. In der Kommentierung von *Beseler* zu § 37 PrStGB (Begünstigung) heißt es dagegen noch, zu der Teilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen gehöre auch der Fall, in dem nach der Verübung der strafbaren Handlung dem Täter wissentlich Vorschub geleistet wurde.²²³⁶

2234 Vgl. *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 112.

2235 *Frank* RStGB, Vor §§ 257 ff.

2236 *Beseler* PrStGB, S. 168; vgl. auch hier S. 312.

(b) Koki Hirota

Das Urteil gegen den ehemaligen japanischen Außenminister *Koki Hirota* hatte ebenfalls die Strafbarkeit wegen unterlassener Gegenmaßnahmen gegen Verbrechen durch Soldaten der japanischen Streitkräfte zum Gegenstand. *Hirota* wurde seine passive Haltung im Hinblick auf das Massaker von Nanjing im Dezember 1937 zum Vorwurf gemacht,²²³⁷ bei dem japanische Soldaten mindestens 200.000 Zivilisten und Kriegsgefangene ermordeten und eine Vielzahl weiterer Kriegsverbrechen begingen. Nach den Feststellungen des Tribunals hatte *Hirota* zwar zunächst keine Kenntnis von dem Angriff auf die Stadt und den dortigen Vorgängen; jedoch habe er zumindest aufgrund diplomatischer Memoranden und aus der internationalen Presse von den Vorfällen erfahren. Das Gericht stellte weiterhin fest, *Hirota* habe zwar Untersuchungen in Gang gebracht und auch eine Versicherung des Kriegsministeriums erhalten, den Misshandlungen werde Einhalt geboten werden. Nach dem Eingang dieser Auskunft seien die Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht jedoch noch über einen Zeitraum von etwa vier Wochen fortgesetzt worden. Die Richter befanden *Hirota* der Verletzung seiner Verhinderungspflicht schuldig, weil er nicht die notwendigen Schritte unternommen habe, um für die Beendigung der Kriegsverbrechen in Nanjing zu sorgen, insbesondere weil er nicht im Kabinett darauf hingewirkt habe, dass von dort aus sofortige Gegenmaßnahmen eingeleitet würden.²²³⁸

(c) Iwane Matsui

In dem Verfahren gegen *Iwane Matsui*, den General der japanischen Expeditionsstreitkräfte für China, wurde ebenfalls über die Verantwortlichkeit für das Massaker in Nanjing²²³⁹ entschieden. *Matsui* hatte den Angriff auf die Stadt geplant und schon mit dem Vormarsch begonnen, wurde dann aber durch *Asaka Yasuhiko* abgelöst, der die Stadt im Dezember 1937 eroberte und durch den von ihm zumindest gebilligten Befehl, alle Gefangenen zu töten, das Massaker von Nanjing auslöste. *Matsui* war mit der Ablösung beim Angriff auf Nanjing zum Oberkommandierenden der gesamten japanischen Streitkräfte auf dem chinesischen Festland ernannt worden. Das Massaker begann, bevor er die Stadt nach der Eroberung erreichte, und wurde am 17. Dezember während seines Aufenthalts unterbrochen. Das Tribunal stellte in diesem Zusammenhang fest, *Matsui*

2237 Vgl. zu den Einzelheiten die Feststellungen im Urteil des IMTFE in International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 1011 ff.

2238 International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 49, 791; vgl. ferner *Hendin ELaw* Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 112.

2239 Vgl. hierzu *Chang The Rape of Nanking*, *passim*; ferner *Makino Nanking-Massaker*, S. 73 ff.

habe zwar den Befehl erteilt, dass Kriegsverbrechen zu unterbleiben hätten. Er hätte jedoch zu der Zeit, zu der die Gräueltaten stattfanden, wissen müssen, dass seine Befehle ignoriert wurden.²²⁴⁰ Dadurch, dass der General seine bestehende Autorität zur Beendigung dieser Verbrechen nicht einsetzte und auch keine Anstrengungen unternahm, die Ordnung wieder herzustellen, habe er sich strafrechtlich schuldig gemacht.²²⁴¹

(d) Akira Muto

Mit ähnlicher Begründung wurde auch der Chef des Stabes von *Yamashita*, der Generalleutnant *Akira Muto*, wegen der unterlassenen Verhinderung der in Manila verübten Verbrechen zum Tode verurteilt und hingerichtet. Ihm wurde vorgeworfen, er habe von den Grausamkeiten, die die japanischen Truppen in Manila begingen, gewusst und sie nicht verhindert, obwohl er sich in einer Position befunden habe, die es ihm erlaubt hätte, die Vorgehensweise der japanischen Truppen zu beeinflussen. Aufgrund dieser Eingriffsmöglichkeit teile *Muto* die Verantwortlichkeit für die schweren Verbrechen. Das Tribunal nahm jedoch eine Differenzierung zwischen dem Chef und einem Mitglied des Stabes vor, indem es *Muto* von einer Verantwortlichkeit wegen des Massakers in Nanjing freisprach. Zum Zeitpunkt, als dieses stattfand, sei der Angeklagte noch ein untergeordneter Stabsoffizier gewesen. Als solcher sei er auch dann nicht verantwortlich für die begangenen Taten, wenn er wie General *Matsui* von ihrer Begehung gewusst habe, und seine Vorgesetzten keine Maßnahmen zur Verhinderung der Taten unternommen. In seiner untergeordneten Position habe *Muto* keine Möglichkeit gehabt, die Taten zu verhindern. Die Möglichkeit zur Verhinderung der Verletzungen humanitären Völkerrechts hätte sich für ihn erst mit dem Erreichen der Stellung als Chef des Stabes ergeben.²²⁴²

Damit macht das Tribunal deutlich, dass es auf die Möglichkeit ankommt, die in der Begehung begriffenen Taten entweder durch entsprechende unmittelbar militärische Befehle, die einem Stabsoffizier jedoch regelmäßig nicht zu Gebote stehen, weil er nur dem Chef des Stabes zuarbeitet, nicht aber operative Befehlsgewalt hat, oder durch sonstige wirksame Einflussnahme auf das Geschehen zu unterbinden. Hier wird die effective control als prägendes Element der command responsibility zwar nicht unmittelbar benannt, aber faktisch bereits als Maßstab angelegt.

2240 So International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide*, The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 49, 815 f.

2241 Vgl. *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 114.

2242 International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide*, The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 49, 820 f.; vgl. ferner *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 115.

(3) Ergebnisse und Folgerungen aus der Judikatur der Tribunale zur Aburteilung der Kriegsverbrechen im Pazifik

In der Begründung der Verantwortlichkeit zur Verhinderung von Kriegsverbrechen ging das IMTTE in drei Schritten vor. Im ersten Schritt wurde die Pflicht der kriegsführenden Staaten festgestellt, die in ihrem Gewahrsam befindlichen Militär- und Zivilpersonen zu versorgen und vor Misshandlungen zu bewahren. Diese staatliche Verpflichtung sieht der Gerichtshof als völker gewohnheitsrechtlich gefestigt an und verweist insofern auf Art. 4 und 7 der Haager Landkriegsordnung von 1907 und auf Art. 2 ff. und 11 ff. der Genfer Konvention von 1929.²²⁴³ Im zweiten Schritt wurden die vorrangigen Adressaten dieses Pflichtenanspruchs bestimmt. Hier kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass diese Versorgungs- und Schutzpflicht zunächst die Regierung des Gewahrsamsstaates trifft und insofern individualisiert ist, als die Angehörigen der Regierungen sie unmittelbar und persönlich wahrzunehmen haben. Im dritten Schritt wurde in der Sache eine Delegationsproblematik angesprochen und festgestellt, dass die Regierungsmitglieder des Gewahrsamsstaates regelmäßig nicht in der Lage seien, die Erfüllung der Versorgungs- und Schutzpflicht in eigener Person zu leisten und diese Aufgabe daher delegieren können. Diejenigen, die auf einer untergeordneten Stufe die Pflichten wahrnehmen sollen, werden damit selbst zur Sorge um die Gefangenen verpflichtet und haben für Pflichtverletzungen strafrechtlich zu haften. Das Tribunal hat auf diese Weise eine Pyramide der Pflichtigen²²⁴⁴ beschrieben, die drei Ebenen kennt. Zuoberst befinden sich die Mitglieder der Regierung. In der Stufe darunter sind zunächst die militärischen Offiziere (*officers*) angesiedelt, die Kontingente befehligen, die Gefangene in ihrer Gewalt haben. Ebenfalls auf der zweiten Stufe befinden sich die zivilen Beamten (*officials*), die in Abteilungen tätig sind, deren Aufgaben sich unmittelbar auf das Wohlergehen der Gefangenen beziehen (z.B. Versorgungs- oder Logistikabteilungen). Auf der dritten und letzten Stufe sind die Personen verantwortlich, die die unmittelbare Kontrolle über die Gefangenen ausüben.²²⁴⁵

Dabei macht der Gerichtshof jedoch deutlich, dass die Pflichten im Falle der Delegation der Erfüllung der Versorgungs- und Schutzpflicht nicht erloschen, sondern sich lediglich verändern. Die konkreten Anforderungen an die Pflichten, die der jeweils Delegierende zu erfüllen hat, variieren nach Stellung und Funktion des Pflichtigen innerhalb der Pyramide.²²⁴⁶ Auf der obersten und mittleren Ebene

2243 International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide*, The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 27.

2244 Vgl. *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 28.

2245 *Röling/Rüter* The Tokyo Judgement Bd. I, S. 30.

2246 *Röling/Rüter* The Tokyo Judgement Bd. I, S. 29 f.; vgl. auch *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 28.

sei ein effektives Kontrollsyste einzurichten, das einer Misshandlung oder unzureichenden Versorgung von Gefangenen vorbeuge; dieses Kontrollsyste sei auch auf seine Verlässlichkeit hin zu überwachen.²²⁴⁷ Zudem sind die ursprünglichen Pflichtenträger verpflichtet, Unzulänglichkeiten bei der Versorgung der Gefangenen oder Pflichtverletzungen in der Pyramide unter ihnen befindlicher Personen zu verhindern, soweit sie von diesen Missständen Kenntnis erlangen.²²⁴⁸ Regierungsm Mitgliedern erlegt das Tribunal daher die Pflicht auf, notfalls durch Rücktrittsandrohung oder Rücktritt auf die Einhaltung des Kriegsvölkerrechts hinzuwirken, soweit ein anderweitiges Einschreiten keine Aussicht auf Erfolg verspricht. Auf diese Weise lässt das Tribunal ein Gesamtsystem entstehen, das eine Garantenhaftung des Vorgesetzten für die Verfehlungen von Untergebenen sowie eine Haftung für persönliche Begünstigung durch Nichtverfolgung und schließlich eine Systematik der Delegation und ihrer Überwachung beinhaltet.

Die Bedeutung dieser Rechtsprechung und ihrer Konstruktion ist uneinheitlich: *Ambos*²²⁴⁹ versteht sie als Ausweitung der Befehlsverantwortlichkeit des Nürnberger Rechts auf zivile Vorgesetzte und als Schritt in Richtung einer allgemeinen Vorgesetztenverantwortlichkeit. *Karsten* sieht in dem Urteil vor allem einen (schwachen) Hinweis auf eine Vorgesetztenverantwortlichkeit von Amtsträgern im Allgemeinen.²²⁵⁰ *Weltz*²²⁵¹ gelangt zu dem strafrechtsdogmatischen Schluss, die Begründung der Verantwortlichkeit von Regierungsm Mitgliedern und anderen Funktionsträgern basiere sowohl auf einer konkret rechtsgutsbezogenen Garantenstellung als auch einer Vorgesetztenstellung.

Berster kommt dagegen zu dem Ergebnis, die Vorgesetztenstellung stehe mit der Haftung im konkreten Fall gerade nicht im Zusammenhang. Vielmehr habe das Tribunal nur festgestellt, dass die Delegation nicht zum Erlöschen der Pflichten von Vorgesetzten führe. Es handele sich damit eher um eine Haftung trotz Aufgabenübertragung, denn um eine durch die Vorgesetztenstellung selbst begründete strafrechtliche Verantwortlichkeit.²²⁵² Diese These begründet er mit dem Argument, bereits der indische Richter *Pal* habe darauf hingewiesen, die Verletzung der Kontrollpflicht sei als solche nicht strafrechtlich relevant. Die Verletzung des Kriegsrechts entstehe erst durch das Grundverbrechen, durch die Misshandlung eines Gefangenen, so dass die Nichteinrichtung eines effektiven Kontrollsyste erst dann Bedeutung gewinnen könne, wenn dies zur Begehung des Grundverbrechens führe.²²⁵³ Die Garantenstellung ergebe sich unmittelbar aus dem vom Staate abgeleiteten Verhältnis und nicht aus dem Vorgesetztenver-

2247 Röling/Rüter The Tokyo Judgement Bd. I, S. 30.

2248 Vgl. Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 29.

2249 Ambos Der Allgemeine Teil, S. 133 ff.

2250 Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 31 f.

2251 Weltz Die Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht, S. 205 und Fn. 16.

2252 Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 29.

2253 Nachweis bei Röling/Rüter The Tokyo Judgement Bd. I, S. 996.

hältnis. Das werde daraus deutlich, dass die Judikatur in ihrer Beschreibung des Kreises der Pflichtigen „*in einem Atemzug auch die unterste Ebene der Hierarchie in die Haftung mit einbezieht, obwohl es diesen Pflichtigen von vornherein an der Vorgesetzteneigenschaft mangelt*“.²²⁵⁴

Das letztere Argument ist nicht zwingend, weil nicht davon ausgegangen werden darf, dass das Tribunal hier eine strafrechtsdogmatische Aussage treffen wollte. Insofern fällt eine Einordnung der vom IMTFE entwickelten strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kriegsgefangene in die deutsche Dogmatik schwer. Das Argument, die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf der höheren Hierarchiestufe basiere nicht unmittelbar auf dem Vorgesetztenverhältnis, sondern auf der Garantenstellung, die sich aus dem Gewaltverhältnis zwischen Pflichtigem und Gefangenen ergebe, welches vom Gewahrsamsstaat über die Hierarchiepyramide abgeleitet werde, ist dagegen grundsätzlich einleuchtend. Diese Überlegung wird auch von dem von *Hendin*²²⁵⁵ betonten Aspekt gestützt, das Tribunal habe auf die Obhut über die Gefangenen oder die Pflicht zur Sorge für ihr Wohlergehen abgestellt.²²⁵⁶

Problematisch ist, dass nach diesem Ansatz die Vorgesetztenverantwortlichkeit weitgehend in der Garantenstellung aus delegierter Aufgabenerfüllung aufgehen würde. Dies gilt etwa für das Verbot aus Art. 23 lit. d) der Haager Landkriegsordnung,²²⁵⁷ eine Erklärung abzugeben, „*Pardon werde nicht gegeben*“. Dieses Verbot trifft ausweislich Art. 22 HLKO die Kriegsparteien, also die gegeneinander Krieg führenden Staaten. Die Pflicht zur Unterlassung einer solchen Erklärung nimmt nach der Verantwortlichkeitskonzeption, die das IMTFE zugrunde legt, grundsätzlich die Regierung als handelndes Organ des Staates wahr. Sie leitet die Verantwortlichkeit auf die militärische Führung über, die wiederum die Verantwortlichkeit an die niedrigen Hierarchiestufen vermittelt. Nach der dogmatischen Struktur, die *Berster* zugrunde legt, müsste man auch insofern annehmen, dass mit der Übertragung der Aufgabe der operativen und taktischen Kriegsführung an die Leitung der Streitkräfte eine Garantenstellung der Regierungsmitglieder aufgrund der Delegation der Aufgabe begründet wurde. Das würde aber dazu führen, dass bei der Wahrnehmung einer jeden Aufgabe innerhalb eines militärischen Organisationsverbundes die Garantenstellung des Vorgesetzten durch diese Übertragung der Aufgabenerfüllung entsteht, weil in soldatischen Hierarchien grundsätzlich nicht ohne Befehl gehandelt oder unterlassen wird. Die Delegation von Aufgaben, die in der Zuweisung einer Funktion oder eines Dienstes besteht, würde dann die Garantenstellung begründen, die Vorge-

2254 *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 30.

2255 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 109.

2256 Vgl. hierzu International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide* The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22, S. 1015 ff.

2257 Internationale Übereinkunft betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 29.7.1899.

setztenverantwortlichkeit hätte so keinen eigenständigen Raum mehr. Man müsste hier demnach entweder Kriterien für eine Abgrenzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus einer Garantenstellung des Vorgesetzten zur eigenständigen Vorgesetztenverantwortlichkeit entwickeln oder zu dem Ergebnis kommen, dass eine solche Abgrenzung nicht erforderlich ist, weil die Vorgesetztenverantwortung eine Garantenstellung für das völkerrechtswidrige dienstliche Fehlverhalten eines Untergebenen beinhaltet.

Ansatzpunkt für eine Abgrenzung könnte etwa die Differenzierung zwischen einer allgemeinen Aufgabenzuweisung durch eine Dienstbeschreibung einerseits und einem konkreten Befehl zu einer bestimmten Handlung oder eines Handlungskomplexes andererseits sein. Danach hätte der Vorgesetzte, der einen konkreten Befehl zur Übernahme einer bestimmten Aufgabe erteilt hat, eine Delegation vorgenommen und wäre entsprechend auf Posten gestellt, um die Erfüllung der mit der Aufgabe einhergehenden Pflichten zu überwachen und Pflichtverletzungen zu verhindern. Besteht zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen aber kein aktualisiertes Befehlsverhältnis im Sinne der akuten Ausführung eines Befehls, dann könnte man als Grundlage der Vorgesetztenverantwortlichkeit außerhalb eines Garantenverhältnisses die reine faktische Vorgesetztenstellung annehmen. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit wäre dann das Korrelat zur Befehlsgewalt, im Sinne von Befehlen-Können; die Verantwortlichkeit würde damit das Gegengewicht zur Entscheidungs- und Lenkungsmacht ausmachen. Aber diese Unterscheidung hat erst dann einen Sinn, wenn an die Verantwortlichkeit als Vorgesetzter oder als Garant entweder unterschiedliche Voraussetzungen gestellt oder unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. Ansonsten könnte es sich als dogmatisches Gedankenspiel (des deutschen Strafrechts) ohne praktischen Wert auf unsicherem Terrain erweisen.

Das IMTTFE sprach in seiner Judikatur jedoch noch einen weiteren relevanten Punkt an, der immer noch in der völkerstrafrechtlichen Diskussion steht: die Frage nach der Kausalität von Pflichtverletzungen für Völkerrechtsverbrechen. Zwar hat der Gerichtshof anerkannt, dass eine Pflichtverletzung des Vorgesetzten nur dann zu einer strafrechtlichen Haftung führen könne, wenn der Vorgesetzte durch ihre Vermeidung auch die Begehung des Grundverbrechens hätte verhindern können, er also eine tatsächliche Möglichkeit zur Vermeidung des Verbrechens hatte. Doch wurde dieser Grundsatz durch das Tribunal dahin gehend relativiert, dass es keine konkret-tatsächliche Betrachtung diesbezüglich heranzog, sondern einen generell-normativen Maßstab anlegte. Das bedeutet, das Gericht schloss aus der Vorgesetztenstellung die Möglichkeit zur Verhinderung der Bezugstat.²²⁵⁸

2258 Vgl. zur Kritik an dieser Verallgemeinerung Röling/Rüter The Tokyo Judgement Bd. I, S. 492 ff.

Eine Ausnahme von dieser nur theoretischen Zurechnungsvoraussetzung machte das Tribunal jedoch in Bezug auf die Regierungsmitglieder, die es bereits als verantwortlich angesehen hat, wenn diese zwar keine tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit hatten, aber dennoch im Kabinett verblichen seien. Diese Kabinettsmitglieder treffe eine Art kollektive Unterlassungshaftung der Regierung,²²⁵⁹ zumindest dann, wenn sie nicht durch Drohung mit einem Rücktritt versucht hätten, die Verbrechen zu verhindern. Letzteres nimmt *Berster* als Anhaltspunkt dafür, dass es sich letztlich – entgegen der ausdrücklichen Verwendung dieses Begriffs im Urteil – doch nicht um eine Kollektivhaftung nach dem Modell *Bernays* handele, sondern um eine Individualhaftung, die bei Regierungsmitgliedern den Einsatz aller, auch weniger Erfolg versprechender Mittel fordere.²²⁶⁰

4. Die superior responsibility in der nationalen Militärjudikatur zu Völkerrechtsverbrechen nach dem Zweiten Weltkrieg

Auch nach den Weltkriegen kam es vereinzelt zu Versuchen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor nationalen Militärtribunalen oder anderen Gremien abzuurteilen. Innerhalb dieser Verfahren spielte auch die Verantwortlichkeit von befehlshabenden Offizieren regelmäßig eine wichtige Rolle.

a) Massaker von Kafr Qasim (1956)

Ein israelisches Militärgericht hatte sich im Zusammenhang mit der Suezkrise, die 1956 im Sinai-Krieg eskalierte, mit Fragen der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu befassen. In diesem Krieg fand am 29. Oktober 1965 das Massaker von Kafr Qasim statt, bei dem 48 Zivilisten von israelischen Soldaten erschossen wurden, weil sie eine ihnen (zwangsläufig) unbekannte Ausgangssperre verletzt hatten.²²⁶¹ Der die unmittelbar handelnden Schützen kommandierende Leutnant hatte den Befehl weitergegeben, den er seinerseits von dem kommandierenden General erhalten hatte, jeden, der die Ausgangssperre verletzte – unbesehen seiner Person –, zu erschießen.²²⁶² Der Leutnant wurde wegen der Morde durch ein Militärgericht verurteilt, obwohl er zum Tatzeitpunkt nicht unmittelbar vor Ort war. Das Gericht warf ihm vor, sich zumindest in erreichbarer Nähe zum Tatort aufgehalten und trotz seines Wissens um die Vorgänge keine Schritte zu ihrer

2259 Vgl. Röling/Rüter The Tokyo Judgement Bd. I, S. 30 f.

2260 Berster Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 29.

2261 Zum Hergang des Massakers vgl. Krakau Die Rolle der palästinensischen Minderheit im politischen Leben Israels, S. 48 Fn. 136; vgl. ferner Israel Military Court of Appeal, Palestine Yearbook of International Law, Vol. II, 1985, 69 ff.

2262 Vgl. Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 116 ff.

Verhinderung unternommen zu haben; die Richter sahen den Offizier daher als mitschuldig an den Verbrechen an, weil er gewusst habe oder zumindest hätte wissen müssen, dass es sich bei den Bewohnern des Dorfes, in dem seine Soldaten operierten, um Zivilisten handelte. Der Militärgerichtshof führte in diesem Kontext aus, ein vernünftiger Soldat könne, auch ohne rechtlichen Rat einholen zu müssen, erkennen, ob er mit einem augenscheinlich illegalen Befehl konfrontiert sei. Ein Soldat, gleich welchen Ranges, müsse stets jede von ihm erteilte Anordnung auch auf ihre Rechtmäßigkeit hin prüfen. Die angeklagten Soldaten, die geschossen hatten, wurden teils mit der Begründung freigesprochen, sie hätten nicht die Zeit oder Gelegenheit gehabt, sich über die Frage der Rechtmäßigkeit des ihnen erteilten Befehls klar zu werden, und teils mit der Begründung verurteilt, genau diese Möglichkeit gehabt und sich für die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls entschieden zu haben.²²⁶³

Die Entscheidung sagt unmittelbar für den hier relevanten Kontext einer allgemeinen Vorgesetztenverantwortlichkeit wenig aus, weil die tödlichen Schüsse auf einen unmittelbaren Befehl des verurteilten Offiziers hin abgegeben wurden. Aber dennoch trifft das Militärgericht insofern eine wesentliche Feststellung, als es ausführt, der Leutnant habe aufgrund seiner Anwesenheit in der Nähe zum Tatort und der Kenntnis um die Gefahren der Begehung von Verbrechen die Pflicht gehabt, diese Verbrechen zu verhindern. Damit löst das Militärgericht die Verantwortlichkeit von dem *prima facie* entscheidenden Aspekt, dass er selbst den Befehl zur Begehung der Verbrechen gegeben hat, und stellt (zumindest auch) auf die Nichthinderung der Ausführung des weitergeleiteten Befehls ab.

b) *Massaker von Mý Lai (1968)*

Ein weiteres nationales Verfahren gegen Soldaten wegen Kriegsverbrechen fand 1970 u.a. gegen Leutnant *William Calley* und Hauptmann *Ernest Medina* statt. Ihnen wurde die Beteiligung am Massaker von Mý Lai vorgeworfen, bei dem eine Infanterieeinheit der US-Streitkräfte am 16. März 1968 in der Provinz Quâng Ngãi im Süden Vietnams mehrere Hundert unbewaffnete Zivilisten tötete.²²⁶⁴ Die meisten dieser Menschen wurden in dem Ort Mý Lai ermordet, wobei die Einheit unter dem unmittelbaren Befehl von Leutnant *Calley* ihre Opfer zusammentrieb und dann erschoss.²²⁶⁵

Bei der Beurteilung dieses Geschehens konstatierte das amerikanische Militärgericht, die Rechtswidrigkeit eines Befehls bedeute nicht zwangsläufig, dass der

2263 Vgl. *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 120.

2264 Ein Interview mit einem beteiligten Soldaten über den Hergang findet sich bei *Milgram Experiment*, S. 211 ff.

2265 Zu den Einzelheiten dieses Vorfalls vgl. *Addicott/Hudson* MLR 1993 (Summer), 153, 156 ff. m.w.N.; *Cooper* MLR 59 (1973), 93 ff. aus verfahrensrechtlicher Sicht.

Soldat, der ihn befolgt, strafrechtlich verantwortlich sei.²²⁶⁶ Soldaten seien ausgebildet, Befehlen zu gehorchen; dies gelte insbesondere für solche Anweisungen, die ihnen während eines Kampfeinsatzes erteilt werden. Militärische Effektivität basiere auf Gehorsam. Dennoch dürfe der Gehorsam eines Soldaten kein Automatismus sein; der Soldat sei ein denkender Befehlsempfänger, also eine Person, und keine Maschine. Beide Aspekte des soldatischen Gehorsams müsse das Recht berücksichtigen, wenn es die strafrechtliche Verantwortlichkeit beurteile. Handlungen, die ein Untergebener in dem Bestreben begehe, einen rechtmäßigen Befehl auszuführen, könnten daher grundsätzlich nicht strafrechtlich geahndet werden. Anders sei dies nur, wenn der Untergebene weiß oder ein Mensch mit durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten unter den gegebenen Umständen erkannt hätte, dass der fragliche Befehl rechtswidrig sei.²²⁶⁷ Daher kam das Militärttribunal zu dem Ergebnis, dass *Calley*, selbst wenn er tatsächlich den Befehl erhalten habe und ausführen wollte, „*kein lebendes Wesen zurück zu lassen*“, strafrechtlich verantwortlich gewesen sei, weil er die Rechtswidrigkeit eines solchen Befehls hätte erkennen müssen.

Hauptmann *Ernest Medina*, der an der Leitung des Einsatzes in Mŷ Lai beteiligt war, wurde vom Militärgericht wegen des Mordes an mehr als einhundert Menschen angeklagt. Ihm wurde von der Anklage unter anderem vorgeworfen, seinen Untergebenen die Tötung von Zivilisten in Mŷ Lai erlaubt, zumindest aber die Verbrechen nicht unterbunden zu haben. In diesem Zusammenhang führte die Anklage aus, ein militärischer Kommandeur trage jederzeit die vollständige und umfassende Verantwortung für alle Handlungen seiner Einheit. Er allein sei verantwortlich für alles, was seine Einheit tue oder unterlasse. Diese Verantwortlichkeit für kriminelle Handlungen seiner Untergebenen ergebe sich aus der Befehlsgewalt, soweit der Kommandeur wissentlich an dem kriminellen Geschehen teilnehme, wissentlich nicht einschreite oder die Verbrechen nicht verhindere, obwohl ihm dies möglich ist. Außerdem sei der Befehlshaber für von seiner Einheit begangene Verbrechen verantwortlich, wenn er weiß oder – insbesondere aufgrund von Berichten – wissen muss, dass seine Truppen oder andere Personen unter seinem Befehl im Begriff sind, Kriegsverbrechen zu begehen oder diese begangen haben und er die notwendigen Schritte unterlässt, um für die Verhinderung bevorstehender oder künftiger Taten und die Bestrafung der Täter bereits begangener Taten Sorge zu tragen.²²⁶⁸ Die Jury entschied jedoch für *Medina*, dass ihm eine entsprechende Verletzung seiner Pflichten nicht vorzuwerfen, er daher nicht schuldig sei.

2266 Vgl. auch *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 40.

2267 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 125.

2268 *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 132 ff.; vgl. auch *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 40.

c) Massaker von Sabra und Schatila (1982)

Nachdem im Jahr 1982 der Präsident des Libanons, Bachir Gemayels, einem Attentat zum Opfer gefallen war, kam es in den Flüchtlingslagern Sabra und Schatila im Libanon zu Massakern, bei denen mehrere Hundert, möglicherweise auch Tausende Zivilisten getötet wurden. Diese Morde wurden von den Angehörigen der christlich-libanesischen Phalange-Milizen begangen. Die israelische Armee wurde mit dem Geschehen zwar in Verbindung gebracht, ohne dass aber eine Urheberschaft nachzuweisen gewesen wäre.

Israel setzte eine Untersuchungskommission (*Kahan-Kommission*) ein, die mit hochrangigen israelischen Richtern und Militärs besetzt war. Sie kam im *Kahan-Report*²²⁶⁹ zu dem Ergebnis, die Entscheidung der israelischen Politiker und Militärs, den Phalange-Milizionären das Betreten der Flüchtlingslager zu erlauben, habe die Pflicht mit sich gebracht, sowohl die Handlungen der Phalange genau zu überwachen, als auch die Flüchtlinge gegen eventuelle Übergriffe zu schützen. Damit geht die Kommission insofern über die bisherigen Grenzen der command responsibility hinaus, als sie kommandierende Offiziere nicht ausschließlich für die Handlungen von ihnen auch formell unterstellten Tätern verantwortlich macht, sondern die Verantwortlichkeit auch über die formale Struktur hinaus ausdehnt und auf die effektive Kontrollmöglichkeit abstellt. Die Kommission warf dem damaligen israelischen Verteidigungsminister Ariel Sharon sowie dem Generalleutnant Rafael Eitan schwere Verletzungen ihrer Dienstpflichten vor und bereitete so mit einem weiteren Urteil den Weg für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von zivilen Führungspersönlichkeiten für Kriegsverbrechen.²²⁷⁰ Zwar habe es vor dem bevorstehenden Massaker keine ausdrücklichen Warnungen durch die Geheimdienste gegeben, aber im Hinblick auf den Hass der Phalangisten auf die Palästinenser, ihre „Kampfethik“ und die von ihnen verfolgten Ziele sei eine Begehung von Verbrechen absehbar gewesen, zumal es hinsichtlich der vorherigen Ermordung des libanesischen Präsidenten zu Verdächtigungen über die Beteiligung von Palästinensern an dieser Tat gekommen war. Die Kommission konstatiert, es seien keine „hellseherischen Fähigkeiten“ erforderlich gewesen, um in dieser Situation die Gefahr eines Massakers zu erkennen, wenn man den Kämpfern der Phalangisten ohne Überwachung den Zutritt zu diesen Lagern gewähre.²²⁷¹ Eine strafrechtliche Verurteilung erfolgte jedoch nicht, so dass die juristische Bedeutung der Feststellungen der Kommission beschränkt

2269 Abgedruckt bei International Legal Materials, Vol. 22, No. 3, May 1983, S. 473 ff.

2270 International Legal Materials, Vol. 22, No. 3, May 1983, S. 502 ff., S. 32 ff. des Reports; vgl. auch Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 43.

2271 International Legal Materials, Vol. 22, No. 3, May 1983, S. 502, S. 32 des Reports.

blieb;²²⁷² sie wurde dennoch später vom Internationalen Gerichtshof für das ehemalige Jugoslawien rezipiert.²²⁷³

Aus dieser Entscheidung lässt sich ein Element der Vorgesetztenverantwortlichkeit herauskristallisieren, das bereits in den vorhergehenden Ausführungen auch zum Militär-, Amtsträger- und Völkerstrafrecht erhebliche Bedeutung erlangt hat: der Aspekt des Ausgeliefertseins. Die Untersuchungskommission stellte nämlich nicht fest, dass die Pflichtverletzung im Erteilen der Zugangsgenehmigung gelegen habe, die letztlich zu der Begehung der Verbrechen durch die unmittelbaren Täter führte. Vielmehr betont das Ergebnis der Untersuchung, die Pflichtverletzung liege darin, dass die Handlungen der Phalange-Milizionäre nicht überwacht und die Flüchtlinge nicht davor geschützt wurden, verbrecherischer Angriffe dieser Täter zum Opfer zu fallen. Es bleibt zwar die Frage offen, wie die Kommission die Verantwortlichkeit nach deutschen strafrechtsdogmatischen Kategorien beurteilt hätte, aber die Linie der Entscheidung ist deutlich: Durch die Gewährung des Zutritts zu dem Lager hatten die verantwortlichen Politiker und Militärs eine Gefahr geschaffen, die sie zu beobachten und deren Umschlagen in einen Schaden sie zu vermeiden hatten; letztlich handelt es sich nach der Diktion des deutschen Strafrechts um eine Garantenstellung aus vorangegangener Gefahrschaffung.

d) Somalia-Affäre

Ab 1992 nahm eine Einheit der kanadischen Luftwaffe an der UN-Friedensmission (UNOSOM II) aufgrund der Resolution Nr. 814 des UN-Sicherheitsrats teil. Im Rahmen der Mission entwickelte sich der Diebstahl von Ausrüstungsgegenständen der kanadischen Einheiten zu einem immer größeren Problem. In diesem Zusammenhang soll Major *Anthony Seward* den Befehl erteilt haben, Somalier, die im Militärlager aufgegriffen würden, sollten misshandelt werden. Der unbewaffnete Somalier *Shidane Abukar Arone* wurde am 16. März 1993 im Lager angetroffen, in einen Bunker gebracht und dort von zwei kanadischen Soldaten so schwer misshandelt, dass er an den dabei erlittenen Verletzungen verstarb.²²⁷⁴

Während die unmittelbaren Täter wegen der Tötung verurteilt wurden, waren sieben vorgesetzte Soldaten unter anderem wegen der Verletzung ihrer Aufsichtspflichten angeklagt. Der Unteroffizier, der einen der Täter als Wache abkommandiert und ihn lediglich angewiesen hatte, den Gefangenen nicht zu töten, wurde wegen der Verletzung seiner Aufsichtspflicht verurteilt, weil er sich bewusst gegen die Erkenntnis gesperrt habe, dass sein Untergebener den Gefange-

2272 *Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 142 ff.*

2273 JStGH, Urt. v. 3.3.2000 - IT-96-14-T (*Blaškić*) § 331.

2274 Vgl. *Razack Dark threats and white knights*, S. 4f., 87ff.; *Hendin ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003)*, Nr. 174 f.

nen folterte. Ebenso wurde ein beteiligter Hauptmann wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht und der Beeinträchtigung der Truppendisziplin verurteilt. Der hochrangigste beteiligte Offizier war *Seward*; ihm wurde vorgeworfen, den allgemeinen Befehl zur Misshandlung von somalischen Gefangenen erteilt zu haben. Außerdem wurde auch ihm die Verletzung seiner Aufsichtspflicht über seine Untergebenen vorgeworfen.²²⁷⁵ Dabei wurde insbesondere darauf abgestellt, dass er im Hinblick auf den Tod von *Arone* eine sehr gefährliche Anweisung erteilt habe, als er die Misshandlung von Gefangenen anordnete. Das Gericht hielt *Seward* vor, dass kommandierende Offiziere eine große Verantwortung tragen und bei der Wahrnehmung der Aufsicht über ihre Untergebenen hohen Pflichtanforderungen entsprechen müssen. Soweit es innerhalb des Kommandos Probleme mit der Moral und der Disziplin gebe, müsse der Vorgesetzte besondere Vorsicht bei der Erteilung von potenziell gefährlichen Befehlen walten lassen.²²⁷⁶

5. Fazit zur superior responsibility nach der völkerstrafrechtlichen Judikatur zur Aufarbeitung der Weltkriege

Bereits die internationalen und nationalen Gerichte, die die Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht im Zweiten Weltkrieg aufarbeiten sollten, haben also die Frage geklärt, dass eine Verantwortlichkeit von Vorgesetzten grundsätzlich bestehen kann. Darüber hinaus wurden in weitem Umfang Kriterien für die Umschreibung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit entwickelt, die später regelmäßig von den Ad-hoc-Gerichten herangezogen werden. Diese betreffen die grundsätzliche Haftung von militärischen und nichtmilitärischen Vorgesetzten ebenso wie den Umstand, dass nicht nur die Nichtverhinderung von Verbrechen, sondern auch die Nichtsanktionierung zur Verantwortlichkeit führen kann. Auch wenn die Voraussetzungen der strafrechtlichen Haftung nicht stets gleichartig bestimmt worden sind und auch politisch motivierte Entscheidungen getroffen wurden, die das Bild verzerrten, so gelingt es zumindest, ein Grundgerüst der superior responsibility zu errichten, an dem eine Orientierung stattfinden kann.

Eine Frage wurde dagegen nur am Rande erörtert, geschweige denn geklärt: die Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit als solcher. Diese Frage wurde im Allgemeinen durch die zutreffende, aber ohne hinreichende Darlegung ausgesprochene Behauptung einer Abwendungspflicht beantwortet. Die Pflicht des Vorgesetzten, zu verhindern und zu bestrafen, wurde lediglich vorausgesetzt, nicht aber gerechtfertigt.²²⁷⁷ Andeutungen zur materiellen Legitimation der Vor-

2275 Vgl. hierzu Vol. 1 of the report of the Somalia Commission of Inquiry, abrufbar unter <http://nkitson.files.wordpress.com/2010/01/somalia-inquiry-report1.pdf> (2.1.2015).

2276 *Hendin ELaw* Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 178.

2277 Vgl. *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 190 f.

gesetztenverantwortlichkeit als strafrechtlicher Haftungsform finden sich lediglich in der Judikatur des IMTFE, soweit dieses auf die Obhutspflichten des Offiziers über Gefangene oder die Übernahme von staatlichen Pflichten durch Politiker hinweist. Ausdrücklich angesprochen und eingehend erörtert wird diese elementare Frage, die sowohl die dogmatische Stellung der superior responsibility als auch ihre Gewichtung betrifft, jedoch – soweit ersichtlich – nicht.

IV. Superior responsibility im geschriebenen Völkerrecht und in der neueren Judikatur der internationalen Strafgerichtshöfe

In den zuvor beschriebenen Urteilen internationaler und nationaler Militärgesetzte und Kommissionen wurde zur Begründung einer stets für gegeben, für selbstverständlich gehaltenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und politischer Entscheidungsträger auf allgemeine Erwägungen abgestellt, um die Voraussetzungen und die Reichweite der superior responsibility zu bestimmen: das Innehabens einer Obhutsstellung über Kriegsgefangene, die Delegation der Erfüllung von Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte oder die Schaffung oder Intensivierung einer Gefahrenlage durch ein Vorverhalten. Auf geschriebenes, also durch völkerrechtlichen Vertrag oder auf andere Weise positiviertes Völkerrecht konnten sich die Richter lediglich in der Somalia-Affäre berufen, wenn sie eine Vorgesetztenverantwortlichkeit bejahten und Militärs, Politiker oder Unternehmer wegen der Verbrechen, die ihre Untergebenen begangen hatten, zu Verantwortlichen erklärt. Damit war die Entwicklung der superior responsibility ein Prozess, der zumindest in seinen wesentlichen Zügen in der nationalen und internationalen Judikatur stattgefunden hat. Doch zum Ende des 20. Jahrhunderts hin begann im Völkerrecht insofern eine neue Entwicklung, als sich zunächst im Völkervertragsrecht und in dem durch Beschlüsse des Sicherheitsrates gesetzten Recht der Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe relativ klare und weitreichende Aussagen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit finden. Ob es sich bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit um eine „originär völkerstrafrechtliche Rechtsschöpfung“ handelt,²²⁷⁸ kann man im Hinblick auf die dargelegten Wurzeln einer nationalen Vorgesetztenverantwortlichkeit zumindest im Preußischen Allgemeinen Landrecht und im US-amerikanischen Strafrecht des 19. Jahrhunderts mit guten Argumenten bezweifeln; außer Frage steht jedoch, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit in keinem anderen Bereich bislang eine so entscheidende und prägende Rolle gespielt hat wie im internationalen Völkerstrafrecht.

2278 So die herrschende Ansicht, etwa Ambos Der Allgemeine Teil, S. 667 m.w.N.; Küper GA 2010, 598; Werle Völkerstrafrecht Rn. 538.

1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen

Auch schon vor 1977 beinhalteten völkerrechtliche Verträge Hinweise auf eine individuelle Verantwortlichkeit von Vorgesetzten, so etwa in der Beilage zum *Haager Reglement betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges von 1899*. Dessen Art. 1 Nr. 1 macht die Anwendung der Vertragsvorgaben auf eine Einheit von Kämpfenden von der Bedingung abhängig, dass jemand an ihrer Spitze steht, der für das Verhalten seiner Untergebenen verantwortlich ist.²²⁷⁹ In völkerrechtlicher Hinsicht ist damit die Vorgesetztenverantwortung ein statuierendes Element einer jeden militärischen Einheit.²²⁸⁰ Im Hinblick auf die Gefahren, die von bewaffneten Einheiten ausgehen, erscheint dies nicht nur folgerichtig, sondern zwingend. Ein Staat im herkömmlichen Sinne, der also die *jellinekschen* Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt aufweist,²²⁸¹ kann eine Ausübung militärischer Gewalt ohne Verantwortlichkeit einer militärischen Führung nicht dulden, weil sie letztlich einen Verzicht auf das staatliche Gewaltmonopol und damit auf die Ausübung von Staatsgewalt bedeuten würde.²²⁸² Doch gibt diese Anerkennung von Führungsverantwortlichkeit durch das Haager Recht noch keine Details dahin gehend vor, wie diese Verantwortung durch den Vorgesetzten umgesetzt werden muss.

a) Grundlagen der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem Genfer Recht²²⁸³

Einen ersten Umsetzungsansatz im völkerrechtlichen Vereinbarungen findet die superior responsibility im Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Zusatzprotokoll I – ZP I) vom 8. Juni 1977.²²⁸⁴ Auf diesen Regelungen, die als Formulierung der im Völkerstrafrecht entwickelten Grundlinien betrachtet werden²²⁸⁵ und die auch eine Kodifizierung der Judikatur von Nürnberg und Tokio darstellen, beruhen im Wesentlichen alle späteren vertraglichen und sonstigen

²²⁷⁹ Vgl. *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 10; ferner *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 86.

²²⁸⁰ Vgl. auch *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3549.

²²⁸¹ Vgl. hierzu im Einzelnen *Jellinek Allgemeine Staatslehre*, S. 183, 395 ff.; zur Kritik *Kettler Die Dreielemente-Lehre*, 1995, passim.

²²⁸² Vgl. auch *Jellinek Allgemeine Staatslehre*, S. 431; ferner zur Bedeutung des Gewaltmonopols für die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates *BVerfG*, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 zitiert nach *juris*.

²²⁸³ Der Begriff des Genfer Rechts wird hier in dem Sinne verwendet, dass die vier Genfer Abkommen vom 12.8.1949 (BGBl. 1954 II, S. 781 ff.) sowie das Zusatzprotokoll vom 8.6.1977 (BGBl. 1990 II, S. 1550, 1551) darunter verstanden werden.

²²⁸⁴ Der Text ist in englischer, französischer und deutscher Sprache in BGBl. II 1990, 1551 ff. abgedruckt; zum Anwendungsbereich u.a. *Thym DÖV* 2010, 620, 621 f.; vgl. ferner *Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, S. 34 f.; vgl. auch *JStGH*, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 340.

²²⁸⁵ Vgl. *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 44.

gen völkerrechtlichen Vorgaben für die Vorgesetztenverantwortlichkeit,²²⁸⁶ wenn auch mittlerweile unstreitig sein dürfte, dass die Regeln der superior responsibility auch auf bewaffnete Konflikte anzuwenden sind, die intranational ausgetragen werden.²²⁸⁷

In Art. 86 Abs. 1 ZP I ist festgelegt, dass die Hohen Vertragsparteien und die an einem Konflikt beteiligten Parteien schwere Verletzungen – sogenannte *grave breaches* im Sinne von Art. 85 ZP I – des Abkommens oder der Protokolle ahnden und die erforderlichen Maßnahmen treffen, um solche und auch andere Verletzungen des Vertrages zu unterbinden, die sich aus einer Unterlassung ergeben, soweit eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Damit verpflichten sich die Parteien zur strafrechtlichen Verfolgung schwerer Verletzungen des Genfer Kriegsvölkerrechts. Zudem wird in Art. 86 Abs. 2 ZP I eine Regelung für die Vorgesetztenverantwortlichkeit getroffen, die vorsieht, dass im Falle der verantwortlichen Begehung eines Bruchs des Vertragsrechts durch einen Untergebenen dessen Vorgesetzter nicht der strafrechtlichen oder disziplinarischen Verantwortlichkeit für das begangene Verbrechen enthoben ist, soweit der Vorgesetzte wusste oder unter den gegebenen Umständen und aufgrund der ihm vorliegenden Informationen darauf hätte schließen können, dass der Untergebene einen Bruch des Vertragsrechts beging oder begehen würde, und der Vorgesetzte nicht alle in seiner Macht stehenden, im Einzelfall möglichen Maßnahmen getroffen hat, um das Verbrechen zu verhindern oder zu ahnden.

Dabei soll Art. 86 ZP I wohl nur die Vertragsverletzung durch Unterlassen erfassen.²²⁸⁸ In der Kommentierung zum ZP I wird auf Art. 13 der Dritten Genfer Konvention²²⁸⁹ Bezug genommen; dort ist bereits ausgeführt, dass unrechtmäßiges Handeln oder Unterlassen, das zur Tötung oder schweren Verletzung eines Gefangeneng führt, als schwerer Vertragsbruch angesehen wird.²²⁹⁰ In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die Wichtigkeit einer Unterlassungshaftung der Vertragsstaaten hingewiesen, weil es wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle ein Unterlassen sei, das zur Verursachung von Unrecht führe.²²⁹¹ Zudem wird betont, dass jeder Bruch des Vertrages ohne Weiteres auch durch Pflichtverletzungen verursacht werden kann, die aus einem „Nichthandeln“ resultieren.²²⁹² Aber ein solches Nichthandeln könnte nur dann Verantwortlichkeit begründen, wenn eine entsprechende Handlungspflicht bestanden hat; diese ergebe sich aus

2286 Vgl. RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-A (*Musema*) § 128; Urt. v. 1.12. 2003, ICTR-98-44A-T (*Kajelijeli*) § 770.

2287 So Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 57.

2288 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3524; vgl. auch *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 17.

2289 Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949.

2290 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3525 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der Tribunale nach dem Zweiten Weltkrieg sowie auf Art. 129 der Dritten Genfer Konvention.

2291 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3529.

2292 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3535 f.

dem nationalen Recht. Das führe dazu, dass das humanitäre Völkerrecht keine Handlungspflichten begründen, sondern lediglich die Auslegung und damit die konkrete Ausgestaltung der durch das nationale Recht begründeten Pflichten für militärische und zivile Entscheidungsträger vorgeben könne.²²⁹³ Dieser Bezug auf das innerstaatliche Recht als Basis der superior responsibility wird damit begründet, dass dem Vorgesetzten nur diejenigen Maßnahmen abverlangt werden könnten, zu denen er nach nationalem Recht verpflichtet sei; die Handlungspflicht eines Angeklagten müsse im Lichte der Macht und der Pflichten ausgelegt werden, die ihm unter seiner eigenen nationalen Gesetzgebung zugewiesen sind.²²⁹⁴ Danach begründet das Genfer Recht die Pflicht der Signatarstaaten, diese Handlungspflichten für Vorgesetzte einschließlich strafrechtlicher Sanktionsmaßnahmen für grave breaches oder core crimes²²⁹⁵ nach innerstaatlichem Recht zu schaffen.²²⁹⁶

b) Rechtfertigung und Reichweite der command responsibility nach dem Genfer Recht

Eine Beschreibung der Pflichten, die den militärischen Befehlshabern in diesem Zusammenhang aufzuerlegen sind, um Brüche des Genfer Abkommens und seiner Protokolle zu verhindern, erfolgt in Art. 87 ZP I, der in Absatz 1 die Pflicht der Vertragsparteien ausspricht, ihre jeweiligen militärischen Führer zur Verhinderung von Brüchen des Abkommens und der Zusatzprotokolle durch Untergebene zu verhindern. Mit Absatz 2 verpflichten sich die Vertragsstaaten, ihren militärischen Befehlshabern aufzuerlegen, dass diese eine hinreichende Information – im Sinne von Schulungen – der ihnen unterstellten Angehörigen der Streitkräfte über die Pflichten aus dem Abkommen und den Zusatzprotokollen sicherstellen. Art. 87 Abs. 3 ZP I verlangt schließlich von den Vertragsparteien, ihre Militärführer zu verpflichten, Brüche des Abkommens oder Zusatzprotokolls disziplinar- oder strafrechtlich zu verfolgen.²²⁹⁷

Damit greift das Zusatzprotokoll die Ansätze auf, die bereits in der Rechtsprechung der internationalen Militärtribunale zur Aufarbeitung der Verbrechen des Zweiten Weltkrieges anerkannt waren: Der Befehlshaber – dies gilt grundsätzlich für unmittelbare Befehlshaber kleiner Truppenteile ebenso wie für Kommandeure ganzer Armeen – hat Verbrechen, die für ihn erkennbar bevorstehen, zu verhindern. Zudem hat er bereits begangene Taten, die er nicht unterbinden konnte, zu sanktionieren. Die Begründung dieser strengen vertraglichen Pflicht zur In-

2293 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3557.

2294 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3558; krit. Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 188.

2295 Zu diesem Begriff Ambos in: MüKo-StGB, § 1 VStGB Rn. 1, 8; ders. NStZ 2006, 434.

2296 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3558 f.

2297 Vgl. im Einzelnen Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 35 f.

pflichtnahme ihrer militärischen Befehlshaber lässt sich nicht unmittelbar aus dem Zusatzprotokoll entnehmen, aber die Konzeption der externen Pflicht zur internen Verpflichtung legt es nahe, dass Art. 87 ZP I dem Gedanken der Delegation folgt, der auch in der Judikatur des IMTFE dargelegt worden ist. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit basiert nach diesem Ansatz aus der tatsächlichen Übernahme der grundsätzlich dem Signatarstaat obliegenden Erfüllung völkerrechtlicher Vertragspflichten zur ordnungsgemäßen Kriegsführung durch den vorgesetzten Offizier.

Die Vereinbarungen über die Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 86 f. ZP I, die nach herrschender Auffassung – allerdings ohne Begründung – nicht nur die Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber betrifft, sondern grundsätzlich auch auf nichtmilitärische Vorgesetzte angewandt werden kann,²²⁹⁸ so weit der sachliche Geltungsbereich der Regelung berührt ist,²²⁹⁹ stellte das Vorbild für die Entwürfe weiterer vertraglicher Vereinbarungen zur superior responsibility dar. So orientieren sich sowohl die Entwürfe der *International Law Commission* (ILC) zu einem „*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*“²³⁰⁰ als auch der sogenannte Siracusa-Entwurf²³⁰¹ an Art. 86 ZP I.²³⁰²

Aber die Strafbarkeit auch ziviler Vorgesetzter wegen Verstößen gegen das Völkerstrafrecht durch Untergebene stellt die Argumentation, der Vorgesetztenverantwortlichkeit liege eine strafrechtliche Haftung aus Delegation zugrunde, vor ernsthafte Schwierigkeiten. Einen Beamten wird man noch als Empfänger staatlicher Delegation und damit als durch die tatsächliche Übernahme der Erfüllung von staatlichen Vertragspflichten ansehen dürfen, weil er in den staatlichen Hoheitsbereich eingegliedert ist. Für einen Privatunternehmer dürfte dies kaum gelten können. Jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen Unternehmer vor Militärtribunalen wegen Völkerrechtsverbrechen angeklagt worden waren, ein sehr enger Zusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und den Verbrechen bestanden hat. So wurde im Krupp-Verfahren der Vorwurf erhoben, die Angeklagten hätten an der Deportation und Verwendung von ausländischen Staatsbürgern zur Zwangsarbeit mitgewirkt. Da bereits das Verschleppen von Bürgern aus ihrer jeweiligen Heimat zur Arbeit im Ausland

2298 Vgl. hierzu Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 188 m.w.N.

2299 Vgl. Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 35 ff. m.w.N.

2300 Art. 6, der die Überschrift „*Responsibility of the superior*“ trägt, lautet in der Fassung von 1996: “*The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime.*” abrufbar unter: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf (Stand 2.1.2015).

2301 Vgl. hierzu Folnovic Aspekte 2007, S. 133.

2302 Vgl. zu den Einzelheiten Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 36 f.

ohne staatliches Handeln nicht möglich war, den privaten Unternehmern also vorgeworfen wurde, sie hätten sich in die staatlichen Verbrechen einbinden lassen, liegt die Vergleichbarkeit mit dem unmittelbaren Staatsdiener nicht fern. Man kann hier durchaus annehmen, dass der Unternehmer durch diese Mitwirkung an staatlichen Handlungen auch zum Delegationsempfänger und damit im Sinne der Vorgesetztenverantwortlichkeit verpflichtet wurde. Ein relevanter Bezug zwischen privatem Betriebsinhaber als Vorgesetztem und hoheitlicher Tätigkeit bestand auch darin, dass die angeklagten Unternehmer Zwangsarbeiter zur Herstellung von Kriegsmaterial heranzogen. Allein diese Verwendung von Kriegsgefangenen zu einer Arbeit, die in unmittelbarer Beziehung zu den Kampfoperationen steht, stellt bereits einen Bruch des Genfer Rechts dar.²³⁰³

In diesen Fällen entsteht bereits durch die Beziehung zwischen der unternehmerischen Tätigkeit auf dem Rüstungssektor und der völkerrechtlich gefährlichen bewaffneten Auseinandersetzung eine spezifische Risikobeziehung zwischen dem Unternehmen und den staatlichen Vertragspflichten aus dem Völkerrecht. Der Inhaber eines Rüstungsunternehmens – das er ohne staatliche Billigung ohnehin nicht betreiben darf – übernimmt tatsächlich in ähnlicher Weise wie der militärische Befehlshaber mit der Aufgabe auch die völkerrechtliche Pflicht des Staates wahr, hier die Verpflichtung, Kriegsgefangene nicht zur Arbeit in kriegsrelevanten Produktionsbereichen zu zwingen. In diesem Bereich stellt der Unternehmensinhaber mit dem Betrieb seiner Rüstungsproduktion die eigentliche Gefahrenquelle her und beherrscht sie: Er lässt sie durch seine Vertragsbeziehung zum völkerrechtlich pflichtigen Staat zum Risikofaktor im Sinne der spezifischen Vertragspflichten des Staates werden. Insofern kann von einer Delegation durch Vertragsschluss in besonderen Gefahrenbereichen ausgegangen werden. Das macht jedoch deutlich, dass es auch hier weniger um die Delegation als solche geht, als vielmehr um die Beherrschung von Gefahrenquellen, die die Produktion von – im Hinblick auf die staatlichen Vertragspflichten – gefährlichen Gütern betreffen.

Auf diesen Erwägungen zur Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auch im Bereich der Privatwirtschaft aufbauend, ist bereits an dieser Stelle eine typisierende Einschränkung der strengen Haftung des Betriebsinhabers im Vergleich zum staatlichen Vorgesetzten zu konstatieren: Zwar haften private und staatliche Vorgesetzte gleichermaßen im Rahmen der zur Erfüllung übernommenen Aufgaben für Verbrechen der durch sie gelenkten Weisungsempfänger; während aber der militärische Befehlshaber für jedes völkerrechtliche Verbrechen Untergebener strafrechtlich verantwortlich ist, unabhängig davon welche Rechtsgüter betroffen sind, haftet die Betriebsinhaber – ebenso wie bei § 130 OWiG – nur für unternehmensbezogene und vor allem risikospezifische Verbrechen. Der

2303 United Nations War Crimes Commission, Vol. X, S. 54.

militärische Befehlshaber haftet für das ordnungsgemäße Verhalten seiner Untergaben; der Amtsträger haftet für das dienstlich korrekte Verhalten der ihm nachgeordneten Amtsträger; der Betriebsinhaber haftet – aufgrund der hier zugrunde gelegten Haftungslegitimation – allein dafür, dass sich das unternehmensbezogene spezifisch völkerstrafrechtliche Risiko durch das Fehlverhalten der seinen Weisungen unterworfenen Personen nicht realisiert.²³⁰⁴

c) Detailaussagen zur superior responsibility nach dem Genfer Recht

Die superior responsibility nach dem Genfer Recht ist an drei Voraussetzungen geknüpft: Es muss erstens ein Vorgesetztenverhältnis im Sinne einer Über-Unterordnungsbeziehung bestehen („*his superiors*“). Zweitens muss der Vorgesetzte gewusst haben oder Informationen gehabt haben, die ihn nach den konkreten Umständen in die Lage versetzt haben sollten, festzustellen, dass ein Verbrechen begangen worden oder in der Begehung begriffen ist. Die dritte Voraussetzung ist das Nichtergehen von Maßnahmen, die erforderlich gewesen wären, um die Tat zu verhindern oder zu sanktionieren und die dem Vorgesetzten auch zur Verfügung gestanden hätten.²³⁰⁵

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung, der Vorgesetztenstellung wird angenommen, dass hier nicht allein der Blick auf die formelle Eigenschaft als Befehlshaber maßgeblich sei, sondern dem Begriff des *Vorgesetzten* ein materieller Hierarchiebegriff zugrunde liege, der auf dem Element der Kontrolle basiere. Es kommt damit weniger auf die formelle Stellung als mehr auf die tatsächliche Steuerungsgewalt an.²³⁰⁶ Dabei bezieht sich die Vorgesetztenstellung des Kommandeurs nach Art. 87 Abs. 1 ZP I nicht allein auf „seine Soldaten“, sondern auch auf andere Personen, die unter seiner Kontrolle stehen; dies können etwa Zivilpersonen in einem besetzten Gebiet sein. Der Vorgesetzte hat auch Verbrechen gegen das Genfer Recht die durch solche Personen drohen, zum Beispiel durch Pogrome gegen Minderheiten oder die Misshandlung von Gefangenen, zu unterbinden und gegebenenfalls zu sanktionieren.²³⁰⁷

Die zweite Voraussetzung bereitet deutlich größere Schwierigkeiten; unproblematisch sei zwar der Fall, in dem der Vorgesetzte positive Kenntnis von der Tatbegehung habe; problematisch sei jedoch die Klausel, nach der der Vorgesetzte, der Informationen hat, die ihn zum Erkennen des Verbrechens befähigt hätten, verantwortlich ist.²³⁰⁸ Denn hier bestehen bereits Differenzen zwischen der englischen („*should have enabled*“) und der französischen („*le permettant de conclure*“)

2304 Vgl. hierzu insbesondere Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 11.

2305 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3543.

2306 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3544.

2307 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3555.

2308 De Preux in: AP I-Commentary Rn. 3545.

re“) Fassung.²³⁰⁹ *De Preux* gibt der französischen Fassung aufgrund der größeren Sachgerechtigkeit und im Sinne der Ziele des Vertrages den Vorzug und kommt auch unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung in der Geisel-Entscheidung und im Yamashita-Urteil zu dem Ergebnis, der Vorgesetzte sei mit der Verteidigung des Nichtwissens ausgeschlossen, wenn er Berichte ignoriert hat, die auf schwere Straftaten hinweisen oder sich zur Zeit der Tatbegehung nicht vor Ort aufgehalten habe. Hier müsse jeder Einzelfall insofern überprüft und umfassend bewertet werden. In diesem Zusammenhang wird betont, es obliege dem Vorgesetzten aufgrund seiner Kontrollmacht, stets über die Art und Weise der Ausführung von Befehlen informiert zu sein.²³¹⁰

Der dritte Aspekt ist – nach deutscher Diktion – die eigentliche Tathandlung, die Unterlassung der erforderlichen Maßnahmen durch den aufgrund seiner Kenntnis oder des Kennen-Müssens handlungsfähigen unmittelbaren, aber auch mittelbaren Vorgesetzten. Als erforderliche Maßnahmen sind nach Art. 86 f. ZP I sowohl präventive als auch repressive Maßnahmen anzusehen, die ebenfalls im Einzelfall zu bestimmen sind.²³¹¹ Den Vertragsparteien des ZP I war es bewusst, dass es einem Kommandeur während einer laufenden militärischen Operation nicht immer möglich ist, seine Truppen jederzeit unmittelbar zu kontrollieren und zu beaufsichtigen, so dass in einigen Fällen Maßnahmen zur Verhinderung von Verbrechen kaum effektiv ausgeübt werden können. Dem Befehlshaber komme insofern jedoch die Aufgabe zu, diesen Mangel durch eine zur Vermeidung von Vertragsverletzungen hinreichende Disziplin im Sinne von Art. 43 ZP I auszugleichen.²³¹² Dabei können die Maßnahmen, die der einzelne Vorgesetzte zu ergreifen hat, sehr unterschiedlich sein; sie hängen von seiner konkreten Stellung ab.²³¹³ Ein Befehlshaber in besetzten Gebieten hat dort für Sicherheit und Ordnung zu sorgen und aus diesem Grund durchaus im Rahmen seiner Möglichkeiten alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um schwere Menschenrechtsverletzungen zwischen den Bewohnern dieser Gebiete zu verhindern oder Übergriffe zu sanktionieren.²³¹⁴ Zur Erfüllung der Aufgabe, die Verletzung des Genfer Rechts zu verhüten, haben sich die Vertragsparteien durch Art. 82 ZP I verpflichtet, ihren militärischen Befehlshaber juristische Ratgeber zur Seite zu stellen, die – soweit erforderlich – über die Rechtslage aufklären. Die Aufgabe, das erforderliche Wissen zur Beachtung der Vertragsvorgaben an die ausführenden Soldaten weiterzugeben, ist jedoch Aufgabe der vorgesetzten Soldaten selbst, die entweder regelmäßig oder auch vor Einsätzen auf die Notwendigkeit der Einhaltung dieser

2309 Vgl. hierzu auch *Feria Tinta* NILR 2000, 293, 318.

2310 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3545 ff. m.w.N.

2311 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3547 f.

2312 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3550.

2313 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3554.

2314 *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3555.

Regeln hinweisen müssen. Soweit möglich und nötig ist die Befolgung dieser Anweisungen zu überwachen. Art. 87 Abs. 3 ZP I verpflichtet den Vorgesetzten insbesondere dazu, die Kontrolle über die Waffen, die seine Truppe verwendet, auszuüben und deren „vernünftige“ Verwendung zu garantieren; dabei hat jeder Kommandeur nach seinen Möglichkeiten und Kräften zu handeln.²³¹⁵

Damit stellen die Vorschriften des ZP I einige Grundregeln auf, an denen sich die späteren Bestimmungen über die superior responsibility im Völkerstrafrecht orientieren konnten und orientiert haben. Aber die vertraglichen Vereinbarungen des Genfer Rechts beinhalten im Wesentlichen politische Kompromisse ohne klare Regelungen, insbesondere zum dogmatischen Standort der superior responsibility im System der Vorgesetztenverantwortlichkeit fehlt jede Vorgabe. Die Aufgabe einer Justierung der Vorgesetztenverantwortlichkeit war damit und ist zum Teil noch immer den internationalen Gerichten überlassen.²³¹⁶

2. Die superior responsibility in den Statuten der internationalen Ad-hoc-Gerichtshöfe

Auf den Vereinbarungen des ZP I basieren die Statuten für die Internationalen Strafgerichtshöfe, die besondere Bedeutung für die Entwicklung einer völkerstrafrechtlichen superior responsibility haben, weil sie das Genfer Recht fortentwickelt haben. Die in den Statuten enthaltenen Vorschriften regeln die Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern ausführlicher und in engerem Sachbezug zur strafrechtlichen Sanktionierung von spezifisch formulierten Verbrechen gegen das Völkerrecht. Damit sind diese Vorgaben aufgrund ihrer größeren Sachnähe für die Frage der Vorgesetztenverantwortlichkeit weitaus aussagekräftiger als die allgemeineren Aussagen des Genfer Rechts; zumal das ZP I nur für internationale bewaffnete Konflikte Geltung beanspruchen kann.²³¹⁷ Da die betreffenden Regelungen der Statuten auf Art. 86 ZP I aufbauen, wurden die Anmerkungen und Überlegungen zu diesen Vertragsklauseln von den Ad-hoc-Gerichtshöfen dennoch vielfach zur Auslegung der jeweiligen Vorschriften über die superior responsibility herangezogen.²³¹⁸

In diesem Zusammenhang kommt dem modernsten Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH),²³¹⁹ das auch Rom-Statut genannt wird, aus mehreren Gründen besondere Bedeutung zu. Zum Ersten wurde der IStGH durch einen völkerrechtlichen Vertrag konstituiert²³²⁰ und nicht, wie die Statuten der Ad-hoc-

2315 Vgl. *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3560 f.

2316 Vgl. *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 44.

2317 Vgl. nur *Thym*, DÖV 2010, 620, 621 f.

2318 Vgl. *Karsten* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 37 m.w.N.

2319 UN/Doc. A/CONF.183/9; BGBl II 2000, S. 1839; ILM 37 (1998) p. 1002.

2320 Das Rom-Statut wurde am 17. Juli 1998 von der UN-Bevollmächtigtenkonferenz angenommen und trat am 1. Juli 2002 in Kraft.

Gerichtshöfe, lediglich durch einen Beschluss des UN-Sicherheitsrates. Damit verfügt der von den Vereinten Nationen auch formell unabhängige IStGH über eine erheblich höhere Legitimation als die Ad-hoc-Gerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda und deren Statuten. Zum Zweiten geht Art. 28 IStGH-Statut, der unter der Überschrift „*Responsibility of commanders and other superiors*“ die Vorgesetztenverantwortlichkeit bestimmt, in deutlich detaillierterer Weise auf die einzelnen Voraussetzungen der strafrechtlichen Haftung Vorgesetzter ein und unterscheidet zwischen dem militärischen Befehlshaber (*military commander*) und dem sonstigen Vorgesetzten (*superior*). Daher kann die Vorgesetztenverantwortlichkeit, wie sie im Rom-Statut beschrieben ist, als diejenige bezeichnet werden, die am exaktesten dem aktuellen Stand des Völkerrechts entspricht und somit der primäre Maßstab dessen ist, was als völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit bezeichnet werden kann.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Vorgängerregelungen, die in den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe enthalten sind, keine aktuelle Bedeutung mehr haben; vielmehr sind sie und die zu ihnen ergangene Rechtsprechung zum einen die materielle Grundlage von Art. 28 IStGH-Statut, und zum anderen ergeht bis voraussichtlich 2016 auch weiterhin Rechtsprechung zu diesen Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe, die ihrerseits vom Rom-Statut nicht unbeeinflusst bleiben kann, so dass stets eine gewisse Synergiewirkung zwischen den einzelnen Regelungen und auch der Judikatur der einzelnen Gerichte stattfindet. Daher ist es sinnvoll, zunächst auf die Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit nach den Statuten des *Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien* (JStGH)²³²¹ und des *Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda* (RStGH)²³²² einzugehen. Dabei kann im vorliegenden Zusammenhang keine eingehende Analyse der Judikatur der jeweiligen Ad-hoc-Gerichte erfolgen, da diese erst kürzlich, soweit sie für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist, von *Burghardt*²³²³ und *Karsten*²³²⁴ schon geleistet worden ist und hier insoweit nur rezipiert werden muss.

Um sich dem Verantwortlichkeitsbegriff des IStGH-Statuts als aktuellen Stand des Völkerstrafrechts zu nähern, soll hier zunächst die Statuierung der strafrechtlichen Haftung des Vorgesetzten im JStGH- und RStGH-Statut kurz dargestellt und der Versuch einer strafrechtsdogmatischen Einordnung dieser Regelungen nach Kategorien des Strafrechts des deutschsprachigen Raums unternommen werden. Eine exakte strafrechtsdogmatische Einordnung wird hier zwar nicht ge-

2321 Dieser internationale Ad-hoc-Gerichtshof wurde am 25. Mai 1993 durch die Resolution 827 (S/RES/827 [1993]) des UN-Sicherheitsrates zur Aufarbeitung der Verbrechen geschaffen, die gegen das Völkerrecht im ehemaligen Jugoslawien 1991 begangen wurden.

2322 Dieser internationale Ad-hoc-Gerichtshof wurde am 8. November 1994 durch die Resolution 955 (S/RES/955 [1994]) des UN-Sicherheitsrates zur Aufarbeitung der Verbrechen gegen das Völkerrecht in Ruanda geschaffen.

2323 *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, 2008.

2324 *Karsten* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, 2010.

lingen können, weil es sich um international geprägtes Völkerstrafrecht handelt, das neben der deutschen Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft ebenso die dem common law entstammende conspiracy oder die vom JStGH eigenständig entwickelte joint criminal enterprise²³²⁵ kennt. Jedoch wäre es misslich, wegen dieser Schwierigkeiten bereits den Versuch der Einordnung oder zumindest Annäherung und Untersuchung auf rezeptionsfähige Elemente zu unterlassen. Zwar ist zu berücksichtigen, dass das Strafrecht nicht nur im europäischen Kontext als Bastion der Nationalstaaten verstanden worden ist und daher nicht damit zu rechnen ist, dass sich letztlich ein Strafrechtssystem als Ganzes international durchsetzen wird. Aber gerade daran, dass die internationalen Tribunale in der Lage waren, sich die jeweiligen Institutionen unterschiedlicher Strafrechtsordnungen zunutze zu machen, um sinnvolle und angemessene Urteilsbegründungen zu finden, wird deutlich, dass eine Abschottung eines Strafrechtssystems gegen Einflüsse aus anderen Systemen lediglich der sterilen Reinheit eines statischen nationalen Strafrechtssystems dient. Sie fördert aber keineswegs die agile Lebendigkeit und Entwicklungskraft, die ein Strafrecht benötigt, das sowohl Völkerverbrechen als auch grenzüberschreitender Kriminalität wie globaler Umweltverschmutzung oder internationalen Finanzdelikten entgegentreten muss.

Doch sind gegen eine Analyse der Vorgesetztenverantwortlichkeit des Völkerstrafrechts aus der Perspektive der deutschen Strafrechtsdogmatik von Vogel zu Recht Bedenken erhoben worden. Er hat eingewandt, dass das Völkerstrafrecht nicht dem deutschen Strafrecht entstammt, sondern ein eigenständiges Rechtsgebiet bildet, das teils durch common law, teils durch das hinsichtlich der Täterschaftsmodelle keineswegs einheitliche²³²⁶ kontinentaleuropäische Recht geprägt ist. Zudem sei das Völkerstrafrecht noch nicht lange einem nennenswerten Einfluss des deutschen Strafrechts ausgesetzt.²³²⁷ Aus diesen Gründen soll hier auch keineswegs einer unkritischen Einvernahme von Rechtsinstituten aus anderen Strafrechtssystemen das Wort geredet werden; oftmals wird eine Übernahme solcher Rechtsfiguren ohne unüberbrückbare strafrechtsdogmatische oder gar verfassungsrechtliche Brüche auch kaum möglich oder wünschenswert sein. Als Orientierungspunkt für eine nationale Regelung kann die völkerstrafrechtliche superior responsibility dennoch dienen.

Die dogmatische Einordnung oder zumindest Einschätzung der Vorschriften zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht ist jedoch aus einem weiteren Grund relevant. Soweit es die materiellen Bestimmungen des Rom-Statuts betrifft, war der deutsche Gesetzgeber nämlich nicht nur aus diesen praktischen Gründen zur Umsetzung und damit zwangsläufig zu einer Einbindung in die

2325 Zum Begriff Haan Joint Criminal Enterprise, *passim*.

2326 Vgl. hierzu etwa Schöberl Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, *passim*; ferner Ambos Der Allgemeine Teil, S. 543 ff.

2327 Vogel ZStW 114 (2002), 403, 404 m.N.

deutsche Strafrechtsdogmatik gezwungen. Es bestand vielmehr ein Umsetzungsdruck, weil die Legislative durch den Erlass des Völkerstrafgesetzbuchs eine angemessene strafrechtliche Erfassung von Straftaten gegen das Kriegsvölkerrecht ermöglichen musste. Ansonsten drohte die Gefahr, dass deutsche Staatsbürger, die der Beteiligung an solchen Verbrechen beschuldigt werden, an den Internationalen Strafgerichtshof ausgeliefert werden müssen. Daher ermöglichen die nachfolgenden Betrachtungen zur superior responsibility im JStGH- und RStGH-Statut Rückschlüsse auf die Reichweite der Verantwortlichkeit im IStGH-Statut und die strafrechtliche Haftung von Vorgesetzten nach aktuellem völkerstrafrechtlichem Standard. Diese Erkenntnisse dienen damit ihrerseits wiederum der Auslegung der Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs über die Vorgesetztenverantwortlichkeit.

a) *Grundsatz der einheitlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit*

Die Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe zeichnen sich zunächst dadurch aus, dass sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit prima facie im Sinne eines Einheitstastersystems normieren, wie es etwa auch im Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 14 OWiG) und im österreichischen Strafrecht (§ 12 öStGB) der Fall ist. Danach ist Täter einer Straftat, wer zur Begehung der strafbaren Handlung beiträgt, indem er sie selbst unmittelbar ausführt (unmittelbarer Täter), zu ihr bestimmt (Bestimmungstäter) oder sonst zu ihrer Begehung beiträgt (Beitragstäter). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die die Statuten für die Ad-hoc-Tribunale normiert, kann daher schon von diesem grundsätzlichen Ausgangspunkt nur bedingt in deutsche Kategorien eingefügt werden:

Nach Art. 7 JStGH-Statut bzw. 6 RStGH-Statut, jeweils in Absatz 1, wird derjenige für eine Straftat nach den Statuten als verantwortlich angesehen, der eine solche Tat geplant, angeordnet, begangen, dazu angestiftet oder auf andere Weise bei ihrer Planung, Vorbereitung oder Ausführung „*Beihilfe geleistet*“ hat. Diese Strafbarkeit umfasst letztlich jede kausale Mitwirkung an einer Völkerstrafftat als verantwortungsbegründend, unabhängig von der Qualität des Tatbeitrages. Dies führt zu einer tatbestandlichen Gleichbehandlung von Anstiftendem und unmittelbar Ausführendem. Daher spricht viel für die Annahme, dass der Individualverantwortlichkeit nach den Statuten dieser Ad-hoc-Gerichtshöfe ein Einheitstäterprinzip zugrunde liegt. Jedoch ergeben sich hier gewisse Friktionen. So erfassen die vorgenannten Regelungen lediglich aktive Mitwirkungshandlungen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass das Völkerstrafrecht, anders als etwa das österreichische (§ 2 öStGB), schweizerische (Art. 11 SchwStGB) oder deutsche Strafrecht (§ 13 StGB), keine allgemeine Unterlassungshaftung im Sinne unechter

Unterlassungsdelikte kennt.²³²⁸ Auch in den Statuten von JStGH und RStGH fehlt eine allgemeine Regelung der Unterlassungsstrafbarkeit, so dass unter Berücksichtigung des Nullum-crimen-Grundsatzes wohl kein Raum für eine grundsätzliche Unterlassungstäterschaft bleibt. Für die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Besonderen war die Unterlassungsverantwortlichkeit jedoch schon vor Inkrafttreten der Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe völkergewohnheitsrechtlich anerkannt,²³²⁹ so dass nur die positiv-rechtliche „Lücke“ durch die inhaltlich gleichlautenden Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut²³³⁰ teilweise geschlossen wurde.²³³¹

Dort ist geregelt, dass der Vorgesetzte eines Täters einer Völkerstraftat nach dem Statut nicht der strafrechtlichen Verantwortlichkeit enthoben ist, wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass der Untergebene im Begriff gewesen ist, ein solches Verbrechen zu begehen. Gleiches gilt, wenn der Untergebene eine solche Tat begangen und der Vorgesetzte nicht die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat, um die Tat zu verhindern oder zu sanktionieren. Damit kann sich der Befehlshaber zur Vermeidung seiner strafrechtlichen Haftung nicht darauf berufen, die Tat sei nicht von ihm, sondern von seinem Untergebenen, möglicherweise sogar gegen einen ausdrücklichen Befehl, ausgeführt worden, wenn er von der bevorstehenden Begehung Kenntnis oder zumindest fahrlässige Unkenntnis hatte und nicht die notwendigen Maßnahmen zur Verhinderung oder Sanktionierung der Tat vorgenommen hat.

Ihrem Wortlaut nach („does not relieve“) umschreiben diese Regelungen für die Ad-hoc-Gerichtshöfe keinerlei Verantwortlichkeitsbegründung, da sie dem Vorgesetzten lediglich die Berufung darauf verwehren, er habe die Handlung

2328 Insbesondere dem französischen Strafrecht sind unechte Unterlassungsstraftaten ebenfalls fremd (hierzu *Dannecker*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1987, S. 379 ff.; vgl. ferner *Tiedemann* in: FS Lenckner, S. 418), so dass man vonseiten Frankreichs erhebliche Bedenken gegen eine solche allgemeine Unterlassungshaftung geltend machte, vgl. *Werle* Völkerstrafrecht, Rn. 686 f.; *Zimmermann* ZRP 2002, 97, 101 f.; ferner *Kreß* in: MüKo-StGB, § 6 VStGB Rn. 106; vgl. ferner *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3526; a.a. *Burghardt* ZIS 2010, 695, 699.

2329 Nachweise bei *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 286; vgl. auch *Burghardt* Vorgesetztenverantwortung, S. 76 ff.

2330 Die Regelungen sind gleichlautend: “*The fact, that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*”

2331 Diese Vorschrift findet ihr Vorbild bereits in Art. 86 Abs. 2 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 8. Juni 1977: “*The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.*”; Eine nähere Bestimmung der Pflichten von militärischen Vorgesetzten findet sich in Art. 87 des Zusatzprotokolls, abrufbar unter <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/f6c8b9fee14a77fdc125641e0052b079> (2.1.2015); vgl. auch *Burghardt* Vorgesetztenverantwortung, S. 85 ff.

nicht selbst ausgeführt oder in anderer Verantwortlichkeit begründender Weise an der Tatbegehung mitgewirkt. Doch eine Berufung auf seine Vorgesetztenstellung als Begründung für eine Straflosigkeit wäre ohnehin aussichtslos, wenn er im Sinne von Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut bzw. Art. 6 Abs. 1 RStGH-Statut an der Begehung der Bezugstat mitgewirkt hat, da ihm kaum zum Vorteil gereichen kann, dass er als Vorgesetzter einen Tatbeitrag zu dem Verbrechen seiner Untergebenen geleistet hat. Man wird daher nicht davon ausgehen können, dass die Statuten des JStGH bzw. des RStGH eine solche Selbstverständlichkeit rein deklaratorisch festschreiben wollten.²³³² Demnach ist die Regelung vielmehr als normtechnisch missglückte Festschreibung einer Verantwortlichkeit zu betrachten, die dahin gehend zu lesen ist, dass der Vorgesetzte nicht nur nicht aus der Verantwortlichkeit entlassen ist, wenn sein Untergebener die Tat begangen hat, sondern er vielmehr im Gegenteil strafrechtlich haftbar ist, wenn die in der Bestimmung beschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Lesart ist im Ergebnis unbestritten und ergibt sich letztlich daraus, dass an der grundsätzlichen Anerkennung der Vorgesetztenverantwortlichkeit spätestens seit den Entscheidungen der Tribunale von Nürnberg und Tokio nicht mehr gezweifelt wird. Die command responsibility oder superior responsibility ist ein anerkannter Grundsatz im Völkerrecht. Ausgehend von dieser Prämissen knüpfen die Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe an den Maßstab für die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten an, den das IMTFE in dem Verfahren gegen *Hideki Tojo* wegen der Verbrechen in Nanking angewendet hatte und entwickeln ihn durch Konkretisierung fort.

(1) Verantwortlichkeitsbewertung versus Beteiligungsbeurteilung

Aus der Perspektive des deutschen Strafrechts sind Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut trotz der klaren Formulierung strafrechtsdogmatisch nicht unproblematisch. Zum einen fällt es schwer, die dort normierte Strafbarkeit in deutsche strafrechtsdogmatische Kategorien zu übersetzen oder zu integrieren, und zum anderen weckt diese Regelung verfassungsrechtliche Bedenken. Beide Probleme hängen dabei eng miteinander zusammen. Bei einem Versuch der Einordnung in die deutsche Dogmatik zeigt sich, dass die Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe offensichtlich den Vorgesetzten sowohl bei zumindest fahrlässiger Nichtverhinderung als auch bei mindestens fahrlässiger Nichteinleitung der Sanktionierung als *für die Tat verantwortlich* betrachten. Subsumiert man den von *Weigend*²³³³ gebildeten Fall des Vorgesetzten, der die Befehlsgewalt über

2332 A.A. Burghardt ZIS 2010, 695, 699, der aus der Wertungsgerechtigkeit die Annahme herleitet, auch im Völkerstrafrecht sei eine Unterlassungsstrafbarkeit anerkannt.

2333 Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1020, jedoch im Zusammenhang mit Art. 25 und 28 IStGH-Statut.

diejenigen, die die Völkerstraftat begangen haben, erst nach der Tatbegehung übernimmt unter diese Normen, so kommt man zu einem Ergebnis, das bedenklich klingt: Der Vorgesetzte ist strafrechtlich für eine Tat verantwortlich, die er nicht verhindern konnte, wenn er nicht für deren Sanktionierung Sorge trägt. Hier erscheint (nach deutschem Verständnis) das Schuldprinzip verletzt,²³³⁴ das auch im Völkerstrafrecht grundsätzlich Geltung hat.²³³⁵

Die Annahme einer Verletzung des Schuldprinzips setzt jedoch ein Verständnis von Verantwortlichkeit voraus, das einen kausalen Beitrag an der Tatbegehung als unverzichtbar und zudem als das zentrale Element der Verantwortlichkeitsbegründung ansieht. Diese Sicht von Unrecht und Zurechnung ist nicht selbstverständlich. Vogel hat für das Völkerstrafrecht zwölf sich zum Teil überschneidende und ergänzende Modelle²³³⁶ von strafrechtlicher Verantwortlichkeit an Straftaten unterschieden²³³⁷ und dabei insbesondere auf das japanische Strafrecht hingewiesen, das insofern von der deutschen Konzeption grundlegend abweicht.²³³⁸ Der Gedanke einer weniger naturalistisch-kausal als mehr normativ verstandenen Verantwortlichkeit, die eine Betrachtung „top down“ erfordere, also vom Täter zur Tat – und nicht umgekehrt, wie im deutschen Strafrecht²³³⁹ –, könnte insofern durchaus einen Weg darstellen, dem Vorwurf eines Verstoßes gegen das Schuldprinzip durch die nachträgliche Haftung zu begegnen. Auf diese Perspektive, die die Regeln der Zurechenbarkeit und damit auch die herkömmliche Bestimmung der Tatbeteiligung außer Kraft setzt und dazu zwingt, über das Maß der Verantwortung für die Tat die strafrechtliche Beteiligung zu bestimmen, muss sich jedoch der deutsche Strafrechtler zunächst einlassen. Denn sie bedeutet letztlich die Akzeptanz eines Einheitstäter-²³⁴⁰ oder Strafzumessungsmodells,²³⁴¹ das nicht einmal mehr eine Differenzierung nach unmittelbaren Tätern, Bestimmungstätern und Beitragstätern wie etwa in Österreich (§ 12 öStGB), Dänemark

2334 Vgl. Schünemann GA 2003, 299, 312; schon in dem Verfahren gegen den japanischen General Yamashita Tomoyuki im Oktober 1945 wurde dem amerikanischen Militärttribunal vorgeworfen, es mache den Angeklagten für Taten verantwortlich, die vor seiner Übernahme des Befehls durch die später ihm unterstehenden Truppen begangen wurden, und der Prozess wurde als nicht fair kritisiert, *Picigallo The Japanese on Trial*, 1979, passim; *Daburon Superior Responsibility*, S. 33 ff.; weitere Nachweise bei Ambos *Der Allgemeine Teil*, S. 97 Fn. 117; Burghardt *Vorgesetztenverantwortung*, S. 83.

2335 Vgl. etwa JStGH, Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (*Miroslav Kvoka*) §§ 319 ff.; ferner ausführlich Haan *Joint Criminal Enterprise*, S. 217 m.N.

2336 Hier spräche man wohl aufgrund des vielfachen Ineinanderfließens besser von *Elementen* anstatt von *Modellen*.

2337 Vogel ZStW 114 (2002), 403, 406.

2338 Hierzu Yamanaka in: Eser/Yamanka, S. 127, 132.

2339 Vogel ZStW 114 (2002), 403, 406 f.; zum diesbezüglichen Streit um den Verlauf von Entscheidungsprozessen bei der Begehung von Verbrechen bei der Ermordung der europäischen Juden vgl. die Nachweise bei Vest *Völkerrechtsverbrecher*, S. 27.

2340 Vgl. hierzu insbesondere Kienapfel *Der Einheitstäter im Strafrecht*, passim.

2341 Zum Begriff Vogel ZStW 114 (2002), 403, 411.

(§ 23 dStRL)²³⁴² oder Schweden (Kap. 23 § 4 Abs. 1 BrB)²³⁴³ ermöglicht.²³⁴⁴ Die Frage nach der Verantwortlichkeit wird auf diese Weise auf die Ebene vor der Bewertung der Mitwirkung am Tatgeschehen verlagert, so dass die Verantwortlichkeitsbestimmung nicht mehr allein über das Gewicht des Tatbeitrags erfolgt, sondern mehr über die Stellung des Täters zur Tat und seine Verantwortungssphäre.

Versteht man strafrechtliche Verantwortlichkeit in dieser genannten Weise einer „*top down*“²³⁴⁵ Betrachtung allein normativ über die Verantwortung, so ist auch eine Strafbarkeit für die Tat wegen Bestätigung des Tatunrechts durch eine nachträgliche Handlung oder Unterlassung nicht mehr unmöglich. Grundlage dieses Verständnisses ist die völkerstrafrechtliche Auffassung, dass Strafbarkeit primär nicht durch Tatbeteiligung, sondern durch individuelle Verantwortlichkeit bestimmt wird.²³⁴⁶ Maßgebend für die Beteiligung ist damit der Grad der Verantwortlichkeit (*degree of responsibility*), der nicht zwingend mit der Beteiligung am Tatgeschehen identisch sein muss.²³⁴⁷ Aus diesem Blickwinkel ist nicht einmal eine konkret feststellbare Kausalität im Sinne einer Verhinderungsmöglichkeit erforderlich, um eine Tatverantwortlichkeit zu begründen, wenn der Vorgesetzte Sanktionierungsmaßnahmen unterlässt.²³⁴⁸

Unter dieser Prämissen weicht der völkerstrafrechtliche Grundansatz der Beteiligungsstrafbarkeit jedoch bereits so weit von dem deutschen, naturalistisch-kausalen Modell ab, dass eine Bewertung aus der Sicht der deutschen Strafrechtsdogmatik auf eine Verletzung des Schuldprinzips hin sinnlos erscheint. Die Beurteilung danach, ob eine Bestrafung als Verantwortlicher für eine Tat angemessen ist, muss von diesem völkerstrafrechtlichen Standpunkt aus nicht nach dem naturalistisch-kausalen Tatbeitrag, sondern nach der normativen Verantwortung erfolgen. Misst man danach – wie die Regeln der Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe – der Verantwortlichkeit des die Sanktionierung nicht einleitenden Vorgesetzten ein hinreichend großes Gewicht zu, so kommt auch eine Behandlung als *für die Tat* individuell verantwortlich in Betracht, ohne dass eine Verletzung des Schuldprinzips vorliegen muss. Bestimmt sich die Strafbarkeit primär nach Verantwortung und nicht nach dem objektivem Tatbeitrag, so muss sich auch die Schuld nicht auf die kausale Verursachung beziehen. Das Schuldprinzip bleibt auch bei einer Bestrafung für die Tat gewahrt, wenn der „Täter“ ihre Begehung nicht ver-

2342 Hierzu Rotsch Einheitstäterschaft, S. 153.

2343 Hierzu Rotsch Einheitstäterschaft, S. 159.

2344 Zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Verantwortlichkeit Vogel ZStW 114 (2002), 403, 407 ff.

2345 Zum Begriff Schmidt-Salzer BB 1992, 1866, 1869; zur Übertragung auf den völkerstrafrechtlichen Zusammenhang Vogel ZStW 114 (2002), 403, 406.

2346 Vgl. Vogel ZStW 114 (2002), 403, 419.

2347 JStGH, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (*Tadic*) §§ 186, 192, auch abgedruckt bei Klip/Sluiter Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, Bd. III, S. 761.

2348 RStGH, Urt. v. 16.11.1998 – ICTR-94-4-T (*Akayesu*) § 193, auch abgedruckt bei Klip/Sluiter Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, Bd. II, S. 399.

hindern konnte, nun aber das Tatunrecht durch das Unterlassen einer Sanktionierung und damit der Beseitigung des Unrechts bestätigt. Die strafrechtliche Schuld knüpft an die Vorwerfbarkeit des Verhaltens an, das die Verantwortlichkeit begründet: das Unterlassen der Sanktionierung.

(2) Versuch einer dogmatischen Annäherung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in den Statuten des JStGH und des RStGH an die deutsche Strafrechtsdogmatik

Unter der Prämisse der Vorgesetztenverantwortlichkeit als normativierter Verantwortung und nicht als kausal-naturalistisch orientierter Teilnahmeregelung könnte eine systematische Einordnung der Art. 7 Abs. 3 bzw. 6 Abs. 3 der Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe erfolgen: Ihr Regelungsgegenstand ist nach deutschem dogmatischen Verständnis Bestandteil des allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts, „*der insbesondere aus Zurechnungs- und Geltungsregeln besteht*“.²³⁴⁹ Die Vorschriften normieren die Unterlassungsverantwortlichkeit des Vorgesetzten für eine Völkerstraftat nach dem Besonderen Teil.

Mögen diese Regelungen auch ihrem Wortlaut nach nur als „harmlose“ Klarstellungen erscheinen, so normieren sie sachlich doch eine weitreichende Ausdehnung der Strafbarkeit des Vorgesetzten: Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut erweitern die Verantwortlichkeit auf die fahrlässige oder vorsätzliche Mitwirkung an der Tat, auch in Form des Unterlassens oder der „Unterstützung“ des Täters der Bezugstat durch zumindest fahrlässige Nichtahnung. In beiden Fällen wird eine Verantwortlichkeit für das Tatunrecht begründet, die sich aus der allgemeinen Regelung der Individualverantwortlichkeit entgegen dem Wortlaut des JStGH- und RStGH-Statuts nicht ergibt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit, soweit sie die Nichtverhinderung betrifft, den „*verselbständigte Nachtatbeteiligungen*“ wie § 257 und § 258 StGB ähnlich zu sein scheint. Denn im Hinblick auf das hier zugrunde liegende, von der Kausalität gelöste Grundverständnis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit findet eine Bewertung statt, die zu einer Verantwortlichkeit und Bestrafung auch für die Tat führt, die vom Vorgesetzten nicht mehr verhindert werden konnte.

2349 Vgl. Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 11.

b) Die Voraussetzungen der *superior responsibility* in der Judikatur der internationalen Ad-hoc-Tribunale

Der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals kommt für die Fortentwicklung der command responsibility,²³⁵⁰ also die Haftung militärischer Vorgesetzter, grundlegende Bedeutung zu. Dabei hat sich das Gericht insbesondere in dem Geschehenskomplex um das Gefangenentaler Čelebići in Zentralbosnien intensiv mit der Frage der Vorgesetztenverantwortlichkeit auseinanderzusetzen. Das Urteil der Verhandlungskammer gegen *Zeynil Delalić et al.*,²³⁵¹ das in der Entscheidung der Berufungskammer im Wesentlichen bestätigt wurde²³⁵² und damit für die folgenden Entscheidungen der Ad-hoc-Tribunale Bindungswirkung entwickelt hat,²³⁵³ nimmt grundlegend zu den Voraussetzungen dieser strafrechtlichen Haftung Stellung. Auf diese Entscheidungen greifen spätere Entscheidungen des Tribunals stets, teils unter wörtlicher Übernahme auch längerer Urteilspassagen, zurück, so dass die Čelebići-Entscheidungen im Wesentlichen den Stand der Rechtsprechung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit der Ad-hoc-Tribunale wiedergeben.²³⁵⁴

Die Judikatur von JStGH und RStGH hat sich zwangsläufig parallel und stark voneinander beeinflusst entwickelt. Dies ergibt sich allein schon aus dem identischen Wortlaut der Vorschriften über die individuelle Verantwortlichkeit nach Art. 7 JStGH-Statut einerseits und Art. 6 RStGH-Statut andererseits. Zudem sind stets fünf Richter des JStGH und zwei Richter des RStGH Mitglieder der gemeinsamen Berufungskammer von JStGH und RStGH. Abweichungen zwischen den Auffassungen der Gerichtshöfe sind daher selten, zumal die Verhandlungskammern beider Tribunale sowohl auf die Entscheidungen des RStGH als auch des JStGH Bezug nehmen. Aus diesem Grund sind die Čelebići-Entscheidungen für die Judikatur beider Ad-hoc-Gerichte wegweisend.

(1) Herleitung der *superior responsibility* durch den JStGH

Die Verhandlungskammer stellte in den allgemeinen Erwägungen der Čelebići-Entscheidungen zur *command responsibility* zunächst fest, dass die Leitprinzipien der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut zwar nicht ausdrücklich genannt, aber inkorporiert seien.²³⁵⁵ Im internationalen Strafrecht

²³⁵⁰ Die Verhandlungskammer des Jugoslawientribunals (JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T [Delalić] § 331 Fn. 343) betrachtete die Begriffe *command responsibility* und *superior responsibility* als austauschbar.

²³⁵¹ JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Delalić).

²³⁵² JStGH, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (Delalić) §§ 186 ff.

²³⁵³ Vgl. hierzu auch JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (Kordić) § 405.

²³⁵⁴ Vgl. hierzu in Karsten Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 39 m.N.

²³⁵⁵ JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Delalić) § 331.

sei die Möglichkeit strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Befehlshabern und anderen Personen, die Vorgesetztenautorität in Anspruch nehmen, für Verbrechen ihrer Untergebenen eine bekannte und gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsregel.²³⁵⁶ Dabei könnte sich die Verantwortlichkeit sowohl aus der Anweisung zur Tatbegehung („*direct command responsibility*“)²³⁵⁷ als auch aus einem schuldhaften Unterlassen („*indirect command responsibility or direct command responsibility strictu sensu*“)²³⁵⁸ ergeben. Der Vorgesetzte könne also auch strafrechtlich verantwortlich sein, wenn er notwendige Maßnahmen zur Verhinderung oder Bestrafung unrechtmäßiger Handlungsweisen seiner Untergebenen unterlassen hat.²³⁵⁹ Die Verhandlungskammer nimmt hier Bezug auf Art. 87 ZP I und sieht diese Vertragsbestimmung als Bestätigung und letztlich als Basis der Pflicht des militärischen Vorgesetzten zur Verhinderung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts durch Untergebene.²³⁶⁰ Das Gericht verweist insofern zudem auf Art. 6 des *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* der Vereinten Nationen von 1996.²³⁶¹

Ferner beruft sich die Verhandlungskammer auf die französische Anordnung vom 28. August 1944 betreffend die Verhinderung von Kriegsverbrechen, die im Zusammenhang mit dem Yamashita-Urteil bereits herangezogen wurde, um die internationale Anerkennung der „*indirect command responsibility*“ zu belegen. Danach sollen für den Fall, dass ein Untergebener wegen der unmittelbaren Begehung eines Kriegsverbrechens bestraft wird und seine Vorgesetzten nicht als gleichermaßen verantwortlich angeklagt werden können, diese dennoch als Mitschuldige betrachtet werden, soweit sie das Verbrechen mitgestaltet oder seine Begehung geduldet haben.²³⁶² Die Verhandlungskammer weist ferner auf entsprechende Regelungen des chinesischen, britischen, US-amerikanischen und des jugoslawischen Militärstrafrechts hin²³⁶³ und hätte auch auf weitere nationale weitgehend identische Vorschriften nationaler Rechtsordnungen hinweisen können.²³⁶⁴

Darüber hinaus nimmt die Verhandlungskammer auf die Entscheidungen der US-Militärgerichte gegen Yamashita und in den Nürnberger Nachfolgeprozessen gegen Milch, List und von Leeb et al. Bezug und geht kurz auf die Entscheidung des Tribunals gegen den freigesprochenen japanischen Admiral Soemu Toyoda

2356 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 331; vgl. ferner Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 291 ff. m.w.N.; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 404 m.w.N.

2357 Vgl. JStGH, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) §§ 254 ff.

2358 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 68.

2359 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 333.

2360 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 334.

2361 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 342.

2362 Vgl. Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IV, S. 87.

2363 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 336 f., 340 f.; vgl. ferner die Nachweise bei Parks MLR 1973 (62), 1, 18 f.

2364 Vgl. die Nachweise bei Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IV, S. 87 f.

ein.²³⁶⁵ Dort hatte das Militärtribunal ebenfalls festgehalten, dass ein Vorgesetzter nach dem Prinzip der *command responsibility* verantwortlich sei, wenn er gewusst hat oder bei Anwendung der angemessenen Sorgfalt hätte erfahren können, dass seine Untergebenen ein Verbrechen begehen. Gleiches gelte für die Kenntnis oder auf fehlender Sorgfalt beruhende Unkenntnis von einer Übung, die zur Begehung solcher Taten ermuntere.²³⁶⁶ Ein Befehlshaber, der es unterlasse, in solchen Fällen die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die unmittelbaren Täter zu bestrafen und die weitere Begehung zu unterbinden, habe in der Erfüllung seiner Pflichten versagt und sei zu bestrafen.²³⁶⁷ Diese Vorgesetztenverantwortlichkeit sei – so die Kammer – letztlich auch durch die Bestimmung über die superior responsibility im Rom-Statut anerkannt worden.²³⁶⁸ Auf dieser Grundlage geht die Verhandlungskammer davon aus, dass an der Anerkennung der superior responsibility im Völkerrecht kein Zweifel bestehen könne, und geht zur Konturierung der Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit über. So berechtigt dieser Schluss zu sein scheint, so sehr unterläuft dem Tribunal dennoch eine Ungenauigkeit. Denn die zur Begründung einer Vorgesetztenverantwortlichkeit herangezogenen Entscheidungen beziehen sich ausschließlich auf Fälle militärischer Vorgesetzter. Die von den Tribunalen von Nürnberg und Tokio verurteilten Personen waren militärische oder zumindest politische Entscheidungsträger, so dass es wahrscheinlich exakter gewesen wäre, hätte der JStGH zumindest insoweit noch von *command responsibility* und nicht von superior responsibility gesprochen.

(2) Zu den Voraussetzungen der superior responsibility nach dem JStGH im Einzelnen

Damit hatte die Verhandlungskammer grundlegende Feststellungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht getroffen. Eine Aussage zur materiellen Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit fehlte hier zwar noch, aber das Tribunal konnte konstatieren, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit gewohnheitsrechtlich anerkannt, durch die Militärjudikatur bestätigt und auch zum Gegenstand völkerrechtlicher Verträge geworden war. Auch zu den allgemeinen Bedingungen – im Sinne von Tatbestandsvoraussetzungen – der superior responsibility waren elementare Feststellungen getroffen, wie die Bezugnahme auf die *Toyoda*-Entscheidung und ihre fünf Elemente der *command responsibility* zeigt. Zu den Einzelheiten der Bedingungen, unter denen der Vorgesetzte straf-

²³⁶⁵ Vgl. hier S. 499 ff.

²³⁶⁶ Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 339 Fn. 355; ferner hier S. 503 f.

²³⁶⁷ Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 339; vgl. auch United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5005 f.

²³⁶⁸ JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 343.

rechtlich für die Verbrechen seiner Untergebenen verantwortlich ist, trifft die Verhandlungskammer in der Čelebići-Entscheidung nun auch substanziertere Aussagen. Sie legt hier, bedingt dadurch, dass Anklage und Verteidigung bereits abstrakt unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen benannt haben, eine Leitlinie fest:²³⁶⁹

Die Anklage war in ihrer Stellungnahme zum Antrag der Verteidigung auf Ablehnung der Anklage zu der Auffassung gelangt, es bedürfe nur dreier Bedingungen, um die Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut auszulösen. Danach ist die erste Voraussetzung die Ausübung direkter oder indirekter Befehlsgewalt oder Kontrolle de iure oder de facto über die Täter schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts oder deren Vorgesetzte (sog. *effective control*).²³⁷⁰ Zum Zweiten müsse der betreffende Verantwortliche gewusst haben oder Gründe gehabt haben zu wissen (*have reason to know*), dass die Verbrechen begangen werden oder begangen worden sind. Soweit es die Formulierung betrifft, der Vorgesetzte müsse Gründe haben zu wissen – ergänzt die Anklage in casu –, dass es sich hierbei um eine Erfassung von schuldhaftem Nichtwissen handele. Soweit der Vorgesetzte aufgrund von Aufsichts- und Überwachungs mängeln keine Kenntnis von der Begehung der Straftaten habe, sei er so zu behandeln, als habe er Kenntnis gehabt. Die Verantwortlichkeit könne auch dann bestehen, wenn der Vorgesetzte seine Befehlsgewalt oder die Kontrolle erst nach der Begehung der Straftaten erlangt habe. Drittens setze die Verantwortlichkeit voraus, dass der Vorgesetzte es versäumt hat, die angemessenen und erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, zu denen er ermächtigt oder nach den Umständen ansonsten in der Lage ist, um die Begehung der Verbrechen zu verhüten, zu unterbinden oder zu bestrafen.²³⁷¹ Der Sache nach handelt es sich um die Kriterien der Toyoda-Entscheidung.

Die Verteidigung war dagegen von fünf Voraussetzungen der superior responsibility nach Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut ausgegangen. Danach setze sie zunächst die Ausübung einer militärischen oder zivilen Vorgesetztenstellung über eine Person voraus, die ein Kriegsverbrechen begeht. Die Rechtsverletzung müsse ferner im Zeitpunkt der Ausübung dieser Kontrolle geschehen oder im Begriff zu geschehen sein. Der Befehlshaber müsse entweder positiv um die Tatbegehung wissen oder ein Wissen haben, dass ihm den Schluss darauf ermöglicht, dass das Verbrechen begangen worden ist. Weiterhin müsse er es unterlassen haben, auf Verbrechen durch die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen im Wege

2369 Vgl. auch Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 85.

2370 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 410 m.w.N.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 78; vgl. zu Art. 6 Abs. 3 RStGH, Urt. v. 11.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) §§ 773f.

2371 Prosecution Response to the Motion to Dismiss, RP D5310-D5311, zitiert nach JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 344.

der Untersuchung und Bestrafung von Tätern zu reagieren oder zur Verhinderung bevorstehender Verbrechen einzuschreiten. Schließlich hielt die Verteidigung die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Befehlshabers und der Bezugstat des Untergebenen für erforderlich.²³⁷² Dieser engen Ansicht erteilte die Verhandlungskammer jedoch eine Absage und reduzierte die Voraussetzungen der superior responsibility auf das Subordinationsverhältnis, die Kenntnis bzw. Gründe zur Kenntnis von dem in Begehung begriffenen Verbrechen und die unterlassenen erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung der Tat oder Bestrafung der Täter.²³⁷³ Dabei sah die Kammer das Kausalitätskriterium, das die Verteidigung als gesonderten Aspekt hervorhob, als Bestandteil der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Gegenmaßnahmen an.²³⁷⁴

(a) Principal crime

In der *Orić*-Entscheidung vom 30. Juni 2006²³⁷⁵ setzt sich die Verhandlungskammer ausführlich mit der Frage auseinander, welche Art von Taten Untergebener die Vorgesetztenverantwortlichkeit auslösen kann. Dabei geht es insbesondere um den Gesichtspunkt, ob auch die nicht unmittelbar eigenhändig begangene Tat eines Untergebenen, also etwa die Beteiligung an der Tat eines dem Vorgesetzten nicht unterstellten Täters, zur Verantwortlichkeit seines Vorgesetzten führen könne. Diese Frage bejaht das Tribunal eindeutig und führt aus, dass es letztlich auf die Verhinderung jeder Mitwirkung an Verletzungen des humanitären Völkerrechts ankomme und sich daher auch die Pflicht des Vorgesetzten auf die Verhinderung und Sanktionierung jeder Handlung eines Untergebenen – auch ein verbrecherisches Unterlassen des Untergebenen²³⁷⁶ – beziehe, die zu einem Verbrechen in irgendeiner Weise beitrage. Dies gelte auch dann, wenn der Untergabe die Tat nur initiiere, unterstütze oder ihr Vorschub leiste.²³⁷⁷ Diese eigentlich selbstverständliche Feststellung ergänzt die Kammer jedoch in einem Nebensatz dahin gehend, es komme nicht darauf an, dass eine bestimmte Person als Täter festgestellt werden könne, solange nur die Tat und die Zugehörigkeit des Täters

²³⁷² Motion to Dismiss, RP D5628, zitiert nach JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 345.

²³⁷³ JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 345; vgl. auch Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 69 f. unter Bezugnahme u.a. auf Art. 28 IStGH-Statut; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boskoski*) § 406.

²³⁷⁴ JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 346 f.

²³⁷⁵ JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-A (*Orić*).

²³⁷⁶ Vgl. JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-A (*Orić*) §§ 21, 43; ferner Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 116.

²³⁷⁷ JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 296 ff. m.w.N.

ters einer bestimmten Gruppe und die Vorgesetztenstellung den Angehörigen dieser Gruppe gegenüber bewiesen sei.²³⁷⁸

(b) Command, superior and effective control

In seinen weiteren Ausführungen stellt das Tribunal fest, dass es nicht allein auf die dem Vorgesetzten formell zugewiesene Kontrolle (de iure) ankomme, sondern auch eine rein tatsächliche Lenkungsmacht (de facto) oder eine Kombination von beidem könne die Vorgesetztenstellung begründen.²³⁷⁹ Letztlich komme es, unabhängig von der Art der Lenkungsmacht, sei sie operativer, taktischer, administrativer oder exekutiver Natur, auf die *effektive Kontrolle (effective control)* an,²³⁸⁰ für deren Vorliegen die formale Stellung als Vorgesetzter ein Indiz sei.²³⁸¹ Aber auch ein Kommandeur ohne militärischen Rang könne Vorgesetzter sein.²³⁸²

(aa) Zur effective control bei staatlichen oder hoheitlichen Vorgesetzten

Dieser Sichtweise hatte die Verteidigung bereits im *Delalić*-Prozess mit dem Argument widersprochen, dem nicht auch juristisch Vorgesetzten komme keine Möglichkeit der Erteilung juristisch bindender Befehle oder der Bestrafung von Tätern und damit auch keine entsprechende Verantwortlichkeit zu. Die nur rangmäßige Überordnung habe daher keine verantwortungsbegründende Vorgesetztenstellung zur Folge. Die Anwendung der Vorgesetztenverantwortlichkeit des Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut auf den nicht formell Vorgesetzten stelle daher eine Verletzung des Nullum-crimen-Grundsatzes dar.²³⁸³ Dem hat das Gericht entgegengehalten, auch die Person, die lediglich die faktische, die effektive Kontrolle innehabe, der damit die Möglichkeit zur Verhinderung und Sanktionierung von Verbrechen zukommt, könne als Vorgesetzter strafrechtlich verantwortlich sein. Das zeige sich, wenn formalrechtlich abgesicherte Kommandostrukturen fehlen,

2378 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 311 m.w.N.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 90; Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 222.

2379 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) § 300; Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14-2-T (*Kordić*) § 300; Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brdanin*) § 276; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 116.

2380 So auch die Berufungskammer, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) § 197; ferner die Verhandlungskammer JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 406; für Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut vgl. nur Urt. v. 1.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) § 771 m.w.N.; ferner IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, § 409.

2381 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 421; vgl. auch Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 312 m.w.N.; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 411; vgl. ferner *Williams* CLF 13 (2002), 365, 369.

2382 JStGH, Urt. v. 31.3.2003 – IT-98-34-T (*Naletilić*) § 69; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 312 m.w.N.

2383 Motion to Dismiss, RP D5579-5592, zitiert nach JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 352.

etwa bei paramilitärischen Einheiten oder bei unklaren Befehls- und Kontrollverhältnissen.²³⁸⁴

Nicht ausreichend ist nach der *Cordić*-Entscheidung dagegen, dass eine Person allgemein großen Einfluss ausüben kann, also ein genereller gesellschaftlicher oder politischer Einfluss außerhalb von zumindest faktischen Weisungsverhältnissen; Vorgesetztenverantwortlichkeit setze eine Befehlskette irgendeiner Art voraus.²³⁸⁵ Im Hinblick auf die Macht zur Bestrafung sei jedoch nicht erforderlich, dass der Vorgesetzte diese Bestrafung persönlich vornehmen oder anordnen kann; er müsse lediglich die Möglichkeit haben, einen wichtigen Schritt im disziplinarischen Prozess zu unternehmen, etwa das Initiiieren eines Strafverfahrens.²³⁸⁶

Die Verhandlungskammer vertritt im *Čelebić*-Urteil unter Bezugnahme auf verschiedene Entscheidungen zur Aufarbeitung der Verbrechen des Zweiten Weltkrieges²³⁸⁷ die Auffassung, nicht nur militärische, sondern auch politische Führer sowie Entscheidungsträger in Hoheitsverwaltung und Wirtschaft könnten als Vorgesetzte nach dem Völkerstrafrecht strafrechtlich verantwortlich sein. Insofern beruft sich das Tribunal zunächst auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 JStGH-Statut, der sich auch auf die individuelle Verantwortlichkeit von Staats- oder Regierungsführern beziehe und damit zum Ausdruck bringe, dass der persönliche Anwendungsbereich des Art. 7 nicht nur für militärische, sondern auch für zivile Entscheidungsträger gelte.²³⁸⁸ Ferner ergebe sich diese Erfassung auch politischer Entscheidungsträger aus der unwidersprochenen Stellungnahme der Repräsentanten der USA zur UN-Resolution 827 sowie der Aussage der Verhandlungskammer im Verfahren gegen *Marić*, die ihre Jurisdiktion ausdrücklich auch auf politische Entscheidungsträger ausgeübt hat.²³⁸⁹ Diese Argumentation wurde auch in der *Orić*-Entscheidung mit dem Argument unterstützt, die weite, faktische Auslegung des Vorgesetztenbegriffs sei wegen der fließenden Grenze zwischen militärischen und zivilen Autoritäten notwendig.²³⁹⁰ Diese These ist im Hinblick auf die häufig anzutreffende Militarisierung von Staatswesen im Zu-

2384 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 354; vgl. auch Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) § 193; Urt. v. 31.3.2003 – IT-98-34-T (*Naletilić*) § 67; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 311 m.w.N.

2385 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) §§ 415 f.; Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brđanin*) § 281; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 311 m.w.N.; vgl. für Art. 6 Abs. 3 RStGH, Urt. v. 1.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) § 771 m.w.N.

2386 JStGH, Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (*Miroslav Kvočka*) § 31.

2387 Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 357 ff., wo auf die Verfahren gegen den japanischen Außenminister *Koki Hirota*, den japanischen Premierminister *Hideki Tojo* u.a. vor dem IMTFE und insbesondere auf die Verfahren gegen deutsche Industrielle wie *Flick*, *Weiss* und *Röchling* vor nationalen Gerichten Bezug genommen wird; vgl. zu diesen Verfahren hier S. 506 f.

2388 Vgl. hierzu auch JStGH, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brđanin*) § 281; ferner Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 409; zu Art. 6 Abs. 3 RStGH, Urt. v. 21.5.1999 ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 213; Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) § 771.

2389 JStGH, Urt. v. 8.3.1996 – IT-95-11-I-T (*Marić*) (RP D170-D183) D 175.

2390 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 309 m.w.N.

sammenhang mit Kriegszuständen oder in totalitären Staaten zutreffend. Ihr kann auch mit Blick auf demokratische Staaten, insbesondere im Hinblick auf Polizeieinheiten und den oftmals politischen Oberbefehl über die Streitkräfte kaum etwas entgegengesetzt werden.²³⁹¹

Die Judikatur des RStGH ist dem insbesondere unter Berufung auf die Nürnberger und Tokioter Rechtsprechung gefolgt.²³⁹² So führt die Verhandlungskammer in der *Kayishema*-Entscheidung aus, die Ausdehnung der superior responsibility auf zivile Vorgesetzte sei unumstritten.²³⁹³ Dies ergebe sich bereits aus der Verwendung des Begriffs *superior* statt *commander* in Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut sowie der ausdrücklichen Nennung von politischen Entscheidungsträgern als verantwortlich in Art. 6 Abs. 2 RStGH-Statut. Ferner sei die Judikatur bereits in der Aufarbeitung der Verbrechen des Zweiten Weltkrieges zu dem Schluss gekommen, dass es nicht auf formale militärische Befehlsgewalt, sondern auf die effektive Kontrolle ankomme. Sie habe deswegen nicht nur politische Entscheidungsträger, sondern sogar Industrielle aus dem Institut der superior responsibility verurteilt.²³⁹⁴

In diesem Kontext kommt es darauf an – so die Verhandlungskammer in der *Aleksovski*-Entscheidung²³⁹⁵ –, dass der zivile Vorgesetzte einen hinreichenden Grad an Kontrolle gleich einem militärischen Befehlshaber („*degree of control*“)²³⁹⁶ ausüben kann, um die verantwortlichkeitsbegründende Steuerung vorzunehmen. Daher sei die Vorgesetztenverantwortlichkeit, auch wenn sie ursprünglich für militärische Befehlshaber entwickelt worden sei, nicht auf hoheitliche Vorgesetzte beschränkt. Vielmehr könne jede Person, die zumindest als *De-facto*-Befehlshaber anzusehen ist, nach Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut verantwortlich sein.²³⁹⁷ Während in der vorgenannten Entscheidung jedoch noch verlangt wurde, dass die Position, aus der die Kontrolle erfolgt, der militärischen Befehlshaberstellung vergleichbar sein müsse,²³⁹⁸ verzichtet die Verhandlungskammer in der *Brdanin*-Entscheidung zumindest im Hinblick auf die Sanktionsgewalt ausdrücklich auf dieses Kriterium. Vielmehr reiche es aus, wenn der Vorgesetzte in der Lage und zumindest aufgrund seiner Stellung in der Hierarchie verpflichtet sei,²³⁹⁹ Sanktionen in die Wege zu leiten.²⁴⁰⁰ Das Vergleichbarkeitserfordernis im

2391 Vgl. hier S. 481 f.

2392 Vgl. nur RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-A (*Musema*) § 132.

2393 RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) §§ 213 ff.; vgl. auch Williams CLF 13 (2002) S. 365, 367.

2394 RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) §§ 213 ff.

2395 JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 78.

2396 Vgl. auch Williams CLF 13 (2002) S. 365, 367 f. m.w.N.

2397 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 308 m.w.N.

2398 So auch noch JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 355 ff., 363, 378; vgl. ferner Ambos in: McDonald/Swaak-Goldman, S. 25.

2399 So JStGH, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brdanin*) § 281.

2400 JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) §§ 74, 78.

Hinblick auf die Steuerungsmacht des Vorgesetzten wurde dann aber spätestens mit der *Musema*-Rechtsprechung des RStGH weitgehend relativiert und lediglich noch eine Kontrollstellung gefordert, ohne diese jedoch genauer zu definieren.²⁴⁰¹

Auch mit der Frage, wie das Hierarchieverhältnis, das zu einer superior responsibility führen kann, im Detail auszusehen hat, setzt sich die Verhandlungskammer, die diese Frage als „*very heart of the concept of command responsibility*“ bezeichnet, im Verfahren gegen *Pavle Strugar* auseinander.²⁴⁰² Hier kommt insbesondere der Aspekt zum Tragen, wie weit die Befehlsgewalt reichen muss, um zu einer tatbestandlichen Kontrolle über Untergebene zu führen. Diese Frage erörtert die Verhandlungskammer im Hinblick auf das häufig auftretende Problem der Verantwortlichkeit von Stabsoffizieren ohne operative Befehlsgewalt. Sie nimmt insofern insbesondere Bezug auf das *Muto*-Verfahren vor dem IMTFE²⁴⁰³ sowie auf den Geisel- und den OKW-Prozess.²⁴⁰⁴ In Anlehnung an diese Entscheidungen begründet die Kammer, dass auch ein Vorgesetzter verantwortlich sein könne, der nicht über formale Befehlsgewalt, jedoch über effektive Einflussmöglichkeiten verfüge. Dies gelte etwa für einen Militärberater, der durch seine Einflussnahme ein Geschehen steuern kann, weil die kommandierenden Offiziere seinem Rat folgen.²⁴⁰⁵ Das Tribunal spricht insofern von „*indirect subordination*“. Eine Person, die Einfluss nehmen könne, müsse dies in jeder möglichen und zumutbaren Form tun, um Kriegsverbrechen zu verhindern, mag dies durch Protest gegenüber den Befehlshabern oder bei den ihnen übergeordneten Stellen erfolgen. Um strafrechtliche Verantwortlichkeit zu vermeiden, müsse der Betreffende gegebenenfalls sein Amt niederlegen. Daher stehe es der Vorgesetztenverantwortlichkeit grundsätzlich nicht entgegen, wenn der Vorgesetzte nicht befugt sei, Entscheidungen allein zu treffen oder eine Anweisungskonkurrenz bestehe.²⁴⁰⁶

Der formelle Status der Befehlshabereigenschaft sei ebenso wenig allein maßgebend²⁴⁰⁷ wie die Einbindung in ein völkerrechtliches Staatsgebilde. Die Anknüpfung an formelle Strukturen führe ansonsten nämlich dazu, dass in einer selbsterklärten Regierung oder Armee beziehungsweise paramilitärischen Gruppe ein von Vorgesetztenverantwortlichkeit freier Raum entstünde.²⁴⁰⁸ Es komme daher vielmehr auf die tatsächliche Möglichkeit an, gegebenenfalls auch mittelbar, also über eine Befehlskette,²⁴⁰⁹ Kontrolle über die Handlungen der faktisch Un-

2401 Vgl. hierzu hier S. 563 ff.; ferner *Williams* CLF 13 (2002) S. 365, 373 m.w.N.

2402 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 359; vgl. auch Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 217.

2403 Vgl. hierzu hier S. 524 f.

2404 Vgl. hierzu S. 517.

2405 Vgl. auch *Park Military Law Review* 1 (1973), 1, 86; ebenso *Safferling* JZ 2010, 965, 967.

2406 So JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 313 m.w.N.

2407 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 369 f.; RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 220.

2408 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 309 m.w.N.

2409 JStGH, Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) §§ 116 ff.

tergebenen auszuüben.²⁴¹⁰ Daher sei die formelle Befehlsgewalt nicht zwingende Voraussetzung für superior responsibility; diese könne vielmehr ebenso de facto wie de iure begründet werden.²⁴¹¹ Ein Offizier, dem aufgrund formeller Gründe der Organisation keine Möglichkeiten gegeben sind, die Disziplin aufrechtzuerhalten, habe dennoch den Versuch zu unternehmen, zumindest die faktische Möglichkeit zur Verhinderung von Verbrechen zu schaffen.²⁴¹² So sei bereits in dem Verfahren gegen *Mummumenthey*²⁴¹³ und *Röchling*²⁴¹⁴ festgestellt worden, dass es einer formellen Befehlsgewalt über die unmittelbar handelnden Täter nicht bedürfe; vielmehr wurde die faktische, aber indirekte Möglichkeit, auf die Befehlsgeber der unmittelbaren Täter einzuwirken und auf diese Weise die Taten zu unterbinden, als ausreichend angesehen.²⁴¹⁵ Das Urteil gegen *Röchling* – so die Verhandlungskammer – sprach insofern von „*sufficient authority*“ und habe damit einen Grad faktischen Einflusses umschrieben, der zur Begründung der Verantwortlichkeit ausreichend sei.²⁴¹⁶ Ein in diesem tatsächlichen Sinne Vorgesetzter sei verpflichtet, die von seinen (faktischen) Untergebenen drohenden Straftaten zu verhindern. Im Falle der Pflichtverletzung sei er persönlich individuell für die Tat verantwortlich. Damit etabliert das Jugoslawien-Tribunal den Begriff der „*effective control*“²⁴¹⁷ im Sinne einer akuten – gegebenenfalls auch nur temporär ausgeübten²⁴¹⁸ –, tatsächlichen Kontrollmacht,²⁴¹⁹ als essenzielle Voraussetzung der Vorgesetztenstellung. Das Gericht schließt sich ausdrücklich der Auffassung der ILC an, die in Art. 6 ICL Draft Code die Ausweitung der Verantwortlichkeit auf jene zivilen Vorgesetzten festgeschrieben hatte, die militärischen in der Anweisungsmacht faktisch vergleichbar seien.

Dabei betont die Verhandlungskammer zudem in der *Kvoka*-Entscheidung, die ausschließlich rechtliche Anweisungsmacht sei nicht ausreichend, um die su-

2410 Zu den Indizien für das Vorliegen der *effective control* JStGH, Urt. v. 15.3.2006 IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) §§ 82 ff.

2411 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 369 f.; Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 76.

2412 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 373.

2413 Vgl. hierzu hier S. 516.

2414 Vgl. hierzu hier S. 506.

2415 Vgl. etwa JStGH, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 365 m.w.N.; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 408.

2416 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 77.

2417 Vgl. nur JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) §§ 73 f.; JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) §§ 301 ff.; Urt. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 363; sowie die Entscheidung der Berufungskammer, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) § 196; und die Verhandlungskammer in JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 311 m.w.N.; unter Bezugnahme auf Art. 28 IStGH-Statut; JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 58; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) §§ 76 ff.; vgl. aber auch Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 221.

2418 Vgl. Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 362.

2419 Vgl. JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) § 302.

perior responsibility zu begründen.²⁴²⁰ Das bedeute jedoch nicht, dass die formaljuristische Vorgesetztenstellung keine über ihre indizielle Wirkung hinausgehende Bedeutung habe. Eine Stellung als strafrechtlich verantwortlicher Vorgesetzter hatte die Verhandlungskammer in der *Hadžihasanović*-Entscheidung auch dann angenommen, wenn der Kommandeur einer Einheit ohne die Anwendung unmittelbaren Zwangs nicht mehr in der Lage sei, die Begehung von Verbrechen zu verhindern. Solange er in der Lage sei, die Bezugstaten mit irgendwelchen Mitteln zu verhindern, sei im Hinblick auf die formale Position anzunehmen, dass der formale Vorgesetzte auch die effektive Kontrolle ausübe.²⁴²¹ Damit kommt der formalen Position als militärischer Vorgesetzter insofern auch Bedeutung als materielles Kriterium zu, nämlich als ein Fall der Institutionalisierung der Vorgesetztenpflicht:

Während nicht jeder, der einen anderen aufgrund der reinen Möglichkeit von Gewaltanwendung zwingen könnte, ein Verbrechen zu unterlassen, als Vorgesetzter verantwortlich ist, stellt die institutionalisierte Vorgesetztenstellung eine befehlsbezogene Beziehung zwischen höherrangigem und nachgeordnetem Soldaten dar, die bereits die Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen in sich trägt. Diese Beziehung dürfte jedoch nach der Judikatur des Jugoslawien-Tribunals über die formale Vorgesetztenstellung hinaus gelten, wenn der Vorgesetzte zum Untergebenen zwar nicht in einer rechtlich formalisierten, aber zumindest tatsächlich institutionalisierten, also durch zumindest von den Subjekten der Kontrollbeziehung grundsätzlich anerkannten Regeln geprägten, Beziehung stehen, die dem Vorgesetzten die Erteilung von Anweisungen mit internem Anspruch auf Befolgung gibt.²⁴²² Eine Vorgesetztenbeziehung besteht demnach soweit und solange, wie sich der Untergebene dem Vorgesetzten in der maßgeblichen „Dienstbeziehung“ grundsätzlich faktisch unterordnet, die Vorgesetztenstellung also anerkennt. Innerhalb dieser Beziehung besteht daher die Vorgesetztenstellung auch dann fort, wenn der Kommandeur nur mit unmittelbarem Zwang in der Lage ist, eine Anordnung durchzusetzen. Etwas anderes kann gelten, wenn formell nachgeordnete Personen ihre Unterordnung generell aufgeben und sich aus der Anweisungsbeziehung als solcher lösen. Im Hinblick auf diese Grundanforderung einer gewissen Verfestigung der Kontrollbeziehung kann der These von *Ambos*²⁴²³ im Ergebnis zugestimmt werden, es handele sich – nach deutschen Kategorien der Strafrechtsdogmatik – um ein *Sonderdelikt*.²⁴²⁴

2420 JStGH, Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (*Miroslav Kvoka*) §§ 315; Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brdanin*) § 276.

2421 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 76.

2422 Vgl. auch Werle Völkerstrafrecht Rn. 546 ff.; Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 169 ff., 174 ff., 261 zum „strukturbbezogenen Sonderverhältnis“.

2423 Ambos Der Allgemeine Teil, S. 667.

2424 Kreß HuV 1999, 4, 9 spricht von einem „unechten Sonderunterlassungsdelikt“.

In der Čelebići-Entscheidung hat die Verhandlungskammer zur Untermauerung der weitgehenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein Beispiel aus der Kommentierung zu Art. 86 f. ZP I herangezogen, in dem die Verantwortlichkeit des militärischen Offiziers betont wird, der Kriegsgefangene in seiner Obhut hat. Ein Offizier habe Straftaten der Zivilbevölkerung gegenüber in seiner Obhut befindlichen Kriegsgefangenen zu verhindern, selbst wenn Nichtmilitärangehörige nicht formell seiner Autorität untergeordnet seien.²⁴²⁵ Dieses Ergebnis dürfte kaum bestreitbar sein; jedoch wird hier deutlich, dass das Tribunal über das Instrument der Vorgesetztenverantwortlichkeit und seine Ausweitung auf Personen außerhalb jedweder Hierarchiebeziehung letztlich das Fehlen einer allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit ausgleicht. In der hier beschriebenen Konstellation bedürfte es nämlich bei Anerkennung eines unechten Unterlassungsdelikts im Sinne von § 13 StGB keiner Rechtsfigur der superior responsibility. Die Lösung des Tribunals ist aber insofern konsequent, als die Verhandlungskammer in der Orić-Entscheidung²⁴²⁶ nicht nur die sich aus dem humanitären Völkerrecht ergebende Verpflichtung zum Handeln zum Schutz solcher Personen betont, die sich in der Obhut des Pflichtigen befinden, und die Pflicht der Abwendungspflicht aus der Autoritätsstellung gleichachtet. Vielmehr wird auch eine Handlungspflicht zum Schutz von Personen angenommen, die aufgrund vorausgehenden Verhaltens des Vorgesetzten einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt worden sind. Ein Ansatz, den bereits die *Kahan-Kommission* herausgearbeitet hatte.²⁴²⁷

(bb) Die Verantwortlichkeit privatwirtschaftlicher Entscheidungsträger in der Musema-Entscheidung des RStGH

Wenn auch bereits zuvor Verurteilungen von Zivilpersonen durch die Ad-hoc-Tribunale stattgefunden hatten, so kommt im Rahmen der Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe zur Haftung ziviler Vorgesetzter dem Urteil der 1. Verhandlungskammer des RStGH gegen *Alfred Musema* besondere Bedeutung zu.²⁴²⁸ Er war Direktor der staatlichen Gisovu-Teefabrik in der Präfektur Kibuye und ihm wurde vorgeworfen, aktiv an Verbrechen gegen Angehörige der Tutsi zwischen April und Juni 1994 teilgenommen zu haben. Die Anklage stützte sich hierbei ausdrücklich sowohl auf eine Verantwortlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 als auch nach Art. 6 Abs. 3 RStGH.²⁴²⁹ Am 27. Januar 2000 befand die Kammer *Musema* des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit für schuldig und

2425 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 371 f. unter Bezugnahme auf Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, Vol. XI, S. 462, 542–549; 630–632, 1230, 1260.

2426 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 304.

2427 Vgl. hier S. 532 f.

2428 RStGH, Urt. 27.1.2000 – ICTR-96-13-I (*Musema*).

2429 RStGH, Anklage, ICTR-96-13-I (*Musema*).

verurteilte ihn zu lebenslanger Haft. In dieser Entscheidung, die von der Berufungskammer im Wesentlichen bestätigt worden ist, führte die Verhandlungskammer zunächst aus, dass auch der zivile Vorgesetzte Inhaber der effective control sein könne. Zur Begründung der Verantwortlichkeit eines Fabrikdirektors, also einer nicht in eine militärische, staatlich-hoheitliche oder politische Hierarchiestruktur eingebundenen Person, verwies die Kammer auf das Urteil des Tokio-Tribunals gegen den ehemaligen Außenminister Japans Hirota sowie auf die Judikatur der Ad-hoc-Tribunale.²⁴³⁰ Zunächst stellte die Kammer die unterschiedlichen Auffassungen zur Haftung ziviler Vorgesetzter in der Entscheidung gegen Hirota dar. Sie ging dabei auf das abweichende Votum des Richters Röbling, der einen sehr restriktiven Umgang mit einer Haftung von Zivilpersonen angemahnt hatte, ebenso ein wie auf die bisherige Judikatur des Ruanda-Tribunals, die eine stark einzelfallbezogene Bewertung der Vorgesetztenverantwortlichkeit vorgenommen hatte, indem sie die effective control als maßgeblichen Faktor in den Fokus der Betrachtung gerückt hatte.²⁴³¹ Dabei bezogen sich diese Entscheidungen jedoch, ebenso wie die Entscheidung zu den Vorfällen in Čelebići, auf politische oder militärische Entscheidungsträger. Die Frage nach der Haftung des privatwirtschaftlichen Vorgesetzten blieb dahin in der Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale ungestellt.

Die Verhandlungskammer betonte im *Musema*-Urteil, aus historischer und rechtlicher Sicht sei es bedeutsam, die unterschiedlichen Begründungen in den Blick zu nehmen, die seit dem Zweiten Weltkrieg für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nichtmilitärischer Vorgesetzter für das Fehlverhalten von Untergebenen entwickelt worden seien. Insofern stützte sich das Tribunal zunächst auf den Aspekt der faktischen Steuerungsmöglichkeit, indem es betonte, bereits in der Entscheidung gegen *Muto* sei festgestellt worden, dass auch Einflussmöglichkeit, die nicht mit der formellen Befehlsgewalt identisch sei, als Basis für die Haftung aus superior responsibility genügen könne. Diese Einflussmöglichkeit tauche bei Über-Unterordnungs-Befehlsverhältnissen oftmals in der Form der Ausübung psychologischen Drucks auf. Auf diesen Druck als Element der Kontrolle stützte sich die Kammer, wenn sie hervorhebt, *Musema* sei eine sozial und politisch bedeutende Persönlichkeit gewesen.²⁴³² Zwar erfordere die superior responsibility mehr als irgendeinen Einfluss, nämlich die effektive Kontrolle über den Untergebenen; jedoch sei diese als Steuerungsmöglichkeit de iure ebenso denkbar wie de facto. Unter Bezugnahme auf die *Röchling*-Entscheidung des französischen Militärtribunals und auf Art. 87 ZP I stellte die Verhandlungskammer fest, auch die indirekte Steuerungsmacht, wie sie ein wirtschaftlicher Vorgesetzter innehabe,

2430 RStGH, Urt. v. 27.1.2000 – ICTR-96-13-I (*Musema*) §§ 133 ff.

2431 Vgl. die Nachweise bei RStGH, Urt. 27.1.2000 – ICTR-96-13-I (*Musema*) §§ 134 ff.

2432 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 140.

könne ausreichen, solange sie zu einer tatsächlichen Kontrollmöglichkeit führe. Das Urteil beschränkt sich letztlich auf die Begründung – über die andere Urteile der Ad-hoc-Gerichtshöfe zur superior responsibility von Zivilpersonen auch kaum hinausgehen –, der Angeklagte habe eine hinreichende De-facto-Steuerungsmacht auch über solche Personen innegehabt, die nicht a priori unter seinem Befehl gestanden haben. Seine Vorgesetztenverantwortlichkeit gründe sich auf die ihm zur Verfügung stehende Möglichkeit, die Täter der zugelassenen Straftaten zu kommandieren.²⁴³³

Die Annahme der erforderlichen effective control stützte die Verhandlungskammer im konkreten Fall schließlich auf die rechtliche und finanzielle Kontrolle des Angeklagten über seine Angestellten, insbesondere aufgrund seiner Macht über die Arbeitsplätze und als Person mit Autorität und beträchtlichem Einfluss in der Region. Zeugen hatten ihn als Mann beschrieben, der eine dem Präfekten eines Regierungsbezirks faktisch vergleichbare Machtstellung gehabt habe und häufig bei Besprechungen von Hoheitsträgern beteiligt gewesen sei.²⁴³⁴ Musema habe die Möglichkeit gehabt, die Verwendung von Gegenständen im Eigentum der Teefabrik (Fahrzeuge etc.) für die Tatbegehung zu verbieten und eine Zu widerhandlung zu bestrafen, also geeignete Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung zu ergreifen. Dies habe er unterlassen; daher sei er persönlich als Vorgesetzter strafrechtlich für die begangenen Verbrechen verantwortlich.²⁴³⁵

Damit kann es nach der Judikatur des RStGH ausreichen, um die effective control eines zivilen Vorgesetzten zu begründen, dass der Betreffende rechtliche Steuerungsgewalt oder im Rahmen eines privatrechtlichen Anweisungsverhältnisses gar nur mittelbar finanzielle Herrschaft ausübt. Dass diese Steuerungsmacht der militärisch-unmittelbaren Befehlsgewalt nicht mehr vergleichbar ist, hat die Kammer bewusst hingenommen. Das Erfordernis einer Befehlsähnlichkeit, das vom JStGH zunächst aufgestellt worden war, wurde aufgegeben,²⁴³⁶ wenn auch die Berufungskammer später, in der *Bagilishema*-Entscheidung²⁴³⁷ eine sorgfältige Prüfung der Haftungsvoraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut angemahnt hat, um eine Verantwortlichkeit trotz fehlender tatsächlicher Steuerungsmacht zu verhindern.²⁴³⁸

2433 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 148.

2434 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 868.

2435 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 880; vgl. hierzu auch *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 87.

2436 Vgl. *Williams* CLF 13 (2002) S. 365, 372 f.

2437 RSTGH, Urt. v. 7.6.2001, ICTR-91-1A-T (*Bagilishema*) § 46.

2438 Vgl. auch *Williams* CLF 13 (2002) S. 365, 373.

(c) Mens rea

Zu den subjektiven Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit stellt die Verhandlungskammer in der Orić-Entscheidung zunächst fest, der Vorgesetzte müsse sich seiner Vorgesetztenstellung bewusst sein, um Kontrolle ausüben zu können.²⁴³⁹ Die darüber hinausgehenden subjektiven Anforderungen sind insbesondere von der Verhandlungskammer in der Čelebići-Entscheidung erörtert worden. Dort konstatiert das Tribunal – bestätigt von der Entscheidung der Berufungskammer²⁴⁴⁰ –, Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut²⁴⁴¹ statuiere ebenso wenig wie Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut²⁴⁴² eine *strict liability*, also keine Erfolgs- oder Gefährdungshaftung, sondern nur eine Verantwortlichkeit unter der Bedingung des „*knew or should have known*“.²⁴⁴³ Damit benennt das Tribunal als Voraussetzung für die superior responsibility die der Verantwortlichkeit entsprechende *mens rea*.²⁴⁴⁴ Die strafrechtliche Haftung hängt also für militärische und zivile Vorgesetzte gleichermaßen²⁴⁴⁵ davon ab, dass der Vorgesetzte positives Wissen um das bevorstehende, in der Begehung begriffene oder durch die Untergebenen begangene Verbrechen hat oder ihm zumindest Informationen zur Verfügung stehen, die ihn über das Risiko solcher Taten in Kenntnis gesetzt hätten („*real and present risk*“),²⁴⁴⁶ wenn er die nach den Umständen angemessenen Untersuchungen über solche Taten angestellt hätte.²⁴⁴⁷

(aa) Actual knowledge

Das tatsächliche Wissen („*actual knowledge*“)²⁴⁴⁸ nahm die Verhandlungskammer in der Čelebići-Entscheidung an, soweit durch unmittelbare Beweise oder anhand hinreichender Indizien als bewiesen angesehen werden konnte, dass der Vorgesetzte tatsächlich Kenntnis von den kriminellen Vorgängen hatte. In der Kordić-Entscheidung wird actual knowledge als das Bewusstsein definiert, dass

2439 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 316; vgl. auch RStGH, Urt. v. 21.5.1999, ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 225.

2440 JStGH, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) § 239.

2441 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 66; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 316; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 412; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 92.

2442 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-A (*Musema*) § 129; Urt. v. 1.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljelić*) § 776 m.w.N.

2443 Verkürzt für die lateinische Wendung: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

2444 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 320; Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-A (*Musema*) § 135 m.w.N.

2445 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 68; vgl. auch Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 92.

2446 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 383.

2447 Vgl. hierzu auch United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5006.

Verbrechen begangen werden oder im Begriff sind, begangen zu werden.²⁴⁴⁸ Eine allgemeine Regel im Sinne einer festen Beweisregel, nach der anhand von Art, Ausmaß, Zahl oder Dauer der Verbrechen von der Kenntnis auszugehen ist, lehnt die Rechtsprechung des JStGH dagegen ausdrücklich ab. Solche Umstände seien lediglich Indizien, die den Schluss auf das Wissen zulassen können.²⁴⁴⁹

(bb) „Had reason to know“

Mit Blick auf die individuellen Bedingung des „*had reason to know*“ führt die Verhandlungskammer in der Čelebić-Entscheidung zunächst aus, es könne dem Vorgesetzten keinesfalls zur Entlastung dienen, wenn er bewusst die Augen vor Taten seiner Untergebenen verschließe („*wilful blindness*“).²⁴⁵⁰ Dies gelte insbesondere dann, wenn der Kommandeur Berichte über Verbrechen seiner Truppen ignoriert.²⁴⁵¹ Ferner begehe ein Vorgesetzter eine Pflichtverletzung, der über Informationen verfügt, die ihn zu dem Schluss zwingen müssten, dass seine Untergebenen Verbrechen begehen, wenn er diese Informationen nicht angemessen bewertet.²⁴⁵² Strafrechtlich sei er dann nach den Grundsätzen der superior responsibility für diese Taten seiner Untergebenen verantwortlich.²⁴⁵³

Problematisch seien jedoch Fälle, in denen dem Vorgesetzten die notwendigen Informationen deswegen fehlen, weil er es versäumt hat, seine Untergebenen pflichtgemäß zu überwachen.²⁴⁵⁴ Insofern habe sich jedoch in der Judikatur zur Aufarbeitung der Verbrechen im Zweiten Weltkrieg der Grundsatz entwickelt, dass das Fehlen von Informationen dem Vorgesetzten dann nicht zugutekomme, wenn dieser sich vorwerfen lassen muss, die Beschaffung der notwendigen Informationen versäumt zu haben.²⁴⁵⁵ Der Vorgesetzte habe grundsätzlich seine Versorgung mit den zur Erfüllung seiner Aufsichtspflichten erforderlichen Informationen selbst sicherzustellen, er habe zudem stets wachsam zu bleiben.²⁴⁵⁶ Insofern könne seine eigene Pflichtverletzung keinesfalls zu seinen Gunsten wirken; der Umfang und die Reichweite der Informationsbeschaffungspflichten hänge je-

2448 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 427; vgl. ferner Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 93.

2449 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) §§ 384 ff.; ebenso Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (*Aleksovski*) § 80; Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) § 307; Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 368; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 413; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 94.

2450 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 69.

2451 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 99 m.w.N.

2452 Im *Toyoda*-Verfahren war insofern von „*constructive*“ knowledge gesprochen worden, United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5006.

2453 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 393; JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) § 310; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 322.

2454 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 387.

2455 Vgl. hierzu International Military Tribunal for the Far East, Urt. v. 12.11.1948 in: *Pritchard/Zaide, The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 48, 445.

2456 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 322 f.

doch vom Einzelfall ab.²⁴⁵⁷ Insofern nimmt die Verhandlungskammer in der Čelebić-Entscheidung die Ausführungen des Militärgerichts aus dem Verfahren gegen Toyoda auf, in dem dieses im Rahmen der Vorgesetztenverantwortlichkeit darauf abgestellt hatte, dass der Befehlshaber verantwortlich sein könne, „*who knew, or should have known, by use of reasonable diligence*“.²⁴⁵⁸ Ähnliche Stellungnahmen zur *mens rea* („*it was his duty to know*“) werden aus den Verfahren gegen *Mummertey* und gegen *Röchling* zitiert.²⁴⁵⁹

Dabei stellt die Verhandlungskammer²⁴⁶⁰ – auch gestützt auf Art. 28 IStGH-Statut, in der die entsprechende Formulierung „*should have known*“ lautet – darauf ab, dass einerseits nur in der konkreten Situation tatsächlich verfügbare Informationen mit in die Bewertung einbezogen werden dürfen.²⁴⁶¹ Andererseits müssen aber auch Hinweise Berücksichtigung finden, derentwegen Kenntnisse hätten erlangt werden müssen, die zum Erkennen der bevorstehenden Tatbegehung geführt hätten.²⁴⁶² Hier reicht es nach der ständigen Judikatur des JStGH²⁴⁶³ aus, wenn der Vorgesetzte allgemeine Informationen hatte, die ihn – gegebenenfalls auch nach der Durchführung weiterer Ermittlungen – auf die in der Begehung begriffenen Verbrechen gestoßen hätten.²⁴⁶⁴ So hat es die Berufungskammer in der Čelebić-Entscheidung ausreichen lassen, dass der Befehlshaber die Information über den gewalttätigen oder instabilen Charakter seiner Soldaten oder Trunkenheit bei Einsätzen seiner Untergebenen ignoriert hatte.²⁴⁶⁵ Besondere Bedeutung kann bei der Bewertung der Pflicht zur Kenntnis oder Kenntnisverschaffung dem Umstand zukommen, dass es in der betreffenden Militäreinheit oder durch den konkreten Untergebenen bereits zuvor zu verbrecherischen Handlungen gekommen ist.²⁴⁶⁶ Der Vorgesetzte könne aber – so die Verhandlungskammer im *Blaškić*-Urteil – dann nicht als verantwortlich angesehen werden, wenn er seine Pflichten zur Informationsbeschaffung erfüllt habe, ihm aber

2457 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 68.

2458 Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 389; vgl. auch Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 428; United States v. *Soemu Toyoda*, Official Transcript of Record of Trial, S. 5006: „*should by exercise of ordinary diligence have learned*“.

2459 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 389; ferner JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) §§ 318 ff. m.w.N.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 322.

2460 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 389; bestätigt durch die Entscheidung der Berufungskammer, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 239.

2461 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 29.7.2004 – IT-94-14-A (*Blaškić*) § 62; Urt. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 369 f. m.w.N.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 95 m.w.N.; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 414; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 120.

2462 JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) § 332; vgl. ferner Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 97.

2463 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) §§ 97 ff. m.w.N.

2464 Vgl. hierzu auch JStGH, Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A (*Krnjelac*) Appeal §§ 155, 166; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 120 m.w.N.; vgl. zu Art. 6 Abs. 3 RStGH, Urt. v. 1.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) § 778 m.w.N.

2465 JStGH, Urt.v. 20.2.2001 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 238; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 120.

2466 Vgl. hierzu JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) §§ 102 ff.

dennnoch eine zur Verhinderung von Verbrechen notwendige Information nicht zur Verfügung stehe.²⁴⁶⁷ Dagegen könne jeder durch Nachlässigkeit verursachte Informationsmangel nach Ansicht des Tribunals die Verantwortlichkeit begründen.²⁴⁶⁸

Die Voraussetzungen der schuldhaften Pflichtverletzung hat die Berufungskammer in diesem Verfahren jedoch enger gezogen, indem sie ausführt, eine Pflicht, um kriminelle Vorgänge zu wissen, bestehe seitens des Befehlshabers nicht, so dass die superior responsibility zwar durch vorsätzliche Unkenntnis begründet werden könne, nicht aber bereits durch eine fahrlässige Verletzung der Pflicht, sich zu informieren.²⁴⁶⁹ Damit kommt die Kammer zu einem Verschuldenmaßstab, der deutlich höhere Hürden für die strafrechtliche Verantwortlichkeit aufstellt. Dieses Verständnis wird auf die Judikatur des Ruanda-Tribunals in der Sache *Bagilishema*²⁴⁷⁰ gestützt, in der die Berufungskammer eine Vorgesetztenverantwortlichkeit aufgrund schlicht fahrlässigen Nichtwissens als weder notwendig, noch vom internationalen Recht hinreichend bestimmt angesehen hatte. In der *Musema*-Entscheidung erfolgt ferner der Hinweis auf den Kommentar zu Art. 87 ZP I. Dort werde ausgeführt, die dem Vorgesetzten vorzuwerfende Nachlässigkeit müsse so schwerwiegend sein, dass sie mit dem Verbrechenvorsatz verglichen werden könne.²⁴⁷¹ Bei besonders schwerwiegenden fahrlässigen Pflichtverletzungen kommt daher nach dieser Rechtsprechung eine Vorgesetztenverantwortlichkeit durchaus in Betracht. Die Verantwortlichkeit wurde dadurch weitgehend auf die Fallgestaltungen der „recklessness“ begrenzt, also einer Willensbeteiligung, die das Erkennen der Erfolgsverwirklichung als Möglichkeit voraussetzt, sich also in deutschen Kategorien im Grenzbereich zwischen bewusster Fahrlässigkeit und dolus eventualis bewegt.²⁴⁷² Nimmt der Vorgesetzte also das Risiko wahr, dass seine Untergebenen Verbrechen begehen, ergreift aber dagegen dennoch keine Maßnahmen, so liegt die erforderliche *mens rea* vor.²⁴⁷³

Die Formulierung „*reason to know*“ in Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut ist demgemäß wohl insbesondere im Hinblick auf die Judikatur in der *Orić*-Entscheidung so zu verstehen, dass der Vorgesetzte Gründe – im Sinne von Verdachtsmomenten bezogen auf Verletzungen des humanitären Völkerrechts – haben muss, dezentwegen er in seiner konkreten Lage verpflichtet gewesen wäre, sich das zur

2467 JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (*Blaškić*) § 332.

2468 JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (*Blaškić*) § 320; ferner JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21T (*Delalić*) § 393; Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) §§ 238 ff.

2469 JStGH, Urt. v. 29.7.2004 – IT-96-14-A (*Blaškić*) §§ 62 ff.; ebenso Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 96.

2470 RStGH, Urt. v. 7.6.2001, ICTR-91-1A-T (*Bagilishema*).

2471 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-A (*Musema*) §§ 130 f. unter Hinweis auf *De Preux* in: AP I-Commentary Rn. 3542.

2472 Vgl. auch *Feria Tinta* NILR 2000, 293, 322; *Parks* MLR 1973 (62), 1, 97.

2473 Vgl. hierzu *Cassese* Internationale Criminal Law, 2. Edt. 2008, S. 66 f. m.w.N.; der allerdings die recklessness im Ergebnis mit dem dolus eventualis deutscher Prägung gleichsetzt.

Abwendung des Verbrechens seiner Untergebenen notwendige Wissen zu verschaffen und dies dennoch schulhaft unterlassen hat.²⁴⁷⁴ Dabei reichen reine Nachlässigkeiten nicht aus; vielmehr muss eine zumindest – nach deutschem Verständnis – bewusste Fahrlässigkeit gefordert werden, wenn man der neueren Judikatur der Tribunale folgt. In diese Richtung dürfte auch die Orić-Entscheidung der Verhandlungskammer weisen, die ausführte, an die Pflichtverletzung dürfe kein rein objektiver Maßstab angelegt werden, weil sonst die Schwelle zur strict liability überschritten zu werden drohe.²⁴⁷⁵

Die Verhandlungskammer des RStGH wirft in der *Kayishema*-Entscheidung die Frage auf, ob an die mens rea des zivilen Vorgesetzten strengere Anforderungen zu stellen sind als an diejenige des militärischen Befehlshabers.²⁴⁷⁶ In diesem Zusammenhang weist die Kammer auf die entsprechende Unterscheidung in Art. 28 IStGH-Statut hin, der dem militärischen Vorgesetzten eine gesteigerte Pflicht zuweist, sich selbst aktiv über die Tätigkeiten seiner Untergebenen zu informieren. Während der militärische Befehlshaber nach dem Rom-Statut verantwortlich ist, wenn er weiß oder im Hinblick auf die konkreten Umstände „*hätte wissen sollen*“, dass seine Untergebenen Straftaten begehen, ist der zivile Vorgesetzte nur verantwortlich, soweit er weiß oder „*wissenschaftlich Informationen vernachlässigt, die klar darauf hindeuten*“, dass seine Untergebenen Straftaten begehen.²⁴⁷⁷ Diese Differenzierung hat die Kammer aufgegriffen und festgestellt, dass sich aus der Stellung als nichtmilitärischer Vorgesetzter nicht prima facie die Pflicht ergebe, über alle Handlungen Untergebener genauestens informiert zu sein.²⁴⁷⁸ Vielmehr müsse dem Vorgesetzten nachgewiesen werden, dass er um die Tatbegehung durch die Untergebenen gewusst oder zumindest klare Indizien für die Begehung vernachlässigt hat. Ob diese Differenzierung, die durch die Einschränkungen der *mens rea* auf *recklessness* wohl wenig sinnvoll geworden sein dürfte, noch aufrechterhalten wird, ist zu bezweifeln, zumal die Judikatur des JStGH betont hatte, die *mens rea* betreffend seien die gleichen Anforderungen an zivile wie an militärische Vorgesetzte zu stellen.²⁴⁷⁹

(d) „Necessary and reasonable measures“

In der Erörterung der Maßnahmen, die ein Vorgesetzter zur Verhinderung von Verbrechen zu ergreifen hat, fasst sich die Verhandlungskammer in der Čelibići-Entscheidung sehr kurz. Sie stellt fest, die alle Personen in der Position des Vor-

²⁴⁷⁴ Vgl. auch JStGH, Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 414.

²⁴⁷⁵ JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 324.

²⁴⁷⁶ RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) §§ 225 ff.

²⁴⁷⁷ Art. 28 lit. b i) IStGH-Statut.

²⁴⁷⁸ RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 228.

²⁴⁷⁹ Vgl. JStGH, Urt. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T (*Krnolejac*) § 94.

gesetzten treffende Pflicht bestehe darin, alle möglichen,²⁴⁸⁰ erforderlichen und zumutbaren, gegebenenfalls auch gefährliche²⁴⁸¹ Maßnahmen zur Verhinderung von Verbrechen durch Untergebene (*duty to prevent*) zu ergreifen. Dies können auch außergewöhnliche und aufwendige Maßnahmen sein. Gegebenenfalls muss sich der Vorgesetzte zudem von der Ausführung seiner Anweisungen zur Verhinderung der Bezugstat überzeugen.²⁴⁸² Soweit die Verbrechen bereits begangen worden sein sollten, ergebe sich die Pflicht zur Bestrafung der Täter (*duty to punish*).²⁴⁸³

(aa) Duty to prevent

In der *Halilović*-Entscheidung²⁴⁸⁴ nimmt die Verhandlungskammer eine Differenzierung der Pflichten vor, die den Vorgesetzten treffen. Sie geht zunächst von einer allgemeinen Pflichtenstellung zur Verhinderung bevorstehender und zum Unterbinden bereits in der Begehung befindlicher Verbrechen aus.²⁴⁸⁵ Diese Pflicht wird als „*general obligation*“ bezeichnet. Es handele sich um eine allgemeine Pflicht des Vorgesetzten, Verbrechen zu verhindern, die sich aus seiner Position der effektiven Kontrolle und der damit einhergehenden Möglichkeit ergebe, in effektiver Weise die Begehung schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts zu verhindern. Die Verpflichtung als solche leitet die Verhandlungskammer aus der besonderen Bedeutung her, die das humanitäre Völkerrecht bereits der Vorbeugung von Verbrechen und nicht nur ihrer Verhinderung im akuten Gefahrenfall zuschreibt. Die Verbrechensprävention sei ein anerkanntes Anliegen des humanitären Völkerrechts.²⁴⁸⁶ Insofern verweist die Kammer auf die Entscheidungen im Geisel-Prozess und im OKW-Prozess. Bereits dort habe das US-Tribunal eine Pflicht des Befehlshabers angenommen, die Ordnung in dem von seinen Truppen kontrollierten Gebiet aufrechtzuerhalten und die Zivilbevölkerung vor Übergriffen und Verbrechen zu schützen. Gleches sei auch im Verfahren gegen *Toyoda* ausgeurteilt worden und zudem Art. 87 ZP I zu entnehmen, wo eine Verpflichtung der Befehlshaber statuiert werde, sicherzustellen, dass die Mitglieder bewaffneter Streitkräfte unter ihrem Kommando hinreichend über

2480 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 122; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 122; RStGH, Urt. v. 1.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajeljeli*) § 779.

2481 Vgl. JStGH, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 374 Fn. 1092; unter Berufung auf die OKW-Entscheidung; vgl. ferner Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 153 ff.

2482 Vgl. JStGH, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 374 unter Berufung auf die Entscheidungen des Tokio-Tribunals, The International Military Tribunal for the Far East, Vol. I, S. 452.

2483 Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 395.

2484 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 87.

2485 Vgl. hierzu auch JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 127.

2486 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 87.

ihre Pflichten nach der Konvention und dem Zusatzprotokoll unterrichtet sind.²⁴⁸⁷

Diese Pflicht des Befehlshabers, die Beachtung des humanitären Völkerrechts zu sichern und die seinem Kommando unterstellten Einheiten zu kontrollieren, schließe auch die Überwachung des Gefahrenpotenzials innerhalb der militärischen Einheit ein – die Berufungskammer spricht hier von der Installation eines „*monitoring system*“²⁴⁸⁸ –, namentlich die Herstellung einer ausreichenden Disziplin und die Gewährleistung einer angemessenen Ausbildung, insbesondere durch Vermittlung der notwendigen Kenntnisse des internationalen Rechts.²⁴⁸⁹ Auch der Kommentar zum Genfer Recht betone, dass den Befehlshabern in besonderer Weise die Mittel an die Hand zu geben seien, um die Beachtung des humanitären Völkerrechts abzusichern, indem sie die entsprechenden Ausgangsbedingungen innerhalb ihrer Einheiten und den von ihnen kontrollierten Gebieten und für die darin lebenden Zivilisten schaffen. Damit betraue das humanitäre Völkerrecht den Befehlshaber mit einer Garantenposition für das Recht, das dem Schutz von Menschen und der Verhinderung von Kriegsverbrechen dient.²⁴⁹⁰ Dazu seien die Vorgesetzten in die Befehls- und Kontrollposition über ihre Untergebenen gestellt, die eine Verantwortlichkeit für Unterlassen begründet. Aus dieser, auch präventiven Ausrichtung ergebe sich als natürliches Element der Vorgesetztenverantwortlichkeit die Pflicht zur Informationsverschaffung, zur Ausbildung und Überwachung der befehligten Einheiten.

Ebenfalls zu den allgemeinen Präventionspflichten hat die Verhandlungskammer im *Hadžihasanović*-Prozess die Verpflichtung zur besonderen Überwachung solcher Untergebenen gezählt, die bereits in der Vergangenheit möglicherweise Verbrechen begangen haben oder die zumindest ein erhöhtes Risikopotenzial aufwiesen. Dies hat die Kammer unter Bezugnahme auf die Entscheidung gegen *Karl Rauer*²⁴⁹¹ und die besondere Pflicht zur Verhinderung vorhersehbarer Verbrechen begründet.²⁴⁹² In diesem Zusammenhang kann die Pflicht zur Sanktionierung auch Gegenstand der Pflicht zur Verhinderung sein und insofern einen anderen Bezugsrahmen erhalten als die „*duty to punish*“.²⁴⁹³ Diese ist nämlich grundsätzlich eine auf die Vergangenheit gerichtete Pflicht, die nicht unmittelbar die Prävention konkreter zukünftiger Taten zum Gegenstand hat.

2487 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 145.

2488 JStGH, Urt. v. 20.11.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) § 226; vgl. auch Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 149.

2489 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 81f.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 145 ff.

2490 Vgl. auch *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 87.

2491 Vgl. S. 505 ff.

2492 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 164 ff.

2493 Hierzu näher hier S. 576 ff.

Jedoch sei die Verletzung solcher Pflichten, die die Verhandlungskammer in der *Halilović*-Entscheidung als „*general obligation*“ bezeichnet, per se ebenso wenig verantwortlichkeitsbegründend, wie ihre Befolgung die Verantwortlichkeit ausschließe.²⁴⁹⁴ Die superior responsibility resultiere stets aus der Verletzung einer spezifischen Dienstpflicht („*specific obligation*“). Dabei hänge eine solche situationsspezifische Dienstpflicht insbesondere von den Interventionsmöglichkeiten des Vorgesetzten im konkreten Einzelfall ab. Eine Dienstpflicht könne etwa dahin gehend bestehen, klare Anweisungen zu geben, um die Ausführung von Befehlen im Einklang mit internationalem Recht oder den Gebräuchen des Krieges abzusichern und die Umsetzung dieser Befehle gegebenenfalls zu überwachen oder zu prüfen sowie disziplinarische Maßnahmen zur Verhinderung von Kriegsverbrechen zu ergreifen.²⁴⁹⁵ Es komme jedoch ebenso die Pflicht zum Protest gegen Kriegsverbrechen sowie zur Geltendmachung internationalen Rechts vor einer übergeordneten Instanz als Verpflichtung in Betracht. Den Versuch, hier konkrete Vorgaben zu machen, sah jedoch bereits die Verhandlungskammer in der *Delici*-Entscheidung²⁴⁹⁶ aufgrund der Besonderheiten in jedem einzelnen Fall als wenig aussichtsreich an.²⁴⁹⁷ Soweit dieser Hinweis in der *Halilović*-Entscheidung²⁴⁹⁸ so verstanden werden soll, dass die Frage der erforderlichen Maßnahme keine Frage des materiellen Rechts, sondern des Prozessrechts, des Beweises sei, so offenbart dies ein dem deutschen Strafrecht eher fremdes Verständnis des Beweisrechts. Fraglos liegt der Schwerpunkt der Aufgabe des Gerichts in der Ermittlung der tatsächlichen Umstände einer Tatbegehung und damit auch in der Feststellung, welche Maßnahmen möglich gewesen wären und welche Folgen sie gehabt hätten; aber die Bewertung der Handlungsoptionen auf ihre Erforderlichkeit und Zumutbarkeit hin ist – zumindest aus deutscher Sicht – eine Frage der materiellen Rechts.

In materieller Hinsicht ergänzt die *Orić*-Entscheidung hierzu, die Unmöglichkeit eines abstrakt-generellen Standards der zu ergreifenden Maßnahmen dürfe nicht zu der Annahme verleiten, es gebe gar keine Maßgaben für die Handlungspflicht; normative Vorgaben beständen insofern sehr wohl:²⁴⁹⁹ Vom Vorgesetzten können zunächst nur solche Maßnahmen verlangt werden, die tatsächlich in sei-

2494 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 88; vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 330 f. m.w.N.; vgl. auch JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 144 ff., wo jedoch von „*general measures*“ gesprochen wird, was jedoch in diesem Kontext den *general obligations* Vergleichbares, nämlich die Pflicht zur Ergreifung vorgelagerter genereller Maßnahmen meint.

2495 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 331 m.w.N.

2496 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 395.

2497 Ähnlich auch JStGH, Urt. v. 25.6.1999 – IT-95-14-1-T (*Aleksovski*) § 81; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 329 m.w.N.

2498 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 74; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 329 m.w.N.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 124.

2499 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 329 m.w.N.

ner Macht stehen und angemessen erscheinen.²⁵⁰⁰ Ferner hänge die Reichweite und der Umfang der Pflicht vom Grad der effektiven Kontrolle („*degree of effective control*“) ab, die der Vorgesetzte ausüben könne. Innerhalb dieses Rahmens habe er aber alle erforderlichen und sinnvollen Verhinderungsmaßnahmen zu ergreifen, um Verbrechen seiner Untergebenen von der Planung an zu unterbinden. Dies schließe auch die Verwendung unmittelbaren Zwangs, also körperlicher Gewalt ein.²⁵⁰¹ Die Notwendigkeit auch extremer Mittel – bis zur Tötung des potentiellen Täters – rechtfertigt die Verhandlungskammer in der *Hadžihasanović*-Entscheidung mit der allgemein militärischen Erwägung, dass ein Kommandeur den Gehorsam seiner Truppen als Funktionsbedingung einer Armee absichern und notfalls erzwingen müsse. Der Offizier werde – so die Kammer – auch nicht zögern, einen Befehl im Kampf notfalls mittels Gewalt durchzusetzen. Er werde schließlich in Kriegszeiten auch die Hinrichtung von Soldaten anordnen, die den Gehorsam verweigern oder desertieren. Diese Pflicht zur Sicherung des Gehorsams sei nicht auf Befehle im Kampf beschränkt, sondern beziehe sich auch auf Anordnungen zur Beachtung des humanitären Völkerrechts. Die Frage, ob der Kommandeur tatsächlich in der Lage gewesen ist, seine Anordnungen auch zwangsläufig durchzusetzen, könne dann aber nur im Einzelfall entschieden werden. Insofern könne sich der Befehlshaber aber nicht auf mangelnde Kontrolle berufen, die er selbst dadurch verursacht hat, dass er für bestimmte Aufgaben undisziplinierte Soldaten einsetzt und insofern die Möglichkeit der Begehung von Verbrechen hinnimmt.²⁵⁰²

Dabei sei die Sorgfalt und Eile, mit der die anzuwendenden Mittel eingesetzt werden müssen, vom Gewicht und der Aktualität des drohenden Verbrechens abhängig.²⁵⁰³ Eine Beschränkung auf solche Maßnahmen, die dem Vorgesetzten rechtlich zu Gebote stehen, hatte die Verhandlungskammer in der *Delalić*-Entscheidung²⁵⁰⁴ jedoch – im Gegensatz zur ILC im Rahmen der Ausarbeitung des Draft Code – abgelehnt.²⁵⁰⁵ Der Auffassung der Kammer ist die spätere Rechtsprechung des Tribunals gefolgt,²⁵⁰⁶ so dass die zu ergreifenden Maßnahmen nicht aus der „*formal legal competence*“, sondern aus der „*material ability*“ unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls hergeleitet werden

2500 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 329 m.w.N.; vgl. ferner JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 395; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 122.

2501 Vgl. JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 85 ff.

2502 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 88 f.

2503 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 329 m.w.N.; vgl. ferner § 395.

2504 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 395.

2505 Ebenso JStGH, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (*Pavle Strugar*) § 362 m.w.N.

2506 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 443; Urt. v. 27.9.2007 – IT-95-13/1-T (*Mrkšić*) § 565; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (*Boškoski*) § 415.

müssen.²⁵⁰⁷ Nach dem JStGH schließt daher die national-militärrechtliche Unzulässigkeit einer Maßnahme, die ein Verbrechen zu verhindern vermag, die Verantwortlichkeit desjenigen, der diese Maßnahmen unterlässt, nicht per se aus.²⁵⁰⁸

Dennoch bringt die Verhandlungskammer im *Hadžihasanović*-Urteil²⁵⁰⁹ zum Ausdruck, dass die Bestimmung der zu ergreifenden Maßnahmen eine Untersuchung des nationalen Rechts notwendig mache. Das lasse sich bereits der Kommentierung zum ZP I der Genfer Konvention entnehmen. Pflichten, die auf eine vom nationalen Recht festgelegte Machtstellung zurückzuführen sind, seien, so weit es den Bezug zum internationalen Recht betreffe, im Lichte der internationalen Verträge auszulegen. Das nationale Recht begründe die Machtstellung und die sich ergebenden Pflichten. In welcher Weise diese im Rahmen ihres Anwendungsbereichs ausgeübt werden müssen, bestimme jedoch das internationale Recht. Dieses gebe damit letztlich nur den Rahmen der völkerstrafrechtlichen Pflicht vor.²⁵¹⁰ Wie diese Sichtweise allerdings mit der These derselben Entscheidung, bereits das nationale Recht erlege dem Vorgesetzten die Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen der Untergebenen auf,²⁵¹¹ in Einklang zu bringen ist, legt das Gericht nicht dar; das Gericht legt diesen Widerspruch auch nicht offen. Letztlich dürfte die Lösung auch über eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Militärrechts zu finden sein.

Die *Orić*-Entscheidung nimmt auch zu der Frage Stellung, inwieweit die Verhinderungspflicht bereits im Vorbereitungsstadium eines Verbrechens entsteht. Es wird aufgezeigt, dass diese Frage im *Hadžihasanović*-Urteil²⁵¹² verneint, in den Entscheidungen gegen *Kordić* und *Halilović* jedoch bejaht und eine Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen Untergebener auf jeder Stufe vor seiner Begehung, also auch in der Planungsphase, angenommen wurde.²⁵¹³ Dieser zwar nur obiter dictum ausgesprochenen, wohl aber mittlerweile als unbestritten anzusehenden Ansicht hat sich auch die Verhandlungskammer in der *Orić*-Entscheidung angeschlossen. Dabei hat sich die Verhandlungskammer auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut berufen, der von „*was about to commit such acts or had done so*“ spreche und damit nicht nur die Verbrechendurchführung, sondern auch seine Planung und Vorbereitung erfasse. Der Vorgesetzte sei verpflichtet,

2507 Vgl. JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 122 m.w.N.; RStGH, Urt. v. 11.12.2003, ICTR-98-44A-T (*Kajelijeli*) § 779; vgl. auch IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, § 422.

2508 Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 395.

2509 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 137 ff.

2510 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 137 f.

2511 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 144 unter Bezugnahme auf Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 81.

2512 JStGH, Entsch. v. 12.11.2002 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 204, 209.

2513 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 79; Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) § 445.

zur Verhinderung von Verbrechen so früh wie möglich einzugreifen. Diese Auslegung werde auch durch Gründe der Wirksamkeit der Pflicht gestützt.²⁵¹⁴

(bb) Duty to punish

Zu den zur Sanktionierung zu ergreifenden Maßnahmen stellt die Verhandlungskammer im Čelibići-Verfahren²⁵¹⁵ fest: Die Pflicht zur Sanktionierung ergebe sich erst dann, wenn die Straftat begangen worden sei. Es stehe dem Vorgesetzten aber nicht zu, sich frei zu entscheiden, ob er zur Verhinderung einschreiten oder nachträglich bestrafen will.²⁵¹⁶ Vielmehr handele es sich – so die Verhandlungskammer in der Orić-Entscheidung – um Pflichten, die in einem Konsekutivverhältnis stehen, so dass die Sanktionierungspflicht sich als Sekundärpflicht darstelle.²⁵¹⁷ Soweit der Vorgesetzte nicht die Macht habe, die Bestrafung selbst vorzunehmen, habe er das Verbrechen zur Sicherung der Beweise zu untersuchen und an die zuständigen Stellen mitzuteilen.²⁵¹⁸

Zur Sanktionierungspflicht („duty to punish“) nimmt das Tribunal in der Halilović-Entscheidung näher Stellung und bezieht sich in diesem Zusammenhang zunächst auf die Rechtsprechung der Militärtribunale nach dem Zweiten Weltkrieg. Insofern stellt die Kammer fest, dass sowohl in der Geisel-Entscheidung als auch in dem Urteil gegen Toyoda davon ausgegangen worden sei, bei der Verpflichtung zur Sanktionierung handele es sich um eine mit der Verhinderungspflicht verknüpfte, unselbstständige Pflicht. Zwar werde auch in Art. 86 Abs. 2 ZP I die Formulierung „prevent or repress“ verwendet, bei genauerem Hinsehen sei hier aber von zwei parallel bestehenden Pflichten auszugehen. Dieses Verständnis des Pflichtenverhältnisses ergebe sich zudem aus dem IStGH-Statut. Daraus sei die Sanktionierungspflicht eine eigenständige Verpflichtung, die sich aus der Verhinderungspflicht entwickelt habe.²⁵¹⁹

Die Kammer hebt hervor, sie halte das Argument für überzeugend, dass die Unterlassung der Sanktionierung letztlich die Wirkung einer Billigung des Verbrechens habe. Das internationale Recht lege dem Befehlshaber als demjenigen, der die effektive Kontrolle über seine Untergebenen ausübt, die Verpflichtung zur

2514 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Orić) § 328 m.w.N.

2515 Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Delalić) § 395.

2516 Ebenso JStGH, Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Boškoski) § 416 m.w.N.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović) § 125; eine Übersicht der Rechtsprechung sowohl des JStGH als auch des RStGH zu Maßnahmen zur Herbeiführung einer hinreichenden Sanktionierung findet sich in Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović) §§ 173 ff.

2517 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Orić) §§ 326, 331; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Boškoski) § 416 m.w.N.; Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (Milutinović) § 116.

2518 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (Kordić) § 446; Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin) § 279; Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Pavle Strugar) § 371 m.w.N.; vgl. ferner Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović) § 39; Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Boškoski) §§ 417 f.

2519 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović) §§ 91 ff.

Beachtung des humanitären Menschenrechts und des Kriegsrechts auf. Aus seiner Stellung ergebe sich mithin die Pflicht zur Ergreifung aller erforderlichen und zulässigen Maßnahmen zur Sanktionierung von schweren Verletzungen des Kriegsvölkerrechts. Toleriert der Befehlshaber Kriegsverbrechen, so schreibe das Völkerstrafrecht ihm die Verantwortlichkeit für diese Taten zu. Schließlich sei die Sanktionierung von Verbrechen ein inhärenter Teil der Verhinderung zukünftiger Straftaten. Daher sei es unzureichend, wenn der Vorgesetzte zwar deutliche Befehle zur Sicherung des Kriegsrechts erteilt und ein entsprechendes Sicherungssystem installiert wird, aber die Begehung schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts unbestraft bleibe. Fehlende Sanktionen könnten von den betreffenden Truppen nur als implizite Anerkennung der begangenen Rechtsverletzungen betrachtet werden und vermitteln den Eindruck, die erteilten Befehle seien nicht bindend.²⁵²⁰

Im *Orić*-Verfahren hat die Verhandlungskammer die Pflicht zur Sanktionierung als von der Möglichkeit des Vorgesetzten zur Verhinderung der Tat und seiner eigenen superior responsibility wegen der Verletzung seiner Verhinderungspflicht unabhängig angesehen. Das Gericht ging davon aus, dass die Sanktionierungspflicht auch dem Kommandeur obliege, der das Vorgesetztenverhältnis zu dem Täter der Bezugstat erst nach deren Begehung begründe. Anders hatte das jedoch die Berufungskammer im *Hadžihasanović*-Verfahren²⁵²¹ gesehen: Dort war – entgegen den abweichenden Voten der Richter *Shahabuddeen* und *Hunt*²⁵²² – entschieden worden, es gebe keine Anhaltspunkte für eine opinio iuris, dass der Kommandeur, der eine Einheit übernimmt, für die Sanktionierung der dort in der Vergangenheit vorgefallenen Verbrechen verantwortlich sei. Vielmehr seien Hinweise auf die gegenteilige Rechtsanwendung festzustellen.²⁵²³ Diese Ansicht wurde insbesondere auf den Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut gestützt, der verlange, dass die zu sanktionierende Tat Folge einer Pflichtverletzung sei. Ein solches einschränkendes Verständnis kann aus dem Wortlaut der Vorschrift tatsächlich hergeleitet werden; die Bedenken, die die Verhandlungskammer im *Orić*-Verfahren gegen eine solche Auslegung hegte, sind jedoch kriminalpolitisch verständlich: Wenn der nachträglich eintretende Kommandeur nicht mehr zur Sanktionierung verpflichtet ist, kann das Ziel der superior responsibility, den Eindruck einer Billigung von Verbrechen durch die unterlassene Sanktionierung auszuschließen, nicht mehr erreicht werden. Die Ablehnung der Verantwortlichkeit ist damit im Hinblick auf Art. 28 IStGH-Statut naheliegend.²⁵²⁴ Mit Rück-

2520 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 96; vgl. hierzu auch hier S. 809 ff.

2521 JStGH, Entscheidung – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*), Decision on interlocutory Appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, §§ 37 f.

2522 Vgl. JStGH, Urt. v. 17.7.2003 – IT-01-47-T-AR72 (*Hadžihasanović*) §§ 52 ff.

2523 Vgl. hierzu auch *Greenwood* JICJ 2004, 598, 602.

2524 Nach *Greenwood* JICJ 2004, 598, 604 f. lässt Art. 28 JStGH-Statut keinen anderen Schluss zu.

sicht auf Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut überzeugt diese Lösung jedoch wenig, kann doch insofern ein Verantwortungsvakuum und damit eine Sanktionslücke entstehen, wenn der vormalige Vorgesetzte, der die Verbrechen nicht verhindern konnte, keine Strafgewalt mehr hat und sein Nachfolger nicht zur Sanktionierung verpflichtet ist.

Daher hat die Verhandlungskammer im *Hadžibasanović*-Verfahren²⁵²⁵ Zweifel an dieser Einschränkung der superior responsibility geäußert, weil sie dazu führen kann, dass die Zielsetzung der völkerstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit, die Sanktionierung von Kriegsverbrechen, partiell unterlaufen werden könne. Vor diesem Hintergrund hatte auch schon *Shahabuddeen* vertreten, die Anwendung der superior responsibility auf einen Vorgesetzten, der nicht zur Tatbegehung in der Vorgesetztenposition gewesen ist, stelle keine neue Rechtsregel des internationalen Strafrechts, sondern lediglich die richtige Auslegung und Anwendung einer bestehenden Regelung dar. Dies gelte insbesondere, weil – bis zu diesem Zeitpunkt – weder eine gegenteilige gerichtliche Entscheidung noch eine militärische Übung in dieser Richtung vorlag.²⁵²⁶ *Hunt* kritisierte zudem, eine so strikte Beschränkung der Grundsätze des internationalen Strafrechts auf bereits konkretisierte und durch die Judikatur verfestigte Rechtsregeln mache eine Entwicklung des internationalen Strafrechts, auch in den Grenzen einer durch die Ziele des humanitären Völkerrechts bestimmten Auslegung unmöglich.²⁵²⁷

Dem Argument der Sanktionslücke ist *Greenwood* mit dem Einwand entgegengetreten, es entstehe eine zu scharfe Haftungsfolge, wenn der Vorgesetzte, der im Vorfeld und im Zeitpunkt der Tatbegehung keine Pflichtverletzung begangen hat, weil er nicht Befehlshaber der Täter war und lediglich die spätere Sanktionierung versäumt, für die Bezugstat verantwortlich sei. Gegen den von *Hunt* vorgebrachten Aspekt einer Zementierung des Völkerstrafrechts führt *Greenwood* ins Feld, diese Auffassung sei zwar grundsätzlich zutreffend, würde jedoch für den vorliegenden Fall nicht zu einer Anwendung einer bestehenden Haftungsgrundlage auf einen neuen Fall führen, sondern zur Konstruktion eines neuen Verbrechens, das nur durch einen Vertrag oder eine neue völkerrechtliche Übung geschaffen werden könne. Die Sanktionslücke – so *Greenwood* – beziehe sich nur auf die Individualverantwortlichkeit und sei im Übrigen hinzunehmen. Der geringfügige Schwachpunkt dieser Argumentation liegt im Ergebnis darin, dass *Greenwood* davon ausgeht, dass nur eine Verantwortlichkeit für eine durch eine Pflichtwidrigkeit kausal herbeigeführte Bezugstat möglich sei. Das ist nach dem Wortlaut des Art. 28 IStGH-Statut freilich naheliegend, bedürfte aber, weil der

2525 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*).

2526 Vgl. hierzu *Greenwood* JICJ 2004, 598, 602.

2527 JStGH, Urt. v. 17.7.2003 – IT-01-47-T-AR72 (*Hadžibasanović*) § 40; krit. *Greenwood* JICJ 2004, 598, 602 f.

Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Tat insofern von der Rechtsprechung infrage gestellt wird, einer weitgehenden Begründung. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Verfahren vor den Ad-hoc-Tribunalen nicht unter der unmittelbaren Geltung des Rom-Statuts, sondern der jeweiligen Statute für JStGH und RStGH durchgeführt werden. Auf den Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut und den auch für das Völkerstrafrecht geltenden Grundsatz *nullum crimen* wird man sich daher hier wohl nicht berufen können, um die Vorgesetztenverantwortlichkeit zu beschränken.

Der JStGH führt zur Sanktionierungspflicht weiterhin aus, sie richte sich nach den konkreten Umständen und schließe gegebenenfalls eine Pflicht zur unverzüglichen und effektiven Ermittlung möglicher Verbrechen und zur Beweissicherung ein. Ebenso bestehe die Pflicht zur Mitteilung aller Taten an die zuständigen Behörden, soweit dem Befehlshaber keine Sanktionsgewalt zukommt, sowie die Ergrifung aktiver Schritte, um den Täter der Strafjustiz zuzuführen, ohne dass er jedoch selbst die Bestrafung durchführen müsste.²⁵²⁸ Die Verhandlungskammer geht sogar davon aus, dass eine Pflicht zur Sanktionierung noch jenseits der dem Kommandeur rechtlich zustehenden Möglichkeiten gegeben sein könne und beruft sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf die *Delalić*-Entscheidung.²⁵²⁹ Dort war diese Auffassung jedoch allgemein in Bezug auf die Pflichten des Vorgesetzten geäußert worden und bezog sich wohl eher auf die Verhinderungspflicht.

Die *Orić*-Entscheidung greift in diesem Zusammenhang die Frage auf, in welchem Stadium der Untergebene an dem Verbrechen mitgewirkt haben muss, damit die Sanktionierungspflicht des Vorgesetzten entsteht.²⁵³⁰ Grundsätzlich werde in diesem Zusammenhang stets von einer Pflicht gesprochen, die *nach* der Begehung des Verbrechens entstehe. Auf der einen Seite scheine die strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit – abgesehen von dem Fall des Art. 4 Abs. 3 lit. d) JStGH-Statut, in dem der Versuch des Verbrechens oder die conspiracy als solche strafbar sind – nach Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut vorauszusetzen, dass die Bezugstat ebenso begangen worden sein müsse, wie dies auch für andere Beteiligungsformen der Fall sei. Auf der anderen Seite beschränke Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut die superior responsibility nicht auf Handlungen, die unmittelbar im Ausführungsstadium der Tat erbracht worden sind, sondern schließe grundsätzlich auch solche Handlungen ein, die Planung und Vorbereitung von Verbrechen betreffen. Es sei insofern lediglich erforderlich, dass die kriminellen Aktivitäten des Untergebenen schließlich in eine tatsächlich vollendete Bezugstat münden. Denn ohne ein solches principal crime gebe es keinen Täter, der bestraft werden könne.

2528 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 100.

2529 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 97 ff.

2530 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 333 ff. m.w.N.

(e) Causal link

Die Verteidigung hatte im Verfahren gegen *Delalić* vorgetragen, eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten erfordere zwingend einen Kausalzusammenhang zwischen den Maßnahmen, deren Unterlassung dem Befehlshaber vorgeworfen wird, und der Begehung des Verbrechens. Dies gelte selbst dann, wenn die Verfehlung des Vorgesetzten in der versäumten Sanktionierung liege, weil nur unter dieser Bedingung argumentiert werden könne, dass sich das Versäumnis als Grund für künftige Straftaten darstelle. Dem hat die Verhandlungskammer jedoch insofern widersprochen, als sie im Völkerstrafrecht keinen Hinweis darauf erkennen konnte, dass der Kausalnexus zwischen Pflichtverletzung und Tatbegehung eine separate Voraussetzung der superior responsibility darstelle. Dies werde weder im Völkerrecht noch in der Judikatur oder – mit einer Ausnahme – in der Literatur vertreten.²⁵³¹ Das bedeute jedoch nicht, dass die Kausalität für die Vorgesetztenverantwortlichkeit keine Bedeutung habe; vielmehr erlange der Kausalzusammenhang in dem Erfordernis der Tatbegehung durch Untergebene und der Verletzung der Pflicht zur Ergreifung der dem Vorgesetzten möglichen Gegenmaßnahmen Bedeutung. Soweit der Vorgesetzte ihm mögliche Maßnahmen zur Abwendung der Straftat unterlasse, sei seine Pflichtverletzung für die Tatbegehung als kausal zu betrachten.²⁵³² Soweit es das Versäumnis der Bestrafung von Verbrechen Untergebener betreffe, sei eine kausale Beziehung zu zukünftigen Verbrechen wahrscheinlich. Aber darauf komme es nicht an, weil eine kausale Verbindung zu dem bereits begangenen Verbrechen, das Gegenstand der Vorgesetztenverantwortlichkeit sei, niemals bestehen könne.²⁵³³ Dass Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut gleichermaßen die Nichtverhinderung wie die Nichtsanktionierung unter Strafe stelle, mache deutlich, dass es auf ein eigenständiges Kriterium der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Verbrechen des Untergebenen nicht ankommen könne.²⁵³⁴

Betrachtet man diese Ansicht aus dem Blickwinkel der deutschen Strafrechtsdogmatik, so wird die Vorgesetztenverantwortlichkeit letztlich von einem klassischen Kausalitätserfordernis im Sinne der Bedingungstheorie oder der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung losgelöst: Grundsätzlich ist dies im vorliegenden Zusammenhang notwendig, weil es um eine Unterlassungshaftung geht, die ohnehin nicht unter Anwendung der vermeintlichen klaren Regeln einer *conditio sine qua non* oder gesetzmäßigen Bedingung zu beantworten wäre. Wegen der Unanwendbarkeit dieser Kausalitätsregeln nimmt auch die Verhandlungskammer

2531 Nachweise bei JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 399.

2532 Nachweise bei JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 398.

2533 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 189.

2534 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 75 ff.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 338 f. m.w.N.

in der *Hadžibasanović*-Entscheidung an, eine kausale Verbindung zwischen Pflichtverletzung durch den Vorgesetzten und Verbrechensbegehung durch den Untergebenen könnte nicht verlangt werden, wolle man nicht die Qualität der superior responsibility als Unterlassungshaftung ändern.²⁵³⁵ Daher muss hier zwingend mit einer hypothetischen Kausalität gearbeitet oder die *Kausalität* als Begriff aufgegeben werden.

Der von der Verhandlungskammer eingeschlagene Weg integriert eine Art kurierte Verhinderungskausalität im Sinne einer Verhinderungseignung in das Merkmal der Geeignetheit der Gegenmaßnahmen.²⁵³⁶ Diese Lösung klingt zunächst plausibel, weil eine Maßnahme, die ohnehin die Verhinderung nicht herbeigeführt hätte, auch nicht quasikausal wäre. Dies führt jedoch nur zur Abwendung der Verantwortlichkeit in solchen Fallgestaltungen, in denen der Vorgesetzte nicht über sichere Möglichkeiten verfügt, die Tatbegehung abzuwenden. Unterlässt er eine Maßnahme, die zumindest geeignet war, die Tat zu verhindern, lässt sich jedoch ex post nicht mehr feststellen, ob sie auch zum Verhinderungserfolg geführt hätte, so geht diese Ungewissheit letztlich zulasten des Vorgesetzten.²⁵³⁷ Unterlässt er eine verhinderungsgeeignete Maßnahme, so verletzt er in der Regel fraglos seine Aufsichts- und Kontrollpflicht. Das gilt auch dann, wenn ungewiss ist, ob die Erfüllung seiner Pflichten die Begehung des Verbrechens unterbunden hätte. Lässt das Tribunal diese Pflichtverletzung aber bereits genügen, um den Vorgesetzten für die von den Untergebenen begangene Straftat verantwortlich zu machen, so lehnt sich die Kammer nicht nur an die von *Roxin* vertretene Risikoerhöhungslehre an,²⁵³⁸ sondern geht über diese, die eine „*substantielle Erhöhung*“ des rechtsgutsspezifischen Risikos durch die Tathandlung genügen lässt, hinaus, um die Zurechnung zu bejahen. Unter Anwendung der von der Kammer vertretenen Ansicht kommt es letztlich zu einer Verantwortlichkeit, die den Deliktscharakter der Bezugstat ändern kann, wenn der Vorgesetzte verantwortlich ist. Mag die Bezugstat auch ein Erfolgsdelikt sein, so würde sie im Hinblick auf die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten zumindest zum konkreten Gefährdungsdelikt.

Doch diese Problematik löst sich bei einem Blick auf die Basisvoraussetzung der superior responsibility bereits theoretisch wieder auf, wenn die Rechtsprechung auch für die Beweislast erhebliche Unterschiede annimmt.²⁵³⁹ So setzt die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach der dargestellten Judikatur voraus, dass der Vorgesetzte die effective control über die Täter der Bezugstat innehalt. Ist eine

2535 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 191.

2536 Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 31.

2537 Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 31 sieht daher in dem Verzicht auf die Kausalität eine Beweislastumkehr.

2538 Vgl. auch *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 109.

2539 Vgl. hierzu auch die Argumentation in JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 192.

Maßnahme, die der Befehlshaber gegen die Begehung der Tat ergreifen könnte, also allein schon deswegen unwirksam, weil seine (formell) Untergebenen seinen Befehlen schlicht nicht mehr gehorchen und er auch keine andere Möglichkeit der Einwirkung auf die Täter hat, so enthebt ihn dies bereits der Verantwortung als Vorgesetzter, weil er in dieser konkreten Situation nicht Vorgesetzter ist. Auf diese Weise ist die Kausalität der in Betracht kommenden Gegenmaßnahme kein eigenständiges Kriterium der tatbestandlichen Pflichtverletzung oder ihrer Beziehung zum Verbrechen der Untergebenen; aber die Möglichkeit wirksam Gegenmaßnahmen durch Aufwendung der eigenen Befehlsgewalt vornehmen zu können, ist Gegenstand der Täterqualifikation. Auf den vermeintlichen Vorgesetzten, der mangels effective control keine Gegenmaßnahmen mehr ergreifen kann, findet Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut bereits dem Grunde nach keine Anwendung.

(3) Verhältnis zwischen Verantwortlichkeit nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 3 JStGH

Zu dem Verhältnis zwischen der unmittelbaren Tatverantwortlichkeit aufgrund aktiver Begehung oder anderen Beiträgen zur Tat und der Vorgesetztenverantwortlichkeit äußert sich das Tribunal in der *Blaškić*-Entscheidung dahin gehend, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit aus logischen Gründen nachrangig sei.²⁵⁴⁰ Es sei schlicht unlogisch, den Vorgesetzten, der die Begehung von Straftaten plane, anrege oder anordne, deswegen als verantwortlich anzusehen, weil er eben diese Verbrechen nicht verhindert oder ihre Täter nicht bestraft habe. Doch darüber hinaus sieht das Tribunal das Unterlassen der Verhinderung nicht stets als Fall des Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut an, geht es doch davon aus, dass auch die Nichtsanktionierung eines Verbrechens die Verantwortlichkeit für künftige Straftaten nach Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut begründen könne, wenn der Befehlshaber diese Taten gefördert, begünstigt oder zu ihnen durch sein Verhalten angeregt habe.²⁵⁴¹ Anders hatte dies die Verhandlungskammer in der *Kayishema*-Entscheidung²⁵⁴² bewertet und angenommen, dass die Verantwortlichkeit aus Art. 6 Abs. 1 neben die aus Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut treten könne, da beide Haftungsgrundlagen sich nicht ausschlössen. Beide seien zu prüfen, um die Schuld des Angeklagten im in Rede stehenden Sachverhalt vollständig wiedergeben zu können. Ebenso hatte die Berufungskammer in der *Čelebići*-Entscheidung²⁵⁴³ ausgeführt, es bestehe Raum für die alternative Begründung der Verantwortlichkeit.

²⁵⁴⁰ JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) §§ 337 ff.; vgl. auch JStGH, Urt. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (*Milutinović*) § 77.

²⁵⁴¹ JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (*Blaškić*) §§ 337 ff.

²⁵⁴² RStGH, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (*Kayishema*) § 211.

²⁵⁴³ JStGH, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Delalić*) §§ 743 ff.

Trotz dieser Uneinheitlichkeiten kann man wohl eine Linie in der Rechtsprechung nachzeichnen, die zumindest zu einer faktischen Nachrangigkeit der superior responsibility führt.²⁵⁴⁴ In diesem Sinne können die Feststellungen der Berufungskammer in dem Verfahren gegen *Aleksovski* und der Verhandlungskammer im *Kordić*-Urteil verstanden werden: Die Berufungskammer hatte die Vorgesetztenverantwortlichkeit als unrechtsverstärkend und schulderschwerend im Hinblick auf die unmittelbare Tatbegehung angesehen.²⁵⁴⁵ Die Verhandlungskammer hatte die superior responsibility, bereits deutlicher, als „*indirekte Form der Verantwortlichkeit*“ bezeichnet, was klar für ihre Subsidiarität spräche. Ferner hatte die Kammer ausgeführt, ein Schulterspruch aus Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut charakterisierte die Verantwortlichkeit besser.²⁵⁴⁶ Eindeutige Stellungnahmen gegen einen Schulterspruch gegen den Vorgesetzten sowohl aus Art. 7 Abs. 1 als auch aus Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut auf derselben Tatsachengrundlage finden sich schließlich in der Entscheidung der Verhandlungskammer in der Sache *Krnojelac*²⁵⁴⁷ sowie der Berufungsentscheidung gegen *Blaškić*,²⁵⁴⁸ die eine solche Lösung als unangemessen bzw. rechtlich fehlerhaft bezeichnen. Das deutet auf ein Verständnis der superior responsibility als subsidiär hin.²⁵⁴⁹

c) Dogmatische Einordnung der superior responsibility in der Judikatur der Ad-hoc-Tribunale

In der *Halilović*-Entscheidung setzt sich die Verhandlungskammer mit der Frage der Natur der command responsibility auseinander und stellt insofern zwei Konzepte gegenüber, für die das Tribunal jeweils auf Anhaltspunkte in der internationalen Judikatur zum Völkerstrafrecht und in den nationalen Rechtsordnungen hinweist.²⁵⁵⁰ So lasse sich in der Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg sowohl die Auffassung nachweisen, die Vorgesetztenverantwortlichkeit sei als Verantwortlichkeit unmittelbar für die Verbrechen Untergebener zu betrachten, als auch die Behandlung der command responsibility als Verantwortlichkeit sui generis für die Pflichtverletzung als solche.²⁵⁵¹

So wird auf die Regelungen im kanadischen, englischen und französischen Recht Bezug genommen, den wegen der Nichtverhinderung von Straftaten Unter-

2544 Vgl. auch *Ambos* IStrR § 7 Rn. 57 m.w.N.

2545 JStGH, Urt. v. 24.3.2000 – IT-95-14/1-A (*Aleksovski*) § 183; ebenso Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (*Blaškić*) § 91 ff.; in diesem Sinne auch Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 343.

2546 JStGH, Urt. v. 26.2.2001 – IT-95-14/2-T (*Kordić*) §§ 369 ff.; vgl. auch Urt. v. 31.3.2003 – IT-98-34-T (*Naletilić*) § 78; vgl. auch Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 342.

2547 JStGH, Urt. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T (*Krnojelac*) § 173; vgl. auch Urt. v. 31.3.2003 – IT-98-34-T (*Naletilić*) § 81; Urt. v. 5.12.2003 – IT-98-29-T (*Galić*) § 177.

2548 JStGH, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (*Blaškić*) §§ 91 ff.

2549 Vgl. *Ambos Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 57 m.w.N.

2550 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 42 ff.

2551 Vgl. *Ambos* IStrR § 7 Rn. 57 m.w.N.

gebener verantwortlichen Vorgesetzten als (Mit-)Täter der Bezugstat anzusehen.²⁵⁵² Dem stellt die *Halilović*-Entscheidung die Auffassung des US-Militärtribunals im *Yamashita*-Urteil entgegen, wo das Gericht basierend auf dem Haager Recht die Auffassung vertrat, der Angeklagte habe das internationale Recht verletzt, indem er seinen Truppen die Begehung von Verbrechen durch seine Untätigkeit gestattete. Der Grund für die Strafbarkeit als Vorgesetzter sei daher eher in der Verletzung der völkerrechtlichen Pflichten als in der unmittelbaren Beteiligung an der Bezugstat gesehen worden. Unter Darstellung weiterer Entscheidungen, die auf die besondere Bedeutung der Pflichtverletzung als zentralem Grund für die Verantwortlichkeit hinweisen, kommt die Verhandlungskammer zu dem Ergebnis, dass die Natur der *command responsibility* in der Judikatur nach dem Zweiten Weltkrieg differenziert betrachtet worden sei. Auch die Art. 86 f. ZP I geben nach Auffassung der Kammer keinen weiteren Aufschluss über das Wesen der Vorgesetztenverantwortlichkeit.²⁵⁵³

Die Auslegung von Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut führt die Verhandlungskammer dagegen zu einer durch Unterlassung begründeten Verantwortlichkeit für die von den Untergebenen begangenen Verbrechen als solchen, also zu einer Zurechnungslösung.²⁵⁵⁴ Das Gericht stützt seine Auffassung zunächst auf die Formulierungen in der Entstehungsgeschichte des Statuts, wo in der Stellungnahme der Expertenkommission von einer Verantwortlichkeit für die Verbrechen Untergebener die Rede ist. Ferner wird u.a. die Formulierung des Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statuts selbst und ihrer Parallelregelung in Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut herangezogen und festgestellt, die Auslegung als Verantwortlichkeit für die Bezugstaten stehe im Einklang mit der bisherigen Judikatur des JStGH, insbesondere in den Entscheidungen gegen *Delalić* und *Aleksovski*, wo stets von einer Verantwortlichkeit für die Verbrechen der Untergebenen gesprochen werde. Im Ergebnis hafte der Vorgesetzte für die gleiche Tat wie der Untergabe, nur die Gründe („*because of*“ oder „*in respect of*“) der Strafbarkeit seien unterschiedlich. Ausdrückliche strafrechtsdogmatische Folgerungen zieht die Verhandlungskammer in der *Delalić*-Entscheidung aus ihren Ausführungen jedoch nicht. Sie spricht lediglich die unterschiedliche Unrechtsgewichtung im Hinblick auf den unmittelbar handelnden Untergabe und den Vorgesetzten an. In der Entscheidung des *Orić*-Verfahrens wendet die Verhandlungskammer diese Grundsätze jedoch da-

2552 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 44.

2553 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 48f.

2554 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 50 ff.; ebenso Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 75; dagegen spricht auch nicht, wenn in der Entscheidung Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 293 m.w.N. von einer Verantwortlichkeit *sui generis* die Rede ist, denn die Entscheidung bezieht sich ausdrücklich auf die *Halilović*-Entscheidung, ohne eine Abweichung von der dort vertretenen Ansicht zu proklamieren; krit. zu dieser Haftung für die Verbrechen anderer *Greenwood* JICJ 2004, 598, 599; vgl. ferner *Ambos* IStrR § 7 Rn. 57 m.w.N.; *Vogel* in: *Jeßberger/Geneuss*, S. 81 ff.

hin gehend an, dass sie feststellt, es handele sich bei der superior responsibility um eine Form der Beteiligung an einem fremden Verbrechen.²⁵⁵⁵

Für die strafrechtsdogmatische Einordnung der superior responsibility sind bis dahin also noch keine unstreitigen Konturen erkennbar. Die Unklarheiten beginnen bereits bei der Frage, *wofür* der Vorgesetzte haftet. Während zum Teil besonderer Wert auf die Charakterisierung der superior responsibility als Haftung für eigene Pflichtverletzungen gelegt wird, betonen andere Entscheidungen die Qualität der Haftung für die Bezugstat aufgrund der Zurechnung über die Pflichtverletzung, ohne jedoch die Folgen dieser Unterscheidung aufzuzeigen. Diese machen sich wohl in der Praxis im Einzelfall auch kaum bemerkbar, weil die Kammern der Tribunale – anders als die an Strafrahmen gebundenen deutschen Strafgerichte – die Sanktion in freierer Weise bestimmen und Schuld- und Verhältnismäßigkeitserwägungen mehr Raum geben können.

Die nähere dogmatische Klassifizierung ist im Kontext der hier aufgeworfenen Frage nach der möglichen Einordnung und Übertragbarkeit auf die Verhältnisse des deutschen Strafrechts dennoch sinnvoll und notwendig, weil die Haftungsgrundlage und der Inhalt des Vorwurfs in einer Wechselbeziehung zur materiellen Rechtfertigung der Strafbarkeit stehen, die sich wiederum auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale auswirkt. Fasst man die superior responsibility als eine Haftung für die Verletzung einer Pflicht auf, deren Wahrnehmung der Verhinderung von Verbrechen dient, also als – nach deutscher Diktion – echtes Unterlassungsdelikt im Sinne einer Tat, die sich zumindest primär durch die Pflichtverletzung bestimmt,²⁵⁵⁶ so spricht nichts dagegen, auch eine Nachlässigkeit in der Pflichterfüllung schon als verantwortlichkeitsauslösend anzusehen und damit die Anforderungen an die *mens rea* stark abzusenken. Betrachtet man die superior responsibility dagegen als eine Zurechnungsnorm im Sinne einer Haftung für die unterlassene Erfolgsabwendung, die es ermöglicht, dem Vorgesetzten als Garanten die fremde Handlung als zu verhindernden Erfolg als eigenes Unrecht zuzurechnen, so sind die Anforderungen an die *mens rea* sowohl aus strafrechtsdogmatischen Gründen als auch mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit höher. In diesem Zusammenhang ergibt sich die Frage nach der Haftung für die Pflichtverletzung oder für das aufgrund der Pflichtverletzung zugerechnete Unrecht der Bezugstat oder die Tat selbst. Die Antwort auf diese Frage ist eng mit der Problematik der materiellen Rechtfertigung der superior responsibility verbunden.

2555 JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 334.

2556 Vgl. hierzu Ambos Der Allgemeine Teil, S. 667f.

d) Materielle Rechtfertigung der superior responsibility

Für die Auslegung und Einordnung der Vorgesetztenverantwortlichkeit wäre es wünschenswert und vor allem bedeutsam gewesen, wenn sich die Gerichtshöfe näher dazu geäußert hätten, wie die weitgehende Vorgesetztenverantwortlichkeit gerechtfertigt werden kann, obwohl in der völkerstrafrechtlichen Dogmatik eine allgemeine Unterlassungshaftung noch nicht unstreitig anerkannt ist.²⁵⁵⁷ Doch die Ausführungen der Rechtsprechung zur Rechtfertigung der superior responsibility gehen nur wenig darüber hinaus, dass der Vorgesetzte die Kontrolle über seine Untergebenen inne habe und daher zur Abwendung der von diesen drohenden und zur Bestrafung der von ihnen begangenen Verbrechen verantwortlich sei.²⁵⁵⁸ In der *Halilović*-Entscheidung stellt die Verhandlungskammer lapidar fest, Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut basiere auf der Handlungspflicht des Vorgesetzten, die wiederum aus den Pflichten bestehe, Verbrechen zu verhindern und zu bestrafen.²⁵⁵⁹ Das Ziel, das die Weltgemeinschaft mit der völkerstrafrechtlichen Befehlshaber-verantwortlichkeit verfolge, sei die Einhaltung der Gesetze und Bräuche des Krieges sowie der Schutz des humanitären Völkerrechts im Allgemeinen und der Garantien für spezifische Personen- und Objektgruppen im Besonderen.²⁵⁶⁰

*Bersters*²⁵⁶¹ Annahme ist plausibel, in der Feststellung der Verhandlungskammer in der *Delalić*-Entscheidung, die Doktrin der command responsibility gründe sich letztlich auf der Möglichkeit des Vorgesetzten zur Kontrolle seiner Untergebenen,²⁵⁶² komme zum Ausdruck, dass die Kontrollherrschaft das die Vorgesetztenverantwortlichkeit begründende, im Sinne von das rechtfertigende Kriterium sei. Im Kontext der von *Berster* zitierten Formulierung des Tribunals findet sich die Aussage, die an materiellen Kriterien der Vorgesetztenstellung ausgerichtete strafrechtliche Verantwortlichkeit sei notwendig, um einerseits nicht durch den „Schleier der Formalität“ diejenigen Personen zu schützen, die die größte Verantwortlichkeit für schwerste Verbrechen auf sich geladen haben, andererseits aber auch nicht Verantwortlichkeit für die Taten Dritter zu begründen, wenn die Kontrolle des Vorgesetzten fehle oder ineffektiv sei. Diese Aussage lässt den Schluss zu, die Verhandlungskammer sehe in der Steuerungsgewalt die materielle

2557 Während die herkömmliche Auffassung die allgemeine Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht ablehnt, so *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 667; *ders.* in: *Triffterer*, Art. 25 Rn. 42; *Weltz*, S. 283 ff.; *Vogel* ZStW 114 (2002), 429; nimmt eine im Vordringen befindliche Auffassung eine weitgehende Unterlassungshaftung auch für das Völkerstrafrecht an vgl. etwa *Werle* Völkerstrafrecht, Rn. 693; *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 91 f. m.w.N.; *Burghardt* ZIS 2010, 695, 699.

2558 Vgl. auch *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 186 f.

2559 Krit. hierzu *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 188 f.

2560 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 38 f.

2561 *Berster* Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 206 f.; so auch *Triffterer* in: FS Eser, S. 901, 910.

2562 JStGH, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 377; vgl. auch *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 225.

Brücke für die Unrechtszurechnung und in der effective control die tatbestandliche Haftungsvoraussetzung.

Bersters Auffassung wird auch durch die Entscheidung der Verhandlungskammer in der Sache *Halilović* gestützt, in der es heißt, die Existenz einer generellen Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen führe zu einer Dienstpflicht des Vorgesetzten, die sich aus seiner Position der effektiven Kontrolle ergebe. Diese versetze ihn am ehesten in die Lage, schwere Verletzungen des internationalen Völkerrechts effektiv zu verhindern.²⁵⁶³ Die Verhandlungskammer begründet die Pflicht zur Prävention durch ordnungsgemäße Information der Untergebenen über die Regeln des Völkerrechts durch die Feststellung, es sei anerkannt, dass das humanitäre Völkerrecht nicht nur akute Rechtsverletzungen verhindern wolle, sondern auch darauf gerichtet sei, potenziellen Rechtsbrüchen vorzubeugen. Damit werde der Befehlshaber zum Garanten des Rechts, das dem Schutz der Menschlichkeit und der Verhinderung von Kriegsverbrechen dient. Deswegen seien die Vorgesetzten in eine Position mit Kontrollmacht über ihre Untergebenen eingesetzt, die mit der Verantwortlichkeit für Versäumnisse in der Erfüllung der Pflicht einhergehe.²⁵⁶⁴

Aus diesen Aussagen dürfte jedoch kein klares Bekenntnis zu einer bestimmten Richtung der materiellen Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu entnehmen sein. Letztlich führt diese Begründung über die Kontrollherrschaft zu eben jenem Problem, das bereits im Kontext der Garantenstellung des Betriebsinhabers im deutschen Strafrecht thematisiert worden ist: Kann nicht nur die Ausübung einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über Personen zur Tatherrschaft, sondern auch die nicht ausgeübte, aber hierarchisch oder institutionell bedingte Kontrollherrschaft zur Verantwortlichkeit führen?²⁵⁶⁵

Burghardt begründet die Pflichten des Vorgesetzten zur Verhinderung und Sanktionierung von Verbrechen völkerrechtlich, sowohl aus Art. 87 Abs. 1 und 3 ZP I als auch als Ausfluss eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der Verantwortlichkeit von militärischen Befehlshabern. Er äußert jedoch Zweifel an der Möglichkeit, die Pflichten nichtmilitärischer Vorgesetzter ebenfalls entsprechend zu begründen. Zwar könne man wohl noch eine Pflicht zur Verhinderung von organisationsspezifischen Straftaten annehmen, dies sei international auch anerkannt. Aber eine Pflicht zur Einleitung von Sanktionen lasse sich für nichtmilitärische Vorgesetzte als allgemeiner Rechtsgrundsatz weder aus dem Genfer Recht noch aus dem Völkerrecht herleiten.²⁵⁶⁶ Als Begründung der Haftung auch des nichtmilitärischen Vorgesetzten macht Burghardt die im Völkerstrafrecht durch die Judikatur mittlerweile eingetretenen Anerkennung der Vorgesetztenverantwort-

2563 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 81.

2564 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 87.

2565 Vgl. S. 127 ff.

2566 Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 191 ff.

lichkeit auch nichtmilitärischer Vorgesetzter geltend. Sei auch die Prämisse der Existenz einer solchen Haftung, die die Tribunale nach dem Zweiten Weltkrieg ebenso zugrunde gelegt hätten wie die Vertragsparteien des ZP I, falsch gewesen, so sei sie nunmehr durch tatsächliche völkerrechtliche Übung in Völkergewohnheitsrecht zutreffend geworden.²⁵⁶⁷ Doch auch diese Begründung bleibt letztlich deswegen kraftlos, überwindet sie doch nur den Einwand aus dem Nullum-crimen-Grundsatz, weil kein Grund für die Anerkennung der Verantwortlichkeit benannt wird, der eine materielle Legitimation für die Verantwortlichkeit geben kann. Damit fehlt es bislang sowohl in der Judikatur als auch in der Literatur an einer überzeugenden materiellen Darlegung der Legitimität der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, soweit man nicht bereit ist, die im nationalen Zusammenhang für nicht hinreichend gehaltene reine Möglichkeit der Tatverhinderung oder Tatsanktionierung als eine hinreichende Begründung zu akzeptieren.

e) Fazit

Die Betrachtung der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe hat zunächst zu der Erkenntnis geführt, dass eine strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit auch außerhalb des militärischen Befehlsverhältnisses von der Rechtsprechung einhellig bestätigt wird und im Völkerrecht mittlerweile unbestritten ist. Die superior responsibility ist damit eine allgemeine Haftungsgrundlage, die auch Entscheidungsträger in Politik und Wirtschaft betrifft. Die Verantwortlichkeit aller Vorgesetzten wird im Hinblick auf Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut aus anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts,²⁵⁶⁸ insbesondere aus der Judikatur der Tribunale von Nürnberg und Tokio hergeleitet und ist vor dem Hintergrund, dass eine Beteiligung von politischen und wirtschaftlichen Entscheidungsträgern an Kriegsverbrechen ebenso möglich ist wie von militärischen Befehlshabern und erfahrungsgemäß nicht selten stattfindet, auch praktisch umgänglich. Diese Ausweitung der Verantwortlichkeit über die klassische command responsibility hinaus auf eine superior responsibility²⁵⁶⁹ zwingt zu einer materiellen Bestimmung des Vorgesetztenbegriffs, die nach einhelliger Ansicht über das Kriterium der effective control, also dem Kriterium der tatsächlichen Steuerungsgewalt erfolgt.

Dabei ist nach der neueren Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale²⁵⁷⁰ keine dem militärischen Vorgesetzten vergleichbare Befehlsgewalt erforderlich; jedoch muss eine institutionalisierte Steuerungsmacht rechtlicher oder auch finanzieller

2567 Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 193.

2568 Vgl. hierzu Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 190 ff.

2569 Zu den Begriffen Ambos Der Allgemeine Teil, S. 666.

2570 Vgl. etwa RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 868.

Art gegeben sein, um das entscheidende Über-Unterordnungsverhältnis begründen zu können. Hierzu ließ der RStGH in den Entscheidungen zur Verantwortlichkeit von *Musema* – in Anlehnung an das *Röchling*-Urteil – im Verhältnis zum Arbeitnehmer die Stellung eines Arbeitgebers ausreichen, der auch ansonsten in der Region der Tatbegehung wesentlichen Einfluss auf Hoheitsträger und deren Handlungen nehmen konnte. Zudem betonte die Kammer, in einem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis komme es nicht zwingend auf die rechtlichen Mittel an, die dem Vorgesetzten zur Durchsetzung seiner Entscheidungen zu Gebote stehen. Auch die Ausübung psychischen Drucks könne ein ausreichendes Steuerungsmittel darstellen.²⁵⁷¹ Die Hürden zur Begründung der Vorgesetztenstellung sind nach der Judikatur also eher niedrig: Es reicht zwar noch nicht aus, wenn der potenziell Verantwortliche den unmittelbar Handelnden tatsächlich kontrollieren kann, wie dies nahezu bei jeder mittelbaren Täterschaft – nach deutschem Strafrechtsverständnis – der Fall ist. Soweit sich in diesen Konstellation jedoch die Steuerungsmöglichkeit aus einer institutionalisierten Beziehung zwischen Täter der Bezugstat und dem Steuerungsfähigen ergibt, ist die Vorgesetztenstellung grundsätzlich gegeben. Damit kann auch ein Entscheidungsträger in einer kriminellen Vereinigung als Vorgesetzter im Sinne der superior responsibility anzusehen sein, soweit er in der Lage ist, seine Anordnungen mit psychischem oder auch physischem Druck durchzusetzen.

Die weiteren Voraussetzungen, unter denen ein Vorgesetzter haftet, sind jedoch nur insofern durch die Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale geklärt, als Vorgesetzte alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen müssen, um die Begehung von Verbrechen gegen das Völkerrecht durch Untergebene zu verhindern. Die näheren Tatbestandsvoraussetzungen sind hier schon deswegen noch nicht eingehend erörtert worden, weil die Kammern eine Festlegung von abstrakten Kriterien zum einen als kaum möglich vermieden haben und zum anderen diese Frage nach den erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen dem Beweisrecht zurechnen, so dass nur eine streng einzelfallbezogene Bewertung möglich erscheint. Festgehalten werden kann lediglich, dass die wohl überwiegende Ansicht in der Judikatur das Merkmal der erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen dahin gehend versteht, dass alle tatsächlich möglichen und Erfolg versprechenden Maßnahmen zu ergreifen sind, notfalls auch solche, die nach nationalem Recht grundsätzlich unzulässig sind. Der Vorgesetzte muss also notfalls zur Verhinderung von Verbrechen seine Befehlsgewalt überschreiten. Des Weiteren ist hinsichtlich der Schuldbeziehung zwischen Bezugstat und dem Vorgesetzten, der mens rea, vieles noch ungeklärt. Insbesondere konnte durch die Rechtsprechung noch nicht konkretisiert werden, ob und inwiefern schlicht nachlässi-

2571 RStGH, Urt. v. 27.1.2000, ICTR-96-13-I (*Musema*) § 140.

ges Handeln die Verantwortlichkeit begründen kann. Hier finden sich in der Judikatur unklare und zum Teil auch widersprüchliche Aussagen.²⁵⁷²

Weitgehend offengelassen hat die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte bislang auch die Frage, warum den Vorgesetzten eine strafbewehrte Pflicht zur Verhinderung und Sanktionierung von Verbrechen seiner Untergebenen trifft. In diesem Zusammenhang wird lediglich festgestellt, diese Pflicht ergebe sich aus dem Völkerstrafrecht bzw. Völkerrecht, ohne dass dargelegt würde, warum diese Pflicht, deren Erfüllung grundsätzlich dem Staat als völkerrechtlichem Vertragspartner und vorrangig Verpflichtetem obliegt, den Vorgesetzten nun persönlich trifft. Auch die nähere dogmatische Einordnung der superior responsibility ist ofengeblieben.

3. Die superior responsibility nach Art. 28 IStGH-Statut

In Art. 28 IStGH-Statut findet die Vorgesetztenverantwortlichkeit ihre bislang ausgeprägteste positiv-rechtliche Regelung. Die Bestimmung ist inhaltlich zwangsläufig stark von der Rechtsprechung der internationalen Ad-hoc-Gerichte seit dem Zweiten Weltkrieg beeinflusst, soweit diese bei Schaffung des Rom-Statuts bereits entwickelt war. Diese Rechtsprechung beruht zwar im Ergebnis nicht auf einer völkervertragsrechtlichen Grundlage, sondern auf durch Militärverwaltungen, Einzelstaaten oder den Sicherheitsrat geschaffenen Regelungen und kann insofern keinen unmittelbaren Vorbildcharakter für das Vertragswerk des Rom-Statuts haben. Jedoch können die Vorgaben zur Vorgesetztenverantwortlichkeit in JStGH- und RStGH-Statut insofern als Verweis auf die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts zur superior responsibility angesehen werden, als diese Regeln insbesondere den Ansatz für die völkerstrafrechtliche Implementierung von Art. 86 f. ZP I bieten und damit diese Vertragsbedingungen in das Völkerstrafrecht transferieren. Daher wird durch die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte die maßgebliche Auslegung und Herausarbeitung der anerkannten Regeln des Völkerstrafrechts zu den hier relevanten Fragen geleistet, soweit noch keine Urteile des IStGH ergangen sind.

Da sich ferner die Judikatur der Ad-hoc-Tribunale seit der Schaffung des Rom-Statuts wesentlich weiterentwickelt hat und alle maßgeblichen Entscheidungen zur Frage der superior responsibility in die Zeit ab 1998 fallen, wirkt Art. 28 IStGH-Statut auf diese Judikatur zurück. Auch wenn es zumindest eines erheblichen Begründungsaufwandes bedürfte, von einer völlig einheitlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht zu sprechen, so kann dennoch ohne eingehendere Untersuchung davon ausgegangen werden, dass die superior responsibility in der Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe einerseits und des Rom-

2572 Vgl. hier S. 566 ff.

Statuts andererseits gemeinsame Wurzeln hat. Daher erscheint es legitim, bei den Darlegungen zu Letzterer auf den Grundaussagen aufzubauen, die für die superior responsibility nach Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut dargelegt worden sind. Für die Betrachtung der superior responsibility nach dem Rom-Statut kann allerdings noch nicht auf Urteile des IStGH zurückgegriffen werden, weil noch keine Grundsatzentscheidungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit vorliegen.²⁵⁷³

a) Struktur der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Rom-Statut

Das IStGH-Statut entfaltet die Regelungen über die individuelle Verantwortlichkeit weiter und konkreter als die Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe. Unter der Überschrift „*Individual criminal responsibility*“ normiert Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut die Grundregeln der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Dort werden die unmittelbare, die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft (lit. a), das Verleiten, Anordnen und das Ersuchen um die Tatbegehung, unabhängig von der Strafbarkeit des unmittelbaren Täters (lit. b), das Unterstützen, das Vorschubleisten und sonstige Fördern der Erleichterung der Tatbegehung (lit. c) geregelt. Darauf hinaus bestimmt lit. d, dass auch der bewusste Beitrag zu einer (versuchten) Begehung einer Völkerstraftat dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht, wenn der Beitrag mit dem Ziel geleistet wird, die kriminellen Absichten oder Tätigkeiten zu fördern, sofern diese sich auf Taten nach dem Statut beziehen, oder in Kenntnis der Absicht einer Personengruppe eine Tat zu begehen. Diese letztere Begehungsweise zielt auf Unterstützung durch Waffenlieferung, Finanzierung etc. ab. Ferner ist nach lit. e strafrechtlich verantwortlich, wer zu einem Völkermord aufstachelt. Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut beinhaltet eine Regelung zur Versuchsstrafbarkeit.

In Art. 25 IStGH-Statut sieht *Ambos* „aus begrifflich-positivrechtlicher Sicht“ eine funktionale Unterscheidung in Täterschaft und Teilnahme und eine Entscheidung des Rom-Statuts für das – auch in Deutschland verwendete – Differenzierungsmodell, wenn auch das Einheitstätermodell grundsätzlich erhalten bleibt.²⁵⁷⁴ Die Hinwendung zu einer begrifflichen Teilnahmlehre im IStGH-Statut ist wohl schon im Hinblick auf den in der Unterteilung in die einzelnen Beteiligungsformen erkennbaren Willen zur Differenzierung objektiver Tatbeiträge deutlich geworden. Ob jedoch damit auch eine Abwendung von der normativ geprägten Verantwortlichkeitsbewertung, die noch in den Statuten der Ad-hoc-Ge-

2573 Soweit ersichtlich wird bislang lediglich in den Verfahren gegen *Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06) und gegen *Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08) auf der Grundlage einer Verantwortlichkeit nach Art. 28 IStGH-Statut ermittelt. Gegen Letzteren ist am 15.6.2009 eine Entscheidung der Vorverfahrenskammer ergangen, die sich mit Art. 28 IStGH-Statut auseinandersetzt.

2574 *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 545.

richtshöfe erkennbar ist – etwa durch die strafshärfende Wirkung einer hierarchisch höherrangigen Stellung –, zur naturalistisch-kausalen Beteiligungsstruktur stattgefunden hat, ist zweifelhaft.

Das IStGH-Statut regelt die Verantwortlichkeit eines Vorgesetzten für Straftaten seiner Untergebenen – auch im Hinblick auf die Anforderungen des Grundsatzes *nullum crimen sine lege*²⁵⁷⁵ – differenzierter als Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und 6 Abs. 3 RStGH-Statut²⁵⁷⁶ und nicht indirekt wie die Vorschriften in den Statuten der Ad-hoc-Tribunale. Die hochkomplexe Regelung des Art. 28 S. 1 IStGH-Statut beginnt mit den Worten: „*In addition to other grounds of criminal responsibility under this statute for crimes within the jurisdiction of the Court ...*“²⁵⁷⁷ Daraus ergibt sich, dass das Rom-Statut im Einklang mit den allgemeinen Regeln des Völkerstrafrechts,²⁵⁷⁸ keine umfassende, allgemeine Unterlassungshaftung voraussetzt und daher ein Bedürfnis gesehen wurde, die anerkannte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten wegen dessen Unterlassung explizit zu regeln, um die Regelungslücke in diesem Bereich zu schließen.²⁵⁷⁹ Funktional handelt es sich bei Art. 28 IStGH-Statut zudem um eine Haftungserweiterung gegenüber der allgemeineren Regel des Art. 30 IStGH-Statut, der zumindest eine Art des Vorsatzes verlangt und Fahrlässigkeit nicht ausreichen lässt. Doch anders als die Regelungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit in den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe verweist Art. 28 nicht auf Art. 25 IStGH-Statut. Das lässt den Schluss zu, dass es sich um eine grundsätzlich eigenständige Form der Verantwortlichkeit handelt. Damit ist jedoch weder über ein mögliches Rangverhältnis zwischen den Verantwortlichkeiten nach Art. 25 und Art. 28 IStGH-Statut noch über den Charakter der Vorgesetztenhaftung als Beteiligung an der Bezugstat oder andersartige Haftung für eine Pflichtverletzung *sui generis* etwas ausgesagt. Indes spricht im Hinblick auf das oben zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht Ausgeführte vieles dafür, nicht eine Beteiligung im schweizerischen, österreichischen und deutschen Sinne, sondern eine Verantwortlichkeitsbegründung eigener Art anzunehmen, von der der JStGH auch bereits für Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut ausgegangen ist.²⁵⁸⁰

Burghardt vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, es handele sich bei der Verantwortlichkeit nach Art. 28 IStGH-Statut um eine nachrangige Haftung. Der Vorgesetzte, der bewusst eine Tat des Untergebenen geschehen lässt,

²⁵⁷⁵ Zur Bedeutung des *Nullum-crimen*-Grundsatzes in diesem Zusammenhang *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 23.

²⁵⁷⁶ Nach *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 445, hat schon Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 JStGH-Statut diese nicht nur klarstellende Bedeutung; vgl. ferner *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 22.

²⁵⁷⁷ Vgl. hierzu auch *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 4.

²⁵⁷⁸ Vgl. Werle Völkerstrafrecht, Rn. 686.

²⁵⁷⁹ A.A. Burghardt ZIS 2010, 695, 699 f.; vgl. zur Frage der allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit im Völkerstrafrecht Berster, Die Unterlassungsverantwortlichkeit, S. 91 ff. m.w.N.

²⁵⁸⁰ Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 42 ff.; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) §§ 66 ff.

sei vorrangig nach Art. 25 Abs. 3 lit. a oder c IStGH-Statut verantwortlich. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie auf einer zweifelhaften Prämissen basiert: Burghardt hat aus der vergleichsweise milden Bestrafung der Vorgesetzten in den Verfahren Hadžihasanović, Kubura und Orić abgeleitet, das Unrecht des Vorgesetzten, der eine Tat des Untergebenen geschehen lasse, sei geringer als das Unrecht der unmittelbaren Tatbegehung.²⁵⁸¹ Eine Begründung für diese These des geringeren Vorgesetztenrechts fehlt jedoch; sie dürfte auch kaum begründbar sein. Es entspricht vielmehr der Tradition des Militärstrafrechts – und damit letztlich auch des Völkerstrafrechts –, den Vorgesetzten wie einen Täter haften zu lassen.

Letztlich ist bei der strafrechtsdogmatischen Einordnung von Art. 28 IStGH-Statut ein grundlegender Aspekt zu bedenken, der zur Zurückhaltung bei der Bewertung mahnt: Das Rom-Statut ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der aufgrund der Vielzahl der beteiligten Parteien und Rechtsordnungen nicht aus einem Guss sein kann, so dass sich aus Stellung oder Formulierung der Vertragsklausel je nach dogmatischem Ausgangspunkt sehr unterschiedliche Folgerungen herleiten lassen. So muss der Blickwinkel auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit, die überwiegend Unterlassungen unter Strafe stellt oder zumindest vielfach auf diesen Aspekt reduziert wird, aus einer Rechtsordnung, die eine allgemeine Unterlassungshaftung anerkennt, ein völlig anderer sein als aus einem Strafrechtssystem, dem eine allgemeine Unterlassensstrafbarkeit fremd ist. Entsprechende Differenzen entstehen bei unterschiedlichen Auffassungen zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit im Völkerstrafrecht.²⁵⁸²

b) Inhalt und Reichweite der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem IStGH-Statut

Inhaltlich bestimmt Art. 28 IStGH-Statut vier Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Vorgesetzten für von seinen Untergebenen begangene Straftaten, über die dem IStGH die Jurisdiktion zusteht:²⁵⁸³ Der Vorgesetzte muss über Personen, die unter seiner faktischen Herrschaft stehen (*1. effective control*), die Kontrolle fehlerhaft ausgeübt haben (*2. failure to exercise control properly*). Ferner muss der Vorgesetzte gewusst haben oder zumindest Kenntnis gehabt haben sollen (*3. knew or should have known*), dass seine Untergebenen Völkerstraftaten begehen oder zu begehen im Begriff waren. Schließlich muss der Vorgesetzte es unterlassen haben, die erforderlichen Maßnahmen zur Verhinderung der Tat oder zu Ermöglichung der Verfolgung durch die zuständigen Behör-

2581 Burghardt ZIS 2010, 695, 698, 700.

2582 Vgl. zu dieser Streitfrage hier S. 546 f.

2583 Vgl. Arnold in: ICC-Commentary, Art. 28 Rn. 90.

den zu ergreifen (*4. failed to take measures*). Die Beziehung dieser genannten Voraussetzungen zueinander ist jedoch noch ungeklärt, insbesondere die Bedeutung des Merkmals des Kontrollmangels ist streitig.²⁵⁸⁴

(1) Der Vorgesetztenbegriff

Ebenso wenig wie in den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe findet sich im Rom-Statut eine ausdrückliche Definition des Vorgesetztenbegriffs.²⁵⁸⁵ Jedoch normiert Art. 28 IStGH-Statut die Bedingungen, unter denen die Verantwortung des Vorgesetzten für die Handlungen Untergebener anzunehmen ist, ausführlicher als frühere Regelungen, so dass hieraus – und aus der zuvor erörterten Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe – die wichtigsten Elemente der Vorgesetztenstellung abgeleitet werden können: Art. 28 IStGH-Statut legt kein rein militärisches Verständnis des Vorgesetzten zugrunde,²⁵⁸⁶ kennt aber ebenso wenig den im Wesentlichen einheitlichen Vorgesetztenbegriff, der in den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe und dem ZP I zur Genfer Konvention zur Anwendung kommt. Vielmehr wird getrennt zwischen dem *Befehlshaber* im militärischen Sinne nach lit. a (*military commander or person effectively acting as a military commander*) und dem sonstigen *Vorgesetzten* in lit. b) (*with respect to superior and subordinate relationship not described in paragraph a*).

Beiden ist gemein, dass sie nur strafrechtlich verantwortlich sind, wenn ein Über-Unterordnungsverhältnis besteht, der Übergeordnete also wirksame Kontrolle über den Untergebenen ausüben kann²⁵⁸⁷ und damit die tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung von Straftaten hat (*material ability*).²⁵⁸⁸ Die faktische Herrschaftsmacht (*effective control*), nicht die formale Stellung als Vorgesetzter über den Untergebenen, ist damit nicht nur das zentrale Element der Vorgesetztenstellung nach der Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale,²⁵⁸⁹ die im Völkerstrafrecht „normatives Eigengewicht“²⁵⁹⁰ hat, sondern auch nach Art. 28 IStGH-

2584 Vgl. hierzu Werle Völkerstrafrecht Rn. 569 ff. m.w.N.; vgl. aber IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, §§ 420 ff.

2585 Anders in § 1 Abs. 6 StGB, wo der Vorgesetzte als derjenige definiert ist, der die Befugnis hat, dem Soldaten Befehle zu erteilen.

2586 Nachdem diese Frage jedoch im Rahmen der Vertragsverhandlung intensiv diskutiert worden war und insbesondere die Delegation Chinas nicht nur die im Entwurf von Kanada und Großbritannien enthaltene gleichrangige Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter und militärischer Vorgesetzter kritisiert hatte, sondern eine Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter allgemein abgelehnt hatte, vgl. Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 99.

2587 Hierzu Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1011 m.N.; vgl. ferner Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 85, 102 f.

2588 Vgl. JStGH, Urt. 20.2.2001 – IT-96-21-A (*Music*) § 196; Werle Völkerstrafrecht, Rn. 547; Ambos Der Allgemeine Teil, S. 289; Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1009.

2589 Vgl. hierzu Ambos Der Allgemeine Teil, S. 676 ff.

2590 Hierzu Vogel ZStW 114 (2002), 403, 418.

Statut.²⁵⁹¹ Die Stellung als Vorgesetzter setzt jedoch nicht nur diese Kontrolle voraus, sondern auch ein Subordinationsverhältnis, auf das sich eine tatsächliche Herrschaftsmacht des Vorgesetzten über den Untergebenen gründet.²⁵⁹² Damit ist diese faktische Lenkungsmöglichkeit auch im Art. 28 IStGH-Statut derjenige Faktor, dem besondere Aufmerksamkeit gebührt und wohl auch in den kommenden Entscheidungen des IStGH zukommen wird, wenn er auch nicht der alleinige Faktor ist.

(a) Military commander or person effectively acting as a military commander

Diese Herrschaftsmacht besteht bei einem Soldaten als Befehlsgewalt (*command*) aufgrund der Einbindung in bestehende Hierarchiestrukturen,²⁵⁹³ wenn auch die Einbindung in die Befehlskette als solche nicht ausschließlich die Befehlshaberstellung im Sinne des Art. 28 IStGH-Statut ausmacht.²⁵⁹⁴ Damit scheiden – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte – ausschließlich rangtechnisch übergeordnete, aber nicht dienstlich vorgesetzte Offiziere, wie etwa Stabsoffiziere, die keine Kontrolle ausüben können, als Vorgesetzte im Sinne des Völkerstrafrechts regelmäßig ebenso aus²⁵⁹⁵ wie Personen, die zwar Einfluss nehmen könnten, aber nicht in einem hierarchiebedingten Überordnungsverhältnis zum Täter stehen.²⁵⁹⁶ Wo der Befehlshaber innerhalb der Befehlskette steht, ist allerdings unbeachtlich.²⁵⁹⁷ Die tatsächliche Weisungsmöglichkeit (*substantial influence*) allein reicht nach der Rechtsprechung des JStGH nicht aus, um die militärische Vorgesetztenstellung zu begründen.²⁵⁹⁸ Maßgeblich ist die tatsächliche, aber hierarchisch institutionalisierte Befehlsgewalt des Vorgesetzten über seine Truppen.²⁵⁹⁹

Das bedeutet aber nicht, dass es sich um eine rechtlich manifestierte Befehlsgewalt handeln muss; es kann auch eine faktische Hierarchiestruktur ausreichend sein. Eine Unterscheidung zwischen regulären Truppen und Milizen²⁶⁰⁰ findet nicht statt, da Art. 28 IStGH-Statut nicht von einem formellen Militärbegriff im Sinne regulärer staatlicher Streitkräfte ausgeht, sondern die Frage nach der Zuge-

2591 Vgl. Ambos Der Allgemeine Teil, S. 287f.

2592 Vgl. Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 88.

2593 Vgl. Ambos Der Allgemeine Teil, S. 675 zur weiteren Differenzierung dieser Kommandogewalt.

2594 Vgl. Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 88.

2595 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 548 f.; Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1010; vgl. auch Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 88.

2596 Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 88 betont hier die Notwendigkeit der Trennung zwischen moralischer und rechtlicher Verhinderungspflicht.

2597 Vgl. IStGH, Vorverfahrenskammer II, Ents. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, § 408.

2598 Nachweise bei Ambos Der Allgemeine Teil, S. 288.

2599 Grundlegend dazu Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (*Delalić*) § 354.

2600 Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa Art. 1, 2 Haager Landkriegsordnung und Art. 13 der Genfer Konvention.

hörigkeit zu bewaffneten Verbänden, also faktischem Militär, in den Mittelpunkt rückt.²⁶⁰¹ Das ergibt sich eindeutig aus dem Zusatz „*person effectively acting as a military commander*“ in Art. 28 lit. a IStGH-Statut.²⁶⁰² Dieser materielle, nicht auf formellen Hierarchiestrukturen beruhende Begriff des *militärischen Befehls-habers* erscheint insbesondere aus tatsächlichen Gründen notwendig, um auch paramilitärische Truppen in Bürgerkriegen oder von sogenannten Warlords geführte bewaffnete Einheiten in Gebieten ohne tatsächliche Staatsgewalt zu erfassen.²⁶⁰³

Umstritten ist – in der Judikatur der Ad-hoc-Tribunale, soweit erkennbar, ist das Problem nicht eingehend erörtert –, ob eine Delegation der Verantwortung für das Verhalten der Truppen durch Vorgesetzte an rangniedere Personen strafrechtliche Relevanz besitzt. *Weigend* will hier die Haftung des Delegierenden und die entstehende Pflicht zur Überwachung des Delegaten von der strengen Vorgesetztenhaftung ausnehmen, da dieser nicht für die Verletzung der Pflicht zur Überwachung des Überwachenden als für die Tat verantwortlich bestraft werden könnte.²⁶⁰⁴ Diese Einschränkung erscheint jedoch insofern bedenklich, als sich exakt diese sehr weitreichende Haftung des Vorgesetzten, die *Weigend* damit vermeiden will, auf die Rechtsprechung der von JStGH und RStGH stützen kann²⁶⁰⁵ und die Haftungsbeschränkung einer Verschleierung der wahren Machtverhältnisse durch Verantwortungsverlagerung Vorschub leisten würde.²⁶⁰⁶ Eine Eingrenzung der Strafbarkeit hat daher eher über den inneren Tatbestand und eine entsprechende Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Delegierenden zu erfolgen, will man nicht die Vorgesetztenverantwortung durch eine zunehmende Exkulpationsmöglichkeit mit steigendem Rang des Vorgesetzten entwerten. Dieser Effekt würde nämlich insbesondere der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe zuwiderlaufen, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit mit steigendem Rang innerhalb einer Hierarchie als ebenfalls gesteigert ansehen und daraus eine Strafschärfung abgeleitet haben.²⁶⁰⁷

2601 Vgl. *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 89 unter Hinweis auf die *Delalić*-Entscheidung.

2602 Vgl. auch IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, § 409 unter Berufung auf die *Čelebići*-Entscheidung des JStGH.

2603 Vgl. *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 444; vgl. auch IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, § 410.

2604 *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1010f.

2605 So zutreffend *Radtke* in: FS Egon Müller, S. 577 ff.

2606 Das merkt auch *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1010 selbst als Gefahr an.

2607 Vgl. die Nachweise bei *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 386 f. m.w.N.

(b) Sonstige Vorgesetzte und Abgrenzung zum militärischen Vorgesetzten

Bei nichtmilitärischen, also nicht von Art. 28 lit. a IStGH-Statut erfassten Vorgesetzten ist eine tatsächliche Weisungsmöglichkeit (*substancial influence*) erforderlich, um eine Haftung zu begründen. Diese Lenkungsmacht muss der militärischen Befehlsgewalt faktisch vergleichbar sein.²⁶⁰⁸ Damit muss dem Weisungsgeber im Ergebnis – wie etwa im Bereich eines Beamtenapparates – lediglich die Möglichkeit gegeben sein, Anordnungen zu treffen, die aufgrund rechtlicher Vorgaben in der Regel befolgt werden, ohne dass der Anweisende sie im Einzelnen begründen oder seine Untergebenen von der Richtigkeit seiner Weisungen überzeugen müsste. Er muss, wie es Art. 28 lit. b IStGH-Statut formuliert, die „*effective authority and control*“ über seine Untergebenen ausüben können.²⁶⁰⁹

Die Abgrenzung zwischen militärischem und sonstigen Vorgesetzten, die insbesondere bei Polizeieinheiten²⁶¹⁰ oder Spezialkräften von Ministerien²⁶¹¹ nicht immer einfach ist,²⁶¹² kann im Einzelfall überragende Bedeutung erlangen, da Art. 28 IStGH-Statut an die strafrechtliche Haftung von Militärbefehlshabern deutlich geringere Anforderungen stellt als an die sonstiger Vorgesetzter. Dies gilt zum einen deswegen, weil dem Zivilvorgesetzten nicht jede Fahrlässigkeit völkerstrafrechtlich vorgeworfen werden kann. Zum anderen ist er nur dann verantwortlich, wenn die unter seiner tatsächlichen Kontrolle stehenden Untergebenen Straftaten im Rahmen von Tätigkeiten begehen, die in die tatsächliche Verantwortung und Kontrolle des Vorgesetzten fallen (Art. 28 lit. b (i) und (ii) IStGH-Statut).

(aa) Militärbegriff

Die Abgrenzung zwischen militärischen und sonstigen Vorgesetzten bereitet jedoch deswegen Schwierigkeiten, weil keine klaren Kriterien vorgegeben sind, die für die Klassifizierung des Vorgesetzten als militärisch (*military commander*) maßgeblich wären. Der Wortlaut des Art. 28 lit. a IStGH-Statut als Ausgangspunkt der Auslegung liefert lediglich einen Hinweis darauf, wie weit der Anwendungsbereich zu verstehen ist: Die grammatisch-etymologische Auslegung beginnt bei dem lateinischen Wort *militaris*: „*den Kriegsdienst betreffend*“. Daraus

2608 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 552 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des JStGH.

2609 Zur Unterscheidung zwischen *control* und *authority* IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, § 412 f.

2610 Wie z.B. die deutsche GSG 9 oder die israelische YAMAM.

2611 Etwa die Verbände der OMON (Otrjad Militsii Osobovo Nasnatschenija) des russischen Innenministeriums, der SWAT (Special Weapons and Tactics) verschiedener Ministerien der USA und Chinas oder das österreichische EKO Cobra.

2612 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) § 309.

folgt, dass es sich bei *Militär* oder *militärisch* zunächst um eine Beschreibung solcher Belange handelt, die mit dem Krieg zusammenhängen. Unter *Krieg* kann hier nach *István Kende*²⁶¹³ ein gewaltsamer Massenkonflikt verstanden werden, an dem zwei oder mehr bewaffnete Streitkräfte beteiligt sind und bei dem auf mindestens einer Seite reguläre Streitkräfte mitwirken, der ferner ein Mindestmaß an zentralgelenkter Organisation der Kriegsführenden aufweist und die bewaffneten Operationen mit einer gewissen Kontinuität stattfinden. Andere Definitionen sind weniger streng und lassen einen organisierten und bewaffnet ausgetragenen Konflikt zwischen Staaten oder zwischen Gruppen der Bevölkerung eines Staates ausreichen, um von einem Krieg sprechen zu können.²⁶¹⁴ Geht man von dieser Definition aus, so scheiden zumindest solche – auch bewaffneten – Verbände und deren Vorgesetzte aus dem Bereich des Militärs aus, deren Aufgabe nicht die Beteiligung an organisierten bewaffneten Konflikten ist. Dies gilt etwa regelmäßig für Polizeieinheiten, soweit sie nicht, wie etwa die kasernierte Volkspolizei der DDR, als Vorläufer oder Ersatz für kämpfende Verbände angesehen werden müssen.²⁶¹⁵ Diese Unterscheidung nach der Aufgabenstellung für die jeweilige Truppe und der damit einhergehenden Beziehung zu den Kampfhandlungen eines bewaffneten Konfliktes liegt insofern nahe, als die Gefahr einer Begehung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht bei solchen Verbänden höher ist, die bestimmungsgemäß an Kampfhandlungen beteiligt sind. Dies ergibt sich aus der Natur der Verbrechenstatbestände, die das Rom-Statut in den Art. 5 bis 8 umschreibt und deren Begehung typischerweise, wenngleich nicht ausschließlich, durch Kampfverbände erfolgt, so dass eine rechtsgutsorientierte Interpretation dieses Ergebnis stützt. Denn hierbei kommt es nicht nur darauf an, dass diese nach den dargestellten Kriterien als militärisch klassifizierten Einheiten bewaffnet sind – das sind Polizeiverbände auch –, sondern dass es zu ihrer Aufgabenausrichtung gehört, diese Waffen auch zum Einsatz zu bringen, während der Polizist seine Waffe gerade nicht verwenden sollte.

Inwiefern diese, letztlich an der Nähe des Vorgesetzten und seiner Untergebenen zum Rechtsgut der Bezugstat orientierte Auslegung zum einen weiterführt und zum anderen durch den Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut vorgegeben ist, ist damit noch nicht gesagt. Die als Kompromiss zwischen der Gleichbehandlung von militärischem und sonstigem Vorgesetzten einerseits und Nichtverantwortlichkeit des Letzteren andererseits entstandene Fassung von Art. 28 IStGH-Statut sieht für die Verantwortlichkeit des sonstigen Vorgesetzten höhere Hürden im subjektiven Tatbestand vor als für diejenige des militärischen Vorgesetzten. Wenn man unterstellt, dass dies nicht allein durch die spezifische Nähe des mili-

2613 *Kende* Kriege nach 1945, S. 5 f.

2614 Lexikon der Bundeszentrale für politische Bildung, Stichwort: Krieg.

2615 Vgl. hierzu Dietrich/Wenzke Die getarnte Armee, S. 97 ff.

tärischen Vorgesetzten zu Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht bedingt ist, so wirft dies die Frage nach einem anderen Grund auf, der diese Unterscheidung rechtfertigt.

Insoweit weist Triffterer darauf hin, dass sich der Unterschied zwischen militärischen und zivilen Vorgesetzten in den Gruppen der Untergebenen widerspiegelt.²⁶¹⁶ Art. 28 IStGH-Statut unterscheidet zwischen „*forces under ... effective command and control or effective authority and control*“ im militärischen Bereich und „*subordinates under ... effective authority and control*.“ Die Verwendung der Begriffe *forces* bzw. *subordinates* könnten einen ersten Anhaltspunkt dafür geben, dass militärischer Befehlshaber nur sein kann, wer Einheiten befiehlt, die in der Lage sind, auch mit Gewalt verbundene Handlungen vorzunehmen, also in der Regel bewaffnete Einheiten. Dieser Aspekt führt jedoch lediglich zur obigen Argumentation zurück, eröffnet also keine Konkretisierung des Abgrenzungskriteriums im Hinblick auf bewaffnete Einheiten. Vielmehr lässt der Ansatz nicht nur die Frage nach der Zuordnung der besonders problematischen Fallgruppen polizeilicher Sondereinheiten offen, sondern bietet auch für die regulären Polizeieinheiten, die man bereits im Wege der grammatischen Interpretation aus dem Militärbegriff ausscheiden kann, keine bessere Orientierung.

(bb) Befehlsgewalt und Führungsgewalt

Einen anderen, mehr strafrechtsdogmatisch als rechtsgutsspezifisch orientierten Ansatz bietet der Begriff „*command and control*“, den die deutsche Fassung²⁶¹⁷ des Rom-Statuts mit „*Befehlsgewalt*“ übersetzt und den Art. 28 in lit. a IStGH-Statut für militärische Vorgesetzter, nicht jedoch für sonstige Vorgesetzte verwendet. Der militärische Vorgesetzte ist demnach Inhaber von Befehlsgewalt (*military commander*), während der sonstige Vorgesetzte nur Inhaber einer Vorgesetztenstellung (*superior*) ist, die ihm die Kontrolle über den Untergebenen verleiht. Diese Differenzierung lässt den Schluss zu, dass zum einen zwischen Befehls- und Führungsgewalt unterschieden werden kann und zum anderen nur der militärische Vorgesetzte Befehlshaber sein kann. Damit tritt der *Befehl* ins Zentrum der Betrachtung und ermöglicht die Bildung eines eigenständigen Begriffs des *militärischen Befehlshabers*, der durch das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem bestimmt wird. Als militärischer Befehlshaber im Sinne von Art. 28 lit. a IStGH-Statut kann demnach verantwortlich sein, wer Befehlsgewalt hat. Auf diese Weise wird ein strafrechtsdogmatisch aussagekräftiges, weil zurechnungsspezifisches Kriterium für die Reichweite und den Umfang der Vorge-

2616 Dieser Unterschied findet sich wortgleich in § 4 Abs. 2 VStGB wieder, aber auch die Gesetzesmaterialien zum VStGB geben keinen Aufschluss über die Unterscheidung zwischen Befehls- und Führungsgewalt.

2617 BGBl. II 2000, S. 1393, 1413.

setztenverantwortlichkeit bestimmt: Danach ist der Vorgesetzte in besonderer Weise für die Verhinderung und Sanktionierung von Bezugstaten seiner Untergebenen verantwortlich, der diese durch militärischen Befehl steuern, sie also viel enger führen kann als derjenige, der nur das Direktionsrecht des arbeitsrechtlichen oder die Weisungsbefugnis des beamtenrechtlichen Vorgesetzten innehat, die ihm faktisch eine Führungsgewalt verleiht. Denn die militärische Befehlsgewalt vermittelt über die grundsätzlich uneingeschränkte Gehorsamspflicht eine unmittelbare Herrschaftsmacht.

Der Ansatz wirft jedoch das Problem auf, nun wiederum belastbare Kriterien für eine Abgrenzung zwischen militärischer Befehlsgewalt und ziviler Führungsgewalt finden zu müssen. Der Befehl ist also von der sonstigen Anweisung oder Anordnung abzugrenzen. Dies mag für den hoheitlichen Bereich noch möglich sein, indem man – etwa im deutschen Recht – streng nach dem formellen Recht zwischen Soldatenrecht einerseits und Beamten- bzw. Arbeitsrecht andererseits unterscheidet. Hier kann möglicherweise auch nach den Folgen einer Weigerung des Untergebenen, der Anordnung Folge zu leisten, differenziert werden. Kann die Insubordination bestraft werden, so geschieht sie im militärischen Rahmen, im nichtmilitärischen Rahmen, wenn nur mildere Konsequenzen drohen. Doch verliert diese formelle Unterscheidung rasch ihre Aussagekraft wegen der unterschiedlichen Begriffe von *Strafe* und *Strafrecht* selbst im Verhältnis eng verwandter Rechtsordnungen innerhalb von Europa. Sobald man sich außerhalb rechtlich geregelter Strukturen befindet, also beispielsweise innerhalb von nicht staatlichen paramilitärischen Einheiten eine Anweisung erfolgt, wird eine solche Unterscheidung gänzlich sinnlos, weil diese Verbände sich ihre eigenen Binnennormgefüge schaffen und oftmals zwischen Vorgesetztem und Untergebenem keinerlei bestimmbarer Rechtsverhältnis besteht. Dennoch sind diese Organisationen regelmäßig in der Lage, die Ausführung von Anweisungen ebenso effektiv abzusichern wie in staatlichen Hierarchiestrukturen, und sei es durch seelische oder körperliche Misshandlungen als Konsequenz von Insubordination. Geht es also um die Effektivität der Anweisungsstruktur, so wird man häufig kriminelle Vereinigungen, selbst wenn sie nicht in irgendeiner spezifischen Verbindung mit Kampfhandlungen stehen, durchaus als Verbände ansehen dürfen, in denen Vorgesetzte tatsächlich in der Lage sind, die Ausführung ihrer Anordnungen durch die Untergebenen bedingungslos zu erzwingen. Damit dürften diese Vorgesetzten Befehlsgewalt innehaben.

Dennoch bietet dieser Aspekt der Möglichkeit, die Befehlausführung durch den Untergebenen im Zweifel zu erzwingen, also der Effektivität der Durchsetzung von Anweisungen, ein weiteres mögliches Unterscheidungskriterium zwischen Befehlsgewalt und (sonstiger) Anweisungsmacht: Demnach wäre nur die effektiv, also letztlich durch unmittelbaren Zwang oder dessen Androhung, durchsetzbare Anweisung ein Befehl, und diese Macht zur Durchsetzung bedeu-

tete Befehlsgewalt. Dieser Ansatz bietet den Vorteil, dass er zumindest bei der Feststellung der Effektivität auf ein normatives Element verzichten kann, wenn auch die Bewertung, ob das Druckmittel ausreicht, um Befehlsgewalt zu begründen, wiederum ein normatives Urteil erfordert, das dann allerdings einheitlich auf völkerrechtlicher Grundlage gefällt werden kann. Ferner führt der Ansatz dazu, dass sich ein weitgehend materieller Militärbegriff ergibt. Diese Überlegungen können sich ferner darauf stützen, dass auch der JStGH zum Merkmal der Befehlsgewalt ausgeführt hat, ein Kommandeur könne den Gehorsam seiner Truppe gegebenenfalls auch durch Gewalt und sogar bis zur Tötung eines Untergebenen absichern und erzwingen, womöglich müsse er dies auch.²⁶¹⁸

(cc) Kombination der Abgrenzungskriterien

Demnach ist Befehlsgewalt die Möglichkeit zur faktischen Steuerung der Handlungen eines Untergebenen aufgrund der hierarchisch begründeten Macht, eine Anweisung unbedingt und zwangswise durchsetzen zu können. Kombiniert man diesen Ansatz mit der Wortlautargumentation, so ergibt sich eine durchaus belastbare Definition des militärischen Befehlshabers im Sinne von Art. 28 lit. a IStGH-Statut: Militärischer Befehlshaber ist derjenige, der innerhalb eines Verbandes, dessen Aufgabe die Teilnahme an bewaffneten Auseinandersetzungen innerhalb eines (Bürger-)Krieges ist, aufgrund seiner hierarchischen Stellung in der Lage ist, verbindliche Anweisungen zu erteilen und deren Befolgung notfalls auch mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen.

Unter der Prämisse dieses Befehlsbegriffs ist eine strafrechtsdogmatische Begründung dafür erkennbar, warum den militärischen Befehlshaber eine schärfere strafrechtliche Haftung trifft, er mithin unter geringeren subjektiven Anforderungen haftbar ist als sonstige Vorgesetzte: Der militärische Befehlshaber hat über seine Untergebenen eine weiterreichende Lenkungsmacht inne; er kann seine Anordnungen grundsätzlich unbedingt durchsetzen, was ihm eine enge und strikte Führung der Angehörigen seines Verbandes ermöglicht. Diese enge Bindung des Täters der Bezugstat an den Befehlshaber führt zu einer intensiveren Zurechnung auch seiner verbrecherischen Handlungen, weil die ausgeprägtere Kompetenz des Befehlshabers, die Handlungen des Untergebenen zu steuern, auch zu einer ausgeweiteten Verantwortlichkeit führt. Je direkter die Steuerung eines anderen möglich ist, desto plausibler kann auch die Zurechnung von Fehlverhalten des Gesteuerten gegenüber dem Steuernden erfolgen. Die strengere Haftung des militärischen Vorgesetzten kann sich zudem auf den engen Bezug zur Gefahr für das Rechtsgut und damit auf ein materielles Element stützen, das durch die intentionale Teilnahme militärischer Verbände an Kampfhandlungen innerhalb eines

2618 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) §§ 88 f.

Krieges bedingt ist. Der militärische Befehlshaber hat aufgrund der spezifischen Gefahr, dass in Kämpfen Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht begangen werden, und der Übernahme entsprechender hoheitlicher Schutzaufgaben die Pflicht, Straftaten seiner Untergebenen gegen das Kriegsvölkerrecht zu verhindern bzw. zu sanktionieren. Zu dieser Verhinderung ist er aufgrund seiner Befehlsgewalt grundsätzlich auch in der Lage.²⁶¹⁹

(dd) Aus dem Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut hergeleitete Kritik

Diese Definition der Befehlsgewalt weist jedoch prima facie einen Schwachpunkt auf, der sich unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut ergibt: Die Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten erfordert danach, dass dieser über seine Truppen Befehls- beziehungsweise Führungsgewalt und Kontrolle („*under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be*“) ausübt. Eben diesen Begriff der *Führungsgewalt* verwendet auch Art. 28 lit. b, der das verantwortlichkeitsbegründende Subordinationsverhältnis ziviler Vorgesetzter umschreibt. Lässt man aber für den militärischen Vorgesetzten nach lit. a die gleiche Führungsgewalt ausreichen, die auch die Verantwortlichkeit sonstiger Vorgesetzter in lit. b begründet, so verliert das Kriterium der Befehlsgewalt seine Unterscheidungskraft. So dürfte die Formulierung jedoch kaum gemeint sein. Die Alternative der Führungsgewalt wurde im Hinblick auf die Gefahr einer zu engen Auslegung des Begriffs der *Befehlsgewalt* in den Tatbestand des Art. 28 lit. a IStGH-Statut aufgenommen, um die Verantwortlichkeit auch in solchen Fällen zu begründen, in denen der Befehlshaber nicht nur reguläre Truppen kommandiert, sondern auch die Kontrolle über paramilitärische Einheiten oder sonstige außerordentliche Verbände ausübt. Ferner ging es um die Erfassung des sogenannten „*executive commanders*“, des Befehlshabers, dem die Verantwortung für ein Territorium obliegt.²⁶²⁰ Es kommt damit nicht zu einer substanziellem Ausweitung des Begriffs der *Befehlsgewalt*, wenn man ihn in dem hier verwendeten, eher funktionellen Sinne versteht, denn danach ist auch die Ausübung der Kontrolle über irreguläre Truppen Befehlsgewalt, weil auch hier die Anweisungen Befehle im vorgenannten Sinne sind.

Dass die Alternative „*effective authority and control*“ letztlich überflüssig ist, deutet Arnold an, wenn sie ausführt, die Tatbestandsvariante „*relates primarily superiors of regular and irregular forces with a disciplined and hierarchical internal structure*“; demnach ist die Vorschrift nur auch auf solche regulären Verbänden mit einer internen Disziplinstruktur anwendbar; sie geht jedoch letztlich weiter. Daher erscheint es gerechtfertigt, den Begriff der *Führungsgewalt* in

2619 Vgl. hierzu Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 29.

2620 Vgl. Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 103.

Art. 28 lit. a IStGH-Statut als eine besondere Form der Befehlsgewalt zu verstehen und an jene keine geringeren Anforderungen zu stellen als an diese. Das führt zwar dazu, dass der Begriff der *Führungsgewalt* in lit. b weiter und damit anders ausgelegt werden muss als in lit. a des Art. 28. Aber diese Widersprüchlichkeit ist im Hinblick auf den Charakter des ausgehandelten Kompromisses eines völkerrechtlichen Vertrages, dessen Wortlaut wohl ohnehin mit Vorsicht zu behandeln ist, und vor allem auf die Tauglichkeit der Befehlsgewalt als Unterscheidungskriterium vor dem Hintergrund der Notwendigkeit erkennbarer Grenzen der Verantwortlichkeit im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz wohl hinzunehmen. Schließlich ist dieser Unterschied auch in Art. 28 IStGH-Statut durch die Verwendung der Begriffe *military commander* einerseits und *superior* andererseits angelegt. Denn das Begriffspaar betont den Unterschied zwischen der Einordnung in eine Befehlhierarchie im engeren Sinne und einer Über-Unterordnung innerhalb anderer Anweisungsstrukturen.

(2) Tat nach Art. 6 bis 8 IStGH-Statut durch Untergebene als Bezugstat

Voraussetzung für die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Art. 28 IStGH-Statut ist zunächst, dass ein Untergebener eine Straftat begangen hat, über die das Statut dem Gerichtshof die Jurisdiktion zuweist.²⁶²¹ Das bedeutet, der Untergebene muss eine Tat nach Art. 6 bis 8 IStGH-Statut begangen haben, wobei unter Begehen – anders als nach den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe²⁶²² – schon der Versuch der Tatbegehung zu verstehen ist.²⁶²³ Denn Art. 28 IStGH-Statut verwendet im Chapeau den Begriff *crime*, unter den nach Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut auch der dort unter lit. f genannte Versuch fällt. Der Versuch einer Tat nach Art. 6 bis 8 IStGH-Statut ist damit ein Verbrechen im Sinne von Art. 28 IStGH-Statut. Die dogmatische Einordnung des Merkmals der „Begehung einer Bezugstat“ in deutsche Kategorien – Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Strafbarkeit²⁶²⁴ – ist zwar nicht unproblematisch. Jedoch kommt es darauf letztlich deswegen nicht an, weil aus dem Wortlaut des Art. 28 IStGH-Statut hervorgeht, dass eine Strafbarkeit nur gegeben sein kann, wenn sich der innere Tatbestand des Vorgesetzten zumindest grundsätzlich auf eine Tat nach dem Statut be-

2621 Vgl. Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 90 ff.

2622 Art. 4 Abs. 3 lit. d JStGH-Statut stellt ausdrücklich nur den Versuch des Völkermordes unter Strafe, vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 333 ff. m.w.N.

2623 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 445, 453; vgl. auch Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 136.

2624 Vgl. Jung Adv 43 (2005), 525, 531; Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 446 f.; zum Problem der objektiven Bedingung der Strafbarkeit als verkappte Strafschärfungsgründe und verschleierte strafbegründende Tatumstände Jescheck/Weigend AT, § 53 I Nr. 2 b), S. 557.

zieht.²⁶²⁵ Die Bezugstat des Untergebenen muss also vom Vorsatz umfasst sein bzw. die Nachlässigkeit des Vorgesetzten muss sich auch auf diese beziehen.

(3) Innerer Tatbestand (mental element)

Art. 30 IStGH-Statut normiert die allgemeinen Voraussetzungen des inneren Tatbestandes (*mental elements*). Danach fällt – soweit nichts anderes bestimmt ist – nur die vorsätzliche Erfüllung²⁶²⁶ eines Verbrechenstatbestandes unter das Statut. Art. 28 IStGH-Statut umschreibt jedoch als lex specialis zu Art. 30 IStGH-Statut die subjektiven Voraussetzungen für die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten selbstständig.²⁶²⁷ Im Hinblick auf die inneren Voraussetzungen kommt der Unterscheidung zwischen dem militärischen und dem zivilen Subordinationsverhältnis große Bedeutung zu:

- (a) Anforderungen an den inneren Tatbestand des militärischen Vorgesetzten hinsichtlich der Bezugstat

Für den militärischen Vorgesetzten sieht Art. 28 lit. a IStGH-Statut für die strafrechtliche Haftung sowohl wegen mangelnder Prävention als auch mangelnder Repression eine Sanktion vor, sofern der Vorgesetzte wusste oder mit Rücksicht auf die gegebenen Umstände hätte wissen müssen (*knew or, owing to the circumstances at the time, should have known*), dass seine Truppen Straftaten begehen oder im Begriff waren, solche zu begehen, bzw. solche Taten begangen haben, für deren Verfolgung er zu sorgen hat. Aus dem Wortlaut des Art. 28 IStGH-Statut ergibt sich, was zuvor bereits völkerstrafrechtlich anerkannt war: Die *mens rea* muss die Bezugstat erfassen. Sie ist damit – anders als etwa bei § 130 OWiG – Gegenstand des Tatbestandes und damit auch des Schuldbezugs.²⁶²⁸ Jedoch normiert Art. 28 IStGH-Statut mit der Möglichkeit einer Fahrlässigkeitshaftung eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur die vorsätzliche Begehung der Straftaten nach Art. 6 bis 8 IStGH-Statut strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet.

2625 Hierzu überzeugend Ambos Der Allgemeine Teil, S. 693 ff.

2626 Die u.a. maßgebliche englischsprachige Fassung spricht in Absatz 1 von „*intent and knowledge*“.

2627 Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 114.

2628 Eingehend zu dieser Frage und der Kritik an der Bezugstat als objektive Bedingung der Strafbarkeit, Ambos Der Allgemeine Teil, S. 693 ff.

(aa) Anforderungen an das kognitive Element des Vorsatzes

Art. 28 lit. a IStGH-Statut sieht zunächst den Vorgesetzten als verantwortlich an, der um die Tatbegehung weiß. *Triffterer*²⁶²⁹ stellt hier die Frage, wie dieses Wissen des Vorgesetzten beschaffen sein muss, ob Wissentlichkeit im Sinne des direkten Vorsatzes gemäß § 5 Abs. 3 öStGB²⁶³⁰ gegeben sein müsse oder geringere Anforderungen an das Wissenselement gestellt werden dürfen.²⁶³¹ Eine zufriedenstellende Antwort hierauf war von den Ad-hoc-Gerichtshöfen nicht entwickelt worden, weil der Wortlaut der Statuten dieser Tribunale nicht hinreichend eindeutig ist. Im Rahmen der superior responsibility nach dem Rom-Statut verschärft sich die Frage nach der Bestimmung der konkreten Anforderungen an die mens rea, weil Art. 28 IStGH-Statut nicht stets das „*should have known*“ zur Verantwortungsbegründung ausreichen lässt, wie Art. 28 lit. b IStGH-Statut deutlich macht. Aber die Entscheidung der Vorverfahrenskammer II des IStGH beschränkt sich darauf, Faktoren zu nennen, aus deren Vorliegen das Wissen um die Tatbegehung geschlossen werden könne; eine abstrakte Definition des Wissens erfolgt nicht.²⁶³²

Welche Bedeutung dem Wort *knew* bzw. der Formulierung „*should have known*“ beizumessen ist, kann auch nicht mit dem Hinweis dahinstehen, der Vorgesetzte sei schon dann verantwortlich, wenn er bewusst fahrlässig oder leichtfertig gehandelt hat, so dass es auf die Konkretisierung des Begriffs des *Wissens (know)* nicht ankomme. Denn dieser Begriff bestimmt nicht nur die Voraussetzungen des Vorsatzes, sondern über das Wissen-Müssen (*should have known*) auch die der Fahrlässigkeit, weil *Wissen-Müssen* nicht definiert werden kann, wenn unbekannt ist, was das *Wissen* ausmacht.

Art. 30 Abs. 3 IStGH-Statut, der die subjektiven Tatbestandsmerkmale umschreibt, definiert zum einen Wissen als das Bewusstsein (*awareness*), dass ein Umstand vorliegt oder nach dem gewöhnlichen Fortgang der Ereignisse eine Folge eintreten wird, und setzt zum anderen „*wissen*“ und „*Wissentlichkeit*“ gleich.²⁶³³ Ob damit alle Fallkonstellationen, die nach § 5 öStGB oder nach den allgemeinen Lehren des deutschen Strafrechts unter den Begriff des *dolus eventualis* fallen, aus dem Bereich dieses Wissens ausscheiden, ist streitig. Aber nach herrschender Auffassung reicht zumindest das bloße Für-Möglich-Halten eines

2629 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 439, 449 f.

2630 Die Vorschrift lautet: „Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält.“.

2631 Zum Streitstand vgl. die Nachweise bei Werle/Jeffberger JZ 2002, 726, 731.

2632 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, §§ 430 f. spricht lediglich von „*existence of actual knowledge*“.

2633 Vgl. auch Triffterer in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 63.

tatbestandlichen Erfolgs nicht aus, um die Voraussetzungen des Art. 30 Abs. 3 IStGH-Statut zu erfüllen.²⁶³⁴ Denn nach ihrem Wortlaut setzt diese Vorschrift das Wissen des Täters voraus, dass der Erfolg nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eintreten wird.²⁶³⁵ Eine Ansicht²⁶³⁶ definiert daher das Wissen im Sinne von Art. 30 Abs. 3 IStGH-Statut, als wissentliches Handeln im Sinne von § 5 Abs. 3 öStGB. Der Täter muss also den relevanten Umstand nicht lediglich für möglich, sondern sein Vorliegen oder Eintreten – nach dem zu erwartenden Verlauf der Dinge – für gewiss halten.²⁶³⁷ Die Vorverhandlungskammer des IStGH²⁶³⁸ hat es dagegen für den Vorsatz ausreichen lassen, dass der Täter sich des Risikos des Erfolgseintritts bewusst war und diese Möglichkeit entweder für erheblich wahrscheinlich hält (*probabilité importante*) oder das Risiko – mag dieses auch nicht groß sein – wahrnimmt, sich mit der Folge jedoch abfindet und sie billigt. Diese Ausführungen machen deutlich, dass die Rechtsprechung des IStGH wohl dahin tendiert, als Wissen im Sinne von Art. 30 IStGH-Statut auch das Wissen um die Möglichkeit ausreichen zu lassen. Diese Entscheidung rückt das Wissen im Sinne von Art. 30 Abs. 3 IStGH-Statut – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift, wo es „*will occur*“ und nicht „*may occur*“ heißt²⁶³⁹ – in die Richtung des dolus eventualis deutschsprachiger Prägung.²⁶⁴⁰ Die *recklessness* lässt die Kammer allerdings nicht ausreichen.²⁶⁴¹ Dennoch verlangt die bislang wohl noch herrschende Meinung mehr als dolus eventualis, da Art. 30 IStGH-Statut mehr als die unsichere Tatsachengrundlage dieser Vorsatzform voraussetzt und ein zumindest im Wesentlichen sicheres Wissen verlangt.²⁶⁴² Dies entspricht wohl auch der Rechtsprechung des JStGH, dessen Berufungskammer für die mens rea in Bezug auf die Anordnung einer Tat nicht die Kenntnis hat ausreichen lassen, dass überhaupt ein Risiko besteht, sondern eine gewisse Wahrscheinlichkeit substantieller Art verlangte.²⁶⁴³

Damit allein ist jedoch nur die Frage nach der Begehenswahrscheinlichkeit, nicht nach der notwendigen Kenntnis des Vorgesetzten um die konkreten Umstände der jeweiligen Bezugstat behandelt.²⁶⁴⁴ Exakte Kenntnisse über die Be-

2634 So Weigend in: FS Roxin, 2001, 1375, 1386; Werle JZ 2001, 885, 890 m.w.N.; offengelassen von Piragoff/Robinson in: Triffterer, Art. 30 Rn. 23; ebenso Werle/Jeffberger JZ 2002, 726, 731.

2635 Vgl. Haan Joint criminal enterprises, S. 218.

2636 Ambos Der Allgemeine Teil, S. 767.

2637 Nachweise zur entsprechenden Rechtsprechung bei Haan Joint criminal enterprises, S. 219.

2638 IStGH, Vorverfahrenskammer I, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (*Lubanga*), Decision on the conformation of charges, §§ 349 ff.

2639 So die Kritik von Werle Völkerstrafrecht, Rn. 439 Fn. 101.

2640 IStGH, Vorverfahrenskammer I, Entsch v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (*Lubanga*), Decision on the conformation of charges, §§ 349 ff.

2641 Vgl. auch Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 67.

2642 Vgl. zum Streitstand Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 67 Fn. 297.

2643 JStGH, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (*Blaškić*) §§ 41 f.; ferner Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 67 m.w.N.

2644 Zur Kenntnis hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der Tatumstände Ambos InStrR § 7 Rn. 68.

zugstat wird man wohl allein deswegen nicht fordern können, weil die Verantwortung des Vorgesetzten ansonsten durch Art. 28 IStGH-Statut nicht auf alle Konstellationen erstreckt werden könnte, die diese Vorschrift erfassen soll. Art. 28 IStGH-Statut soll die Fälle der Begehung von Völkerrechtsverbrechen sanktionieren, die allein oder vornehmlich auf der unzureichenden Führung der Untergebenen basieren. Triffterer stellt dementsprechend geringere Anforderungen an den Vorsatz hinsichtlich der Tat des Untergebenen. Der Befehlshaber, der wisse, dass seine Truppen als „*marodierende Horde durchs Land ziehen*“, sei strafrechtlich „*zum Eingreifen verpflichtet*“ und damit auch als Vorgesetzter für die Taten der Untergebenen verantwortlich, ohne dass es darauf ankomme, ob er Kenntnis vom erweiterten Vorsatz der Untergebenen oder der Kriterien hat, nach der diese die Opfer ihrer Straftaten auswählen.²⁶⁴⁵ Diese Auffassung steht mit dem Wortlaut zumindest insofern im Einklang, als der Vorgesetzte danach nicht wissen muss, welche vom IStGH-Statut erfassten Straftaten begangen werden. In Art. 28 lit. a (i) heißt es „*knew ... that the forces were committing or about to commit such crimes*“. Der Wortlaut gibt also nur vor, dass der Befehlshaber Kenntnis von Straftaten haben muss, die in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fallen und die von seinen Untergebenen begangen werden.

In der Praxis dürfte es auf diese Unterscheidung jedoch selten ankommen, da die Art. 6 bis 8 IStGH-Statut jede schwere Straftat im Rahmen bewaffneter Konflikte erfassen, die mit einem Angriff auf die Zivilbevölkerung oder andere geschützte Personen verbunden sind. Im Falle des Umherziehens als „*marodierende Horde*“ liegt daher nicht nur die große Gefahr der Begehung von Straftaten überhaupt auf der Hand, sondern auch von Straftaten in der Jurisdiktion des IStGH. Ähnliches gilt, wenn der Vorgesetzte nachträglich davon erfährt, dass Truppen, die unter seiner Kontrolle stehen, Taten nach Art. 6 bis 8 IStGH-Statut begangen haben oder er zumindest von Umständen Kenntnis nimmt, die dies nahe legen. Unterlässt der Vorgesetzte hier die Einleitung der erforderlichen Sanktionsmaßnahmen, so kommt ebenfalls eine Strafbarkeit gemäß Art. 28 lit. a (ii) IStGH-Statut in Betracht, soweit gegebenenfalls zusätzlich ein Kontrollmangel vorliegt.²⁶⁴⁶

(bb) Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabes

Art. 28 lit. a IStGH-Statut lässt neben dem Wissen um die Tatbegehung durch Untergebene auch das „*owing to the circumstances at the time, should have known*“ ausreichen. Dieses Wissen-Müssen bestimmt sich zwangsläufig durch das Wissen, so dass der militärische Befehlshaber verantwortlich ist, der unter Erfüllung seiner Pflichten als Vorgesetzter die notwendige Kenntnis von der Tat

2645 So Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 450.

2646 Vgl. hier S. 618 ff.

seiner Untergebenen erlangt hätte. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn er durch die Pflichtbeachtung lediglich die Kenntnis hätte erlangen können.²⁶⁴⁷ Die Vorverfahrenskammer II des IStGH²⁶⁴⁸ führt hierzu aus: Zwar verwende das Rom-Statut nicht die Formulierung „*had reason to know*“, sondern „*should have known*“, dennoch diene die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe zur Orientierung. Unter anderem könne – je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls – das Merkmal „*should have known*“ erfüllt sein, wenn der Vorgesetzte allgemeine Informationen habe, die auf begangene oder bevorstehende Verbrechen Untergebener hindeuten und die vorhandenen Informationen weitere Nachforschungen oder Untersuchungen gerechtfertigt hätten. Als Indikator für das Vorliegen der mens rea in diesen Fällen sei eine bereits in der Vergangenheit unterlassene Verfolgung von Verbrechen derselben Untergebenen zu werten.²⁶⁴⁹

(cc) Vorsatz und die Verwirklichungsstufe des Delikts

Der zuvor beschriebene Vorsatz muss sich auf eine Tat beziehen, die der Untergabe begeht oder im Begriff ist zu begehen (*were committing, about to commit*). Bei Letzterem ist nicht nur das Stadium des Versuchs der Tat im Sinne von Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut²⁶⁵⁰ gemeint, sondern es handelt sich bei dem „*In-Begriff-Sein*“ um eine dem Versuch einer Straftat vorgelagerte Verwirklichungsstufe. Andernfalls wäre die Verwendung dieser Formulierung in Art. 28 lit. a IStGH-Statut ohne eigenständige Bedeutung, da der Versuch schon als Tatbegehung erfasst ist.²⁶⁵¹ Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Formulierung „*were committing*“ als Verlaufsform bereits den Versuch umfasst, während das Im-Begriff-Sein früher ansetzt und schon das Vorbereitungsstadium einschließt, soweit die Vorbereitungen schon die Grenze zur reinen inneren Entschlussfassung überschritten haben und Vorbereitungshandlungen vorgenommen worden sind. Die Notwendigkeit, die passive Unterstützung auch solcher Taten zu erfassen, die noch nicht das Stadium des Versuchs erreicht haben, ergibt sich auch aus der Gesamtkonzeption und Entwicklung der Vorgesetztenverantwortung, die darauf abzielt, nicht nur die konkrete Begehung abzuwenden, sondern schon im Vorfeld der eigentlichen Tatbegehung präventiv auf potenzielle Täter einzuwirken.²⁶⁵² Das bedeutet, nach Art. 28 lit. a IStGH-Statut ist auch derjenige militäri-

2647 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 557 Fn. 364 m.w.N.

2648 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, §§ 433 ff.

2649 Ausführlich dargelegt in IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) und (b) of Rome Statute, §§ 478 ff.

2650 Danach ist der Versuch dann gegeben, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die einen wesentlichen Schritt zum Beginn der Ausführungen darstellen.

2651 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 450.

2652 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 451.

sche Vorgesetzte strafrechtlich für die Tat eines Untergebenen verantwortlich, der entweder in dem oben genannten Sinne weiß oder hätte wissen müssen, dass der Untergebene „*im Begriff war*“, die Straftat zu begehen. Diese Ausdehnung des Vorsatzgegenstandes führt jedoch nicht dazu, dass auf eine Bezugstat, die zumindest einen strafbaren Versuch darstellen muss, verzichtet würde. Art. 28 lit. a IStGH-Statut soll dem Befehlshaber lediglich die Berufung darauf versperren, zwar von den Vorbereitungen der Bezugstat, aber nicht gewusst zu haben, dass diese bekannten Handlungen der Untergebenen schließlich zumindest in den strafbaren Versuch münden würden.²⁶⁵³

(dd) Ausweitung der Verantwortlichkeit auf jede fahrlässige, auch aktive Tatbeteiligung

Art. 28 lit. a IStGH-Statut kennt kein voluntatives Element, wenn man von der besonderen Form des Billigen des Erfolgs im dolo^s eventualis absieht. Es kommt nicht auf eine psychisch-emotionale Beziehung des Vorgesetzten zur Tat des Untergebenen an. Eine solche Anforderung wäre auch insofern nicht sachgerecht, als die Regelung gerade auch die Verantwortlichkeit des gleichgültigen oder nachlässigen Vorgesetzten begründen soll. Hier stellt *Triffterer* die Frage, ob so jede fahrlässige Beteiligung des Vorgesetzten an der Tat eines Untergebenen zur strafrechtlichen Verantwortung führen kann:²⁶⁵⁴

Durch den Verzicht auf ein voluntatives Element in Art. 28 IStGH-Statut erlange diese Bestimmung insofern eine eigenständige strafbegründende Bedeutung, als auch das fahrlässige aktive Verhalten des Vorgesetzten strafrechtliche Verantwortung begründen könne. Art. 25 Abs. 3 lit. a bis e IStGH-Statut werde damit ausgeweitet. Einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine Tat des Untergebenen aufgrund fahrlässigen aktiven Tuns des Vorgesetzten nach Art. 28 IStGH-Statut stehe nicht entgegen, dass diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur auf Versäumnisse, also Unterlassen, anzuwenden sei. Wenn schon ein Unterlassen die Haftung begründe, dann müsse dies erst recht für ein entsprechendes aktives Tun gelten.²⁶⁵⁵ Diese Argumentation *Triffterers* ist im Ergebnis zutreffend. Auch wenn man sich dem argumentum a maiore ad minus nicht anschließen mag, so kann dieses Ergebnis auch strafrechtsdogmatisch begründet werden. Denn in jedem pflichtwidrigen aktiven Beitrag zur Begehung einer Tat nach dem Statut liegt gleichzeitig auch das Versäumnis, diese Tat zu unterbinden. Insofern bedarf

2653 Vgl. auch *Ambos* Der Allgemeine Teil, S. 691, auch zu der Sonderkonstellation bereits begangener und noch in der Begehung befindlicher Bezugstaten.

2654 *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 446 ff.

2655 *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 452; ähnlich zu der strukturell vergleichbaren Vorschrift des § 357 StGB *Heinel/Weißer* in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 7.

es keines Erst-recht-Schlusses, um zur Annahme der Haftung für eine fahrlässige „Beteiligung“ des Vorgesetzten durch aktives Tun zu kommen.

(b) Anforderungen an den inneren Tatbestand des nichtmilitärischen Vorgesetzten

Die Anforderungen an die Verantwortlichkeit des nichtmilitärischen Vorgesetzten sind höher als diejenigen, an die superior responsibility des Militärbefehlshabers; insofern findet sich in Art. 28 IStGH-Statut eine wichtige Neuerung gegenüber den zuvor von den Ad-hoc-Tribunalen konkretisierten völkerstrafrechtlichen Regeln.²⁶⁵⁶ Der zivile Vorgesetzte ist für die Tat seines Untergebenen strafrechtlich nur dann verantwortlich, wenn er um die Begehung der Tat wusste oder eindeutig auf die Begehung hinweisende Informationen bewusst außer Acht ließ (*consciously disregarded information which clearly indicated*).²⁶⁵⁷ Die reine Fahrlässigkeit, die für den Militärvorgesetzten strafrechtliche Verantwortlichkeit bedeuten kann, reicht also beim Zivilvorgesetzten nicht aus. Wie diese Formulierung jedoch zu verstehen ist und welche Formen der Fahrlässigkeit erfasst sind, ist nicht hinreichend geklärt:²⁶⁵⁸

Das Tatbestandselement „*consciously disregarded information*“ macht deutlich, dass es sich hier nur um Fallkonstellationen bewusster Fahrlässigkeit handeln kann. Hinzu kommt jedoch das Element „*clearly indicated*“. Nimmt man diese Aspekte zusammen, so liegt es nahe, dass der nichtmilitärische Vorgesetzte im Hinblick auf die Bezugstat im Sinne deutscher Diktion bewusst leichtfertig handeln muss, sich ihm also die Begehungsfahr aufgedrängt und er dies auch erkannt hat. Damit wird im Regelfall die sogenannte „*wilful blindness*“, also das sich der besseren Einsicht bewusste Verschließen, erfasst sein. Aber auch die Fallgestaltungen der Rechtsfigur der „*recklessness*“ des common law sind typischerweise erfasst, verlangt diese doch, dass der Täter bewusst das substanziale Risiko, seine Handlung könnten zu einem bestimmten Erfolg führen, ignoriert, obwohl die Gefahr einen für den rechtstreuen Normadressaten nicht mehr akzeptablen Grad erreicht hatte.²⁶⁵⁹ Der JStGH spricht auch von „*serious criminal negligence*“.²⁶⁶⁰

Doch ist die Vorschrift des Art. 28 lit. b (i) IStGH-Statut mit den Rechtsfiguren der *wilful blindness* und der *recklessness* nur grob umgrenzt, weil Fallgestal-

2656 Vgl. Ambos Der Allgemeine Teil, S. 692 f.

2657 Weitergehend Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 128, die bereits das Ignorieren von klaren Hinweisen auf ein signifikantes Risiko ausreichen lässt.

2658 Vgl. hierzu auch Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 61; Werle Völkerstrafrecht, Rn. 558; Nehrlich JICJ 5 (2007), 665, 674 f.

2659 Vgl. Werle Völkerstrafrecht², Rn. 394 Fn. 161; vgl. jedoch zu den unterschiedlichen Formen der „*recklessness*“ Ambos Der Allgemeine Teil, S. 701.

2660 JStGH, Urt. v. 3.3.2000 – IT-96-14-T (Blaškić) § 152.

tungen denkbar sind, die keine klare Erkennbarkeit der Erfolgsgefahr beinhalten, aber dennoch recklessness oder wilful blindness bedeuten. Daher ist Werle zuzustimmen, der empfohlen hatte, von einem Versuch der Erfassung der völkerrechtlichen Kategorien durch die Begriffe *recklessness* und *dolus eventualis* abzusehen.²⁶⁶¹ Festgehalten werden kann im vorliegenden Zusammenhang jedoch, dass der Zivilvorgesetzte – im Gegensatz zu dem für jedes fahrlässige Verhalten haftenden militärischen Befehlshaber – damit nur für ein bewusst fahrlässiges Verhalten hinsichtlich der klar vorhersehbaren Tatbegehung durch seine Untergebenen nach Art. 28 IStGH-Statut für die Bezugstat verantwortlich ist.

(c) Begründung für die Differenzierung zwischen militärischen und nichtmilitärischem Vorgesetzten bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Als Legitimation dafür, dass der nichtmilitärische oder diesem gleichstehende Vorgesetzte nicht bei jeder fahrlässigen Verletzung seiner Aufsichtspflichten die Verantwortlichkeit als Vorgesetzter zu tragen hat, findet sich bei Arnold²⁶⁶² der Hinweis, die strafrechtliche Bewertung falle beim zivilen Vorgesetzten deswegen weniger streng aus als beim militärischen, weil Letzterer aufgrund seiner Stellung und der Einbindung in die strikte militärische Hierarchie und die klaren Strukturen weitaus mehr Möglichkeiten habe, Informationen über das Verhalten seiner Untergebenen zu erlangen. Für nichtmilitärische Vorgesetzte setzt die Verantwortlichkeit daher klare und dem Vorgesetzten verfügbare Informationen voraus, aus denen die Begehung der Bezugstat erkennbar werde.

Zumindest aus der Sicht der deutschen Fahrlässigkeitslehre überzeugt diese Begründung kaum. Selbst wenn der zivile Vorgesetzte nicht so weitreichende Möglichkeiten zur Informationsgewinnung und Überwachung hat, ändert dies nichts an der Beurteilung, dass er alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen abwägen muss, um Verbrechen gegen das Völkerrecht zu verhindern. Eine Anpassung des Fahrlässigkeitsmaßstabes wäre nicht notwendig, um den tatsächlichen Gegebenheiten des nichtmilitärischen Vorgesetztenverhältnisses gerecht zu werden. Vielmehr wird der zivile Vorgesetzte insofern nun bessergestellt, als von ihm nicht eine so exakte und sorgfältige Würdigung der ihm zur Verfügung stehenden Informationen verlangt wird. Eine strafrechtliche Berücksichtigung des weniger direkten Zugangs des zivilen Vorgesetzten zu den erforderlichen Informationen über das Handeln seiner Untergebenen im gesetzlichen Tatbestand wäre nicht erforderlich gewesen. Hier würde die deutsche Fahrlässigkeitsdogmatik durch ihre Flexibilität im Sorgfaltsmaßstab des „besonnenen und gewissenhaften Angehörigen des Verkehrskreises in der konkreten Situation und sozialen Rol-

2661 Werle Völkerstrafrecht², Rn. 394 Fn. 159.

2662 Arnold in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 128.

le“²⁶⁶³ bereits hinreichend die konkrete Situation des nichtmilitärischen Vorgesetzten berücksichtigen. Eine in dieser Weise ausdifferenzierte Fahrlässigkeitslehre ist jedoch im internationalen Strafrecht ebenso wenig vorhanden wie im internationalen Völkerstrafrecht. Dies wird an der Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale deutlich, die zumindest im Kontext der superior responsibility die Fragen der anzulegenden Sorgfaltsanforderungen nicht in der Tiefe erörtert, die notwendig wäre, um hinsichtlich der Stellung des Vorgesetzten die erforderlichen Schlüsse für die Sorgfaltsanforderungen zu ermöglichen.

Neben dem von *Arnold* genannten Grund für die Differenzierung ist jedoch ein weiterer Ansatz zu ihrer Rechtfertigung denkbar: Als materieller Grund – im Gegensatz zu der bei völkerrechtlichen Abkommen stets nahe liegenden Vermutung, dass es sich um einen politischen Kompromiss handelt – käme in Betracht, dass vom militärischen Vorgesetzten aufgrund seiner größeren Sachnähe zum Kriegsvölkerrecht eine sorgfältigere Einschätzung der Lage verlangt werden kann und er zudem als Militär schon aufgrund seiner Einbindung in die Hierarchie der Kriegsmaschinerie, die typischerweise für Kriegsverbrechen verantwortlich ist, intensiver in der strafrechtlichen Verantwortlichkeit steht. Gegenüber dem militärischen Befehlshaber umfassende Sorgfaltsanforderungen zu statuieren, erscheint grundsätzlich berechtigt, soweit es Verstöße gegen das Kriegsvölkerrecht im engeren Sinne, also Straftaten bei Kriegshandlungen, betrifft, wie sie die Art. 7 und 8 IStGH-Statut beschreiben. Soweit jedoch Straftaten in Rede stehen, die nicht unmittelbar im Kontext der Kriegsführung begangen werden, wie etwa die Verbrechen des Völkermordes, der gerade nicht zwingend im militärischen Zusammenhang stehen muss, sondern auch durch politische Maßnahmen verübt werden kann, wie etwa die Nürnberger Rassegesetze deutlich machen, erscheint eine strengere Haftung des militärischen Vorgesetzten zwar noch uneingeschränkt plausibel, aber nicht mehr zwingend.

Ferner überzeugt es kaum, nichtmilitärische Vorgesetzte in einem Rüstungsunternehmen mit Blick auf Straftaten nach Art. 8 Abs. 2 lit. b (xv) oder (xvii ff.) IStGH-Statut durch höhere tatbeständliche Hürden der Verantwortlichkeit strafrechtlich besserzustellen als militärische Vorgesetzte. Beide stehen diesen Straftaten, die das Rom-Statut umschreibt, in sachlicher Hinsicht nahe. Gegen eine solche gefahrenbezogene Vergleichbarkeit der Stellung eines militärischen Vorgesetzten kann auch nicht eingewandt werden, es sei eine der spezifischen Aufgaben des militärischen Vorgesetzten, Völkerstraftaten seiner Untergebenen zu verhindern und zu sanktionieren, und sei er auch aus diesem Grund mit einer strengen Befehlsgewalt in einem strikten Hierarchiesystem ausgestattet. Denn auch

2663 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2758; Urt. v. 1.2.2005 – 1 StR 422/04, NStZ 2005, 446, 447; OLG Celle, Beschl. v. 9.2.2011 – 1 Ws 435/10; OLG Hamm, Beschl. v. 8.6.2005 – 3 Ws 473-476/04, MedR 2006, 358, 359; Lackner/Kühl, § 15 Rn. 37 m.w.N.; Dannecker/Bülte in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 100 m.w.N.

dem Vorgesetzten innerhalb eines Rüstungsunternehmens ist mit der Überwachung der Produktion oder des Vertriebs die Aufgabe zugewiesen, die Verletzung des Kriegsvölkerrechts durch verbotene Waffen oder Munition zu verhindern.

Damit wird deutlich, dass für die erhöhten tatbestandlichen Anforderungen an den Sorgfaltsvorstoß des nichtmilitärischen Vorgesetzten die grundsätzlich wohl richtige, aber verallgemeinernde Annahme einer größeren Gefahr der Verwicklung von militärischen Vorgesetzten in Verbrechen gegen das Völkerrecht ins Feld geführt werden kann. Dieser Ansatz erlaubt es, die strenge strafrechtliche Beurteilung der Sorgfalt des Militärs mit der erhöhten Gefahr zu begründen, die militärischen Verbänden im Hinblick auf die Verletzung des Völkerrechts innewohnt. In kriminalpolitischer Hinsicht wird ferner offenbar, dass es sich bei der tatbestandlichen Differenzierung in Art. 28 lit. b (i) IStGH-Statut um eine Verallgemeinerung handelt, die nicht stets und unbedingt zu Einzelfallgerechtigkeit führt. Dabei würde es sich jedoch auch um einen Anspruch handeln, den ein modernes Strafrecht nicht erfüllen kann oder soll.

Die Festschreibung der differenzierten strafrechtlichen Haftung militärischer und nichtmilitärischer Vorgesetzter stellt damit letztlich das Ergebnis einer typisierten Gefährdungseinschätzung dar, die nicht in jedem Fall zu einem passenden Ergebnis führt. Sie verursacht straffreie Räume, die insoweit zu Friktionen führen können, als es um Straftaten geht, die auch für nichtmilitärische Organisationen typisch sind und zu deren Verhinderung der zivile Vorgesetzte auf Posten gestellt ist. Doch erscheint eine solche Regelung zur Vermeidung einer zu strengen Haftung des zivilen Vorgesetzten im internationalen Völkerstrafrecht, das nur über eine rudimentäre Fahrlässigkeitsdogmatik verfügt, zumindest tolerabel, auch wenn sie im Einzelfall zu Strafbarkeitslücken führt. Wollte man auf eine solche Begrenzung der Fahrlässigkeitshaftung ziviler Vorgesetzter im internationalen Völkerstrafrecht verzichten, so drohte exakt die Haftung des Vorgesetzten, die aufgrund ihres objektiv-allgemeinen Sorgfaltsmäßigstaben einer von den internationalen Tribunalen ausdrücklich abgelehnten strict liability nicht unähnlich wäre und damit die Frage nach der Verletzung des Schuldgrundsatzes aufwerfen würde.

(d) Zwischenfazit zum inneren Tatbestand des superior responsibility

Die Konkretisierung und vor allem Differenzierung zwischen militärischen Befehlshabern und sonstigen Vorgesetzten im Hinblick auf die mens rea dürfte die wesentliche Neuerung in der Vorgesetztenverantwortlichkeit durch das Rom-Statut sein. Sie durchbricht einerseits die prinzipielle Gleichbehandlung der unterschiedlichen Arten von Vorgesetzten und stellt andererseits für den militärischen Befehlshaber klar, dass er grundsätzlich aus Art. 28 lit. a (i) IStGH-Statut verantwortlich ist, wenn er von der bevorstehenden Tatbegehung hätte wissen müssen.

Damit ist das Rom-Statut der Klärung der in der Judikatur der Ad-hoc-Gerichte weitgehend offenen Frage nach den Mindestanforderungen an die verantwortungsbegründende Nachlässigkeit nähergekommen.

(4) Unterlassen der gebotenen Maßnahmen

Die Tathandlung ist nach Art. 28 IStGH-Statut das Unterlassen der erforderlichen und angemessenen Maßnahmen. An dieses tatbeständliche Handeln knüpft der Unrechtsvorwurf im Kern an.²⁶⁶⁴ Dabei werden Pflichten in zwei Richtungen normiert: zum einen die Pflicht zur Verhinderung der Tat eines Untergebenen und zum anderen zur Verfolgung und Sanktionierung bereits begangener Taten Untergebener. Der Vorgesetzte hat alle gebotenen Maßnahmen zu ergreifen, um bevorstehende oder begonnene Verbrechen zu verhindern und eine Sanktionierung bereits begangener Verbrechen gegebenenfalls durch Anzeige an die zur Verfolgung zuständige Behörde zu ermöglichen.

In den Ausführungen der Vorverfahrenskammer II des IStGH kommt es zu einer von der herkömmlichen Rechtsprechung abweichenden Begrifflichkeitsbildung: Die Kammer unterscheidet zwischen „*duty to prevent*“, „*duty to repress*“ und „*duty submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution*“.²⁶⁶⁵ Diese zeitliche Dreiteilung – vor, während und nach der Tatbegehung – führt zu einer erheblichen Vermischung der Pflichteninhalte, weil in jeder dieser Pflichtenphasen die Pflicht zur Sanktionierung betont wird. Diese Darstellung durch die Kammer macht zwar deutlich, welche Pflichten der Befehlshaber in den einzelnen Phasen der Bezugstat hat und wie er sich verhalten muss, die Einteilung begründet aber in der Sache keine anderen Pflichten als die herkömmliche Zweiteilung, die daher im Folgenden beibehalten wird.

(a) Unterlassen präventiver und verhindernder Maßnahmen

Die Variante des Art. 28 IStGH-Statut, die unterlassene Verhinderungen betrifft, ist rein logisch und strafrechtsdogmatisch vergleichsweise unproblematisch, mag sie den Rechtsanwender im Einzelfall auch vor kaum lösbarere Bewertungsprobleme in Bezug auf die Frage stellen, welche Maßnahmen erforderlich und angemessen gewesen wären: Die Norm sieht vor, dass der militärische Vorgesetzte, der wusste oder hätte wissen müssen, dass ein Untergebener eine Tat nach dem Statut begeht oder im Begriff ist, diese zu begehen, strafrechtlich für die Tat verantwortlich ist, wenn er die „*erforderlichen und angemessenen Maßnahmen*“ zu de-

2664 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 560.

2665 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, §§ 436 ff.; vgl. auch Safferling JZ 2010, 965, 966.

ren Verhinderung unterlassen hat. Ähnliches gilt für den nichtmilitärischen Vorgesetzten, der wie der unmittelbare Täter verantwortlich und strafbar ist, wenn er trotz Wissen oder bewusster Leichtfertigkeit²⁶⁶⁶ nicht alles in seiner Macht Stehende und Zumutbare getan hat, um die Begehung der Tat zu verhindern. Insofern ergeben sich nur die bereits dargestellten Unterschiede zur Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe, die sich mit der Frage der erforderlichen und angemessenen Maßnahme intensiv auseinandersetzt haben.

Die Vorverfahrenskammer II des IStGH hat hier für den Bereich der duty to prevent Beispiele wie die hinreichende Schulung der Untergebenen im internationalen Recht, ein funktionsfähiges Reportwesen, klare Befehle zur Einhaltung des Völkerrechts und disziplinarische Maßnahmen gegen Verstöße genannt. Zur Erfüllung der duty to repress – also der Pflicht zur Verhinderung in Begehung begriffener Taten – gehört insbesondere, dass der Vorgesetzte in bereits begonnene Taten eingreift und sie unterbindet.²⁶⁶⁷

(b) Unterlassen repressiver Maßnahmen

Die Verantwortlichkeit wegen unterlassener Repressionsmaßnahmen wirft dagegen erhebliche Probleme auf: Nach dem Wortlaut setzt die Verantwortlichkeit voraus, dass der Vorgesetzte (lit. a (i)) von der Tatbegehung gewusst oder zumindest fahrlässig bzw. bewusst leichtfertig nicht gewusst hat (lit. b (i)) und dennoch (lit. a und b jeweils (ii) Var. 2) die gebotenen Maßnahmen „zur Verfolgung“ der Tat nicht ergriffen hat.²⁶⁶⁸ Die hier verwendete Verbindung von Tatbestandsmerkmalen erscheint wenig sinnvoll, denn sie setzt voraus, dass der Vorgesetzte schon vor oder bei der Tatbegehung – nur diese Phase ist nach dem Wortlaut „*were committing or about to commit*“ relevant, nicht der Zeitraum danach – von der Tat erfährt oder fahrlässig nicht erfährt und keine Sanktionierung in die Wege leitet. Weigend²⁶⁶⁹ hat darauf hingewiesen, dass Art. 28 IStGH-Statut in dieser Variante vom Normadressaten letztlich etwas Unmögliches verlange, nämlich die Sanktionierung oder zumindest Veranlassung der Verfolgung einer Tat, noch bevor diese begangen sei. Dass eine solche Pflicht nicht statuiert werden und ihre Verletzung nicht zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen kann und sollte,²⁶⁷⁰ leuchtet ein. Denn das Verbot unmöglich zu erfüllender Pflichten

2666 Zum Begriff der *Leichtfertigkeit* vgl. insbesondere Gaul Subventionsbetrug, S. 30.

2667 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decisio-n on Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, §§ 439.

2668 Dadurch, dass Art. 28 IStGH-Statut nunmehr die Vorlage an die für die Verfolgung zuständigen Behörden fordert und nicht mehr wie das ZP I von „*suppress and report to the competent authorities*“ spricht, hat sich sachlich nichts geändert, so Ambos Der Allgemeine Teil, S. 690.

2669 Weigend in: ZStW 116 (2004), 999, 1021 f.

2670 Zum Grundsatz des „*impossibilium nulla obligatio*“ und seiner Gültigkeit im Wirtschaftsstrafrecht Hillenkamp in: FS Tiedemann, S. 949 ff.

ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der im Schuldgrundsatz wurzelt und auch im Völkerstrafrecht gilt.²⁶⁷¹

Denkbar ist in diesem Kontext allenfalls, dass vom Vorgesetzten nicht die Verfolgung wegen der vollendeten Tat, sondern wegen ihres Versuchs verlangt wird, dessen Vollendung der Vorgesetzte zu vereiteln hat. Daraus könnte folgen, dass er nicht nur zur Verhinderung der Tat verpflichtet ist, sondern auch zur Sanktionierung der letztlich verhinderten Tat, die aber bereits ein strafbares Stadium erreicht hatte. Den Vorgesetzten trafe demnach insofern eine doppelte und in beide Richtungen eigenständige Pflicht: Verhindert er die Tat trotz Möglichkeit und Erfüllung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen nicht, so ist er strafbar, auch wenn er später die Sanktion einleitet. Lässt er eine Tat, die schon das Stadium der Strafbarkeit überschritten hat, die er aber noch vor der Vollendung verhindert hat oder die er nicht mehr verhindern konnte, unsanktioniert, so ist er ebenfalls für den Tatversuch oder die Tatbegehung wie ein Täter verantwortlich. Mit dieser Lesart würde die Norm einen Sinn erhalten, der keineswegs zu unerfüllbaren Anforderungen an den Vorgesetzten führt.

Doch erscheint auch eine so restriktive Anwendung des Tatbestandes als erhebliche Einschränkung des Schutzbereichs der Norm. Die Vorgesetztenverantwortung soll nicht nur die unterlassene Verhinderung von Taten Untergebener umfassend sanktionieren, sondern auch das Tolerieren der Tat im Nachhinein.²⁶⁷² Verlangt man aber – mit der Vorverfahrenskammer II des IStGH²⁶⁷³ und – mit Rücksicht auf den Wortlaut der Norm, die für die Anwendung der Voraussetzungen von lit. a (i) und b (i) nicht zwischen Nichtverhinderungs- und Nichtverfolgungstatbestand unterscheidet, das Wissen oder Wissen-Müssen von der Tat schon im Zeitpunkt der Begehung, so käme eine Erfassung dieser Versäumnisse nicht in Betracht: Der Vorgesetzte, der die Kontrolle über einen Verband nachträglich übernimmt und von der Tatbegehung zum maßgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis hatte, wäre demnach nach Art. 28 IStGH-Statut nicht verantwortlich, auch wenn er im Nachhinein von der begangenen Tat erfährt und sie nicht verfolgen lässt. Mag man dieses Ergebnis noch anerkennen,²⁶⁷⁴ so geht der Ausschluss der Verantwortlichkeit hier weit darüber hinaus: Nicht nur der nachrückende Vorgesetzte, sondern auch derjenige wäre demnach nicht verantwortlich, der bereits bei Tatbegehung Vorgesetzter der Täter war, dem das Geschehenlassen der Tat jedoch aufgrund schuldloser Unkenntnis nicht vorgeworfen werden kann. Damit bestünde lediglich ein schmaler Bereich, in dem die unter-

2671 Vgl. Werle Völkerstrafrecht, Rn. 116 Fn. 228 m.w.N.

2672 Vgl. hierzu Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1020.

2673 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, § 419.

2674 Vgl. JStGH, Entsch. v. 16.7.2003, IT-01-47-T (*Hadžihasanović*), Decision on interlocutory Appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, §§ 37f.; ferner eingehend hier S. 577 ff.

lassene Sanktionierung die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen kann, nämlich nur noch, wenn der Vorgesetzte von der Tat bereits bei ihrer Begehung wusste oder schuldhaft nicht wusste und sie nach Eintritt in das Versuchsstadium verhindert hat oder nicht verhindern konnte.

Eine solche Einschränkung der Norm wird ihrem Telos nicht gerecht, weil die Vorschrift bei diesem Verständnis nicht in der Lage ist, den durch die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte ausdrücklich betonten Zweck der Sanktionierungspflicht zu erfüllen. Die strenge Repressionspflicht soll schließlich verhindern, dass die Bezugstat durch eine nachlässige oder unterlassene Sanktionierung Unterstützung findet und der Eindruck einer Billigung der Straftat entsteht. Diesem Eindruck und der mit der Nichtsanktionierung einhergehenden Unterstützung durch Duldung der Bezugstat kann eine so fragmentarische Strafbewehrung der Sanktionierungspflicht kaum entgegenwirken. Die Formulierung von Art. 28 IStGH-Statut in der Nichtverfolgungsalternative wird daher auch von gewichtigen Stimmen als verfehlt angesehen.²⁶⁷⁵ Die ratio legis der Vorschrift könnte lediglich dann zur Geltung gebracht werden, wenn man den Vorgesetzten auch dann als verantwortlich ansieht, wenn er im Nachhinein erkennt oder fahrlässig nicht erkennt, dass seine Untergebenen eine Tat begangen haben und er diese nicht verfolgt, unabhängig von der Frage einer vorausgegangenen Möglichkeit der Abwendung oder einem Verschulden.²⁶⁷⁶ Ein solches Verständnis wäre jedoch mit dem Wortlaut des Art. 28 IStGH-Statut nur schwer zu vereinbaren, und eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift über die äußerste Grenze des Wortlauts hinaus ist unzulässig. Das in Art. 22 IStGH-Statut normierte Gesetzmäßigkeitsprinzip lässt zwar eine Anwendung ungeschriebenen Rechts zu, soweit es sich um Völkergewohnheitsrecht handelt,²⁶⁷⁷ nicht aber die Ausdehnung einer Vorschrift, die – wie Art. 28 IStGH-Statut – die Strafbarkeit begründet, über ihren Wortlaut hinaus; dies gilt umso mehr, als die Berufungskammer des JStGH im *Hadžihasanović*-Verfahren²⁶⁷⁸ festgestellt hat, dass eine so weitreichende superior responsibility nicht vom Völkergewohnheitsrecht gedeckt wäre.

Der Grundsatz nullum crimen sine lege gilt für Vorschriften des Besonderen Teils des Völkerstrafrechts wie die Art. 6 bis 8 IStGH-Statut ebenso wie für die Regelungen über die Verantwortlichkeit im Allgemeinen Teil der Art. 25, 28

2675 Vgl. nur Weigend ZStW 116 (2004), 999, 1021 f. m.w.N.

2676 Dagegen Werle Völkerstrafrecht, Rn. 573.

2677 Dies ergibt sich mittelbar aus Art. 22 Abs. 3 IStGH-Statut, vgl. auch Art. 15 Abs. 2 IPBPR; a.A. Kriev Von Versailles nach Rom, S. 204; näher zum ungeschriebenen Völkerstrafrecht Werle Völkerstrafrecht, Rn. 154 ff.

2678 JStGH, Entsch. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*), Decision on interlocutory Appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, § 37f.

und 30 IStGH-Statut.²⁶⁷⁹ Zwar spricht Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut von „*crime*“, wenn er das Verbot der strafshärfenden oder strafbegründenden Analogie normiert; darunter ist aber nicht nur der Straftatbestand des Besonderen Teils zu verstehen, sondern dies umfasst auch die Regeln der Verantwortlichkeit im Allgemeinen Teil.²⁶⁸⁰ Dies ergibt sich allein schon daraus, dass die Signatarstaaten durch die Schaffung einer detaillierten Regelung über die Vorgesetztenverantwortung, gerade dem Nullum-crimen-Grundsatz gerecht werden wollten und eine Anwendung dieser Regelung über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus diesen Zweck konterkarieren würde. Daher spricht vieles dafür, dass die dargestellte Beschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit notwendig ist, mag Art. 28 IStGH-Statut damit auch seine Anwendbarkeit auf manchen Fall verlieren, der strafwürdiges und strafbedürftiges Fehlverhalten von Vorgesetzten beinhaltet.²⁶⁸¹

(5) Folge eines Kontrollmangels

Zu der Begehung der Straftat durch den Untergebenen muss ein Kontrollmangel geführt haben, damit der Vorgesetzte für die Bezugstat strafrechtlich verantwortlich sein kann. Dieses Erfordernis kommt durch die Formulierung „*as a result of his or her failure to exercise control properly*“ zum Ausdruck und gilt nach dem Wortlaut von Art. 28 IStGH-Statut sowohl für den militärischen Befehlshaber als auch für den sonstigen Vorgesetzten im Präventions- ebenso wie im Sanktionstatbestand. Den Vorgesetzten kann damit nur eine Verantwortung für Verbrechen solcher Personen treffen, die unter seiner *tatsächlichen* Kontrolle stehen oder über deren Verhalten er zumindest die Kontrolle hätte ausüben müssen; dies betrifft Personen, die sich im Zeitpunkt der Tat in seinem „*Einzugsbereich*“²⁶⁸² befunden haben. Ob damit jedoch ein eigenständiges Kausalitätserfordernis begründet wird – das die Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe ausdrücklich abgelehnt hat²⁶⁸³ –, ob also die Begehung der Bezugstat als Folge eines Mangels der Kontrollausübung neben die in Art. 28 IStGH-Statut genannten Anforderungen an die Verantwortlichkeit treten muss, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht eindeutig und ist schon dem Grunde nach streitig:

Nach Art. 28 lit. a IStGH-Statut ist ein militärischer Befehlshaber für Verbrechen strafrechtlich verantwortlich, die von Truppen unter seiner tatsächlichen Befehlsgewalt und Kontrolle „*als Folge seines oder ihres Versäumnisses begangen wurden, eine ordnungsgemäße Kontrolle über diese Truppen auszuüben,*

2679 Gegen ein Verständnis des Nullum-crimen-Grundsatzes als „*a limine-Abweisung*“ Burghardt ZIS 2010, 695, 699.

2680 Dies wird im Übrigen auch durch Art. 15 Abs. 1 IPBPR garantiert.

2681 Zum Strafzweck im Völkerstrafrecht Neubacher NJW 2006, 966 ff.

2682 Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 447.

2683 Vgl. hierzu JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 189; vgl. auch Ambos Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 57 m.w.N.; ferner hier S. 580 ff.

wenn“ der Befehlshaber Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der (bevorstehenden) Tatbegehung hatte und sie nicht verhindert beziehungsweise die begangene Tat sanktioniert hat. Diese Formulierung muss man keinesfalls so verstehen, dass die mens rea und die unterlassenen Maßnahmen als zusätzliche Voraussetzung anzusehen sind, die zum Kontrollmangel hinzutreten müssen. Vielmehr kann in den beiden Tatbestandsmerkmalen auch eine nähere Umschreibung des Kontrollmangels gesehen werden. Das Wort „*where*“, das die Umschreibung der Voraussetzungen einleitet und in der amtlichen deutschen Fassung mit „*wenn*“ übersetzt wurde, kann auch als „*soweit*“ verstanden werden. Damit deutet es das der hier vertretenen Ansicht zugrunde liegende Verständnis an, dass die unter lit. (i) bis (ii) – Gleichermaßen gilt auch für Art. 28 lit. b (i) bis (iii) IStGH-Statut – angeführten Tatbestandsmerkmale Konkretisierungen des Kontrollfehlers darstellen. Damit hätte der Kontrollmangel in Art. 28 IStGH-Statut keine eigenständige Bedeutung.

Die in der deutschsprachigen Literatur herrschende Ansicht²⁶⁸⁴ versteht die Formulierung „*as a result of his or her failure to exercise control properly*“ freilich anders und geht davon aus, dass es sich um ein grundsätzlich eigenständiges Merkmal handelt, also neben der Erfüllung der Voraussetzungen von lit. (i) und (ii) eine weitere Verletzung einer Kontrollpflicht hinzukommen muss. Doch die Begründungen für die Eigenständigkeit der Kontrollpflichtverletzung vermögen nicht vollständig zu überzeugen:

(a) Kontrollpflichtverletzung durch Nichthinderung

Werle²⁶⁸⁵ kommt zu dem Ergebnis, dass eine Eigenständigkeit des Merkmals der Kontrollpflichtverletzung nur im Falle einer Nichtverfolgungsalternative, nicht aber bei der Nichtverhinderung der Bezugstat des Untergebenen gegeben sei. Bei Letzterer habe sie keine eigene Bedeutung, sondern gehe mit der Pflichtverletzung einher, die das „*should have known*“ impliziert. Durch das Unterlassen, gegen die Begehung der Tat einzuschreiten, ergebe sich zwangsläufig das Versäumnis der ordnungsgemäßen Kontrolle. Daher sei eine über die Nichthinderung hinausgehende Aufsichtspflichtverletzung im Falle der Präventivalternative nicht zu fordern. Diese These untermauert Werle²⁶⁸⁶ mit dem einleuchtenden Argument, ansonsten könne es zu dem sinnwidrigen Ergebnis kommen, dass der Befehlshaber, der über ein vorbildliches Kontrollsysteem verfüge und eine Straftat dennoch bewusst geschehen lasse, nicht strafrechtlich verantwortlich sei.

2684 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 596 ff.; Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 448, 454; Weigend ZStW116 (2004), 999, 1014 ff.

2685 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 596 ff.

2686 Werle Völkerstrafrecht, Rn. 572.

*Triffterer*²⁶⁸⁷ versteht die Kontrollpflicht dagegen als doppelt aufeinander bezogene Pflichtenstellung. Der Vorgesetzte habe zunächst die allgemeine Dienstpflicht zu erfüllen, seine Untergebenen zur Vermeidung völkerrechtlicher Straftaten hinreichend anzuweisen, zu organisieren und Verstöße angemessen zu sanktionieren. Diese Annahme findet auch Unterstützung in der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe zur *general obligation*.²⁶⁸⁸ Eine Missachtung dieser Pflicht führe zu Gefahren für die völkerstrafrechtlich geschützten Interessen, deren Umsschlagen in einen Schaden der Vorgesetzte aber trotz Nichtbeachtung der allgemeinen Aufsichtspflicht noch durch konkrete Maßnahmen abwenden könne, wenn er die Straftat verhindere. Damit seien die beiden Pflichten insofern aufeinander bezogen, als nur die Verletzung Ersterer die Notwendigkeit der Beachtung Zweiterer überhaupt bewirke.²⁶⁸⁹

Diese Argumentation greift aber insbesondere vor dem Hintergrund von *Werles* obigem Beispiel wohl zu kurz: Hat der Vorgesetzte alles in seiner Macht Stehende getan, erweisen sich aber seine fanatischen Untergebenen als unerkennbar unbelehrbar und als schlicht nicht abzuschrecken, so ist der Vorwurf einer Verletzung der allgemeinen Anweisungs- und Aufsichtspflicht unberechtigt, so dass *Triffterer* vor dem Problem des Fehlens einer Kontrollpflichtverletzung stünde und die superior responsibility selbst dann ablehnen müsste, wenn der Vorgesetzte die Begehung von Verbrechen bewusst ignoriert. Zu einem anderen Ergebnis käme man auch nicht, wenn man mit *Triffterer*²⁶⁹⁰ in der Begehung der Tat einen Prima-facie-Beweis für die Pflichtverletzung sieht, denn im genannten Beispiel würde dieser Anscheinsbeweis widerlegt. Die Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflichtverletzung „*verflüchtigt sich*“ vor diesem Hintergrund damit „*bei der praktischen Umsetzung zu einer bloßen Fiktion*“.²⁶⁹¹

Daher wird man in Übereinstimmung mit *Weigend*²⁶⁹² feststellen müssen, dass in der Nichthinderung der Straftat des Untergebenen selbst schon der Kontrollmangel liegt. Eine darüber hinausgehende Verletzung einer Aufsichtspflicht ist nicht erforderlich. Folgt man dieser Auffassung, so ergibt sich eine Antwort auf die Frage, inwieweit den Worten „*as a result*“ zu entnehmen ist, dass eine Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Tatbegehung bestehen muss: Eine Kausalitätsbeziehung muss ausschließlich zwischen der pflichtwidrigen Nichthinderung und der Tatbegehung durch den Untergebenen bestehen. Dies hat die Vorverfahrenskammer II des IStGH in der Sache *Bemba Gombo* auch ausdrück-

2687 *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 448, 454.

2688 JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) § 87; Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžibasanović*) § 127.

2689 Diese Argumentation lehnt sich offensichtlich an die von der Rechtsprechung des JStGH vorgenommene Differenzierung zwischen *general obligation* und *specific obligation* an, vgl. S. 571 ff.

2690 *Triffterer* in: FS Lüderssen, S. 437, 448; kritisch hierzu *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1015 f.

2691 So zu Recht *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1016.

2692 *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1016.

lich bestätigt.²⁶⁹³ Ob diese Kausalität dann tatsächlich eigenständige Bedeutung hat, kann im Hinblick auf die Rechtsprechung von JStGH und RStGH bezweifelt werden.²⁶⁹⁴ Vielmehr stellt sich der Kausalnexus als ein inhärentes Element der Möglichkeit zur Ergreifung von Verhinderungsmaßnahmen dar, was jedoch zu der gleichen Modifikation der Anforderungen an die Kausalität führt, die auch die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte vornehmen muss und die mit einer Verschiebung des Problems in die Verhinderungsmöglichkeit einhergeht.²⁶⁹⁵ Die Vorverfahrenskammer II des IStGH fordert in diesem Zusammenhang ausdrücklich keine Kausalität im strengen Sinne, sondern nur eine nachweisbare Risikoerhöhung.²⁶⁹⁶

(b) Kontrollpflichtverletzung durch Nichtverfolgung

Dass die eigenständige Feststellung einer Kontrollpflichtverletzung im Falle der Nichtverfolgung der Tat nicht erforderlich ist, ergibt sich aus dem oben zu dieser Tatbestandsvariante Ausgeführten: Die Nichtverfolgung bringt aufgrund der Formulierung des Art. 28 IStGH-Statut nur dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten mit sich, wenn dieser schon vor oder während der Tatbegehung von dieser Kenntnis oder fahrlässig bzw. bewusst leichtfertig keine Kenntnis hatte. In den Anwendungsbereich der Regelung in der Nichtverfolgungsvariante fallen damit lediglich Konstellationen, in denen der Vorgesetzte die Tat verhindert, aber nicht verfolgt oder trotz Kenntnis oder verschuldeter Unkenntnis nicht verhindern kann und unverfolgt lässt. Wollte man hier einen eigenständigen Kontrollmangel als Bedingung für die Verantwortlichkeit verlangen, so würde dies zu genau der Situation führen, die *Werle* in seinem obigen Beispiel vorgezeichnet hat: Der Vorgesetzte, der die Tat noch im Stadium des strafbaren Versuchs verhindert hat, wäre straffrei, wenn er nicht verfolgt, weil ihm über die Nichtmeldung der Tat hinaus keine weitere Kontrollpflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Damit gilt für die Aufsichtspflichtverletzung bei der Nichtverfolgung das Gleiche wie für die Variante der Nichtverhinderung: Eine über die schon in (i) und (ii) genannten Voraussetzungen hinausgehende Verletzung einer Kontroll- oder Aufsichtspflicht ist nicht erforderlich. Die Formulierung „*as a result of her failure to exercise control properly*“ besagt lediglich, dass unter den nachbeschriebenen Bedingungen ein Kontrollmangel durch

2693 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, § 424.

2694 Vgl. nur JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 75 ff.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 338 f. m.w.N.

2695 Vgl. hier S. 581 f.

2696 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, §§ 424 f.

bewusste oder fahrlässige Nichtausübung der Kontrolle in Form von Nichtverhinderung oder Nichtverfolgung gegeben ist.

(6) Weitere Einschränkung der Haftung bei nichtmilitärischen Vorgesetzten durch Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut

Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut setzt für die Haftung nichtmilitärischer Vorgesetzter zusätzlich zu den Tatbestandsmerkmalen der command responsibility voraus, dass „*the crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior ...*“.²⁶⁹⁷ Diese Formulierung als reine Bekräftigung des erforderlichen Herrschaftsverhältnisses des zivilen Vorgesetzten über seinen Untergebenen zu verstehen, würde den Signatarstaaten des IStGH-Statuts ineffektive Arbeit bei der Vertragsgestaltung unterstellen. Daher geht *Triffterer*²⁶⁹⁸ zu Recht davon aus, dass sich hinter der Formulierung ein eigenständiges, zusätzliches Tatbestandsmerkmal verbirgt: Der militärische Vorgesetzte haftet unter den vorgenannten Bedingungen für jedes innerhalb der von ihm nach unten verlaufenden Befehlskette begangene Verbrechen. Den nichtmilitärischen Vorgesetzten trifft dagegen nur dann der strafrechtliche Vorwurf, wenn das Verbrechen von einem ihm unterstehenden Untergebenen begangen wird und dieser dabei in der Erfüllung der Aufgaben gehandelt hat, die der Vorgesetzte zu kontrollieren hatte.

Die Legitimation dieser Einschränkung der superior responsibility sonstiger Vorgesetzter dürfte in dem rechtsgutsbezogenen Argument liegen, das bereits im Rahmen der Kriterien für die Differenzierung zwischen militärischem Befehlshaber und sonstigem Vorgesetzten Gegenstand der Betrachtung war: dem Rechtsguts- und Betriebsbezug. Während bei militärischen Vorgesetzten der generelle Bezug seiner Aufsichts- und Kontrollpflichten zu der Bezugstat, durch die das humanitäre Völkerrecht verletzt wird, bereits durch die Ausrichtung seiner Aufgabe und der Eigenschaft des Untergebenen als Soldat oder Vergleichbares hergestellt ist, fehlt es an diesem spezifischen Bezug zu Rechtsgütern des humanitären Völkerrechts bei nichtmilitärischen Vorgesetzten. Daher muss dieser Kontext durch das hier in Rede stehende Tatbestandsmerkmal hergestellt werden. Der Vorgesetzte ist nur dann verantwortlich, wenn das Verbrechen, das die Bezugstat bildet, bei einer Tätigkeit begangen wurde, die der Kontrolle des Vorgesetzten unterliegt. Damit wird hier die generelle Beziehung zwischen Militär und humanitärem Völkerrecht durch eine die konkrete Aufgabe des Untergebenen betreffende Beziehung ersetzt. Die Rechtsgutsbeziehung, die sich beim militärischen Befehlshaber bereits aus der Eigenschaft als Militärangehöriger ergibt, begründet in die-

2697 Übersetzung in BGBl. II 2002, S. 1394, 1415: „*die Verbrechen Tätigkeiten betrafen, die unter die tatsächliche Verantwortung und Kontrolle des Vorgesetzten fielen...*“.

2698 In: FS Lüderssen, S. 437, 456 f.

sem Fall also die konkrete Tätigkeit des Untergebenen und damit auch der Kontrollaufgabe des Vorgesetzten. Das Tatbestandsmerkmal einer Bezugstat, die im Rahmen der Ausübung einer Tätigkeit begangen wurde, die der Kontrolle des Vorgesetzten unterliegt, kompensiert den grundsätzlich fehlenden Bezug zwischen den Aufgaben eines nichtmilitärischen Vorgesetzten und den spezifischen Gefahren für durch das internationale Völkerstrafrecht geschützte Interessen.

Ferner stellt diese Formulierung eine Beziehung zwischen der Bezugstat und der Hierarchiestruktur her, innerhalb derer der Vorgesetzte tätig ist. Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut macht deutlich, dass das Rom-Statut für die Begründung der Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter für Taten ihrer Untergebenen einen Zusammenhang zwischen der konkreten Bezugstat und der Kontrolle des Vorgesetzten verlangt. Die Tat muss nicht lediglich die Verantwortungssphäre des Vorgesetzten in der Weise betreffen, dass der Vorgesetzte über den Untergebenen eine strukturelle Steuerungsgewalt ausüben konnte. Vielmehr wird die Bezugstat innerhalb dieser über eine Beziehung zwischen Personen definierten Verantwortlichkeitssphäre durch eine spezifische sachliche Beziehung zwischen tatsächlicher Kontrolle und der Tat konkretisiert. Der Vorgesetzte ist nur dann verantwortlich, wenn die Bezugstat Tätigkeiten betraf, die tatsächlich von diesem zu kontrollieren waren und unter seiner betrieblichen Verantwortlichkeit geschahen. Damit ist der Zusammenhang zwischen der konkreten Bezugstat und der betrieblichen Aufgabe des zivilen Vorgesetzten herzustellen, da mit „*effective responsibility and control of the superior*“ in der Formulierung des Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut nur dessen betriebliche Verantwortlichkeit gemeint sein kann.

Damit vermittelt dieses Tatbestandsmerkmal für den superior als nichtmilitärischen Vorgesetzten, im Gegensatz zum commander, eine Verbindung zwischen konkreter Bezugstat und der Verantwortungssphäre des Vorgesetzten, die im militärischen Bereich bereits durch die Militärzugehörigkeit begründet wird. Die Verantwortlichkeit des nichtmilitärischen Vorgesetzten ist demnach der des militärischen nur dann als gleichwertig anzusehen und damit zurechnungsbegründend, wenn der nichtmilitärische Vorgesetzte die grave breaches in seiner Eigenschaft als Vorgesetzter geschehen lässt, ihm also die Kontrolle und Verantwortung für genau die Handlungen zugewiesen ist, bei deren Ausführung die Bezugstat begangen wird.

Das hat zur Folge, dass nicht betriebsbezogene Handlungen aus der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten ausscheiden. Eine Abgrenzung kann im Hinblick auf die unscharfen Grenzen des Begriffs der *Betriebsbezogenheit* im Einzelfall schwierig sein. Eckpfeiler können hier jedoch benannt werden, um die Funktion deutlich zu machen: Nutzen die Angestellten eines Transportunternehmens dessen Fuhrpark zur Begehung von Deportationen von Zivilpersonen aus besetzten Gebieten, so wird man eine Betriebsbezogenheit annehmen dürfen, weil es sich um das Kerngeschäft des Unternehmens handelt und die tatbestandliche Hand-

lung der Bezugstat – Transport von Menschen gegen ihren Willen – damit in engem Zusammenhang steht. Werden die Fahrzeuge dagegen zum Transport von Menschen an einen Ort verwendet, wo diese dann Kriegsverbrechen begehen, so wird man die Betriebsbezogenheit der Handlung wohl verneinen müssen. Zur Abgrenzung zwischen betriebsbezogenen und nicht betriebsbezogenen Taten könnte man darauf abstellen, ob eine Dienstleistung des Unternehmens erbracht wird, die unmittelbar in die Ausführungsphase der Bezugstat fortwirkt.

c) *Zwischenfazit zur superior responsibility nach Art. 28 IStGH-Statut*

Mit dem Rom-Statut sollte eine Regelung zur superior responsibility geschaffen werden, die die allgemein gehaltenen Bestimmungen der Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe konkretisiert. Hierzu musste eine Vorschrift formuliert werden, die dem Anspruch des Vertrages, Strafrecht unter der Geltung des Nullum-crimen-Grundsatzes zu sein, gerecht wird. Diese Regelung muss einerseits eine anwendbare und hinreichend flexible Grundlage für eine effektive Erfassung von Vorgesetztenverantwortlichkeit unter Umsetzung der anerkannten Regeln des bisher geltenden Völkerstrafrechts und der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe zur superior responsibility bieten. Andererseits musste sie insbesondere dem strafrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzip und dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragen. Diesen Vorgaben wird Art. 28 IStGH-Statut im Wesentlichen gerecht, indem die bislang ergangene Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe ebenso wie die vertraglichen Vorgaben des Völkerrechts aus dem ZP I in die Form einer strafrechtlichen Bestimmung gegossen, aber auch den Entwicklungen im Völkerstrafrecht angemessen modifiziert wurden. Jedoch tragen die Regelungen zur superior responsibility auch klare Züge eines völkerrechtlichen Kompromisses, der letztlich zu Abweichungen von jener Vorgesetztenverantwortlichkeit führt, wie sie die Judikatur von JStGH und RStGH als anerkanntes Völkerrecht angesehen hat. Dies betrifft in bestimmten Aspekten die Reichweite der Haftung bei Nachlässigkeiten des Vorgesetzten, im Kern aber die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verantwortlichkeit von nichtmilitärischen Vorgesetzten, die nur haften, wenn sie zum einen zumindest bewusst leichtfertig handeln und zum anderen das Verbrechen im Rahmen der Ausführung von Aufgaben begangen worden ist, die der Vorgesetzte konkret zu kontrollieren hatte.

Im Übrigen stimmen die Regelungen des Art. 28 IStGH-Statut weitgehend mit dem überein, was die internationale Judikatur nach dem Zweiten Weltkrieg zu den Konturen der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit herausgearbeitet hatte und bereits im ZP I zum Genfer Recht bestimmt war. Auch die in der Judikatur der Ad-hoc-Gerichte angedeutete und von der wohl herrschenden Ansicht im internationalen Völkerstrafrecht angenommene strafrechtsdogmatische Stellung der superior responsibility als subsidiäre strafrechtliche Verantwortlich-

keit sui generis, die zu dem Unrecht der Bezugstat des Untergebenen unmittelbar akzessorisch ist und damit eine eigenständige Form der Beteiligung darstellt, behält Art. 28 IStGH-Statut wohl bei.²⁶⁹⁹ Tatbestandliches Grundelement der superior responsibility nach Art. 28 IStGH-Statut ist ebenso wie nach den Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe zunächst die effective control, also die tatsächliche Herrschaftsmacht, die der Vorgesetzte aufgrund rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Hierarchiestrukturen über den Untergebenen ausübt.

4. Fazit zur superior responsibility im internationalen Völkerstrafrecht

In der vorliegenden Betrachtung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im internationalen Völkerstrafrecht konnten die Grundstrukturen dieser Verantwortlichkeit dargestellt werden, die im Folgenden zusammengefasst und bewertet werden sollen.

a) *Materieller Vorgesetztenbegriff als Konsequenz der effective control als Kernelement der superior responsibility*

Als grundlegendes und durch die historische Entwicklung kontinuierliches Element der superior responsibility lässt sich zunächst die Verwendung eines materiellen Vorgesetztenbegriffs konstatieren. Bereits die Entscheidungen der Gerichte in Nürnberg und Tokio haben keinen Zweifel daran gelassen, dass die Verantwortlichkeit nicht auf eine formal-juristische Stellung als Vorgesetzter gestützt werden kann. Die Judikatur hat vielmehr deutlich gemacht, dass eine solche Stellung nicht ausreichend ist, soweit sie nicht mit tatsächlicher Lenkungsmacht einhergeht. Diese materielle Betrachtungsweise der Vorgesetzeneigenschaft resultiert aus dem zentralen Tatbestandselement der Vorgesetztenverantwortlichkeit, aus der effective control.

In ihrer Rechtsprechung haben die Ad-hoc-Gerichtshöfe zudem stets betont, die wesentliche Voraussetzung der superior responsibility bestehe in der Fähigkeit, einen Untergebenen zu steuern. Dass faktische Lenkungsmacht allein nicht ausreichend ist, wurde jedoch ebenso konstatiert. Andernfalls könnte Vorgesetztenverantwortlichkeit immer bereits dann entstehen, wenn eine Person aufgrund einer situativen kurzfristigen Kontrollmöglichkeit Lenkungsmacht gewinnt, die etwa auch ein Geiselnehmer erlangen kann. Einen solchen „gewöhnlichen Kriminellen“ als Vorgesetzten zu betrachten, würde der Konzeption der superior responsibility nicht gerecht. Vielmehr muss es sich um eine hierarchisch oder insti-

2699 IStGH, Vorverfahrenskammer II, Entsch. v. 15.6.2009 – ICC 01/05-01/08 (*Bemba Gombo*), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of Rome Statute, § 405 spricht über die Verantwortlichkeit nach Art. 28 IStGH-Statut als „different form of criminal responsibility“.

tutionell begründete Lenkungsmacht handeln, die dem Vorgesetzten nicht zufällig in der konkreten Situation zukommt, sondern die effective control muss sich auf einen Organisationszusammenhang stützen, der hoheitlicher, privatrechtlicher oder auch nur faktischer Natur sein kann. Von letzterer Variante sind etwa außerstaatliche Gruppen mit einer gewissen Organisationsfestigkeit erfasst, wie etwa paramilitärische Organisationen oder Partisanenverbände, die keine rechtliche Verfasstheit,²⁷⁰⁰ aber eine faktische Hierarchie aufgrund einer irgendwie gearteten Institutionalisierung besitzen.

b) Differenzierung zwischen superior responsibility und command responsibility aus materieller und strafrechtsdogmatischer Perspektive

Eine wichtige Errungenschaft des Rom-Statuts im Vergleich zu der vorhergehenden Judikatur der Militärtribunale und Ad-hoc-Gerichte seit dem Zweiten Weltkrieg stellt die positiv-rechtliche Differenzierung zwischen militärischem Befehlshaber und nichtmilitärischen Vorgesetzten dar. Die Regelung entspringt einem politischen Kompromiss zwischen den Alternativen, die Vorgesetzten in Anwendung der bisherigen internationalen Rechtsprechung gleichzubehandeln oder – wie es von den USA²⁷⁰¹ und China gewünscht war – nichtmilitärische Vorgesetzte von der superior responsibility auszunehmen, sie also letztlich auf eine enge command responsibility zurückzuführen. Diese Differenzierung, die sich in den Anforderungen an die mens rea niederschlägt und dazu führt, dass der nichtmilitärische Vorgesetzte nur bei schweren Nachlässigkeiten für die Bezugstat haftet, erfolgte nicht willkürlich. Vielmehr lässt sich die Unterscheidung mit der spezifischen Gefahr der Begehung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht begründen, die von militärischen, also auf den Kampfeinsatz ausgerichteten Einheiten ausgeht. Der höheren strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die dem militärischen Befehlshaber auferlegt ist, liegt mithin das Argument des spezifischen Rechtsgutsbezugs seiner Aufgabe durch die originäre Beziehung zu den Gefahren des Krieges zugrunde. Einer solchen rechtsgutsbezogenen Betrachtung steht auch nicht der dogmatische Charakter der superior responsibility – soweit er als geklärt betrachtet werden kann – als Zurechnungsinstrument des Völkerstrafrechts entgegen. Zwar sollten solche Regelungen deswegen keinen inneren Rechtsgutsbezug aufweisen, weil sie dann zum einen ihre Wertneutralität und zum anderen ihren Charakter verlieren, der Unrechtsbewertung vorgelagert zu sein.²⁷⁰² Ein Un-

2700 Lampe (ZStW 106 [1994], S. 683, 693 f.) spricht vom „verfassten System“, um den Verzicht auf formalisierte Strukturen zum Ausdruck zu bringen.

2701 Die in Art. 28 IStGH-Statut vorgenommenen Differenzierungen hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen zwischen militärischen und nichtmilitärischen Vorgesetzten gehen auf einen Vorschlag der USA zurück, vgl. Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 33.

2702 Vgl. zur Problematik des Rechtsgutsbezuges in Vorschriften des Allgemeinen Teils Tiedemann in: FS Baumann, S. 7 ff.

recht, über dessen Zurechnung noch nicht entschieden ist, sollte noch keiner strafrechtlichen Bewertung zugeführt werden, weil sich diese als sinnlos erweisen könnte. Aber im vorliegenden Fall bleibt die Bewertung trotz der grundsätzlichen Feststellung einer spezifisch höheren Gefahr der Rechtsgutsverletzung durch militärische Einheiten rechtsgutsneutral, soweit sich diese Bewertung auf alle Rechts-güter bezieht, die Gegenstand des internationalen Völkerstrafrechts sind. Die Vorschrift entspricht damit insofern ihrer Stellung als Vorschrift im Allgemeinen Teil des Besonderen Teils nach dem § 357 StGB.²⁷⁰³

Aber auch rein zurechnungsdogmatisch und damit ohne Herstellung eines Rechtsgutsbezugs kann die Differenzierung zwischen der Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und sonstiger Vorgesetzter auf die intensivere Anordnungsbeziehung und damit verbundene größere Lenkungsmacht des militärischen Befehlshabers gestützt werden. Denn die Möglichkeit, militärische Befehle zu erteilen, und die damit verbundene grundsätzliche Gehorsamspflicht, die mit der Kompetenz einhergeht, die Befolgung von Befehlen gewaltsam zu erzwingen, erhöhen die Kontrollqualität erheblich. Damit kommen eine deutlich engere Verbindung zum Handeln des Untergebenen und eine dementsprechend intensivere Verantwortlichkeitsbeziehung zustande. Die erhöhte Macht zur Durchsetzung von Entscheidungen über das Handeln Dritter, basierend auf der Einbindung in normative und faktische Hierarchiestrukturen, begründet die weitergehende Pflicht, nicht nur zum Handeln gegen die Verbrechen Untergebener, sondern auch zur Kenntnisserlangung aller Vorgänge in dem durch den Befehlshaber geführten Verband. Es erscheint folgerichtig, dass derjenige, der in der Lage und auch militärisch verpflichtet ist, seinen Untergebenen die Last der Entscheidungen in einem System von Befehl und Gehorsam abzunehmen, eine höhere Verpflichtung zur Kontrolle des Handelns seiner Untergebenen hat als der sonstige Vorgesetzte, der zwar (rechtlich) bindende, aber nicht in der Art eines Befehls zwingende Anordnungen erteilen kann. Mit der Einengung der Entscheidungsmacht der Untergebenen verlieren diese zwar nicht grundsätzlich ihre Verantwortlichkeit, aber ihre Verantwortung und mit ihr die Verantwortlichkeit schwindet ein Stück weit, wenn sie keine eigenen Entscheidungen mehr treffen und fremde Entscheidungen in Befehlsform nicht auf ihre Rechtmäßigkeit hinterfragen sollen. Das Recht und die Möglichkeit der strikten Führung und unmittelbaren Steuerung bringt so die Pflicht zur straffen Kontrolle der Handlungen der kontrollierten Untergebenen mit sich.

Die gesetzliche Differenzierung findet tatbestandlich in der mens rea statt, weil sie strafrechtsdogmatisch wohl an keiner anderen Stelle hätte verortet werden können. Das Völkerstrafrecht kennt keine formellen Abstufungen im Rahmen der Strafzumessung, weil es nicht wie das deutsche Recht einen eigenständigen

2703 Vgl. S. 306 ff.

Strafrahmen verwendet; insofern hätte man allenfalls auf die ungeschriebenen Strafzumessungsregeln zurückgreifen können, um eine mildere Behandlung des nichtmilitärischen Vorgesetzten zu begründen. Jedoch erschien diese Lösung aus Zurechnungsgesichtspunkten nicht glücklich, denn die Differenzierung in der Zurechnungsbeziehung ist in der Unterscheidung zwischen militärischem Befehlshaber und nichtmilitärischem Vorgesetzten bereits angelegt. Zwar ist es zutreffend, dass Ersterer mit der Kontrolle über einen militärischen Verband ein rechtsgutsspezifisches Risiko beherrscht als der zivile Vorgesetzte, aber darauf ist der Unterschied zwischen Befehlshaber und sonstigem Vorgesetzten eben nicht beschränkt. Diesen weiteren Unterschied in der Kontrollbeziehung aufgrund von militärischem Gehorsam einerseits und ziviler Folgepflicht anderseits, der die Zurechnung beeinflusst, wird man nur über den Tatbestand der Zurechnungsvorschrift erfassen können.

Insofern stellt sich die differenzierte Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 28 IStGH-Statut als strafrechtsdogmatisch gut begründbare Konkretisierung der superior responsibility dar, um sowohl der Kritik einer übermäßigen Haftung nichtmilitärischer Vorgesetzter entgegenzutreten, als auch ein tragfähiges Konzept der Unterscheidung zwischen militärischem Befehlshaber und nichtmilitärischem Vorgesetzten zu entwickeln.

c) *Zur materiellen Rechtfertigung der superior responsibility nach Art. 28 IStGH-Statut*

Die Frage nach der materiellen Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit dem Grunde nach ist zwar bisweilen angesprochen, aber bislang nicht zufriedenstellend gelöst worden. Zwar besteht Einigkeit darin, dass der Vorgesetzte eine Art Garant für die Verhinderung und Sanktionierung von Verbrechen ist, die von den von ihm kontrollierten Untergebenen begangen werden oder worden sind, aber über die Feststellung dieser Pflicht ist weder die Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe noch die Literatur substanzell hinausgegangen. Zur materiellen Rechtfertigung der Verantwortlichkeit von Vorgesetzten trifft das Rom-Statut keine Aussage, die Entwicklung einer tragfähigen materiellen Begründung, die über das apodiktische Verdikt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit hinausgeht, ist jedoch zwingend notwendig. Die Beantwortung dieser Frage hat für die Auslegung des Tatbestandes von Art. 28 IStGH-Statut ebenso wie das grundlegende Verständnis der superior responsibility große Bedeutung. Das Wissen um die Gründe dafür, warum dem Vorgesetzten diese besondere Verantwortlichkeit für die Einwirkung auf die Handlungen anderer oder gar ein bereits abgeschlossenes Geschehen aufgebürdet werden soll, macht eine nachvollziehbare Bestimmung des Vorgesetztenbegriffs und der Reichweite seiner Strafbarkeit überhaupt erst möglich. Ohne eine solche materielle Legitimation haftet der superior re-

sponsibility der Geruch einer dem Schuldstrafrecht fremden Haftung für fremdes Verschulden, einer strict liability an, insbesondere mit Blick auf die Haftung für nicht verfolgte Taten Untergebener.

Setzt man bei der Suche nach Legitimation für die superior responsibility dort an, wo auch die Ad-hoc-Gerichte die Grundlage einer Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit sehen, so liegt es nahe, dem Vorgesetzten eine – nach der Diktion deutscher Dogmatik – als Garantenstellung zu bezeichnenden Pflichtenstellung zuzuschreiben, die seine strafbewehrte Pflicht zum Handeln gegen die Verbrechen Untergebener begründet.

(1) Garantenstellung aus tatsächlicher Übernahme als Grundlage der superior responsibility nach Art. 28 IStGH-Statuts

In der Literatur wird von einer in zwei Richtungen ziellenden Garantenstellung des Vorgesetzten ausgegangen: Zum einen sei er verpflichtet, seine Untergebenen vor Gefahren von außen zu schützen; zum anderen obliege ihm die Pflicht, seine Untergebenen durch Ausübung seiner Kontrollbefugnisse an der Bewirkung von Schäden zum Nachteil von Rechtsgütern Dritter zu hindern.²⁷⁰⁴ Doch warum soll dem Vorgesetzten diese Pflicht obliegen? Warum soll der Befehlshaber – soweit er nicht einen Befehl gegeben hat – für das Verhalten, seiner Soldaten, erwachsener Menschen, die selbst verantwortlich handeln können, strafrechtlich verantwortlich sein? Die Begründung dafür liegt letztlich darin, dass der Vorgesetzte nicht befohlen hat, aber hätte befehlen können, weil er die Lenkungsmacht über seine Untergebenen hat. Es griffe jedoch zu kurz, allein aus dieser reinen Möglichkeit, der tatsächlichen Fähigkeit, einen Schaden abzuwenden, eine Handlungspflicht abzuleiten.²⁷⁰⁵ Die oben dargestellte Begründung der general obligation in der *Halilović*-Entscheidung²⁷⁰⁶ kann jedoch Hinweise auf einen tragfähigen Begründungsansatz einer besonderen Handlungspflicht des Vorgesetzten geben, die den oben bereits geäußerten Überlegungen zur Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Sinne einer tatsächlichen Übernahme staatlicher Gefahrtragungspflichten deutlich näher kommen dürften:

Ausgangspunkt ist die allgemein akzeptierte Pflichtenstellung des Staates aus Art. 86 f. ZP I. Die Verhandlungskammer hat in der Sache *Hadžihasanović* ausgeführt, vor dem Hintergrund der Ziele des humanitären Völkerrechts betraue das Völkerrecht selbst den Befehlshaber mit der Rolle eines Garanten für das Kriegsvölkerrecht, das dem Schutz von Menschen und der Verhinderung von Kriegsverbrechen dient. Aus diesem Grunde befindet sich der Befehlshaber in der

2704 So *Arnold* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 87.

2705 Vgl. zur Kritik an der Handlungspflicht aus Handlungsmöglichkeit, *Weigend* in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 9 ff.

2706 Vgl. hier S. 571 ff.

Position, die Kontrolle über die Handlungen seiner Untergebenen ausüben zu können. Die Kammer spricht insofern von dem „*responsible command*“ als pflichtbegründend oder -umschreibend und „*command responsibility*“ als Rechtsfigur der Vorgesetztenverantwortlichkeit.²⁷⁰⁷ Diese Position schaffe die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Versäumnisse in der Erfüllung der völkerrechtlich auferlegten Pflichten.²⁷⁰⁸ Es sei das natürliche Element der präventiven Komponente einer *command responsibility*, dass ein Befehlshaber die notwendigen Maßnahmen ergreift, um seine Aufgaben durch Schaffung günstiger Rahmenbedingungen optimal zu erfüllen. Insofern geht die Begründung nicht über den von *Burghardt* dargestellten Ansatz²⁷⁰⁹ hinaus.

Betrachtet man diese Konstruktion jedoch näher, fällt zunächst ein scheinbarer logischer Bruch in der Argumentation auf: Die Kammer stellt fest, das Völkerrecht verpflichte die Befehlshaber. Zwar ist anerkannt, dass sich das Völkerrecht zumindest im Strafrecht auch an Individuen richten kann. Dass jedoch der Befehlshaber unmittelbar durch das Völkerrecht verpflichtet sein soll, verwundert insofern, als der Soldat ebenso wie der Amtsträger als typische Adressaten der *superior responsibility* nicht durch das Völkerrecht zu Vorgesetzten geworden sind, sondern durch Hoheitsakt des Einzelstaates, und auch nach der Judikatur der Ad-hoc-Gerichtshöfe das nationale Recht für die *superior responsibility* maßgeblich sein soll. In diesem Gedanken liegt der Ansatz für die Annahme begründet, dass der Befehlshaber – nach deutscher Strafrechtsdogmatik – im Wege der tatsächlichen Übernahme gegenüber dem Völkerrecht und der Völkergemeinschaft zum Garant für die Verhinderung von Kriegsverbrechen seiner Untergebenen geworden ist. Dies kann damit gerechtfertigt werden, dass Art. 87 Abs. 2, 3 ZP I bereits die Pflicht der Vertragsparteien festlegt, von ihren Kommandeuren genau das zu verlangen, was die Überwachung einer Gefahrenquelle ausmacht, nämlich Maßnahmen zum Schutz der Rechtsgüter des humanitären Völkerrechts. In Art. 87 ZP I ist damit eine Bestellung der Befehlshaber von nationalen Streitkräften zu Garanten für die Erfüllung eines Teils der völkerrechtlichen Pflichten aus Art. 86 ZP I also bereits angelegt. Man kann daher die Berufung des Befehlshabers in seine Position gleichermaßen als Verpflichtungsakt zur Wahrnehmung von Pflichten gegenüber den Vertragsparteien des Genfer Zusatzabkommens ansehen. Der Befehlshaber wird damit auf Posten gestellt, die Pflichten zu erfüllen, die der Vertragsstaat gegenüber den anderen Signatarstaaten übernommen hat. Ob der Staat sich dieser Delegation bewusst ist oder sie wünscht, ist irrelevant; die Delegation findet mit der Übertragung eines militärischen Kommandos oder einer sonstigen Aufgabe statt.

2707 JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 67.

2708 Ähnlich auch JStGH, Urt. v. 15.3.2006 – IT-01-47-T (*Hadžihasanović*) § 66.

2709 Vgl. *Burghardt* Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 191 ff.

Soweit dem Befehlshaber die dazu erforderlichen Mittel an die Hand gegeben werden, also die Befehlsgewalt mit hinreichender Lenkungsmacht, ist er Garant in einem klassischen strafrechtsdogmatischen Sinne. Der Befehlshaber haftet auf diesem Wege strafrechtlich auch im Außenverhältnis gegenüber der Völkergemeinschaft, weil seine Schutzpflichten durch die Übernahme des Schutzes von Rechtsgütern des humanitären Völkerrechts auch ihr gegenüber wirken. Daher geht die wohl herrschende Ansicht in der Literatur davon aus, dass die materielle Rechtfertigung der superior responsibility in einer Überwachergarantenhaftung auf der Grundlage der freiwilligen Übernahme der Aufsicht über eine Gefahrenquelle liegt. Die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten ergibt sich damit also aus einer tatsächlichen Übernahme. Der Vorgesetzte übernimmt die Erfüllung der völkerrechtlichen Pflicht des Staates zur Verhinderung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht. Er ist damit im Sinne der deutschen Strafrechtsdogmatik Garant für die Verhinderung der grave breaches. Weigend umschreibt diese Stellung mit einer „*Kombination aus den Gesichtspunkten der Risikoübernahme und Verkehrssicherungspflicht für einen potentiell gefährlichen „Gegenstand“*“, wobei mit Gegenstand die Mitglieder bewaffneter Verbände gemeint sind, die eine besondere Gefahr der Begehung von Völkerstraftaten bergen.²⁷¹⁰

(2) Tatsächliche Übernahme staatlicher Schutzpflichten durch nicht hoheitlich Handelnde

Soweit es sich bei den Vorgesetzten um staatliche Organe oder Personen handelt, die Hoheitsgewalt ausüben, geht die Gleichung der Übertragung der staatlichen Aufgabe einer Verbrechensverhinderung und -sanktionierung noch auf. Sind jedoch Privatunternehmer betroffen, so stellt sich das aus dem Genfer Recht bekannte Begründungsproblem: Will man die Unterlassungsverantwortlichkeit nicht allein auf die reine Handlungsmöglichkeit oder ein Verhinderungs- bzw. ein Sanktionierungsmonopol stützen und damit einen schuldstrafrechtlich zweiseitigen Weg wählen, so wird man eine besondere Pflichtenstellung des nicht hoheitlichen oder auch privatwirtschaftlichen Vorgesetzten begründen müssen.

Die Entstehung einer Garantenstellung und -pflicht aus einer Aufgabenübernahme ist bei Tätigkeit des Vorgesetzten in der hoheitlichen oder kriegsspezifischen Sphäre, z.B. bei einer Verwendung von Kriegsgefangenen in der Produktion oder bei der Herstellung von Rüstungsgütern, noch verhältnismäßig leicht zu konstruieren.²⁷¹¹ Gleiches gilt bei von Regierungen beauftragten privaten „Sicher-

2710 Vgl. hierzu Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 10.

2711 Vgl. auch hier S. 540, 661.

heits- oder Militärfirmen“.²⁷¹² Anders sieht dies jedoch aus, soweit es sich um Vorgesetzte in vollständig staatsgelösten oder gar staatsfeindlichen Organisationen handelt. Den Anführer einer marodierenden Bande von Kriminellen als Delegaten der staatlichen Ordnung im Sinne der Erfüllung einer staatlichen Pflicht zur Verhinderung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht anzusehen, erscheint zunächst grotesk, ist aber bei näherem Hinsehen konsequent. Der Kernaspekt der Garantenpflicht ist hier letztlich die Inanspruchnahme bzw. Durchbrechung des Gewaltmonopols des Staates: Wenn eine Organisation ein entstehendes Machtvakuum durch ihr eigenes Binnenrecht ausfüllt, wie dies in Somalia, im Sudan, Kongo oder in Afghanistan der Fall ist, wo Warlords an die Stelle der völkerrechtlich anerkannten Staatsgebilde treten,²⁷¹³ findet eine Ersetzung staatlicher durch parastaatliche Gewalt statt. In diesem Kontext handelt eine Organisation widersprüchlich, die nun die Stelle eines Staates einnimmt und damit das Machtvakuum füllt, aber nur das Recht zur Gewaltanwendung in Anspruch nimmt und nicht die Pflicht zur Ausübung von Schutz vor Gewalt wahrnehmen oder auch nur gegen sich gelten lassen will.²⁷¹⁴ Denn mit dem (angemessenen) Gewaltanwendungsrecht geht auch die Pflicht zur Wahrnehmung der dem gewichenen Staatsgebilde zukommenden Pflicht zur Gefahrbeherrschung einher. Dies führt dazu, dass auch für die marodierende Bande, die sich staatliche Macht – und sei es auch nur das staatliche Gewaltmonopol – anmaßt, eine Verpflichtung zur Verhinderung der mit dieser Gewaltausübung verbundenen Gefahren einhergeht.

Diese Pflicht zur Abwendung von Gefahren von den potenziellen Opfern der Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht ergibt sich insbesondere deswegen, weil der Warlord sich nicht nur das Recht zur bewaffneten Gewaltanwendung anmaßt, sondern auch einen Anspruch auf die monopolisierte Gewaltanwendung geltend macht, soweit er nur allein seine Machtstellung in dem von ihm beherrschten Territorium oder über die von ihm beherrschten Personen anerkennt. Dieser Anspruch führt dazu, dass er der Bevölkerung das Recht abspricht, sich gegen die von ihm und seinen Truppen ausgehenden Gefahren selbst – notfalls bewaffnet – zur Wehr zu setzen. Die Geltendmachung des Gewaltmonopols ist daher mit der Forderung gegen die Bevölkerung verbunden, die Abwehr von Gefahren durch Gewaltanwendung in die Hände desjenigen zu legen, der das Gewaltmonopol in Anspruch nimmt. Die Betroffenen senken damit (notgedrungen)

2712 Den Söldnern der US-amerikanischen Firma Constellis Holdings (ehemals Blackwater) wird vorgeworfen, am 16.9.2007 in Bagdad Kriegsverbrechen begangen, und dem Management, die Ermittlungen wegen dieser Taten behindert zu haben, Spiegel Online 30.6.2014, „Irak-Besetzung der USA: Blackwater-Manager soll US-Ermittler mit Tod bedroht haben“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/irak-krieg-blackwater-manager-bedeckte-offenbar-us-chefermittler-a-978245.html>.

2713 Vgl. zur Begrifflichkeit und zum Phänomen des Warlords Schetter, AIPA 3/2004, S. 3 ff. m.w.N.

2714 Vgl. zur Vertretung des Staates durch den Mafioso Arlacchi, Mafiose Ethik, S. 52 ff.

ihren „Schutzschild“ gegen diese Gefahren, begeben sich in die Hände des Warlords und müssen daher im Gegenzug darauf vertrauen dürfen, dass dieser sie vor Gewaltanwendungen nicht nur aus anderen Machtphären beschützt, sondern auch vor Auswüchsen des eigenen Gewaltanspruchs. Hier findet sich letztlich die Argumentation aus der Garantenhaftung des Geschäftsherrn im deutschen Strafrecht²⁷¹⁵ wieder. Der Bundesgerichtshof spricht dies auch für § 4 VStGB ausdrücklich aus: Die Allgemeinheit müsse darauf vertrauen können, dass „der Befehlshaber die Gefahren, die mit bewaffneten Einheiten immer latent verbunden sind, durch geeignete Maßnahmen frühzeitig unter Kontrolle hält und nicht erst eingreift, wenn ihm Straftaten in konkretisierter Form bekannt werden.“²⁷¹⁶ Damit basiert die Garantenstellung also nicht auf der Formel, derjenige Vorgesetzte, der ein Verbrechen verhindern kann, müsse dies auch verhindern.²⁷¹⁷ Vielmehr kommt demjenigen, dem das Recht zur Gewaltanwendung übertragen ist oder der es auch nur faktisch für sich in Anspruch nimmt, die Aufgabe zu, dafür zu sorgen, dass es aufgrund der Anwendung dieser in Anspruch genommenen Gewaltanwendungsoption nicht zu den schwerwiegenden Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht durch diejenigen kommt, derer sich der Gewaltinhaber aufgrund seiner institutionalisierten Organisation grundsätzlich zur Gewaltanwendung bedient.

Diese Gleichung ist zwar nur bedingt auf (nichtmilitärische) Privatunternehmer übertragbar, dürfte jedoch zumindest für den Fall *Musema*, der stets als Beispiel für eine sehr weitgehende Haftung von Privatunternehmern herangezogen wird, einen Erklärungsansatz bieten: Die Stellung von *Alfred Musema* wird in der Entscheidung des RStGH dahin gehend beschrieben, dass er effektiv die Funktion des Präfekten eines Verwaltungsbezirks innehatte und als Direktor der staatlichen Teefabrik auch bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Hoheitsräger in der Region ausübte. Damit und aufgrund seiner quasiohoheitlichen Stellung innerhalb der staatlichen Teefabrik lässt sich eine Delegation der Wahrnehmung staatlicher Macht auf *Musema* und eine entsprechende Garantenstellung begründen. Die diesbezügliche Kritik, die gegen die Entscheidung des RStGH vorgebracht wurde,²⁷¹⁸ überzeugt insofern im Ergebnis nicht.

Weigend knüpft die Handlungspflicht des zivilen Vorgesetzten aufgrund seiner gefahrenorientierten Konzeption daran, ob auch beim zivilen Vorgesetzten die Gefahr der Begehung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht besteht. Daher setzt er der superior responsibility insofern sehr enge Grenzen und lässt eine Verantwortlichkeit lediglich in den Fallgestaltungen zu, in denen sich aus den Einrichtungen, innerhalb derer der jeweilige Vorgesetzte seine Aufgabe

2715 Vgl. S. 131 ff.

2716 BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 171 (Rn. 44).

2717 Dagegen auch Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 35 Fn. 74.

2718 So etwa Weigend in: MüKo-StGB, § 4 VStGB Rn. 9.

ausübt, ähnliche inhärente Gefahren für die Verletzung des humanitären Völkerrechts ergeben wie aus militärischen Verbänden. Diese risikospezifische Einschränkung der Verantwortlichkeit nichtmilitärischer Vorgesetzter ist bereits im Genfer Recht angelegt;²⁷¹⁹ ob sie jedoch auch unter dem Regime des Rom-Statuts gilt, ist fraglich. Art. 28 lit. b (ii) IStGH-Statut sieht ausdrücklich eine andersartige Beschränkung der Verantwortlichkeit ziviler Vorgesetzter vor: Die Verantwortlichkeit entsteht nur für Bezugstaten, die konkrete Tätigkeiten betreffen, die unter der effektiven Verantwortlichkeit und Kontrolle des Vorgesetzten begangen werden. Wegen dieser spezifischen Beschränkung der Strafbarkeit nichtmilitärischer Vorgesetzter auf bestimmte Taten ist eine weitergehende Einschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit über den Vorgesetztenbegriff oder besondere Anforderungen an die Kontrolle kaum begründbar.

(3) Pflicht zur Sanktionierung aus tatsächlicher Übernahme der Erfüllung einer Schutzpflicht

Es dürfte jedoch schwer fallen, die Pflicht des Vorgesetzten zur Sanktionierung von Verbrechen Untergebener damit zu begründen, dass der Vorgesetzte eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Schäden durch Taten Untergebener hat. Ist die Straftat der Untergebenen bereits begangen, so ist eine Verpflichtung des Vorgesetzten, durch Verbrechen seiner Untergebenen drohende Schäden zu verhindern, irrelevant, weil nicht mehr erfüllbar. Doch beinhaltet Art. 86 ZP I auch die darüber hinausgehende Pflicht, schwere Verletzungen des Genfer Rechts zu ahnden. Die Erfüllung dieser Pflicht kann fraglos durch tatsächliche Übernahme auch auf die Vorgesetzten der eigenen Streitkräfte übertragen werden. Auch eine Übernahme dieser Pflicht durch solche Vorgesetzte, die staatliche Gewalt de facto ausüben oder sich auch nur anmaßen, wird man mit der obigen Argumentation noch begründen können.

d) *Dogmatische Einordnung der superior responsibility*

Wenn die strafbewehrte Pflicht des Vorgesetzten zur Verhinderung und Verfolgung als auf einer Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme basierend akzeptiert wird, ist damit zwar die zentrale Frage danach beantwortet, warum der Vorgesetzte strafrechtlich verantwortlich sein soll. Aber die Frage nach der strafrechtsdogmatischen Einordnung, die im Verlauf der Darlegungen bereits tanziert, aber noch nicht intensiver erörtert worden ist, ist weitgehend offen geblieben. Diese Frage hängt insofern mit der Legitimation der superior responsibility als solcher zusammen, als zwar der Inhalt der Handlungspflicht des Vorgesetzten

2719 Vgl. hier S. 539 ff.

und auch ihre Berechtigung bestimmt worden sind, nicht aber ihre Zielrichtung. Die erörterte Legitimation der Vorgesetztenverantwortlichkeit begründet, warum dem Vorgesetzten die Pflicht zur Handlung auferlegt werden darf und welche Handlungen verlangt werden, nicht aber welchem Zweck die Verpflichtung dient. Diese Zweckrichtung wird durch die strafrechtsdogmatische Stellung der superior responsibility bestimmt. Ihre Einordnung als Zurechnungsinstrument hat für die Unrechtsqualität, für die Verwirklichung der Voraussetzungen der superior responsibility maßgebliche Bedeutung, mithin für die Strafe, die dem Vorgesetzten auferlegt werden darf.

(1) Vorgesetztenverantwortlichkeit als Haftung für nicht verursachtes Unrecht

Die Auffassung, die in der Judikatur zum Ausdruck kommt und die auch in der Darlegung der Rechtfertigung der superior responsibility angenommen wurde, sieht den Vorgesetzten als Garanten. Im Hinblick auf Art. 86 f. ZP I liegt die Annahme einer Stellung als Bewachergarant – nach deutscher strafrechtsdogmatischer Diktion – nahe. Akzeptiert man diese dogmatische Einordnung, so kann die Haftung des Vorgesetzten für Bezugstaten seiner Untergebenen unter den beschriebenen Bedingungen nachvollziehbar begründet werden, soweit es die Verletzung der (zukunftsgerichteten) Verhinderungspflicht betrifft. Diese Verbrechen werden ihm zugerechnet. Der Vorgesetzte, der sehenden Auges oder zumindest aufgrund schwerer Nachlässigkeit ein abwendbares Verbrechen seines Untergebenen geschehen lässt, verursacht das von diesem begangene Unrecht (quasi-)kausal mit. Er leistet seinen Tatbeitrag und setzt damit eine Ursache, die dem (deutschen) Strafrecht deswegen keine grundlegenden Zurechnungsprobleme bereitet, weil es eine allgemeine Unterlassungsstrafbarkeit als solche anerkennt.

Unter der Prämisse, dass nach der Judikatur der Tribunale von Nürnberg und Tokio und in ihrem Gefolge der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe auch eine Verletzung der Sanktionierungspflicht eine Verantwortlichkeit für die Tat, mithin deren Zurechnung, herbeiführen kann, ergeben sich für das von der deutschsprachigen Strafrechtsdogmatik geprägte Denken mit seiner kausal-orientierten Zurechnung strukturelle Probleme. Wie soll einem Rechtssubjekt ein Unrechtserfolg normativ zugewiesen werden, zu dem er schon nach dem auch im Völkerstrafrecht geltenden Schuldgrundsatz deswegen nicht in Beziehung steht, weil die ihm vorwerfbare Pflichtverletzung der Unrechtsentstehung zeitlich nachgelagert ist? Die superior responsibility allein auf eine Haftung wegen unterlassener Erfolgsverhinderung zu stützen, ist daher nicht möglich, weil diese Herleitung die Verletzung der Sanktionierungspflicht als Zurechnungsgrund nicht rechtfertigen kann. Eine kausalitätsgebundene strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten scheitert zwangsläufig an der Retrospektivität der Sanktionierungspflicht. Hier wird relevant, was die Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribu-

nale stets betont hat: Die Vorgesetztenverantwortlichkeit erfordert nicht zwingend eine kausale Verursachung der Tatbegehung durch den Untergebenen. Eine solche naturalistische Kausalität könne für die Sanktionierungsalternative von Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut bzw. Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut nicht gefordert werden, da diese Bestimmungen ansonsten leerließen.²⁷²⁰

(2) Dualistischer strafrechtsdogmatischer Ansatz

Ohne eine grundlegende Veränderung der strafrechtsdogmatischen Perspektive dürfte dieser innere Widerspruch wohl nur mithilfe des Ansatzes zu bewältigen sein, den *Triffterer*²⁷²¹ andeutet. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit werde zwar stets als einheitliches Rechtsinstitut gesehen, diese Gesamtheit besteht jedoch theoretisch nicht, vielmehr seien die Elemente der Verantwortlichkeit wegen Nichtverhinderung einerseits und Nichtsanktionierung andererseits durchaus trennbar. Dieser Gedanke kommt auch in den Ausführungen *Greenwoods* zur Haftung nachrückender Befehlshaber zum Tragen: Im Hinblick auf die diesbezüglichen Überlegungen der Verhandlungskammer in der *Hadžibasanović*-Entscheidung hat er die These vertreten, die Haftung eines Befehlshabers für eine Tat, die er faktisch nicht zu verhindern vermochte, weil er noch nicht Befehlshaber war, unterscheide sich von der Haftung nach der superior responsibility; es sei schlicht ein anderes – von Art. 7 JStGH-Statut nicht erfasstes – Verbrechen.²⁷²² Der Vorwurf *Greenwoods* gegenüber der Verhandlungskammer, sie habe diesen Unterschied verkannt, wirft die Frage auf, ob die superior responsibility auf einer einheitlichen Haftungskonzeption aufbauen muss oder auch nur kann. Denkbar wäre nämlich, dass die Verletzung der Verhinderungspflicht eine zumindest primäre Haftung für die unterlassene Verhinderung von Taten Dritter darstellt, während bei der Verletzung der Sanktionierungspflicht bereits die Pflichtverletzung per se zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten führt. Die superior responsibility nach Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut bzw. Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 28 IStGH-Statut als völkerstrafrechtlich anerkannte Rechtsfigur würde damit jeweils unterschiedliche Haftungskonzepte und -gründe vereinen. Für eine solche dualistische Anlage der superior responsibility nach den Statuten der Gerichtshöfe spricht die unterschiedliche Perspektive, die bei der Haftung wegen Verletzung der duty to prevent einerseits und der duty to punish andererseits eingenommen wird.

Unter dieser Prämissen führen beide Begehungsweisen zwar zu einer einheitlich behandelten Haftung für die Bezugstat, beruhen aber nicht auf der gleichen ma-

2720 Vgl. auch JStGH, Urt. v. 16.11.2005 – IT-01-48-T (*Halilović*) §§ 75 ff.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (*Orić*) §§ 338 f. m.w.N.; ferner hier S. 580.

2721 *Triffterer* in: ICC-Commentary Art. 28 Rn. 50 f. m.w.N.

2722 *Greenwood* JICL 2 (2004), 598, 603; vgl. ferner hier S. 578 f.

teriellen Basis: Während man im Hinblick auf die unterlassene Verhinderung auf eine klassische Unterlassungshaftung des Vorgesetzten als Garanten für die durch die Verbrechen verletzten Rechtsgüter abstellen könnte, müsste die Garantenstellung für die Sanktionierung der Bezugstaten in anderer Weise ausgefüllt werden. Sie müsste sich – nach deutschem Verständnis – auf ein anderes Rechtsgut beziehen. Denkbar wäre insofern eine Haftung des Vorgesetzten wegen des Vorschubleistens späterer Taten, also wegen einer Gefährdung der Rechtsgüter der künftigen Bezugstat. Insofern käme eine grundsätzlich gleichrangige Haftung von nicht sanktionierendem und nicht verhinderndem Vorgesetzten kaum mehr in Betracht. Die Nichtsanktionierungsalternative müsste als abstrakte Gefährdungschaftung betrachtet werden, die eine Zurechnung der in der Vergangenheit liegenden Bezugstat nicht rechtfertigt, zumal die Judikatur der Ad-hoc-Gerichte ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die duty to punish einen unmittelbaren Bezug zu dem bereits begangenen Verbrechen hat. Sie sei primär nicht darauf gerichtet, künftige Taten zu verhindern. Diesem Zweck dient vielmehr die duty to prevent in all ihren Facetten. Die Sanktionierungspflicht ist primär eine Pflicht zur Repression. Eine Abschreckung anderer Angehöriger des vom Vorgesetzten kontrollierten Verbandes, also die Prävention, ist danach nur ein erwünschter Nebeneffekt.

(3) Der Vorgesetzte als Garant für Truppenmoral und die völkerrechtliche Strafrechtpflege

Soweit die Strafbarkeit wegen Nichtsanktionierung also ebenfalls eine klassische Unterlassungshaftung darstellen soll, stellt sich die Frage, zum Schutz welchen Rechtsguts der Vorgesetzte die Pflicht zur Sanktionierung auszuüben hat. Insofern kommen vornehmlich zwei Aspekte in Betracht:

Zum Ersten kann man die Sanktion als Mittel zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Disziplin des jeweiligen Verbandes im Hinblick auf das humanitäre Völkerrecht ansehen. Die Rechtsgüter, zu deren Schutz der Vorgesetzte damit auf Posten gestellt sein würde, wären dann mittelbar all jene Rechtsgüter, zu deren Schutz das Völkerstrafrecht dient. Dieser Ansatz erscheint jedoch aus zwei Gründen wenig überzeugend: Zum einen geht die Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichte in ihrer Konkretisierung der superior responsibility davon aus, dass der Vorgesetzte *für die Bezugstat selbst* verantwortlich ist. Die Nichtsanktionierung schafft damit einen engen und unmittelbaren Zurechnungszusammenhang zwischen dem Verbrechen des Untergebenen und der Pflichtverletzung des Vorgesetzten, der es erlaubt, Letzterem die Tat vorzuwerfen. Eine Ausrichtung der Pflichtenstellung auf die völkerstrafrechtliche Moral seiner Truppe – und damit auf die von ihr in Zukunft ausgehenden Gefahren – begründet keine Zuweisungsbeziehung zwischen dem Vorgesetzten und einer konkreten, bereits begangenen Straftat des

Untergebenen. Der Ansatz überwindet damit letztlich das Zurechnungsproblem nicht, sondern umgeht es dadurch, dass er die Zurechnung im Ergebnis unnötig werden lässt. Zum anderen wäre es vor dem Hintergrund des Schuldgrundsatzes nur schwer zu rechtfertigen, dem Vorgesetzten die Bezugstat vorzuwerfen, nur weil er einen formellen Akt zur Herstellung der Disziplin nicht vorgenommen hat, zumal nicht stets als sicher gelten kann, dass eine Sanktion tatsächlich aus disziplinarischen Gründen notwendig oder hilfreich ist. Letztlich würde die Grundlage der materiellen Rechtfertigung der Verantwortlichkeit auf die Pflichtverletzung selbst reduziert. Damit würde die im Text von Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut und Art. 6 Abs. 3 RStGH-Statut niedergelegte und durch die Judikatur stets betonte Verantwortlichkeit für das Verbrechen des Untergebenen ignoriert. Ferner würde die Haftung für die Bezugstat nach deutschem, aber wohl auch nach internationalem Verständnis von Verhältnismäßigkeit der Strafe²⁷²³ – dies zeigt auch die Bewertung *Greenwoods* einer solchen Lösung als „*harsh rule*“²⁷²⁴ – kaum eine angemessene strafrechtliche Reaktion bedeuten. Zwar stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Strafmaß letztlich nur bedingt, da die Statuten der Ad-hoc-Gerichtshöfe außer einer Limitierung der Strafe auf Freiheitsstrafen keine Strafmaße vorsehen, so dass die Kammern bei einer Verurteilung wegen der Mitwirkung an einer Bezugstat als Vorgesetzter über entsprechende Mittel zur sachgerechten Bemessung der Strafe verfügen. Jedoch bedeutet es auch im Schulterspruch einen elementaren Unterschied, ob sich der Vorgesetzte wegen Verletzung von Dienstpflichten oder wegen des Verbrechens des Untergebenen – z.B. wegen Völkermordes – zu verantworten hat.²⁷²⁵

Zum Zweiten könnte der Vorgesetzte auf Posten gestellt sein, um den Strafan spruch der Staatengemeinschaft gegen den Untergebenen wegen der Bezugstat zu sichern. In Anlehnung an die §§ 258, 258a StGB könnte man den Vorgesetzten als zur Verfolgung verpflichtet ansehen, um nicht einen Schaden am Rechtsgut der internationalen Strafrechtspflege dadurch entstehen zu lassen, dass der Täter der Bezugstat nicht der verwirkten Strafe zugeführt werden kann. Die Bedeutung der Sanktionierung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht haben nicht nur die Vertragsstaaten des ZP I durch die Regeln der Art. 86 f. und die darin niedergelegte Pflicht zur Sanktionierung der grave breaches betont. Vielmehr wurde auch in den Absätzen 3 bis 6 der Präambel des Rom-Statuts ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese schwersten Verbrechen den Frieden und die Sicherheit in der Welt bedrohen und daher nicht ungestraft bleiben dürfen. Daher soll der Vertrag der Straflosigkeit solcher Taten ein Ende setzen und jeden Staat

2723 Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im internationalen Völkerstrafrecht insbesondere Urt. v. 4.2.2005 – IT-94-2-A (*Nikolij*) § 21 m.w.N.

2724 *Greenwood* JCL 2 (2004), 598, 603.

2725 Vgl. hierzu etwa den Differenzierungsansatz in der Entscheidung des osmanischen Militärgerichts zur Sache *Nuri Bey*, S. 490 ff.

an seiner Strafpflicht erinnern. Die effektive Strafrechtspflege zum Zwecke der Erfüllung der Pflichten aus dem Rom-Statut und dem Genfer Recht ist damit fraglos als ein sehr wichtiges Rechtsgut anzusehen.

Richtet man jedoch die materielle Legitimation der superior responsibility an einer solchen Garantenstellung aus, so ergibt sich auch hier das grundlegende Problem, dass über diesen Ansatz eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten unmittelbar für die Bezugstat nicht begründet werden kann. Der Vorgesetzte, der schuldhaft nicht für die Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen seiner Untergebenen Sorge trägt, hat fraglos eine strafwürdige und strafbedürftige Schädigung der Rechtspflege zu verantworten. Um ihn aber aufgrund seiner Pflicht zur Wahrung dieses Rechtsguts durch Verfolgung und Sanktionierung als Täter der Bezugstat anzusehen, fehlt es an einem strafrechtsdogmatischen Anknüpfungspunkt, an einer unmittelbaren Beziehung zwischen dem Unrecht der Bezugstat und der Unterlassung des Vorgesetzten. Eine Verbindung wird zwar durch das Rechtsgut der Rechtspflege vermittelt; diese indirekte Konnexität kann jedoch eine Verantwortlichkeit als an der Bezugstat selbst Beteiligter kaum rechtfertigen.

(4) Duty to punish als Pflicht zur Bewirkung einer Negation der Negation des Rechts

Denkbar ist jedoch auch ein anderer Ansatz, der allerdings dem modernen deutschen Strafrecht eher fremd erscheinen dürfte, weil er die Rechtsverletzung durch die Bezugstat vergegenständlicht und das Strafrecht insofern vom Rechtsgüterschutz löst und zum Rechtsschutz eines Schutzes des Rechts per se verschiebt. Insofern kann ein strafrechtstheoretischer Ansatz zugrunde gelegt werden, der wohl am klarsten von *Hegel* formuliert worden ist und sich heute noch in ähnlicher Weise bei *Köhler*²⁷²⁶ und *Zaczyk*²⁷²⁷ wiederfindet.²⁷²⁸ Danach ist die Straftat – hier zunächst die Bezugstat des Untergebenen – als Unrecht im wahrsten Wortsinne, die Aufhebung von Recht, Nichtrecht und damit als die Negation des Rechts zu sehen. Die geschehene Verletzung des Rechts per se, also des Rechts insgesamt, gewinnt danach in der Tat eine positive, äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig sein soll. Diese Nichtigkeit resultiere daraus, dass das Verbrechen das Recht aufhebe, dieses aber wiederum als Absolutes unaufhebbar sei. Daher bleibe von dem Verbrechen nur etwas Negatives. Die Strafe, die die Aufhebung der Manifestation der Nichtigkeit darstelle, sei damit die „*Negation der Negati-*

2726 Köhler AT, Kap. 1 III, 1.

2727 Zaczyk in: Landwehr, Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, S. 73 ff.

2728 Vgl. zur *hegelischen* Lehre der Verletzung des Rechts als Recht im Kontext der „nachträglichen Beihilfe“, Altenhain Anschlußdelikt, S. 93 ff.

on des Rechts“.²⁷²⁹ „Das wirkliche Recht ist nun die Aufhebung dieser Verletzung, das eben darin seine Gültigkeit zeigt, und sich als ein notwendiges Dasein bewährt.“²⁷³⁰ Das Verbrechen wird aus diesem Blickwinkel nicht primär als Verursachung eines Übels gegenüber dem Verletzten angesehen, sondern vielmehr als Verletzung des Rechts als Recht – im Gegensatz zur Verletzung der Rechtsgüter –, die es durch Strafe aufzuheben gilt, weil ansonsten die Existenz der Verletzung des Rechts fortbestünde. Damit wird die Straftat von der Rechtsgutsverletzung zur Rechtsverletzung. Die Bestrafung stellt nach diesem Ansatz das Recht in der Weise wieder her, dass sie die Widerspruchsfreiheit des Rechtsverhältnisses restituierter.²⁷³¹ Sie hat nach Köhler in ihrer Negation gleichzeitig „ein affirmatives positives Moment in Bezug auf das wirkliche Rechtsverhältnis zwischen Allgemeinheit und Täter“. ²⁷³²

Aus dieser Hypothese kann für das hier relevante Problem hergeleitet werden, dass die Unterlassung der Verfolgung und Bestrafung eines Verbrechers die Unterlassung der Negation der Rechtsnegation darstellt.²⁷³³ Setzt man daher unter Berufung auf Hegel die Bestrafung mit der Beseitigung des durch den Täter gesetzten Unrechts gleich und misst ihr damit die Bedeutung zu, das Unrecht im Sinne einer Verletzung des Rechts zu egalisieren, so ist es nachvollziehbar, den Vorgesetzten, der nicht verfolgt und bestraft, als für das Fortwirken des durch den Untergebenen verursachten Unrechts verantwortlich anzusehen, ihm somit die Bezugstat in ihrer Wirkung als Verletzung des Rechts per se zuzurechnen; es entsteht ein unmittelbarer Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und (Forthbestehen der) Rechtsverletzung.

Diesen Gedanken stützt die Formulierung von Kant, der in seinem Inselbeispiel²⁷³⁴ ausführt, dass eine bürgerliche Gemeinschaft, die sich auflöst, vor ihrer Auflösung „noch den letzten im Gefängnis befindlichen Mörder“ hinrichten müsse, damit nicht „Blutschuld auf dem Volke“ laste.²⁷³⁵ Die Rechtsgemeinschaft muss nach diesem Ansatz also strafen, da sie ansonsten als „Teilnehmer

2729 Vgl. Hegel Grundlinien, §§ 97 ff.; eigentlich stammt diese Formulierung so jedoch nicht von Hegel, sondern von seinem Schüler Eduard Gans, vgl. Klug in: Baumann, Programm, S. 36, 37 f.; krit. zum Begriff *Negation* im Kontext der Anschlussdelikte Altenhain Anschlußdelikt, S. 102 f., Fn. 388.

2730 Hegel Grundlinien, Zusatz zu § 97.

2731 Vgl. hierzu Altenhain Anschlußdelikt, S. 102 ff.

2732 Köhler AT, Kap. 1 III, 1.3.2.; mit einer Begründung des Scheiterns der hegelschen Verbrechenslehre Altenhain Anschlußdelikt, S. 97 ff.

2733 Jedoch ist zu beachten, dass – wie Altenhain (Anschlußdelikt, S. 91 ff.) dargelegt hat – die Hegelianer gerade nicht die Auffassung vertreten haben, die nachträgliche Hilfe für den Vortäter sei ein eigenständiges Delikt gegen die „Justizgewalt des Staates“ (Köstlin, Revision, § 136, S. 481) und keine Mitwirkung an der Vortat. Denn in ihren Augen war das Recht durch den Staat verkörpert, so dass sich die Tat gegen das Recht gegen den Staat richtete.

2734 Kant AA VI, Rechtslehre, S. 333; krit. Klug in: Baumann, Programm, S. 36, 37 f.; dagegen wiederum Hruschka ZStW 122 (2010), 493, 501 f.; vgl. ferner Zazcyk in: Landwehr, Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, S. 73 ff.

2735 Zu dem Begriff der Blutschuld Hruschka ZStW 122 (2010), 493, 501 f.

an der öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann“.²⁷³⁶ Auf diese Weise nähert sich die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Nichtsanktionierung einem alten Begünstigungskonzept an, das im gemeinen Recht vertreten, aber im Bayerischen StGB von 1813 erstmals durch ein Strafgesetz aufgegeben wurde: Hilfeleistung nach der Tat wurde bis dahin noch als Beteiligungsform angesehen.²⁷³⁷ Zuvor wurde nicht zwingend eine kausale Verursachung des Tatunrechts durch Mitwirkung im zeitlichen Vorfeld der Tatbegehung verlangt, um eine Verantwortlichkeit für die Tat selbst zu bejahen. Diese Perspektive findet sich im nationalen Strafrecht des frühen 19. Jahrhunderts bei Schröter,²⁷³⁸ der von einer Strafbarkeit wegen Beteiligung aufgrund des Aufrechterhaltens des durch die Vortat herbeigeführten rechtswidrigen Zustandes ausgeht. Doch beschränkte er seine Überlegungen auf Vortaten, deren Rechtsgutsverletzungen im Wesentlichen wieder beseitigt werden können.²⁷³⁹

Aus dieser von einem verkörperten Unrecht ausgehenden Perspektive wäre es möglich, sowohl die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten aufgrund einer Verletzung der Verhinderungspflicht als auch aufgrund der Missachtung der Sanktionierungspflicht auf eine identische strafrechtsdogmatische Basis zu stellen, nämlich der Zurechnung eines durch Unterlassen verursachten Unrechtsbestandes. Diese Erklärung der superior responsibility hätte jedoch eine grundlegende Änderung der dogmatischen Ausrichtung dieses Rechtsinstituts zur Folge, da es unter dieser Prämissen nicht auf einer rechtsgutsorientierten Garantiestellung basiert, aus der sich die Pflicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts oder der Beherrschung von Gefahren aus einer Gefahrenquelle ergibt. Vielmehr wäre die Pflicht des Vorgesetzten nach diesem Lösungsansatz auf die Bezugstat als solche, also als Unrechtsverwirklichung und Schuldkomponente bezogen; der Vorgesetzte hätte nicht die Verletzung eines Interesses, sondern die Entstehung und Existenz von schuldhaftem Unrecht als Rechtsverletzung zu verhindern.

Der Bezug zum schuldhaften Gesamtunrecht, der die Gleichstellung des nicht verhindernden und des nicht sanktionierenden Vorgesetzten erklären könnte, kann zudem darauf gestützt werden, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nicht nur von der Herbeiführung eines Verletzungserfolgs abhängig ist.²⁷⁴⁰ Vielmehr ist für die Haftung des Vorgesetzten erforderlich, dass es zur Begehung eines vollständigen Verbrechens gegen das humanitäre Völkerrecht als Bezugstat kommt oder gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist beson-

2736 E.A. Wolff ZStW 96 (1984), 786, 827 f., Fn. 86.

2737 Vgl. Walter in: Leipziger Kommentar, § 257 Rn. 1; vgl. ferner zur Entwicklung dieses Ansatzes Altenhain Anschlußdelikt, S. 23 ff., 75 f. m.w.N. sowie hier S. 312 ff.

2738 Schröter Handbuch, 1. Bd., § 144, S. 179; vgl. auch zu weiteren Ansätzen in dieser Richtung Altenhain Anschlußdelikt, S. 24 ff.

2739 Vgl. zur Kritik nur Stübel Theilnahme, S. 57; ferner Altenhain Anschlußdelikt, S. 25 f.

2740 Vgl. Ambos Der Allgemeine Teil, S. 669.

ders bedeutsam, dass – anders als bei einem unechten Unterlassungsdelikt nach deutscher Prägung – für die Strafbarkeit des Vorgesetzten nicht von Bedeutung ist, ob dieser die erforderlichen besonderen subjektiven Merkmale der Bezugstat aufweist, wie etwa die spezifische Absicht im Völkermordtatbestand nach Art. 4 Abs. 2 JStGH-Statut. Der Befehlshaber, der die mit Zerstörungsabsicht²⁷⁴¹ ausgeführte Begehung von Morden an Mitgliedern einer bestimmten Ethnie zulässt oder nicht sanktioniert, weil er die Tötung dieser Menschen aus kriegstaktischen Zwecken hinnimmt, aber keine Vernichtung der Gruppe selbst beabsichtigt oder auch nur für möglich hält, ist dennoch als Vorgesetzter für die Bezugstat des Völkermordes verantwortlich. Die superior responsibility hängt nach der Judikatur des JStGH²⁷⁴² nicht von der Erfüllung der subjektiven Voraussetzungen der Bezugstat durch den Vorgesetzten ab; der Vorgesetzte muss nur Kenntnis von der besonderen Absicht seiner Untergebenen haben.²⁷⁴³ Damit rückt die Vorgesetztenverantwortlichkeit strukturell in Richtung der Teilnahme des deutschen Strafrechts nach altem Verständnis mit ihrer strengen Akzessorietät²⁷⁴⁴ und ähnelt ihr auch in dem Bezug zwischen der Unterlassung des Vorgesetzten und schuldhaften Tat des Untergebenen, wenn sich auch die Stoßrichtung insofern unterscheidet, als Strafgrund nicht die Verstrickung des Untergebenen in Schuld und Strafe ist, sondern das Ent- oder Bestehenlassen der Rechtsverletzung als Aufhebung des unaufhebbaren Rechts.

(5) Kritik

Der modernen deutschen Strafrechtsdogmatik widerspricht dieser soeben skizzierte Ansatz schon deswegen, weil er sich auf eine Rechtfertigung der Strafe als solcher durch eine absolute Straftheorie gründet, die in dieser reinen Form nur von einer Mindermeinung noch vertreten wird.²⁷⁴⁵ Sieht man in der Strafe zumindest primär die Wiederherstellung des Rechts durch Negation seiner Verletzung, so treten präventive Zwecke der Strafe zumindest so weit in den Hintergrund, dass die Legitimation von Strafe auf einen weitgehend absoluten Begründungsansatz reduziert werden muss. Doch zu dem Verständnis von Strafe im Völkerstrafrecht dürfte die so begründete einheitliche dogmatische Konzeption der superior

²⁷⁴¹ Vgl. zur Zerstörungsabsicht beim Völkermord JStGH, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (*Krstić*) §§ 569 ff. m.w.N.

²⁷⁴² Vgl. JStGH, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (*Brđanin*) §§ 717 ff. m.w.N.; vgl. auch Werle Völkerstrafrecht Rn. 559.

²⁷⁴³ Vgl. Nehrlich JICJ 5 (2007), 665, 672 m.w.N.

²⁷⁴⁴ Vgl. S. 352.

²⁷⁴⁵ Vgl. hierzu die Nachweise bei Zaczky in: Landwehr, Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, S. 73; ferner kurze Darstellung bei Krey/Esser AT, Rn. 132 ff.; vgl. zur weiteren Kritik an einer Beteiligungshaftung für bereits verwirklichtes Unrecht Altenhain Anschlußdelikt, S. 70 ff.; ferner Kaspar Verhältnismäßigkeit, S. 134 ff. zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Vergeltung und des Schuldausgleichs als Strafzwecke.

responsibility nicht im Widerspruch stehen. Zumindest kollidiert sie nicht mit der Rechtsprechung der Ad-hoc-Gerichtshöfe, denn die Strafzumessung findet hier – soweit sich dies aus den Urteilsbegründungen der Kammern ablesen lässt – im Wesentlichen in Orientierung an Unrechts- und Schuldgesichtspunkten nicht aber im Hinblick auf präventive Aspekte statt. Die Tribunale legen der Strafzumessung zunächst die Schwere des Rechtsverstoßes zugrunde,²⁷⁴⁶ der sich vor allem durch das begangene Verbrechen sowie das Maß – auch ob ein aktives Tun oder Unterlassen vorliegt – und die Form der Beteiligung bestimmt, wobei eine herausgehobene Stellung im Hierarchiegefüge sich strafschärfend auswirkt.²⁷⁴⁷ Daher scheint sich die Judikatur zumindest im Ergebnis überwiegend auf absolute Strazfzwecke zu stützen. Dem Ansatz einer einheitlichen Pflicht des Vorgesetzten, Rechtsverletzungen Untergebener entgegenzuwirken, steht insofern die Ausrichtung des internationalen Völkerstrafrechts nicht entgegen, weil sie sich auf die Unrechtsvermeidung oder -beseitigung und Schuldvergeltung konzentriert.

(6) Resümee: Superior responsibility als Haftung für eine aus der Kontrollsphäre des Vorgesetzten stammende Rechtsverletzung

Zieht man für die materielle Rechtfertigung und strafrechtsdogmatische Einordnung der superior responsibility in ihrer Ausprägung durch die Rechtsprechung Bilanz, so fehlt es in der Judikatur an ernsthaften Versuchen, die Legitimation und Klassifizierung dieser Haftungsform darzustellen. Die Gerichte begnügen sich mit der Feststellung der Verantwortlichkeit als solcher und der Einordnung als Haftung *sui generis*, die sie auf die Handlungspflicht des Vorgesetzten zurückführen, ohne diese wiederum zu begründen. Auch die bislang in der Literatur vorgeschlagenen Ansätze gehen der Frage nicht eingehend nach; vielmehr beschränken auch sie sich auf formelle Begründungsansätze. Die darüber hinausgehende materielle Begründung ist jedoch, soweit man die herkömmlichen deutschen strafrechtsdogmatischen Kategorien anwendet, kaum Erfolg versprechend. Nur ein Wechsel der Perspektive von einer naturalistisch-kausalen Betrachtung der Zurechnung im Sinne einer zeitlich vorausgehenden Unterlassung, die die Tatbegehung bedingt zu einer Verantwortlichkeit für die aus der Sphäre des Vorgesetzten herrührende Verletzung des Rechts, scheint eine Lösung zu ermöglichen: Der Vorgesetzte ist demnach nicht allein für die Verursachung der Rechtsverletzung strafrechtlich verantwortlich, sondern für die Unverletztheit des Rechts *per se* aus seiner Sphäre. Die Erfüllung dieser Pflicht setzt eine Verhinde-

2746 Vgl. Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 381 f. m.N.

2747 Zur Problematik des Doppelverwertungsverbots im Hinblick auf die *superior responsibility* Burghardt Vorgesetztenverantwortlichkeit, S. 386 f.

rung und gegebenenfalls auch Beseitigung der Aufhebung des Rechts voraus, so dass eine Art Zustandsverantwortlichkeit entsteht:

Die superior responsibility begründet damit die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rechtsverletzung als solche, nicht nur für deren Verursachung. Damit wandelt sich die Basis der Verantwortlichkeit von der naturalistisch-kausal orientierten Zurechnung von Rechtsgutsverletzungen zur normativen Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen aufgrund der sphärenbezogenen Kontrollpflicht des Vorgesetzten. Eine solche Betrachtung erscheint geeignet, um die strafrechtsdogmatische Basis für die einheitliche Vorgesetztenverantwortlichkeit des Völkerstrafrechts zu finden, die die Ad-hoc-Gerichte zugrunde legt und wohl auch Art. 28 IStGH-Statut voraussetzt. Mag dieser Ansatz auch kaum in das Gefüge der deutsch(sprachig)en Strafrechtsdogmatik einzupassen sein, so darf nicht vergessen werden, dass sich die Untersuchung an dieser Stelle – auch wenn sie grundsätzlich die Vorgesetztenverantwortlichkeit im deutschen Strafrecht zum Gegenstand hat – dem internationalen Völkerstrafrecht widmet. Es erscheint daher geboten, den Blick zumindest kurzfristig von den „Zwängen“ der deutschen Strafrechtsdogmatik zu befreien. Die Frage, wie eine solche Haftung in Kategorien der deutschen Strafrechtsdogmatik eingeordnet werden kann und inwiefern dies überhaupt notwendig ist, soll das kommende Kapitel zu beantworten versuchen.

C. Superior responsibility nach dem Völkerstrafgesetzbuch

Mit dem zum 30. Juni 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)²⁷⁴⁸ sollte das deutsche Strafrecht an das Rom-Statut und weiteres allgemein anerkanntes Völkerrecht angepasst werden. Zu diesem Zweck wurde mit dem Völkerstrafgesetzbuch ein weitgehend eigenständiges Regelwerk geschaffen, „das die Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts widerspiegelt, indem es Verbrechen gegen das Völkerrecht unter Strafe stellt“.²⁷⁴⁹ Dabei stand die Umsetzung der materiellen Strafvorschriften des Rom-Statuts im Zentrum der Bemühungen. Jedoch kamen die Urheber des Völkerstrafgesetzbuchs zu der Überzeugung, dass die Festlegungen des 1998 geschaffenen Statuts nicht mehr den im Jahre 2002 allgemein anerkannten Standards des Völkerstrafrechts entsprachen und das Völkerstrafgesetzbuch deshalb über das Rom-Statut hinauszugehen habe. Die Begründung des Gesetzesentwurfs be-

2748 Das Gesetz wurde als Artikel 1 des Gesetzes v. 26.6.2002 I 2254 vom Bundestag beschlossen. Es ist gem. Art. 8 dieses Gesetzes am 30.6.2002 in Kraft getreten.

2749 So die Begründung des Gesetzesentwurfs vom 18.1.2002, BR-Drs. 29/02, S. 1, 23; kurz zur Entstehungsgeschichte des Rom-Statuts BR-Drs. 29/02, S. 22 f.; ferner Zimmermann, ZRP 2002, 97.