

SABINE SWOBODA*

*Juristische Aufarbeitung kollektiver Gewalt im Kontext von bewaffneten Konflikten und
Unrechtsregimen*

*Am Beispiel der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bürgerkriegs
im ehemaligen Jugoslawien in den Jahren 1991-1995***

Zusammenfassung: A. Einleitung; – B. Der Konflikt im ehemaligen Jugoslawien; – B.1. Zerfall der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien; – B.2. Die Besonderheiten von Makrokriminalität, – B.3. Gewalt in der Gemeinde Prijedor als Beispiel für komplexe kollektive Gewaltzusammenhänge; – C. Die möglichen Formen individuell-strafrechtlicher Zurechnung von Verantwortung; – C.1. Ausgewählte Zurechnungsmodalitäten des gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts; – C.2. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Strafnormen im nationalen Recht; – D. Ergebnis.

A. *Einleitung*

Welche Schwierigkeiten bereitet die Aufklärung großangelegten Regimeunrechts und von Bürgerkriegsverbrechen noch Jahre nach den Taten? Wie macht man einzelne strafrechtlich für Massengewalttaten verantwortlich? Strafrechtliche Verantwortung ist im Chaos des Kriegs oder in Machtstrukturen eines Unrechtsregimes oft nur schwer zuzuordnen. Dafür sorgen ein diffuses Dickicht von Befehls- und Machtstrukturen und ein Klima der Angst und der Heimlichkeit, so dass Informationen über die Strukturen und die internen Zuständigkeiten kaum nach außen dringen. Im Folgenden sollen anhand von Völkerrechtsverbrechen aus

* *Professor an der Ruhr-Universität Bochum.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Vortrag vor der Juristischen Fakultät der Universität Camerino, Italien, gehalten am 26. Juni 2017 (Relazione tenuta presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 26 giugno 2017); eine ausführliche Wiedergabe der Forschungsergebnisse ist veröffentlicht bei Swoboda, ZStW 128 (2016), 931.

der Zeit des jugoslawischen Bürgerkriegs in den Jahren 1991-1995/1996 die wesentlichen Aufklärungsprobleme dargestellt werden. Herangezogen werden als Beispiele Fälle des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag (ICTY) oder der Sonderabteilungen für Kriegsverbrechen in Belgrad und Sarajevo. Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Frage, wie man die Verantwortlichen aus höheren Machtpositionen mit den Verbrechen in Verbindung bringen kann.

B. *Der Konflikt im ehemaligen Jugoslawien*

1. *Zerfall der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*

Am 25. Juni 1991 begann mit der Unabhängigkeitserklärung der Teilrepubliken Slowenien und Kroatien der nicht mehr aufzuhaltende Zerfall der "Sozialistischen Föderativen Republik – SFR Jugoslawien".¹ Die übrigen Teilrepubliken Jugoslawiens, Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Serbien und Montenegro und zuletzt sogar der Kosovo, eigentlich ein Gebiet Serbiens, folgten – teilweise sofort, teilweise Jahre später – nach.

In Slowenien dauerte der Konflikt 1991 nur 7 Tage, doch in Kroatien eskalierte die Gewalt. Serbische Freischärlertruppen riefen die unabhängige Republik „Serbische Krajina“ aus. Dort begannen die ersten „ethnische Säuberungen“, die das „Kennzeichen“ des Jugoslawienkonflikts wurden. Nach Referenden in Bosnien und Herzegowina über die Unabhängigkeit² erklärte die Teilrepublik am 3. März 1992 ihre Unabhängigkeit. Es folgten ethnische Spannungen bis hin zu offenen gewaltsamen Zusammenstößen³ und die fast vierjährige Belagerung Sarajevos.⁴ Die bosnischen Serben wollten unter der Führung ihres Präsidenten *Radovan Karadžić* aus dem zerfallenden Staatsgebilde ein „serbisch dominiertes Rest-Jugoslawien“ retten und die von ihnen in der Krajina und in Ostkroatien dominierten Gebiete über

¹ Vgl. *Hösch, Edgar*, Die Geschichte der Balkan-Länder von der Frühzeit bis zur Gegenwart, 5. Auflage, 2008, S. 405 ff.

² Zu den Referenden *Čalić, Marie-Janine*, Geschichte Jugoslawiens im 20. Jahrhundert, 2010, S. 312; *Hösch* (Fn. 2) S. 407-408.

³ *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 December 2003, para. 196 m. w. N.

⁴ Der Terror durch das Sarajevo Romanija Korps wird für den Zeitraum vom 10. September 1992 bis 10. August 1994 ausführlich geschildert im erstinstanzlichen Urteil des ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, (Fn. 4) paras. 198 et seq.

eine Landbrücke mit dem serbischen Mutterland verbinden.⁵ Es gab von höchster politischer Ebene Anweisungen, wie auf den als serbisch betrachteten Gebieten die nichtserbischen Bevölkerungsgruppen aus den Amtspositionen gedrängt werden sollten, um die bosnisch-serbischen nationalpolitischen Ziele umzusetzen. Im Zuge der unmittelbar hierauf einsetzenden ethnischen Vertreibungen errichteten bosnischen Serben an zahlreichen Orten in Bosnien und Herzegowina erste Konzentrations- und Gefangenenlager, darunter die berüchtigten Lager in Trnopolje, Keraterm und Omarska bei Prijedor. Die Lager dienten offiziell als Sammelstelle. Dort sollten Gefangene nach Belastungskategorien eingeordnet werden, beginnend mit der Kategorie „A“ für „unschuldig“ bis „C“ für Personen, die als feindlich gesinnt eingestuft wurden, weil sie aktiv die Politik der Parteien der anderen Ethnien unterstützt oder selbst an Kämpfen gegen serbische Einheiten teilgenommen hatten. Tatsächlich waren die Lager aber mit ihrer Errichtung sofort auch Folter- und Todeslager. In ihnen oder bei ihrer Räumung wurden berüchtigte Massaker begangen, darunter insbesondere die Erschießungen in „Raum 3“ in Keraterm oder die Erschießung von über hundert Männern an den Klippen von Korićani am Berg Vlašić. Das Lager Trnopolje war zudem Ausgangspunkt für Deportationsfahrten für nichtserbische Vertriebene. Sie waren während der Fahrten oft Opfer von Gewaltdelikten und Ausplünderungen wurden. Die Lager bestanden oft nur wenige Monate. Nachdem sie ihren Zweck, der ethnischen Säuberung zu dienen, erfüllt hatten, wurden sie geschlossen. Weitere berüchtigte Gewalttaten waren im Juli 1995 der „Völkermord von Srebrenica“ in Ost-Bosnien. Bosnisch-serbischen Streitkräfte überrannten am 11. Juli 1995 die eingerichtete UN-Schutzzone in Srebrenica und töteten über 8.000 muslimische Männer und Jungen. Weitere 25.000 vor allem muslimische Zivilisten (Kinder, Frauen, alte Männer) wurden aus der Enklave deportiert.⁶ Es gab den gesamten Krieg über Massenvergewaltigungen und erzwungene Schwangerschaften und im August 1995 die „Operation Sturm“ einen kroatischen Vertreibungsangriff gegen die Serben in der kurzlebigen „Serbischen Republik

⁵ Hösch (Fn. 2) S. 277; zu den strategischen Zielen der bosnischen Serben s. auch ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Judgement, 31 July 2003, paras. 41-43. Zu darüber hinausgehenden (uneingelösten) Absprachen zwischen der kroatischen und der serbischen Führung, sich auf Kosten der Muslime auf eine Teilung Bosnien-Herzegowinas zu einigen; Calic (Fn. 3) S. 313 f.

⁶ Zu den Ereignissen s. den Stand der Aufarbeitung im Jahr 2001 im Urteil des ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 August 2001, paras. 31 et seq., zu den Opferzahlen s. paras. 80-87, zu den Deportationen para. 519. Diese Basisfakten wurden von den Parteien nicht mit der Berufung angefochten und sind damit unbestritten rechtskräftig geworden.

Krajina“. Operation Sturm gilt mit bis zu 200.000 Vertriebenen als letzte große ethnische Säuberungsaktion des Krieges.

Am 1. November 1995 kam es auf massiven Druck der U.S.A. hin zu Friedensgesprächen auf der Wright-Patterson Airforce-Base in Dayton, Ohio. Sie führten zum „Daytoner Friedensabkommen“ für Bosnien und Herzegowina, das am 25. November 1995 zwischen dem serbischen Präsidenten Slobodan Milošević, dem kroatischen Präsidenten Franjo Tuđman und dem bosnischen Präsidenten Alija Izetbegović vereinbart und am 14. Dezember 1995 in Paris von allen Seiten unterzeichnet wurde.⁷

Das politische Leben in Bosnien und Herzegowina wird bis heute von den Daytoner Bedingungen bestimmt. Schon seit 22 Jahren überwacht der „Hohe Repräsentant“ für Bosnien und Herzegowina gemäß Artikel 1 Abs. 2 des Anhangs 10 des Daytoner Friedensabkommens⁸ die Umsetzung der Generellen Rahmenvereinbarung des Friedensabkommens und leitet den zivilen Wiederaufbau an.⁹ Auf ihn gehen zahlreiche Gesetze zur Justizreform zurück, darunter auch das heute gültige Strafgesetzbuch für Bosnien und Herzegowina (nachfolgend: „StGB BiH 2003“) und die Strafprozessordnung (nachfolgend: „StPO BiH 2003“).¹⁰ Auch die Errichtung des Gerichts für Bosnien und Herzegowina (nachfolgend: „Gericht BiH“), dessen Arbeit hier vorgestellt werden wird, geht auf eine Entscheidung des Hohen Repräsentanten aus dem Jahr 2000 zurück.¹¹

2. *Die Besonderheiten von Makrokriminalität*

Bei diesen schweren Gewaltverbrechen in Kriegszeiten handelt sich um „Makrokriminalität“. Nach der Definition von Herbert Jäger zählen zur „Makrokriminalität“ „die in ihren destruktiven Wirkungen besonders gravierenden und gefährlichen Großformen kollektiver Gewalt...“.¹² Makrokriminalität befasst sich mit Verbrechen, die ein Kollektiv begeht bzw.

⁷ Veröffentlicht als Dokument des UN General Assembly bzw. des UN-Generalsekretärs unter den Nr. A/50/79C bzw. S/1995/999, 30. November 1995.

⁸ Id., Annex 10, dort S. 111.

⁹ Für Informationen dazu s. <http://www.ohr.int/?lang=en> (zuletzt besucht am 10.2.2017).

¹⁰ OHR, 24th Report by the High Representative for Implementation of the Peace Agreement to the Secretary-General of the United Nations, 10. March 2003; veröffentlicht unter <http://www.ohr.int/?p=47359> (zuletzt besucht am 10.2.2017).

¹¹ Dieses Mal auf Wolfgang Petritsch; vgl. HR Decision on Law Establishing the State Court of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina”, 29/00.

¹² Jäger, *Herbert*, Makrokriminalität, 1989, S. 11.

die aus einem Kollektivzusammenhang heraus begangen werden, mit Massen- oder Gruppengewalt. Der einzelne erbringt seinen Beitrag nicht unbedingt unmittelbar zur Tatausführung, sondern nur zum kollektiven Zusammenhang. Er fördert den kollektiven Gewaltkontext, der die Verbrechen ermöglicht.

Kollektivgewalttaten sind geprägt von hohen Eskalationsrisiken. Die Täter handeln unter Konformitäts- und Gruppendruck. In der Gruppe verändern sich auch die normalen gesellschaftlichen Normen und Werte. Es kommt zur Erosion von Normen und Moral, jedenfalls gegenüber denen, die als Feinde definiert werden. Aggressions- und Verbrechenhemmungen werden abgebaut, das Unrechtsbewusstsein schwindet. Das Gewissen wird durch die in der Gruppe akzeptierten Gewaltnormen zum Schweigen gebracht.

Bei der strafrechtlichen Aufklärung muss das Strafrecht dann durch diese Kollektivstrukturen hindurch auf den Einzelnen zugreifen und sein individuelles Zutun zum Verbrechen hinter den kollektiven Zusammenhängen sichtbar zu machen. Das Strafrecht kann keine Kollektivschuldzuweisungen vornehmen, sondern muss die Verzahnung der Täter und des gesamte kollektiven Unrechtszusammenhangs aufbrechen und den Einzelnen dafür bestrafen, was er konkret als Individuum zur kollektiven Dynamik beigetragen hat. Das verlangt akribische Aufklärungsarbeit; und diese wiederum wird nach bewaffneten Konflikten oft dadurch erschwert, dass es kaum noch möglich ist, die „Wahrheit“ ans Licht zu bringen, also eine realistische Version des Geschehens, die nicht von der „Wahrheitsmatrix“, in der die Zeugen und Beschuldigten leben, verzerrt ist. Die Wahrheit der im Konflikt agierenden ist in der Regel durch ihr eigenes Narrativ vom Konflikt verfremdet. Dieses Narrativ dient der Selbstrechtfertigung bzw. dazu, die eigenen politischen Ziele alternativlos erscheinen zu lassen. Zudem leben diese Narrative von der Schuldzuweisung an andere. Für glaubhafte Aussagen über die Verteilung von Verantwortung in einem Regime braucht man aber gerade Insiderzeugen oder Originalregimedokumente, damit diese aus eigener Anschauung von den Verwicklungen des Regimes in die Verbrechen berichten. Nur wie bringt man Insider, die oft selbst tief in die Gewalt verstrickt waren, dazu, hier glaubhaft Auskunft zu geben? Eine diffuse Verantwortungsverteilung, vor allem wenn eine Vielzahl unterschiedlicher Gruppen

in die Verbrechen involviert war, erlaubt zudem, Fakten so zu schildern, dass die Hauptverantwortung die anderen trifft. „Wahrheit“ ist in diesen Nachkonfliktuntersuchungen also ein biegsames Konzept.

3. *Gewalt in der Gemeinde Prijedor als Beispiel für komplexe kollektive Gewaltzusammenhänge*

Der Bosnienkonflikt ist von sehr komplexen Gewaltzusammenhängen geprägt. Die ethnischen Säuberungen und Gewaltverbrechen in den Lagern, Gefängnissen und bei den Überfällen auf einzelne Orte wurden durch eine Vielzahl zueinander parallel agierender militärischer und ziviler Strukturen verübt. Zu den Akteuren zählten z. B. die Jugoslawische Volksarmee JNA, die ab 1991/1992 zunehmend von Serben dominiert wurde; die kroatische Armee „HV“, bestehend aus den Einheiten der kroatischen Territorialverteidigung, die bosnische Armee, bestehend aus Einheiten der generalmobilisierten bosnischen Territorialverteidigung¹³ und ferner über 80 paramilitärische Gruppen,¹⁴ denen viele Verbrechensexzesse zur Last gelegt werden und die zum Teil gerade dazu geformt worden waren, um die „Dreckarbeit“ der militärischen Säuberungen zu erledigen. Zu diesen Formationen zählten z. B. die militärischen Flügel der Parteien, lokale Paramilitärs oder Sondereinheiten der Polizei.¹⁵

Neben diese militärischen und paramilitärischen Einheiten treten die lokalen Verwaltungsstrukturen, die im Hintergrund die Logistik für die ethnischen Säuberungen schufen. Verbrechensbegünstigend wirkte sich dabei aus, dass die zivilen Verwaltungsstrukturen im früheren Jugoslawien historisch stark von der Parteipolitik beeinflusst waren. Jahrzehntlang hatte die kommunistische Partei (der „Bund der Kommunisten“) die Tätigkeitsagenda der

¹³ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, para. 122.

¹⁴ Id., para. 121; im Urteil ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, Case No. IT-00-39-T, Trial Judgement, 27 September 2006, paras. 208 et seq., ist von bis zu 60 paramilitärischen Formationen in ganz BiH die Rede, die von der bosnisch-serbischen Versammlung und Präsidentschaft zunächst gerne zur Territorialeroberung eingebunden wurden. Die paramilitärischen Formationen bestanden vor allem aus Personen mit krimineller Vergangenheit, deren Hauptinteresse das Plündern zu sein schien. Nachdem die serbischen Territorien weitgehend gesichert waren, wurden diese paramilitärischen Formationen für die bosnisch-serbische Regierung zunehmend zum Problem. Diejenigen, die sich dem Befehl der VRS unterstellen ließen, wurden der VRS angegliedert. Andere Gruppen versuchte man zu entwaffnen, um die eigenen Gebiete zu „befrieden“.

¹⁵ Letter dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674, 24 May 1994, Annex, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), para. 122.

Verwaltung bestimmt. Rechtsinstrumente verkümmerten. Im Krieg nahmen dann die ethnisch-nationalen Parteien den Platz der Kommunisten ein und nutzten die aufgrund ihrer politischen Prägung widerstandsunfähigen Strukturen in den Verwaltungsbehörden zur Umsetzung der eigenen Säuberungspolitik. Die zivilen Krisenstäbe auf Gemeindeebene erlangten dabei besondere Bedeutung. Sie sollten ursprünglich nur im Krisenfall die Arbeit von Gemeinde- und Exekutivräten übernehmen, bis die gewählten Gremien wieder einsatzbereit sind, wurden im Krieg aber zum ständigen und wichtigsten Gemeindeorgan. Sie besaßen aufgrund des hohen Maßes an Verwaltungsautonomie der Gemeinden¹⁶ beträchtliche Exekutivbefugnisse.

Als Beispiel für einen Prozess der Machtergreifung über die Usurpation von zivilen Verwaltungsinstanzen soll der Fall „*Milomir Stakić*“ geschildert werden, der sich mit der Machtergreifung durch bosnische Serben in der Gemeinde Prijedor in Nordbosnien befasste.¹⁷ Prijedor erlebte im November 1990 seine erste freie Gemeinderatswahl nach dem Ende des Sozialismus. Die Wahl ergab eine multiethnische Gemeinderatsversammlung, in der die Posten gleichmäßig zwischen den Ethnien verteilt wurden. Keine Ethnie hatte die absolute Mehrheit. Als aber klar wurde, dass die muslimischen und kroatischen Bewohner Prijedors in den Referenden im November 1991 für die Unabhängigkeit Bosniens und Herzegowinas stimmen würden, entschied der lokale Parteivorstand der der nationalistisch-serbischen Partei (SDS), die serbische Machtübernahme und die Etablierung unabhängiger Gemeindeorgane in Prijedor vorzubereiten.¹⁸ Die serbischen Abgeordneten formten eine unabhängige Gemeinderatsversammlung der Serben in Prijedor sowie einen lokalen Krisenstab und eine „Regierung“, also „Schattenstrukturen“, die den (noch amtierenden) Verwaltungsorganen auf Gemeindeebene entsprachen.¹⁹ Zur Vorbereitung der Machtübernahme wurden alle (serbischen) Polizei- und Verteidigungseinheiten und die Angestellten auf Verwaltungsposten wurden dem „Krisenstab“ der Serben unterstellt. Auch entstanden in Prijedor zahlreiche verborgene serbische Polizeistationen, so dass am Ende mehr als 1.500 bewaffnete

¹⁶ *Roppe/Kieres*, Council of Europe, Congress of Local and Regional Authorities, Report on Local and Regional Democracy in the Federal Republic of Yugoslavia – CG (8) 24 Part II, Explanatory Memorandum, sec. II.

¹⁷ *Id.*, paras. 49-101.

¹⁸ *Id.*, paras. 58-59.

¹⁹ *Id.*, paras. 61, 64

Männer für die serbische Machtübernahme bereitstanden.²⁰ Die Machtübernahme erfolgte in der Nacht vom 29. auf den 30. April 1992. Gruppen der serbischen Armee und serbische Polizeieinheiten besetzten strategisch wichtige Gebäude und errichteten Checkpoints.²¹ Das Rathaus wurde abgeriegelt. Die rechtmäßigen Amtsinhaber auf zentralen Gemeindepösten wurden durch Serben ersetzt.²² Die Schattenstrukturen übernahmen die Macht. Der Angeklagte *Milomir Stakić* ersetzte so den Präsidenten der richtigen Gemeinderatsversammlung.²³ Den frei gewählten Amtsinhabern wurde der Zutritt zum Rathaus und zu anderen kommunalen Einrichtungen versperrt.²⁴ Mangels bewaffneten Widerstandes war die Machtübernahme in Prijedor in wenigen Stunden vollzogen.

Nur etwa zwei Wochen später begründete die neue Gemeinderatsversammlung (der Serben) durch Beschluss den Krisenstab (später „Kriegspräsidentenschaft“) der Gemeinde Prijedor.²⁵ Der Krisenstab war eine gesetzlich vorgesehene Einrichtung. Er sollte die Gemeinderatsaufgaben wahrnehmen, wenn der Gemeinderat selbst aufgrund einer Krise keine Sitzungen abhalten konnte und sofort sämtliche Verteidigungs- und Sicherheitsfunktionen auf dem Gemeindegebiet übernehmen. Der Krisenstab koordinierte die Aktivität der Einheiten der Territorialverteidigung und *Milomir Stakić* wurde sein Präsident.²⁶ In der konkreten Krisensituation aber wurde der Krisenstab in Prijedor zum politischen Motor der Vertreibungspolitik.

Ab jetzt verschlechterten sich für die nichtserbische Bevölkerung in Prijedor die Lebensbedingungen. Sie wurde zur Abgabe ihrer Waffen aufgerufen, während gleichzeitig eine Generalmobilmachung der Serben stattfand.²⁷ Nichtserben verloren ihre Arbeitsstellen in staatlichen und kommunalen Einrichtungen, aber auch in privaten Unternehmen.²⁸ Nichtserben wurden auch gezwungen, ihre Häuser mit einem weißen Laken deutlich zu markieren.²⁹

²⁰ Id., para. 65. Bereits 1992 waren die ersten geheimen Reservepolizisten eingesetzt worden. Im Juni 1992 standen so z. B. 148 aktive und offiziell benannte Polizisten einer Zahl von 1608 Reservepolizisten gegenüber, die von den Machthabern benannt worden waren; zu den Zahlen Id., para. 117.

²¹ Id., paras. 70-74.

²² Id., para. 75.

²³ Id., para. 76.

²⁴ Id., para. 80.

²⁵ Id., paras. 88, 100.

²⁶ Id., para. 90-91.

²⁷ Id., para. 85.

²⁸ Id., paras. 125-127.

²⁹ Id., para. 128.

Versuche der muslimischen Bevölkerung, ihre wichtigsten Wohnviertel mit bewaffneten Straßensperren zu schützen, scheiterten am Artilleriebeschuss der Serben.³⁰ Die muslimischen Einwohner mussten ihre Häuser verlassen und wurden zum Teil in die Konzentrationslager Trnopolje, Omarska und Keraterm transportiert. Dort begannen (zumindest in Omarska und Keraterm) die Befragungen zur Prüfung, ob die Gefangenen unschuldig, mit den gegnerischen Parteien assoziiert oder sogar feindlich tätig waren.³¹ Von Trnopolje aus starteten in der Folge die Deportationsfahrten, mit denen die ethnische Säuberung in Prijedor zum Abschluss gebracht wurde. Sie wurden teilweise von Polizeieinheiten, teilweise von Soldaten oder paramilitärischen Einheiten begleitet (die Anordnung zur Begleitung traf der Krisenstab, aber auch die nationalen Krisenstäbe auf Landesebene konnten dazu Anweisung geben). Vor allem die paramilitärischen Einheiten werden für schwere Gewalttaten und Plünderungen auf den Deportationsfahrten verantwortlich gemacht. Aber das größte Massaker, die Erschießung von über 150 Deportierten (vielleicht Personen aus der Einstufungskategorie „C“ = feindliche Kämpfer, doch starben auch weitere Männer, die zufällig auf dem Konvoi mitfahren) wurde an den Klippen von Korićani von einer Sondereinheit der Polizei (vielleicht auf Anweisung des Polizeipräsidenten in Prijedor, vielleicht aber auch aufgrund einer Entscheidung der befehlsgebenden Mitglieder der Einheit) verübt.³²

Das Beispiel Prijedor zeigt, wie vielfältig und komplex die Verflechtungen zwischen zivilen und militärischen Organen bei der Organisation von Gewalt, ethnischen Säuberungen und sonstigen Diskriminierungen waren. Oft lässt sich gar nicht mehr rekonstruieren, von welchem Gremium eine Anordnung ausging, zumal auch in Prijedor die Gremien zum Teil personengleich konstituiert waren. Der Krisenstab in Prijedor bestand zum Beispiel im Wesentlichen aus denselben Personen, die auch den lokalen Volksverteidigungsrat bildeten.³³ Der Verteidigungsrat war ein Gremium, das nach dem Willen des jugoslawischen Gesetzgebers im Kriegsfall als Koordinator zwischen zivilen und militärischen Instanzen dienen

³⁰ Id., para. 85.

³¹ Id., paras. 129 et seq.

³² Zum Verfahren gegen die Einsatzkräfte s. die Urteile im Verfahren Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et al.*, X-KR-08/549, zu finden unter <http://www.sudbih.gov.ba/predmet/2574/show> (zuletzt besucht am 10.2.2017).

³³ Id., para. 86.

sollte.³⁴ Er hatte keine direkte Befehlsgewalt über das Militär und durfte keine Exekutiventscheidungen treffen,³⁵ aber in seiner koordinierenden Funktion ermöglichte er eine enge Verflechtung von Zivil- und Militärorganen. Deswegen ist nach außen hin mitunter kaum erkennbar, wer welche Attacken angeordnet oder welche Säuberungsaktionen befohlen hatte.

C. *Die möglichen Formen individuell-strafrechtlicher Zurechnung von Verantwortung*

Es gibt nun einige rechtliche Möglichkeiten, dieses Chaos, das für den Kontext von Völkerrechtsverbrechen üblich ist, rechtlich einzufangen.

Das Völkerstrafrecht bietet – insbesondere in der Form des Völkergewohnheitsrechts – eine Fülle von individuellen Zurechnungsformen, die gerade das Handeln im Kollektiv erfassen. Diese Zurechnungsinstrumente sind aus gewohnheitsrechtlicher Übung der Staaten entwickelt worden, so dass man für den folgenden Überblick über die Instrumente keine ausdifferenziert völkerrechtliche Täterschafts- und Teilnahmesystematik erwarten darf. Es gibt zum Beispiel keine erkennbare Abstufung zwischen eigenhändiger Täterschaft, Beitrag zu einem gewalttätigen Kollektiv, Planungstäterschaft oder Anstiftung. Viele Täterschafts- und Teilnahmeformen finden nebeneinander Anwendung. Dieser Vortrag konzentriert sich auf zwei Formen der Beteiligung: Die Täterschaft durch Teilnahme an einem *Joint Criminal Enterprise*, und die Verantwortung des militärischen oder zivilen Kommandanten aus der sog. „*superior responsibility*“.

1. *Ausgewählte Zurechnungsmodalitäten des gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrechts*

Joint Criminal Enterprise und *superior responsibility* findet man als Abbild des Völkergewohnheitsrechts in Artikel 7(1) und (3) des Statuts des Jugoslawientribunals bzw. Artikel 6(1), (3) des Statuts des Ruandatribunals.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

a. „Joint Criminal Enterprise“ in den Kategorien JCE I bis JCE III

Joint Criminal Enterprise in den Kategorien JCE I, JCE II und JCE III oder auch die Beteiligung an einer kriminellen Unternehmung ist eine Art „systemisches Zurechnungsmodell“. Es dient dazu, Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung von Kausalzusammenhängen zu überbrücken.³⁶ Hier muss nicht nachgewiesen werden, dass der Angeklagte persönlich und unmittelbar zur Erfüllung der Tatbestandselemente beigetragen hat.³⁷ Der Nachweis individuellen „Verschuldens“ bezieht sich vielmehr darauf, dass er Beiträge zum verbrecherischen Kollektiv geleistet hat.³⁸ Zurechnungsgrund ist der „*common criminal purpose*“, die gemeinsame kriminelle Zwecksetzung. Zugerechnet werden Verbrechen, die aufgrund oder im Zusammenhang mit diesem *common criminal purpose* verübt wurden. Als für diese Verbrechen verantwortlich gelten alle, die den verbrecherischen Zweck des Kollektivs irgendwie (nicht zwingend wesentlich) unterstützt haben.³⁹ Eine besondere äußere Organisationsform der Gruppe ist dafür nicht erforderlich.

Es gibt drei Kategorien des JCE. Sie unterscheiden sich nur auf der subjektiven Tatseite. D. h. die objektiv vorhandene Personenmehrheit, die sich mit einer kriminellen Zweckabrede zusammengetan hat, ist in allen Kategorien dieselbe. Aber ob das einzelne Gruppenmitglied für ein aus der Gruppe heraus begangenes Verbrechen nach JCE I, II oder III oder gar nicht strafbar gemacht werden kann, bestimmt sich danach, ob der einzelne diese Taten selbst realisieren wollte, oder ob er sie vielleicht nur als unvermeidliche Konsequenz der Zweckumsetzung akzeptiert hat, oder ob er diese Verbrechen der anderen nur mit Eventualvorsatz als mögliche, aber eigentlich nicht erwünschte Folge der Umsetzung der kriminellen Zwecke ansah.

(i) Bei der ersten Kategorie eines JCE (JCE I) muss der angeklagte Beteiligte des JCE einen (substantiellen) Beitrag zum vereinbarten kriminellen Zweck leisten und das von

³⁶ Grundlagen in ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-95-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 220; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-IT-98-30/1-A, Appeals Judgement, 28 February 2005, para. 97.

³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić* (Fn. 37) para. 191; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.* (Fn. 37) para. 80; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-A, Appeals Judgement, 17 September 2003, paras. 31, 81.

³⁸ *Van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 101.

³⁹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Auflage, 2014, § 7 Rn. 11.

der Gruppe begangene Verbrechen auch im Einzelnen in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Zudem muss ein JCE I-Täter etwaige besondere Verbrechenabsichten in eigener Person aufweisen.⁴⁰

(ii) Bei JCE II oder JCE III werden dem Gruppenmitglied dagegen auch Verbrechen zugerechnet, die eigentlich nicht zum Kern der kriminellen Zweckabrede zählten, die aber im Zuge der Umsetzung der verbrecherischen Vereinbarung aus der Gruppe heraus, also von anderen Mitgliedern des JCE begangen wurden. Die Begehung dieser Verbrechen muss dabei entweder typische Konsequenz der Umsetzung des kriminellen Zwecks gewesen sein oder die gemeinsame kriminelle Unternehmung hat die Taten zumindest indirekt mit begünstigt.⁴¹ Das nach JCE II oder III angeklagte Gruppenmitglied muss diese Verbrechen nicht konkret, d. h. nicht im Detail vorhergesehen haben. Es muss auch nicht etwaige notwendige besondere Tatabsichten in eigener Person aufgewiesen haben. Es genügt für die Verantwortlichkeit des JCE-Mitglieds vielmehr, dass andere Mitglieder des JCE diese Verbrechen im Zusammenhang mit der kriminellen Unternehmung begangen haben und dass die Verbrechen dabei entweder beiläufige Konsequenz der Zweckabrede waren (JCE II) oder dass sie jedenfalls vorhersehbar aus der Umsetzung der kriminellen Zweckabrede resultierten (JCE III):

- Beim sogenannten JCE II, dem „systemischen“ *Joint Criminal Enterprise*, das auf die Beteiligung an Verbrechen in Konzentrations- und Arbeitslagern oder Gefängnissen angewandt wird, genügt zur Darlegung der subjektiven Tatseite, wenn der Beteiligte generell davon Kenntnis hatte, dass im Lager und im Rahmen der gemeinsamen kriminellen Zweckabrede Gefangene methodisch misshandelt wurden und er dieses System dennoch bewusst förderte. Von den einzelnen Gräueltaten braucht der Täter konkret nichts mitbekommen zu haben.⁴² Beweiserleichternd tritt hinzu, dass der individuelle Vorsatz, das System zu fördern, aus einer hierarchisch herausgehobenen Position des Angeklagten in der Lagerorganisation

⁴⁰ Z. B. die Diskriminierungsabsicht bei der Straftat der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder die Völkermordabsicht bei Völkermordtaten; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-198-32-A, Appeals Judgement, 25 February 2004, para. 97.

⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac* (Fn. 38) para. 32.

⁴² ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 228; *Haan*, ICLR 5 (2005), 173-174, 186-190; *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 188, 201.

abgeleitet werden kann.⁴³ Für Angeklagte in herausgehobener Position kommt es zur Beweislastumkehr zu ihren Lasten.⁴⁴

- Ein Mitglied eines *Joint Criminal Enterprise* wird nach JCE III für Exzesstaten anderer Gruppenmitglieder verantwortlich gemacht, soweit er nur generell die kriminellen Zwecke und Pläne der Unternehmung unterstützte und sich dabei bewusst war, dass das Risiko solcher Exzesstaten bestand. Der Täter nach JCE III soll die Exzesstaten zumindest mit *dolus eventualis* vorhergesehen bzw. sie „sehenden Auges“ (via *adverted recklessness*) in Kauf genommen haben.⁴⁵

Bei so viel Beweiserleichterung fordern die Kategorien JCE II und III aber natürlich Kritik auf der Basis des Schuldprinzips heraus. Vor allem das JCE III erscheint in Grenzfällen wie „eine dem Schuldprinzip widersprechende Erfolgshaftung“ ausgestaltet.⁴⁶ Andererseits sind die Konstruktionen JCE II und JCE III ausgezeichnet geeignet, Gewaltverbrechen zu erfassen, die aus Kollektiven heraus begangen wurden, ohne dass Beweisschwierigkeiten zu Details (z. B. zur Frage, wer Haupttäter war oder wie der Einzelne die konkrete Tat gefördert hat) eine Verurteilung verhindern. Bei JCE II und III genügt, dass der Täter bewusst mit einem verbrecherischen Kollektiv kooperiert hat. Er darf sich später nicht mehr von dessen Verbrechen distanzieren.

b. „*Command Responsibility*“ – *Vorgesetztenverantwortung*

Die Figur der Vorgesetztenverantwortung ist für Verbrechen gedacht, die aus militärischen und paramilitärischen Strukturen heraus begangen werden. Der Vorgesetzte hat die Pflicht zur verantwortungsvollen Führung (*responsible command*) der Truppe.⁴⁷ Er ist hinsichtlich der ihm unterstellten Militärangehörigen und Personen in seinem Befehlsbereich ver-

⁴³ ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 203, 220; *Prosecutor v. Kvočka* (Fn. 37) para. 101.

⁴⁴ Krit. Haan, ICLR 5 (2005), 189-190, 199; Satzger, Volk-Fs, 2009, S. 668; van der Wilt, JICJ 5 (2007), 96.

⁴⁵ *Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 37) para. 228.

⁴⁶ *Oblin*, JICJ 5 (2007), 689, 81, 85-88; Werle, Völkerstrafrecht, 3. Auflage, 2013, Rn. 424; van der Wilt, JICJ 5 (2007), 107.

⁴⁷ Vgl. für den bewaffneten internationalen Konflikt Artikel 87 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer.

pflichtet, Verletzungen des humanitären Völkerrechts im bewaffneten Konflikt zu verhindern oder bereits begangene Taten den zuständigen Behörden anzuzeigen.⁴⁸ Der Kommandant muss seine Soldaten anleiten, ausbilden und überwachen, damit diese die Regeln des humanitären Völkerrechts einhalten, und er muss diejenigen strafrechtlich oder disziplinarisch verfolgen, die die Regeln humanitärer Kriegsführung verletzen. Das gilt gewohnheitsrechtlich auch für Kommandanten in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten.⁴⁹ Voraussetzung für eine strafrechtliche Haftung des Vorgesetzten ist:

- (i) die Existenz eines Über-Unterordnungsverhältnisses, in dessen Rahmen der Vorgesetzte „effektive Kontrolle“ über seine Untergebenen ausüben kann (gemeint ist *de facto* Kontrolle, eine Vorgesetztereigenschaft *de jure* ohne effektive Kontrolle genügt nicht)⁵⁰;
- (ii) die Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis des Vorgesetzten von bevorstehenden oder bereits begangenen Verbrechen der Untergebenen; und
- (iii) dass es der Vorgesetzte unterlassen hat, angemessene und notwendige Maßnahmen zur Prävention bzw. Unterbinden der Straftaten oder zur Strafverfolgung der Täter zu ergreifen⁵¹.

Die Kenntnis des Vorgesetzten von den begangenen oder bevorstehenden Verbrechen darf zwar aus Indizien und aus den Umständen des Einzelfalls abgeleitet werden, ist aber für jede Tat nachzuweisen.⁵² Es genügt für den Eintritt der Strafbarkeit aber auch, wenn es der Vorgesetzte aufgrund eigener Fahrlässigkeit versäumt hat, Hinweisen auf Straftaten seiner Untergebenen nachzugehen; d. h. wenn er es fahrlässig versäumt hat, sich Kenntnis von den bereits verübten oder noch bevorstehenden Verbrechen zu verschaffen.⁵³

Command Responsibility hat als Zurechnungsfigur auch Bedeutung für zivile Über- und Unterordnungsverhältnisse, soweit der zivile Vorgesetzte ähnlich einem militärischen Kom-

⁴⁸ ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Case No. IT-03-66-T, Trial Judgement, 30 November 2005, para. 519.

⁴⁹ *Prosecutor v. Hadžić*, Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, paras. 16-18; krit. *Zabar/Shüter*, *International Criminal Law*, 2008, p. 335.

⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Judgement, 20 February 2001, para. 197.

⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Kordić und Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, 17 December 2004, paras. 839-840; *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, 29 July 2004, paras. 484-485.

⁵² ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Case No. IT-03-66-T, Trial Judgement, 30 November 2005, para. 524.

⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.* (Fn. 53) para. 525.

mandanten effektive Kontrolle über seine Untergebenen ausüben kann und die Völkerrechtsverbrechen der Untergebenen gerade im „dienstlichen Zusammenhang“, also im Zuständigkeits- und Einflussbereich des zivilen Vorgesetzten begangen wurden.⁵⁴ Zivile Vorgesetzte haben oft keine Disziplinierungsbefugnisse, können aber dennoch angehalten werden, einen Tatverdacht oder das Wissen um begangene Verbrechen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu melden, soweit sie davon ausgehen dürfen, dass die Meldung tatsächlich Straf- oder Disziplinarermittlungen zur Folge hat.⁵⁵

Command Responsibility setzt nicht voraus, dass der Vorgesetzte besondere Tatabsichten in eigener Person aufweist.⁵⁶ Die Strafverfolgungsbehörden müssen nur belegen, dass die Haupttäter die entsprechenden Absichten hatten. In der Praxis der Strafverfolgung ist das eine spürbare Beweiserleichterung für die Anklage.

2. *Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Strafnormen im nationalen Recht*

Die besonderen Zurechnungsformen des Völkerstrafrechts, so wie sie das Internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien anwendet, führten im Fall von *Milomir Stakić* zu einer Verurteilung wegen Mordes als Kriegsverbrechen und Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen in Form eines *Joint Criminal Enterprise I* zu 40 Jahren Freiheitsstrafe. Dabei war dem Gericht wichtig, dass *Milomir Stakić* als hochrangige zivile Führungsperson in Prijedor die Machtübernahme und die Vertreibung der bosnischen Muslime aus der Gemeinde, ihre Inhaftierung in Lagern, Angriffe auf ihre Wohngebiete und die Deportationen mit geplant und vorangetrieben hatte. Dass er selbst von sich behauptete, nicht von den Misshandlungen in Omarska, Keraterm und Trnopolje gewusst zu haben bzw. dass dafür allein die Polizei und Militärs und Paramilitärs verantwortlich waren, war irrelevant. Das Gericht machte *Stakić* sogar für das Massaker an den Klippen von Korićani (Korićanske Stijene Massaker) verantwortlich, bei dem während einer Deportationsfahrt aus

⁵⁴ ICTY, Case *Prosecutor v. Delalić et al* (Fn. 51) para. 399; ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 281; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A, Appeals Judgement, 3 July 2002, paras 52-53; *Mettraux, Guénael*, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 190-191.

⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin* (Fn. 55) para. 281.

⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin* (Fn. 55) paras. 719-721.

dem Lager Trnopolje heraus gut 150 muslimische Männer aus der Gruppe der deportierten Gefangenen ausgesondert, zu einer Schlucht gefahren, und am Rande der Schlucht von Polizeieinheiten systematisch ermordet worden waren. Dabei war er nicht am Ort des Massakers gewesen, hatte keinen Befehl zur Aussonderung der Opfer erteilt oder zu ihrer Erschießung. Doch er hatte die Deportationen organisiert und diesen konkreten Buskonvoi sogar das Lager Trnopolje verlassen sehen. Zentraler Vorwurf war, dass *Stakić* das Gewaltumfeld und die Strukturen (mit) geschaffen hatte, die zu diesen Deportationen und den Verbrechen während der Fahrt führten.⁵⁷ Das Jugoslawientribunal griff für das Massaker in Korićanskije Stijene auf die Zurechnungsform des JCE III zurück. Dabei waren die Richter überzeugt, dass ein solches Massenverbrechen wie das Massaker an den Klippen von Korićani nicht ohne das Wissen des Angeklagten hätte verübt werden können und dass er zumindest billigend in Kauf genommen hatte, dass die Gefangenen bei den Deportationsfahrten Opfer von schwersten Verbrechen wurden. *Stakić* hätte die Verbrechen jedenfalls vorhersehen können. Er wusste, dass die Deportierten de facto vogelfrei waren. Er kannte das Klima der Gewalt auf den Deportationsfahrten, die oft von paramilitärischen Einheiten begleitet wurden, deren einziges Interesse das Plündern war. Das genügte, um *Stakić* auch für das Massaker über JCE III mit verantwortlich zu machen.⁵⁸

Man mag von der Legitimität des Völkerstrafrechts halten was man will. Man mag auch von dem diffusen Zurechnungsinstrument *Joint Criminal Enterprise* halten was man will, aber man muss zugeben, dass dieses Instrument die kollektiven Zusammenhänge von Massengewalt weitreichend erfasst und trotz aller Beweislücken einem Strafgericht sinnvolle oder zumindest nachvollziehbare Zurechnungsmöglichkeiten bietet.

Aber wie ist es im innerstaatlichen Recht. Stehen solche Zurechnungsmodalitäten überhaupt innerstaatlich zur Verfügung?

Zunächst ist als grobe Grundregel festzuhalten: In Kroatien und Serbien kann eine Aburteilung der Völkerrechtsverbrechen aus dem Jugoslawienkrieg nur auf der Basis des zur Tatzeit geltenden StGB der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien erfolgen bzw. auf der Basis der nahezu textgleichen Nachfolgegesetze, die noch während des Kriegs in

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) para. 601.

⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) para. 602.

Kraft traten. Zu nennen sind insoweit das StGB der Bundesrepublik Jugoslawien von 1992⁵⁹ oder des Grundstrafgesetzbuchs der Republik Kroatien von 1993.⁶⁰

In Bosnien und Herzegowina ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts BiH auch eine Aburteilung auf der Basis völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestände und Zurechnungsmodalitäten möglich. Aber die neuen Normen nutzt bisher nur das Gericht BiH. Die Strafgerichte in der Respublika Srpska, in der Föderation Bosnien und Herzegowina und im Distrikt Brčko wenden die alten Strafrechtsgrundlagen des StGB SFRJ an. Zudem muss auch das Gericht BiH die alten Strafrechtsgrundlagen des StGB SFRJ anwenden, wenn der Strafrahmen der alten Straftatbestände im konkreten Einzelfall für den Angeklagten zu einer günstigeren Strafe führt.⁶¹

Schuld an dieser Fragmentierung des Strafrechts ist das Verfassungsrecht der jeweiligen Nachfolgestaaten. Die Verfassungen von Kroatien und Serbien verlangen z. B. zwingend, dass das anwendbare Strafrecht zur Tatzeit niedergeschrieben war. Ungeschriebenes Völkerstrafrecht ist als Verurteilungsgrundlage keine Option. Die im Vertrag von Dayton für Bosnien und Herzegowina niedergelegte Verfassung dagegen lässt auch im Strafrecht die Möglichkeit zu, ungeschriebene völkerstrafrechtliche Tatbestände ins nationale Recht einfließen zu lassen. Die Rechtsordnung von Bosnien und Herzegowina ist damit einzigartig. Traditionelle nationale und völkergewohnheitsrechtliche Zurechnungsmodalitäten stehen im StGB BiH von 2003 nebeneinander; und weil es die völkergewohnheitsrechtlichen Strafzurechnungsregeln ihrem Wesenskern nach schon zur Tatzeit in ungeschriebener Form als Völkerstrafrecht gab, werden sie nun in Gestalt der Regeln, wie sie im StGB BiH von 2003 niedergeschrieben wurden, auch auf die Taten aus den Jahren 1991-1996 angewandt.⁶²

⁵⁹ Official Gazette FRY, No. 38/90, No. 37/93., abrufbar unter: http://adattar.adatbank.transindex.ro/Szerbia/Krivicni_zakon_Jugoslavije.pdf, (zuletzt besucht am 13. September 2016)

⁶⁰ Official Gazette of Croatia „Narodne Novine“ No. 31/93 (Criminal Code of Republic of Croatia -Consolidated text (Official Gazette No. 32/93), abrufbar unter: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_31_569.html, (zuletzt besucht am 13. September 2016)

⁶¹ So die Forderung aus EGMR, Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, Application No. 2312/08 and 34179/08, Judgement, 18 July 2013, paras. 68-69.

⁶² Also „rückwirkend“ und wegen der Existenz der früheren völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zugleich nicht „rückwirkend“; Kommentar zum StGB BiH, Artikel 180. StGB BiH, S. 592-598.: <https://de.scribd.com/doc/205326166/148864268-KZ-BiH-Sa-Komentarom> (zuletzt besucht am 25. August 2016).

a. Die Zurechnungsmodalitäten des StGB SFRJ von 1976

Wenn man nicht das Völkerstrafrecht anwenden kann, das ich soeben vorgestellt habe, was würden die Gerichte in Bosnien und Herzegowina dann anwenden? Das alte jugoslawische Strafgesetzbuch von 1976 sah ein System von Täterschaft und Teilnahme vor, das unserem System in Deutschland recht ähnlich ist. Es gab eine Tatteilnahme als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe (Artikel 22 bis 25 StGB SFRJ 1976). Für die wenigen Völkerstraftaten, die dieses Strafgesetzbuch kannte – nur Kriegsverbrechen und Völkermord – gab es noch zusätzlich die Möglichkeit, denjenigen als Täter zu bestrafen, der diese Verbrechen „anordnet“.

Ich konzentriere mich hier auf die wenigen Zurechnungsmodalitäten, die in der Praxis wirklich relevant geworden sind und die vielleicht im Fall von *Milomir Stakić* anwendbar gewesen wären. Relevant sind die unmittelbare Täterschaft, die Mittäterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe zu einem Völkerrechtsverbrechen eines anderen Haupttäters. Täter konnte nach dem StGB SFRJ nur sein, wer den objektiven Tatbestand der Straftat durch Tun und Unterlassen eigenhändig/durch eigene Pflichtversäumnis verwirklichte. Es galt ein extrem restriktiver Täterbegriff. Wer den Tatbestand nicht eigenhändig erfüllte, war nur Komplize, wobei die Idee von „Komplizenschaft“ die Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe umfasste. Ein „Mittäter“ war also dem Begriff nach „Täter“, aber systematisch nur Teilnehmer.⁶³ Täter und Teilnehmer wurden nach dem Maß der jeweils eigenen Schuld bestraft (Art. 25 Abs. 1 StGB SFRJ).⁶⁴

Mittäter war, wer aufgrund einer vorhergehenden Vereinbarung über die Arbeits- oder Rollenverteilung bei der Tat irgendeinen Beitrag zur gemeinschaftlichen Verwirklichung der Tat erbrachte. Der Beitrag musste nicht wesentlich sein, aber im Rahmen der verabredeten

⁶³ Eine vorsätzliche oder schuldhaftige Straftatbegehung durch den Haupttäter verlangte weder das StGB SFRJ noch verlangt dies heute das StGB RS. Das liegt daran, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit als Kategorien im ehemaligen Jugoslawien und im Nachfolgestaat Serbien Aspekte der Schuld waren; *Damnjanović, V.*, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 211-212; *Jovančević, Roxin-FS*, 2011, S. 1659 (1669).

⁶⁴ Was zugleich bedeutet, dass es auch die fahrlässige Mittäterschaft gab und sogar vorsätzliche Teilnahme an einer fahrlässigen Haupttat denkbar war; vgl. z. B. für die ähnliche Rechtslage im heutigen serbischen Strafrecht *Damnjanović, V.*, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung, 2013, S. 219; für das frühere jugoslawische Strafrecht *Jovančević, Roxin-FS*, 2011, S. 1659 (1671-1672).

Rollenverteilung und mit Bezug zur Taterfüllung erbracht werden.⁶⁵ Auf den Zeitpunkt der Taterbringung kam es nicht an. Fahrlässige Mittäterschaft war möglich.

Milomir Stakić wäre für die meisten Verbrechen, die in Prijedor an Nichtserben verübt wurden und die er über die „Kriegspräsidentschaft“ mit organisiert hatte, sicher als Mittäter verurteilt worden. Gleichgültig, welche Straftaten von den serbischen Kämpfern in Prijedor begangen wurden: All die Zerstörungen, Vertreibungen und Deportationen, sie alle gingen zentral auf Pläne der Kriegspräsidentschaft zurück. Die Kriegspräsidentschaft hat die Zielvorgaben geliefert und die Gewalt organisiert. Über die Ziele der Kriegspräsidentschaft (z. B. Umsiedelung der nicht-serbischen Bevölkerung; Machtergreifung durch die Serben) ließe sich zudem nachweisen, dass *Stakić* die im Zuge der ethnischen Säuberungen begangenen Verbrechen größtenteils wollte oder als Mittel zum Zweck billigend in Kauf nahm. Kurzum, für die Mehrzahl der Verbrechen in Prijedor selbst, aber auch für eine große Zahl der Straftaten in den Gefangenen- und Deportationslagern Omarska, Trnopolje und Keraterm wäre er ohne Zweifel auch vor einem nationalen Strafgericht zum Mittäter erklärt worden.

Aber würde dies auch für Verbrechen gelten, die ungeplant in den Lagern oder auf den Deportationsfahrten geschahen. Hier geht es um Verbrechen, die jenseits der konkreten Ziele des Vertreibungsprogramms und aufgrund einer eskalierenden Situationsdynamik erfolgten. Könnte man *Stakić* zum Mittäter an dem Massaker an über 150 muslimischen Männern an den Klippen von Korićani erklären. Die Tat scheint auf eine nicht erklärbare Eskalation zurückzugehen, die im Nachhinein auch von Akteuren vor Ort verdammt und bereut wurde. Der Entschluss zu dem Massaker fiel möglicherweise sehr kurzfristig und mit wenig Vorplanung (nach Medienberichten auf Anordnung des Polizeipräsidenten in Prijedor, aber das hat bisher kein Gericht verlässlich bestätigt)⁶⁶. Vielleicht handelte es sich bei den erschossenen Männern um Gefangene, die als „feindliche Kämpfer“ in Kategorie „C“⁶⁷ eingeordnet

⁶⁵ Kommentar KZ BiH (Kommentar zum StGB BiH), S. 178, <https://de.scribd.com/doc/148864268/KZ-BiH-Sa-Komentarom> (zuletzt besucht am 26. August 2016); *Novoselec*, Roxin-FS, 2011, 1643 (1650-1651).

⁶⁶ Diese Vermutung widerspricht zudem den Angaben von Zeugen im Verfahren gegen Zoran Babić et al., die angaben, dass Simo Drljača die Sondereinheit der Polizei, die das Massaker verübte, sofort einstellte und beschimpfte und dass gerüchteweise von höherer Stelle die Verhaftung der Mitglieder der Einheit geplant gewesen sein soll; Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et al.*, Case No. S1 1 K 003472 12 Kžk, Second Instance Judgement, 15 February 2013, paras. 371-373.

⁶⁷ Diese umfasste Mitglieder der SDA, der muslimisch-nationalistischen Partei, und Muslime, die an den Angriffen auf Prijedor teilgenommen haben sollen oder sie finanziert haben sollen; Urteil ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik* (Fn. 15) para. 494.

worden waren,⁶⁸ aber diese Vermutung hat sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt, weil so viele andere Männer wohl nur zufällig mit in die Opfergruppe gerieten. Keines der Opfer war angesichts der bereits erlebten längeren Lagerhaft noch kampffähig oder gefährlich; und dass die Sondereinheit der Polizei, die das Massaker verübte, direkt nach der Tat zunächst fliehen musste und dann aufgelöst wurde, belegt, dass jedenfalls die wichtigsten militärischen und politischen Verantwortungsträger der Region die Tat nicht gewollt hatten.⁶⁹ Sie war offenbar nicht von ganz oben geplant. Könnte *Milomir Stakić* wirklich als (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Mittäter für dieses Massaker verurteilt werden, obwohl das Gericht nur nachweisen kann, dass er die Deportationsfahrten generell mit organisiert hat und dass er diesen konkreten Deportationskonvoi aus dem Lager Trnopolje abfahren sah? Es müsste doch wenigstens nachweisen, dass er die mutmaßliche Order des Polizeipräsidenten oder jedenfalls den Plan der Anführer der verantwortlichen Sondereinheit der Polizei kannte, dass er also wusste, dass es zu diesen Morden kommt. Aber da nicht einmal klar ist, wer das Massaker erdachte, ist auch *Stakićs* Kenntnis des Tatplans nicht nachzuweisen.

Es gab in den Sammellagern zudem spontane Massaker an Gefangenengruppen, die möglicherweise von nichtlokal agierenden Akteuren verübt wurden. Das Massaker in Raum 3 im Lager Keraterm am 20. bis 21. Juli 1992 ist ein Beispiel dafür. An diesen Tagen beobachteten die Gefangenen, wie fremde Soldaten mit roten Baretten ins Lager kamen. Eine Maschinenpistole wurde vor Raum 3 aufgestellt, der zu diesem Zeitpunkt mit Gefangen aus einer ethnischen Säuberungsaktion im Gebiet Brdo gefüllt war. Die Gefangenen in Raum 3 hatten zum Zeitpunkt des Massakers schon fünf Tage keine Verpflegung bekommen. War ihr Tod also vorab von höherer Stelle geplant? In der Nacht des Massakers hörten die anderen Gefangenen Gewehrsalven und Schreie und am nächsten Morgen lagen Haufen von Körpern vor Raum 3 und die Wände waren voller Blut. Die Wächter behaupteten, die Gefangenen hätten sich gegenseitig getötet.⁷⁰ Was in dieser Nacht geschah, lässt sich mangels aussagebereiter Zeugen nicht rekonstruieren. Wie es zu diesem Massaker kam, wer den Ent-

⁶⁸ Urteil ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik* (Fn. 15) para. 494.

⁶⁹ Gerade auch der Polizeichef Simo Drljača soll die verantwortliche Polizeieinheit wegen des Massakers gemäßregelt haben; Sud BiH, *Prosecutor v. Zoran Babić et al.*, (Fn. 67), paras. 371-373.

⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (Fn. 6) paras. 204-207.

schluss fasste, wer die Soldaten mit den roten Baretten waren; – all das konnte das Jugoslawientribunal nicht klären. Waren die Soldaten mit den roten Baretten für das Massaker verantwortlich? Wie verträgt sich diese Feststellung aber mit dem Wissen, dass die Gefangenen aus Brdo auch von den Wachdienstleuten in Keraterm tagelang unversorgt in den heißen Raum 3 gesperrt worden waren?⁷¹ Ein ähnliches Massenmorden soll im Übrigen auch in Omarska an Gefangenen aus Brdo stattgefunden haben.⁷² Man könnte *Milomir Stakić* vorwerfen, dass er mit seiner Organisationsleistung die günstigen Tatumstände geschaffen hatte, in denen die Täter auf die Opfer im Lager Keraterm trafen, aber wie ist seine Verbindung zu dieser Eskalation der Gewalt gegen einzelne Opfer?

Der mittäterschaftliche Tatplan gibt die Grenzen der strafrechtlichen Zurechnung vor. Für Exzesse eines Mittäters haften die anderen Mittäter nicht, es sein denn, sie stimmen noch während der Tatbegehung der Durchführung der Exzesstat zu. Das zumindest ist die Grundregel zur vorsätzlichen Mittäterschaft. Allerdings darf sich der Tatbeitrag eines Mittäters nicht nur in allgemeinen Unterstützungsleistungen ohne konkreten Bezug zur Haupttat erschöpfen. Der Mittäter muss seinen Beitrag wie abgesprochen mit Blick auf die Tatbestandserfüllung erbringen. Wie will man dies im Fall des Massakers in Raum 3 in Keraterm nachweisen? Was genau war die Absprache, auf die sich die Mittäterschaft beziehen könnte? Daher ist für *Milomir Stakić* insoweit allenfalls eine Verurteilung wegen Beihilfe denkbar. Aber ist die Organisation von Deportationen wirklich eine spezifische Beihilfe zu einem Massaker, für das wahrscheinlich andere Täter die Verantwortung tragen? Täter zumal, die wohl nicht einmal zum Organisationsgefüge in Prijedor gehörten, sondern von außen kamen und in dem Gefangenenlager einfach nur eine günstige Tatgelegenheit fanden? Das frühere jugoslawische Recht hätte übrigens auch eine fahrlässige Mittäterschaft bestrafen können. *Milomir Stakić* hätte also gegebenenfalls Fahrlässigkeitsmittäter sein können, wenn er keinen Vorsatz zu den Gewaltexzessen gehabt hatte. Aber gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft auch dort, wo es kein fahrlässiges Delikt gibt? Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt es im Völkergewohnheitsrecht (in der Regel) nur in Vorsatzform. Deswegen hätte die fahrlässige Mittäterschaft dann mutmaßlich nur als fahrlässige Mittäterschaft zur

⁷¹ Sud BiH, *Prosecutor v. Međaković et al.*, Case No. X-KR/06/200, First Instance Judgement, 30 May 2008, p. 138 (englische Version); in der zweiten Instanz wurden diese Feststellungen nicht aufgehoben.

⁷² Sud BiH, *Prosecutor v. Međaković et al.*(Fn. 72), pp. 13, 111 (englische Version).

Tötung nach nationalem Strafrecht verurteilt werden können, also nicht als Mitmachen bei einem Völkerrechtsverbrechen, sondern als fahrlässiger Mittäterschaftsbeitrag zu einer vorsätzlichen Tötung durch andere.

Das Jugoslawientribunal hatte es da mit der Zurechnungsform des *Joint Criminal Enterprise* erheblich leichter, eine Verantwortung von *Milomir Stakić* für das Massaker zu begründen. Dies vor allem, weil JCE III anders als die Mittäterschaft den Beitrag zum Unrechtskollektiv genügen lässt und nicht konkrete Beiträge zur Tatbegehung selbst verlangt. Von *Milomir Stakić* war neben der Förderung der Unrechtsorganisation in Prijedor nur verlangt, dass er Exzesse wie die Morde in den Lagern und auf den Deportationsfahrten als mögliche Folgen seiner Organisation vorhersah; - und dass das so war, davon waren die Richter des Tribunals überzeugt.

Festzuhalten bleibt damit für die Strafrechtsordnungen in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien zunächst einmal Folgendes: In allen Nachfolgestaaten stehen zumindest Zurechnungsmodalitäten zur Verfügung, die man als typisch kontinentaleuropäische Täterschafts- und Teilnahmeformen bezeichnen kann. Das bedeutet aber auch, dass Anklagen auf der Basis dieser Täterschafts- und Teilnahmeformen auf ähnliche Beweisschwierigkeiten stoßen, wie man sie in Deutschland bei der Aufarbeitung der Verbrechen des Nationalsozialismus kennengelernt hat. Wie rechnet man Verbrechen zu, wenn man zwar nachweisen kann, dass ein Angeklagter bei Straftaten anwesend war, aber nicht klar ist, ob er auch mit gehandelt hat?⁷³ Was, wenn man zwar belegen kann, dass der Einzelne unterstützend für eine Gruppe tätig geworden ist und dass aus der Mitte der Gruppe heraus Verbrechen begangen wurden, doch wenn man nicht mehr rekonstruieren kann, was der Angeklagte im Einzelnen für die konkrete Tatbegehung getan hat?⁷⁴

⁷³ Vgl. den Fall zu Oradour sur Glane; OLG Köln, Beschl. v. 12.6.2015 – 2 Ws 127/15, JR 2016, 263 (266 ff.).

⁷⁴ Wenn er einem System zuarbeitet, in dem jede Unterstützungsleistung nur für die Straftaten des Systems verwendet wird, kann man nach heutiger Ansicht Beihilfe bejahen, vgl. das nicht rechtskräftige Urteil zum Fall Ivan Demjanjuk, LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08, paras. 1202-1207; Rechtsprechung grundsätzlich übernommen von OLG Köln, Beschl. v. 12. 6. 2015 – 2Ws 127/15, JR 2016, 263 (266), m. insoweit zust. Anm. *Schubr.*

b. Wie wäre der Fall Stakić wohl vor dem Gericht BiH auf Basis des StGB BiH von 2003 entschieden worden?

Das Erstaunliche an der Rechtsordnung in Bosnien und Herzegowina ist, wie gesagt, dass diese Rechtsordnung auch die völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsmodalitäten kennt und auf die Taten von 1991-1996 für anwendbar erachtet. Zumindest nach der Lesart des Gerichts BiH und des Verfassungsgerichts BiH ist das Völkergewohnheitsrecht bereits 1991 Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung gewesen. Das Gericht BiH könnte damit über Artikel 180(1) StGB BiH von 2003 die völkerstrafrechtlichen Zurechnungsmodalitäten neben den überkommenen bosnischen Formen von Täterschaft und Teilnahme anwenden. Bei einer Aburteilung vor dem Gericht BiH wäre *Milomir Stakić* also unzweifelhaft wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, begangen in Form eines JCE I bzw. hinsichtlich der Exzesstaten in Form eines JCE III verurteilt worden. Aber diese Lösung wählt, wie gesagt, nur das Gericht BiH. Andere Gerichte der Region verweigern die Anwendung des neuen StGB BiH von 2003. Sie hätten *Milomir Stakić* daher möglicherweise hinsichtlich der Exzesstaten freigesprochen.

c. Zusätzliches Chaos nach der Entscheidung des EGMR in Maktouf und Damjanović⁷⁵

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der Sache *Maktouf und Damjanović v. Bosnien und Herzegowina* hat für zusätzliche Komplikation in der ohnehin schon fragmentierten Rechtslage in Bosnien und Herzegowina gesorgt. Die Verfassung des Staates Bosnien und Herzegowina verweist in zentralen Elementen, insbesondere im Abschnitt über die Menschenrechte, unmittelbar auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese Verweisungstechnik hat für Bosnien und Herzegowina die negative Konsequenz, dass der Staat den Inhalt seiner Verfassung nicht selbst abschließend interpretieren kann. In den Abschnitten, in denen die Verfassung auf die EMRK verweist, entscheidet im Zweifelsfall allein der EGMR, wie die verbindliche Auslegung dieser Regelungen lautet (vgl. Artikel 19 EMRK). Als problematisch hat sich die Auslegung des Rück-

⁷⁵ ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013; besprochen bei *Damjanović*, ZIS 2014, 629.

wirkungsverbots in Artikel 7 Abs. 1 und seiner Ausnahme in Artikel 7 Abs. 2 EMRK erwiesen. Beide Normen gelten über die Verweisungstechnik unmittelbar auch in Bosnien und Herzegowina. Ursprünglich gingen das Gericht BiH und das Verfassungsgericht BiH davon aus, dass Artikel 7 Abs. 2 EMRK die Anwendung sämtlicher zur Tatzeit bekannter völkerrechtlicher Straftatbestands- und Zurechnungsnormen auf die Verbrechen aus der Zeit von 1991-1995 erlaube. Hinsichtlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit hat der EGMR im Fall *Boban Šimšić v. Bosnia and Herzegovina* diese Annahme auch bestätigt.⁷⁶ Dann aber kam die Entscheidung des EGMR in *Maktouf und Damjanović v. Bosnien und Herzegowina*. Darin befand der EGMR, dass die Strafgerichte dann, wenn sie Völkerverbrechenstatbestände anwenden, die bereits zur Tatzeit als nationale Straftatbestände im nationalen Strafgesetzbuch vorhanden waren, zumindest die Strafen aus diesen alten Tatbeständen entnehmen müssten, sofern die dann verhängten Strafen niedriger sind als die, die den neuen nationalen Strafnormen entnommen werden können, die das damalige Völkerstrafrecht verkörpern. Diese weisen gegenüber den alten nationalen Regelungen erheblich höhere Strafrahmen aus. D. h. das Gericht muss im Zweifel den Straftatbestand und das Strafrecht wählen, aus dem sich die mildeste Strafe im Einzelfall ergibt. Im Fall des alten jugoslawischen StGB betrifft diese Konstellation die Tatbestände des Völkermords und der Kriegsverbrechen, die nach dem ersatzlosen Wegfall der früher in Jugoslawien gültigen Todesstrafe im Nachhinein nur noch einen Höchststrafrahmen von bis 15 und bei besonders schweren Fällen 20 Jahren Freiheitsstrafe aufweisen (Artikel 38 Abs. 1 und 2 StGB SFRJ 1976) und Mindeststrafrahmen ab fünf Jahren Freiheitsstrafe. Das sind aber für schwerste Formen dieser Verbrechen, vor allem für schwerste Formen des Völkermords, zu niedrige Strafrahmen. Einen Ersatz für die früher hierauf angewandte Todesstrafe gibt es nicht.

Das Erstaunliche am Urteil *Maktouf und Damjanović* ist, dass der EGMR das Gebot fundamentaler Gerechtigkeit, das in Artikel 7 Abs. 2 EMRK als Ausnahme zum Rückwirkungs- und Bestimmtheitsgebot in Artikel 7 Abs. 1 EMRK formuliert ist, unter das Primat des Rückwirkungsverbots in Artikel 7 Abs. 1 EMRK stellt, weil er der Überzeugung ist, dass

⁷⁶ ECHR, *Boban Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, Application No. 51552/10, Decision, 4th Section, 10 April 2012, paras. 24-25; bestätigt in ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (Fn. 76) para. 55.

diese Ausnahmenorm vor allem dazu diene, die Strafurteile von Nürnberg und andere rückwirkende Verurteilungen wegen schwerster Verbrechen aus dem Zweiten Weltkrieg nach Völkerstrafrecht zu legitimieren. Grundsätzlich aber soll es weiterhin Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot geben für schwerste Verbrechen, die nach Völkerstrafrecht strafbar, im nationalen Tatortrecht aber straflos sind, doch für diese Ausnahmen gilt, wenn es frühere nationale Straftatbestände gab, das Prinzip der Meistbegünstigung.⁷⁷ Das Gericht muss also im Einzelfall die unter Vergleich der alten und „neuen“ Strafnormen günstigste Strafe verhängen.

Allein diese Aussage des Urteils erscheint schon in sich widersprüchlich. Erst soll die Ausnahme gelten, um fundamentale Gerechtigkeit zu verwirklichen, aber dann wird die Ausnahme grundsätzlich unter das Primat des (im Strafraum möglicherweise unzureichenden) Tatzeitrechts gestellt. Die Liste der Kritikpunkte an dem Urteil ist aber noch länger. So hat der EGMR nur Aussagen zur Strafzumessung getroffen und dabei nicht geklärt, ob wegen des Primats des Rückwirkungsverbots auch bereits existierende alte Straftatbestände und vor allem alte Zurechnungsmodalitäten des nationalen Rechts vorrangig sind. Dann wären die völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsnormen auf die Verbrechenstatbestände, die es bereits früher gab – Kriegsverbrechen und Genozid – nicht anwendbar. Auf die damals noch nicht im nationalen Strafrecht niedergeschriebenen Straftatbestände wie die Verbrechen gegen die Menschlichkeit könnte man dagegen *Joint Criminal Enterprise* und *Command Responsibility* nach Artikel 180 StGB BiH anwenden und damit den Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit viel weiter ziehen als zum Beispiel beim Verbrechen des Völkermords. All das aber führt zu einer Ungleichbehandlung der Angeklagten und verschärft die Fragmentierung des nationalen Rechts. Hinzu kommt, dass der EGMR im konkreten Fall das für den Angeklagten günstigste Recht falsch ermittelt und damit falsche Orientierungsmaßstäbe für die nationalen Gerichte geschaffen hat.⁷⁸

Für eine hypothetische Verurteilung von *Milomir Stakić*, der wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit abzuurteilen gewesen wäre, hätte sich diese zusätzliche Komplikation beim Gericht BiH nicht ausgewirkt. Doch bei Kriegsverbrechen und Völkermord wendet

⁷⁷ ECHR, *Maktof and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, (Fn. 76) para. 68.

⁷⁸ Einzelheiten dazu bei *Damjanović*, ZIS 2014, 629 (633-636); *Swoboda*, ZStW 128 (2016), 932 (975-989).

das Gericht BiH seit der Entscheidung des EGMR im Juli 2013 nur noch die alten nationalen Tatbestände aus dem früheren jugoslawischen Strafgesetzbuch an, kombiniert ausschließlich mit den strafrechtlichen Zurechnungsmodalitäten des alten StGB SFRJ von 1976. Unmittelbare Folge des Urteils *Maktouf und Damjanović* war auch, dass das Verfassungsgericht BiH etwa zwanzig Strafverurteilungen aufgrund Verletzung von Artikel 7 Abs. 1 EMRK aufgehoben und neue Strafzumessungsentscheidungen angewiesen hat. Da dieses Korrekturverfahren gesetzlich nicht geregelt war, führte die Aufhebung der Urteile teilweise dazu, dass Angeklagte auf freien Fuß gesetzt werden mussten.⁷⁹

D. *Ergebnis*

Der Beitrag zeigte anhand des Falls *Milimir Stakić*, wie sich nach dem Zerfall des ehemaligen Jugoslawiens vor allem in Bosnien und Herzegowina regional und überregional organisierte hochkomplexe Gewaltstrukturen entwickelten und wie schwer es fällt, im Nachhinein diese personellen Verflechtungen aufzuklären. Zentrale Aufklärungsarbeit hat das Jugoslawientribunal in Den Haag geleistet, aber jetzt liegt die Aufarbeitung wieder in den Händen der Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens. Dort zeigt sich, dass das nationale Strafrecht ohne völkerstrafrechtlichen Einfluss nicht immer hinreichende rechtliche Verfolgungsinstrumentarien bereithält, um den Zugriff auf den einzelnen durch die kollektiven Gewaltstrukturen hindurch zu gewährleisten. Insbesondere der Nachweis der Beteiligung über die klassischen Strafzurechnungsmodalitäten von Täterschaft und Teilnahme fällt schwer. Das Strafrecht in Bosnien und Herzegowina ist insoweit eine Ausnahme, als dass zumindest vor dem Gericht BiH die Möglichkeit besteht, sowohl das zur Tatzeit geltende frühere jugoslawische Strafrecht von 1976 als auch ein neues, stark völkerstrafrechtlich geprägtes Strafrecht anzuwenden. Das Besondere an diesen völkerstrafrechtlichen Zurechnungsinstrumenten ist, dass auch Exzesstaten, die aus der kriminellen Tätigkeit eines Kollektivs heraus geschehen und für alle Beteiligte am Kollektiv mit Eventualvorsatz vorhersehbar waren, demjenigen als eigene Straftaten zugerechnet werden können, der nur am Unrecht des Kollektivs mitwirkt bzw. dieses unterstützt. Das bedeutet für die Aburteilung von Personen aus den

⁷⁹ *Kaptanović*, The Impact of the ECtHR Ruling in the Case of *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*: Transition Justice in B-H, Part I, 5 March 2015; <https://lanclaw.wordpress.com/2015/03/05/transitional-justice-in-b-h/> (zuletzt besucht am 08. September 2016).

höheren Rängen der Befehlshierarchien wie *Milomir Stakić*, dass ihnen auch Verbrechen zugerechnet werden können, bei denen es schwierig ist, irgendeine persönliche Beteiligung am konkreten Tatgeschehen nachzuweisen. Es genügt aber für die Zurechnung, dass der Angeklagte *Stakić* das Unrechtssystem geschaffen und organisiert hat, aus dem heraus diese Gewaltexzesse gegen die vom Unrechtssystem festgehaltenen Opfer geschahen.

Die in Bosnien und Herzegowina geschaffene Strafrechtsordnung wäre also grundsätzlich in der Lage, mit ihren Rechtsinstrumenten und finanziellen Ressourcen die Aufklärungsarbeit des Jugoslawiengerichts mit dessen Zurechnungsinstrumenten fortzusetzen. Allerdings ist die Rechtslage in Bosnien und Herzegowina aufgrund eines Nebeneinanders von altem nationalen Strafrecht und neuen völkergewohnheitsrechtlichen Grundlagen und aufgrund der Weigerung der meisten Strafgerichte, die völkergewohnheitsrechtlichen Rechtsgrundlagen anzuwenden, hochkomplex; und zu dieser Komplexität hat das Urteil EGMR in *Maktouf und Damjanović* von 2013 mit fehlerhaften Vorgaben zur Ermittlung der mildesten Strafe noch beigetragen. Der Beitrag kann keine Bestlösung für die Aufklärungsarbeit vorgezeichnen, will aber zumindest vermitteln, wie wichtig internationale Unterstützung für die Aufarbeitung schwersten Regime- und Kriegsrechts ist. Nach der Auflösung von Unrechtsregimen fehlt es oft nicht nur an politischem Willen, die Systemverbrechen aufzuarbeiten, es fehlen auch die strafrechtlichen Instrumentarien für eine wirksame Aufarbeitung von Kollektivgewalt. Vor allem aber ist die akribische Puzzlearbeit, die Ermittler leisten müssen, um die individuelle Verantwortung von Personen nachzuweisen, die aus einem Kollektiv heraus handelten, ohne internationale Unterstützung kaum zu leisten. Es fehlen Ressourcen und die Strafermittler sind in der Aufklärung von Makrokriminalität nicht erfahren. Zudem erscheinen faktische Amnestien in den ersten Jahren nach dem Umbruch politisch oft als Vorteil, um den mühsam wiedergewonnenen Frieden zu erhalten. All das macht eine spätere Aufklärung oft unmöglich. Das Fazit lautet damit leider: Wenn Staaten nicht mehr als Schutzordnungen funktionieren, dann gibt es meist auch im Nachhinein kein Recht zu gewinnen. Das Wichtigste wäre, Staaten gar nicht erst implodieren zu lassen.

Abstract

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia had to deal with the problem of the difficulty of obtaining information on the responsibilities of those in leadership positions during the armed conflict in the former Yugoslavia. In the article particular attention is paid to the question of how to connect those responsible from higher power positions with the crimes. These serious violent war crimes are "macro-crimes". "Macro-crime" deals with crimes committed by a collective or committed in a collective context, with mass or group violence. The individual does not necessarily make his contribution directly to the execution of the crime, but only to the collective context. International criminal law offers - especially in the form of customary international law - a wealth of individual forms of attribution, which capture the actions of the collective. These attribution instruments have been developed from the customary practice of the states, so that for the following overview of the instruments one cannot expect a differentiated system of offenses and participation under international law. The paper focuses on two forms of participation: the perpetrator by participating in a joint criminal enterprise, and the responsibility of the military or civilian commander from the so-called "superior responsibility".

Camerino, marzo 2020.