

A. Einführung in die Untersuchung

Die Untersuchung analysiert Strafurteile der Strafgerichte in Serbien und Bosnien und Herzegowina, vor allem aber Strafurteile des Gerichts Bosnien und Herzegowina, ein Gericht, das im Jahr 2003 in Sarajevo mit internationaler Kooperation aus der Taufe gehoben wurde, um in seiner Abteilung für Kriegsverbrechen die wichtigsten Fälle von Völkerrechtsverbrechen aus den Jahren des Bürgerkriegs in BiH von 1991 bis 1995 und später im Kosovo-Krieg des Jahres 1999 abzuurteilen.

Die Untersuchung konzentriert sich dabei vorrangig auf Fälle mit komplexeren Täterschafts- und Teilnahmestrukturen, also Fälle, in denen die Täter aus einem verbrecherischen Kollektiv heraus agierten oder die Verbrechensbegehung in irgendeiner Form über ein Täterkollektiv förderten. Dabei interessiert sich die Untersuchung nicht nur für spezifische Rechtsfragen von Täterschaft und Teilnahme, sondern auch dafür, wie diese Täterkollektive faktisch zusammenwirkten und welche äußeren und inneren, das heißt psychologischen, Mechanismen bei der Tatbegehung eine Rolle spielten. Außerdem wirft die Untersuchung in jedem Verfahren einen Blick darauf, wie das Gericht das begangene Unrecht strafzumessungsrechtlich bewertet, welches Gewicht es dem einzelnen Beteiligungsunrecht zuschreibt und in welchen Aspekten aus Sicht der Gerichte unrechtsentlastende Momente für den einzelnen Tatbeteiligten zu sehen sind.

I. Die konkreten Fragestellungen

Die untersuchten Verfahren sind in kriminologischer und rechtlicher Hinsicht höchst unterschiedlich, so dass es keinen Sinn ergab, auf alle untersuchten Verfahren ein und dasselbe „Analyseraster“ anzuwenden. Vielmehr lässt sich das Untersuchungsinteresse mit mehreren Fragestellungen umschreiben:

- (1) Wie lassen sich Personen aus höheren Hierarchieebenen oder aus höheren Militär-, Verwaltungs- und Organisationsrängen für Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen, die ihre Untergebenen begangen haben oder für die sie durch ein Klima der Gewalt den Nährboden bereitet haben?
- (2) Welche Verantwortlichkeit kommt auf lokaler und regionaler Ebene den Mitgliedern der gemeindlichen Krisenstäbe und den lokalen Leitungsebenen von Zivil- und Militärpolizei und Militär und Organisatoren von Landesverteidigungsverbänden zu?
- (3) Wie rechnet man Verbrechen zu, wenn die Planungsverantwortlichen offiziell nur „legale“ Maßnahmen beschließen, also Maßnahmen, die offiziell nicht zur Begehung von Verbrechen anleiteten oder aufriefen, die aber diskriminierten und die Opfer gegen Übergriffe schutzlos stellten bzw. die das Klima bereiteten, in dem die Übergriffe für die Täter schadlos stattfinden konnten?

In rechtlicher Hinsicht wurde untersucht:

(1) Ob die bosnischen und serbischen Strafgerichte die Rechtsprechung des UN-ad hoc Tribunals für das ehemalige Jugoslawien zu besonderen Formen von Täterschaft und Teilnahme im völkergewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrecht in ihre Rechtsprechung integrieren. Und wenn ja, welche Formen diese Integration annimmt. Gibt es Verständnis- oder Anwendungsprobleme bei den ungewohnten völkerstrafrechtlichen Zurechnungsformen? Oder anders ausgedrückt: Wie „schlagen“ sich die nationalen Gerichte bei der Umsetzung der völkerstrafrechtlichen Rechtsvorgaben?

(2) In diesem Zusammenhang wird auch die Frage relevant, wie die Gerichte vorgehen, wenn sie nicht mit völkerstrafrechtlichen Zurechnungsmodalitäten operieren. Wie subsumieren sie komplexe Beteiligungssachverhalte unter die überkommenen Täterschafts- und Teilnahme-regeln des jugoslawischen bzw. des heutigen bosnisch-herzegowinischen Strafrechts? Und gelingt es ihnen auf diesem Weg, das besondere Ausmaß und die Verstärkereffekte der kollektiven Gewaltdynamik abzubilden und bis in die höchsten Ebenen der Militär- und Zivilhierarchien hinauf zu verurteilen?

(3) Insgesamt startete das Projekt mit dem Ziel, Anwendungsbeispiele für die völkerstrafrechtlichen Zurechnungsformen im Vergleich zu den Zurechnungsformen, die klassischerweise im kontinentalen Strafrecht zur Verfügung stehen (also Täterschaft und Teilnahme) zu finden, auch um besser zu verstehen, welche Vor- und Nachteile die einzelnen Zurechnungsfiguren mit sich bringen, welche Zurechnung damit möglich ist und welche scheitert. So lässt sich z. B. die Frage stellen, ob die Zurechnung über die Figur Joint Criminal Enterprise (in den Kategorien I und II, die dritte Kategorie findet in Bosnien und Herzegowina keine Anwendung) eigentlich weiter reicht als die überkommenen Zurechnungsformen der Mittäterschaft oder der Beihilfestrafbarkeit oder ob sich Joint Criminal Enterprise und die kontinentaleuropäischen Ideen von Täterschaft und Teilnahme verhalten wie zwei sich überschneidende Kreise. Will heißen: Zahlreiche Sachverhalte lassen sich mutmaßlich unter beide Zurechnungsformen subsumieren, andere aber nur jeweils unter die eine oder die andere Zurechnungsfigur.

Das Projekt hatte im Ausgangspunkt noch eine zweite Säule. Geplant waren Strafzumessungsanalysen, um gerichtliche Bewertungen von individuellem Beteiligungsunrecht zu sammeln und zu einem Gesamtbild zusammenzuführen. Ziel war es zu erforschen, wie schwer aus Sicht der Gerichte „Mitläufertum“ oder das Schaffen eines Gewaltklimas im Hintergrund der eigentlichen Verbrechen im Gesamtgefüge der Tatgenese wiegt. Die Strafzumessung sollte – so der Plan – auf Regelmäßigkeiten oder Ungereimheiten untersucht werden und darauf, wie die Strafmaße mit den gewählten Zurechnungsformen und der Position der Angeklagten im Unrechtssystem korrelieren. Am Ende sollte ein Gesamteindruck von Verantwortungszurechnung und Strafzumessung entstehen und – wenn möglich – ein Musterformular für die Strafzumessung in diesen komplexen Völkerstrafrechtsfällen entwickelt werden.

Um die Ergebnisse zu dieser zweiten Säule gleich vorwegzunehmen: Diese Ziele wurden nicht erreicht. Das liegt vor allem an der sehr oberflächlichen und nicht selten auch in Einzelaspekten fehlerhaften oder jedenfalls fragwürdigen Strafzumessung des Gerichts Bosnien und Herzegowina.¹ Nur wenige der bis 2019 ergangenen Strafurteile dieses Gerichts enthalten überhaupt eine vertiefte Strafbegründung und nicht nur eine knappe Aufzählung von irgendwie strafzumessungsrelevanten Aspekten, die ohne tieferen Bezug zueinander nebeneinandergestellt werden.² Insgesamt fehlt es an einer systematisch-analytischen Strafzumessung. Die vorgefundenen Strafzumessungserörterungen gehen selten über das bloße Abspulen von abstrakten gesetzlichen Vorgaben und einer (fast wertungsfreien) Aufzählung von im Einzelfall relevanten Umständen hinaus. Die Festsetzung des Strafmaßes erfolgt eher intuitiv und ohne konkrete Begründung. In der Wissenschaft wird dieses Vorgehen auch als „synthetische“ Strafzumessung bezeichnet.³ „Synthetisch“ im Sinne einer Strafzumessung, in der nur das Gesamtergebnis knapp begründet wird, ohne die sonst in einer analytischen Strafzumessung üblichen Begründungsstufen zu absolvieren. So fehlt die Erläuterung, wo das durchschnittliche Strafmaß für den untersuchten Fall anzusiedeln wäre (also die Festlegung einer Art „Einsatzstrafe“) und welche Strafzumessungsfaktoren dieses Strafmaß dann wie verändern.⁴ Eine „synthetische“ Strafzumessung heißt in der Regel, dass fast nichts begründet wird oder nur in Gestalt von Aspektaufzählungen ohne Wertungen. Und das macht es schwer, die Strafzumessungsentscheidungen nachzuvollziehen. Das geht sogar so weit, dass man in manchen Urteilen die strafschärfenden nicht von den strafmildernden Aspekten unterscheiden kann. Warum ein Faktor als strafschärfend oder als strafmildernd eingestuft wurde, wird ohnehin nie begründet, und schon gar nicht, in welchem Maß der Faktor strafschärfend oder strafmildernd wirkt. Hinzu kommt, dass die Sammlung der Strafmilderungsgründe häufig fehlerhafte Aspekte enthält, zum Beispiel Ausführungen zum jetzigen Familienstand des Angeklagten. Insgesamt scheiterte die zweite Säule der Untersuchung zur Frage der Unrechtsbewertung an der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Strafzumessung.⁵

¹ Z. B. das Kriterium, dass der Täter nun treusorgender Familienvater ist oder dass sein Kriegsverbrechen im Rahmen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts stattfand; zu Einzelheiten zu unzulässigen und zulässigen Faktoren s. das Kapitel zur Strafzumessung unter „E.“.

² Zur Erläuterung der einzelnen Fehler und der Selbstkritik der Richterergemien in BiH bezogen auf diese Strafzumessungsleistung s. das Kapitel zur Strafzumessung unter „E.“.

³ *Stojanović*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Beograd 2014, S. 321; *Miladinović-Stefanović*, Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu (Reguläre Strafzumessung im Strafrecht), doktorska diesertacija, 2012, S. 51.

⁴ *Stojanović*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Beograd 2014, S. 321-322; *Miladinović-Stefanović*, Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu (Reguläre Strafzumessung im Strafrecht), doktorska diesertacija, 2012, S. 49 ff.

⁵ Um das im Projekt anvisierte Ziel zu erreichen, die einzelnen Zurechnungsmodalitäten mit bestimmten Unrechtsbewertungen zu verknüpfen, hätte es einer rational-analytischen Strafzumessung bedurft, wenigstens in der Form, dass das Gericht im Einzelnen darlegt, warum der jeweilige Aspekt als strafschärfender oder strafmildernder Faktor gewertet wird, einschließlich rechtlicher Überlegungen dazu, ob eine solche Wertung überhaupt zulässig ist oder der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts Bosnien und Herzegowina entspricht; vgl. für solche rechtlichen Zulässigkeitsprüfungen z. B. die Strafzumessungsvorgänge vor den UN ad hoc-Tribunalen, zum Beispiel in den Fällen ICTY, *Prosecutor v. Milan Babić*, Case No. IT-03-72-A, Appeals Judgement, 18 July 2005, paras. 49-50 (bezogen auf den Aspekt des „guten Charakters“ des Angeklagten als Mann mit Familie);

Erschwerend kommt dann noch hinzu, dass bei der Festlegung der Strafhöhen auch zahlreiche unrechtsfremde Faktoren eine Rolle spielen. Dazu zählten vor allem prozessuale Aspekte wie zum Beispiel, ob sich jemand auf ein *plea agreement* eingelassen hat, ob er mit der Strafverfolgungsbehörde kooperiert hat und ob er vor oder nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der Sache *Maktouf und Damjanović* vom 18. Juli 2013 abgeurteilt wurde, die das Gericht darauf verpflichtet, im Einzelfall zu prüfen, ob das Völkerstrafrecht, wie es über das StGB BiH von 2003 auf die Verbrechen ab 1991 zur Anwendung kommt, oder das zur Tatzeit geltende nationale Strafrecht des StGB der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien (SFRJ) für den Angeklagten die günstigere Strafe bereit hält.⁶

Leider vermitteln die Strafen in den untersuchten Verfahren außerdem noch das Gefühl, dass es einen Unterschied macht, ob ein Muslim, ein Kroat oder ein Serbe abgeurteilt wurde. Das Projekt hat die Bedeutung ethnischer Vorurteile nicht gezielt überprüft, denn die Suche nach einem „court bias“ oder „prosecutorial bias“ war nicht der Auftrag dieser Studie.⁷ Aber auch mangels rational nachvollziehbarer Strafmaßbegründung bleibt der Eindruck, dass Serben und Kroaten im Zweifel härtere Strafen erwarten als Muslime. Es wäre an dieser Stelle sehr hilfreich gewesen, wenn das Gericht Bosnien und Herzegowina wenigstens klare Orientierungsmaßstäbe in der Strafzumessung offengelegt hätte. Aber hinsichtlich dieser Orientierung erfährt man nur, dass sich das Gericht Bosnien und Herzegowina auf keinen Fall die Strafmaße des Jugoslawientribunals (im Folgenden „ICTY“) zum Vorbild nehmen will, sondern nur die eigenen Strafrahmen des StGB BiH von 2003 bzw. des Strafgesetzbuchs der Sozialistischen Föderalen Republik Jugoslawien.⁸ Daher bleibt nach Abschluss der Untersuchung der Eindruck, dass die intuitiv verhängten Strafen unter dem Einfluss ethnischer Vorurteile gebildet wurden.

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, para. 802 (zur Frage, ob es innerhalb der bekannten Völkerrechtsverbrechen eine Schwerehierarchie gibt, was im Ergebnis für die Zwecke der Strafzumessung abgelehnt wird) und ICTY, *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Case No. IT-94-2-S, Sentencing Judgement, 18 December 2003, paras. 227 et seq. (zur Frage, inwieweit ein guilty plea strafmildernde Wirkung entfalten kann).

⁶ ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013, paras. 68-72.

⁷ Für eine solche Untersuchung hätte neben den Urteilen vor allem auch die Anklagepraxis der Staatsanwaltschaft systematisch überprüft werden müssen, aber die Arbeit der Staatsanwaltschaft ist insoweit nicht besonders transparent. Vor allem sind die Anklageschriften nicht öffentlich zugänglich. Für eine sehr desillusionierende Studie zur Voreingenommenheit der anklägerischen Praxis in Kroatien bei Kriegsverbrecherprozessen s. *Vajda*, *International Criminal Law Review* 30 (2019), 15.

⁸ Wobei die Strafhöhen vor dem ICTY aber nach Angaben des Gerichts eine gewisse „Kontrollfunktion“ haben. Das heißt, das Gericht BiH besteht zwar darauf, die Strafe nach eigenen Maßstäben zuzumessen, vergleicht das Ergebnis dann aber doch mit den vom ICTY verhängten Strafen; Sud BiH, *Prosecutor v. Željko Mejačić et al.*, Zweitinstanzliches Urteil: X-KRŽ-06/200 vom 16. Februar 2009, Rn. 173.

II. Methodik der Untersuchung

Angesichts der Vielfältigkeit der untersuchten Urteile und Verfahren hat es sich als am einfachsten herausgestellt, jedes Urteil bzw. Verfahren gesondert zu analysieren. Im Folgenden werden zwölf Sachverhaltskomplexe vorgestellt. Zu jedem Sachverhaltskomplex sind oft mehrere Urteile ergangen und manchmal sogar mehrere Verfahren gegen unterschiedliche Angeklagte zu ein und derselben Sache geführt worden. Insgesamt wurden vierzehn Verfahren der Abteilung für Kriegsverbrechen des Gerichts Bosnien und Herzegowina und ein Verfahren der Abteilung für Kriegsverbrechen des Belgrader Bezirksgerichts, Serbien, in das Projekt aufgenommen.

Außerdem greift diese Untersuchung für die Analysen immer wieder auf Urteile des UN ad hoc-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien zurück, dies jedenfalls, soweit diese internationalen Urteile zur Klärung von Rechtsfragen oder zur Beleuchtung größerer Tatsachenzusammenhänge im Hintergrund von Interesse sind. Leider hat der ICTY den Konflikt nur bereichsweise aufgeklärt. Man findet in seiner Rechtsprechung sehr viele Verfahren, die sich mit Verbrechen der kroatischen und der serbischen Seite im Bosnienkrieg befassen, aber nur wenige Sachverhalte zu systematisch begangener Gewalt der muslimischen Seite. Deswegen konnte das Projekt bei der Analyse der Verfahren *Nisvet Gasal et al.*, *Handžić*, *Mustafa Delilović et al.* und *Ramiz Avdović* und *Iulian Nicolae Vintila* nicht auf Urteile des ICTY zurückgreifen. Das ist mitunter misslich, weil so in einzelnen Verfahren Hintergrundfragen offenblieben, für die sich das Gericht Bosnien und Herzegowina aufgrund der eingengten Anklagesachverhalte nicht interessierte.⁹

Die einzelnen Analysen fokussieren sich zumeist auf Rechtsfragen der Beteiligung bzw. Rechtsfragen zu den angewandten strafrechtlichen Zurechnungsmechanismen. Allerdings enthalten die Analysen auch darüber hinausgehende Beobachtungen rechtlicher, kriminologischer oder tatsächlicher Natur, zum Beispiel zu besonderen rechtlichen Aspekten des angewandten Rechts, zur Strafzumessung oder zu besonderen Charakteristiken der Täter oder des gewalttätigen Kollektivs, aus dem heraus die Täter handelten. Insgesamt wird versucht, die Gründe für die Gewaltexplosion und das Versagen der Schutzmechanismen des Staates in den einzelnen Fällen aufzuzeigen.

III. Aufbau des Projektberichts

Der Projektbericht beginnt mit einer Einführung in die komplexen strafrechtlichen Rechtsgrundlagen, auf die sich das Gericht Bosnien und Herzegowina bei der Aburteilung der Fälle

⁹ Eine im Vorfeld des Projekts erbetene Interviewgenehmigung wurde von der Präsidentin des Gerichts BiH verweigert. Daher blieb nur der Weg, die Verfahrensanalysen über Parallelurteile des Jugoslawientribunals und NGO- bzw. Medienberichte zum Geschehen zu ergänzen. Das funktionierte zumeist, aber nicht immer gut.



stützt. Dabei werden auch die völkerstrafrechtlichen Zurechnungsmechanismen umrissen, auf die das Projekt besonderes Augenmerk legt.¹⁰

Auf diese rechtlichen Vorerörterungen folgt eine Erläuterung der Auswahl der untersuchten Verfahren und dann deren Einzelanalyse.

Den Abschluss bildet eine Darstellung der Strafzumessungsproblematik unter Berücksichtigung auch der Korrekturvorschläge, die die Richter in Bosnien und Herzegowina im Jahr 2019 selbst für die Strafzumessungsfragen entwickelt haben.

¹⁰ Eine ausführliche Darstellung der völkergewohnheitsrechtlichen Zurechnungsmodalitäten, wie man sie in der Rechtsprechung des UN ad hoc-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien findet, ist veröffentlicht auf der Homepage des Lehrstuhls Prof. Dr. Sabine Swoboda, Ruhr-Universität Bochum, unter <https://www.ruhr-unibochum.de/lis-swoboda/>.

B. Der strafrechtliche Normenrahmen für die Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen in Bosnien und Herzegowina (BiH)

Das Gericht Bosnien und Herzegowina, dessen Urteile zentraler Gegenstand dieser Untersuchung sind, agiert unter sehr komplexen rechtlichen Rahmenbedingungen. Für die Völkerrechtsverbrechen aus der Zeit des Bosnienkriegs von 1991 bis 1995 sind mehrere Rechtsordnungen anwendbar: Das alte StGB SFRJ von 1976, das zur Tatzeit galt, und das StGB BiH von 2003 insoweit, wie es Völkerstrafrechtsnormen verkörpert, die bereits zur Tatzeit als ungeschriebenes Völkerstrafrecht unmittelbarer Bestandteil der Strafrechtsordnung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien bzw. des Nachfolgestaates Bosnien und Herzegowina waren.

Zu beachten ist bei diesen Rechtsgrundlagen, dass sie grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind. Um dem Angeklagten gerecht zu werden, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte daher besondere Grundsätze aufgestellt, wie die *lex mitior*, also das im Einzelfall mildeste Recht aus diesen Rechtsgrundlagen, zu ermitteln ist. Diese Grundsätze zur *lex mitior* gelten aber nach bisherigem Stand der Rechtsprechung nur dann, wenn es im alten StGB SFRJ von 1976 überhaupt eine inhaltsgleiche geschriebene Rechtsgrundlage für das jeweilige Verbrechen gab.¹¹ Und das betrifft nur die Tatbestände der Kriegsverbrechen und des Völkermords, die es sowohl im StGB SFRJ als auch im heutigen StGB BiH gibt, das wiederum als Wiedergabe des zur Tatzeit geltenden Völkergewohnheitsrechts gilt. Verbrechen gegen die Menschlichkeit gab es als Tatbestand im StGB SFRJ von 1976 dagegen noch nicht. Für diesen Tatbestand gilt daher die Regelung in Artikel 7 Abs. 2 EMRK, wonach sich die Angeklagten nicht darauf berufen dürfen, dass es zur Tatzeit für ihr Verbrechen (gegen die Menschlichkeit) keinen geschriebenen nationalen Tatbestand gab. Vielmehr finden auf diese Verbrechen gegen die Menschlichkeit die schon zur Tatzeit geltenden Grundsätze und Tatbestände des Völkergewohnheitsrechts Anwendung und damit der damals bereits geltende, wenn auch nicht verschriftete völkergewohnheitsrechtliche Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, unter dem nach Ansicht des Gerichts Bosnien und Herzegowina in Bosnien und Herzegowina unmittelbar abgeurteilt werden darf.¹² Dieser ungeschriebene völkergewohnheitsrechtliche Tatbestand ist heute in Artikel 172 StGB BiH aus dem Jahr 2003 zu finden.

¹¹ ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013, para. 72.

¹² Zum Ganzen Sud BiH, *Prosecutor v. Ivan Zelenika et al.*, Erstinstanzliches Urteil: S1 1 K 009124 12 Kri vom 14. April 2015, Urteilstenor, Rn. 115 f; dies hat auch der EGMR bestätigt, s. ECHR, *Naletilić v. Croatia*, Application No. 51891/99, Decision as to the Admissibility, 4 May 2000.

I. Gesetzesgrundlagen des Gerichts BiH – das StGB SFRJ von 1976 und das StGB BiH von 2003

Das Gericht Bosnien und Herzegowina hat in der Rechtsordnung von Bosnien und Herzegowina eine Sonderstellung. Es wurde im Jahr 2003 mit seiner Abteilung I für Kriegsverbrechen speziell für die Aufarbeitung der Bürgerkriegsverbrechen aus den Jahren 1991-1995 und 1999 gegründet. Von 2005 bis 2012 war es zunächst gemischt national-international besetzt, was bedeutete, dass sowohl auf der Richterbank als auch in der Riege der Staatsanwälte internationale Richter bzw. Ankläger agierten.¹³ Es ist zugleich das einzige Gericht in BiH, das die Bürgerkriegsverbrechen aus den Jahren 1991 bis 1995 auf der Basis des erst 2003 geschaffenen Strafgesetzbuchs „StGB BiH“ aburteilt, das die zur Tatzeit im Völkergewohnheitsrecht anerkannten Straftatbestände und zusätzlich völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Formen von Täterschaft und Teilnahme enthält.¹⁴ Alle anderen Gerichte der Region wenden das Tatzeitstrafrecht und damit das alte StGB SFRJ von 1976 bzw. in Serbien zum Teil für Verbrechen ab 1993 das StGB SRJ an.¹⁵ Letzteres war aber mit dem StGB SFRJ in allen für dieses Projekt relevanten Teilen nahezu wortgleich. Vor allem übernahm das StGB SRJ – bis auf die Todesstrafe – sämtliche Tatbestands- und Strafrahmenvorgaben des StGB SFRJ zu Völkermord und Kriegsverbrechen. Das StGB SFRJ und das StGB SRJ kannten jedoch beide keinen Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Auch ermöglichen beide Gesetze für Kriegsverbrechen und Völkermord nach heutigem Stand nur eine Aburteilung mit Haftstrafen von fünf bis fünfzehn Jahren, und im Ausnahmefall von 20 Jahren.¹⁶ Die frühere Höchststrafe des StGB SFRJ, die Todesstrafe, darf, weil die EMRK mit allen ihren Zusatzprotokollen unmittelbar Verfassungsbestandteil in BiH ist,¹⁷ heute nicht mehr angewandt werden.¹⁸

¹³ Zur Zahl der internationalen Richter s. Gerichtsbrochure „The Court of Bosnia and Herzegovina“, 2012, S. 39.

¹⁴ Artikel 180 StGB BiH 2003.

¹⁵ Dieses trat mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches der Bundesrepublik Jugoslawien vom 16. April 1993 in Kraft. Als Höchststrafe gilt hier die Freiheitsstrafe von 20 Jahren; vgl. dazu Republika Srbija, Apelacioni sud u Beogradu, Sudija *Siniša Važić*, „Kaznena politika sudova kod krivičnih dela ratnih zločina u Republici Srbiji“ (Republik Serbien, Appellationsgericht in Belgrad, Richter Siniša Važić, „Strafpolitik der Gerichte bei den Straftaten der Kriegsverbrechen in der Republik Serbien“), S. 9; http://www.bg.ap.sud.rs/images/Kaznena_politika_u_ratnim_zlocinima.pdf, (zuletzt abgerufen am 15. März 2020).

¹⁶ Artikel 38 Abs. 1 und 2 StGB SFRJ.

¹⁷ Zu den in die Verfassung der Föderation BiH inkorporierten internationalen Abkommen zählte gemäß Kapitel II Artikel 2 i. V. mit dem Katalog der internationalen Menschenrechtsdokumente im Verfassungsannex auch die Europäische Menschenrechtskonvention mit allen Zusatzprotokollen, darunter auch Artikel 1 des 6. Zusatzprotokolls zur EMRK von 1983 mit der Verpflichtung aller Mitgliedstaaten, die Todesstrafe unverzüglich abzuschaffen; die Einzelheiten sind umstritten; dazu *Swoboda*, ZStW 2016, 931 (981 f.).

¹⁸ Früher geregelt in Artikel 37 StGB SFRJ; aber die Todesstrafe ist wahrscheinlich bereits seit dem Washingtoner Waffenstillstandsabkommen 1994 und dem darin vereinbarten Inkrafttreten der neuen Verfassung der Föderation Bosnien und Herzegowina in Bosnien und Herzegowina unanwendbar.

Das StGB BiH von 2003 war gezielt mit Blick auf das 2003 neu gegründete Gericht BiH erlassen worden zu dem Zweck, dass dieses Gericht Verfahren vom UN ad hoc-Tribunal für das ehemalige Jugoslawien übernehmen kann. Das UN-ad hoc Tribunal für das ehemalige Jugoslawien stand in der Zeit um die Jahrtausendwende unter Druck, seine Tätigkeit möglichst bald einzustellen und nur noch Anklagen gegen höchstrangige Verantwortliche selbst zu verhandeln. Alle anderen bereits vorbereiteten Anklagen gegen Personen von geringerer Bedeutung wurden nach Rule 11*bis* ICTY-Rules of Procedure and Evidence an nationale Strafverfolgungsbehörden abgegeben.¹⁹ Das Gericht BiH sollte möglichst viele dieser Anklagen übernehmen und aburteilen können.²⁰ Dabei war die Wahl des anzuwendenden Rechts den Richtern am Gericht BiH überlassen. Diese hatten sich – wohl auch angesichts der nach Rule 11*bis* ICTY-Rules of Procedure and Evidence an sie transferierten Anklagen – in den ersten Jahren mehrheitlich auch tatsächlich dafür entschieden, die Aburteilungen auf der Basis des neuen StGB BiH vorzunehmen.²¹ Dass dies geht, wurde auch durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs BiH von 2007²² und zum Teil auch durch den EGMR²³ bestätigt.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Maktouf* und *Damjanović* vom 18. Juli 2013 schränkte den Zugriff auf das StGB BiH 2003 dann aber teilweise wieder ein.²⁴ In *Maktouf* und *Damjanović* versuchte der EGMR das Rückwirkungsverbot in Artikel 7 Abs. 1 EMRK und seine Ausnahmeregelung in Artikel 7 Abs. 2 EMRK in einer sehr widersprüchlichen Art und Weise miteinander zu vereinbaren. Ausnahmsweise sei zwar eine Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen auf (ungeschriebener) völkerstrafrechtlicher Grundlage

¹⁹ Zu den sog. „Completion Strategies“ s. beispielsweise UN Secretary-General, S/2002/678, Letter Dated from 17 June 2002 from the Secretary General to the President of the Security Council, 19 June 2000; weitere Dokumente hierzu sind veröffentlicht auf der Homepage des United National International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, <https://www.icty.org/en/documents/completion-strategy-and-mict> (zuletzt besucht am 15. März 2020).

²⁰ Das Gesetz hat auch deswegen ein hohes Legitimationsdefizit, weil es nicht vom Parlament, sondern allein durch Entscheidung des Hohen Repräsentanten für Bosnien und Herzegowina (damals *Paddy Ashdown*) am Parlament vorbei als Gesetz für Bosnien und Herzegowina erlassen wurde. Allerdings hätte es natürlich seitdem vom Parlament geändert werden können, was aber an der dort seit Jahren herrschenden politischen Blockade scheitert; Einzelheiten bei *Swoboda*, ZStW 2016, 931 (943).

²¹ Vgl. nur Sud BiH, *Prosecutor v. Radovan Stanković*, Erinstanzliches Urteil: X-KR-05/70 vom 14. November 2006, S. 30-34 (bestätigt in der Berufung), oder für Artikel 180 StGB BiH den zuvor zitierten Fall Sud BiH, *Prosecutor v. Rašević and Todović*, Erinstanzliches Urteil: X-KR-06/275 vom 28. Februar 2008, S. 104-108 (bestätigt in der Berufung).

²² Ustavni Sud BiH, Case No. AP 1785/06, *Prosecutor v. Abduladhim Maktouf*, Decision on admissibility and merits, 30 March 2007; das Urteil ist inzwischen nicht mehr im Internet zu finden, doch zentrale Ausschnitte hieraus sind auf Englisch zitiert im Urteil ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013.

²³ ECHR, *Boban Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, Application No. 51552/10, Decision, 4th Section, 10 April 2012, paras. 24-25.

²⁴ In dem Fall ging es nur um Kriegsverbrechen, also um Straftaten, die bereits mit den Tatbeständen des StGB SFRJ hätten abgeurteilt werden können. Zudem waren es keine besonders schweren Kriegsverbrechen, so dass die Angeklagten rügten, dass sie bei einer Aburteilung unter dem StGB SFRJ mutmaßlich eine weitaus geringere Strafe erhalten hätten als unter dem StGB BiH von 2003, das auf ihre Fälle angewandt worden war; zum Fall und zur Kritik an dem Vorgehen des EGMR beim Vergleich der beiden Gesetze s. auch *Damjanović*, ZIS 2014, 629 (634 ff.).

zulässig, obwohl es vorher im nationalen Recht für diese Verbrechen keine geschriebene Aburteilungsgrundlage gab (so Artikel 7 Abs. 2 EMRK),²⁵ aber diese Ausnahmeregelung wird eingeengt durch das Prinzip der Meistbegünstigung – einem zum Rückwirkungsverbot, also zu Artikel 7 Abs. 1 EMRK gehörenden Prinzip. Wenn es vorher einen geschriebenen Tatbestand im nationalen Recht gab, dann gelten dessen tatbestandliche Grenzen und Strafrahmenvorgaben.²⁶ Gegebenenfalls gelten auch die älteren Formen der strafrechtlichen Verantwortungszurechnung, wenn diese enger gefasst sind als die neuen Zurechnungsformen des StGB BiH. Gab es früher keinen Tatbestand (das StGB SFRJ von 1976 kannte zum Beispiel keine Verbrechen gegen die Menschlichkeit), dann gilt das Völkerstrafrecht bzw. die Verkörperung des Völkerstrafrechts im StGB BiH von 2003. Für Verbrechen gegen die Menschlichkeit gilt dann also Artikel 172 StGB BiH. Eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot ist also nach Artikel 7 Abs. 2 EMRK erlaubt, aber diese wird wiederum im selben Atemzug in widersprüchlicher Weise unter eine Teilregelung des Rückwirkungsverbots, unter die Regel der *lex mitior*, gezwungen.

Für das Gericht BiH bedeutete dies: Das Völkerstrafrecht darf uneingeschränkt gelten, wenn es kein geschriebenes Recht im StGB SFRJ gab. Wenn es aber schon vorher Tatbestände gab wie zum Beispiel die der Kriegsverbrechen und des Völkermords, dann ist zu prüfen, ob im konkreten Fall die mildere Strafe auf der Basis des StGB BiH oder nach dem alten StGB SFRJ verhängt werden kann.

Leider hat der EGMR dabei nicht darüber nachgedacht, was passiert, wenn die Strafen nach dem alten Recht unangemessen niedrig erscheinen, etwa wenn nur maximal zwanzig Jahre Haft für mehrfach begangene Völkermordtaten verhängt werden können. Im vorgelegten Fall *Maktouf und Damjanović* hatte der EGMR zu solchen Ausführungen keinen Anlass, da es sich um leichtere Fälle von Kriegsverbrechen handelte, im Fall *Maktouf* sogar nur um eine Beihilfe zu einem Kriegsverbrechen, und damit insgesamt um Fälle, bei denen das Gericht zu einer Bestrafung am untersten Rand des zur Verfügung stehenden Strafrahmens tendierte. Für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte war daher die Frage, ob die sehr niedrigen Strafen des StGB SFRJ für die abgeurteilten Völkerrechtsverbrechen ineffektiv sein könnten, kein Thema. Doch eben diese Kurzsichtigkeit des EGMR begründete einen Widerspruch, den die Strafverfolgungsbehörden in Bosnien und Herzegowina in ihren Fällen, in denen es auch um massives völkerstrafrechtliches Unrecht geht, nicht auflösen können. Der Widerspruch betrifft die ungeheure Diskrepanz der Strafrahmen für Kriegsverbrechen und Völkermord auf der einen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf der anderen Seite. Für die im StGB SFRJ enthaltenen Verbrechen steht nur der geringe Strafrahmen von fünf bis fünfzehn, im Ausnahmefall zwanzig Jahren, zur Verfügung, für Verbrechen gegen die Men-

²⁵ Dies wurde auch gar nicht in Frage gestellt, so dass das Gericht hier nur auf ein früheres Urteil verweist; ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013, para. 55.

²⁶ ECHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 2312/08 and 3417/08, Grand Chamber Judgement, 18 July 2013, para. 68.