

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

**Zu der Frage, ob die unter dem Oberbegriff des „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) zusammengefassten völkerstrafrechtlichen Beteiligungsformen bereits vor 1975 völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt hatten.**

- 1. Die basic form und die systemic form des JCE (JCE I und II) waren schon vor dem Tatzeitraum von 1975-1979 völkergewohnheitsrechtlich verfestigt.**
- 2. Die extended form des JCE (JCE III) war im Tatzeitraum von 1975-1979 kein Teil des Völkergewohnheitsrechts.**
- 3. Die mens rea eines JCE II erfordert den intent aller Beteiligten hinsichtlich der verwirklichten Verbrechenfolge.**
- 4. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts bilden eine taugliche Rechtsquelle für täterbelastende Normen des Völkerstrafrechts. (Leitsätze des Verf.)**

*ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 20.5.2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 38)*<sup>1</sup>

### Anmerkung:

1. Der vorliegende Beschluss der Pre-Trial Chamber der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha (ECCC) verkörpert die erste Auseinandersetzung mit den völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen des joint criminal enterprise (JCE) durch einen Spruchkörper außerhalb des ICTY und des ICTR.<sup>2</sup> Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich der Internationale Strafgerichtshof (ICC) mit einer Adaption dieser Rechtsfigur bislang zurückhält, und die systemic form (JCE II) und extended form des joint criminal enterprise (JCE III) in der Literatur auf zum Teil harte Kritik gestoßen sind, dürfte die Äußerung der ECCC ein wichtiges Signal für das Schicksal dieser Rechtsfigur im Rahmen der Fortentwicklung des Völkerstrafrechts abgeben.

2. Zunächst sei die Prozessgeschichte kurz skizziert: Im Rahmen des gegen Nuon Chea et al. laufenden Ermittlungsverfahrens stellten im Verlauf des Jahres 2008 mehrere Be-

schuldigte bei den Co-Investigating Judges (OCIJ)<sup>3</sup> der ECCC den Antrag, die Beteiligungsformen des JCE für unanwendbar zu erklären. In einem daraufhin erlassenen Gerichtsbescheid (order)<sup>4</sup> gaben die OCIJ dem Antrag insoweit statt, als das JCE III mit der einschränkenden Maßgabe anzuwenden sei, dass der Beschuldigte vorhersehbare Exzesstaten Mitbeteiligter auch subjektiv „akzeptiert“ haben müsse.<sup>5</sup> Im Übrigen wurde der Antrag zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtete sich der appeal der Beschuldigten Ieng Thirith, Ieng Sary und Khieu Samphan. Ihren Antrag, den Gerichtsbescheid aufzuheben und die ECCC hinsichtlich der Beteiligungsformen des JCE für unzuständig zu erklären, begründeten sie im Kern damit, dass das JCE im relevanten Tatzeitraum von 1975-79 nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen sei. Die für die Entscheidung über das Rechtsmittel zuständige Pre-Trial Chamber gab nach eingehender Prüfung der relevanten Staatenpraxis den Anträgen statt, soweit sie die Nichtanwendbarkeit des JCE III durch die ECCC betrafen. Im Übrigen wies sie die Anträge zurück und bestätigte die gewohnheitsrechtliche Verfestigung des JCE I und II.

3. In ihrer Begründung widmet sich die Kammer zunächst der Klärung der inhaltlichen Voraussetzungen des JCE und legt dabei im Ausgangspunkt die gefestigte Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale zugrunde. Der äußere Tatbestand sei demnach bei allen drei Varianten des JCE identisch und setze sich aus drei Elementen zusammen: (a) einem gemeinsamen Plan zur Begehung von Verbrechen innerhalb der Zuständigkeit der ECCC, (b) einer Personenmehrheit und (c) einem individuellen Beitrag zur Planausführung.<sup>6</sup> Unterschiede bestünden jedoch auf der subjektiven Tatseite. Das JCE I setze insoweit einen gemeinsamen intent zur Verbrechenbegehung voraus. Das JCE II erfordere dagegen die Kenntnis (knowledge) von der Existenz eines Misshandlungsapparates (system of ill-treatment) sowie den intent, diesen durch den eigenen Tatbeitrag zu fördern. Der für ein JCE III kennzeichnende Vorsatz schließlich bestehe in der willentlichen Beteiligung (intention to participate) an der gemeinsamen Planumsetzung und der bewussten und willentlichen Inkaufnahme von Exzesstaten weiterer Beteiligter.<sup>7</sup>

Wenngleich die Entscheidung insoweit nur Bekanntes referiert, so lässt eine zusätzliche Feststellung doch aufhorchen: Ausdrücklich schließt sich die Kammer der Auffassung der

<sup>1</sup> Im Folgenden zitiert als „Beschluss“. Abrufbar unter [http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/605/D97\\_15\\_9\\_EN.pdf](http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/605/D97_15_9_EN.pdf).

<sup>2</sup> Die Trial Chamber I des Special Court for Sierra Leone (SCSL) hat die drei Erscheinungsformen des JCE zwar unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale anerkannt, sich einer autonomen Bewertung ihrer völkergewohnheitsrechtlichen Fundierung jedoch enthalten (SCSL [Trial Chamber], Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T, paras. 251 ff.). Auch die SCSL Appeals Chamber war trotz umfangreicher Befassung mit Einzelfragen des JCE insoweit nicht zu einer Stellungnahme veranlasst, da der Mangel gewohnheitsrechtlicher Verfestigung der Beteiligungsformen des JCE von keinem der Rechtsmittelführer gerügt worden war (SCSL [Appeals Chamber], Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A, paras. 282 ff.).

<sup>3</sup> Die Funktion der OCIJ ist an diejenige des Ermittlungsrichters im französischen Strafprozessrecht angelehnt. Entsprechend der hybriden Struktur der ECCC bestehen die OCIJ aus einem kambodschanischen und einem internationalen Richter. Zu ihren Aufgaben zählen insbesondere die Ermittlungsarbeit und die Entscheidung, über die Anklage eines Beschuldigten.

<sup>4</sup> OCIJ, Order v. 8.12.2009 – 002-19-09-2007-ECCC-OCIJ.

<sup>5</sup> Ebda., S. 10.

<sup>6</sup> Vgl. ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 13.12.2005 – ICTR-01-76-T (Prosecutor v. Simba), para. 387 m.w.N.

<sup>7</sup> Beschluss, para 39: „[...] where the accused could foresee their commission and willingly took that risk.“

ICTY Appeals Chamber in Brđanin an,<sup>8</sup> wonach nicht jeder Tatbeitrag „ausreichend gewichtig“ sei, um eine Beteiligung im Rahmen eines JCE zu begründen.<sup>9</sup> Damit unterstützt sie eine Tendenz innerhalb der Völkerrechtsprechung, die in zweifacher Weise zu begrüßen ist:

Zum einen bietet das Kriterium des „ausreichend gewichtigen Tatbeitrags“ einen Ansatzpunkt für eine mögliche kommende Assimilation des JCE einerseits und der auf dem Tatherrschaftskonzept beruhenden<sup>10</sup> Mittäterschaftsregel des Art. 25 (3) (a) ICC-Statut (committing jointly with another) andererseits, da ein Tatbeteiligter durch die Erbringung eines

<sup>8</sup> Beschluss, para. 38.

<sup>9</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brđanin), para. 427: „[...] a significant enough contribution to the crime“. Vor Brđanin hatten lediglich die ICTY Trial Chambers z.T. vertreten, nur gewichtige Tatbeiträge als ausreichend zur Begründung eines JCE zu werten. So sprach die Verhandlungskammer in Furundžija (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 10. 12.1998 – IT-95-17/1-T, para. 257) von dem Erfordernis eines „integral part“ und in Kvočka et al. (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T, paras. 311 f.) von einer „significant participation“ und „substantial assistance“. Die Stakić-Entscheidung schließlich rekurierte ausdrücklich auf die Tatherrschaftslehre und ging von dem Erfordernis einer „joint-control over the criminal conduct“ im Sinne funktionaler Tatherrschaft aus (ICTY [Trial Chamber], Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T, para. 440). Diese Tendenz traf zunächst auf den Widerstand der ICTY Appeals-Chamber, die in einer Reihe von Entscheidungen bereits einen „in irgend einer Weise auf die Förderung des gemeinsamen Planes gerichteten Tatbeitrag“ für ausreichend erachtete (ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A [Prosecutor v. Krnojelac], para. 33; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A [Prosecutor v. Vasiljević], para. 101; ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 18.7.2005 – IT-03-72-A [Prosecutor v. Babić], para. 38) und die Wichtigkeit des Tatbeitrags von einem materiellen Erfordernis zum bloßen Indiz für den subjektiven intent des Beschuldigten degradierte (ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A [Prosecutor v. Babić], para. 427: „[...] a significant enough contribution to the crime“). Das im Brđanin-Urteil zutage tretende Bekenntnis der ICTY-Appeals Chamber zum Erfordernis eines gewissen Gewichtes des Tatbeitrages lässt sich insofern als spätes – möglicherweise durch die zwischenzeitliche Stellungnahme des ICC motiviertes – Einschwenken auf die frühere Instanzrechtsprechung werten. Die ICC Pre-Trial Chamber I hatte sich in ihrem Lubanga-Beschluss nur drei Monate zuvor für ein auf dem Herrschaftskonzept beruhendes Mittäterschaftsverständnis ausgesprochen (ICC [Pre-Trial Chamber I], Beschl. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 [Prosecutor v. Lubanga], para. 335).

<sup>10</sup> So jedenfalls die bisherige Rechtsprechung des ICC (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 29.2.2007 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga), para. 341.

gewichtigen Beitrags zumeist auch die Mitherrschaft über das tatbestandliche Geschehen erlangen wird.<sup>11</sup>

Zum anderen wird durch dergestalt gesteigerte Anforderungen an den Tatbeitrag ein Wertungsdefizit behoben, mit dem die Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale zuvor belastet war. Während die ICTY Appeals Chamber in ihrer früheren Rechtsprechung nämlich zur Begründung eines JCE einen „in irgendeiner Weise auf die Förderung des gemeinsamen Tatplans gerichteten“ Tatbeitrag genügen ließ,<sup>12</sup> verlangt sie für eine strafbare Beihilfe (aiding and abetting) seit jeher einen Tatbeitrag „von erheblichem Gewicht“ (substantial effect) für die Begehung der Haupttat.<sup>13</sup> Die Beihilfe setzte somit in objektiver Hinsicht weitaus höhere Anforderungen an die Strafbarkeit als das JCE. Dies mag im Rahmen eines Einheitstätermodells hinnehmbar sein. Spätestens seit ihrem (hier sog.) Ojdanić-Beschluss aus dem Jahre 2003 jedoch bekennt sich die ICTY Appeals Chamber durchgehend zu einem zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidenden Differenzierungsmodell.<sup>14</sup> In ihrem Vasiljević-Urteil von 2004 stellte sie überdies fest, dass die Beteiligung an einem JCE als Täterschaftsform einzuordnen sei und als solche einen schwereren Grad der Verantwortlichkeit begründe als die Beihilfe.<sup>15</sup> Diese Wertung wurde vormals durch die höheren Anforderungen an den Tatbeitrag des Gehilfen geradezu „auf den Kopf gestellt“<sup>16</sup> und hat erst durch das Brđanin-Urteil eine überfällige Korrektur erfahren, die von dem vorliegenden Beschluss zutreffend unterstützt wird.

4. Eine Kernaussage der Entscheidung liegt in der Feststellung, dass das JCE I bereits im Zeitraum von 1975-1979 auf einer verbreiteten, beständigen und übereinstimmenden

<sup>11</sup> Demgegenüber hält *Ambos* (Criminal Law Forum 2009, 353 [364]) für möglich, dass bereits gegenwärtig eine Identität zwischen einer auf der Lehre funktionaler Tatherrschaft beruhenden Figur der co-perpetration und dem JCE I bestehe. Dies stützt er zum einen auf die verbale Gleichsetzung des JCE I mit dem „co-perpetratorship“ durch die Tadić-Verhandlungskammer des ICTY. Zum anderen nimmt er Bezug auf die ursprüngliche (durch das Brđanin-Berufungsurteil unsicher gewordene) Vorgabe der ad-hoc-Tribunale, wonach der Tatbeitrag des am JCE I Beteiligten „in irgendeiner Weise auf die Förderung des gemeinsamen Tatplans gerichtet“ sein müsse. Zutreffenderweise wird man von einem mitherrschaftsbegründenden Tatbeitrag jedoch erst dann ausgehen können, wenn die jeweilige Person bei der Tatausführung eine Funktion ausübt, von der das Gelingen des Planes selbst abhängen kann (so *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 211).

<sup>12</sup> Oben Fn. 9.

<sup>13</sup> *Cassese*, Criminal Law Forum (2009), 289 (300) m.w.N.

<sup>14</sup> ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), paras. 20, 31; *Olasolo*, Criminal Law Forum (2009), 263 (274 f.) m.w.N.

<sup>15</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 102.

<sup>16</sup> So treffend *Ambos*, Criminal Law Forum 2009, 353 (365).

Staatenpraxis gefußt habe<sup>17</sup> und somit völkergewohnheitsrechtlich verfestigt gewesen sei.<sup>18</sup> Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Literatur<sup>19</sup> und dürfte im Ergebnis auch zutreffen. Gleichwohl weist sie einige Feststellungen auf, die zu kritischer Auseinandersetzung Anlass geben. Zweckmäßigerweise sollen dabei die Ausführungen der Kammer zu den objektiven und subjektiven Elementen des JCE I getrennt voneinander gewürdigt werden.

a) Hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen des JCE I zieht die Kammer als relevante Staatenpraxis zunächst Art. 6 des Statuts für der Internationalen Militärgerichtshof (IMT) vom 8. August 1945<sup>20</sup> und Nr. 10 II (2) (d) des Alliierten Kontrollratsgesetzes vom 20. Dezember 1945 heran,<sup>21</sup> die im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess und einer Reihe von Nachfolgeverfahren als Rechtsgrundlage dienen. Beide Vorschriften belegen die Auffassung der beteiligten Staaten, dass ein Beteiligter strafbar sein solle, wenn er willentlich an der Ausführung eines auf die Begehung von Völkerrechtsverbrechen gerichteten gemeinsamen Planes oder Unternehmens teilnimmt.<sup>22</sup> Gleichwohl müssen gegen die vorbehaltlose Einbeziehung zumindest des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 II (2) (d) Bedenken angemeldet werden. Nach dieser Vorschrift sollte jeder als Täter anzusehen sein, der mit verbrecherischen Plänen oder Unternehmungen in einer nicht näher bezeichneten Weise „in Verbindung gestanden“ habe („was connected with plans or enterprises involving [the crime’s] commission“). Wie die angrenzenden, in KG Nr. 10 II (2) (c), (e) und (f) geregelten Beteiligungsformen dürfte auch diese Vorschrift als Ausfluss jenes uferlosen Zurechnungskonzeptes anzusehen sein, das der in Diensten des US-Armee-generalstabs stehende Rechtsanwalt *Murray C. Bernays* im September 1944 im Rahmen der amerikanischen Planung einer juristischen Bewältigung der Kriegsverbrecherfrage vorgelegt hatte. Dieser Ansatz identifizierte die NS-Ideologie und -Politik als treibende Kraft hinter der individuellen Tat und leitete daraus die Kollektivverantwortung aller ab, die Anteil am verbrecherischen Staat gehabt hatten. Nur dadurch

sei den Massenverbrechen strafrechtlich beizukommen.<sup>23</sup> Der ursprüngliche Vorschlag ging dahin, verbrecherische NS-Organisationen mit der Folge verurteilen zu lassen, dass jedes ihrer Mitglieder ohne weitere Überprüfung individueller Verantwortlichkeit vom kollektiven Schuldspruch erfasst sein sollte.<sup>24</sup> Wenngleich das *Bernays*’sche Kollektivschuldmodell nicht in Reinform Einzug in das KG Nr. 10 hielt, so findet es gleichwohl Widerhall in Gestalt der unbestimmten Beteiligungs- und Zurechnungsformen dieser Vorschrift. Mit seiner fundamentalen Feststellung, dass „die strafrechtliche Schuld eine persönliche ist“<sup>25</sup>, entzog ihm jedoch bereits das Nürnberger Tribunal die konzeptionelle Grundlage, und es wurde in keiner der nachfolgenden völkerstrafrechtlichen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe wiederaufgenommen. Auch die ICTY Appeals Chamber sah im Ojdanić-Beschluss Anlass zur Klarstellung, dass das JCE nicht mit einer Strafbarkeit aufgrund Mitgliedschaft in einem kriminellen Unternehmen verwechselt werden dürfe, wie sie vom KG Nr. 10 angenommen worden sei.<sup>26</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte

<sup>23</sup> *Bernays*-Memorandum – zit. *Smith*, *The American Road to Nuremberg – The Documentary Record 1944-1945*, 1982, Dok. Nr. 16, S. 33 ff.: „Undoubtedly, the Nazis have been counting on the magnitude and ingenuity of their offenses, the number of offenders, the law’s complexities, and the delay and war weariness as major defenses against effective prosecution. [...] Trial on individual basis, and by old modes and procedures, will go far to realize the Nazi hopes in this respect. [...] Behind each Axis war criminal [...] lies the basic criminal instigation of the Nazi doctrine and policy. It is the guilty nature of this instigation that must be established, for only thus will the conviction and punishment of the individuals concerned achieve their true moral and juristic significance.“

<sup>24</sup> *Bernays* in: *Smith* (Fn. 23), S. 36. „[...] The judgement should adjudicate: [...] That every member of the Government and organizations on trial is guilty of the same offense. Such adjudication of guilt would require no proof that the individuals affected participated in any overt act other than membership in the conspiracy. [...]“. Auf diese Weise sollten langwierige Verfahren mit schwieriger Beweisführung und das „Durchreichen der Verantwortung“ aufgrund Befehlsnotstands vermieden sowie eine einheitliche strafrechtliche Verantwortlichkeit für jede Hierarchiestufe geschaffen werden. Näher *Berster*, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, 2008, S. 1-5 m.w.N.

<sup>25</sup> Internationaler Militärgerichtshof, *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, 1947, Bd. XXII, S. 568: „Zu den wichtigsten dieser Prinzipien gehört, dass strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und dass Massenbestrafungen zu vermeiden sind.“ Ebenda: „[...] Andererseits sollte der Gerichtshof die Erklärung einer Organisation als verbrecherisch soweit wie möglich in einer Weise treffen, die Gewähr dafür bietet, dass unschuldige Personen nicht bestraft werden.“

<sup>26</sup> ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 25.

<sup>17</sup> In ihrer Definition der Voraussetzungen von Völkergewohnheitsrecht scheint die Kammer Staatenpraxis und *opinio juris* gleichzusetzen – Beschluss, para. 53: „[W]hen determining the state of customary international law [...] a court shall assess existence of „common, consistent and concordant“ state practice, or *opinio iuris*, meaning that what States do and say represents the law.“

<sup>18</sup> Beschluss, para. 69.

<sup>19</sup> *Barthe*, *Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 2009, S. 74; *Ambo*, *Criminal Law Forum* (2009), 335 (382); *Cassese*, *Criminal Law Forum* (2009), 289 (330).

<sup>20</sup> „Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.“

<sup>21</sup> Beschluss, para. 57.

<sup>22</sup> Beschluss, para. 58.

das KG 10 II (2) (d) nur schwerlich als Frühform des JCE I zu werten sein.

Darüber hinaus erscheint es auch es als *methodisch* verfehlt, die Beteiligungsfigur des JCE I in die beliebige Weite des KG Nr. 10 II (2) (d) hineinzulesen, da sich andernfalls die Bestimmungen des KG Nr. 10 gerade im Bereich der Beteiligungslehre allzu leicht als Zauberhut für die Feststellung gewohnheitsrechtsrelevanter Staatenpraxis missbrauchen ließen. Auch den von Michelangelo später zur Pietá veredelten amorphen Marmorblock würde man kaum als Beleg für die stilistische Beständigkeit des Meisters anerkennen. Dass auch die Kammer solche Bedenken zumindest streifte, gibt sie in ihrem Zitat des Rwamakuba-Beschlusses zu erkennen.<sup>27</sup> Hier hatte das ICTR mit Blick auf die Nachkriegsrechtsprechung festgestellt, dass die Nürnberger Nachkriegsgerichte sich aufgrund der weit formulierten Rechtsgrundlagen kaum mit den konkreten Voraussetzungen individueller Verantwortlichkeit auseinandergesetzt hätten, und die drei Typen des JCE somit in dieser Rechtsprechung nicht immer exakte Vorbilder fänden.<sup>28</sup>

Eine Reihe weiterer, alles andere als randständiger Rechtsgrundlagen von Nachkriegsprozessen ließ die Kammer bei der Bewertung relevanter Staatenpraxis merkwürdigerweise unberücksichtigt. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier nur die folgenden drei genannt: Zunächst das Statut des Internationalen Militärgerichts für den Fernen Osten (IMTFE), das in Art. 5 eine wortgleiche Regelung wie Art. 6 IMT-Statut enthält. Im Gegensatz zu diesem handelt es sich beim IMTFE-Statut zwar nicht um ein völkerrechtliches Übereinkommen, sondern einen einseitigen Militärerlass des US-amerikanischen Oberbefehlshabers *Douglas MacArthur*.<sup>29</sup> Dennoch dürfte diese Regelung aufgrund der internationalen Besetzung des Spruchkörpers nicht lediglich als Staatenpraxis der USA, sondern als relevante Praxis aller beteiligten Staaten zu werten sein, da sich die letzteren durch die Entsendung eigener Richter den Statutsinhalt offenkundig zu eigen gemacht haben.<sup>30</sup>

Unerwähnt lässt die Vorverhandlungskammer auch die den Nachkriegsgerichten verschiedener Staaten dienenden

*nationalen* Rechtsgrundlagen. Zu nennen gewesen wäre hier insbesondere der sog. Royal Warrant vom 14. Juni 1945, der die primäre Entscheidungsgrundlage der britischen Militärgerichte darstellte. Zwar enthält dieser weder dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 vergleichbare Tatbestandsbeschreibungen noch materielle Regeln zur Frage der strafrechtlichen Beteiligung. Bemerkenswert ist allerdings die besondere Beweisregel des § 8 (ii), die die materielle Regel einer wechselseitigen Zurechnung im Falle einer „concerted action of a unit or group“ zwar nicht selbst enthält, jedoch unzweideutig voraussetzt.<sup>31</sup>

Eine ähnliche Regelung trifft schließlich auch Part II Sec. 6 (1) (k) (iii) des Australischen War Crimes Act (1945), demzufolge jeder „Teilhaber“ an der Verbrechenbegehung („party to the commission of an offence“) als Täter anzusehen sei.<sup>32</sup>

Neben kodifiziertem Recht nimmt die Kammer auch eine Reihe von auf den genannten Rechtsgrundlagen beruhenden Entscheidungen der Nachkriegsrechtsprechung in ihre Bewertung auf. Dabei zieht sie bemerkenswerterweise die das JCE I und das JCE II betreffenden Präzedenzfälle zu einer einheitlichen Bewertung zusammen und nutzt mithin auch die JCE II-Rechtsprechung zur Feststellung der gewohnheitsrechtlichen Verfestigung des JCE I. Dieser Vorgehensweise ist mit Vorsicht zu begegnen. Ihre Legitimität beruht entscheidend auf der von der ICTY Appeals Chamber bereits in Tadić genannten und seither vielfältig bekräftigten Prämisse, beim JCE II handele es sich letztlich nur um eine *Variante* des JCE I.<sup>33</sup> Hinter diese Sichtweise muss jedoch ein deutliches Fragezeichen gesetzt werden. Sie mutet dem Merkmal des common plan zu, so unterschiedliche Phänomene wie einen – möglicherweise spontan gefassten – Verbrechenplan zweier Täter einerseits, und den jahrelangen Betrieb eines Unrechtssystems wie etwa eines Konzentrationslagers (z.T. sogar eines Unrechtsstaates als Ganzen<sup>34</sup>) andererseits zu umfassen, deren vielfältige ontische und normative Unterschiede mit Händen zu greifen sind: So ist das JCE I zumeist auf zeitlich, örtlich und personell konkretisierte Verbrechen-

<sup>27</sup> Beschluss, para. 66.

<sup>28</sup> ICTR (Appeals Chamber), Beschl. v. 22.10.2004 – ICTR-98-44-AR72.4 (Prosecutor v. Rwamakuba), para. 24: „[T]he post-World War II materials do not always fit neatly into the so-called ‘three categories’ of joint criminal enterprise discussed in Tadić, in part because the tribunals’ judgements did not always dwell on the legal concepts of criminal responsibility, but simply concluded that, based on the evidence, the accused were ‘connected with’, ‘concerned in’, ‘inculcated in’ or ‘implicated in’ war crimes and crimes against humanity.“

<sup>29</sup> Vgl. zur Entstehung des IMTFE-Statuts *Osten*, Der Tokyoter Kriegsverbrecherprozess und die japanische Rechtswissenschaft, 2003, S. 69 ff.

<sup>30</sup> Der Spruchkörper bestand aus elf Richtern folgender Staaten: Australien, Kanada, China, Vereinigtes Königreich, Frankreich, Indien, Niederlande, Neuseeland, Philippinen, USA, UdSSR.

<sup>31</sup> Royal Warrant § 8 (ii): „Where there is evidence that a war crime has been the result of concerted action upon the part of a unit or group of men, then evidence given upon any charge relating to that crime against any member of such unit or group may be received as prima facie evidence of the responsibility of each member of that unit or group for that crime.“

<sup>32</sup> „An act is a serious crime [...] being: (k) an offence of: (iii) being, by act or omission, in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the commission of an offence [...]“

<sup>33</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203: „This category of cases [...] is really a variant of the first category, considered above.“

<sup>34</sup> Vgl. z.B. den sog. „Juristenprozess“ – United States of America v. Josef Altstoetter et al. (Justice-Case), Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 3, 1951, S. 1123. Hier wurde der Angeklagte Lautz wegen der Beteiligung an einem nationalen Plan rassistischer Diskriminierung für schuldig befunden.



erfolge gerichtet, das JCE II jedoch auf die massenhafte Wiederholung im Einzelnen unbestimmter, abstrakt ähnlicher Erfolge im Rahmen des Systembetriebs. Der individuelle Tatbeitrag auf den konkreten Unrechtserfolg schlägt sich beim JCE I in der Regel in erkennbarer Form nieder, während er im Rahmen eines JCE II zumeist einen nur hochverdünnten Einfluss auf den verbrecherischen Einzelerfolg hat. Beim JCE I sind die schädlichen Kräfte der Beteiligten tendenziell begrenzt, wohingegen jedenfalls einem in hoher Position an einem JCE II Beteiligten die im Unrechtssystem „gespeicherte Macht“<sup>35</sup> zu Gebote steht. Strukturell ist überdies zu berücksichtigen, dass beim JCE II das „System“ gleichsam als Tatmittler zwischen den individuellen Tatbeitrag und den Erfolg geschoben wird. Bei hoher organisatorischer Verselbständigung des Systems liegt es daher nicht fern, vom JCE II eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft zu ziehen,<sup>36</sup> wohingegen sich beim JCE I kein Element mittelbarer Täterschaft finden lässt. Auch der psychologische Zugang des individuellen Täters zum gemeinsamen enterprise und den Unrechtserfolgen dürfte höchst unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob die Beteiligten sich außerhalb systemischer Strukturen zur Verbrechensbegehung verbinden, oder ob der Täter durch Berufung, Abordnung oder Abkommandierung als fungibles Rädchen im Gesamtgetriebe scheinbar regelhafte, von höherer Stelle sanktionierte Tatbeiträge erbringt. Schließlich kann auch nicht ignoriert werden, dass die herrschende Rechtsprechung des ICTY an die verschiedenen Erscheinungsformen des gemeinsamen Tatplanes unterschiedliche mens-rea-Anforderungen anknüpft. Wenngleich sich die ECCC Pre-Trial Chamber dem im Ergebnis nicht angeschlossen hat (dazu sogleich), so indiziert auch dies, dass von einer qualitativen Identität von JCE I und JCE II nicht leichthin ausgegangen werden kann. Angesichts all dessen bewegt sich die von der Kammer praktizierte Zusammenschau von JCE I- und JCE II-relevanter Staatenpraxis auf sehr unsicherem Terrain.

Aber auch ohne die Berücksichtigung der auf das JCE II bezogenen Präzedenzfälle findet das JCE I in der Nachkriegsrechtsprechung verschiedener Staaten eine recht breite Basis. Zutreffend bezieht sich die Kammer auf die britischen Verfahren Georg Otto Sandrock et al.,<sup>37</sup> Jepsen et al.<sup>38</sup> und Schonfeld et al.,<sup>39</sup> das kanadische Verfahren Hoelzer et al.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Vgl. Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 20: „[D]ie in der Staatsorganisation gespeicherte Macht.“

<sup>36</sup> Vgl. Berster (Fn. 24), S. 55-71.

<sup>37</sup> Sog. „Almelo-Fall“ – British Military Court, Almelo, Holland, UNWCC Reports Bd. 1, S. 35 ff.

<sup>38</sup> Zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 197.

<sup>39</sup> British Military Court, Essen, UNWCC Reports Bd. 11, S. 68.

<sup>40</sup> Zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 197.

und die U.S.-Prozesse gegen Josef Altstoetter et al.<sup>41</sup> und Ulrich Greifelt et al.,<sup>42</sup> in denen auf unterschiedliche Weise die Strafbarkeit der Beteiligung an einem gemeinsamen Plan zur Verbrechensbegehung festgestellt wurde. Gleiches gilt für die – von der Kammer nur in Fußnoten<sup>43</sup> einbezogene – Rechtsprechung italienischer und deutscher Nachkriegsgerichte, welche auf entsprechende Fallgestaltungen die in ihren nationalen Rechtssystemen vorgesehenen Vorschriften der Mittäterschaft zur Anwendung brachten. Weniger Aussagekraft dürfte hingegen dem von der Kammer gleichwohl verwerteten sog. „Einsatzgruppen“-Urteil zukommen, das sich weitgehend auf die Zitierung der bedenklichen Regelungen des KG 10 II (2) beschränkte, ohne diese konkretisierend fortzubilden.<sup>44</sup> Überdies trifft das Urteil keine greifbare Aussage zur Schlüsselvoraussetzung des JCE – dem gemeinsamen Tatplan. Dieses Manko teilt es mit dem von der Kammer ebenfalls angeführten<sup>45</sup> sog. „Ponzano“-Urteil, dessen Aussagegehalt sich auf die Feststellung beschränkt, dass auch eine indirekte Begehungsweise strafbegründend wirken kann.<sup>46</sup>

Unterstützend zieht die Pre-Trial Chamber schließlich noch den Draft Code der Völkerrechtskommission (ILC) aus dem Jahre 1954<sup>47</sup> mit der Begründung heran, dass dieser eine prinzipielle individuelle Verantwortlichkeit für die Beteiligung an einer gemeinschaftlichen Verbrechensbegehung aufgrund gemeinsamen Tatplanes vorgesehen habe.<sup>48</sup> Hier

<sup>41</sup> „Juristenprozess“ – United States of America v. Josef Altstoetter et al., Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 3, 1951, S. 1 ff.

<sup>42</sup> „RuSHA-Prozess“ – United States of America v. Ulrich Greifelt et al., Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 4, 1951, S. 599 ff.

<sup>43</sup> Beschluss, para. 63 Fn. 180 f.

<sup>44</sup> United States of America v. Otto Ohlendorf et al., Trials of War Criminals (Fn. 42), S. 456. Am ehesten noch ließe sich die Rechtsauffassung des Anklägervertreters Taylor (von der Pre-Trial Chamber [Beschluss, para. 62 Fn. 179] irrtümlich als eine Äußerung des Gerichts bezeichnet) heranziehen, wonach die Beteiligungsregeln des KG 10 keine neuen Prinzipien verkörperten und jedes Mitglied der Einsatzgruppen, das einen Unterstützungsbeitrag zu den Massentötungen jener Einheiten geleistet habe, selbst dieser Verbrechen schuldig sei (S. 372: „Any member who assisted in enabling these units to function, knowing what was afoot, is guilty of the crimes committed by the unit.“).

<sup>45</sup> Beschluss, para. 62.

<sup>46</sup> Trial of Feurstein and others (Ponzano), Proceedings of a War crimes Trial held at Hamburg, Germany, Judgement of 24.8.1948, zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić) para. 199.

<sup>47</sup> Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (1954) – Text und Kommentierung: U.N.-Doc. A/CN.4/85.

<sup>48</sup> Beschluss, para. 61: „The ILC’s first draft of the Code in 1956 (sic) specifically included „the principle of individual

irrt die Kammer. Art. 2 (13) des Drafts beschränkte sich auf die Handlungsformen Verschwörung (conspiracy), Anstiftung (incitement), Beihilfe (complicity) und Versuch (attempt). Ein mittäterschaftlicher Beteiligungsmodus war weder vorgesehen noch wurde er in den Vorarbeiten des ILC-Berichterstatters Spiropoulos oder den Eingaben einzelner Mitgliedstaaten gefordert oder diskutiert.<sup>49</sup>

Obwohl sich nach alledem die Beurteilung der Quellenlage durch die Kammer einiger Kritik aussetzt, dürfte die bis zum Jahr 1975 zu verzeichnende Staatenpraxis bereits einen tragfähigen Boden für die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung des JCE I abgegeben haben. Entscheidende Bedeutung dürfte dabei der von der Kammer unberücksichtigten Unterstützung des IMTFE-Statuts durch die elf richterstellenden Staaten zukommen, da sich andernfalls die erforderliche Verbreitung der relevanten Völkerrechtspraxis wohl kaum würde bejahen lassen können.

b) Wenngleich die von der Kammer untersuchte Staatenpraxis die *objektiven* Voraussetzungen eines JCE I zumindest umrisshaft hervortreten lässt, so ist eine auch nur im Entferntesten konsistente Staatenpraxis bezüglich der mens rea nicht erkennbar. Die Rechtsgrundlagen der Nachkriegsgerichte schweigen, und die Judikatur enthält – sofern überhaupt Ausführungen gemacht wurden bzw. überliefert sind – eine bunte Palette subjektiver Merkmale, die zwischen zielgerichtetem Erstreben und schlichter Kenntnis oszillieren.<sup>50</sup> Vor dem Hintergrund dieses Befundes scheint die Kammer (wie bereits zuvor die ad-hoc-Tribunale<sup>51</sup>) in der Weise reagiert zu haben, sich nicht auf die vagen Vorgaben der Präzedenzfälle

---

criminal responsibility for formulating a plan or participating in a common plan or conspiracy to commit a crime.“

<sup>49</sup> Vgl. UN-Doc. A/CN.4/85 (Third Report Relating to a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind), S. 118 f.; UN-Doc. A/51/10 (Report of the ILC's 48th session), S. 21 a.E.

<sup>50</sup> Vgl. die Feststellung des Judge Advocate in Georg Otto Sandrock et al. (Almelo), UNWCC Reports Bd. 1, S. 40: „There was no dispute that all three knew what they were doing and had gone there for the very purpose of having this officer killed.“ Ähnlich der Judge Advocate in Hoelzer et al. (zit. ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A [Prosecutor v. Tadić]), para. 197): „All three knew that the purpose of taking him to particular area was to kill him.“ Der Prosecutor führte in Feurstein and others (Ponzano), zit. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para.199. Folgendes aus: „(A) man is responsible for his acts and is taken to intend the natural and normal consequences of his acts [...]“. In The United States of America v. Greifelt et al. (RuSHA), Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 5, 1950, S. 106) stellte das Gericht fest: „These examiners were working directly at different intervals under the control and supervision of Hofmann and Hildebrandt respectively, who had knowledge of their activities.“

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler: ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A (Prosecutor v. Krnojelac), para. 84.

zu stützen, sondern „im Zweifel“ einen schärferen Maßstab anzusetzen und den intent jedes Beteiligten zur gemeinsamen Planverwirklichung zu fordern.<sup>52</sup>

Grundsätzlich dürfte an diesem Weg nichts auszusetzen sein. Die Staatenpraxis hat auf verschiedene Weise ihren Willen zur Bestrafung unmissverständlich deutlich gemacht und lediglich die Grenzen der Strafbarkeit ungenau gekennzeichnet. Es erscheint daher als sachgerecht, die Strafbarkeitsschwelle dort zu verorten, wo nach der bestehenden Staatenpraxis der *sicher* strafbare Bereich beginnt. Ob der Kammer diese Grenzziehung geglückt ist, mag jedoch vor dem Hintergrund des zwei Dekaden nach dem relevanten Tatgeschehen beschlossenen ICC-Statuts in Zweifel gezogen werden. Die Fallkonstellationen des JCE haben hier in Gestalt der Mittäterschaftsnorm des Art. 25 (3) (a) Var. 2 ICC-Statut und der Teilnahmevorschrift des Art. 25 (3) (d) ICC-Statut eine differenzierte Regelung erfahren. Dabei werden jedenfalls im Bereich mittäterschaftlicher Begehung schärfere Anforderungen an die mens rea gestellt, als sie die Kammer für das JCE I zugrunde legt. Während die Kammer nämlich insoweit nur intent verlangt, setzt Art. 30 ICC-Statut für die mittäterschaftliche Begehung zusätzlich knowledge voraus, und qualifiziert den intent zudem dahingehend, dass hinsichtlich der Tathandlung Absicht (meaning to engage in the conduct) und hinsichtlich des Erfolges Absicht oder direkter Vorsatz vorliegen muss (that person means to cause that consequence or is aware that it will occur). Läge die Kammer richtig, so hätte also in den siebziger Jahren ein durch Staatenpraxis getragener Konsens über eine niedrigere Haftungsschwelle des JCE I vorgelegen, der mit Einführung des ICC-Statuts wieder entfallen wäre – ein kaum vorstellbares Szenario. In Ermangelung einer klaren Staatenpraxis dürfte es daher angemessen erscheinen, die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des JCE I zumindest in Fällen, die nach Lesart des ICC-Statuts als mittäterschaftliche Beteiligung zu qualifizieren wären, an den strengen mens-rea-Anforderungen des Art. 30 ICC-Statuts zu orientieren.

5. Mit Blick auf das JCE II liegt die Bedeutung des Beschlusses zunächst darin, dass er die gewohnheitsrechtliche Verfestigung auch dieser Beteiligungsform bejaht.<sup>53</sup> Obwohl die Kammer insoweit die ständige Rechtsprechung der ad-hoc-Tribunale und die herrschende Literaturmeinung<sup>54</sup> auf ihrer Seite hat, stellen sich jedoch auch in diesem Zusammenhang Fragen, die einer befriedigenden Antwort harren. So ist festzustellen, dass die im Jahre 1975 vorhandene, speziell auf die systemische Form des JCE bezogene Völkerrechtspraxis viel zu dünn war, um eine eigene gewohnheitsrechtliche Regel zu begründen. Relevante Staatenpraxis in diesem Bereich bildeten allein die von US-Militärgerichten geführten Verfahren gegen Martin Gottfried Weiss et al.,<sup>55</sup> Alfons Klein and six Others,<sup>56</sup> Friedrich Becker and Others<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> Beschluss, para. 39, 58, 62 a.A.

<sup>53</sup> Beschluss, para. 69.

<sup>54</sup> Barthe (Fn. 19), S. 74, Ambos, Criminal Law Forum 2009, 353 (387); Cassese, Criminal Law Forum 2009, 289 (330).

<sup>55</sup> Sog. „Dachau-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 11, S. 5-17.

<sup>56</sup> Sog. „Hadamer-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 1, S. 46-54.

und Hans Altfuldisch et al.,<sup>58</sup> sowie die britischen Prozesse gegen Josef Kramer and 44 Others<sup>59</sup> und Heinrich Gericke and seven Others.<sup>60</sup> Da demnach nur zwei Staaten Präzedenzfälle geschaffen hatten, steht schon das offenkundige Fehlen international verbreiteter Praxis der Bildung einer speziell das JCE II erfassenden Regel entgegen. In Ermangelung eines eigenen Rechtsgrundes dürfte das JCE II demnach nur dann zur Strafbegründung herangezogen werden, wenn es im Wege zulässiger Auslegung aus dem gewohnheitsrechtlich verfestigten JCE I entwickelt werden könnte – sprich: wenn es nur einen Spezialfall des JCE I darstellte und dessen Rechtsgrund somit teilte. Angesichts der bereits skizzierten Unterschiede beider Zurechnungsformen erscheint dieser Weg jedoch nicht unbedenklich.

Die zweite bedeutende Feststellung betrifft die an die mens rea zu stellenden Anforderungen. Hier scheint die Kammer zunächst auf die herrschende Linie der ICTY Appeals Chamber zuzusteuern und benennt die „personal knowledge of the system of ill-treatment and the intent to further it“ als subjektive Mindestvoraussetzungen des JCE II.<sup>61</sup> An späterer Stelle erweitert es jedoch diese Feststellungen und fordert unter Bezugnahme auf die abweichende Begründung Richter *Hunts* im Ojdanić-Beschluss zusätzlich, dass auch die bei Betrieb des Unrechtssystems hervorgebrachten Einzelverbrechen vom gemeinsamen intent aller am JCE II Beteiligten erfasst sein müssen: “Judge Hunt rightly noted [...] that: [...] The role of the accused in the second category is enforcing the plan by assisting the person who physically executes the crime charged. Both of them must intend that the crime charged is to take place. To accept anything less as sufficient would deny the existence of a “common purpose”.”<sup>62</sup>

Die Bedeutung dieser Feststellung erschließt sich im Lichte der bisherigen ad-hoc-Tribunalsrechtsprechung. Diese vertritt überwiegend den Standpunkt, dass an die mens rea bezüglich des konkreten Verbrechenserfolges im Rahmen eines institutionalisierten Unrechtssystems im Sinne des JCE II geringere Anforderungen zu stellen sind als beim JCE I.

<sup>57</sup> Sog. „Flossenbürg-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 15, S. 95 Fn. 1.

<sup>58</sup> Sog. „Mauthausen-Prozess“ – UNWCC Reports Bd. 11, S. 15; <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/dachautrial/50.pdf>.

<sup>59</sup> Sog. „Belsen-Prozess“ – UNWCC Reports Bd. 2, S. 1-156.

<sup>60</sup> Sog. „Velpke Children’s Home-Prozess“ – UNWCC Reports, Bd. 7, S. 76-81.

<sup>61</sup> Beschluss, para. 39 m.w.N.

<sup>62</sup> Beschluss, para. 71 (unter Verweis auf: ICTY [Appeals Chamber], Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 [Prosecutor v. Milutinović et al.]), Separate Opinion of Judge David Hunt, para. 8). Ihre Auffassung deutet die Kammer bereits in para. 62 an: „In support of the basic and systemic form of JCE (JCE I & II), the Appeals Chamber in Tadić reviewed eight cases [...] which demonstrated that both modes of responsibility require that the accused intended the commission of the crimes forming part of the common plan.“

Der genaue Umfang dieser Erleichterungen und ihre dogmatische Einordnung sind jedoch recht schillernd.

Ein Teil der relevanten Äußerungen der ad-hoc-Tribunale lässt sich am ehesten dahingehend deuten, dass auf ein Vorsatzerfordernis bezüglich der konkreten Unrechtserfolge eines unterstützten Systems völlig verzichtet wird.<sup>63</sup> Dazu ist anzumerken, dass allein vom schuldstrafrechtlichen Standpunkt aus betrachtet ein Vorsatzkriterium bezüglich der Einzelerfolge in der Tat entbehrlich erscheint. Denn wer in Kenntnis des verbrecherischen Charakters eines Systems tätig Mithilfe leistet, verwirklicht zumindest fahrlässig ein Erfolgsrisiko, so dass dem Schuldgrundsatz Genüge geleistet wäre. Eine solche Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination widerspräche allerdings der in der Judikatur der ad-hoc-Tribunale immer wieder aufgestellten<sup>64</sup> und von der ECCC Pre-Trial Chamber übernommenen<sup>65</sup> Prämisse, dass das JCE II nur eine Spielart des JCE I darstellen solle. Die Annahme immanenter Fahrlässigkeit hinsichtlich der Einzeltaten dürfte demnach keinen gangbaren Weg zur Erklärung des JCE II darstellen.<sup>66</sup>

Zumindest andeutungsweise findet sich andernorts die Vorstellung, ein intent hinsichtlich der im Systembetrieb erfolgten Völkerrechtsverbrechen sei notwendig mitenthalten in der Kenntnis vom Unrechtssystem und dem Willen, es zu fördern.<sup>67</sup> Begreift man den intent jedoch entsprechend einer im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreiteten Sichtweise,<sup>68</sup> als zielgerichtete Zweckverfolgung, so geht die genannte Auffassung fehl. Denn auch derjenige, welcher etwa aus überbordender Karrieresucht zielgerichtet ein Unrechtssystem fördert, kann die notwendig mitbegünstigten Unrechtserfolge missbilligen oder sogar hoffen, dass er für möglichst wenige mitursächlich wird. Legt man andererseits die von Art. 30 (2) (b) ICC-Statut genannte Definition des intent zugrunde, die bereits (sicheres) Wissen um die resultierende

<sup>63</sup> Z.B.: ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A (Prosecutor v. Krnojelac), para. 96: „[T]he Trial Chamber should have examined whether or not Krnojelac knew of the system and agreed to it, without it being necessary to establish that he had entered into an agreement with the guard and soldiers – the principle perpetrators of the crimes committed under the system – to commit those crimes.“

<sup>64</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203; *Cassese*, Criminal Law Forum 2009, 289 (296).

<sup>65</sup> Beschluss, para. 37.

<sup>66</sup> Ähnlich *Haan*, Joint Criminal Enterprise, 2008, S. 285 f.; *Barthe* (Fn. 19), S. 213.

<sup>67</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al.), para. 116: „The Prosecution submits that once an accused wilfully joins and significantly contributes to a system of ill-treatment, the relevant ‘agreement’ is either subsumed in, or replaced by, the acceptance of the system as a whole.“ *Cassese*, Criminal Law Forum 2009, 289 (297).

<sup>68</sup> *Finnis*, in: Frey/Morris (Hrsg.), Liability and Responsibility, 1991, S. 32; *Williams*, Cambridge Law Journal 46 (1987), 417 (421).

Einzelat ausreichen lässt, so hängt sein „notwendiges“ Vorliegen entscheidend davon ab, welchen Konkretisierungsgrad die Tätervorstellung erreicht haben muss, um als „Wissen“ zu gelten. Lässt man insoweit abstraktes Wissen um drohende Unrechtserfolge genügen, so dürfte ein diesbezüglicher intent tatsächlich eine notwendige Begleiterscheinung der Kenntnis des Unrechtssystems und des Förderungsvorsatzes darstellen. Verlangt man hingegen (was im Interesse einer Wertungsgleichheit von JCE I und II näher liegt), dass der Täter die Unrechtserfolge des Systems bei Leistung seines Beitrages zumindest umrisshaft individualisiert vor Augen haben muss, so bleiben vielfältige Fallgestaltungen denkbar, in denen die vorsätzliche Mitarbeit an einem Unrechtssystem nicht notwendig mit einem (hinreichenden) Wissen einhergehen muss. Die These von einem notwendigen immanenten Erfolgsvorsatz ist also je nach Verständnis des intent-Merkmals entweder unzutreffend oder zumindest mit einem Unsicherheitschaffenden Auslegungsproblem belastet.

Wieder andere Urteilspassagen der ad-hoc-Tribunale legen die Auffassung nahe, dass der intent hinsichtlich aller im regulären Systembetrieb geschehener Einzelerfolge vermutet werden könne, wenn der Förderungsbeitrag des Täters ein erhebliches Gewicht habe, oder der Täter in der Systemhierarchie eine wichtige Position einnehme.<sup>69</sup> Sollte mit dem zumindest missverständlichen Wortlaut dieser Entscheidungen tatsächlich eine Vermutung in malam partem und nicht etwa nur eine gewichtige Indiztatsache bezeichnet worden sein, so stünde dies freilich (selbst unter Zugrundelegung der Beweislastverteilung im adversatorischen Prozessrechtsmodell) in flagrantem Widerspruch zur Unschuldsvermutung und wäre schon deshalb abzulehnen.<sup>70</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Ungereimtheiten regte sich gegen alle genannten Ansätze in der Literatur,<sup>71</sup> zum Teil jedoch auch bereits innerhalb der Spruchkörper des ICTY Widerstand. So stellte die Verhandlungskammer in Vasiljević klar, dass auch beim JCE II bewiesen werden müsse, dass der Beteiligte den gemeinsamen Vorsatz der Haupttäter zur

Verbrechensbegehung teile.<sup>72</sup> Gleiches gilt für das erstinstanzliche Urteil in Krnojelac<sup>73</sup> und die eben angeführte abweichende Auffassung des Richters Hunt im Ojdanić-Beschluss.

Indem sich nunmehr auch die ECCC Pre-Trial Chamber dieser Sichtweise angeschlossen hat, ebnet es einen entscheidenden Unterschied zwischen JCE I und II ein. Vom o.g. Standpunkt der herrschenden Rechtsprechung aus betrachtet, wonach die objektiven Voraussetzungen aller Formen des JCE identisch seien, würde das JCE II sogar von einer eigenständigen Zurechnungs- bzw. Beteiligungsfigur zu einem Unterfall des JCE I degradiert. Damit hätte die ECCC Pre-Trial Chamber eingelöst, was die herrschende Linie innerhalb der ICTY-Rechtsprechung nur behauptete, nämlich dass das JCE II nur eine Variante des JCE I darstelle.

6. Eine weitere Kernaussage der Entscheidung liegt in der Feststellung, dass das JCE III im Zeitraum 1975-1979 einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage entbehrt habe.<sup>74</sup> Zutreffend stellt die Kammer insoweit fest, dass in den von der ICTY-Rechtsprechung herangezogenen Fällen Erich Heyer and six Others<sup>75</sup> und Jan Akkermann and Others<sup>76</sup> keine Urteilsbegründung überliefert sei, so dass eine mögliche Anwendung des JCE III hier nicht hinreichend sicher angenommen werden könne.<sup>77</sup> Richtig geht sie ferner davon aus, dass die von der ICTY Appeals Chamber einbezogene italienische Nachkriegsrechtsprechung keine völkerrechtlich relevante Staatenpraxis darstelle, da es insoweit an dem erforderlichen Völkerrechtsbezug gefehlt habe.<sup>78</sup> Ergänzend mag angefügt werden, dass selbst im Falle der Einschlägigkeit der genannten Staatenpraxis diese jedenfalls zu vereinzelt gewesen wä-

<sup>69</sup> ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Kvočka et al.), para. 278: „[I]ntent may be inferred from the circumstances, for example, from the accused’s authority in the camp or the hierarchical system.“ Ebenda, para. 284: „[T]he shared intent of an accused participating in a criminal enterprise may be inferred from knowledge of the criminal enterprise and continued participation, if the participation is significant in position or effect.“ ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), para. 203: „It is important to note that, in these cases, the requisite intent could also be inferred from the position of authority held by the camp personnel.“ Für das Verständnis dieser Stellen als Vermutung auch Haan (Fn. 66), S. 282 ff. mit dem weitergehenden Hinweis, dass sich die Vermutungswirkung auch auf deliktsspezifische subjektive Merkmale bzw. spezielle Schuldmerkmale erstrecke, wie z.B. das Handeln aus diskriminierenden Beweggründen.

<sup>70</sup> Haan (Fn. 66), S. 285 ff., 288, Barthe (Fn. 19), S. 215.

<sup>71</sup> Barthe (Fn. 19), S. 212 f.; Haan (Fn. 66), S. 285 ff.

<sup>72</sup> ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević), para. 64: „The first and second categories are basic forms of a joint criminal enterprise. Both require proof that the accused shared the intent of the principal offenders of the crime“; ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72, Separate Opinion of Judge David Hunt, paras. 7 f.

<sup>73</sup> ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 15.3.2002 – IT-97-25-T (Prosecutor v. Krnojelac), para. 78: „The Trial Chamber is in any event satisfied that both the first and the second categories discussed by the Tadić Appeals Chamber require proof that the accused shared the intent of the crime committed by the joint criminal enterprise.“

<sup>74</sup> Beschluss, para. 77. Ebenso Barthe (Fn. 19), S. 75; Ambos, Criminal Law Forum 2009, 353 (387). A.A. Cassese, Criminal Law Forum 2009, 289 (330).

<sup>75</sup> Sog. „Essen-Lynching-Fall“ – UNWCC Reports, Bd. 1, S. 88 ff.

<sup>76</sup> Sog. „Borkum-Insel-Fall“ – zit. Levie, Terrorism in War – The Law of War Crimes, 1993, S. 315; eingehend Koessler, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 47 (1956), 183.

<sup>77</sup> Beschluss, para. 79; ebenso Barthe (Fn. 19), S. 69, 71.

<sup>78</sup> Beschluss, para. 82: „These cases, in which domestic courts applied domestic law, do not amount to international case law [...]“ Ebenso Barthe (Fn. 19), S. 73.



re, um als Grundlage für Völkergewohnheitsrecht ernsthaft in Betracht zu kommen.

7. Schließlich verwirft die Kammer auch die Einführung des JCE III als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts. Dabei lehnt sie eine nähere Überprüfung der Frage, ob das JCE III in einer repräsentativen Anzahl nationaler Rechtsordnungen beheimatet ist, mit dem Hinweis ab, dass eine Mitbestrafung für vorhersehbare Exzesstaten anderer Tatbeteiligter in den Jahren 1975-79 den Beschuldigten jedenfalls nicht vorhersehbar gewesen sei.<sup>79</sup> Unausgesprochen nimmt sie damit eine Korrektur jenes Prüfprogrammes vor, das die ICTY-Appeals Chamber für die Anwendung täterbelastender Regeln entwickelt hat. Danach könne eine Norm nur dann gegen den Beschuldigten zur Anwendung gebracht werden, wenn sie (a) ausdrücklich oder implizit im Statut des befassten Gerichts vorgesehen sei, (b) bei Begehung der Tat völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt habe, (c) dem Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung hinreichend zugänglich gewesen sei, und (d) der Täter bei Begehung der Tat in der Lage war, seine Bestrafung für den Fall seiner Ergreifung vorherzusehen.<sup>80</sup> Das Erfordernis *gewohnheitsrechtlicher* Fundierung impliziert jedoch den Ausschluss allgemeiner Rechtsgrundsätze als mögliche Quelle völkerstrafrechtlicher Regeln und setzt sich insoweit in Widerspruch zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre und deren Bestätigung durch Art. 21 (1) (c) ICC-Statut. Umso begrüßenswerter erscheint es, dass die Kammer ihre prinzipielle Anerkennung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als völkerstrafrechtliche Rechtsquelle – wenngleich nur implizit – zum Ausdruck gebracht hat.

8. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Pre-Trial Chamber der ECCC durch die Anhebung der Anforderungen an den objektiven Tatbeitrag beim JCE I und II, die Verschärfung des Vorsatzerfordernisses beim JCE II und die versagte Anerkennung des JCE III einen unmissverständlichen Impuls zur Revision des JCE und seiner Erscheinungsformen geliefert hat. Zugleich hat es das JCE I und II der Mittäterschaftsregel des Art. 25 (3) (a) ICC-Statut angenähert und somit einen Beitrag zu einer etwaigen künftigen Assimilierung beider Beteiligungsformen geleistet. In jedem Fall hat der Beschluss das ungebrochene Bedürfnis zum Aufbau einer konsistenten völkerstrafrechtlichen Beteiligungslehre offengelegt. Der künftigen Rechtsprechung der ECCC zu diesem Problemfeld kann mit Spannung entgegengesehen werden.

*Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Christian Berster, Köln*

---

<sup>79</sup> Beschluss, para. 87.

<sup>80</sup> ICTY (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović et al.), para. 21; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 17.1.2005 – IT-02-60-T (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), para. 695, Fn. 2145; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 31. 7. 2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić), para. 431.