

Joachim Vogels Regelungsmodelle der Beteiligung und das Völkerstrafrecht

Claus Kreß

I. In memoriam Joachim Vogel

Meine letzte E-mail schrieb ich *Joachim Vogel* am späten Nachmittag des 15. August 2013, also ganz kurz vor seinem tragischen Tod. Darin dankte ich ihm für seine letzte Lieferung zum „Grützner/Pötz/Kreß“, die er mir kurz vor seinem Aufbruch in den Familienurlaub übermittelt hatte. *Vogel* hat mich als Mit-Herausgeber unseres Werks zur Rechtshilfe in Strafsachen gelegentlich zur Verzweiflung gebracht, wenn er mich auf ersehnte Beiträge warten ließ. Doch immer waren seine Fröhlichkeit, seine Herzlichkeit und seine Liebenswürdigkeit am Ende unwiderstehlich. Und natürlich hat er mich dann auch stets mit der überlegenen Qualität seiner Kommentierungen zum IRG alles Warten vergessen lassen. Diese Qualität zeigt sich nicht nur im Großen, vor allem bei den 2001 publizierten, in monographischer Tiefe eindringenden und in ihrer gedanklichen Kraft überragenden Vorbemerkungen zu § 1.¹ *Vogel* vermochte auch im Kleineren zu brillieren. Ein Beispiel hierfür ist der letzte Beitrag zu unserem Werk, bei dem es sich vielleicht um den letzten Text handelt, den er zu seinen Lebzeiten abgeschlossen hat. Denn seine knappe Erläuterung von § 47 IRG ist geradezu ein Kabinettstück völkerrechtlicher, verfassungsrechtlicher und rechtshilferechtsvergleichender Analyse.² Wie gern würde ich auch in der Zukunft leicht verzweifelt auf solche Manuskripte aus *Joachim Vogels* Feder warten!

1 *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Stand November 2001, IRG, Vor § 1.

2 *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 1), Stand Oktober 2013, IRG, § 47. Ich meine insbesondere *Vogels* Darlegungen in den Randnummern 3 bis 5 zu der gesetzgeberischen Abstinenz im Hinblick auf die Durchlieferung auf dem Luftweg *non-stop*. Die geltende Rechtslage wird in einem ersten Schritt scharfsinnig kritisiert. Hieran schließt sich – so wie man *Vogel* kannte und bewunderte – ein abgewogener konkreter Reformvorschlag an.

Claus Kreß

II. Joachim Vogel und das Völkerstrafrecht

In diesem kleinen Beitrag im Gedenken an *Joachim Vogel* soll es nun aber nicht um die Rechtshilfe in Strafsachen gehen, sondern um eine fruchtbare Begegnung *Vogels* mit dem Völkerstrafrecht.³ Dieses war bekanntlich keines von *Vogels* Hauptfeldern. In seinem wohl letzten Beitrag zu einer völkerstrafrechtlichen Fragestellung hat er sich insoweit sogar ganz bescheiden als „Nichtexperte“ bezeichnet.⁴ Aber *Vogels* Gespür für spannende neue Entwicklungen war viel zu ausgeprägt, um die rasante Renaissance des Völkerstrafrechts⁵ und die damit ins Blickfeld rückenden reizvollen strafrechtsdogmatischen Grundlagenfragen nicht aufmerksam zu registrieren.⁶ Einmal hat er sich der Sache vertiefter angenommen – und sogleich leuchtete es. Ich meine die Abhandlung „Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht“, die 2002 in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft zum Abdruck kam.⁷ Hierin hat *Vogel* – aus seinem so reichen strafrechtsvergleichenden Fundus schöpfend – und mit seiner mitreißenden Begriffsgewalt zwölf denkmögliche Regelungsmodelle der Beteiligung vorgestellt, um hiernach vor allem die Rechtsprechung der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) und Ruanda (RStGH)⁸ vor dieser Folie zu betrachten.

III. Die Beteiligung an der Völkerstraftat nach dem IStGH-Statut im Licht von Joachim Vogels 12 Regelungsmodellen der Beteiligung

Ich möchte hieran anknüpfen und die ordnende Kraft von *Vogels* Regelungsmodellen dazu nutzen, eine kleine Momentaufnahme vom gegenwärtigen

3 Zum Begrifflichen *Kreß*, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Band V, 2012, S. 717 (719 ff. Rn. 10–14).

4 *Vogel*, in: Jessberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, 2013, S. 75 (75).

5 Zu diesem im Überblick *Werle* Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 1 ff.

6 Dementsprechend fand das Völkerstrafrecht auch in seinem imponierenden programmatischen Beitrag „Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum“ (*Vogel* JZ 2012, 25 (26)) wie selbstverständlich Berücksichtigung.

7 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403.

8 Zu diesen im Überblick *Werle* (Fn. 5), S. 117 ff.

tigen Stand der Beteiligungslehre im Völkerstrafrecht zu geben.⁹ Im Vordergrund wird (und darf) dabei nun der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) stehen, dessen Statut 2002, als *Vogels* Beitrag erschien, gerade erst in Kraft getreten war.¹⁰

1. Kollektivhaftungsmodell

Ein solches, das die Strafbarkeit des jeweiligen Unrechtssystems¹¹ selbst beinhaltet, gibt es auch¹² nach dem IStGH-Statut nicht.¹³ Die jüngsten Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression¹⁴ hätten dazu Anlass geben können, die Frage nach der Völkerstrafbarkeit von Staaten nochmals zu stellen. Denn nach der 2010 erzielten Einigung setzt der Tatbestand den völkerrechtswidrigen Gewalteinsatz eines Staates voraus. Doch die Strafbarkeit des Aggressorstaats selbst stand zu keinem Zeitpunkt der Verhandlungen ernsthaft zur Debatte. Jedenfalls auf mittlere Sicht dürfte das Kollektivhaftungsmodell hiernach im Völkerstrafrecht keine Rolle spielen.

9 Für eine minutiöse Aufbereitung des gegenwärtigen Stands der völkerstrafrechtlichen Beteiligungslehre *Ambos* Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, 2013, S. 102 ff.

10 Zur Stellung des IStGH in der Geschichte des Völkerstrafrechts *Kreß*, in: The Oxford Companion to International Criminal Justice, 2009, S. 143 (143 ff.).

11 Hierfür plädiert bei völkerrechtlichen „Systemdelikten mit aktionalem Vordergrund“ *Lampe* ZStW 106 (1994) 683 (735 ff.); *ders.*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 147 (171); krit. *Gierhake* Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 185 ff.

12 Zu der Rechtsentwicklung vor dem IStGH-Statut *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (432). In einer neuen Entscheidung hat der Sondergerichtshof für Libanon eine Strafbarkeit juristischer Personen wegen *contempt of court* bejaht. Dabei hat das Gericht auch auf eine Tendenz in den nationalen Rechtsordnungen Bezug genommen, die Strafbarkeit juristischer Personen vorzusehen (STL Beschluss vom 2.10.2014, STL-14-05/PT/AP/AR-126.1, Nr. 58 f.). Diese bemerkenswerte Entscheidung bedarf dringend der kritischen Betrachtung unter methodischen Gesichtspunkten. Die Rechtslage nach dem IStGH-Statut beeinflusst sie nicht.

13 Zu den französischen Bemühungen in Rom, die Völkerstrafbarkeit juristischer Personen privaten Rechts zu begründen, *Ambos* (Fn. 9), S. 144.

14 *Barriga*, in: *Barriga/Kreß* (Hrsg.), The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression, 2012, S. 3 ff.; *Kreß/von Holtendorff* GA 2011, 65 ff.

2. Konspirationsmodell

Im Kern nichts anderes gilt für das *Konspirationsmodell* der Beteiligung, dem *Vogel* neben der *conspiracy* auch die verschiedenen Formen der versuchten Teilnahme, Aufstachelungs- und Organisationsdelikte zugerechnet hat.¹⁵ Zwar spielte die strafrechtsdogmatische Figur der Verschwörung bei der Vorbereitung des Nürnberger Verfahrens gegen die deutschen Hauptkriegsverbrecher eine hervorgehobene Rolle.¹⁶ Doch in der Folge trat sie in den Hintergrund.¹⁷ Im IStGH-Statut lässt sich allein die Strafbarkeit der Aufstachelung zum Völkermord¹⁸ *Vogels* Konspirationsmodell zuordnen. Nicht einmal die Aufstachelung zum Angriffskrieg nach § 80 a StGB findet nach der Einigung des Jahres 2010 eine völkerstrafrechtliche Entsprechung. Zwar wird auch die Mitwirkung an der Planung und Vorbereitung eines Angriffskriegs erfasst, aber die Strafbarkeit tritt nur ein, wenn es zu dem entsprechenden Gewalteintritt tatsächlich gekommen ist.¹⁹ In einer Zeit, in der die Vorverlagerung der Strafbarkeit im *transnationalen* Strafrecht²⁰ mit Macht forciert wird, wie der jüngste Akt der Antiterrorismusstrafgesetzgebung durch den VN-Sicherheitsrat belegt,²¹ ist der überaus

15 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (415 f.).

16 *Taylor* *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, 1992, S. 35 f.; zur *conspiracy* und zur Strafbarkeit nach dem Organisationsmodell in der Londoner Charta zum Hauptkriegsverbrecherprozess siehe deren Art. 6 bzw. 9 f. (abgedr. z.B. in: *McDonald/Swaak-Goldman* *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, Volume II. Part 1: Documents and Cases, 2000, S. 62 f.).

17 Im Nürnberger Urteil im Hauptkriegsverbrecherprozess und in den Nachfolgeverfahren spielte die *conspiracy* eine gewisse Rolle bei den Verbrechen gegen den Frieden (*Safferling* *KritV* 93 (2010) 65 (68 ff.); zu den Nürnberger Folgeverfahren *Heller* *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, 2011, S. 198 ff.), danach verblieb der *conspiracy* eine Bedeutung beim Völkermord (Art. 3 lit. b) der Völkermordkonvention; hierzu und zur einschlägigen Rechtsprechung des RStGH: *Safferling* *KritV* 93 (2010) 65 (78 f.).

18 Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut.

19 Art. 8 *bis* IStGH-Statut; die Frage, ob sich aus der (nicht ausgeschlossenen) Versuchsstrafbarkeit nach Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut ergibt, dass auch die Beteiligung am „versuchten staatlichen Gewalteintritt“ unter Strafe steht, soll hier nicht erörtert werden; die Bundesregierung geht in den Materialien zum entsprechenden Vertragsgesetz davon aus, dass das nicht der Fall ist; BR-Drucks. 522/12, 21.

20 Zum Begrifflichen *Kreß* (Fn. 3), S. 718 f. Rn. 6–8.

21 U.N. Doc. S/RES 2178 (2014), 24.9.2014, op. Abs. 6; zum europäisierten Strafrecht siehe etwa *Kreß/Gazeas*, in: *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, S. 374 f.

reservierte Umgang des gegenwärtigen Völkerstrafrechts mit dem Konspirationsmodell bemerkenswert.

3. Modell des Allgemeinen Teils

Die von *Vogel* konstatierte historische Entwicklung vom „konkret kasuistischen Beteiligungsmodell des Besonderen Teils“ zum *Modell des Allgemeinen Teils*²² kennzeichnet auch das Völkerstrafrecht. Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut in Verbindung mit Art. 28 IStGH-Statut verwirklichen das Modell des Allgemeinen Teils in der bislang ausgefeiltesten Form. Die Staaten haben an diesem Modell rasch Gefallen gefunden, vielleicht sogar eine Spur zu viel. Im Hinblick auf den absoluten Sonderdeliktscharakter des Verbrechens der Aggression²³ möchte ich es als offene Frage bezeichnen, ob die in Art. 25 Abs. 3 IStGH vorgenommene Differenzierung zwischen verschiedenen Formen der Beteiligung auch bei diesem Verbrechen sachgerecht ist.²⁴ Doch eine überwältigende Mehrheit der Staaten wollte diese Norm des neuen Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts auch hier zur Anwendung bringen.²⁵

4. Individualistisches versus systemisches Modell

Das Völkerstrafrecht hat es in seinem Kern mit Makrokriminalität zu tun.²⁶ Deshalb sah *Joachim Vogel* hier 2002 ein *systemisches* Modell der

Rn. 21–26, zu den Vorgaben zum Antiterrorismusstrafrecht; zum deutschen Antiterrorismusstrafrecht siehe (neben § 129 a f. StGB) die §§ 89 a f., 91 StGB.

22 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (411).

23 *Kreß/von Holtzendorff* GA 2011, 65 (72).

24 Im *Coordinator's Paper* von 2002, in: Barriga/Kreß (Fn. 14), S. 398, fand sich ein weitgehend einheitstäterschaftlicher Lösungsvorschlag, der speziell auf das Verbrechen der Aggression zugeschnitten war; zur Alternative einer „monistischen“ bzw. „differenzierenden“ Lösung *mein* Discussion Paper 1 von 2005, ebda., S. 471 f.

25 Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut gilt also auch für das Verbrechen der Aggression, wobei der neue Art. 25 Abs. 3 *bis* IStGH-Statut gewährleistet, dass er in Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut ausgewiesene absolute Sonderdeliktscharakter gewahrt bleibt.

26 Grundlegend *Jäger* Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989, *passim*.

Beteiligung im Vordringen,²⁷ so wie es *Klaus Marxen* 1998 besonders prägnant auf den Begriff gebracht hatte.²⁸ Bei einem solchen Modell muss sich der einzelne Beteiligte lediglich an dem kollektiven Deliktzusammenhang – an der Gesamttat – beteiligen, aus dem das jeweilige Delikt hervorgegangen ist.²⁹ *Vogel* hat richtig gesehen, dass die Figur des *joint criminal enterprise*, die der JStGH entwickelt hat,³⁰ in diese Richtung weist.³¹ In Art. 25 Abs. 3 IStGH steht demgegenüber das individualistische Modell, das einen Beitrag des Beteiligten zu der zuzurechnenden Einzeltat verlangt, im Vordergrund. Denn der Fall des Beitrags des einzelnen Beteiligten zu einer Gesamttat wird in dieser Bestimmung im Buchstaben d erst *nach* den drei individualistischen Gruppen von Beteiligungsformen in den Buchstaben a bis c angesprochen. In seiner – an dieser Stelle allerdings noch wenig konsolidierten – Rechtsprechung hat der IStGH zu Art. 25 Abs. 3 d) IStGH-Statut kein dezidiert systemisches Beteiligungsmodell entworfen.³² Stattdessen tendiert er dazu, diese Form der Beteiligung als Auffangtatbestand, vor allem gegenüber der allgemeinen Beihilfestrafbbarkeit, zu verstehen. Denn diese Beihilfestrafbbarkeit bindet der IStGH in seinen ersten Judikaten, wie von der unglücklichen Formulierung des Buchstaben c in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut nahegelegt,³³ an ein

27 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (409).

28 *Marxen*, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz, 1998, S. 220, 220 ff.; in der neueren völkerstrafrechtlichen Diskussion hieran anknüpfend vor allem *Vest* Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatterschaft, 2011, S. 393 ff.

29 *Marxen* (Fn. 28), S. 231 f.

30 Die Rechtsprechung des JStGH seit dem wegweisenden *Tadic*-Urteil 1999 soll hier nicht nachgezeichnet werden; siehe stattdessen *Ambos* Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht. Rechtshilfe, 4. Aufl. 2014, S. 183 ff.

31 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (420 ff.).

32 Besonders deutlich wird das in der Feststellung der Verfahrenskammer in IStGH Urteil vom 7.3.2014 – Katanga, ICC-01/04-01/07, Nr. 1619, abweichend von der Judikatur der beiden *ad hoc*-Tribunale zur *joint criminal enterprise* setze die Strafbarkeit nach Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH den Nachweis voraus, dass die betreffende Person *zu der jeweiligen Einzeltat* beigetragen habe. Andererseits hat die Verfahrenskammer die Mittäterschaft nach Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut in IStGH Urteil vom 14.3.2012 – Lubanga, ICC/01/04-01/06, Nr. 994, in die systemische Richtung geöffnet, in dem sie festgestellt hat: „(The) Prosecution does not need to demonstrate that the contribution of the accused, taken alone, caused the crime.“

33 Zu Recht krit. auch *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (428).

Absichtserfordernis.³⁴ Diese Rechtsprechungstendenz bedarf insgesamt noch kritischer Reflexion.³⁵

Eine scharfe Grenze zwischen individualistischem und systemischem Modell lässt sich im Übrigen wohl nur dann ziehen, wenn im Rahmen des individualistischen Modells an der Kausalität des *Einzelbeitrags* zur Tatbestandsverwirklichung als Mindestfordernis der objektiven Zurechnung festgehalten wird.³⁶ Verzichtet man bei Beteiligungsformen wie der Mittäterschaft und Beihilfe auf dieses Erfordernis, so hat man wohl bereits den entscheidenden Schritt hin zur Öffnung für systemische Lösungen getan.³⁷ Wie offen eine vermeintlich individualistische Beihilfestrafbarkeit bei einem Verzicht auf das Kausalitätserfordernis (oder einem großzügigen Verständnis von Kausalität) für eine systemische Lösung ist, hat etwa das Urteil des Landgerichts München II im Fall *Demjanjuk* gezeigt.³⁸ Hier nach leistet ein Wachmann, der gemeinsam mit anderen Wachleuten in

34 Das wird besonders deutlich in IStGH Beschluss vom 16.12.2011 – Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Nr. 274, wo die Vorverfahrenskammer betont, dass Beihilfehandlungen, die ohne *Absicht* im Hinblick auf die Haupttatverwirklichung vorgenommen werden, nur über Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut erfasst werden können.

35 *Heyer* Grund und Grenzen der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerrechts, 2013, S. 495 ff., hat einen gründlichen Versuch unternommen, die unglückliche Wendung „for the purpose of facilitating“ in Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut i.S. eines zurechnungsbegrenzenden *objektiven* Zweckzusammenhangserfordernisses zu deuten. So ließe sich die Unterscheidung zwischen „trennender“ und „verbindender“ Arbeitsteilung (*Jakobs* Theorie der Beteiligung, 2014, S. 28 ff.) in Art. 25 Abs. 3 lit. c und lit. d IStGH-Statut übereinstimmend treffen, was sachgerecht wäre.

36 So geht *Heyer* (Fn. 35), S. 494 f., vor. Dabei versteht sie, S. 397 ff., 407 ff., das Kausalitätserfordernis i.S.d. Lehre von der hinreichenden Mindestbedingung. Da *Heyer*, S. 514 ff., bei der Strafbarkeit nach Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut einen Beitrag „lediglich“ zum Gesamtatprojekt fordert, gelangt sie zu einer begrifflich klaren Unterscheidung zwischen individualistischem und systemischem Beteiligungsmodell innerhalb von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut. Das hochentwickelte strafrechtswissenschaftliche Gespräch über die Kausalität hat das Völkerstrafrecht erst kürzlich erreicht; siehe insbesondere *Stewart* JICJ 10 (2012) 1189.

37 So überrascht es nicht, dass *Denckers* „Gesamtatlehre“, Kausalität und Gesamtat, 1996, S. 120 ff., *von Vest* (Fn. 28) S. 373 ff., im völkerstrafrechtlichen Kontext aufgegriffen worden ist; siehe neuerdings auch *Murmann* JICJ 12 (2014) 283, der (ebda. 293) die praktische Bedeutung einer Mittäterschaftslösung betont, die auf das Erfordernis der Kausalität der Einzeltat verzichtet.

38 Landgericht München II Urteil vom 12.5.2011, 1 Ks 115 Js 12496/08, S. 190–193 des Umdrucks.

einem deutschen Vernichtungslager im Nationalsozialismus – sei es auf der Rampe bei der Ankunft der jüdischen Häftlinge, sei es auf einem der Wachtürme – tätig war, bei entsprechendem Vorsatz allein durch diesen Wachdienst Beihilfe zu den während dieses Wachdienstes begangenen Tötungen.³⁹

Eine dezidiert systemische Wendung ließe sich im Völkerstrafrecht über ein grundsätzliches Umdenken im Besonderen Teil herbeiführen. Hier beschreiben die Tatbestandsfassungen bislang ganz überwiegend das Verhalten der Ausführungstäter, und die Gesamttat bleibt bestenfalls⁴⁰ sogenanntes Kontextelement. Bei der in der Praxis inzwischen bedeutsamsten Völkerstraftat des Verbrechens gegen die Menschlichkeit ist etwa die

39 Hier ist nicht der Ort zu erörtern, ob sich die Kausalität des Wachmanns für die Tötungen nach der Formel von der *conditio sine qua non* oder nach der Lehre von der hinreichenden Mindestbedingung schlüssig begründen lässt. Bemerkenswert ist im Zusammenhang des Texts statt dessen, dass das Gericht es für geboten hielt zu unterstreichen (ebda., S. 192), dass es auf einen „kausalen Ursachenzusammenhang zwischen Förderbeitrag und Vollendung der Haupttat“ nicht ankomme. Zugleich betonte das Gericht in „systemischer Diktion“ die „Förderung des Hauptzwecks der Vernichtungslagers“ durch den Wachdienst (ebda., S. 191) sowie das „Gewicht des Einzelbeitrags für den Gesamtplan“ (ebda., S. 192). Näher zum dem Urteil im Gesamtzusammenhang der einschlägigen deutschen Rechtsprechung *Kurz ZIS* 2013, 122 ff., der die Verbindung etwa zum Urteil des BGH im „9/11“-Fall *El Motassadeq* (BGH NSTZ 2007, 230 (232)) herstellt, in dem der BGH ebenfalls unterstrich, dass die Hilfeleistung i.S.d. § 27 StGB für den Haupttaterfolg *nicht* kausal werden müsse. Für eine Einordnung des Urteils des Langerichts München II im Fall *Demjanjuk* im Gesamtzusammenhang der bundesdeutschen Rechtsprechung zu den Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern *Werle/Burghardt*, in: FS Beulke, 2015, S. 339 ff. Offen „systemisch“ hat zuletzt das Landgericht Lüneburg die Beihilfestrafbarkeit von *Oskar Gröning* begründet, der in der „Häftlingseigentumsverwaltung“ des Vernichtungslagers Auschwitz tätig war. Das Gericht hat die fortlaufende Unterstützung des „insgesamt auf Tötung von Menschen ausgerichtete(n) System(s) des Konzentrationslagers Birkenau („Auschwitz II““ als Beihilfe zu den in diesem Lager begangenen Morden bewertet. Eine entsprechende Unterstützungshandlung hat das Gericht auch darin gesehen, dass *Gröning* das den Mordopfern abgenommene Geld verwaltete und nach Berlin brachte, wo es in die Verfügungsgewalt der Täter (darunter Hitler, Göring und Himmler) gelangte; Landgericht Lüneburg Urteil v. 15.7.2015, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), unter IV. 2. A., S. 36 des Umdrucks.

40 Das Kontextelement des (internationalen oder nicht-internationalen) bewaffneten Konflikts bei den Kriegsverbrechen beschreibt keine Gesamttat und beim Völkermordtatbestand „steckt“ das Gesamttatelement im (recht verstandenen) Erfordernis der (realistischen) Völkermordabsicht; *Kreß*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 8, 2. Aufl. 2013, § 6 VStGB Rn. 13–16, 78.

Tötung eines anderen Menschen, also die Einzeltat, die tatbestandliche Handlung. Die Gesamttat des Angriffs auf eine Zivilbevölkerung ist demgegenüber Kontextelement. Ich frage mich, ob es konstruktiv möglich ist und in der Sache einen Fortschritt brächte, die Gesamttat selbst zur Tatbestandshandlung zu machen. Wollte man die einzelnen Beteiligungsbeiträge bereits tatbestandlich dann entsprechend der systemischen *top-down*-Betrachtungsweise abstufen, könnte man die Steuerung der Gesamttat von der Spitze des Unrechtssystems aus zum Tatbestandserfordernis machen.⁴¹ Völkerstraftaten würden so zu Sonderdelikten für Organisationstäter. Die Formulierung des neuen Tatbestands der Aggression weist in diese Richtung, indem er das Planen, Vorbereiten, Einleiten und Durchführen einer staatlichen Aggression, also einer Gesamttat, durch das jeweilige staatliche Führungspersonal unter Strafe stellt. Etwas versteckter beschreibt die Völkermordvariante des Auferlegens zerstörungsgerechter Lebensbedingungen die Gesamttat als Tathandlung, nur ist hier jeweils die Steuerung der Gesamttat nicht ausdrückliches Tatbestandserfordernis, und ein Hinweis darauf, welchen Beitrag man zu dieser Gesamttat leisten muss, um sie täterschaftlich zu verwirklichen, fehlt.⁴²

Es zeigt sich, dass die von *Vogel* aufgezeigte Alternative zwischen einem individualistischen und systemischen Modell in besonders unwegsames strafrechtsdogmatisches Gelände weist. Gerade im Völkerstrafrecht lohnt hier die weitere gründliche strafrechtsdogmatische Arbeit, versehen mit einem guten Schuss Kreativität.

5. Typen- versus Strafzumessungsmodell

Der verbreiteten Unterscheidung von Einheitstäter- und Differenzierungssystem zog *Vogel* 2002 die Gegenüberstellung von Typen- und Strafzumessungsmodell vor.⁴³ Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut ist äußerlich wie ein Typenmodell formuliert. Denn die drei in den Buchstaben a bis c aufgeführten Beteiligungsformgruppen sind im Kern der deutschen Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe zuzuordnen. Nicht klar ist demgegenüber auf An-

41 Damit würde man allerdings solche Konstellationen außen vor lassen, die von *Lampe* (Fn. 11), S. 147, auf den Begriff „Humanitätsverbrechen als Individualverbrechen mit kriminellem systemischen Hintergrund“ gebracht worden sind.

42 *Müko/Kreß* (Fn. 40), Rn. 53, 102.

43 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (410 f.).

hieb, ob es sich nicht letztlich doch um ein Strafzumessungsmodell handelt, weil den verschiedenen Beteiligungsformen keine nach der Unrechtschwere abgestuften Strafraumen zugeordnet sind.

Im ersten Hauptsacheurteil des IStGH im Fall *Lubanga* hatte sich eine Richtermehrheit dennoch dafür ausgesprochen, Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut i.S. eines *normativ abstufenden* Typenmodells zu verstehen.⁴⁴ *Gerhard Werle* und *Boris Burghardt* haben die Gründe für eine solche Deutung unlängst eindrucksvoll gebündelt und den Ansatz der *Lubanga*-Verfahrenskammer zu einem fünfstufigen normativ abstufenden Typenmodell unter Einschluss der systemischen Beteiligungsform und der Vorgesetztenverantwortlichkeit fortgeführt.⁴⁵ Demgegenüber sprachen sich die Richter der Verfahrenskammer in ihrem Schuldspruch vom März 2014 im Fall *Katanga* (insoweit) übereinstimmend für ein (materielles) Strafzumessungsmodell aus.⁴⁶ Diese Position bestätigten sie in ihrem Strafausspruch und stellten zusätzlich fest, nicht die jeweils im IStGH-Statut abstrakt definierte Beteiligungsform, sondern die Beteiligung im jeweils konkreten Fall sei strafzumessungsrechtlich relevant.⁴⁷ Nachdem diese Frage rasch zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung geworden war,⁴⁸ hat die Rechtsmittelkammer in ihrem Urteil in *Lubanga* den von der Verfahrenskammer in demselben Verfahren eingeschlagenen normativ differenzierenden Kurs

44 IStGH Urteil vom 14.3.2012 – *Lubanga*, ICC/01/04-01/06, Nr. 996–999; a.A. Sondervotum von Richter *Fulford* (ebda.), Nr. 8 f.

45 *Werle/Burghardt*, in: FS Kühl, 2014, S. 851 (855 ff., insbes. 861–863); ebenso *Ambos* (Fn. 9), S. 147.

46 IStGH Urteil vom 7.3.2014 – *Katanga*, ICC-01/04-01/07, Nr. 1386 f.; insoweit zust. Richterin *Van den Wyngaert* Minderheitsvotum (ebda.), Nr. 279; Richterin *Van den Wyngaert* hatte ihre Ablehnung einer normativen Abstufung bereits in IStGH Urteil vom 18.12.2012 – *Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Nr. 22 ff., dargelegt.

47 IStGH Beschluss vom 23.5.2014 – *Katanga*, ICC-01/04-01/07, Nr. 61.

48 Zu der Position von *Werle* und *Burghardt* siehe Fn. 45. *Ohlin/van Sliedregt/Weigend* LJIL 26 (2013) 725 (744), für eine Mittellösung, bei der – wie im deutschen Recht – nicht zwischen Täterschaft und Anstiftung, dafür aber zwischen Täterschaft und Anstiftung auf der einen und Beihilfe auf der anderen Seite abgestuft werden soll (hiergegen *Werle/Burghardt* (Fn. 45), S. 857). *Vest* JICJ 12 (2014) 295 (307 ff.), möchte der Differenzierung der Beteiligungsformen indikative Bedeutung bei der Strafzumessung zumessen. *Sadat/Jolly* LJIL 27 (2014) 755 (785), verwerfen eine normative Abstufung. *Stewart* LJIL 25 (2012) 165 (165 ff.), schließlich wünscht sich *de lege ferenda*, dass das Völkerstrafrecht von jeder normativ abgestuften Differenzierung Abschied nimmt.

insoweit bestätigt, als es um die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme geht.⁴⁹

Die Suche nach dem Kriterium, mittels dessen sachgerecht zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden kann, steht natürlich mit der Frage, ob die Unterscheidung normative Bedeutung hat, in unmittelbarem Zusammenhang.⁵⁰ Im *Lubanga*-Urteil hatte die Mehrheit der Verfahrenskammer diesen Zusammenhang gesehen und ihre Entscheidung für das Tatherrschaftskriterium auch damit begründet, dieses erlaube eine normative Abstufung der einzelnen Beteiligungsformengruppen.⁵¹ Im *Katanga*-Urteil wurde am Kriterium der Tatherrschaft mehrheitlich festgehalten, obgleich die Idee einer normativen Hierarchie der Beteiligungsformen zurückgewiesen wird.⁵² Damit war die argumentative Basis für das Tatherrschaftskriterium geschwächt worden.⁵³ In ihrem *Lubanga*-Urteil hat die Rechtsmittelkammer – gegen Kritik aus dem Schrifttum⁵⁴ – an dem Kriterium der Tatherrschaft festgehalten und dieses – wie gesehen – wieder mit der Idee einer normativen Abstufung zwischen Täterschaft und Teilnahme verbunden.⁵⁵ Damit dürfte die Weiche für die Rechtsprechung des IStGH im Grundsätzlichen bis auf Weiteres gestellt sein.

6. Naturalismus und Normativismus in der Beteiligungslehre

Wo *Vogel* das Kriterium der Tatherrschaft auf seiner Skala von *naturalistisch* zu *normativierend* ausgelegten Beteiligungsmodellen⁵⁶ angesiedelt

49 IStGH Urteil vom 1.12.2014 – Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 5, Nr. 462.

50 *Werle/Burghardt* (Fn. 45), S. 862.

51 IStGH Urteil vom 14.3.2012 – Lubanga, ICC/01/04-01/06, Nr. 999.

52 IStGH Urteil vom 7.3.2014 – Katanga, ICC-01/04-01/07, Nr. 1394.

53 Zutr. Minderheitsvotum von Richter *Van den Wyngaert* – Katanga (Fn. 46), Nr. 281.

54 Für eine Kritik an der Tatherrschaftslehre des IStGH und für ein Plädoyer einer umfassenderen Würdigung des jeweiligen Falls, das ein wenig an die „ganzheitliche Betrachtung“ erinnert, die *Schmidhäuser* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1970, S. 330 ff. befürwortet hatte, *Ohlin/van Sliedregt/Weigend* LJIL 26 (2013) 725 (734); ebenfalls gegen die Tatherrschaftslehre, indessen ohne eine ausformulierte Alternative *Sadat/Jolly* LJIL 27 (2014) 755 (784 f.).

55 IStGH Urteil vom 1.12.2014 – Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 5, Nr. 469.

56 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (406 ff.).

sieht, hat er seinen Lesern 2002 nicht verraten.⁵⁷ Er hat allerdings deutlich gemacht, dass er in *Roxins* Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft⁵⁸ ebenso eine *Normativierung* sieht wie in der von *Roxin* abgelehnten weiten Variante funktioneller Tatherrschaft, wonach auch besonders bedeutsame Beiträge im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft zu begründen vermögen.⁵⁹ In beiden Fällen gehe es darum, dem dominierenden Hintermann im Wege einer wertenden *top-down*-Betrachtungsweise die Hauptverantwortung für die Tat zuzuweisen.⁶⁰ Beide Normativierungen hat der IStGH sogleich vollzogen.⁶¹ Bei der im Völkerstrafrecht praktisch besonders bedeutsamen Organisationsherrschaft lag die Hochstufung zur Täterschaft im Hinblick darauf sehr nahe, dass Art. 25 Abs. 3 Buchstabe a) die Tatbegehung durch einen strafrechtlich voll verantwortlichen Vordermann ausdrücklich erfasst.⁶² Der IStGH ist

57 Gründe dafür, das Tatherrschaftskriterium letztlich als eher naturalistisch einzuordnen, gibt *Jakobs* (Fn. 35), S. 46 f.; zu einer früheren Kritik mangelnder normativer Fundierung *Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 204.

58 *Roxin* GA 1963, 193 (193 ff.).

59 Zur Diskussion dieser beiden Varianten funktioneller Tatherrschaft *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, S. 81 ff. Im Hinblick auf die Mittäterschaft folgt der IStGH bislang dem auch in Deutschland überwiegend befürworteten Erfordernis eines „gemeinsamen Tatplans“, ist aber (wiederum wie zumeist in Deutschland der Fall) sogleich bereit, die Anforderungen an diesen erheblich zu reduzieren (z.B. soll Konkludenz genügen); IStGH Urteil vom 14.3.2012 – Lubanga, ICC/01/04-01/06, Nr. 980 ff., insbes. 988; gegen das Zurechnungserfordernis eines gemeinsamen Tatplans bei der Mittäterschaft (interessanterweise unter Berücksichtigung des Völkerstrafrechts) *Jakobs* (Fn. 35), S. 26 ff., 42 ff.

60 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (407).

61 Zur Organisationsherrschaft siehe IStGH Beschluss vom 30.9.2008 – Katanga u. Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Nr. 496 ff.; zur weiten funktionellen Tatherrschaft bei der Mittäterschaft siehe IStGH Beschluss vom 29.1.2007 – Lubanga, ICC-01/04-01/06, Nr. 348; beide Ausprägungen der Tatherrschaftslehre sind nun von der Rechtsmittelkammer bestätigt worden; siehe IStGH Urteil vom 1.12.2014 – Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 5, Nr. 465, 469 (die Kammer stuft ihr Vorgehen dabei in Nr. 465 und 471 selbst ausdrücklich als „normative“ ein).

62 Die Rezeption von *Roxins* Lehre durch den IStGH ist zustimmend aufgenommen worden von *Manacorda/Meloni* JICJ 9 (2011) 159 (177); *Werle/Burghardt*, in: FS Maiwald, 2010, S. 849 (853 ff.) (bei Kritik an der Begründung); demgegenüber plädiert *Weigend* JICJ 9 (2011) 91 (109) dafür, der „Täterschaft hinter dem Täter“ nach Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH alle (aber auch nur die) Fälle zuzuweisen, in denen der Hintermann den Willen des Vordermanns zu dominieren vermochte (was natürlich auch im Rahmen einer Organisation möglich ist); das weist mehr in die

dann noch einen konsequenten Schritt weiter gegangen, und hat sowohl die mittelbare Mittäterschaft⁶³ als auch die mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft⁶⁴ anerkannt, jeweils unter der Bezeichnung *indirect co-perpetration*.⁶⁵

7. Supervisionsmodell

Es bleibt die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit,⁶⁶ die *Vogel* als Ausprägung eines Supervisionsmodells der Beteiligung begriffen hat.⁶⁷ Er sieht in einem solchen Modell eine prozessrechtlich motivierte Ergänzung der primären Beteiligungsformen.⁶⁸ Es gehe darum, aufsichtspflichtvergessenen Vorgesetzten den Einwand abzuschneiden, sie hätten von den Straftaten ihrer Untergebenen nichts gewusst oder diese nicht verhindern können. *Vogel* hielt eine solche schneidige Ausgestaltung der Beteiligung nach dem Supervisionsmodell im völkerstrafrechtlichen Kontext für geboten. Denn für die systematische Begehung von Völkerstrafaten sei ein Klima der Duldung und Straflosigkeit mitentscheidend.⁶⁹ Die erste Judikatur des IStGH im Fall *Bemba* bleibt hinter *Vogels* kriminalpolitischer Überzeugung zurück, was er in seinem letzten Beitrag zum Völkerstrafrecht auch erkannt hat.⁷⁰ Denn nicht nur für die Variante der Nichtver-

Richtung der sozialen Tatherrschaftslehre *Schlössers* (Soziale Tatherrschaft, 2004, *passim*); vorsichtig in diese Richtung erwägend auch bereits *Kreß* GA 2006, 304 (309).

63 IStGH Beschluss vom 30.9.2008 – Katanga u. Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Nr. 490 ff.; abl. IStGH Urteil vom 18.12.2012 – Ngudjolo Chui, Sondervotum von Richter *Van den Wyngaert*, ICC-01/04-02/12, Nr. 58 ff.; auf der herrschenden Rechtsprechungslinie zuletzt IStGH Beschluss vom 12.6.2014 – Gbagbo, ICC-02/11-01/11, Nr. 230 ff.

64 IStGH Beschluss vom 4.3.2009 – Al Bashir, ICC-02/05-01/09-1, Nr. 212 f.

65 Wie *Werle/Burghardt* (Fn. 62), S. 860 ff., herausarbeiten geht es im ersten Fall um das Zusammenwirken von (mindestens) zwei Organisationstätern, die jeweils über eine Organisation gebieten, während sich (mindestens) zwei Organisationstäter die Organisationsherrschaft im zweiten Fall im Hinblick auf dieselbe Organisation teilen.

66 *Burghardt* Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, *passim*.

67 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (414 f.)

68 *Vogel* (Fn. 4), S. 76 ff.

69 *Vogel* ZStW 114 (2002) 403 (436).

70 *Vogel* (Fn. 4), S. 86 f.

hinderung der Unterebenenstraftat wird ein Risikoerhöhungserfordernis⁷¹ statuiert, sondern es wird sogar erwogen, ob ein solches Erfordernis – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des IStGH-Statuts⁷² – auch für die Variante der Nichtsanktionierung Anwendung finden könnte, und zwar im Hinblick auf Unterebenenataten, die dieser Nichtsanktionierung – und von dieser beflügelt – nachfolgen.⁷³ Sollte sich diese Erwägung zu einer festen Rechtsprechungslinie verdichten, so wäre die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach dem IStGH-Statut deutlich enger als diejenige nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Denn hiernach ist die unterlassene Meldung einer Unterebenenstraftat als solche strafbar.⁷⁴ Es fragt sich, ob für die Vorgesetztenverantwortlichkeit neben der allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit überhaupt ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt, wenn man das Supervisionsmodell so eng konzipiert, wie es im Fall *Bemba* als Möglichkeit aufscheint. Ein solcher Anwendungsbereich besteht jedenfalls im Bereich der Fahrlässigkeitsdelinquenz, weil die Völkerstraftatbestände durchgängig Vorsatz erfordern. Im Übrigen hängt die Antwort davon ab, ob das Völkerstrafrecht eine allgemeine Unterlassungsstrafbarkeit des Vorgesetzten als Überwachungsgaranten⁷⁵ anerkennt. Diese Frage ist schwierig zu beantworten, weil es an einer ausgereiften und in der Rechtsprechung konsolidierten unechten Unterlassungsdogmatik im Völkerstrafrecht immer noch fehlt.⁷⁶

71 *Burghardt*, in: Jessberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, 2013, S. 91 (93), moniert, dass die Kammer das Kausalitätserfordernis in Art. 28 IStGH-Statut in ein Risikoerhöhungserfordernis umgedeutet habe. Doch geht es bei der Frage nach dem hypothetischen Untergegebenverhalten typischerweise wohl um einen nicht-determinierten Bereich, in dem allein das Risikoerhöhungskriterium sachgerecht ist; wie hier *Robinson* MJIL 13 (2012) 1 (44 ff., 54 ff.).

72 Dieser wird deshalb etwa von *Burghardt* (Fn. 71), als missglückt betrachtet.

73 IStGH Beschluss vom 15.6.2009 – *Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Nr. 423 f. Allerdings ist Nr. 424 uneindeutig formuliert. Denn zunächst wird gesagt, dass Kausalitätserfordernis könne für Nichtsanktionierungsvariante aus logischen Gründen (Nachtatverhalten!) nicht gelten. Dann jedoch wird die mögliche Kausalität für zukünftige Unterebenenataten hervorgehoben. Diese Erwägung wird von *Robinson* MJIL 13 (2012) 1 (56), aufgegriffen, der der *Bemba*-Entscheidung zugleich auch ihre Undeutlichkeit zu diesem Punkt vorhält.

74 § 14 VStGB.

75 Näher zur Garantenstellung in: MüKo/*Weigend* (Fn. 40), § 4 VStGB Rn. 10.

76 Für einen vom Herrschaftsgedanken ausgehenden Vorschlag siehe *Berster* Int J Crim L Rev (2010) 619 (619 ff.). *Bersters* Lösungsvorschlag würde zur Rezeption des Tatherrschaftsgedankens durch den IStGH gut passen. Die vor allem von *Ja-*

IV. Schluss

Die vorstehende Skizze der jüngsten Entwicklung der völkerstrafrechtlichen Beteiligungslehre sollte einen kleinen Eindruck von der Art der spannenden Grundlagendiskussionen geben, die im Völkerstrafrecht gegenwärtig geführt werden. An zahlreichen wichtigen Stellen nicht nur der Beteiligungslehre muss um die beste Lösung noch gerungen werden, und dementsprechend ist das Gespräch zwischen internationaler Rechtsprechung und internationaler Strafrechtswissenschaft zu zahlreichen Fragen noch mitten im Fluss, zu denen etwa in der deutschen Diskussion mindestens eine fest etablierte „herrschende Meinung“ besteht. Wie schön wäre es, so sei abschließend in aufrichtiger Bewunderung dieser Lichtgestalt der Wissenschaft ausgerufen, würde *Joachim Vogel* der Völkerstrafrechtsdogmatik bei der Herausbildung einer prinzipiengeleiteten Unterlassungsdogmatik⁷⁷ und noch an so manch' anderer Stelle mit gelegentlichen „Außenansichten des Nichtexperten“ den Weg weisen!

kobs ausgearbeitete Lehre, wonach die Unterlassungsdelikte auf negative bzw. positive Pflichten (Organisationszuständigkeiten bzw. institutionelle Zuständigkeiten) zurückzuführen sind (zuletzt *Jakobs* (Fn. 35), S. 5 ff., 53 ff., 61 ff.), und die heraus resultierenden Konsequenzen für die Verletzung positiver Pflichten, hat den IStGH noch nicht erreicht.

⁷⁷ Ausgehend von *Vogel* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1995, *passim*.