

Nous préconisons donc la modification du CPP dans le sens des développements qui précèdent afin que toute personne privée de sa liberté d'aller et venir par des agents de l'Etat soit informée sur le champ de son droit à ce que ses proches soient informés de sa captivité, de son droit d'accéder à un avocat et de son droit de consulter un médecin. Ceci sous-entend évidemment que ces trois derniers droits puissent être exercés de manière effective dès les premiers instants de la privation de liberté.

Karl-Ludwig Kunz, Bern

## Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs

### Inhaltsübersicht

- I. Bestimmungsfaktoren der Schuldfeststellung
- II. Schaffung von Normvertrauen unter faktischen Beschränkungen
- III. Determinanten der Beweiswürdigung zur Schuldfeststellung
- IV. Aspekte der Tatsachenermittlung beim Schuld- oder Freispruch

### I. Bestimmungsfaktoren der Schuldfeststellung

Thema des Beitrages<sup>1</sup> sind durch Urteil abschliessende Tatsachenentscheidungen eines Strafgerichts. Nicht sämtliche Tatsachenentscheidungen will ich thematisieren, sondern nur solche, welche die Alternative zwischen einem Schuld- oder einem Freispruch behandeln. Damit behandle ich die qualitativ mit «Ja» oder «Nein» zu beantwortende Frage der Schuldfeststellung, nicht die abwägend-quantifizierende der Schuldzumessung. Die Frage lautet einfach gesprochen: Welche Tatsachen mit welchem Grad an Erwiesenheit entscheiden über die «harte Grenze» zwischen schuldig oder nicht schuldig?

Was stützt das Urteil über Freispruch oder Verurteilung? Der Freispruch beruht auf der Nichterweisbarkeit von belastenden Tatsachen, welche der Anklage zugrunde liegen. Verwendet werden Tatsachen, die anschliessend bivariat (nämlich als schuldig oder unschuldig) bewertet werden. Die Frage der bivariaten Entscheidung lautet, ob der darauf zielende Anklagevorwurf besser als andere mögliche Deutungen das Geschehen erklärt und ob diese Erklärung gut genug ist, um eine Verurteilung zu stützen. Ein «weiss nicht» ist ausgeschlossen. Das Gesetz gibt einen relativ engen Entscheidungsrahmen vor, der unter den gegebenen forensischen Bedingungen ausgeschöpft werden muss.

Dabei scheint die sogenannte «freie Beweiswürdigung» keine Regeln vorzugeben: Der weise Richter beruft sich auf seine Intuition. Ist die Urteilsfindung also beliebig, willkürlich und unüberprüfbar? Juristen verneinen dies, betonen aber die Beschränktheit der Überprüfung. Der Teil der Entscheidung, der bei einer möglichen Überprüfung im Dunkeln bleibt, gewissermassen das Dunkelfeld der Herstellung von Urteilen, macht mein heutiges Thema aus.

<sup>1</sup> Der Beitrag geht aus einem Vortrag bei der Österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie am 18. 4. 2013 in Wien hervor. Der Vortragsstil wurde bewusst beibehalten.

Obwohl die Einheitsbeschwerde des BGG<sup>2</sup> eine Sachverhaltsüberprüfung vorsieht, kann nach Art. 97 Abs. 1 BGG die Tatsachenfeststellung von Vorinstanzen nur beanstandet werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Das BGer ist primär für die Überprüfung von Rechtsverletzungen zuständig. Für Tatsachenfeststellungen bleibt die Kognition beschränkt. Sie können nur auf offensichtliche Fehler überprüft werden.<sup>3</sup> Deshalb bleibt die gerichtliche Feststellung von Tatsachen so weit unüberprüfbar, wo die formalen Überprüfungsmöglichkeiten des Bundesgerichts enden. Massgeblich ist die Kunst bundesgerichtssicherer Begründung. Wahrheit und Vertretbarkeit im Recht klaffen auseinander.<sup>4</sup>

Formale Kriterien der Fähigkeit zur nicht beanstandbaren Begründung entscheiden über die berufliche Qualität von Richtern, obwohl solche formalen Kriterien nicht die eigentliche Güte des Rechtsspruchs ausmachen. Würde etwa der weise Richter Salomon als weise gelten, wenn er bloss formal korrekt zu argumentieren verstünde? Seine Menschenkenntnis, genauer sein einfühlsames Verstehen des «wahrhaft Mütterlichen», macht seine richterliche Qualität aus. Und doch wird dies in modernen Rechtskreisen vernachlässigt. Die Kadijustiz,<sup>5</sup> die eine materiale Gerechtigkeit anstrebt und nach konkreten Billigkeitgesichtspunkten entscheidet, sich dabei aber der Berechenbarkeit entzieht, ist für uns inakzeptabel.

Das ist mit einer gewissen Zwangsläufigkeit so. Die Unanfechtbarkeit, nicht die Richtigkeit zählt bei Entscheidungen in der Praxis. Ziel ist, eine Entscheidung zu treffen, welche Bestand hat, also vor den vorgesetzten Gerichten besteht. Nur eine Entscheidung, die sich in die Vorgaben des Rechtssystems einfügt, kann das. Die einzelfallbezogen richtige, aber unsystematische Entscheidung leidet an fehlender Verbindlichkeit, weil sie die Notwendigkeit der Geschlossenheit des Rechtssystems missachtet. Und doch tritt das Ziel der Gerechtigkeit nicht ganz hinter dasjenige der Systematizität zurück. Gerechtfertigt kann nur eine Entscheidung sein, welche die faktischen Bedingungen ihrer Herstellung materiell richtig wiedergibt, also über die eigentlichen Motive der Entscheidung Transparenz schafft und sich damit selbst aufrichtig Rechenschaft ablegt. Also ist im Rahmen einer formal korrekten Darstellung der Entscheidung so gut wie möglich dem Bedürfnis nach einer die ei-

gentlichen Motive offenlegenden Entscheidung zu entsprechen. Dem genügt die Praxis oft nicht.

Der Entscheidende und der Begründende sind oft unterschiedliche Personen. Bekanntlich wird das gerichtliche Urteil in der Schweiz oft nicht durch Richter, sondern viel später, nach der Fällung des Urteils, und nur bei eingelegtem Rechtsmittel ausführlich durch Gerichtsschreiber begründet. In Frankreich ist dies ähnlich. Eine Entscheidung zu treffen, ist also eine Sache, sie unanfechtbar zu begründen, eine ganz andere. Herstellung und Darstellung des gerichtlichen Urteils fallen auseinander.<sup>6</sup>

## II. Schaffung von Normvertrauen unter faktischen Beschränkungen

Lange Zeit begnügte man sich mit sehr oberflächlichen formellen und dogmatischen Anforderungen an die Urteilsbegründung. Ohnehin stehen traditionell im Strafrecht die Straftatvoraussetzungen und nicht die Rechtsfolgen im Vordergrund. Wir schulen die Studierenden an der Universität fast ausschliesslich im Durchschreiten der *Front-door*-Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Strafbarkeit. Die *Back-door*-Frage, was dann als Ergebnis hinten herauskommt, interessiert zwar die Allgemeinheit am meisten, nicht aber die Fachleute. Das abwägende Argumentieren, von dem die Wahl der Strafhöhe innerhalb eines normalerweise weit gesteckten Strafrahmens abhängt, ist eine Kunst, die eigentlich kaum geschult wird. Ausbildung, Berufsprestige und Fortkommen der Richter scheinen sich am Leitbild eines Chirurgen auszurichten, der sauber die Operationsbestecke zu sortieren vermag; ob er sie auch zu gebrauchen versteht, ist nebensächlich. Der oft gehörte Vorwurf der Bürgerferne der Justiz findet so reichlich Nahrung.

Strafrechtlern, besonders Strafverfahrensrechtlern und praktischen Juristen, sind diese Umstände schmerzlich bewusst. Abhilfe ist mit Mitteln der Strafrechtsdogmatik nur begrenzt möglich. Man kann die gesetzlichen und dogmatischen Vorgaben zur Transparenz der Urteilsfindung so streng gestalten wie man will:<sup>7</sup> Sie bleiben letztlich unverbindlich, weil sie nur die Oberfläche formal zu beachtender Voraussetzungen einer sachgerechten Entscheidungsfindung betreffen. Die Qualität der materiellen Entscheidungsfindung selbst bleibt davon unberührt. Schuld, zunächst als Lebensführungsschuld und sodann als indeterministische Willensfreiheitsschuld verstanden, hat sich auf die normative Vorwerfbarkeit re-

2 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG SR 173.10), in Kraft seit 1. Januar 2007.

3 M. Thommen/H. Wiprächtiger, Die Beschwerde in Strafsachen. AJP/PJA 2006, 651 ff., 655; vgl. auch BGer 6B\_606/2010 vom 28. 9. 2010.

4 N. D. Hoffmann, Punktstrafe und Spielraumtheorie. Wahrheit und Vertretbarkeit im Recht, München 2008.

5 Vgl. H. Jung, Zur Kadijustiz, in: Festschrift für Klaus Rolinski, hrsg. von H.-H. Kühne/H. Jung/A. Kreuzer/J. Wolter, Baden-Baden, 2002, 209–217.

6 R. Hassemer, Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und der Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen, MschrKrim 1983, 26 ff.

7 Das Bundesgericht hat mit seiner Rechtsprechung zur stärkeren, aber immer noch begrenzten Überprüfung von Strafzumessungsentscheidungen diese Transparenz erhöht, jedoch keineswegs völlig Licht ins Dunkel gebracht, vgl. BGer 6B\_38/2013 vom 8. 7. 2013; BGer 6B\_352/2012 vom 1. 11. 2012; BGer 6B\_384/2009 vom 5. 11. 2009.

duziert.<sup>8</sup> Die Einsicht in die Unmöglichkeit, eine Punktstrafe rational zu bestimmen, hat zur Einführung der Schuldrahmenstrafe im Sinne der Spielraumtheorie geführt.<sup>9</sup> Oberste Strafgerichte haben die Anforderungen an die Begründung von Schuldfeststellungs- und Strafzumessungsentscheidungen drastisch erhöht.<sup>10</sup> All dies hat nicht zu einer inhaltlichen «Verbesserung» von Urteilen geführt, sondern nur die Anfechtbarkeit ihrer Begründung erschwert. Angesichts dieser Gerichtspraxis erscheint es fast, als ob man mit dem Begehren nach einer Darstellung von Gerichtsurteilen entsprechend den Herstellungsbedingungen nach einem unerreichbaren Ideal strebe.

Die Differenz zwischen Darstellung und Herstellung ist verständlich, weil Urteilsgründe sich primär an der obergerichtlichen Überprüfbarkeit und eben nicht an der tatsächlichen Richtigkeit der Entscheidung zu orientieren haben. Im Konfliktfalle geht die Überprüfbarkeit vor. Diese muss sich nolens volens an vorhandenen revisionsrechtlichen Kriterien orientieren.

Was meint überhaupt «Verbesserung» von Urteilen? «Sachangemessener», «falladäquater» oder «tatsachenentsprechender» sagt sich leicht, aber was das im Einzelnen bedeutet, bleibt offen. Ein klares und durchsetzbares Kriterium für die Qualität juridischer Entscheidungsfindung besteht offensichtlich nicht. So scheint es, dass man Richtern bestenfalls einen anregenden Trank bereiten kann, damit sie ihr Berufsgeschäft anschliessend gut verrichten. Nur die Qualität des Tranks, nicht die des Geschäfts scheint zu beeinflussen zu sein.

Die Schuldfeststellung ist autoritativ urteilend und verbleibt nicht abwägend im unentschiedenen Einerseits-Andererseits. Gerichtsverfahren müssen wie alle Prozeduren ihren Abschluss finden; der Ertrag von Prozessen muss durch den begrenzt zu haltenden Aufwand der Steuerzahler gedeckt werden; Richter stehen mithin unter Entscheidungszwang, sie können nicht zeitlos rasonieren oder sich vor einer Entscheidung drücken. Im Gerichtsverfahren geht es nicht um die «materielle Wahrheit» in einem anspruchsvollen Sinne, sondern um die «prozessuale Wahrheit»<sup>11</sup> im Rahmen des nach der Verhältnismässigkeit Nötigen. Unter hoher Arbeitsbelastung ist man verleitet, «kurzen Prozess» zu machen und die Erlangung der prozessualen Wahrheit augenzwinkernd zu behaupten. Die Wahrheit wird da-

mit ein Stück weit zur Verhandlungssache. Damit verliert das Urteil seine zentrale Bedeutung als krönende Beendigung des Strafverfahrens. Immer öfter wird von vorzeitigen Beendigungen des Verfahrens wie Einstellungen, Absprachen und abgekürzten Verfahren Gebrauch gemacht.<sup>12</sup>

Entscheidungszwang schafft stets Willkür. Die Rechtspraxis nimmt unter Entscheidungszwang keine Rücksicht darauf, ob hinlängliches Wissen vorhanden oder auch nur erreichbar ist. Welche Umstände erheblich sind, wann eine erhebliche Tatsache als genügend gesichert gilt, bis wohin somit der Aufklärungsaufwand betrieben werden muss und wie die Entscheidung dann ausfallen soll, lässt sich nicht einmal im Einzelfall verlässlich angeben. Allenfalls können Einzelfallentscheidungen negativ als falsch ausgewiesen werden, wenn sie die Grenzen zulässigen Ermessens klar überschreiten. Das dezisionäre Element gestattet keine eindeutige Beurteilung, sondern schafft bestenfalls einen Rahmen des Vertretbaren. Der gebotene Gehorsam des Richters vor dem Gesetz muss überprüft werden können; die auch Laien mögliche Voraussehbarkeit und Nachvollziehbarkeit von richterlichen Entscheidungen müssen gewährleistet sein.

Jurisprudenz ist eine praxisbezogene Wissenschaft. Ihre Entscheide müssen für das Publikum einsichtig und nachvollziehbar sein. Generell bestehen zwischen dem Recht und der Gesellschaft Verbindungen. Recht muss für die Gesellschaft funktional sein, also gesellschaftliche Zwecke ausserhalb seiner selbst verfolgen. Strafrecht muss präventiv im Sinne einer rechtsstaatlichen Verbrechensverhütung wirken. Dies setzt voraus, dass so weit wie möglich aufgrund wahrheitsgemässer Tatsachenfeststellung geurteilt wird und dies für das Publikum glaubwürdig kommuniziert wird.

Wenn wir uns *Hans Kelsen* mit seiner «Reinen Rechtslehre» in Erinnerung rufen, finden wir diesen Umstand für die Rechtswissenschaft insgesamt bestätigt. Für ihn ist das Studium der faktischen Entstehung von Gerichtsentscheidungen nicht Rechtswissenschaft, sondern Rechtssoziologie.<sup>13</sup> Die Rechtsverbindlichkeit der getroffenen Entscheidung ergibt sich nicht aus inhaltlichen Kriterien der moralischen Richtigkeit, sondern allein daraus, dass sich die getroffene Entscheidung in das geschlossene System der positivrechtlichen Sollensordnung einfügt.<sup>14</sup> *Kelsen* ist Rechtspositivist, indem er das Recht allein aus seiner Positivität bestimmt und damit die dem Recht immanente Ausrichtung auf eine als sachrichtig akzeptable Entscheidung vernachlässigt.

8 «Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt», so *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, Tübingen 1976, 14; vgl. auch *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin usw. 1991, 6/59.

9 *B. Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin usw. 1984, 153 ff., bes. 188; *T. Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999, 35 ff.; *Hoffmann* (Fn. 4), 219.

10 Siehe Fn. 7; für Deutschland BGH NStZ 1986, 358; BGH StV 2005, 387 f.; BGH wistra 1987, 60; 2002, 260.

11 *D. Krauss*, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Festschrift Schaffstein 1975, 411 ff.; *K. Malek*, Abschied von der Wahrheitssuche, Strafverteidiger 2011, 559 ff.

12 Vgl. etwa *N. Oberholzer*, Von der Normeninflation im Strafrecht. Straflust oder Straffrust, Jubiläumstagung zum 30-jährigen Bestehen der Fachgruppe «Reform im Strafwesen» der Caritas Schweiz 2007, 7; *B. Schünemann*, Strafprozessuale Absprachen in Deutschland, Regensburg 2005, 15 ff.

13 *H. Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1914, 839 ff., 875.

14 *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960, Vorwort zur 1. Aufl., III.



Auch nach Niklas Luhmanns Plädoyer für die «Legitimation durch Verfahren»<sup>15</sup> ist die nur begrenzte Anfechtbarkeit strafgerichtlicher Urteile zu begrüssen. Weil Entscheide, fast einerlei wie sie ausfallen, als rechtlich wirksam hingenommen werden müssen, gelten sie in der Regel als legitim und erzeugen Normvertrauen. Die Kehrseite hiervon besteht im Zuviel des Guten: Wenn Bürger wahrnehmen, dass verbreitet als ungerecht betrachtete Urteile Rechtszwang entfalten, entsteht im öffentlichen Bewusstsein eine Spaltung zwischen Recht und Gerechtigkeit, die dem Recht Autorität entzieht.

Im Gewande der Rechtssoziologie erscheint dieser juristische Purismus als Abschottung gegen die erfahrungswissenschaftliche Durchdringung der Justiz. So entstehen im Verlaufe des Versuchs der Nach-68er-Jahre, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft<sup>16</sup> zu begreifen, mehrere Anläufe zur Aufklärung der erfahrungswissenschaftlichen Empirie des Rechtsstabs. Der Soziologe Rüdiger Lautmann studiert eigens Jus und lässt sich als Richter anstellen, um aus der Innensicht die stille Gewalt Justiz zu dokumentieren.<sup>17</sup> Wolfgang Kaupen analysiert soziale Hintergründe und politische Einstellungen der Hüter von Recht und Ordnung.<sup>18</sup> Kaupen und der Richter Theo Rasehorn studieren den Zusammenhang zwischen Justiz und Obrigkeit.<sup>19</sup> Solche unter dem Einfluss der rebellischen Jugend und ihrer Auseinandersetzung mit ihren Vätern entstandene Studien nehmen die Institution Justiz und ihre Agenten in einen kritischen Blick. Marxistische Soziologen unterstellen nur sehr allgemein die herrschaftsstützende Funktion der Justiz zugunsten der Mächtigen. Nicht thematisiert wird das konkrete Entscheidungsverhalten als solches und seine Abhängigkeit von soziologischen, psychologischen oder sonstigen äusseren Faktoren. Die erwähnten soziologischen Studien beziehen sich eher auf die hintergründige Beschaffenheit der Justiz im Allgemeinen, als dass sie deren Entscheidungsverhalten im Besonderen studieren.

### III. Determinanten der Beweiswürdigung zur Schuldfeststellung

Diesem Problem habe ich mich in einem Aufsatz in der Zeitschrift für Strafrecht (ZStW)<sup>20</sup> am begrenzten Bereich der Beweiswürdigung bei der Tatsachen-

15 N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a. M. 1983.

16 H. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a. M. 1973.

17 R. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt a. M. 1972.

18 W. Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied 1969.

19 W. Kaupen/T. Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen, Neuwied 1971.

20 K.-L. Kunz, Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels. Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung, ZStW 2009, 572 ff.

feststellung und der Frage, wann diese zu einer Verurteilung oder einem Freispruch führt, angenommen. Meine juristisch-normative Studie versuchte, den groben Klotz der Entscheidung zwischen Freispruch und Verurteilung in verwertbare Bestandteile zu zerhauen und dabei einen kleinen Baustein zu einer normativen Theorie des Tatbeweises zu liefern.

Die Amerikaner fordern für eine Verurteilung eine Sicherheit «jenseits eines vernünftigen Zweifels» (beyond a reasonable doubt). Der Mindeststandard einer Verurteilung «jenseits eines vernünftigen Zweifels» hält richtigerweise dazu an, einerseits bei vernünftig begründbaren Zweifeln von einer Verurteilung abzusehen und andererseits eine Verurteilung bedenkenfrei vorzunehmen, wo Zweifel nicht vernünftig begründbar sind. Gerade die metaphysikfeindliche, unvernünftige Bedenken abweisende und damit die Verurteilungsbereitschaft fördernde Bedeutung steht bei der Entstehung der Formel im Vordergrund.

Der Appell an die Vernunft ist nicht nur in seiner motivationalen Auswirkung auf die Verurteilungsbereitschaft ambivalent, sondern bleibt auch als Richtschnur des Urteilens vage. Ziel des Beweisverfahrens ist die Ermittlung der objektiven Wahrheit. Unter den Realbedingungen eines Gerichtsverfahrens kann die genügende Sicherheit über die Erweisenheit einer Tatsache nur annäherungsweise erzielt werden. Jedoch lässt sich immerhin festhalten, dass die subjektive Ausrichtung der richterlichen Tatsachenfeststellung am Ziel der objektiven Wahrheit eine notwendige Komponente eines gerechtigkeits- und vernunftgemässen Richtens bildet. Aus der Sicht des Gerichts ist eine vollständige subjektive Überzeugung von der Wahrheit der Tatsachenfeststellung gemäss vernunftgemässen Urteil gefordert. Das Gericht muss gänzlich von der Wahrheit überzeugt sein und begründete Zweifel für ausgeschlossen erachten. Es kann nur aus seiner Sicht die Wahrheit ermitteln, ohne die materielle Wahrheit in einem objektiven Sinn definitiv feststellen zu können. Richterliche Tatsachenfeststellungen sind von subjektiver Überzeugung ihrer Wahrheit getragene Beurteilungen im Zustande der objektiven Ungewissheit. Dabei handelt es sich um eine Ungewissheit über das tatsächliche Ereignis vergangener Geschehnisse.<sup>21</sup> Fehlt es an der vollständigen subjektiven Überzeugung, so ist nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» (im Zweifel für den Angeschuldigten) eine belastende Statusveränderung des Beschuldigten durch Verurteilung und Bestrafung nicht zulässig.<sup>22</sup>

Zur Vernunft der Überzeugungsbildung gehört, dass der dafür betriebene Aufwand in einem vertretbaren Verhältnis zur Bedeutung der rechtlichen Konse-

21 Obwohl wahrscheinlichkeitstheoretisch unerheblich, wird die Ungewissheit über den Eintritt vergangener Geschehnisse psychologisch als viel belastender empfunden als die Ungewissheit über den Eintritt zukünftiger Ereignisse, vgl. E. Guttel/A. Harel, Uncertainty revisited: Legal prediction and legal postdiction, Michigan Law Review 2008, 468 ff., 468 f.

22 J. Zopfs, Der Grundsatz «in dubio pro reo», Baden-Baden 1999, 378.



quenzen der Tatsachenfeststellung gehört. Mit Kanonen soll nicht auf Spatzen geschossen werden. Dies gilt auch für das Strafrecht: Bei einer Einstellung aus Opportunitätsgründen und einem Strafbefehl bedarf es einer geringeren Ermittlungsintensität, als wenn es um Abklärung eines mit längerer Freiheitsstrafe bedrohten Tatgeschehens geht. Richtmass der Zuschreibung von Tatschuld ist, sie so gut wie möglich im Rahmen des vertretbaren prozessualen Aufwandes auf eine an der Wahrheit orientierte Tatsachenfeststellung zu gründen.

Die Einhaltung dieses Richtmasses ist nur schwer überprüfbar, denn heute kennen wir keine festen Beweisregeln, sondern die freie Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2, 3 StPO, § 261 deutsche StPO, § 258 Abs. 2 Satz 2 österreichische StPO). Mangels objektiver Richtigkeitskriterien für eine wahrheitsgemässe Tatsachenbeurteilung behelfen sich Rechtssysteme mit institutionellen Vorkehrungen, die auf eine möglichst sachgemässe Ausübung der freien Beweiswürdigung abzielen. Diese Vorkehrungen beziehen sich auf die Rahmenbedingungen des prozessualen Argumentationsspiels, das die allgemeine Vernünftigkeit des Urteils gewährleisten soll. So lassen sich Kontrolle und Demokratisierung des professionellen Justizpersonals etwa durch das Geschworenengericht, welches neuerdings im Tessin wieder eingeführt ist,<sup>23</sup> im Grundsatz verstärken. Solche Vorkehrungen verbürgen nicht richtige Entscheidungen, sondern verhindern bloss begrenzt Fehlentscheidungen.

Zur Erleichterung des Fällens richtiger Entscheide hat man verschiedene, meist formal-logische Verfahren entwickelt.<sup>24</sup> Diese werden heute nicht mehr favorisiert, wohl weil die verwandten Elemente allzu abstrakt bleiben und deshalb für die Einzelfallentscheidung wenig taugen. Weniger formal und eher praxisnah ist folgendes zweistufige Verfahren:

In der ersten Phase ist das Schlussverfahren der Abduktion verlangt. Die Frage ist, ob der Sachverhalt, der der Anklage zugrunde liegt, die beste Erklärung für das vorgeworfene Tatgeschehen bildet. Im kriminalistisch-forensischen Zusammenhang bildet das dem Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift vorgeworfene Tatgeschehen eine mögliche erklärende Annahme (Explanans, abhängige Variable), deren relative Erklärungskraft gegenüber anderen hypothetischen Annahmen, die etwa von der Verteidigung vorgebracht werden, zu bestimmen ist. Die entscheidende Frage lautet dabei, ob die der Anklage zugrunde gelegten Tatsachenbehauptungen die zur Kenntnis des Gerichts gelangten Tatsachenbefunde besser als alle anderen denkbaren Tatsachenbehauptungen erklä-

ren. Dabei handelt es sich um eine vergleichend relativierende Beurteilung, die einigermaßen nachvollziehbar und überprüfbar ist.

Während es bei der Abduktion um die Bestimmung der überzeugendsten Erklärung geht, ist anschliessend in der zweiten Phase die Beurteilung darüber gefordert, ob die Suche nach weiteren Erklärungen abzubrechen und die (bislang) bestmögliche Erklärung als wahr zu akzeptieren sei. Die zu treffende Entscheidung über den Abbruch des Wahrheitsfindungsprozesses und die Bescheidung mit den bisher möglichen Feststellungen als verbindliche Beurteilungsgrundlage ist keine relativierende, sondern eine absolut klassifizierende Beurteilung. Diese Klassifizierung ist ein dezisionärer Akt, dessen prinzipielle Willkürhaftigkeit sich einer objektiven Beurteilung entzieht und der kulturspezifisch erfolgt. Immerhin kann versucht werden, ein Mindestmass der Wahrheitswahrscheinlichkeit für den Abbruch weiterer Ermittlungen zu fordern. Dieses Mindestmass ist nicht absolut, sondern von der Schwere der zu treffenden Entscheidung abhängig: Für eine Eröffnung des Strafverfahrens ist weniger Wahrheitswahrscheinlichkeit erforderlich als für eine Anklage und für diese weniger als für einen Freispruch. Die Abstufungen der zu fordernden Wahrheitswahrscheinlichkeit werden gewöhnlich umgangssprachlich ausgedrückt: konkrete Möglichkeit, überwiegende Wahrscheinlichkeit, hohe Wahrscheinlichkeit, an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit.<sup>25</sup> Diese Umschreibungen haben den Nachteil, relativ vage zu bleiben und je nach beurteilender Person oder Instanz sowie je nach vorgeworfener Straftat unterschiedlich interpretiert zu werden.

Heute werden stattdessen insbesondere in den angelsächsischen und angloamerikanischen Common-law-Rechtssystemen mathematisch-probabilistische Methoden als Anleitungen zur Beweiswürdigung empfohlen. Diese entsprechen weitgehend dem vorgeschlagenen zweistufigen Prüfungsverfahren, ohne die zwei Stufen ausdrücklich auseinanderzuhalten. In aller Regel wird nur das Ergebnis der Beurteilung festgehalten und mit einer bestimmten Prozentzahl an Wahrheitswahrscheinlichkeit ausgedrückt. Der für eine Verurteilung nötige normative Fixpunkt, bei dessen Erreichen oder Überschreiten ein Tatbeweis mit genügender Wahrheitswahrscheinlichkeit jenseits eines vernünftigen Zweifels als erbracht gilt, wird als *Reasonable-doubt*-Standard bezeichnet. Die für den Fall konkret ermittelte Wahrheitswahrscheinlichkeit wird sodann mit dem *Reasonable-doubt*-Standard verglichen: Sie muss diesen Standard erreichen oder übertreffen. Mit anderen Worten: Die Anklage muss nicht nur die beste Erklärung des Tatgeschehens abgeben; sie muss auch gut genug sein, um den *Reasonable-doubt*-Standard zu errei-

23 Vgl. K.-L. Kunz, Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise, in: Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich, hrsg. von F. Streng/G. Kett-Straub, Tübingen 2012, 145 ff., 160.

24 K. Haag, Rationale Strafzumessung: ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrechtlichen Entscheidung, Köln, Berlin 1969; H. Kohlschütter, Die mathematische Modellierung der Strafzumessung. Das Strafwertkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?, Marburg 1998.

25 Der Verdachtsgrad wird etwa angesprochen in Art. 7 Abs. 1, 194 Abs. 1 lit. b, 216 Abs. 2, 220 Abs. 1, 262 Abs. 1, 268 Abs. 1 lit. b, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1, 285 Abs. 1, 298 Abs. 2, 325 Abs. 1 StPO.

chen oder zu übertreffen. Dieser wird in den USA sehr unterschiedlich fixiert; teilweise wird dieses Verfahren heftig kritisiert.<sup>26</sup>

Immerhin kommt im *Reasonable-doubt*-Standard die in der offenen Begrifflichkeit der freien Beweiswürdigung unkenntliche Problematik zum Ausdruck, dass für eine Verurteilung oder eine sonstige gerichtliche Entscheidung eine bestimmte Wahrscheinlichkeit zu fordern ist. Empirische Erkenntnisse darüber, wo die Richtenden den zahlenmässigen Mindeststandard der für eine Verurteilung genügenden Wahrscheinlichkeit ansetzen, könnten durch Befragungen gewonnen werden. Aber was sagen solche Befragungen schon aus? Gibt es wirklich einen für alle Fälle gleichen *Reasonable-doubt*-Standard, oder variiert dieser z. B. nach der Schwere des Deliktvorwurfs? Ist die mehrheitliche Festlegung des *Reasonable-doubt*-Standards wirklich richtig? Kann die Einhaltung eines bestimmten prozentualen *Reasonable-doubt*-Standards wirklich obergerichtlich überprüft werden? Immerhin zeigen mögliche Befragungen ein bisher vernachlässigtes Problem und animieren zu dessen Diskussion. Das Bewusstsein stark voneinander abweichender Vorstellungen über ein wesentliches Kriterium der strafrechtlichen Verurteilung könnte – durchaus im Sinne eines heilsamen Erschreckens – zu Bemühungen um eine Verständigung mit dem Ziel einer Vereinheitlichung des *Reasonable-doubt*-Standards führen.

Die Vorbehalte gegen eine «Mathematisierung» der Beweiswürdigung sind zahlreich. Die Starrheit des arithmetischen Ausdrucks zwingt die richterliche Beurteilung in ein Korsett. Unklar ist, wie strikt das Entscheidungsprogramm mit seinen arithmetischen Elementen gehandhabt werden soll. Letztlich geschieht nichts weiter, als dass über die Skala der umgangssprachlichen Begrifflichkeit eine numerische Skala gelegt wird und den umgangssprachlichen Bezeichnungen ein arithmetischer Wert zugeordnet wird. Auch wenn das Schreckbild einer «Mathematisierung» der Beweiswürdigung überzogen ist, bleiben gewichtige Bedenken. Auch eine Abwägung von Wahrscheinlichkeiten (die Amerikaner sagen: ein *Balancing of probabilities*) führt wiederum nur zu einer Wahrscheinlichkeit, deren Richtigkeit sich bestreiten lässt. Fraglich bleibt, ob eine möglichst breit abgestützte Überzeugungsbildung mit diskursiver Begründung auf diese Art und Weise zuverlässig anzuleiten ist.

#### IV. Aspekte der Tatsachenermittlung beim Schuld- oder Freispruch

Der neuerlich belegte begrenzte Gewinn eines Versuchs der normativen Anleitung richterlichen Entscheidens gab Anlass zu einer empirisch-erfahrungswissen-

26 Vgl. dazu die Nachweise in Kunz (Fn. 20), 572 ff., 587, 602. Deutlich auch das Urteil des US-Bundesgerichts *United States v. Hall*, 854 F. 2nd 1036, 1044 (7th Cir. 1988): «Numerical estimates of probability are helpful in investments, gambling, scientific gambling, scientific research and many other activities but are not likely to be helpful in the setting of jury deliberations.»

schaftlichen Beleuchtung des Themas. Dieser Aufgabe versuchten wir – die Psychologin *Henriette Haas* und ich – uns in einem begrenzten Problemfeld zu nähern. Die Ergebnisse der Studie sind in der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) veröffentlicht.<sup>27</sup> Wir beschränkten uns auf die strafgerichtliche Tatsachenermittlung für Schuld- oder Freispruch und erfassten diese retrospektiv durch schriftliche Befragung einer Stichprobe von 75 Strafrichterinnen und -richtern aus den drei deutschsprachigen Ländern. Auf diese Weise konnte eine repräsentative Zufallsauswahl von 225 Urteilen betreffend Straftaten einer gewissen Schwere aus dem Bereich des Kernstrafrechts gewonnen werden. Gefragt wurde nach den drei letzten Fällen einer gewissen Schwere aus der unmittelbar zurückliegenden Praxis der Richterinnen und Richter. Zudem wurden Einflüsse des Verteidigungsverhaltens, von richterlichem Vorhalten sowie der Art der Protokollführung erhoben und die Erwünschtheit einer vertieften psychologischen Aussagenanalyse abgeklärt.

Richter unterliegen bei der Urteilsfindung diversen Einflüssen, die von dem durch Polizei und Staatsanwaltschaft aufbereiteten Tatsachenmaterial über die Eingaben von Verteidigung und Opfervertretung bis zu bürokratischen Sachzwängen und Erwartungen von Medien und Öffentlichkeit reichen. Davon geprägt setzen die Richtenden Werkzeuge ihrer Entscheidungsfindung ein, wobei zwischen objektiven und subjektiven Beweismitteln zu unterscheiden ist. Für eine Untersuchung der Faktoren richterlicher Überzeugungsbildung gilt es, sämtliche denkbaren Einflussmöglichkeiten auf die Urteilsfindung und Instrumente der Entscheidungsfindung hypothetisch zu erfassen und deren wechselseitige Abhängigkeit zu bestimmen.

Um dies zu bewerkstelligen, haben wir unterschiedliche Verfahrensausgänge mit den Beweiswerten der einzelnen Beweismittel sowie den Einflüssen der Parteien und der Öffentlichkeit in Beziehung gesetzt. Dabei interessierte insbesondere das relative Gewicht objektiver Beweismittel im Verhältnis zu den subjektiven Beweismitteln. Als «objektive Beweismittel» wurden bestehende Akten, Expertengutachten und gerichtliche Augenscheine verstanden. Als «subjektive Beweismittel» wurden Aussagen von Angeklagten, Opfern, (unbeteiligten) Zeugen und allfälligen Komplizen erfasst. Objektive, vermeintlich feststehende Fakten genügen zur sicheren gerichtlichen Feststellung nicht: Die Finalität menschlichen, und damit auch strafbaren, Handelns sowie die Schwere des Handlungsunwerts einer Straftat lassen sich nur anhand subjektiver Beweismittel bestimmen. Zur Qualifikation eines Straftatbestandes ist es unabdingbar, auch rein subjektive Tatsachen wie Motive, affektive Bewegungen, Absichten, Wissensinhalte und Gespräche zu berücksichtigen. Nur so kann man emotional bedeutsame Erlebnisse erfassen. Schliesslich gilt generell, dass jedes «objektive» Beweismittel erst sinnlich in die subjektive

27 K.-L. Kunz/H. Haas, Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung. Eine empirische Studie in drei Ländern, MschrKrim 2012, 158 ff.



Wahrnehmungssphäre der Verfahrensbeteiligten, namentlich des Gerichts, gelangen muss. Die Beweiskraft subjektiver Befunde ist unterschiedlich; sie wird gesteigert, falls mehrere Personen übereinstimmend über Geschehnisse berichten.

Die von den befragten Richtern berichteten Fälle betrafen unseren Vorgaben gemäss sämtlich Delikte aus dem Bereich des Kernstrafrechts, für die eine Höchststrafe von mindestens drei Jahren Freiheitsentzug angedroht ist. Standen in einem Verfahren mehrere Angeklagte vor Gericht, so hatten die Richterinnen und Richter gemäss unseren Vorgaben die Fragen nur in Bezug auf diejenige Person zu beantworten, die in der Anklageschrift als der/die mutmassliche Haupttäter/in erschien. Falls dem/der mutmasslichen Haupttäter/in mehrere Tatbestände zum Vorwurf gemacht wurden, wählten die Befragten den schwersten davon aus und beantworteten die Fragen im Hinblick auf diesen.

Aus den Ergebnissen der Studie lassen sich im Wesentlichen folgende Erkenntnisse ableiten: In etwa der Hälfte der Fälle kamen Geschehnisse zur Anklage, die mit objektiven Beweismitteln mindestens gut erhärtet werden konnten. In der anderen Hälfte beruhte die Urteilsfindung vorwiegend auf den Aussagen der Prozessbeteiligten. Subjektive Beweismittel sind in der Hauptverhandlung speziell zur Entlastung des Angeklagten geeignet.

Knapp die Hälfte der Angeklagten behielt über das gesamte gerichtliche Verfahren ihre Verteidigungsstrategie bei. Ein Drittel der Angeklagten hatte die angelegten Vorwürfe zumindest ursprünglich bestritten. Jedoch hielt davon lediglich rund ein Drittel diese Strategie durch. Ein Siebtel der Angeklagten gaben nur zu, was ohnehin schon objektiv nachgewiesen werden konnte. Im Gegensatz zu diesen scheinbarweisen Geständnissen standen solche, die von Anfang an für ein Einräumen des Tatgeschehens und Bussfertigkeit standen. Ein Fünftel aller Angeklagten gestand schnell und umfassend. Geständige Angeklagte hielten an ihrem Geständnis in der Regel fest, Widerrufe kamen kaum vor. Obwohl Nichtgeständige eine viel höhere Chance haben, freigesprochen zu werden, erscheint ein Geständnis auch für den Angeklagten attraktiv: Es reinigt und befreit von Ängsten. Nur jeder zwanzigste Angeklagte machte von seinem Schweigerecht Gebrauch.

Die Verweigerung eines Geständnisses und das erfolgreiche Bestreiten der Vorwürfe korrelieren hochsignifikant mit der übrigen Beweislage: Die Geständnisbereitschaft sinkt, wenn die Beweislage ohnehin schwach ist. Ein Geständnis bildet vor allem dann einen schlagkräftigen Beweis, wenn es durch reines Täterwissen untermauert wird, also durch Tatsachen, die der Öffentlichkeit zum Tatzeitpunkt nicht bekannt waren und die einzig die Täterschaft wissen konnte. Dies war in der Untersuchung in einem Drittel der Fälle gegeben.

Aussagen von Geschädigten belasten überraschenderweise kaum mehr als solche unbeteiligter Zeugen. Ihre Belastungswirkung wird ähnlich wie objektive Beweismittel gedeutet. Einer entlastenden Aussage von Geschädigten wird eine

sehr hohe Glaubhaftigkeit bescheinigt. Einerseits weil diese Aussagen der Geschädigten in vielen Fällen aus einer grösseren physischen Nähe zum Geschehen erfolgen als Aussagen von nichtgeschädigten Zeugen. Andererseits handeln Opferzeugen, die entlastende Aussagen machen, entgegen ihren eigenen Interessen, was ihnen einen gewissen Objektivitätsbonus verleiht.

Die Aussagen von Komplizen wurden mehrheitlich als belastend gewertet. Damit ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Komplize den anderen «in die Pfanne haut», gegenüber der Wahrscheinlichkeit beidseitiger entlastender Einlassungen rund doppelt so hoch. Dies scheint der spieltheoretischen Situation des sogenannten «Gefangenendilemmas» nicht zu entsprechen. Das Dilemma besteht darin, dass die kollektiv günstigere Inanspruchnahme des Schweigerechts aller Angeklagten mit der individuell vorzugswürdigen Empfehlung, ein Geständnis abzulegen, kollidiert. In der Praxis trifft die Annahme, es sei für alle Beteiligten generell vorteilhafter, zu schweigen, indessen nicht unbedingt zu, denn deren zu erwartende Strafe ist jeweils unterschiedlich. Bandenmitglieder, die bloss als Mitläufer oder Zuschauer am Tatgeschehen teilgenommen haben oder gar von Rädelsführern zur Teilnahme genötigt wurden, können durch eine Aussage oder erst recht durch ein Geständnis mit einer geringen Strafe davonkommen oder gar nicht sanktioniert werden. Sie wären dann schlecht beraten, wenn sie durch ihr Schweigen das Risiko einer höheren Strafe in Kauf nähmen.

Die Dokumentation der Beweiserhebung ist für ein sachgerechtes Verfahren und seine Überprüfung wesentlich, wird aber faktisch nicht immer sachgerecht gehandhabt. Die üblichen schriftlichen Protokolle sind unterschiedlich detailgenau und weniger beweiskräftig als Aufzeichnungen per Audio oder gar Video. Dort aber hängt alles von der Sorgsamkeit der Auswertung ab, die für uns nicht überprüfbar war.

Die Art der Dokumentation ist von den gesetzlichen Vorgaben des jeweiligen Rechtskreises abhängig: In Deutschland, wo das Gericht in der Hauptverhandlung unmittelbar Beweis erhebt,<sup>28</sup> finden nur abgekürzte Wortprotokolle Verwendung. In Österreich<sup>29</sup> wurde gar – offenbar gesetzeswidrig – nicht selten auf eine Unmittelbarkeit der Beweiserhebung verzichtet. Wegen der normalerweise nur mittelbaren Beweiserhebung in der Schweiz<sup>30</sup> werden dort wörtliche Protokolle am häufigsten verwendet, mitunter auch Audio- und Videoaufzeichnungen. Das Unmittelbarkeitsprinzip ist in der Praxis generell nicht sonderlich beliebt, aber wichtig, um gefühlsgesteuerte nonverbale Äusserungen zu erkennen.

28 Vgl. §§ 250 ff. Deutsche StPO.

29 Vgl. § 51i Österreichisches VStG.

30 Die neue StPO steht dem Unmittelbarkeitsprinzip zwar nicht im Weg, verpflichtet aber nicht dazu. Soweit dem Prinzip vor der ersten Instanz Rechnung getragen wird, dürfte bei Rechtsmitteln, so namentlich bei der Berufung, häufiger das schriftliche Verfahren angewendet und die Abnahme neuer bzw. erneuter, bereits vorinstanzlich erhobener Beweise beschränkt werden.



Hinsichtlich der Wahrheitswahrscheinlichkeit ihres Schuldspruchs sind Richtende überraschenderweise relativ skeptisch. Der Einfluss der Verteidigung auf das Urteil wurde von den befragten Richtern in sechzehn von hundert Fällen als entlastend, in zehn von hundert Fällen hingegen als nicht entlastend gewertet. Die Opfervertretung hatte hingegen kaum Einfluss auf die richterliche Entscheidungsfindung. Der Einfluss der Medien auf die Urteilsfindung bleibt unbekannt. Ein gewisser Einfluss von Arbeitsdruck wurde von den Richtern zugestanden.

Seit Jahrzehnten schon versucht man mit normativ-juridischen oder erfahrungswissenschaftlich-kriminologischen Mitteln die Diskrepanz zwischen Herstellung und Darstellung von Gerichtsentscheiden zu verkleinern. Bis jetzt ist sie grundsätzlich bestehen geblieben und wird vielleicht weiter bestehen bleiben. Das Problem ist mit dem Wahrheitsverständnis im Strafverfahren verwandt. Bei diesem hält man heute an der Ermittlung der materiellen Wahrheit als Optimum und Ziel der Beweiswürdigung fest, begnügt sich aber faktisch mit einer auf das prozessual Vertretbare abgespeckten prozessualen Wahrheit. Die bestmögliche Erklärung des Tatvorwurfs und seine Übereinstimmung mit der Anklage sind hier wie dort relativ leicht festzustellen. Wann aber der Punkt erreicht ist, an dem aus prozessualen Gründen die Verfolgung des materiellen Ziels der Wahrheitsermittlung abgebrochen werden darf, ist nicht eindeutig festlegbar. Dazu gibt es neben obergerichtlichen Entscheidungen Gerichtsgebräuche, die man erfahrungswissenschaftlich studieren kann. Insofern ähnelt das Problem dem hier thematisierten *Reasonable-doubt*-Standard.

Das Richten bleibt ein subjektives Urteilen, auch wenn man sich bemüht, objektiv zu sein. Es ist letztlich ein persönliches Entscheiden, das mit eigenen Vorverständnissen und Weltbildern zu tun hat. Darum ist der Richter mehr als der Mund des Gesetzes, darum ist Rechtsfindung nicht gesetzesanwendende Subsumtion, sondern kreative Rechtsschöpfung. Darum ist auch die Jurisprudenz keine exakte Wissenschaft. Daraus folgt die problematische Konsequenz: Gerecht zu richten bleibt ein Wagnis. Im Mittelalter fürchtete man, dass der Richter sich beim Richten die Hände blutig machen und mit der Schuldvergeltung selbst Schuld auf sich laden würde. Die Angst vor der Rache am Richtenden führte dazu, dass der Scharfrichter beim Vollzug des Urteils sein Gesicht verhüllte.

Das Verborgensein der Herstellungsgründe gerichtlicher Entscheide ähnelt dem Verborgensein der Identität des Scharfrichters. Der Traum vom streng objektiv gefällten Urteil bleibt ein Traum. Der Eindruck, dass es sich nicht um einen Traum, sondern um Realität handelt, lässt sich erwecken, wenn man die subjektiven Herstellungsbedingungen der Entscheidung verborgen hält. Weil die Herstellungsgründe von Urteilen subjektiv gefärbt sind, müssen sie verborgen bleiben: Das Nichtwissen über sie wirkt präventiv systemstabilisierend.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Vgl. dazu H. Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tübingen 1968, insbes. 9 f., 17.

Hans Vest, Bern

## Kurswechsel am Jugoslawientribunal?

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Neue Perspektiven in der Rechtsprechung?
  1. Gotovina und Markač
    - a) Anklage und Strafkammer – zugleich Anmerkung zum JCE
    - b) Berufungskammer
    - c) Exkurs: Verfolgung durch u. a. rechtswidrige Angriffe gegen Zivilisten und zivile Objekte
    - d) Abweichende Voten der Richter Agius und Pocar
    - e) Diskussion
  2. Perišić
    - a) Anklage und Strafkammer
    - b) Berufungskammer
    - c) Abweichende Voten
    - d) Diskussion
  3. Stanišić und Simatović
    - a) Anklage und Strafkammer
    - b) Abweichendes Votum von Richterin Picard
    - c) Diskussion
- III. Schlussbemerkung

### I. Einleitung

Einige jüngere Urteile geben Anlass zur im Titel aufgeworfenen Frage. Am 16. November 2012 hob die Berufungskammer des Jugoslawientribunals (ICTY)<sup>1</sup> die erstinstanzliche Verurteilung der früheren kroatischen Generäle *Ante Gotovina* und *Mladen Markač* zu hohen Freiheitsstrafen auf und sprach die Angeklagten frei. Die Mehrheit der Richter hielt nicht für erwiesen, dass Gotovina und Markač Teil eines sog. gemeinsamen verbrecherischen Unternehmens (Joint Criminal Enterprise, JCE) waren. Sie erachtete nicht einmal für zweifelsfrei erstellt, dass überhaupt ein solches gemeinsames Vorhaben existierte, das Völkerrechtsverbrechen als Ziel oder Mittel erfordert hatte. Die richterliche Mehrheit sah auch die

<sup>1</sup> Internationales Gericht zur Verfolgung der Verantwortlichen für die seit 1991 im Hoheitsgebiet des ehemaligen Jugoslawien begangenen schweren Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht. Zwecks Sicherung der Rechtseinheit amtiert die Berufungskammer für das Jugoslawien- und das Ruandatribunal gemeinsam.