

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht (§ 4 VStGB)*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Boris Burghardt**, Berlin**

In einem Beschluss vom 17.6.2010 hat sich der Bundesgerichtshof erstmals ausführlicher mit den Regelungen des Völkerstrafgesetzbuchs befasst. Die Entscheidung betrifft das Ermittlungsverfahren, das die Generalbundesanwältin gegen Ignace Murwanashyaka (M.) führt, den Präsidenten der in den Provinzen Nord- und Süd-Kivu der heutigen Demokratischen Republik Kongo operierenden Miliz „Forces Démocratiques de Libération du Rwanda“ (FDLR).²

Der BGH ordnet die Fortdauer der Untersuchungshaft des am 17.11.2009 festgenommenen Beschuldigten gem. §§ 121, 122 StPO an. Es bestehe der dringende Tatverdacht, dass M. in seiner Funktion als Präsident der FDLR gem. § 4 VStGB verantwortlich sei für die von der Miliz verübten Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 VStGB, Kriegsverbrechen gegen Personen gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 VStGB sowie Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte gem. § 9 Abs. 1 VStGB. Zudem sei der Beschuldigte nach dem gegenwärtigen Stand der Ermittlungen mit hoher Wahrscheinlichkeit wegen Rädelführerschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gem. §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4, 129b Abs. 1 StGB strafbar.³

Besondere Aufmerksamkeit widmet die Entscheidung der Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter gem. § 4 VStGB. Der Beschluss enthält grundsätzliche Ausführungen zum Telos der Regelung sowie zu

deren Anwendungsvoraussetzungen.⁴ Die Überlegungen des BGH bieten Anlass, diese dogmatisch besonders interessante Vorschrift näher zu beleuchten. Zunächst soll auf ihre Entstehungsgeschichte und damit auf die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit (superior oder command responsibility) eingegangen werden (dazu I.). Im zweiten Schritt wird § 4 VStGB im deutschen Beteiligungssystem verortet (dazu II.). Schließlich ist auf die Ausführungen des BGH zu den Voraussetzungen von § 4 VStGB einzugehen (dazu III.).

Die Analyse lässt sich in drei Thesen zusammenfassen:

1. Die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit widerspricht nicht dem Schuldprinzip und könnte daher in das VStGB übernommen werden.

2. Die Stellung von § 4 VStGB im System von Täterschaft und Teilnahme gebietet eine restriktive Auslegung.

3. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 4 VStGB ergibt sich insbesondere aus dem Erfordernis der hypothetischen Vermeidungskausalität. Zu diesem Punkt bedarf es auch in dem vom BGH entschiedenen Fall näherer Feststellungen.

The German Federal Supreme Court has passed its first decision applying the rules of the German Code of Crimes under International Law (VStGB). One of the key issues addressed by the Court is superior responsibility. Under this doctrine, well established under international law and regulated with great detail in Article 28 of the ICC Statute, a superior is responsible for the crimes committed by his subordinates if he intentionally or negligently fails to prevent or to punish these crimes. Unlike the ICC Statute, the German VStGB provides three distinct provisions to cover the constellations which under the ICC Statute are all encompassed by Article 28. The structural difference of the VStGB derives from the concern that Article 28 of the ICC Statute runs against the principle of culpability. The contribution addresses this concern, concluding that it is unjustified since it is based on a misunderstanding of the function and role of superior responsibility within the international criminal law regime of modes of participation. The contribution furthermore analyzes the legal regime adopted by the German VStGB, in particular its Article 4. It is submitted that a convincing construction of Article 4 of the VStGB must also be premised on the provision's role in the legal regime on the attribution of criminal responsibility.

* Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10 (Ermittlungsrichter).

** Dr. Boris Burghardt ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte, Humboldt-Universität zu Berlin. Prof. Dr. Gerhard Werle und Dr. Beatrice Brunhöber danke ich für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10. Die Entscheidung ist abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=78f9b494a01ca16d7d63e1ba11f35e7&nr=52675&pos=7&anz=29> (15.11.2010).

² Zu den Hintergründen des Konflikts siehe z.B. Johnson, Kongo, Kriege Korruption und die Kunst des Überlebens, 2. Aufl. 2009, zur FDLR a.a.O., 159 ff. Zu der Vorgeschichte des Verfahrens vgl.

<http://www.taz.de/1/politik/afrika/artikel/1/die-befehle-kommen-aus-deutschland/> (15.11.2010). Am 12.10.2010 wurde in Ausführung eines internationalen Haftbefehls des IStGH in Paris der Exekutivsekretär der FDLR, Callixte Mbarushimana, verhaftet. Der Haftbefehl ist abrufbar unter http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations_and_cases/situations/situation_icc_0104/related_cases/icc01040110/court_records/chambers/pre_trial_chamber_i/2?lan=en-GB (15.11.2010).

³ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 4 ff.

⁴ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 35-47.

I. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht

§ 4 VStGB dient, ebenso wie §§ 13, 14 VStGB, der Umsetzung der völkerstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit (*superior* oder *command responsibility*) in das deutsche Strafrecht.⁵ Im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit in Art. 28 geregelt. Art. 28 IStGH-Statut (Responsibility of commanders and other superiors) lautet:

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

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

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

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

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

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

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

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

Der deutsche Gesetzgeber hielt eine Übernahme der Regelung in das deutsche Strafrecht aus verfassungsrechtlichen Gründen für ausgeschlossen. Die Regelung sei mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Sie begründe eine täterschaftliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für das vom Untergebenen begangene Verbrechen in Konstellationen ganz unterschiedlichen Unrechtsgehalts. Die Bandbreite des von Art. 28 IStGH-Statut erfassten Verhaltens reiche von der vorsätzlichen Förderung von Verbrechen der Untergebenen über die bloß fahrlässige Missachtung der Gefahr solcher Verbrechen bis zur vorsätzlichen oder lediglich fahrlässigen Verletzung von Meldepflichten nach Tatbegehung.⁶

⁵ Vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 18 f., 36.

⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 19 f., 36. Zu dieser Bewertung der Rechtsfigur gelangen auch Ambos, Internationales Strafrecht,

Statt eines einheitlichen Zurechnungstatbestands hat der deutsche Gesetzgeber daher drei getrennte Vorschriften geschaffen, welche die Fallkonstellationen des Art. 28 IStGH-Statut erfassen: § 4 VStGB sieht für das vorsätzliche Geschehenlassen der Tatbegehung durch einen Untergebenen Strafbarkeit „wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat“ vor, während § 13 VStGB Fälle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Aufsichtspflicht und § 14 VStGB die vorsätzliche Nichtanzeige einer durch den Untergebenen begangenen Straftat in Sondertatbeständen kriminalisiert.

§ 4 VStGB verdankt seine Existenz einem Missverständnis. Die Grundannahme des deutschen Gesetzgebers über die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit erweist sich als nicht zutreffend. Art. 28 IStGH-Statut begründet keine täterschaftliche strafrechtliche Verantwortung des Vorgesetzten. Es ist daher auch nicht erkennbar, warum die Regelung gegen das Schuldprinzip verstoßen sollte. Zwei Grundgedanken sind dafür entscheidend:

Nach dem inzwischen erreichten Entwicklungsstand verfügt das Völkerstrafrecht über ein differenziertes Beteiligungsmodell (dazu 1.).

Im Rahmen dieses Beteiligungsmodells bezeichnet die Vorgesetztenverantwortlichkeit die schwächste Form der Verantwortlichkeit für ein Völkerrechtsverbrechen (dazu 2.).

1. Die Entwicklung eines differenzierten Beteiligungssystems im Völkerstrafrecht

In seinem Hauptwerk „Anarchy, State and Utopia“, einer libertären Antwort auf Rawls’ „Theory of Justice“, stellt der amerikanische Philosoph Robert Nozick einige Überlegungen zur Überprüfung gängiger Straftheorien an. Dabei arbeitet er mit der Formel „ $R = r \cdot H$ “. Nozick erläutert, R bezeichne die verdiente Strafe (*the retribution deserved*); H stehe für das Gewicht des bewirkten Unrechts (*a measure of the seriousness of the harm of the act*), und r indiziere durch einen Faktor, der zwischen 0 und 1 liegen könne, das Maß der Verantwortlichkeit des Angeklagten für H (*the person’s degree for H*).⁷

Nozicks Formel ist hilfreich, um zu verstehen, was der Kern der Annahme ist, die Vorgesetztenverantwortlichkeit begründe täterschaftliche Verantwortlichkeit für das vom Untergebenen begangene Verbrechen. Die Aussage, jemand sei täterschaftlich für eine Straftat verantwortlich, erweist sich nämlich als voraussetzungsreich. Sie meint jedenfalls mehr, als dass eine bestimmte Person überhaupt für eine Straftat strafrechtlich verantwortlich ist.⁸ Sie kann eine Fest-

2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 61; Safferling, JZ 2010, 965 (966); Vest, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, 299; Weigend, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 4 VStGB Rn. 6, 13; Weigend, ZStW 116 (2004), 999 ff. (1025).

⁷ Nozick, Anarchy, State, and Utopia, 1974, S. 60. Den Hinweis auf Nozicks Formel verdanke ich George P. Fletcher.

⁸ Instruktiv zu den verschiedenen Bedeutungsebenen des Begriffes „Täterschaft“ Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstäter-

stellung sein, die sich auf tatsächlicher Ebene bewegt, mit der also das zurechnungsbegründende Verhalten phänomenologisch näher umschrieben wird. Zumeist kommen der Aussage aber normative Implikationen zu. Durch sie wird das Maß der individuellen Verantwortlichkeit für das zugerechnete Unrechtsgeschehen quantifiziert. Gemeint ist, dass die Unrechtsverwirklichung der Person in vollem Umfang zugeordnet wird. In diesem normativen Sinn ist offensichtlich auch die Aussage zu verstehen, die Vorgesetztenverantwortlichkeit begründe täterschaftliche Verantwortlichkeit für das vom Untergebenen begangene Verbrechen.

Eine solche Aussage ist freilich nur sinnvoll, wenn sie sich auf ein Straftatsystem bezieht, das verschiedene Beteiligungsformen unterscheidet und diese Unterscheidung nicht ausschließlich phänomenologisch verwendet, sondern ihr Bedeutung bei der Bemessung der individuellen Verantwortlichkeit zuschreibt. Die deutsche Strafrechtsdogmatik greift in diesem Zusammenhang traditionell auf die Begriffsdichotomie von Einheitstäterschaft und differenzierendem Beteiligungsmodell zurück.⁹ In Anlehnung an *Nozicks* Formel lässt sich formulieren: Es muss sich um ein Strafrechtssystem handeln, das den Beteiligungsformen Bedeutung bei der Bemessung von *r* zumisst. Den unterschiedlichen Beteiligungsformen wird also nicht durchgängig der Faktor 1 zugeordnet. Der Faktor einer bestimmten Beteiligungsform für die Bemessung der individuellen Verantwortlichkeit bewegt sich vielmehr entsprechend ihrem Unrechtsgehalt zwischen 0 und 1. Die Aussage, die Vorgesetztenverantwortlichkeit begründe täterschaftliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für das vom Untergebenen begangene Verbrechen in Konstellationen ganz unterschiedlichen Unrechtsgehalts, lässt sich demnach wie folgt fassen: Die Vorgesetztenverantwortlichkeit ordnet dem Verhalten des Vorgesetzten bei der Bemessung von *r* in allen erfassten Konstellationen den Faktor 1 zu, obgleich der Unrechtsgehalt in einigen Fällen eine Veranschlagung mit einem Faktor <1 gebiete.

Unklar ist allerdings schon, ob das Völkerstrafrecht über ein solcherart differenzierendes Beteiligungssystem verfügt. Der Gesetzgeber scheint davon ohne weitere Überprüfung ausgegangen zu sein. Die Literatur vertritt vielfach die gegenteilige Auffassung.¹⁰ Eine nähere Untersuchung des Rechts der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe und des Regelungssystems des IStGH zeigt allerdings, dass die Prämisse des Gesetzgebers nach heute erreichtem Entwicklungsstand zutreffend ist.

systemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, 2002, S. 11 ff.

⁹ Vgl. z.B. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 645 f.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor § 25 Rn. 4. Ausführlich zu den unterschiedlichen Beteiligungssystemen und den Tendenzen zur Vermischung zuletzt *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009.

¹⁰ Vgl. z.B. *Kreß*, Humanitäres Völkerrecht, Informationsschriften 1999, 4 (9); *Hamdorf* (Fn. 8), S. 396; *Mantovani*, IJIC 1 (2003), 26 (35); *Rotsch*, ZIS 2006, 51 (52).

a) Die Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe

Aus der Rechtsprechung der Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) und für Ruanda (RStGH) ergibt sich, dass die Unterscheidung zwischen verschiedenen Beteiligungsformen inzwischen erhebliche Bedeutung für die Quantifizierung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gewonnen hat.¹¹ Deutlich wird dies insbesondere in der Strafzumessung¹² sowie in den Überlegungen zu den Konkurrenzen (*cumulative convictions*)¹³. Zwar ist das normative Stufenverhältnis zwischen den Beteiligungsformen noch nicht in allen Einzelheiten bestimmt. Erkennen lässt sich aber, dass der Begehung (*commission*) und der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen (*participation in a joint criminal enterprise*) bei der Bestimmung von *r* der Maximalfaktor 1 zugeordnet wird, der Unterstützung (*aiding and abetting*) dagegen ein Faktor, der kleiner als 1 ist.

b) IStGH-Statut

Für das IStGH-Statut lässt die bislang ergangene Rechtsprechung ebenfalls die Tendenz erkennen, den verschiedenen Beteiligungsformen bei der wertenden Bestimmung der Verantwortlichkeit Bedeutung zuzumessen.¹⁴ Dafür sprechen auch systematische Erwägungen sowie übergreifende Überlegungen zur Funktion der Beteiligungsformen im Straftatsystem des Völkerstrafrechts allgemein und des IStGH-Statuts im Besonderen.¹⁵ Die in Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut aufgeführten Beteiligungsformen sind demnach als ein differenzierendes, vierstufiges Beteiligungssystem zu lesen und bei der Strafzumessung entsprechend zu berücksichtigen. Auf der obersten Stufe findet sich die täterschaftliche Bege-

¹¹ Siehe dazu ausführlich *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, S. 360 ff.; *Burghardt*, in: *Burchard/Triffterer/Vogel*, The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, 81 (88-91).

¹² Vgl. z.B. JStGH, Ur. v. 25.2.2004 (Vasiljević, Appeals Chamber), para. 192; JStGH, Ur. v. 19.4.2004 (Krstić, Appeals Chamber), paras. 268, 275; JStGH, Ur. v. 28.11.2006 (Simić, Appeals Chamber), para. 265; JStGH, Ur. v. 30.6.2006 (Orić, Trial Chamber), para. 280; RStGH, Ur. v. 16.1.2007 (Ndindabahizi, Appeals Chamber), para. 122.

¹³ Vgl. z.B. RStGH, Ur. v. 20.5.2005 (Semanza, Appeals Chamber), para. 355 ff., 364; RStGH, Ur. v. 19.9.2005 (Kamuhanda, Appeals Chamber), para. 77; JStGH, Ur. v. 30.6.2006 (Orić, Trial Chamber), para. 281.

¹⁴ Vgl. IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), paras. 322 ff.; IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), paras. 480 ff.; IStGH, Beschl. v. 4.3.2009 (Al Bashir, Pre-Trial Chamber I), para. 210; IStGH, Beschl. v. 15.6.2009 (Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III), para. 348.

¹⁵ Siehe dazu im Einzelnen *Werle/Burghardt*, in: *Bloy u.a.* (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 849 (850-853); *Werle*, Principles of International Criminal Law, 2. Aufl. 2009, Rn. 446-449.

hung in ihren drei Formen, der Begehung als Einzeltäter (*commission as an individual*, Art. 25 Abs. 3 lit. a Alt. 1 IStGH-Statut), der gemeinschaftlichen Begehung (*commission jointly with another*, Art. 25 Abs. 3 lit. a Alt. 2 IStGH-Statut) und der Begehung durch einen anderen (*commission through another*, Art. 25 Abs. 3 lit. a Alt. 3 IStGH-Statut). Auf der zweiten Stufe ist die Veranlassung in ihren verschiedenen Ausprägungen, nämlich der Anordnung (*ordering*, Art. 25 Abs. 3 lit. b Alt. 1 IStGH-Statut), der Aufforderung (*soliciting*, Art. 25 Abs. 3 lit. b Alt. 2 IStGH-Statut) und der Anstiftung (*instigating*, Art. 25 Abs. 3 lit. b Alt. 3 IStGH-Statut), angesiedelt. Auf der dritten Stufe hat die Unterstützung (*assistance*, Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut) ihren Platz und schließlich auf der vierten Stufe der Beitrag zu einem Gruppenverbrechen (*contribution to a group crime*, Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut). Als schwerster Form der Unrechtsbeteiligung wird der täterschaftlichen Begehung in diesem Modell bei der Bestimmung von *r* der Faktor 1 zugeordnet. Den Beteiligungsformen jeder weiteren Stufe kommt ein Faktor <1 zu, der im Vergleich zur vorangegangenen Stufe jeweils sinkt.

2. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Beteiligungssystem des Völkerstrafrechts

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit ergänzt das mehrstufige Beteiligungssystem des Völkerstrafrechts um eine weitere Form. Im Vergleich zu den übrigen Formen der strafbaren Beteiligung bezeichnet die Vorgesetztenverantwortlichkeit ein geringeres Maß von Verantwortlichkeit für das zugerechnete Völkerrechtsverbrechen. Der für sie angesetzte Faktor bei der Bemessung von *r* liegt unter demjenigen aller anderen Formen der strafbaren Beteiligung.

a) Die Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe

Für das Recht der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe ergibt sich dies erneut aus der bislang ergangenen Rechtsprechung.¹⁶ Spätestens seit der Entscheidung der Berufungskammer im Verfahren gegen Blaškić behandeln die *ad hoc*-Strafgerichtshöfe die Vorgesetztenverantwortlichkeit als eine gegenüber allen anderen Formen der strafbaren Beteiligung subsidiäre Form strafrechtlicher Verantwortlichkeit.¹⁷ Bei der Strafzumessung

führt die Tatsache, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit allein mittels Vorgesetztenverantwortlichkeit begründet werden kann, zu erheblich mildernden Strafen. So wurden Hadzihasanović, Kubura und Orić, die drei Angeklagten, deren strafrechtliche Verantwortlichkeit zuletzt ausschließlich mittels Vorgesetztenverantwortlichkeit begründet wurde, vom JStGH zu Freiheitsstrafen zwischen zwei und fünf Jahren verurteilt.¹⁸ Das sind die geringsten Strafen, welche die *ad hoc*-Strafgerichtshöfe jemals ausgesprochen haben, obgleich die zugerechneten Verbrechen zum Teil sogar Tötungen von Gefangenen als Kriegsverbrechen betrafen.

b) IStGH-Statut

Für das Regelungssystem des IStGH gilt nichts anderes. Dafür sprechen im Wesentlichen zwei Überlegungen:

aa) Zunächst ist es hilfreich, sich die spezifische Funktionalität der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Beteiligungssystem des IStGH-Statuts zu verdeutlichen. Hier lautet die erkenntnisleitende Fragestellung: Welches Verhalten erfasst die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Vergleich zu den in Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut aufgeführten Formen der strafbaren Beteiligung? Präziser: Welches Verhalten erfasst *allein* die Vorgesetztenverantwortlichkeit, aber keine der anderen Beteiligungsformen?

Es lassen sich zunächst zwei Fallkonstellationen identifizieren, in denen allein die Vorgesetztenverantwortlichkeit zur Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt: Nur die Vorgesetztenverantwortlichkeit lässt auch lediglich pflichtwidrige Unkenntnis hinsichtlich des zugerechneten Verbrechens ausreichen. Nur die Vorgesetztenverantwortlichkeit erfasst auch Verhalten *nach* der Verbrechensbegehung.

Prima facie scheint ein weiterer prägender Unterschied zu den Formen der strafbaren Beteiligung gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut darin zu bestehen, dass das zurechnungsbegründende Verhalten bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit in einem Unterlassen, nicht in einem aktiven Tun liegt. Tatsächlich ist dies zweifellos ein Charakteristikum der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Ob darin aber ein ihre Funktion im Beteiligungssystem bestimmendes Alleinstellungsmerkmal liegt, ist zweifelhaft. Es ist nämlich umstritten, ob

¹⁶ Ausführlich dazu Burghardt (Fn. 11 – Vorgesetztenverantwortlichkeit), S. 402 ff.

¹⁷ JStGH, Urt. v. 29.7.2004 (Blaškić, Appeals Chamber), paras. 91 f. Vgl. auch JStGH, Urt. v. 30.9.2004 (Brdjanin, Trial Chamber), para. 285; JStGH, Urt. v. 17.12.2004 (Kordić und Cerkez, Appeals Chamber), paras. 34 f.; JStGH, Urt. v. 28.2.2005 (Kvočka u.a., Appeals Chamber), para. 104; JStGH, Urt. v. 30.8.2005 (Jokić, Appeals Chamber), paras. 22 ff.; JStGH, Urt. v. 22.3.2006 (Naletilić und Martinović, Appeals Chamber), para. 368; JStGH, Urt. v. 30.6.2006 (Orić, Trial Chamber), para. 343; JStGH, Urt. v. 30.11.2006 (Galić, Appeals Chamber), para. 186; JStGH, Urt. v. 27.9.2007 (Mrkšić u.a., Trial Chamber), para. 634; RStGH, Urt. v. 23.5.2005 (Kajelijeli, AC), para. 81; RStGH, Urt. v. 7.7.2006 (Gacumbitsi, AC), para. 142.

¹⁸ Vgl. JStGH, Urt. v. 15.3.2006 (Hadzihasanović und Kubura, Trial Chamber), para. 2076, nach para. 2094; JStGH, Urt. v. 30.6.2006 (Orić, Trial Chamber), para. 342, 783. Eine ähnliche Tendenz zeigen auch die Ausführungen des JStGH zu den Angeklagten Borovcanin und Pandurević, deren strafrechtliche Verantwortlichkeit allerdings nur in einigen Anklagepunkten gem. Art. 7 Abs. 3 JStGH begründet wurde, in anderen Anklagepunkten hingegen mittels Unterstützung (*aiding and abetting*) gem. Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut. Angesichts der Praxis des JStGH-Statut, für alle Anklagepunkte, in denen ein Schuldspruch ergeht, eine Gesamtfreiheitsstrafe zu verhängen, lässt sich nicht im Einzelnen nachvollziehen, in welcher Weise die Vorgesetztenverantwortlichkeit strafmildernd berücksichtigt wurde. Vgl. aber JStGH, Urt. v. 10.6.2010 (Popović u.a., Trial Chamber), paras. 1034, 2187.

nicht auch die allgemeinen Formen der strafbaren Beteiligung gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut prinzipiell durch Unterlassung verwirklicht werden können. Dafür sprechen gute Gründe.¹⁹

Zunächst kann aus dem Fehlen einer allgemeinen Regelung zum unechten Unterlassen nicht im Wege des Umkehrschlusses gefolgert werden, eine solche Strafbarkeit hätte ausgeschlossen werden sollen. Die Vertragsparteien haben sich schlicht darauf geeinigt, die Frage nicht ausdrücklich im IStGH-Statut zu regeln und stattdessen dem IStGH zur Entscheidung zu überantworten.²⁰ Ein solches Vorgehen, das zwischen den Parteien strittige Punkte offen lässt, um den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages nicht zu gefährden, ist nicht unüblich und wird als „constructive ambiguity“ bezeichnet.²¹

Auch Art. 22 IStGH-Statut spricht letztlich nicht gegen die Annahme einer allgemeinen, unechten Unterlassungsstrafbarkeit. Dass der Grundsatz *nullum crimen sine lege* – noch dazu, wenn er, wie im Völkerstrafrecht, weniger strikt zu verstehen ist als im deutschen Strafrecht²² – nicht als zwingendes Argument gegen eine ungeschriebene unechte Unterlassungsstrafbarkeit gelten kann, zeigt ein Blick in die hiesige Strafrechtsgeschichte.²³ Das Gebot der restriktiven Auslegung gem. Art. 22 Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut wollten hingegen auch die Vertragsstaaten nicht als eine Art blinder *a*

limine-Abweisung jeder weiteren Überlegung verstanden wissen.²⁴ Das zeigt schon die Regelung des anwendbaren Rechts gem. Art. 21 IStGH-Statut, der ein wesentlich aufwändigeres Verfahren zur Lückenschließung vorsieht, als den Automatismus einer stets restriktiven Auslegung.

Für eine Einbeziehung können teleologische Erwägungen geltend gemacht werden. Denn selbstverständlich sind Fälle vorstellbar, in denen eine fehlende Unterlassungsstrafbarkeit zu Strafbarkeitslücken führte, die einem optimalen Schutz der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts widersprächen. Warum sollte der mit der Leitung eines Kriegsgefangenenlagers betraute Offizier nach dem IStGH-Statut straflos bleiben, wenn er die internierten Kriegsgefangenen verhungern lässt?²⁵

Folgende Überlegung tritt hinzu: Obgleich auch in ihren Statuten eine entsprechende allgemeine Regelung fehlt, vertreten JStGH und RStGH in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, eine Begehung durch Unterlassen sei bei fast allen Verbrechenstatbeständen und Formen strafbarer Beteiligung völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.²⁶ Auch ein entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsatz lässt sich wohl begründen.²⁷ Sowohl Völkergewohnheitsrecht als auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten nach Art. 21 Abs. 1 lit. b und c IStGH-Statut als subsidiäre Quellen des anwendbaren Rechts. Gerade in den Fällen, in denen die Vertragsparteien bewusst Regelungslücken im IStGH-Statut gelassen haben, ist es im Sinne einer Einheit des Völkerstrafrechts vorzugswürdig, dass der IStGH eine Lösung der Rechtsfrage im Einklang mit der sonstigen einschlägigen Rechtspraxis sucht. Selbst aus individualrechtlicher Perspektive begegnet es keinen Bedenken, strafrechtliche Verantwortlichkeit für ein Verhalten zu begründen, wenn dies im Völkergewohnheitsrecht oder als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist. Die bisher ergangenen Entscheidungen deuten denn auch darauf

¹⁹ Im Ergebnis ebenso *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2. Aufl. 2010, S. 363; *Jeßberger*, in: Cassese (Hrsg.): Oxford Companion to International Criminal Justice, 2009, S. 446; *Olásolo*, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes, 2009, S. 82 ff.; *Sliedregt*, The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, 2003, 53 ff., 66 ff.; *Werle* (Fn. 15), Rn. 643. A.A. z.B. *Ambos*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article, 2. Aufl. 2008, Art. 25 Rn. 51; *Eser*, in: Cassese/ Gaeta/Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, S. 768 (819).

²⁰ Ebenso *Berster*, Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit, 2008, 105; *Jeßberger* (Fn. 19), S. 446; *Saland*, in: Lee (Hrsg.): The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, 1999, S. 189 (212 f.).

²¹ Vgl. z.B. *Pehar*, in: Kurbalija/Slavik (Hrsg.), Language and Diplomacy, 2001, S. 163 ff. Dies übersieht *Eser* (Fn. 19), S. 819; *Jesse*, Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts, 2009, S. 284.

²² Vgl. z.B. *Cassese*, International Criminal Law, 2. Aufl. 2008, S. 39 ff.; *Olásolo*, CLF 18 (2007), 301 ff. Siehe zu den Rückwirkungen auf das nationale Gesetzmäßigkeitsprinzip zuletzt *Jähnke*, ZIS 2010, 463 ff.

²³ Bekanntlich fehlte bis 1975 eine gesetzliche Regelung der unechten Unterlassungsstrafbarkeit. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre hinderte dies nicht, eine solche Strafbarkeit anzunehmen. Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 13 Rn. 1.

²⁴ Ähnlich *Jesse* (Fn. 22), S. 152 f.

²⁵ Vgl. zu dieser in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung schon mehrfach praktisch gewordenen Fallkonstellation z.B. JStGH, Urte. v. 27.9.2007 (Mrkšić u.a., Appeals Chamber), paras. 64 ff.; *Ling*, JICJ 8 (2010), 1035 ff.

²⁶ Vgl. z.B. JStGH, Urte. v. 29.7.2004 (Blaškić, Appeals Chamber), para. 663; JStGH, Urte. v. 30.11.2006 (Galić, Appeals Chamber), para. 175; JStGH, Urte. v. 3.4.2007 (Brdjanin, Appeals Chamber), para. 274; JStGH, Urte. v. 3.7.2008 (Orić, Appeals Chamber), para. Para. 43; JStGH, Urte. v. 5.5.2009 (Mrkšić u.a., Appeals Chamber), paras. 49 ff.; RStGH, Urte. v. 7.7.2006 (Ntagurera u.a., Appeals Chamber), para. 334, 370. Siehe zur Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe ausführlich *Burghardt* (Fn. 11), S. 347 ff. Ebenso, auf der Grundlage einer detaillierten Auswertung der völkerstrafrechtlichen Quellen, *Berster* (Fn. 23), S. 111. A.A. *Weltz*, Die Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht, 2004, S. 284 ff., 290.

²⁷ Siehe dazu ausführlich *Duttwiler*, ICLR 6 (2006), 1 ff. (17 ff., 30 ff.). Skeptisch *Jeßberger* (Fn. 19), S. 446. A.A. *Weltz*, S. 286 ff.

hin, dass der IStGH die Möglichkeit einer unechten Unterlassungsstrafbarkeit prinzipiell bejahen wird.²⁸

Können also die Verbrechenstatbestände ebenso wie die Formen der strafbaren Beteiligung prinzipiell unter bestimmten Voraussetzungen durch Unterlassen verwirklicht werden, so ist die Zurechnungsbegründung mittels Unterlassen kein Alleinstellungsmerkmal der Vorgesetztenverantwortlichkeit mehr. Die Funktion der Vorgesetztenverantwortlichkeit liegt in diesem Fall jedenfalls nicht darin, Strafbarkeitslücken (partiell) zu schließen, die bestünden, wenn eine unechte Unterlassungsstrafbarkeit fehlte. Unterlässt es der Vorgesetzte vorsätzlich, den Untergebenen an der Verbrechensbegehung zu hindern, obgleich ihm dies möglich ist, ist er bereits nach Art. 25 Abs. 3 lit. a oder c IStGH-Statut strafrechtlich verantwortlich.²⁹

bb) Im zweiten Schritt ist zu fragen, was sich in allen von der Vorgesetztenverantwortlichkeit erfassten Fallkonstellationen als zurechnungsbegründendes Unrecht identifizieren lässt.³⁰ Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, sich *actus reus* bzw. äußere Tatseite und *mens rea* bzw. innere Tatseite der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Erinnerung zu rufen:

Actus reus der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist das pflichtwidrige Unterlassen des Vorgesetzten. Völkerstrafrechtlich sanktioniert ist nicht die Verletzung jeder völkerrechtlichen Pflicht des Vorgesetzten, sondern nur die Verletzung der Pflicht, ein Völkerrechtsverbrechen, das durch Untergebene begangen wird, zu verhindern, und die Pflicht, ein solches Verbrechen zu ahnden bzw. bei den zuständigen Behörden zu melden.³¹

Die *mens rea* der Vorgesetztenverantwortlichkeit beschreibt die innere Einstellung und Bewusstseinslage des Vorgesetzten hinsichtlich seines pflichtwidrigen Unterlassens. Weiß der Vorgesetzte von der Verbrechensbegehung, verletzt er seine Handlungspflicht vorsätzlich. Hätte der Vorgesetzte von der Verbrechensbegehung Kenntnis haben müssen, verletzt er seine Handlungspflicht unvorsätzlich. Die mangelnde Kenntnis ist aber ihrerseits pflichtwidrig.³²

Gemeinsam ist allen erfassten Fallkonstellationen also das schuldhaft-pflichtwidrige Unterlassen mit konkretem Bezug zu dem zugerechneten Verbrechen. Der Unrechtsgehalt des zurechnungsbegründenden Verhaltens ist damit im Lichte des Schuldprinzips geringer zu veranschlagen als bei den anderen Beteiligungsformen, die jeweils mindestens eine vorsätzliche Förderung der Tatbegehung voraussetzen.

cc) Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Ihre spezifische Funktionalität im System der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erlangt die Vorgesetztenverantwort-

lichkeit durch die Erweiterung der Außengrenzen des strafbaren Verhaltens im Falle der unvorsätzlich unterlassenen Verbrechensverhinderung und im Fall der vorsätzlich oder unvorsätzlich unterlassenen Verbrechensahndung bzw. -meldung. Gemeinsam ist allen Fallkonstellationen der Vorgesetztenverantwortlichkeit das schuldhaft-pflichtwidrige Unterlassen mit konkretem Bezug zu dem zugerechneten Verbrechen. Damit spricht aber auch im Regulationssystem des IStGH alles dafür, die Vorgesetztenverantwortlichkeit gem. Art. 28 IStGH-Statut als eine gegenüber den unrechtsintensiveren Formen strafbarer Beteiligung gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut subsidiäre Beteiligungsform zu begreifen. In *Nozicks* Terminologie ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit für die Bemessung von *r* mit einem Faktor <1 zu veranschlagen, der unter allen anderen Beteiligungsformen liegt. Der besseren Anschaulichkeit wegen mag er (fiktiv) mit 0,3 bezeichnet werden.

3. Die Vereinbarkeit der Vorgesetztenverantwortlichkeit mit dem Schuldprinzip

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die Aussage, der Vorgesetzte sei für das vom Untergebenen begangene Verbrechen „als Täter“ strafrechtlich verantwortlich, nicht zutreffend ist. Im differenzierten Beteiligungssystem des Völkerstrafrechts wird der Vorgesetztenverantwortlichkeit bei der Bemessung von *r* nicht der Faktor 1 zugemessen, sondern ein Faktor deutlich <1 . Lässt sich unter dieser Voraussetzung die Einschätzung, die Vorgesetztenverantwortlichkeit verstoße gegen das Schuldprinzip, noch aufrechterhalten?

Denkbar wäre es, den Verstoß gegen das Schuldprinzip auf zwei Überlegungen zu stützen: Zum einen könnte argumentiert werden, die Vorgesetztenverantwortlichkeit verstoße gegen das Schuldprinzip, weil sie den Vorgesetzten in den erfassten Fallkonstellationen zwar nicht gleichermaßen als Täter, aber doch gleich behandle. Im Lichte des Schuldprinzips, so lässt sich diese Überlegung umformulieren, sei es unzulässig, das Verhalten in allen Fallkonstellationen mit dem Faktor 0,3 bei der Bewertung von *r* anzusetzen. Zum anderen ließe sich behaupten, es sei mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar, dass der Vorgesetzte in den von der Vorgesetztenverantwortlichkeit erfassten Fallkonstellationen überhaupt strafrechtliche Verantwortlichkeit für das zugerechnete Verbrechen begründet. Erneut lässt sich diese Erwägung schematisieren: Das Schuldprinzip gebiete es, zumindest einige der erfassten Verhaltensweisen bei der Bewertung von *r* mit dem Faktor 0 anzusetzen. Beide Überlegungen überzeugen im Ergebnis nicht.

a) Die Gleichbehandlung von Fallkonstellationen ist im Hinblick auf das Schuldprinzip nur dann problematisch, wenn die gleich behandelten Fälle hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts verschieden sind. Es wurde jedoch erläutert, dass alle Fallkonstellationen der Vorgesetztenverantwortlichkeit einen gemeinsamen Unrechtskern teilen: Der Vorgesetzte verstößt durch sein Unterlassen in vorwerfbarer Weise gegen eine völkerrechtliche Pflicht. Sowohl die Pflicht zur Verbrechensverhinderung als auch die Pflicht zur Verbrechensahndung bzw. -meldung dienen abstrakt dem Zweck,

²⁸ Vgl. z.B. IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), paras. 351 ff. („actions et omissions“);

²⁹ Ebenso *Olásolo*, in: Stahn/van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, 2010, S. 520 ff. (540 ff.).

³⁰ Ähnlich *Nerlich*, JICJ 5 (2007), 665 (668 ff.).

³¹ Siehe dazu *Burghardt* (Fn. 11), S. 185 ff. Ähnlich *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, 2009, S. 40.

³² Ausführlich *Burghardt* (Fn. 11), S. 258 ff.

völkerrechtswidriges Verhalten innerhalb der militärischen und zivilen Hierarchiestrukturen zu verhindern. Zugleich steht der Pflichtverstoß in allen erfassten Fällen im Zusammenhang mit dem konkret zugerechneten Verbrechen. Das gilt auch in den Fällen der unvorsätzlichen Pflichtverletzung. Die Unkenntnis muss in diesen Fällen nämlich gerade im Hinblick auf das konkret begangene Verbrechen pflichtwidrig sein.

Auch die Zusammenfassung der vorsätzlichen und der unvorsätzlichen Pflichtverletzung in einem Zurechnungsstatbestand ist im Lichte des Schuldprinzips nicht zu beanstanden. Vielmehr ist dem deutschen Strafrecht dieses Vorgehen sogar vertraut. Auch hier werden nämlich die bewusste und die unbewusste Fahrlässigkeit in einem Deliktstatbestand zusammengefasst. Die bewusste Fahrlässigkeit ist aber nichts anderes als der vorsätzliche Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht, die unbewusste Fahrlässigkeit der unvorsätzliche Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht, bei der das mangelnde Bewusstsein für den Pflichtverstoß seinerseits pflichtwidrig ist. Das entspricht exakt den Konstellationen der Vorgesetztenverantwortlichkeit.

Unproblematisch ist zudem, dass sich unter die Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit auch ein Verhalten subsumieren lässt, das nach deutschem Verständnis als unechtes Unterlassen einzuordnen wäre. Zwar mag es unangemessen sein, den Unrechtsgehalt der vorsätzlich unterlassenen Verbrechenverhinderung im Rahmen der Vorgesetztenverantwortlichkeit lediglich mit dem Faktor 0,3 in die Bewertung von r einfließen zu lassen. Das Verhalten des Vorgesetzten wird in diesem Fall aber bereits von den allgemeinen Formen der strafbaren Beteiligung gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a-d IStGH-Statut erfasst und mit einem höheren Faktor für die Bemessung von r berücksichtigt. Anders formuliert: Die vorsätzlich unterlassene Verbrechenverhinderung stellt gleichsam nur *pro forma* einen Fall der Vorgesetztenverantwortlichkeit dar, so wie sich etwa auch ein mittäterschaftlicher Tatbeitrag als Beihilfe subsumieren ließe, gäbe es keine Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB.

b) Es widerspricht auch nicht dem Schuldprinzip, dass der Vorgesetzte in den von der Vorgesetztenverantwortlichkeit erfassten Fallkonstellationen überhaupt strafrechtliche Verantwortlichkeit für das zugerechnete Verbrechen begründet. Grundlage der Verbrechenzurechnung ist stets ein persönlich vorwerfbares Verhalten des Vorgesetzten im Zusammenhang mit der Verbrechenbegehung. Richtig ist zwar, dass das deutsche Strafrecht die fahrlässige Nichtverhinderung sowie die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtahndung bzw. Nichtmeldung bei der Bestimmung von r mit dem Faktor 0 veranschlagt. Das Verbrechen des Untergebenen wird im deutschen Recht nicht zugerechnet. Die genannten Verhaltensweisen werden nicht als Beteiligungsformen erfasst.

Zu bedenken ist aber, dass auch das deutsche Strafrecht die fahrlässige Nichtverhinderung und die vorsätzliche Nichtahndung keineswegs für strafrechtlich irrelevant erachtet. Vielmehr begründen diese Verhaltensweisen die Strafbarkeit

des Vorgesetzten nach Sondertatbeständen.³³ Für die Zurechnung des Unrechts dieser Sondertatbestände wertet das deutsche Strafrecht das Verhalten des Vorgesetzten wiederum mit dem Faktor 1. Am Ende ergibt der Vergleich zwischen Völkerstrafrecht und deutschem Strafrecht ein Nullsummenspiel, das sich (stets nur beispielhaft) in folgenden Gleichungen veranschaulichen lässt:

IStGH-Statut: H des Völkerrechtsverbrechens (fiktiv = 10) $\cdot r$ der Vorgesetztenverantwortlichkeit (fiktiv = 0,3) = R (fiktiv = 3).

Deutsches Strafrecht: H des Sondertatbestands (fiktiv = 3) $\cdot r$ der täterschaftlichen Zurechnung (fiktiv = 1) = R (fiktiv = 3).

Aus dem Schuldprinzip ergibt sich kein zwingender Grund, warum die systematische Konstruktion des Unrechts nur in der Art und Weise des deutschen Strafrechts erfolgen dürfte. Insbesondere gebietet das Schuldprinzip nicht, dass nur dort zugerechnet werden kann, wo das Verhalten kausal für den Zurechnungsgegenstand ist. Kausalität mag als Zeichen und Voraussetzung einer Verwicklung in die Verbrechenbegehung gewertet werden, die von höherer Intensität ist. Ein geringerer Grad von Verantwortlichkeit trifft aber auch denjenigen, der – wie der Vorgesetzte – mit Bezug auf das zugerechnete Verbrechen seine Pflichten in vorwerfbarer Weise verletzt. Es würde vielmehr den sozialen Sinn und den kommunikativen Gehalt des Unterlassens des Vorgesetzten verkennen, wenn darin nur die Verletzung einer Pflicht gesehen würde, die abstrakt die Begehung weiterer Verbrechen verhindern soll. Das Unterlassen ist in diesem Fall Billigung und Assoziierung mit, zumindest aber vorwerfbare Indifferenz gegenüber dem begangenen Verbrechen und damit Perpetuierung und Vertiefung seines Unrechts.³⁴ Diese Überlegungen legitimieren auch die Zurechnung des Verbrechens im Falle der fahrlässigen Nichtahndung bzw. -meldung, die das deutsche Strafrecht nicht einmal in einem Sondertatbestand erfasst. Geboten ist im Lichte des Schuldprinzips lediglich, dass der in der Vorgesetztenverantwortlichkeit bezeichnete geringere Grad an Verantwortlichkeit auch im Rahmen der Strafzumessung und zur Klarstellung in der Tenorierung zum Ausdruck kommt.³⁵

³³ Bei der fahrlässigen Nichtverhinderung kommen Fahrlässigkeitstatbestände (z.B. §§ 222, 229 StGB) sowie § 13 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 Alt. 2 VStGB in Betracht, bei der vorsätzlichen Verletzung der Meldepflicht §§ 258, 258a StGB sowie § 14 VStGB und § 40 WStG.

³⁴ Vgl. JStGH, Urt. v. 16.11.2005 (Halilović, Trial Chamber), para. 95.

³⁵ Ähnlich *Ambos* (Fn. 6), § 7 Rn. 61, *Meloni*, *Command Responsibility in International Law* (2010), 196 ff.; *Nerlich* (Fn. 30), 682, die freilich davon ausgehen, es sei zwischen den unterschiedlichen Fallkonstellationen zu differenzieren und der Vorgesetzte hafte jedenfalls in den Fällen der vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtahndung bzw. Nichtmeldung nur für seine Pflichtverletzung, sei also nicht für das von den Untergebenen begangene Völkerrechtsverbrechen verantwortlich.

c) Der Vorwurf, die Vorgesetztenverantwortlichkeit verstoße gegen das Schuldprinzip, ist somit zurückzuweisen. Die Abweichungen vom deutschen Strafrecht beruhen im Wesentlichen auf einer unterschiedlichen systematischen Einordnung: Das Völkerstrafrecht behandelt als Form der Beteiligung an der Verbrechensbegehung, was das deutsche Strafrecht in Sonderdeliktstatbeständen erfasst. Dass zwischen diesen Lösungen eine gewisse Kontingenz besteht, verdeutlichen beispielhaft die Abgrenzungsfragen zwischen sukzessiver Beihilfe und Begünstigung oder die strukturelle Ähnlichkeit zwischen § 30 StGB und §§ 129 ff. StGB.

Die abweichende systematische Einordnung entspricht überdies phänomenologischen und normtheoretischen Spezifika des Völkerstrafrechts. Das entscheidende phänomenologische Charakteristikum ist bereits so oft benannt worden, dass es inzwischen banal klingt: Gegenstand des Völkerstrafrechts sind Taten, in deren Begehung typischerweise eine Vielzahl von Personen verwickelt ist.³⁶ Die Beteiligung an dem verbrecherischen Geschehen kann dabei auf ganz unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlicher Intensität vorliegen. Die normtheoretische Eigenheit liegt darin, dass das Völkerstrafrecht lediglich über vier Verbrechenskategorien verfügt, die zugleich jeweils einen besonders schwerwiegenden Unrechtsvorwurf beinhalten.

Daraus folgt zweierlei: Im Völkerstrafrecht besteht ein besonders ausgeprägtes Bedürfnis nach einer Binnendifferenzierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Und: Zur Differenzierung des Schuldvorwurfs steht, anders als im deutschen Strafrecht, nicht eine Vielzahl von Deliktstatbeständen zur Verfügung. Das Völkerstrafrecht bedarf daher einer stärkeren Auffächerung der Beteiligungsformen für die nähere Qualifizierung des Schuldvorwurfs. Die Form der strafbaren Beteiligung ist in diesem Zusammenhang ähnlich entscheidend wie der zu Last gelegte Verbrechenstatbestand. Angesichts dieser Grundzüge des völkerstrafrechtlichen Straftatsystems erscheint die systematische Verortung der Vorgesetztenverantwortlichkeit als marginale Form der Verantwortlichkeit für ein Völkerrechtsverbrechen im Ergebnis als sachgerecht.

4. Bewertung der im VStGB gewählten Lösung zur Umsetzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit aus völkerrechtlicher Perspektive

Die Überlegungen zeigen: Es wäre möglich, einen einheitlichen Zurechnungstatbestand nach dem Vorbild von Art. 28 IStGH-Statut im Allgemeinen Teil des VStGB zu schaffen. Dieser Zurechnungstatbestand könnte sämtliche in Art. 28 IStGH-Statut erfassten Fallkonstellationen abdecken und wäre als besonderer gesetzlicher Milderungsgrund bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Konsequenter Weise müsste die Milderung über die in § 49 Abs. 1 StGB vorgeschriebene Absenkung noch hinausgehen.³⁷ Die vorsätzliche

³⁶ Statt aller Werle (Fn. 15), Rn. 441.

³⁷ Gesetzestechnisch wäre sowohl eine doppelte Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB denkbar gewesen als auch eine gesonderte Strafmilderung, die im Ergebnis zu einem etwas höheren Straffrahmen geführt hätte.

Nichtverhinderung der Straftat wäre in diesem Fall zudem und vorrangig als unechtes Unterlassen gem. § 13 StGB bzw. als Konnivenz gem. § 357 StGB strafbar.

Zugleich ist klarzustellen, dass dem deutschen Gesetzgeber, als er das VStGB erließ, diese Möglichkeit nicht offen stand. Das Völkerstrafrecht hat in den letzten Jahren immense Fortschritte in seiner Systembildung gemacht. Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des VStGB war das IStGH-Statut dagegen noch nicht einmal in Kraft getreten. Weder zum Beteiligungssystem des IStGH-Statut noch zur Funktion der Vorgesetztenverantwortlichkeit innerhalb dieses Beteiligungssystems ließen sich verlässliche Aussagen treffen.³⁸ In dieser Situation hatte der Gesetzgeber schlicht zu besorgen, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Weise ins deutsche Recht umgesetzt wurde.³⁹

Aber selbst auf der Grundlage der hier angestellten Überlegungen zum Unrechtsgehalt der Vorgesetztenverantwortlichkeit erscheint die für das VStGB gewählte Lösung aus völkerrechtlicher Perspektive akzeptabel: Die Aufspaltung des einheitlichen Art. 28 IStGH-Statut in verschiedene Regelungen verstößt jedenfalls nicht gegen eine völkerrechtliche Pflicht. Schließlich trifft die Mitgliedstaaten des IStGH-Statuts nicht einmal die Pflicht, das IStGH-Statut überhaupt in nationales Recht zu transformieren.⁴⁰

Auch unter dem Gesichtspunkt der Komplementarität spricht letztlich nichts gegen die Lösung des VStGB. Zwar lassen sich zunächst zwei Einwände formulieren: Zum einen beeinträchtigt die deutsche Lösung, wie *Triffterer* treffend bemerkt hat, „die bewusstseinsbildende Kraft“ der völkerstrafrechtlichen Regelung,⁴¹ indem sie den Vorgesetzten nach §§ 13, 14 VStGB nicht für das vom Untergebenen begangene Völkerrechtsverbrechen strafbar hält, sondern lediglich wegen eines Sonderdelikts. Aus völkerrechtlicher Perspektive fingieren §§ 13, 14 VStGB nämlich ein selbständiges Unrecht, das den eigentlichen Strafgrund verdeckt: Der Vorgesetzte wird nicht bestraft, weil er Aufsichts- oder Meldepflichten verletzt, sondern weil seine Pflichtverletzung kom-

³⁸ Auch aktuell sind bisher nur Tendenzen erkennbar. Die hier vorgeschlagene Ausdeutung der Vorgesetztenverantwortlichkeit führt zu einem widerspruchsfreien, einheitlichen Verständnis des Zurechnungstatbestands, kann sich auf die jüngere Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe berufen und berücksichtigt die bislang ergangene Rechtsprechung des IStGH. Allgemein akzeptiert ist sie jedoch noch nicht. Zu abweichenden Konzeptionen der Vorgesetztenverantwortlichkeit siehe z.B. *Ambos* (Fn. 6), § 7 Rn. 57 ff., *Meloni* (Fn. 35), 196 ff.; *Nerlich* (Fn. 30), 665 ff.; *Triffterer/Arnold*, in: *Triffterer* (Fn. 19), Art. 28.

³⁹ Vgl. *Werle*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 6), Einl. VStGB, Rn. 32 ff.

⁴⁰ Vgl. *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 7; *Werle*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 6), Einl. VStGB Rn. 35.

⁴¹ *Triffterer*, in: *Prittowitz u.a. (Hrsg.): Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, S. 437 ff. (459). Ähnlich *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 488.

munikativ in einer strafwürdigen Weise an die Verbrechenbegehung anschließt und der Vorgesetzte damit an dem Unrecht des Verbrechens teilhat. Zudem stellt die deutsche Strafrechtsordnung die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht straflos, während der Vorgesetzte in diesem Fall nach Art. 28 IStGH-Statut unter gewissen Voraussetzungen Strafbarkeit begründet.⁴²

Diese Einwände greifen aber nicht durch. Die Lösung des VStGB entspricht im Ergebnis weitestgehend dem IStGH-Statut. Sie berücksichtigt aber die systematischen Grundentscheidungen des deutschen Strafrechts besser als eine einheitliche Regelung nach dem Vorbild von Art. 28 IStGH-Statut. Denn das deutsche Strafrecht leistet eine Differenzierung des Schuldvorwurfs nun einmal im Wesentlichen durch die Vielzahl von Straftatbeständen des Besonderen Teils, nicht durch die Beteiligungslehre. Die Straflosigkeit der fahrlässigen Verletzung der Meldepflicht betrifft dagegen lediglich den untersten Randbereich strafrechtlicher Verantwortlichkeit im IStGH-Statut. Sowohl die systematische Einordnung als auch die inhaltliche Bewertung dieser Randkonstellation erweist sich als kontingent. Die Abweichungen des VStGB vom IStGH-Statut tragen daher im Ergebnis nicht das Urteil, Deutschland sei in diesen Fallkonstellationen „nicht willens oder nicht in der Lage, [...] die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen“ (Art. 17 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut).

II. § 4 VStGB im Beteiligungssystem des deutschen Strafrechts

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass die internationale Rechtsprechung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit bei der Auslegung von § 4 VStGB nicht ohne weiteres berücksichtigt werden kann.⁴³ § 4 VStGB regelt die vorsätzlich unterlassene Verbrechenverhinderung des Vorgesetzten. Diese Fallkonstellation wird durch Art. 28 IStGH-Statut nur *pro forma* erfasst, begründet der Sache nach aber strafrechtliche Verantwortlichkeit kraft Begehens durch Unterlassen gem. Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut oder aber kraft Unterstützung durch Unterlassen gem. Art. 25 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut.

Maßstäbe für die Konkretisierung der Voraussetzungen von § 4 VStGB lassen sich hingegen aus einer systematischen Verortung der Regelung im deutschen Beteiligungssystem gewinnen. Ausgangspunkt für die Einordnung von § 4 VStGB in das Beteiligungssystem ist die Sanktionsnorm: Der Vorgesetzte wird „wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat bestraft“. Die fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB findet gem. § 4 Abs. 1 S. 2 VStGB keine Anwendung. Unter erneutem Rückgriff auf die Formel *Nozicks* lässt sich formulieren: Dem Unterlassen des Vorgesetzten wird bei der Bemessung von *r* stets der Maximalfaktor 1 zugemessen. Im Ergebnis verdrängt § 4 VStGB im Anwendungsbereich daher nicht nur die allgemeine unechte Unterlassenschaft gem. § 13 StGB, sondern auch die Beihilfe gem. § 27 StGB.

Im Lichte des Schuldprinzips ist diese Regelung problematisch. Für die Bemessung des in den Beteiligungsformen

ausgedrückten Unrechts ist es offenbar ohne Belang, ob der Vorgesetzte seinen Untergebenen im Wege der mittelbaren Täterschaft zur Begehung des Verbrechens angehalten hat oder dieses Verbrechen vorsätzlich nicht verhindert. Dem Gesetz ist insoweit nur die Aussage zu entnehmen, beiden Verhaltensweisen komme ein Unrechtsgehalt gleichen Gewichts zu. Diese wenig überzeugende Gleichstellung lässt sich auch über die konkret verhängte Strafe nicht mehr korrigieren, wenn als Sanktion zwingend lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Im VStGB ist das für eine Reihe von Tatbeständen der Fall.⁴⁴ § 4 VStGB führt im Ergebnis also zu einer Einebnung von Differenzierungen und einer Gleichbehandlung von Verhaltensweisen, die hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts nicht gleichwertig sind. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass § 4 VStGB genau dies verhindern sollte.

Die Bestrafung „wie ein Täter“ lässt sich zudem nicht überzeugend erklären. Das gesetzgeberische Kalkül scheint zu sein, dass die Vorgesetztenstellung den Unrechtsgehalt des Verhaltens derart erhöht, dass eine Bemessung mit dem Maximalfaktor 1 bei der Bewertung der persönlichen Verantwortlichkeit stets angemessen ist. Weder systematisch noch inhaltlich kann dieser Gedanke überzeugen. Wäre es richtig, dass die Vorgesetztenstellung den Unrechtsgehalt des Verhaltens stets erhöht, wäre es stimmiger gewesen, die Beteiligungsregeln unangetastet zu lassen und die Vorgesetztenstellung als allgemeinen Strafschärfungsgrund zu regeln. So hätten auch die verschiedenen Verhaltensweisen des Vorgesetzten im Zusammenhang mit der Verbrechenbegehung besser und transparenter berücksichtigt werden können.

Es bleibt aber schon unklar, warum das individuell zurechenbare Unrecht einer Person größer sein soll, wenn sie Vorgesetzter ist. Begründbar wäre das nur, wenn den Vorgesetzten allgemein eine höhere Pflicht zur Rechtstreue trüfe bzw. sein Rechtsverstoß stets noch weitere schutzwerte Rechtsgüter verletzte, so dass jeder Rechtsbruch des Vorgesetzten ein schwereres Unrecht bedeutete als der Rechtsbruch eines jedermann. Bei Amtsträgern – wie den Vorgesetzten gem. § 357 StGB – mag dieser Gedanke plausibel sein. Bei Vorgesetzten gem. § 4 VStGB, dem Anführer einer nach Befehl und Gehorsam geordneten Terrorgruppe oder Verbrecherbande etwa, erscheint dies dagegen absurd. Richtig ist vielmehr: Weil jemand Vorgesetzter ist und ihm die damit verbundenen Kontrollmöglichkeiten zustehen, hat er hinsichtlich des Untergebenen eine Garantenstellung und begründet überhaupt strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Unterlassen für die Tat des Untergebenen. Die in § 4 VStGB angeordnete Bestrafung „wie ein Täter“ gerät in bedenkliche Nähe zu einer Doppelverwertung i.S.d. § 46 Abs. 3 StGB. Die besondere Pflichtenstellung des Vorgesetzten gegenüber seinem Untergebenen wird nicht nur zur Begründung der Strafbarkeit, sondern auch als Strafschärfungsgrund berücksichtigt.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.

⁴⁵ Zur Rechtfertigung ließe sich allenfalls argumentieren, das Unrecht des Unterlassens eines Vorgesetzten sei erhöht, weil

⁴² Vgl. *Ambos* (Fn. 6), § 7 Rn. 61.

⁴³ Im Ergebnis ebenso *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 16.

Bei der Auslegung von § 4 VStGB ist daher nach Restriktionsmöglichkeiten zu suchen. Eine Konkretisierung der Anwendungsvoraussetzungen, die dazu führt, dass § 4 VStGB die Außengrenzen strafbaren Verhaltens erweitert, ist angesichts der Bestrafung „wie ein Täter“ mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren. Vertretbar ist allein, § 4 VStGB strafrechtsdogmatisch als verantwortungsschärfende Spezialregelung der unechten Unterlassungsstrafbarkeit einzustufen.⁴⁶ Zwar bleibt auch in diesem Fall der Verzicht auf die fakultative Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB ohne befriedigende Erklärung. Insbesondere die Beihilfe behält dann aber – wie die folgenden Ausführungen zu den Anforderungen des zurechnungsbegründenden Verhaltens gem. § 4 VStGB zeigen – ihren Anwendungsbereich.⁴⁷

III. Die Voraussetzungen von § 4 VStGB

§ 4 VStGB sind zunächst drei Merkmale des objektiven Tatbestands zu entnehmen:

1. Es wurde eine Straftat nach dem VStGB begangen (Zurechnungsgegenstand),
2. die Person, deren Strafbarkeit begründet werden soll, ist Vorgesetzter der Person, die das Verbrechen begangen hat (Täterqualifikation), und
3. der Vorgesetzte unterlässt es, den Untergebenen an der Begehung des Verbrechens zu hindern (zurechnungsbegründendes Verhalten).

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz hinsichtlich der drei Merkmale des objektiven Tatbestands.

1. Zurechnungsgegenstand

Zunächst muss eine Straftat nach dem VStGB begangen worden sein. Nähere Bestimmung verlangt der Begriff des Begehens. Zwei Fragen stellen sich insoweit: Muss die Begehung vorsätzlich und rechtswidrig sein? Und: Erfasst „Begehung“ im Sinne von § 4 VStGB auch Beteiligung durch Anstiftung oder Beihilfe? Der BGH hat sich mangels Veranlassung im zu entscheidenden Fall mit diesen Fragen nicht näher befasst.

seine Möglichkeiten, den Erfolg abzuwenden, besonders weitreichend sind. So wohl *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB, Rn. 1. Ähnlich *Bock*, CCZ 2010, 161 (163). Die Kontrollmöglichkeiten ergeben sich aber eben aus seiner Vorgesetztenstellung. Grund der Garantienstellung und Grund der Strafschärfung fallen zusammen.

⁴⁶ Ähnlich *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 12, 14.

⁴⁷ Dagegen geht *Weigend* offenbar davon aus, dass § 4 VStGB weiter greift und sämtliche Fälle der Beihilfe umfasst, vgl. *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 15. Diese Lösung mag, wie die Formulierung „wie ein Täter“ andeutet, vom Gesetzgeber avisiert worden sein. Sie widerspricht aber dem Schuldprinzip.

a) Erfordernis einer vorsätzlich-rechtswidrigen Tat?

Die Verbrechensbegehung durch den Untergebenen muss weder vorsätzlich noch rechtswidrig sein.⁴⁸ Dafür spricht zunächst, dass § 4 VStGB nicht als akzessorische Teilnahme an fremdem Unrecht ausgestaltet ist. Die Verbrechensbegehung wird dem Vorgesetzten vielmehr als eigenes Unrecht aufgrund seines pflichtwidrigen Unterlassens zugerechnet. Das ergibt sich nicht nur aus der Bezugnahme auf § 13 StGB in § 4 Abs. 1 S. 2 VStGB, sondern auch aus dem Wortlaut von § 4 Abs. 1 S. 1 VStGB. Erforderlich ist danach nur die Begehung des Verbrechens, womit sich die Vorschrift augenfällig von §§ 26, 27 StGB unterscheidet.⁴⁹ Zudem käme andernfalls die unechte Unterlassungshaftung gem. § 13 StGB zur Anwendung, ohne dass sich erklären ließe, warum dem Vorgesetzten in diesem Fall die fakultative Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB zukommen sollte. Rechtfertigen ließe sich ein anderes Ergebnis nur mit dem zuvor dargelegten, übergeordneten Gebot einer restriktiven Auslegung. Eine sinnvolle Beschränkung des Anwendungsbereichs kann indes vor allem über die Konkretisierung des Verhaltens erreicht werden, das die Zurechnung begründet.⁵⁰ Im Ergebnis ist daher lediglich erforderlich, dass der objektive Tatbestand eines Verbrechens nach VStGB vorliegt.

b) Teilnahme als „Begehen“ i.S.v. § 4 VStGB?

Die Frage, ob auch die Teilnahme als Begehen i.S.v. § 4 VStGB zu bewerten ist, wird relevant, wenn nur ein Teilnehmer, nicht aber ein Haupttäter Untergebener ist. Ohne Zweifel trifft den Vorgesetzten auch in diesem Fall die Pflicht, den Untergebenen von der Teilnahme an der Verbrechensbegehung abzuhalten. Weiter reicht seine Garantienpflicht jedoch nicht. Der Vorgesetzte begründet in diesem Fall also nicht Strafbarkeit für das Verbrechen selbst, sondern nur für die Teilnahme am Verbrechen.⁵¹

2. Täterqualifikation

a) § 4 VStGB setzt voraus, dass die Person, deren Strafbarkeit begründet werden soll, Vorgesetzter der Person ist, die das Verbrechen begangen hat. Der BGH hat entsprechend den Gegebenheiten des zu entscheidenden Falles nur den

⁴⁸ A.A. *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB, Rn. 42, der eine vorsätzliche und rechtswidrige Tat des Untergebenen verlangt.

⁴⁹ Zu § 357 StGB, der eine „rechtswidrige Tat“ verlangt, und dem Streit, ob auch unvorsätzliches Handeln des Untergebenen erfasst wird, siehe *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 357 Rn. 9; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 357 Rn. 7.

⁵⁰ Siehe sogleich unten III. 3. b).

⁵¹ Im Ergebnis wohl ebenso *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 40. Vgl. zur analogen Lösung der Anstiftung durch Unterlassen bei Nichteingreifen des Überwachungsgaranten gegenüber dem überwachten „Anstifter“, *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 88.

Begriff des militärischen Befehlshabers näher bestimmt. Kennzeichen des militärischen Befehlshabers sei „die faktisch ausübende, gegebenenfalls rechtlich fundierte Möglichkeit [...], Untergebenen verbindliche Anweisungen zu erteilen und die Ausführung dieser Anweisungen durchzusetzen“. Innerhalb einer militärischen Hierarchie sei daher „jedes Glied der Befehlskette als Befehlshaber anzusehen“, nicht etwa nur die Vorgesetzten der höchsten Hierarchieebene. Entscheidend sei stets, „dass der Vorgesetzte die Möglichkeit hat, das Verhalten seiner Untergebenen faktisch zu bestimmen, insbesondere Straftaten wirksam zu unterbinden“. Titel oder die formelle rechtliche Stellung allein begründeten dagegen nicht eine Haftung nach § 4 VStGB. Innerhalb von Entscheidungsorganen sei Vorgesetzter im Sinne des § 4 VStGB nur, wer die Befugnis habe, die gemeinsam getroffene Entscheidung gegenüber den Untergebenen verbindlich anzuordnen. Stabsoffiziere oder Militärberater fielen mangels unmittelbarer Befehlsgewalt nicht in den Anwendungsbereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit.⁵²

b) Den Überlegungen des BGH ist im Wesentlichen zuzustimmen, in Einzelpunkten bedürfen die Gedanken allerdings der Präzisierung.

Zunächst benennt der BGH zutreffend das entscheidende Charakteristikum nicht nur der Stellung des militärischen Befehlshabers, sondern des Vorgesetzten überhaupt, nämlich: die „Möglichkeit [...], Untergebenen verbindliche Anweisungen zu erteilen“.⁵³ Kern der Vorgesetztenstellung ist, dass sie ein interpersonales Sonderverhältnis zu einer anderen Person, dem Untergebenen, begründet. Auf der Seite des Vorgesetzten ist diese Sonderbeziehung gekennzeichnet durch die Befehls- oder Führungsgewalt, d.h. durch die Befugnis, verbindliche Anweisungen zu erteilen. Auf der Seite des Untergebenen entspricht der Befehlsbefugnis die Gehorsamspflicht.⁵⁴ Beispielhaft kann auf §§ 1 Abs. 3 S. 1, 11 Abs. 1 S. 1 SoldatenG verwiesen werden.

Klarzustellen ist, dass ein solches interpersonales Sonderverhältnis eine organisatorische Überwölbung voraussetzt.⁵⁵ Es muss einen strukturellen Rahmen geben, der die Beziehung zwischen dem Vorgesetzten und dem unmittelbaren Täter begründet und prägt. Im Falle des militärischen Befehlshabers und seines Untergebenen sind das die bewaffneten Streitkräfte, denen sie angehören. Dieser strukturelle Rahmen muss über eine hierarchische Ordnung verfügen, d.h. innerhalb des Rahmens erfolgt eine Ordnung nach Rängebenen. Die Beziehungen zwischen den der Organisation angehörenden Personen unterschiedlicher Rängebenen müssen als Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisse strukturiert sein.

Zuzustimmen ist dem BGH weiterhin, dass es bei der Frage, ob eine solche, die Täterqualifikation begründende interpersonale Sonderbeziehung vorliegt, nach der Wertung von § 4 Abs. 2 VStGB auf die tatsächliche Situation ankommt, nicht aber auf eine entsprechende rechtliche Fundierung oder formale Kompetenzzuweisungen.⁵⁶ Dies gilt sowohl für das Bestehen einer hierarchisch geordneten Organisation, in die das Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis eingebettet sein muss, als auch für das konkrete Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis selbst. Die hierarchisch geordnete Organisation muss also nicht über eine Verfassung in Rechtsform verfügen oder eine normative Anerkennung erfahren haben. Erforderlich ist nur, dass sie als soziale Wirklichkeit das interpersonale Verhältnis zwischen den Angehörigen der Organisation prägt. Voraussetzung ist aber eine situationsübergreifende Stabilisierung der hierarchischen Ordnung. Andernfalls kann nicht von der erforderlichen organisatorischen Überwölbung gesprochen werden.

Für die Frage, ob zwischen zwei Angehörigen der Hierarchiestruktur eine Vorgesetzten-Untergebenen-Beziehung besteht, sind erneut nicht die formalen Kompetenzzuweisungen innerhalb des Organisationszusammenhangs entscheidend. Maßgeblich ist das tatsächliche Funktionieren der hierarchischen Struktur.⁵⁷ Auch die Verbindlichkeit des Befehls bzw. die korrespondierende Gehorsamspflicht ist nicht im Hinblick auf die Rechtslage zu beurteilen, sondern unter Bezug auf die Grundsätze, nach denen die Hierarchieordnung tatsächlich funktioniert. Es ist daher nicht sinnvoll, zwischen *de iure*- und *de facto*-Vorgesetzten zu unterscheiden. Wer nur *de iure*, nicht aber *de facto* eine Vorgesetztenstellung innehat, haftet nicht nach § 4 VStGB.

Daraus ergibt sich zugleich, dass die Vorgesetztenstellung nur soweit reicht, wie die organisatorische Überwölbung das interpersonale Verhältnis tatsächlich prägt. Unterliegt das konkrete Verhalten des Untergebenen nicht mehr der Befehls- oder Führungsgewalt, entfällt insoweit die Vorgesetztenstellung. In der Reichweite der Befehls- oder Führungsgewalt liegt regelmäßig ein Unterschied zwischen militärischen Befehlshabern und zivilen Vorgesetzten. Bei zivilen Vorgesetzten beschränkt sich die Befugnis, verbindliche Anordnungen zu erteilen, typischerweise auf dienstliche Tätigkeiten. Entscheidend bleibt jedoch stets, ob die soziale Realität der Beziehung zwischen den Personen durch ihre jeweilige Position in der Hierarchiestruktur bestimmt wird. Das kann bei außerdienstlichen Tätigkeiten – je nach Totalität der hierarchischen Ordnung – in militärischen Vorgesetz-

⁵² BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 36.

⁵³ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 36.

⁵⁴ Ähnlich Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 44.

⁵⁵ Die internationale Rechtsprechung hat diesen Gesichtspunkt – zumindest zwischenzeitlich – aus den Augen verloren. Stattdessen hat sie, inhaltlich unklar, Fälle, in denen eine strukturelle Überwölbung fehlte, unter dem Begriff „substantial influence“ aus dem Anwendungsbereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit ausgeschieden. Siehe dazu ausführlich Burghardt (Fn. 11), S. 160 ff.

⁵⁶ Unzutreffend daher Safferling (Fn. 6), 967, der kumulativ „rechtliche Befehlsmacht“ und „faktische Durchsetzungsmacht“ verlangt.

⁵⁷ Daher können auch Stabsoffizier und Militärberater, die der BGH beispielhaft für Personen nennt, denen innerhalb der militärischen Befehlskette üblicherweise keine Befehlsgewalt zukommt, nach den faktischen Umständen des konkreten Falls Vorgesetzte i.S.d. § 4 VStGB sein. Zu der entsprechenden völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung, insbesondere den Fällen Muto und Obrenović, ausführlich Burghardt (Fn. 6), S. 121, 154 ff.

ten-Untergebenen-Beziehungen ebenso der Fall sein wie in nichtmilitärischen.⁵⁸

Aus diesen Überlegungen folgt weiterhin, dass die Annahme nicht überzeugt, der Vorgesetzte müsse stets die Möglichkeit haben, „das Verhalten seiner Untergebenen faktisch zu bestimmen, insbesondere Straftaten wirksam zu unterbinden.“ Das ist missverständlich und birgt die Gefahr einer Verwechslung von Voraussetzung und Folge.⁵⁹ Weil der Vorgesetzte nach den tatsächlich wirksamen Organisationsgrundsätzen der Hierarchiestruktur die Befugnis hat, dem Untergebenen verbindliche Befehle zu erteilen, kann er in der Regel das Verhalten seiner Untergebenen bestimmen. Aber die Vorgesetztenstellung entfällt nicht *ipso facto*, wenn der Vorgesetzte diese Kontrollmöglichkeit nicht mehr hat. Die Kontrollmöglichkeit ist nämlich inhaltlich bestimmt durch die Zielrichtung der hierarchischen Ordnung. Nur solange kann die Befehls- oder Führungsgewalt des Vorgesetzten effektiv das Verhalten des Untergebenen bestimmen, wie sie im Einklang mit der Hierarchiestruktur ausgeübt wird, von der sich die Stellung des Vorgesetzten ableitet. Übt der Vorgesetzte seine Befugnisse im Widerspruch zur Hierarchiestruktur aus, wird die strukturell bedingte Kontrollmöglichkeit zweifelhaft. Damit werden aber Situationen denkbar, in denen die Vorgesetztenstellung zu bejahen ist, die Möglichkeit, Straftaten des Untergebenen wirksam zu unterbinden, dagegen zu verneinen. Erst wenn das strukturelle, über die konkrete Situation hinausweisende Funktionieren der Hierarchieordnung beeinträchtigt ist, entfallen Befehls- oder Führungsgewalt und damit die Vorgesetztenstellung.

c) Zusammenfassend lässt sich der Begriff des Vorgesetzten i.S.v. § 4 VStGB mithin wie folgt bestimmen: Vorgesetzter ist, wer aufgrund seiner Stellung innerhalb einer hierarchischen Ordnung die Befehls- oder Führungsgewalt gegenüber einer anderen Person ausübt. Befehls- oder Führungsgewalt ist die Befugnis, Befehle oder Anordnungen zu erteilen. Bestehen und Reichweite der Befugnis sind unter Berücksichtigung der Grundsätze zu beurteilen, nach denen die Hierarchieordnung tatsächlich organisiert ist. Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass M. nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis mit hoher Wahrscheinlichkeit Vorgesetzter der gesamten Truppenverbände der FDLR war.

3. Zurechnungsbegründendes Verhalten

Der Vorgesetzte muss es nach § 4 VStGB unterlassen haben, seinen Untergebenen an der Begehung der Tat zu hindern. Der BGH hat dieses Merkmal nur sehr knapp behandelt. Insbesondere hat er offen gelassen, „ob der Vorgesetzte dem Wortlaut des § 4 VStGB folgend eine Strafbarkeit wegen der Tat des Untergebenen nur dann vermeiden kann, wenn er erfolgreich in dem Sinne tätig wird, dass die Tat aufgrund seiner Intervention unterbleibt, oder ob es ausreicht, dass der Vorgesetzte alles tut, was in seiner Macht steht und was angemessen und erforderlich ist, um den Untergebenen von der

Tat abzubringen.“⁶⁰ Der BGH hielt die Beantwortung dieser Frage *in casu* für entbehrlich, weil „nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis [...] der Beschuldigte keine ernsthaften und nachhaltigen Maßnahmen ergriffen [hat], um die ihm bekannten gewalttätigen Übergriffe auf die kongolesische Zivilbevölkerung zu verhindern.“⁶¹

Diese Ausführungen dürften zu kurz greifen. Die Prüfung des die Zurechnung begründenden Verhaltens im Rahmen von § 4 VStGB erfordert nämlich, entsprechend der üblichen Systematisierung beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt, dreierlei: 1. Das Unterlassen der erforderlichen Verhinderungshandlung trotz Handlungsmöglichkeit, 2. eine hypothetische Vermeidungskausalität und 3. die Garantstellung des Vorgesetzten.

Der BGH hat insbesondere keine Feststellungen zur hypothetischen Vermeidungskausalität getroffen. Damit bleibt ein zentrales Problem unberücksichtigt, das auch für die Entscheidung im konkreten Fall näherer Erörterung bedürft hätte.

a) *Unterlassen der erforderlichen Verhinderungshandlung trotz Handlungsmöglichkeit*

Der Vorgesetzte muss die Maßnahmen ergreifen, die ihm möglich und die objektiv geeignet sind, um die Untergebenen von der Begehung der Straftat nach dem VStGB abzuhalten. Er hat insbesondere seine Befehlsbefugnis zu diesem Zweck zu nutzen.⁶² Diese Pflicht umfasst nicht nur die Erteilung von Befehlen an den die Straftat Begehenden selbst, sondern gegebenenfalls auch die Anweisung geeigneter anderer Untergebenen, Hinderungsmaßnahmen zu ergreifen. Im äußersten Fall kann der Vorgesetzte verpflichtet sein, Gewalt gegen den eigenen Untergebenen anzuwenden, um die Hinderungsmaßnahmen durchzusetzen.⁶³

Die Anforderungen an den Vorgesetzten steigen, je greifbarer die Gefahr der Verbrechensbegehung ist. Erforderlich ist nur die Vornahme solcher zur Verbrechensverhinderung geeigneten Maßnahmen, die rechtmäßig sind. Allerdings ist die Rechtmäßigkeit nicht nach den internen Regeln der Hierarchieorganisation oder dem jeweiligen Landesrecht zu beurteilen, sondern nach den Maßstäben des humanitären Völkerrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes.⁶⁴ Wo, wie im Fall des M., der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis überhaupt nicht nutzt, um seine Untergebenen zu einem völkerrechtskonformen Verhalten anzuhalten, ist diese Voraussetzung zweifelsfrei gegeben.

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 38 (Referenzen wurden ausgelassen.).

⁶¹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 38.

⁶² Vgl. Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 49.

⁶³ Ebenso Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 48. Aus der Spruchpraxis der internationalen Rechtsprechung vgl. z.B. JStGH, Urt. v. 15.3.2006 (Hadzihasanović und Kubura, Trial Chamber), paras. 85 ff., 1438 ff., 1485 ff.

⁶⁴ Ähnlich Weigend (Fn. 6), VStGB § 4 VStGB Rn. 50.

⁵⁸ Ähnlich Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 22.

⁵⁹ Vgl. nur Safferling (Fn. 6), 967.

b) *Hypothetische Vermeidungskausalität*

aa) Eine Zurechnung der vom Untergebenen begangenen Straftat gem. § 4 VStGB kommt nur in Betracht, wenn die Verhinderungsmaßnahmen, die der Vorgesetzte hätte ergreifen können, die Begehung der Straftat auch tatsächlich hätten verhindern können.⁶⁵ Dieses Erfordernis unterscheidet § 4 VStGB in signifikanter Weise von der völkerstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit. Jedenfalls nach der Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe ist eine (hypothetische) Kausalität zwischen den unterlassenen Maßnahmen des Vorgesetzten und der Verbrechensbegehung nämlich nicht erforderlich. Für die völkerstrafrechtliche Zurechnungsfigur ist dies überzeugend, weil die Vorgesetztenverantwortlichkeit keine Sonderform der Verbrechensbegehung durch Unterlassen darstellt.⁶⁶ Für § 4 VStGB, der als Spezialregelung einer verschärften unechten Unterlassungshaftung einzuordnen ist, ist es dagegen sachgerecht, die Zurechnung auf solche Fälle zu beschränken, in denen der Vorgesetzte die Verbrechensbegehung tatsächlich hätte verhindern können.

Allerdings führt dieses Ergebnis, wird es ernst genommen, praktisch zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 4 VStGB. Im „Normalfall“ des Völkerstrafrechts kann der Vorgesetzte mit den ihm zu Verfügung stehenden Mitteln die Verbrechensbegehung nämlich nicht verhindern. Der „Normalfall“ des Völkerstrafrechts ist die von einem Machtapparat gesteuerte und gestützte Kriminalität.⁶⁷ Der Vorgesetzte operiert im Völkerstrafrecht in der Regel innerhalb einer Hierarchiestruktur, die die Verbrechensbegehung plant, trägt und fördert. Die ihm offen stehenden Handlungsmöglichkeiten leiten sich aber aus eben dieser Hierarchiestruktur ab. In einer solchen Struktur mag der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis noch in der durch das humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte gebotenen Weise ausüben können und den Untergebenen die zur Verbrechensverhinderung erforderlichen Befehle erteilen. Er nutzt damit aber seine Kompetenzen in einer Weise, die im Widerspruch zur Zielrichtung der Hierarchiestruktur stehen. Unter solchen Bedingungen anzunehmen, die Maßnahmen des Vorgesetzten hätten tatsächlich die Verbrechensbegehung verhindern können, hieße schlicht, die Realität zu verkennen. Diese Annahme widerspräche auch der genau umgekehrten Logik, die der Zurechnung kraft mittelbarer Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten zugrunde liegt: Der Einzelne ist austauschbares Rädchen in einem übermächtigen Apparat.⁶⁸ Auch dieses Bild mag vereinfachen. Jeder einzelne

kann ja durch sein Handeln, seine Verweigerung dazu beitragen, dass der Machtapparat nicht reibungslos funktioniert. Jede Obstruktion verändert den Kausalverlauf. Dem einzelnen Vorgesetzten aber ist es bei objektiver Betrachtung meist gleichwohl kaum möglich, allein den Apparat zu stoppen und den verbotenen Erfolg zu vermeiden. Eine hypothetische Betrachtung dürfte regelmäßig ergeben, dass der völkerrechtskonforme Gebrauch der Befehlsbefugnis dazu geführt hätte, dass die Untergebenen mit Verweis auf die Anweisungen höherer Befehlsebenen bzw. konkurrierender Befehlsketten den Gehorsam verweigert hätten.

Im Ergebnis beschränkt sich der Anwendungsbereich von § 4 VStGB damit im Wesentlichen auf zwei Fälle: Zum einen ist denkbar, dass der Vorgesetzte die Verbrechensbegehung tatsächlich hätte verhindern können, wenn die Völkerrechtsverbrechen des Untergebenen ihrerseits strukturell fremd sind oder ihre Begehungsmöglichkeit lediglich auf Nachlässigkeit oder Indifferenz der höchsten Hierarchieebenen beruht. Zum anderen lässt sich von einer hypothetischen Vermeidungskausalität sprechen, wenn die Befehls- und Führungsgewalt des Vorgesetzten sich tatsächlich auf die gesamte Hierarchiestruktur erstreckte, so dass sein Befehl zu einer Veränderung ihrer Zielrichtung hätte führen können. Im Regelfall des Völkerstrafrechts aber wäre § 4 VStGB auf Vorgesetzte mittlerer und unterer Hierarchieebenen vielfach nicht anwendbar.

Aus der Anwendung der üblichen Voraussetzungen der unechten Unterlassungsstrafbarkeit ergibt sich somit die im Lichte des Schuldprinzips gebotene Beschränkung des Anwendungsbereichs. Das Unterlassen von Vorgesetzten, deren Eingreifen nicht zu einer Verhinderung der Verbrechensbegehung geführt hätte, mag als Beihilfe durch Unterlassen gem. §§ 27, 13 StGB erfasst werden können – die hypothetische Vermeidungskausalität bezöge sich in diesem Fall ja nur auf die Verhinderung der Förderung durch die eigene Untätigkeit –, eine Zurechnung des Verbrechens gem. § 4 VStGB und damit im gleichem Ausmaß wie einem Täter wäre in diesem Fall aber nicht dem Unrechtsgehalt des Verhaltens angemessen.

bb) Ob M. als Präsident der FDLR die Begehung der Verbrechen hätte verhindern können, ist fraglich. Zwar war er nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis der „höchste Führer“ der in der Demokratischen Republik Kongo operierenden Streitkräfte der FDLR.⁶⁹ Die von der FDLR verübten Verbrechen lassen sich aber nach den Feststellungen des BGH auf die allgemeine Strategie der „actions punitives“ zurückführen.⁷⁰ Die Ausführungen des BGH lassen nicht erkennen, wer diese Strategie beschlossen hat.⁷¹ Nur wenn M.

⁶⁵ Vgl. Weigend (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 53; Bock, CCZ 2010, 161 (163).

⁶⁶ Siehe dazu ausführlich Burghardt (Fn. 11), S. 205 ff.

⁶⁷ Vgl. zusammenfassend, statt aller, Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, S. 50 ff.

⁶⁸ Vgl. Roxin, GA 1963, 193 ff. (201): „beliebig auswechselbar“. Aus der internationalen Rechtsprechung IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), para. 515 („a mear gear in a giant machine“). Kritisch dazu zuletzt z.B. Jakobs, ZIS 2009, 572 (573 f.). Zur Aus-

tauschbarkeit der Vorgesetzten mittlerer, ggf. sogar höherer und höchster Befehlsebenen Jakobs, NSTZ 1995, 26 (27).

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 19.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 19.

⁷¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 7, wo es lediglich heißt: „Die FDLR entwickelte die Strategie der „operations punitives“ bzw. „actions punitives“. In Rn. 19 führt der BGH aus: „Die Strategie der FDLR, im Rahmen des Kampfes gegen die jeweiligen Kriegsgegner auch und gerade in den Jahren 2008 und 2009 gewaltsam gegen die im

diesen Beschluss in für die FDLR verbindlicher Weise allein fassen konnte, kann bei realistischer Betrachtungsweise unterstellt werden, dass M. diese Strategie auch alleine wieder hätte ändern können. Erforderte eine solche Strategieänderung nach den tatsächlich wirksamen Organisationsgrundsätzen der FDLR dagegen den Beschluss eines kollektiven Führungsgremiums, hätte M. den Verbänden der FDLR nicht in verbindlicher Weise befehlen können, sich bei Kampfeinsätzen der Strategie widersprechend zu verhalten. Eine Verantwortlichkeit des M. gem. § 4 VStGB wäre unter diesen Umständen zu verneinen. Die Strafbarkeit des M. wäre dann unter Aufklärung seiner Beiträge zur Verabschiedung und Aufrechterhaltung der verbrecherischen Kampfstrategie unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Mittäterschaft,⁷² als Anstiftung oder als Beihilfe zu begründen.

c) *Garantenstellung des Vorgesetzten*

Die Garantenstellung folgt aus der Täterqualifikation. Aus § 4 VStGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, den Vorgesetzten treffe eine Garantenstellung zur Überwachung des Verhaltens seiner Untergebenen. Die Begründung dieser Garantenstellung ist allerdings umstritten.

Weigend hat die Ansicht vertreten, begründbar sei eine Garantenstellung des Vorgesetzten nur, weil er „mit dem ihm unterstellten Personal über ein [...] besonders gefährliches Mittel verfügt, für dessen rechtskonformen Einsatz er sich mit der Übernahme der Befehlsgewalt bewusst verantwortlich gemacht hat“.⁷³ Die damit angesprochenen Gesichtspunkte von Risikoübernahme und Verkehrssicherungspflicht für einen potentiell gefährlichen Gegenstand sind sicherlich zutreffend. Sie werden aber allzu instrumentell gedacht, wenn daraus folgen soll, das unterstellte Personal müsse, wie im unstreitigen Fall militärischer Streitkräfte, bewaffnet sein oder bei der Ausübung der dienstlichen Tätigkeit „ähnliche inhärente Gefahren für die Verletzung der [...] Regeln des humanitären Völkerrechts aufweisen wie militärische Einheiten.“⁷⁴ § 4 VStGB bringt klar zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber von einem Nexus von Vorgesetztenstellung und Garantenpflicht ausgeht. Das legitimierende Moment soll bereits jeder Vorgesetztenstellung innewohnen. Überzeugender ist es daher, die inhärente Gefahr bereits in der hierarchischen Organisation selbst zu sehen. Eine solche Interpretation führt auch nicht zu einer unangemessenen Überdehnung von Rechtspflichten. Insoweit kann zwanglos auf die Erkenntnisse der Organisationssoziologie verwiesen werden: Die hierarchische Ordnung von Personenverhältnissen bietet große Vorteile für die Organisation. Für die Allgemeinheit birgt sie aber auch die Gefahr einer Auflösung von Verantwortung

Kampfgebiet ansässige Zivilbevölkerung vorzugehen, war dem Beschuldigten bekannt.“

⁷² Vgl. zur mittelbaren Täterschaft in Mittäterschaft *Werle/Burghardt* (Fn. 15), S. 862 f.

⁷³ *Weigend* (Fn. 6), VStGB § 4 VStGB Rn. 10. Ihm folgend *Bock*, CCZ 2010, 161 (162). Ähnlich *Ambos* (Fn. 6), § 7 Rn. 58.

⁷⁴ *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 11.

und der Bildung *de facto* von rechtlicher Kontrolle gelöster Räume.⁷⁵ Die Aufsichtspflicht als Korrelat der Befehlsbefugnis ist daher auch keineswegs – und zwar in keiner hierarchischen Organisation – nur interne Pflicht, sondern stets ein Instrument der Allgemeinheit: So wird abgesichert, dass es nach außen erkennbare Verantwortliche gibt, die ein rechtmäßiges Verhalten der Organisationsangehörigen sicherstellen.⁷⁶ Die Aufsichtspflicht ist der Preis, um den die Allgemeinheit, die auf Gleichrangigkeit aller Mitglieder gründet, bereit ist, hierarchische Organisationen in ihrer Mitte hinzunehmen. Die Garantenstellung folgt aus der Aufsichtspflicht. Die Eigenart der hierarchischen Organisation bestimmt lediglich die Reichweite derselben.⁷⁷

4. *Subjektiver Tatbestand*

Ausführlich behandelt der BGH die Anforderungen, die § 4 VStGB in subjektiver Hinsicht stellt. Das mag zunächst überraschen, weil aus § 2 VStGB i.V.m. § 15 StGB eindeutig folgt, dass der Vorgesetzte vorsätzlich handeln muss. Als problematisch erweist sich jedoch, wie konkret der Vorsatz des Vorgesetzten hinsichtlich der vom Untergebenen begangenen Straftat gewesen sein muss. Der Wortlaut von § 4 VStGB setzt lediglich „eine Tat nach diesem Gesetz“ voraus. Vorsatz hinsichtlich dieses Merkmals ließe sich also bereits bejahen, wenn der Vorgesetzte untätig bleibt, obgleich er die Begehung irgendeiner Straftat nach dem VStGB durch einen Untergebenen ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. Ein solch extensives Verständnis wäre indes mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren. Die im VStGB geregelten Tatbestände differieren nämlich erheblich, sowohl im Unrechtsgehalt als auch in der Schutzrichtung. Die Anforderungen an den Vorsatz des Vorgesetzten sind daher nach anderen Gesichtspunkten zu bestimmen.

a) *Position des BGH*

Der BGH hält es jedenfalls für ausreichend, wenn der Vorsatz des Vorgesetzten „die Art der zu begehenden Straftat [...] umfasst“, also z.B. vorsätzliche Tötungen von Zivilisten im Zusammenhang mit dem Einsatz von unterstellten Einheiten im Kampfgebiet.⁷⁸ Ob „die Kenntnis von einer bloß abstrakten Möglichkeit der Begehung von Menschlichkeits- oder Kriegsverbrechen durch einen Untergebenen ausreicht“, lässt

⁷⁵ Vgl. z.B. *Endruweit*, Organisationssoziologie, 2. Aufl. 2004, S. 252 ff.; *Nassehi*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2002, 443 (447 ff., 467 ff.); *Preisendörfer*, Organisationssoziologie, Grundlagen, Theorien und Problemstellungen, 2005, S. 153 ff.

⁷⁶ A.A. *Weigend* (Fn. 6), § 4 VStGB Rn. 9. Wäre die Aufsichtspflicht nur interne Pflicht, wie *Weigend* annimmt, ließe sich im Übrigen auch nicht die Strafbarkeit gem. § 13 VStGB rechtfertigen. Gleiches gilt für die Meldepflicht und die Strafbarkeit gem. § 14 VStGB.

⁷⁷ Ähnlich *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 49), § 13 Rn. 52.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 41.

der BGH offen.⁷⁹ Eine Strafbarkeit des Vorgesetzten scheidet aber aus, „wenn der Untergebene eine qualitativ andere Straftat nach dem Völkerstrafgesetzbuch begeht als diejenige die der Vorgesetzte erwartet hat und geschehen lassen wollte“.⁸⁰ Es sei indes nicht erforderlich, dass der Vorgesetzte, wie etwa bei der Anstiftung gem. § 26 StGB oder der Verbrechensvereinbarung gem. § 30 StGB, eine „in den wesentlichen Merkmalen und Grundzügen konkretisierte Haupttat vor Augen haben muss“. Der Vorgesetzte müsse insbesondere keine konkreten Kenntnisse „bezüglich des genauen Ortes, der genauen Zeit und der konkreten Opfer“ haben.⁸¹

Zur Begründung führt der BGH zunächst aus, dass eine „undifferenzierte Übertragung der bei der Beteiligung an Straftaten nach den Maßgaben des Allgemeinen Teils entwickelten Grundsätze“ dem Sinn und Zweck des § 4 VStGB widerspreche: „[S]ie würde den spezifischen Besonderheiten der Zurechnung von Verstößen gegen das Völkerstrafgesetzbuch in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Dieses unterscheidet sich vom allgemeinen Strafgesetzbuch namentlich dadurch, dass es den regelmäßig kollektiven Charakter der von ihm erfassten Delikte in den Vordergrund stellt. Zentraler Aspekt seiner Strafkonzeption ist gerade die Ahndung der Tatbeteiligung einer Vielzahl von Personen, die auf unterschiedlichen hierarchischen Ebenen an der Deliktsverwirklichung mitwirken. Mit Blick auf die – völkerstrafrechtliche – Vorprägung des Gesetzes ist es unabdingbar, diese Besonderheiten bei dessen Auslegung wesentlich mit einzubeziehen.“⁸²

Aus dieser, die Spezifika des völkerstrafrechtlichen Kontextes berücksichtigenden Betrachtung leitet der BGH sodann drei Argumente für seine Überlegungen her: Zum einen treffe den Vorgesetzten die Pflicht, Straftaten seines Untergebenen zu verhindern, nicht erst, wenn ihm die zu begehende Straftat in ihren wesentlichen Merkmalen bekannt ist. Dies folge aus dem großen Gefahrenpotential, das regelmäßig von dem unterstellten Personal, etwa aufgrund seiner Bewaffnung, ausgehe.⁸³ Zum anderen bezwecke § 4 VStGB gerade die Zurechnung von Straftaten Untergebener auf „Vorgesetzte, die an der Spitze der Befehlskette stehen und damit regelmäßig von dem tatsächlichen Geschehen vor Ort so weit entfernt sind, dass sie keine detaillierten Kenntnisse etwa bezüglich des genauen Ortes, der genauen Zeit und der konkreten Opfer haben“. Die Vorschrift würde hinsichtlich dieses Personenkreises praktisch leer laufen, stellte man an die Konkretisierung des Vorsatzes zu hohe Anforderungen. Dies werde insbesondere in Fällen deutlich, in denen die Verbrechen der Untergebenen ihr wesentliches Gepräge durch allgemeine Direktiven der obersten Hierarchieebenen erhalten hätten.⁸⁴ Schließlich ergebe sich in bewaffneten Konflikten typischerweise erst kurzfristig, welche konkreten Straftaten die Untergebene tatsächlich im Begriff stünden zu begehen. Auch dies

spreche dagegen, detaillierte Kenntnisse des Vorgesetzten zu verlangen.⁸⁵

b) Stellungnahme

Die Ausführungen des BGH sind zwiespältig. Zwar überzeugen Herleitung und Begründung nicht. Zuzustimmen ist dem BGH dagegen, soweit Detailkenntnisse des Vorgesetzten hinsichtlich der konkreten Tatbegehung für entbehrlich gehalten werden.

aa) § 4 VStGB senkt nicht die Anforderungen an die subjektive Tatseite im Vergleich zu anderen Beteiligungsformen, insbesondere der Anstiftung gem. § 26 StGB. Gegen diese Annahme spricht die systematische Verortung von § 4 VStGB in der Beteiligungslehre und das verfassungsrechtlich begründete Schuldprinzip. § 4 VStGB ist als spezielle unechte Unterlassungshaftung konzipiert. Die unechte Unterlassungstäterschaft setzt aber Vorsatz hinsichtlich des konkret verwirklichten Unrechtserfolges voraus. § 4 VStGB ordnet zudem eine tätergleiche Bestrafung an. Das Gebot der Proportionalität von Schuld und Strafe erfordert mithin ein Verhalten des Vorgesetzten, dass der Täterschaft im Unrechtsgehalt vergleichbar ist. Auch diese Überlegung spricht dafür, auf Seiten des Vorgesetzten Vorsatz bezüglich der konkret von dem Untergebenen begangenen Tat zu fordern. Beide Erwägungen sind auch unter Verweis auf den völkerstrafrechtlichen Kontext nicht zu umgehen. Daraus folgt, dass eine Kenntnis des Vorgesetzten hinsichtlich einer bloß abstrakten Möglichkeit der Begehung von Straftaten nach dem VStGB nicht ausreichend sein kann. Ebenso scheidet eine Zurechnung nach § 4 VStGB mangels Vorsatz aus, wenn der Vorgesetzte Vorsatz hinsichtlich der Begehung eines bestimmten Völkerrechtsverbrechens durch einen Untergebenen hat, der Untergebene aber ein anderes Völkerrechtsverbrechen begeht.

bb) Dem BGH ist allerdings darin zuzustimmen, dass § 4 VStGB keine detaillierte Kenntnis des Vorgesetzten bezüglich des genauen Ortes, der genauen Zeit und der konkreten Opfer der Tat des Untergebenen voraussetzt. Dies ist allerdings keine Besonderheit von § 4 VStGB. Derartige Detailkenntnisse haben Rechtsprechung oder Lehre in den relevanten Fallkonstellationen nämlich auch für die Täterschaft gem. § 25 StGB oder die Anstiftung gem. § 26 StGB nie verlangt.

„Relevante Fallkonstellationen“ meint jedenfalls solche Fälle, in denen wiederholt und nach einem bestimmten Schema immer wieder die gleichen Straftaten begangenen werden und das zurechnungsbegründende Verhalten in zeitlicher und örtlicher Distanz zu den einzelnen Tatbestandsverwirklichungen liegt. Der für den Vorsatz relevante Zeitpunkt liegt also vor dem Zeitpunkt der Verbrechensbegehung. In diesen Fällen ist der Vorsatzbegriff seit jeher angepasst worden, auch wenn diese Anpassung bislang noch nicht in hinreichendem Maß diskutiert worden sein mag.

Beispielhaft kann auf die Entscheidungen des BGH in Verfahren gegen Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats

⁷⁹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 41.

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 42.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43.

⁸² BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 43.

⁸³ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 44.

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 45.

⁸⁵ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 46.

und des Politbüros der DDR verwiesen werden.⁸⁶ Nachdem das Landgericht Berlin zunächst von einer Strafbarkeit der Angeklagten als Anstifter gem. § 26 StGB ausgegangen war, hat der BGH die strafrechtliche Verantwortlichkeit bekanntlich auf mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft durch organisatorische Machtapparate gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gestützt. Weder die Rechtsprechung noch die Strafrechtslehre, die sich intensiv mit dieser Entscheidung auseinandergesetzt hat, haben mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft oder Anstiftung bezweifelt, weil den Politbüromitgliedern etwa konkrete Kenntnis darüber gefehlt hätte, wann wo wer von wem genau an der deutsch-deutschen Grenze erschossen oder durch die Grenzsicherungsanlagen zu Tode gekommen wäre. Ähnliches gilt für die Diskussion um die strafrechtsdogmatische Erfassung des Verhaltens Eichmanns im Zusammenhang mit der Organisation des Holocaust.⁸⁷ Erforderlich war stets allein der Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung des tatbestandlich vertypen Unrechts und hinsichtlich der typisierbaren Tatumstände.

Neu ist im Fall der Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter gem. § 4 VStGB, dass zum Zeitpunkt des die Zurechnung begründenden Unterlassens in der Regel keine sichere Kenntnis der Begehung von Völkerrechtsverbrechen durch Untergebene vorliegt, sondern nur das Wissen um diese Möglichkeit. Die entscheidende Frage ist in solchen Fällen, wann dieses Wissen um die Möglichkeit hinreichend konkret ist, um *dolus eventualis* bejahen zu können. Die Antwort lässt sich – wie stets bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit – nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der risikorelevanten Faktoren treffen. Solche risikorelevanten Faktoren betreffen zunächst Umstände, die für sich gesehen jedenfalls noch keine konkrete Gefahr begründen, also etwa die Art der Hierarchieorganisation, innerhalb derer der Vorgesetzte Befehlsmacht ausübt, und ihr Tätigkeitsbereich zum Tatzeitpunkt der die Zurechnung begründenden Unterlassung. Wichtiger sind freilich das Vorverhalten des Vorgesetzten selbst und seiner Untergebenen. Aussagekräftigstes Indiz ist dabei nahe liegender Weise, ob Untergebene sich bereits in der Vergangenheit bestimmter Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht und die internationalen Menschenrechte zuschulden kommen lassen und wie der Vorgesetzte auf diese Verstöße reagiert hat.⁸⁸

Die Faustregeln hierzu verstehen sich eigentlich von selbst: Je mehr und je intensiver bereits in der Vergangenheit gegen einschlägige Regelungen verstoßen wurde, desto eher besteht die konkrete Gefahr, dass es in den entsprechenden Situationen erneut zu solchen Verstößen kommen wird. Je weniger der Vorgesetzte in der Vergangenheit unternommen hat, um ein rechtmäßiges Verhalten seiner Untergebenen zu sichern und Verstöße zu ahnden, desto eher besteht die kon-

krete Gefahr, dass sich entsprechende Verstöße wiederholen werden.

Aus der Begehung eines Verbrechens durch eine unterstellte Einheit folgt aber nicht ohne weiteres die konkrete Gefahr, dass auch eine andere Einheit, die dem Vorgesetzten ebenfalls unterstellt ist, sich völkerrechtswidrig verhalten wird.⁸⁹ Ebenso kann aus der Begehung eines Verbrechens nicht ohne weiteres auf die Begehung eines anderen Verbrechens geschlossen werden.⁹⁰ Freilich kann ein solcher Rückschluss im Einzelfall möglich sein. Innerhalb eines völkerrechtlichen Kernverbrechens (z.B. Kriegsverbrechen) ist der Rückschluss von der Begehung eines Einzelverbrechenstatbestands in der Vergangenheit auf die konkrete Gefahr der Begehung eines anderen Einzelverbrechenstatbestands möglich, wenn zumindest die angegriffenen Schutzgüter miteinander vergleichbar sind und auch Tatsituation, Angriffsziel oder -intensität einander entsprechen. Wo Untergebene in der Vergangenheit Kriegsgefangene bereits massiv misshandelt haben, besteht regelmäßig eine hinreichend konkrete Gefahr, dass es zukünftig zu Tötungen von Gefangenen infolge von weiteren Misshandlungen kommt. Wo Einheiten im Kampf bereits Schutzzeichen der Genfer Abkommen missachtet haben, kann für folgende Kampfeinsätze die hinreichend konkrete Gefahr bestehen, dass auch Angehörige humanitärer Hilfsmissionen in Übereinstimmung mit der UN-Charta nicht respektiert werden.

Denkbar ist auch der Rückschluss zwischen vergleichbaren Einzeltatbeständen verschiedener Kernverbrechen. Ein Rückschluss von einem Kriegsverbrechen auf ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit kommt in Betracht, wenn die Hierarchieorganisation ohnehin im Kontext eines bewaffneten Konflikts operiert, in dem das Distinktionsgebot des humanitären Völkerrechts bereits weitgehend missachtet wird. Ein Rückschluss von einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf ein Kriegsverbrechen ist jedenfalls dann denkbar, wenn sich der Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht gegen Rechtsgüter derjenigen Gruppe richtet, die im Rahmen des Tatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit die angegriffene Zivilbevölkerung bildet. So begründet beispielsweise die ethnisch motivierte Misshandlung bosnisch-muslimischer *Zivilisten* in einem Internierungslager durch Untergebene regelmäßig die konkrete Gefahr, dass diese Untergebenen auch bosnisch-muslimische *Kriegsgefangene* misshandeln werden.

Der Rückschluss von der Begehung von Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf die konkrete Gefahr von Völkermordhandlungen der Untergebenen dürfte angesichts der für den Genozid charakteristischen Zerstörungsabsicht kaum möglich sein. Umgekehrt impliziert das Vorliegen von Zerstörungsabsicht gegenüber einer Grup-

⁸⁶ BGHSt 40, 218 (Nationaler Verteidigungsrat); 45, 270 (Politbüro).

⁸⁷ Vgl. *Roxin*, GA 1963, 193 ff.

⁸⁸ Zu weiteren Gesichtspunkten, die in der internationalen Spruchpraxis bislang eine Rolle gespielt haben, siehe *Burghardt* (Fn. 11), S. 246 ff.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Fallkonstellation z.B. JStGH, Urt. v. 15.3.2006 (Hadzihasanović und Kubura, Trial Chamber), paras. 1249 f., 1749 f.

⁹⁰ Vgl. aus der Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe z.B. JStGH, Urt. v. 17.9.2003 (Krnjelac, Appeals Chamber), para. 146 ff.; JStGH, Urt. v. 15.3.2006 (Hadzihasanović und Kubura, Trial Chamber), paras. 98, 102 ff.

pe, dass gegenüber Mitgliedern dieser Gruppe auch die Regeln des humanitären Völkerrechts und der Kern der Menschenrechte nicht gewahrt bleiben. Daher ist von der Begehung von Völkermordtaten in der Vergangenheit der Schluss möglich auf eine konkrete Gefahr der Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Mit anderen Worten: Die größte Schwierigkeit beim Nachweis des Eventualvorsatzes des Vorgesetzten hinsichtlich der Begehung eines Verbrechens liegt darin, dem Vorgesetzten positive Kenntnis hinsichtlich der Risikofaktoren nachzuweisen, die bereits zum Unterlassenszeitpunkt die konkrete Gefahr der Begehung des nachfolgend tatsächlich begangenen Verbrechens begründen.

cc) Im Falle des M. dürfte der Nachweis von Vorsatz nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis wenig Probleme bereiten: M. kannte die allgemeine Strategie der „actions punitives“, aufgrund derer die FDLR gegen die Zivilbevölkerung vorging. Die tatsächlich begangenen Verbrechen entsprachen den strategischen Vorgaben.

IV. Zusammenfassung

Die eingangs formulierten Thesen können abschließend in acht Punkten erläutert werden:

1. Die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit ist eine subsidiäre Form der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, die ein besonders geringes Maß von Verantwortlichkeit für das zugerechnete Völkerrechtsverbrechen bezeichnet. Sie erweitert die Außengrenzen des strafbaren Verhaltens im Falle der unvorsätzlich unterlassenen Verbrechenverhinderung und der vorsätzlich oder unvorsätzlich unterlassenen Verbrechenahndung bzw. Verbrechenmeldung.

2. Die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit verstößt nicht gegen das Schuldprinzip. Gleichbleibender Unrechtsgehalt aller erfassten Fallkonstellationen ist das schuldhaft-pflichtwidrige Unterlassen des Vorgesetzten mit konkretem Bezug zu dem zugerechneten Verbrechen. Die Abweichungen vom deutschen Strafrecht beruhen im Wesentlichen auf einer anderen systematischen Einordnung: Das Völkerstrafrecht behandelt als marginale Form der Beteiligung an der Verbrechensbegehung, was das deutsche Strafrecht in Sonderdeliktstatbeständen erfasst. Im Lichte des Schuldprinzips erweisen sich diese unterschiedlichen Lösungen als kontingent.

3. Es wäre möglich, eine einheitliche Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in das VStGB aufzunehmen. Eine solche Regelung müsste entsprechend ihrem Unrechtsgehalt als (doppelter) Strafmilderungsgrund in der Strafzumessung Berücksichtigung finden. Daneben fänden die allgemeinen Beteiligungsregeln Anwendung. In Fällen, in denen das Unterlassen des Vorgesetzten Strafbarkeit gem. § 357 StGB oder nach § 13 StGB begründet, träte die Vorgesetztenverantwortlichkeit aus Gründen der Subsidiarität zurück. Die für das VStGB gewählte Lösung entspricht allerdings besser der systematischen Grundentscheidung des deutschen Strafrechts, den Schuldvorwurf im Wesentlichen durch die Straftatbestände des Besonderen Teils auszudifferenzieren, nicht durch die Beteiligungslehre.

4. § 4 VStGB sieht eine Bestrafung des Vorgesetzten für die Tat des Untergebenen „wie ein Täter“ vor. Geboten ist daher eine restriktive Auslegung des Zurechnungstatbestands, die sicherstellt, dass das erfasste Verhalten in seinem Unrechtsgehalt tatsächlich demjenigen eines Täters entspricht. Ob sich die gegenüber der allgemeinen unechten Unterlassungsstrafbarkeit gem. § 13 StGB verschärfte Haftung des § 4 VStGB rechtfertigen lässt, ist zweifelhaft.

5. Vorgesetzter im Sinne des § 4 VStGB ist, wer aufgrund seiner Stellung innerhalb einer Hierarchiestruktur die Befehls- oder Führungsgewalt gegenüber einer anderen Person ausübt. Befehls- oder Führungsgewalt ist die Befugnis, Befehle oder Anordnungen zu erteilen. Bestehen und Reichweite der Befugnis sind unter Berücksichtigung der Grundsätze zu beurteilen, nach denen die Hierarchieordnung tatsächlich organisiert ist. Die tatsächliche Möglichkeit, das Verhalten des Untergebenen kontrollieren zu können, ist regelmäßige Folge, nicht Voraussetzung der Vorgesetztenstellung.

6. Das die Zurechnung begründende Verhalten gem. § 4 VStGB erfordert insbesondere, dass der Vorgesetzte die Verbrechensbegehung hätte verhindern können. Diese Voraussetzung führt zu einer erheblichen Beschränkung des Anwendungsbereiches von § 4 VStGB, weil die Möglichkeit, die Verbrechensbegehung zu verhindern, in dem für die Begehung von Völkerrechtsverbrechen typischen Kontext insbesondere bei Vorgesetzten mittlerer und niedriger Rangebenen oftmals fehlt.

7. Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz des Vorgesetzten hinsichtlich der konkret von dem Untergebenen begangenen Tat voraus. Ausreichend ist die Kenntnis des Vorgesetzten hinsichtlich der Verwirklichung des tatbestandlich vertypeten Unrechts und hinsichtlich der typisierbaren Tatumstände. Detaillierte Kenntnis des Vorgesetzten bezüglich des Ortes, der Zeit und der Opfer der Tat des Untergebenen sind nicht erforderlich. *Dolus eventualis* liegt vor, wenn sich aus den Umständen zum Zeitpunkt des die Zurechnung begründenden Unterlassens die konkrete Möglichkeit der Begehung des zugerechneten Verbrechens ergibt und dem Vorgesetzten positive Kenntnis der diese Möglichkeit begründenden Risikofaktoren nachgewiesen werden kann.

8. Im Verfahren gegen M. bedarf die Frage näherer Untersuchung, ob M. aufgrund seiner Position innerhalb der FDLR tatsächlich in der Lage war, die Strategie der „operations punitives“ bzw. „actions punitives“ allein zu ändern. Hätte es dazu nach den faktisch wirksamen Organisationsgrundsätzen der FDLR eines kollektiven Beschlusses durch die Führungsmitglieder bedurft, schied eine Begründung der Strafbarkeit gem. § 4 VStGB aus. Unter Berücksichtigung seiner Beiträge zur Verabschiedung und Aufrechterhaltung der verbrecherischen Kampfstrategie käme aber insbesondere eine mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Mittäterschaft in Betracht.