

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

1/2024
3. Jahrgang

S. 1-63

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2023 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Jahrestagung 2023 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin

1

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

Zum Einsatz digitaler Beweismittel in internationalen Strafverfahren: Die „Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence (DDE)“

Von Dr. Robert Heinsch, LL.M. (London), Den Haag

2

Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen an den Kosovo Specialist Chambers

Von Simon M. Meisenberg, LL.M., Den Haag

11

Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in der Ukraine – ein Lagebericht

Von Klaus Hoffmann, Freiburg i.Br.

21

Warum Strafen? Zum Sinn der Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen

Von Prof. Dr. Carsten Stahn, Leiden und Belfast

24

AUFSÄTZE

Strafrecht

Russische Propaganda als Aufstachelung zum Völkermord nach dem Rom-Statut und die Frage der Strafbarkeit nach deutschem Recht

Von Dr. Sebastian Seel, Berlin

32

Die Einführung des Ökozids als transnationales Verbrechen durch EU-Richtlinie

Von Dr. Tomohiro Nakane, LL.M. (Passau), München

45

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22
(Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten)

(Dr. André Bohn, LL.M. [Maastricht], Wuppertal/Kiel)

58

Jahrestagung 2023 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin

Im Mai 2023 kam der Arbeitskreis Völkerstrafrecht¹ zu seiner inzwischen 18. Jahrestagung zusammen, diesmal auf dem Haager Campus der Universität Leiden. Rund 80 Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler folgten der Einladung der Gastgeber Prof. Dr. Carsten Stahn (Leiden) und Dr. Philipp Ambach (IStGH, Den Haag). Im Mittelpunkt der zweitägigen Veranstaltung stand auch diesmal der Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft über neuere Entwicklungen und aktuelle Fragen des Völkerstrafrechts. Einige der auf der Tagung gehaltenen Referate kommen in dieser Ausgabe der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft zur Veröffentlichung.

Schon vor Beginn der eigentlichen Sitzung nahmen zahlreiche Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Gelegenheit wahr, den Internationalen Strafgerichtshof zu besichtigen, fachkundig geführt von Philipp Ambach und Franziska Eckelmans (IStGH, Den Haag).

Nach der Begrüßung durch die beiden Gastgeber und Prof. Dr. Florian Jeßberger (Berlin) eröffnete Matevz Pezdirc, Leiter des Sekretariats des European Network of Contact Points for the Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes (Genocide Network, Den Haag), die Sitzung mit einem Vortrag über die aktuellen Herausforderungen der innereuropäischen Zusammenarbeit und Koordination bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch die nationalen Strafverfolgungsbehörden.

Das anschließende erste Panel, das von Alberto Fabbri (Bundesstrafgericht, Bellinzona) geleitet wurde, befasste sich mit der Erhebung und Sicherung digital gewonnener Beweismittel in internationalen Strafverfahren. Zunächst führte Prof. Dr. Robert Heinsch² (Leiden) in die hochaktuelle Thematik ein und stellte die Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence aus dem Jahre 2022 vor. Dr. Leonie von Braun (IStGH, Den Haag) und Andreas Schüller (ECCHR, Berlin) ergänzten den Impulsvortrag aus Sicht der internationalen Strafrechtspraxis und der Zivilgesellschaft. Es schloss sich eine rege Diskussion an.

Das zweite Panel des Nachmittages widmete sich dann unter dem Vorsitz von Dr. Astrid Reisinger-Coracini (Wien) der aktuellen Diskussion um die Schaffung eines Sonderstrafgerichtshofes für die Ukraine. Christian Wenaweser (Ständige Vertretung Liechtensteins bei den Vereinten Nationen, New York) berichtete vom Stand der aktuellen Bemühungen um Einrichtung eines solchen Gerichtshofes. Prof. Dr. Stefan

Oeter (Hamburg) ordnete die aktuelle Debatte kritisch ein und eröffnete mit seinem Kommentar die allgemeine Diskussion.

Zum Abschluss des ersten Tages folgten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Einladung des deutschen Botschafters zu einem Empfang in der Haager Residenz, wo der Tag mit angeregten Gesprächen ausklang.

Der zweite Tag begann mit dem bewährten Themenblock „Berichte aus der Praxis“. Unter dem Vorsitz von Christian Ritscher (UNITAD, Bagdad) gab zunächst Eleni Chaitidou (KSC, Den Haag) einen Überblick über die neuere Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofes. Simon Meisenberg³ (KSC, Den Haag) ergänzte den Praxisüberblick mit einem Bericht über die Arbeit der Kosovo Specialist Chambers. Es folgten Länderberichte zu den aktuellen Entwicklungen in Deutschland und Österreich durch Dr. Stephanie Egerer-Uhrig, Duscha Gmel und Dr. Hannes Meyer-Wieck (alle Generalbundesanwalt, Karlsruhe) sowie Christine Gödl (BMVRDJ, Wien). Klaus Hoffmann⁴ (Staatsanwaltschaft Freiburg i.Br./Kiew) gab einen Einblick in die Strafverfolgungsbemühungen in der Ukraine sowie seine Tätigkeit für die Atrocity Crimes Advisory Group.

Den Abschluss bildete dann ein Panel, das sich unter dem Vorsitz von Franziska Eckelmans (IStGH, Den Haag) der Fragestellung „Warum strafen? Zum Sinn der Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen“ widmete. In seinem Referat plädierte Carsten Stahn⁵ für einen expressiv und relativ fundierten Begriff der Strafe im Völkerstrafrecht. Die Schlussdiskussion eröffnete Prof. Dr. Bertram Schmitt (IStGH, Den Haag) mit einem kritischen Kommentar aus Sicht der Völkerstrafrechtspraxis.

Die nächste Tagung des Arbeitskreises wird im Mai 2024 in Basel stattfinden.

¹ Der Arbeitskreis Völkerstrafrecht ist 2005 gegründet worden. Er bietet ein Forum zum Gedankenaustausch zwischen deutschsprachigen Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtlern, das in einzigartiger Form Perspektiven aus Praxis und Wissenschaft zusammenführt. Der Arbeitskreis hat derzeit rund 300 Mitglieder aus Deutschland, der Schweiz, Österreich und Liechtenstein, darunter Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen sowie Vertreter und Vertreterinnen der Außen- und Justizministerien sowie Angehörige der internationalen

und nationalen Strafjustiz. Der Arbeitskreis trifft sich zu jährlichen Sitzungen an wechselnden Orten. Weitere Informationen unter

<https://fli.berlin/arbeitskreis-voelkerstrafrecht/>.

² Heinsch, ZfIStw 1/2024, 2.

³ Meisenberg, ZfIStw 1/2024, 11.

⁴ Hoffmann, ZfIStw 1/2024, 21.

⁵ Stahn, ZfIStw 1/2024, 24.

Zum Einsatz digitaler Beweismittel in internationalen Strafverfahren: Die „Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence (DDE)“*

Von Dr. Robert Heinsch, LL.M. (London), Den Haag**

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über das sog. „Digitally Derived Evidence“ (DDE)-Projekt des Kalshoven-Gieskes Forums für humanitäres Völkerrecht (KGF) an der Universität Leiden, das die unterschiedlichen rechtlichen Beweisstandards untersucht, die vor verschiedenen nationalen sowie internationalen Strafgerichten für die Beurteilung internationaler Verbrechen gelten. Das Projekt wurde 2019 von KGF-Direktor Dr. Robert Heinsch und seiner damaligen Kollegin Dr. Emma Irving initiiert und bot Studenten der Leidener International Humanitarian Law Clinic die Möglichkeit, einen Beitrag zur Forschung zu leisten.

Aus dem DDE-Projekt resultierte die online zugängliche Leidener DDE-Datenbank, die die Leiden-Richtlinien zur Verwendung digital gewonnener Beweismittel in internationalen Strafgerichtshöfen und Tribunalen sowie vielfältige Online-Ressourcen frei zugänglich anbietet. Diese Ressourcen zielen darauf ab, Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern die Arbeit mit digitalen Beweismitteln einfacher zu machen. Weiterhin ist das Ziel dieser Online-Datenbank, internationale Rechenschaftsmechanismen durch die eingehende Untersuchung beweisrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit der Verwendung digital abgeleiteter Beweise zu unterstützen.

I. Einleitung

Nicht erst seit dem Aufruf ukrainischer Regierungsbehörden an die Bürger, digitale Beweise über mutmaßliche Kriegsverbrechen von russischer Seite im Zusammenhang mit der Invasion Russlands im Februar 2022 zu sammeln und für die Ermittlung von Kriegsverbrechen zur Verfügung zu stellen,¹ ist klar, dass der Einsatz digital gewonnener Beweismittel auch im Völkerstrafrecht schon heute eine wichtige Rolle spielt.² Diese wird sich in der Zukunft noch vergrößern.³

* Dieser Beitrag ist die schriftliche Fassung des Vortrags, den der Verf. im Rahmen der jährlichen Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht am 12. Mai 2023 in Den Haag gehalten hat.

** Dr. Robert Heinsch ist Associate Professor für Völkerrecht am Grotius Centre for International Legal Studies der Universität Leiden in den Niederlanden sowie der Direktor des dortigen Kalshoven-Gieskes Forums für humanitäres Völkerrecht und der durch ihn gegründeten Leidener International Humanitarian Law Clinic, in dessen Rahmen die Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence entwickelt wurden. Der Autor dankt seiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Sabrina Rewald, LL.M. (adv.) für ihre wichtige Rolle bei der Finalisierung der Leidener Richtlinien.

¹ Vgl. Bergengruen, Time v. 18.4.2022, abrufbar unter <https://time.com/6166781/ukraine-crowdsourcing-war-crimes/> (10.1.2024).

² Vgl. zu einer Anwendung der Leidener DDE Richtlinien auf die Situation der Ukraine, Aalto-Setälä/

Bereits der Jugoslawien-Strafgerichtshof (ICTY) hat Mitte der 1990er und Anfang der 2000er Jahre regelmäßig auf teilweise digitalisierte Beweismittel (z.B. Satellitenbilder) zurückgegriffen.⁴ Noch bedeutsamer wurde die Abhängigkeit der Ermittlungsbehörden von digitalen Beweismitteln mit dem Aufkommen von sozialen Medien sowie der Tatsache, dass auch in Konfliktzonen fast jede Person eine digitale Kamera in Form eines Mobiltelefons besitzt. Zudem posten Zivilisten – teilweise auch die potentiellen Täter – Fotos oder Videos von Gräueltaten auf Facebook oder anderen sozialen Plattformen. Dies ist beispielsweise im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Syrien auf vielfältige Art und Weise geschehen.⁵

Gleichzeitig sind die Statuten, ebenso wie die Verfahrens- und Beweisregeln, der zurzeit operierenden internationalen Strafgerichte komplett frei von einer expliziten Erwähnung, wie diese digitalen Beweismittel behandelt werden und auch ob andere Standards anwendbar sein sollen, als dies bei traditionellen Beweismitteln der Zeugenaussagen bzw. physischen Beweise der Fall ist. Dies und die wachsende Bedeutung der digitalen Welt für unsere Gesellschaft – auch im Zusammenhang mit der Begehung von Völkerrechtsverbrechen – haben das Leidener Kalshoven-Gieskes Forum für humanitäres Völkerrecht und die ihr angeschlossene Leidener International Humanitarian Law Clinic („IHL Clinic“) mit Unterstützung des Eidgenössischen Departments für Auswärtige Angelegenheiten der Schweiz zum Anlass genommen, im Rahmen eines dreijährigen Prozesses unter Leitung des Verf. sowie Dr. Emma Irving nebst einer extensiven online verfügbaren Datenbank, die Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence (DDE)⁶ zu entwickeln.

Jaramillo Gomez, LeidenLawBlog v. 19.5.2022, abrufbar unter

<https://www.leidenlawblog.nl/articles/icc-investigations-in-ukraine-how-digitally-derived-evidence-can-make-a-difference> (10.1.2024).

³ Vgl. Fn. 2.

⁴ Siehe dazu Ashouri/Bowers/Warden, An Overview of the Use of Digital Evidence in International Criminal Courts, Salzburg Workshop on Cyberinvestigations, Oktober 2013, abrufbar unter <https://humanrights.berkeley.edu/sites/default/files/publications/an-overview-of-the-use-of-digital-evidence-in-international-criminal-courts-salzburg-working-paper.pdf> (10.1.2024).

⁵ Vgl. Oertel, SZ v. 10.3.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/medien/kriegsverbrechen-in-syrien-das-digitale-gedaechtnis-des-krieges-1.3896417> (10.1.2024).

⁶ Siehe www.leiden-guidelines.com (11.1.2024); für eine generelle Übersicht über das Leidener DDE-Projekt, siehe Irving/Heinsch/Rewald, *Opinio Juris* v. 23.8.2022, abrufbar unter

II. Das Leidener DDE-Projekt

Das vermehrte Einbeziehen digitaler Beweismittel zeigt sich u.a. im Spezialtribunal für den Libanon (STL) in Form von extensiver Nutzung digitaler Telefonaufzeichnung⁷ sowie nicht zuletzt im Zuge der Verurteilung von Aria Ladjedvardi vor dem OLG Frankfurt wegen Kriegsverbrechen.⁸ Spätestens jedoch seit der Veröffentlichung des Haftbefehls⁹ gegen Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli durch die Vorverfahrenskammer des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) im Jahr 2017,¹⁰ bei dem der IStGH zum ersten Mal in sehr extensiver Art und Weise auf digitale Beweise von sozialen Netzwerken Bezug genommen hatte, entwickelte sich bei den Kollegen und Kolleginnen der Leidener IHL Clinic die Idee, ein größeres Forschungsprojekt bezüglich digitaler Beweismittel zu planen.¹¹ Das Projekt sollte das Problem uneinheitlich geltender Standards der Bewertung von digital gewonnenen Beweismitteln sowohl auf internationaler als auch nationaler Ebene analysieren. Aus den unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben folgte, dass die bisherige Rechtsprechung der internationalen, aber auch nationalen Gerichte unterschiedliche Ansätze entwickelten. Jedes Gericht setzte seine eigenen Verfahrens- und Beweisregeln ein, welche von den tätigen Richtern und Richterinnen sehr unterschiedlich ausgelegt wurden. Hintergrund mag hier u.a. die Tatsache sein, dass die entsprechenden Richter sowie die Staatsanwälte oft aus sehr unterschiedlichen Rechtssystemen kommen.

Dementsprechend war es der Ausgangspunkt des Leidener DDE-Projekts, die unterschiedliche Anwendung der Regeln für die Erhebung, Aufbewahrung, Weitergabe und Behandlung von DDE vor Gerichten, Tribunalen und andere Justiz-

mechanismen zu analysieren. Ziel des Projektes war es, auf der Grundlage von „bestehender Praxis“ Richtlinien zu entwickeln, die vor allen Gerichten und Tribunalen anwendbar sind, und damit eine erhöhte Rechtssicherheit für alle Prozessparteien entstehen zu lassen.¹²

Die Autoren des Leidener DDE-Projekts waren sich dabei durchaus bewusst, dass schon andere Akteure Projekte zu der Relevanz und Anwendung von digitalen Beweismitteln entweder bereits abgeschlossen oder zumindest schon weit vorangetrieben hatten. Zu nennen sind u.a. das E-Court Protokoll des Internationalen Strafgerichtshofs,¹³ das Harvard Signal Code Programm (2016),¹⁴ und das Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations (2020).¹⁵ Das DDE-Projekt sollte sich jedoch darin unterscheiden, dass es in seinem wissenschaftlichen Anspruch weitergeht: Das hieß konkret, dass sich das Projekt nicht allein auf den Internationalen Strafgerichtshof fokussieren wollte; den Forschern war es in diesem Zusammenhang möglich, auf die Hilfe der Leidener IHL Clinic¹⁶ zurückzugreifen. Das Forschungsteam untersuchte daher nicht nur die Praxis und Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals, des Ruanda-Tribunals, des Sondergerichtshofs für Sierra Leone und des Spezial-Tribunals für den Libanon, sondern erforschte sowohl entsprechende Tendenzen in der Verwendung von digitalen Beweismitteln durch Menschenrechts-Untersuchungs-Kommissionen der Vereinten Nationen als auch selektive nationale Jurisprudenz.¹⁷ Während die Praxis der genannten Institutionen eine

<https://opiniojuris.org/2022/08/23/using-the-leiden-guidelines-to-address-key-issues-in-digitally-derived-evidence/> (10.1.2024).

⁷ Siehe *Hendry*, *Global Justice Journal* v. 22.9.2020, abrufbar unter

<https://globaljustice.queenslaw.ca/news/special-tribunal-for-lebanon-and-telecommunications-evidence>

(10.1.2024), mit Verweis auf *Special Tribunal for Lebanon (Trial Chamber)*, Judgment v. 18.8.2020 – STL-11-01/T/TC (The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash u.a.).

⁸ OLG Frankfurt, Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16 – 4 – 1/16 (Ladjedvardi Fall).

⁹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Warrant of Arrest, Decision v. 15.8.2017 – ICC-01/11-01/17-2 (The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli).

¹⁰ Dazu im Detail, *Irving*, *Opinio Juris* v. 17.8.2017, abrufbar unter

<https://opiniojuris.org/2017/08/17/and-so-it-begins-social-media-evidence-in-an-icc-arrest-warrant/> (10.1.2024).

¹¹ *Kalshoven-Gieskes Forum*, Digitally Derived Evidence, Assisting International Justice Systems with the Cyber Component of Modern Conflict Situation, „Finding International Legal Standards for Digital Evidence“, abrufbar unter

<http://kalshovengieskesforum.com/dde-project/> (10.1.2024).

¹² Vgl. *Leiden Guidelines on the Use of Digitally Derived Evidence*, Introduction, abrufbar unter <https://leiden-guidelines.com/guidelines/> (14.12.2023).

¹³ ICC, Unified Technical protocol (“E-court Protocol”) for the provision of evidence, witness and victims information in electronic form, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2019_00267.PDF (10.1.2024).

¹⁴ Harvard Humanitarian Initiative, *The Signal Code: A Human Rights Approach to Information During Crisis*, abrufbar unter

https://hhi.harvard.edu/files/humanitarianinitiative/files/signalcode_final.pdf?m=1607469621 (10.1.2024).

¹⁵ *United Nations Human Rights*, *Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations: A Practical Guide on the Effective Use of Digital Open Source and Information in Investigating Violations of International Criminal, Human Rights and Humanitarian Law*, abrufbar unter

<https://www.ohchr.org/en/publications/policy-and-methodological-publications/berkeley-protocol-digital-open-source> (10.1.2024).

¹⁶ Siehe dazu im Einzelnen unter

<http://kalshovengieskesforum.com/ihl-clinic/> (10.1.2024) oder mit mehr Detail vgl. *Heinsch/Chevalier*, *Humanitäres Völkerrecht* 3–4/2018, 225.

¹⁷ Die entsprechenden Zusammenfassungen der Jurisprudenz der unterschiedlichen Tribunale findet sich auf der *Leiden Guidelines*-Webseite, abrufbar unter

hervorgehobene Bedeutung hatte und einen Großteil des von den Leidener Forschern analysierten Materials darstellte, sollten immer das zu Grunde liegende Statut bzw. die Verfahrens- und Beweisregeln des entsprechenden Gerichts im Vordergrund stehen. Damit war es Ziel der Forschung, den völkerstrafrechtlichen Rahmen darzulegen und die (gemeinsamen) Standards zu extrapolieren, die für digital gewonnene Beweismittel vor inländischen Gerichten, Ermittlungskommissionen, internationalen Gerichten und Tribunalen gelten. Diese Standards sind seit Anfang März 2022 in den sog. Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence zusammengefasst.¹⁸

1. Was sind digital gewonnene Beweismittel?

Das Leidener DDE-Projekt hat sich bei der Festlegung seines Untersuchungsgegenstandes maßgeblich von zwei oft zitierten Definitionen von digitalen Beweismitteln inspirieren lassen:

Die Definition der International Bar Association (IBA) lautet:

„[...] We distinguish digital evidence, created by digital technology and itself the record or trace of an action or event used for the purpose of proceedings, from the digitization of documents and records for the purpose of storing, organizing and presenting evidence, as for example, with the ICC’s E-Court protocol.“¹⁹

Und die Definition des Human Rights Center, University of California, Berkeley School of Law lautet:

„Digital evidence is data that is created, manipulated, stored, or communicated by any device, computer or computer system or transmitted over a communication system, that is relevant to the proceeding.“²⁰

Von diesen Definitionen ausgehend hat das Leidener DDE-Projekt sein eigenes Konzept der „Digitally Derived Evidence“ geprägt, wonach der Begriff „digital abgeleitete Beweise“ sowohl „digitale Beweise“ umfasst, bei denen es sich um „digital geborenes“ Material in dem Sinne handelt, dass es aus einer „Computerumgebung“ stammt, als auch „digitalisierte Beweise“ bei dem es sich um analoges Material han-

delt, das in ein digitales Format übertragen wurde.²¹ DDE spiegeln daher Beweise wider, die aus elektronischer oder digitaler Technologie stammen, sowie Beweise, die normalerweise unter eine andere Beweiskategorie fallen würden, aber kopiert oder durch Umwandlung in einer digitalen Form konserviert wurden.²²

Digitale Beweismittel sind daher insbesondere digitale Fotos und Videos (Al-Werfalli-Fall),²³ die mit einer digitalen Kamera aufgenommen wurden, oder digitale Satellitenbilder (ICTY).²⁴ Digitale Beweismittel können ebenfalls die immer mehr an Bedeutung gewinnenden digitalen Rekonstruktionsprogramme umfassen, welche faktische Gegebenheiten simulieren (z.B. die von Amnesty International kreierte Rekonstruktion eines syrischen Militärfängnisses in Saydnaya).²⁵

Digitalisierte Beweismittel hingegen sind ursprünglich analoges Material, das in ein digitales Format übertragen oder gescannt wurde.²⁶ Beispiele sind hier von Kassette auf digitale Audiodatei übertragene Radiosendungen oder Mitschnitte, oder ein gedrucktes per chemischem Prozess entwickeltes, aber digital gescanntes Foto. Ebenfalls darunter fallen Daten, die von oder über ein Computersystem manipuliert, gespeichert oder übermittelt wurden.

2. Methode

Das Projekt erstreckte sich über einen Forschungszeitraum von drei Jahren, zwischen 2019 und 2022, bei dem die beiden hauptverantwortlichen Forscher von einem halben Dutzend wissenschaftlicher Mitarbeiter sowie fast 50 studentischen Hilfskräften im Rahmen der Leidener IHL Clinic unterstützt wurden. Insbesondere die studentischen Hilfskräfte sind dafür verantwortlich, dass in relativ kurzer Zeit tausende Seiten von Urteilen und Entscheidungen untersucht und auf die Webseite der Leiden Guidelines (www.leiden-guidelines.com [11.1.2024]) nicht nur die Richtlinien, sondern auch hunderte Seiten von unterstützender Dokumentation hochgeladen werden konnten.²⁷ Diese unterstützenden Materialien waren in den meis-

<https://leiden-guidelines.com/resources/downloads/> (10.1.2024).

¹⁸ Siehe Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence (Fn. 12).

¹⁹ International Bar Association, Evidence Matters in ICC Trials, August 2016, S. 19, abrufbar unter <https://www.ibanet.org/document?id=Evidence-matters-in-icc-trials> (11.1.2024).

²⁰ Koenig/Cody/Stover/Crittenden, Digital Fingerprints, Using Electronic Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court, Februar 2014, S. 1 Fn. 2, zitiert Stephen Mason, International Electronic Evidence, 2008.

²¹ Braga Da Silva, International Criminal Law Review 22 (2022), 941.

²² Vgl. Aalto-Setälä/Caroli/Freytag/Jaramillo Gomez/Lim, Leiden Guidelines on the Use of Digitally Derived Evidence in International Criminal Courts and Tribunals, S. 4, abrufbar unter https://leiden-guidelines.com/assets/Leiden%20Guidelines%20on%20the%20Use%20of%20DDE%20in%20ICTs_20220404.pdf (11.1.2024).

²³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Warrant of Arrest, Decision v. 15.8.2017 – ICC-01/11-01/17-2 (The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli).

²⁴ ICTY (Trial Chamber), Transcript v. 26.5.2000 – IT-98-33-T (The Prosecutor v. Krstić), S. 3541; ICTY (Trial Chamber), Judgment v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (The Prosecutor v. Krstić), Rn. 71.

²⁵ Vgl. Aalto-Setälä/Caroli/Freytag/Jaramillo Gomez/Lim (Fn. 22), S. 3.

²⁶ Vgl. ebd.

²⁷ Siehe „Resources“, abrufbar unter

ten Fällen die „travaux préparatoires“ oder Zwischenprodukte, die zunächst erstellt wurden, um am Ende die gemeinsamen Standards der untersuchten Institutionen herauszuarbeiten. Im Einzelnen handelt es sich dabei um Fallzusammenfassungen der wichtigsten Gerichtsentscheidungen im Bereich der digital gewonnenen Beweismittel.²⁸ Daraus folgend wurden die entsprechenden Leitsätze („extrapolations“)²⁹ der Entscheidungen gewonnen, welche dann als Grundlage für die Ermittlung einer so weit wie möglich einheitlichen Praxis („best practices“) an den entsprechenden Tribunalen benutzt wurde;³⁰ um in einem letzten Schritt die Tribunal-übergreifenden Richtlinien für die digital gewonnenen Beweismitteln zu generieren.³¹

3. Ergebnisse

Am Ende des dreijährigen Forschungsprojekts waren Leidener Kollegen daher in der Lage, die folgenden extensiven Projektergebnisse zu präsentieren:

- Die Leiden Guidelines on the Use of Digitally Derived Evidence in International Criminal Courts and Tribunals DDE³²
- Case Summaries: Analysis of Digitally Derived Evidence from the Jurisprudence of International Tribunals³³
- Extrapolations from Case Law on the Use of Digitally Derived Evidence Before International Criminal Courts and Tribunals³⁴

<https://leiden-guidelines.com/resources/downloads/>

(11.1.2024).

²⁸ Siehe *Aalto-Setälä/Caroli/Constantinides/Flicker u.a.*, Analysis of Digitally Derived Evidence from the Jurisprudence of International Tribunals: Cases from the ICC, ICTR, ICTY, IRMCT, SCSL and STL, abrufbar unter

<https://leiden-guidelines.com/assets/Case%20Summaries-The%20Use%20of%20DDE%20before%20ICTTs.pdf>

(11.1.2024).

²⁹ Siehe *Caroli/Couloigner/Freytag/Jaramillo Gomez u.a.*, Extrapolations From Case Law On The Use Of Digitally Derived Evidence (DDE) Before International Criminal Courts And Tribunals, abrufbar unter

https://leiden-guidelines.com/assets/Extrapolations%20from%20Case%20Law%20on%20DDE%20in%20ICTTs_20220405.pdf

(11.1.2024).

³⁰ *Ali/Bourdonnaye/Grant/Lam u.a.*, Report On Digitally Derived Evidence In International Criminal Law, Juni 2019, abrufbar unter

<https://leiden-guidelines.com/assets/DDE%20in%20ICL.pdf>

(11.1.2024).

³¹ *Aalto-Setälä/Caroli/Freytag/Jaramillo Gomez/Lim* (Fn. 22).

³² *Aalto-Setälä/Caroli/Freytag/Jaramillo Gomez/Lim* (Fn. 22).

³³ *Aalto-Setälä/Caroli/Constantinides/Flicker u.a.* (Fn. 28).

³⁴ *Caroli/Couloigner/Freytag/Jaramillo Gomez u.a.* (Fn. 29).

Zudem entstanden drei ausführliche Forschungsberichte zu

- Prosecution of International Crimes Using Digitally Derived Evidence in National Courts³⁵
- Digitally Derived Evidence in UN Human Rights Fact-Finding Missions: Approaches and Standards of Proof,³⁶ und schließlich
- Digitally Derived Evidence in International Criminal Law: Legal Framework and Practice³⁷

Dabei orientierte sich die Leidener Datenbank zu den digital gewonnenen Beweismitteln an den folgenden drei Vorbildern:

- der Datenbank des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) zu den Regeln des gewohnheitsrechtlich geltenden humanitären Völkerrechts³⁸
- der Datenbank des IKRK zu den positiven Beispielen und Fallstudien für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts („IHL-in-Action“)³⁹ und
- der „Legal Tools“ Datenbank des Internationalen Strafgerichtshofs⁴⁰

Während von der IKRK-Studie zum Völkergewohnheitsrecht die Methodik kopiert wurde, auf Praxis basierende eigene Richtlinien (beim IKRK: Regeln) zu erarbeiten, wurde von der IHL-in-Action Datenbank der Ansatz der Fallzusammenfassungen übernommen. Die Legal Tools Datenbank inspirierte zu der Idee, zusätzlich zu den Richtlinien auch unterstützende Materialien anzubieten (diese Methodik wurde natürlich auch bei der Erstellung der Völkergewohnheitsrechtstudie des IKRK verwandt).

III. Inhalt und Aufbau der „Leiden Guidelines on the Use of DDE in International Courts and Tribunals“

Im Folgenden soll eine kurze Übersicht über Inhalt und Aufbau der Leidener DDE-Richtlinien gegeben werden, um insbesondere dem Rechtsanwender in der Praxis einen schnellen Zugang zu den Richtlinien zu ermöglichen. Dennoch ver-

³⁵ Abrufbar unter

<https://leiden-guidelines.com/assets/National-Courts.pdf>

(11.1.2024).

³⁶ Abrufbar unter

<https://leiden-guidelines.com/assets/Fact-Finding-Missions.pdf>

(11.1.2024).

³⁷ Siehe Fn. 30.

³⁸ ICRC, Customary International Humanitarian Law Database, abrufbar unter

<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl>

(11.1.2024).

³⁹ ICRC, IHL in Action, Respect for the Law on the Battlefield, abrufbar unter

<https://ihl-in-action.icrc.org/>

(11.1.2024). Diese Datenbank ist maßgeblich auch durch die Hilfe und die Forschung der Leidener IHL Clinic entstanden, in Zusammenarbeit mit drei weiteren IHL Clinics.

⁴⁰ ICC, Legal Tools Database, abrufbar unter

<https://www.legal-tools.org/>

(11.1.2024).

suchten die Forscher des Leidener DDE-Projektes, die Guidelines so intuitiv wie möglich zu gestalten.

1. Die „Leiden Guidelines“

Wie bereits unter II. dargestellt, besteht die Online-Datenbank der Leidener DDE-Guidelines nicht nur aus den entsprechend entwickelten Richtlinien, sondern aus vier Abschnitten („Tabs“), die die Resultate des gesamten DDE-Projektes darstellen. Diese vier Unterabschnitte sind die folgenden:

1. eine kurze Einführung über das Projekt,
2. die Leidener DDE-Guidelines,
3. die über die Richtlinien hinausgehenden Ressourcen, und
4. die Kontaktdaten der Forscher, die dazu beitragen sollen, dass die Leidener DDE-Guidelines zu einem lebendem und sich stetig weiterentwickelndem Dokument werden.

Während sowohl 1. und 3. bereits ausgiebig dargestellt wurden, soll an dieser Stelle zumindest kurz eine Übersicht über die Richtlinien an sich gegeben werden. Der Teil der Datenbank, welcher die Richtlinien darstellt, ist in verschiedene Unterabschnitte aufgeteilt. Nach einer kurzen Einführung, welche die Definition von digital gewonnenen Richtlinien sowie die Methodik, die Struktur, und den Umfang der Richtlinien darstellt, findet der Rechtsanwender die Möglichkeit, gezielt nach bestimmten Formen von Beweismitteln zu suchen, und die entsprechenden Guidelines per Hyperlink anzusehen.

Die insgesamt 37 Leidener Richtlinien unterscheiden zurzeit zwischen sechs verschiedenen Beweisformen, nämlich A. Videos,⁴¹ B. Fotografien,⁴² C. Luft- und Satellitenaufnahmen,⁴³ D. Abgefangene oder abgehörte Informationen („Intercepts“),⁴⁴ E. Aufzeichnungen von Anruferdaten („Call Data Records“, oder CDR),⁴⁵ und schließlich F. Audioaufnahmen.⁴⁶ Dabei ist es wichtig festzustellen, dass die folgenden Beweismittel noch nicht explizit von den Leiden Guidelines erfasst werden: 1. E-Mails, 2. Digitale Rekonstruktionstechnologie, 3. Sozialen Medien, 4. Open-Source-Informationen im Allgemeinen, 5. Open-Source DDE. Allerdings finden sich Aussagen zu einigen dieser speziellen Beweismittel in den bereits bestehenden Kategorien, z.B. wenn ein Foto von einer Sozialen Netzwerk-Webseite stammt oder eine

Satellitenaufnahme den Charakter eines Open Source-Dokuments hat.⁴⁷

Innerhalb der bereits bestehenden sechs Kategorien, welche auf der linken Seite der Webseite dargestellt werden, hat der Benutzer die Möglichkeit, auf der rechten Seite der Webseite zwischen den unterschiedlichen Richtlinien zu navigieren. Jede Richtlinie (und der entsprechende erläuternde Kommentar) wird im Zentrum der Seite dargestellt.

Die Richtlinien folgen dem Aufbau: erst wird die Richtlinie/der Leitsatz genannt, dann folgen die entsprechenden Schlüsselwörter, die in diesem Zusammenhang wichtig sind, und schließlich folgt ein ausführlicher Kommentar, der erklärt, wie diese Richtlinie entwickelt wurde und auf welchen Gerichtentscheidungen oder anderen Quellen die Richtlinie basiert. Dabei finden sich in dem entsprechenden Kommentar automatische Links zu der entsprechenden Jurisprudenz (oft mit Verweis auf die oben erwähnte Legal Tools-Datenbank), sodass der Anwender unmittelbar auf die relevanten Primärquellen verwiesen wird. Im Zusammenspiel mit dem Ressourcen-Abschnitt der DDE-Webseite, wo u.a. Zusammenfassungen der entsprechenden Rechtsprechung zu finden sind, ermöglicht es dem Rechtsanwender, unmittelbar von der Datenbank der Leiden Guidelines alle wichtigen Informationen anzusteuern, die er/sie benötigt, um z.B. eine Anklageschrift, einen Verteidigungs-Schriftsatz oder ein Urteil vorzubereiten, das sich mit digitalen Beweismitteln auseinandersetzen muss.

2. Wann und wie sollten die Leiden DDE Guidelines angewandt werden?

Die Leidener Richtlinien geben nicht vor, neues Recht zu schaffen oder bereits geltendes Völkergewohnheitsrecht darzustellen (wie es z.B. die IKRK-Studie zum humanitären Völkerrecht zu ihrem Ziel hat).⁴⁸ Sie erfüllen die Funktion vergleichbar einer Interpretationshilfe. Die Leiden DDE Guidelines können insbesondere dazu genutzt werden, die vor dem ISTGH geltenden und in Art. 21 des Rom-Statuts dargestellten Rechtsquellen des Gerichtshofs auszulegen. Insofern sind sie vergleichbar mit der bestehenden „Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities“⁴⁹ oder dem „Tallinn Manual 2.0 on the International Law to Cyber Operations“⁵⁰. Dies sollte insbesondere

⁴¹ Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/a-videos/> (11.1.2024).

⁴² Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/b-photographs/> (11.1.2024).

⁴³ Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/c-aerial-satellite-images/> (11.1.2024).

⁴⁴ Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/d-intercepts/> (11.1.2024).

⁴⁵ Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/e-call-data-records/> (11.1.2024).

⁴⁶ Siehe <https://leiden-guidelines.com/guidelines/f-audio-recordings/> (11.1.2024).

⁴⁷ Für weitere und ausführliche Beispiele vgl. unter IV.

⁴⁸ Siehe dazu die Einführung zu der originalen ICRC Customary Law Study *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, 2005, S. 31, abrufbar unter <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> (11.1.2024).

⁴⁹ ICRC, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, 11.6.2020, abrufbar unter <https://www.icrc.org/en/publication/0990-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities-under-international> (11.1.2024).

⁵⁰ *Schmitt*, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, 2. Aufl. 2017.

zutreffend sein für die Auslegung der im Römischen Statut und in den Verfahrens- und Beweisregeln niedergelegten Standards für die Erhebung von Beweisen.

3. Wichtige Regeln und Beweiskonzepte

Während die unterschiedlichen Richtlinien maßgeblich auf existierende Jurisprudenz im Bereich der Beweiserhebung rekurrieren, sollten in diesem Zusammenhang nicht die Primärnormen vergessen werden, auf die regelmäßig in der Kommentierung zu der entsprechenden Richtlinie Bezug genommen wird. Im Rahmen des IStGH sollte daher speziell an Art. 69 Abs. 4 des Römischen Statuts zu denken sein, der normiert:

„Der Gerichtshof kann in Übereinstimmung mit der Verfahrens- und Beweisordnung über die Erheblichkeit oder Zulässigkeit jedes Beweismittels entscheiden, wobei er unter anderem die Beweiskraft des Beweismittels und alle Nachteile in Betracht zieht, die sich für ein faires Verfahren oder für eine faire Bewertung des Zeugnisses eines Zeugen möglicherweise daraus ergeben.“⁵¹

Eine zentrale Norm der Beweisregeln des IStGH stellt auch Regel 63 Abs. 2 der IStGH Verfahrens- und Beweisregeln dar:

„Eine Kammer ist gemäß dem in Artikel 64 Absatz 9 beschriebenen Ermessen befugt, alle vorgelegten Beweismittel frei zu beurteilen, um deren Relevanz oder Zulässigkeit gemäß Artikel 69 festzustellen.“ (Übersetzung)

Weiterhin haben sich aus diesen normierten Regeln insbesondere zwei inhärente Komponenten zu Beurteilung der Beweismittel vor dem Internationalen Strafgerichtshof entwickelt. Dies sind zum einen die Zuverlässigkeit des Beweismittels („Reliability“),⁵² d.h. die Wahrhaftigkeit, Vertrauenswürdigkeit, Freiwilligkeit, der Inhalt der Beweise bzw. die Umstände, unter denen die Beweise entstanden sind (auch bekannt als „Chain of Custody“), und zum anderen die Authentizität („Authenticity“) des Beweismittels, d.h. die Echtheit des dokumentarischen Beweises.⁵³

4. Wichtige Beweisfragen zu DDE

Ohne in dem vorliegenden, überblickshaften Artikel endgültige Antworten geben zu wollen, sollen hier dennoch ein paar der wichtigsten Herausforderungen für die Beweiserhebung in der Ära von Handy, Internet, und TikTok – von vielen auch die „Deepfake“-Ära genannt – eingegangen werden.

⁵¹ Siehe hierzu *Piragoff/Clarke*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, Kommentar, 3. Aufl. 2016, S. 1716 ff.

⁵² Siehe dazu IRMCT, Case Law Database, Reliability, abrufbar unter <https://cld.irmct.org/notions/show/776/reliability> (11.1.2024) oder International Bar Association (Fn. 19).

⁵³ Siehe dazu *Braga Da Silva*, *International Criminal Law Review* 22 (2022), 941.

Eines der wichtigsten Probleme bei der Beweiserhebung von digital gewonnenen Beweismitteln ist die Tatsache, dass Algorithmen von Online-Content-Unternehmen sehr oft gewisse DDE-Materialien wegen des Verstoßes gegen ihre Veröffentlichungsregeln automatisch entfernen.⁵⁴ Hinzu kommt, dass (Meta-)Daten,⁵⁵ die bei einem normal digital aufgenommenen Foto enthalten sind (wie z.B. Datum, Uhrzeit, Ort, Typ der Kamera etc.), beim Hochladen auf Facebook, Twitter oder WhatsApp automatisch entfernt werden. Das hat zur Folge, dass selbst erfahrene Strafermittler relevante Beweismittel nachhaltig beschädigen, wenn sie für die Übertragung das falsche Medium nutzen.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass viele der digitalen Beweismittel – inklusive Satelliten-Fotos, etc. – heutzutage nicht nur von Staaten, sondern auch von privaten Unternehmen (z.B. Google) aufgenommen werden. Die Herausforderung für den Strafermittler ist dann, Zugang zu diesem digitalen Beweismittel zu erlangen.⁵⁶ Gleichzeitig hat mit dem Vormarsch von digitalen Medien auch der Umfang von potenziellen Beweismaterialien exponentiell zugenommen. Diese Beweismittel müssen auch entsprechend gesichtet werden. Beispiele sind die schwindelerregende Anzahl von sog. „Call Detail Records“, die zum Beispiel in Zusammenhang mit potenziellen Verbrechen im Libanon, Syrien und der Ukraine zur Beweiserhebung benutzt wurden.

Daraus ergeben sich direkte Konsequenzen für moderne Prozesse im Bereich des Völkerstrafrechts: Es besteht ein erhöhter Bedarf an technischen Experten mit entsprechenden Lese- und Schreibkenntnissen für digitale Materialien. Dem schließt sich die Frage an, wie sich dieser Bedarf auf das Recht auf ein faires Verfahren auswirkt: Weil einheitliche Standards zur Zulässigkeit digitaler Beweismittel fehlen, kann dies dazu führen, dass je nach Gericht und Justizmechanismus unterschiedliche digitale Materialien zugelassen werden. Auch ist noch nicht absehbar, welche Auswirkungen neue Technologien wie die Künstliche Intelligenz und Virtual Reality auf die Beweiserhebung in völkerstrafrechtlichen Verfahren haben werden.

⁵⁴ *Khan/Shahaab*, *The Conversation v.* 15.7.2021, abrufbar unter <https://theconversation.com/facebook-often-removes-evidence-of-atrocities-in-countries-like-syria-and-myanmar-but-we-can-preserve-it-164364> (11.1.2024); siehe auch *Human Rights Watch v.* 10.9.2020, abrufbar unter <https://www.hrw.org/report/2020/09/10/video-unavailable/social-media-platforms-remove-evidence-war-crimes> (11.1.2024).

⁵⁵ Siehe dazu *Roscini*, *Journal of Conflict & Security Law* 21 (2016), 541.

⁵⁶ Vgl. *Kannegieter*, *Harvard Human Rights Journal v.* 29.11.2023, abrufbar unter <https://journals.law.harvard.edu/hrj/2023/11/privacy-and-veracity-implications-of-the-use-of-satellite-imagery-from-private-companies-as-evidence-in-human-rights-investigations/> (11.1.2024).

IV. Beispiele für Lücken, die durch die Leiden Guidelines gefüllt werden sollen

In diesem Abschnitt sollen fünf kurze Beispiele dargestellt werden, in denen die Leidener Richtlinien helfen können, die Bewertung von digitalen Beweismitteln zu verbessern:

1. Wie am besten Beweise eingereicht werden (Volle Länge vs. Auszüge)

Leiden Guidelines A1 lautet wie folgt:

„Instead of excerpts, videos should be submitted in their entirety.“⁵⁷

Diese Richtlinie basiert maßgeblich auf der Aussage der Verfahrenskammer des IStGH im Ntaganda-Fall, in dem die Verteidigung versuchte, Videos einzureichen, „which provide context to [the] security situation“, nachdem die bewaffneten Truppen eingetroffen waren.⁵⁸ Die Anklagebehörde brachte dagegen vor, dass die Video-Ausschnitte zu selektiv waren („too selective“). Schlussendlich ließ die IStGH-Verfahrenskammer in Ntaganda eine vollständige Videoausstrahlung zu, um den entsprechenden Ausschnitt zu kontextualisieren und so die gesamte dargestellte Sicherheitslage zu erfassen.⁵⁹

Eine weitere Facette der Leiden Guideline A1 lässt sich in einem Urteil des Ruanda-Strafgerichtshofs finden. In diesem fügte die Kammer zur Feststellung, dass Videomaterial aufgrund unzureichender Authentizitätsnachweise generell unzulässig sei, hinzu:

“[T]he video footage appears to be an extract and the Prosecutor has not indicated whether the full footage is available, or who extracted the parts.“⁶⁰

Folglich muss eine Partei, die lediglich Ausschnitte vorbringen will, auch angeben, ob das gesamte Filmmaterial verfügbar war und wer die Videoausschnitte extrahiert hat.

In Prosecutor v. Bemba wurde dies nochmals von der Verhandlungskammer bestätigt:

„As previously stated, the prosecution should provide recordings in full and not just excerpts of them [...]“.⁶¹

⁵⁷ Leiden Guidelines (Fn. 41), A1.

⁵⁸ Die Verteidigung reichte die folgenden Ausschnitte ein: „From time stamps 22:57 to 23:38; 24:02 to 24:29; 25:55 to 27:42; 29:54 to 30:18; 32:40 to 33:05; 36:58 to 39:01; and 47:35 to 48:46“, ICC (Trial Chamber VI), Decision on second Defence request for admission of evidence from the bar table v. 21.2.2018 – ICC-01/04-02/06-136 (The Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 10, Fn 28.

⁵⁹ ICC (Trial Chamber VI), Decision on requests for admission of evidence related to sentencing from the bar table v. 13.9.2019 – ICC-01/04-02/06-2402 (The Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 14.

⁶⁰ ICTR (Trial Chamber III), Decision on the Prosecutor's Motion for Admission of Certain Exhibits into Evidence v. 25.1.2008 – ICTR-98-44-T (The Prosecutor v. Karemera u.a.), Rn. 22.

2. Punkte, die sich auf Beweiskraft und Relevanz beziehen

Ein anderes Beispiel, wie die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung langsam Standards zur Evaluierung von digitalen Beweismitteln entwickelt, findet sich in der Leidener Richtlinie B2:

„Photographs can be admitted into evidence if prima facie authenticity is demonstrated by providing information about the date, the location, the events depicted, the author, the source, and/or the chain of custody.“⁶²

Diese Richtlinie findet ihren Ursprung u.a. in der Entscheidung der Verhandlungskammer in Prosecutor v. Ntaganda. Diese forderte von den Parteien, die eine Zulassung von datierten Fotos beantragten, dass sie zugleich Beweise vorlegen, aus denen ersichtlich wird, dass die Daten korrekt sind und in den Zeitraum der angeklagten Tat fallen.⁶³ Die ICC-Prozesskammer kam zu dem Schluss, dass Fotos, deren Datum mehrdeutig ist (z.B. „08/07/2003“) oder von einem bestimmten Zeitraum stammen („Januar–Februar 2003“), zumindest „eine gewisse Relevanz haben könnten“.⁶⁴

Eine parallele Richtlinie findet sich in Leiden Guideline F4:

„Audio recordings can be admitted into evidence if prima facie authenticity is demonstrated by providing information about the date, the author, the source, and/or the chain of custody.“⁶⁵

Diese Richtlinie lehnt sich an die Stellungnahme der Verfahrenskammer des IStGH in Prosecutor v Bemba an. Gegenständig war ein Auszug aus einem Audiointerview, das einen angeblich dem Generalsekretär der Bewegung für die Befreiung des Kongo zuzuordnenden Monolog enthielt. Dieser Auszug enthielt weder ein Datum noch Aussagen des anderen Gesprächspartners. Daher entschied die Verfahrenskammer, dass die vorbringende Partei ausreichende Informationen bereitstellen muss, um die aufgezeichnete Stimme zu identifizieren und „das Datum, die Umstände und den Kontext zu bestätigen, in dem die Aufzeichnung stattfand“ (Übersetzung).⁶⁶

⁶¹ ICC (Trial Chamber III), Public Redacted Version of „Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9)“ of 6 September 2012 v. 8.10.2012 – ICC-01/05-01/08-2299 (The Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 122.

⁶² Leiden Guidelines (Fn. 42), B2.

⁶³ ICC (Trial Chamber VI), Decision on Prosecution's request for admission of documentary evidence v. 28.3.2017 – ICC-01/04-02/06-1838 (The Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 68.

⁶⁴ Vgl. ebd.

⁶⁵ Leiden Guideline (Fn. 46), F4.

⁶⁶ ICC (Trial Chamber III), Public Redacted Version of „Decision on the Prosecution's Application for Admission of v. 8.10.2012 – ICC-01/05-01/08-2299 (The Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 82–84.

3. Bestätigung von Beweismitteln und DDE

Die Leidener Richtlinie D6 führt aus, wie Mängel im Abhörprozess durch eine detaillierte Erläuterung des Abhörprozesses und seiner Analyse behoben werden können:

„A detailed explanation of the process of interception and its analysis can overcome shortcomings in the interception process“.⁶⁷

Diese Richtlinie ist u.a. durch die Ausführungen der Vorverfahrenskammer in *Prosecutor v. Ongwen* inspiriert: Die abgehörte Funkkommunikation wurde als zuverlässig bewertet, obwohl sie aufgrund von Mängeln bei der Entstehung – bedingt dadurch, dass sie vor über zehn Jahren mit rudimentärer Ausrüstung aufgezeichnet worden war – fehlerhaft war.⁶⁸ Die Zuverlässigkeit wurde durch die Erläuterung des Abhörvorgangs sichergestellt, unter anderem durch „Aussagen von neun Zeugen, die auf allen Ebenen der Abhöroperationen beteiligt waren.“⁶⁹ (Übersetzung)

Diese Richtlinie zieht auch Überzeugungskraft aus den Ausführungen der Verhandlungskammer *Prosecutor v. Bemba* u.a.: Die Verhandlungskammer kam zu dem Schluss, dass technische Unregelmäßigkeiten, die sich auf die Sprachsynchronisation „bei der Aufzeichnung von Gesprächen vom und zum IStGH-Haftzentrum auswirken, zwar erheblich, aber nicht so groß sind, dass sie die Beweise von vornherein ausschließen.“ (Übersetzung) Der IStGH stellte fest, dass sich das Gericht nicht auf isolierte Aufzeichnungen verlässt, sondern vielmehr das gesamte entsprechende Material zusammen prüft.⁷⁰

Mit dem Fehlen von bestätigendem Material setzt sich die Leidener Richtlinie A5 auseinander. Danach kann das Gericht aus dem Inhalt eines Videos Rückschlüsse ziehen, die es dem Gericht ermöglichen, eine eindeutige Feststellung zu treffen:

„The Court can make an inference from the content of a video to the extent that it allows the Court to make a definite finding.“⁷¹

Wie das in der Praxis aussieht, konnte man in dem Berufungsurteil in *Prosecutor v. Lubanga* sehen: In Bezug auf Videos, in denen angeblich Kindersoldaten dargestellt werden, hat die Prozesskammer des IStGH „eine große Fehlermarge angesetzt und nur dann Feststellungen zum Alter der

Kinder getroffen, wenn die Kinder ihrer Einschätzung nach ‚eindeutig‘ unter 15 Jahren waren.“⁷² (Übersetzung)

Gemäß Art. 63 Abs. 4 der Verfahrens- und Beweisordnung des IStGH gibt es keine strenge gesetzliche Anforderung, dass das Video durch andere Beweismittel untermauert werden muss, damit sich das Gericht darauf stützen und eine bestimmte Tatsache feststellen kann. Die Berufungskammer des IStGH in *Lubanga* bekräftigte, dass es nicht unangemessen sei, dass die Prozesskammer aufgrund des Fehlens bestätigender Beweise auf der Grundlage der bereitgestellten Videobeweise zu Schlussfolgerungen über das Alter von Personen gelangt.

Im Gegensatz dazu lehnte die *Lubanga*-Verfahrenskammer ein weiteres Video ab, in dem Kinder, die unter 15 Jahre alt sein könnten, nur zwei Sekunden lang zu sehen waren. Dies sei zu kurz, um eine eindeutige Feststellung zu ermöglichen.⁷³

4. Ausschließen von Beweismitteln

Weiterhin gibt die Leidener Richtlinie D8 einen Hinweis darauf, wann Beweismittel auszuschließen sind: Die Sammlung abgefangener Kommunikationsnachweise stelle keine Verletzung der Privatsphäre dar, wenn sie gesetzlich vorgesehen, notwendig und verhältnismäßig ist („The collection of intercepted communication evidence will not constitute a violation of privacy if it is provided for by law, necessary, and proportionate.“).⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist auf Art. 69 Abs. 7 des Rom-Statuts zu verweisen, welcher besagt, dass „Beweismittel, die durch Verletzung dieses Statuts oder international anerkannter Menschenrechte erlangt wurden, [...] nicht zulässig [sind], wenn a) die Verletzung erhebliche Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit entstehen lässt oder b) ihre Zulassung im grundsätzlichen Widerspruch zur Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens stehen und dieser schweren Schaden zufügen würde.“⁷⁵

In eine ähnliche Richtung ging die Entscheidung der ICTY-Verfahrenskammer in *Prosecutor v. Brdjanin*: Die ICTY-Kammer bewertete illegal erlangte Telefonabhörungen als Verstoß gegen Art. 95:

„Es muss beachtet werden, dass dieses Grundrecht auf Privatsphäre nicht absolut ist [...]“.⁷⁶ (Übersetzung)

Und weiter:

⁶⁷ Leiden Guidelines (Fn. 44), D6.

⁶⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Transcript v. 21.1.2016 – ICC-02/04-01/15, S. 44, abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/592d06/> (11.1.2024).

⁶⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red, S. 51, abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/74fc6e/> (11.1.2024).

⁷⁰ ICC (Trial Chamber VII), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 19.10.2016 – ICC 01/05-01/13 (The Prosecutor v. Bemba Gombo u.a.), Rn. 227.

⁷¹ Leiden Guideline (Fn. 41), A5.

⁷² ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 A 5 (The Prosecutor v. Lubanga Dyilo), Rn. 218.

⁷³ ICC (Trial Chamber I), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06, Rn. 860 Fn. 2432.

⁷⁴ Leiden Guidelines (Fn. 44), D8.

⁷⁵ Vgl. dazu Art. 95 der ICTR und ICTY-Verfahrensordnung.

⁷⁶ ICC (Trial Chamber II), Decision on the Defence „Objection to Intercept Evidence“ v. 3.10.2003 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdjanin), Rn. 30.

„Selbst, wenn die Rechtswidrigkeit festgestellt wurde [...], sind wir zu dem Schluss gekommen, dass [...] Beweise, die durch das Abhören von Telefongesprächen eines Feindes im Verlauf eines Krieges erlangt wurden, sicherlich nicht zu dem Verhalten gehören, auf das Bezug genommen wird. Dies steht in keinem Widerspruch zu Artikel 95 und würde die Integrität des Verfahrens sicherlich nicht ernsthaft beeinträchtigen.“⁷⁷ (Übersetzung)

Das Gericht berücksichtigte alle relevanten Umstände und würde Beweise nur dann ausschließen, wenn die Integrität des Verfahrens andernfalls ernsthaft beeinträchtigt würde.⁷⁸

5. Open source DDE

Wie bereits oben erwähnt, enthalten die Leidener Richtlinien zu digital gewonnenen Beweismitteln keinen speziellen Abschnitt zu sog. „open source“-Beweismitteln. Im Zusammenhang mit den bestehenden Kategorien werden aber durchaus auch Feststellungen zu „open source“-Beweisen getätigt. So wird im Zusammenhang mit Richtlinie A6 (Video)⁷⁹ ausgeführt, dass die Zuverlässigkeit einer open source-Medien-sendung durch ihre öffentliche Verfügbarkeit auf der offiziellen Webseite des Medienunternehmens erhöht wird („If the video emanates from a well-known international news outlet, its availability on the official website of the news outlet is an indication of reliability.“)⁸⁰ Weitere Anhaltspunkte für die Zuverlässigkeit sind das Sendedatum, Bilder oder Stimmen der Befragten sowie Logos von Medienquellen in Videoübertragungen (insbesondere, wenn diese kontinuierlich und ununterbrochen angezeigt werden). Um mit ausreichender Klarheit und Spezifität die Relevanz und den Beweiswert von „open source“-Videos sowie deren Bedeutung für den Fall darzulegen, kann die vorbringende Prozesspartei auch nachprüfbar Informationen darüber bereitstellen, wo das Video abrufbar ist oder – falls es nicht mehr öffentlich verfügbar ist – das Datum und den Ort, von dem es bezogen wurde, angeben.

Gleiches gilt nach Richtlinie F4 für Audioaufzeichnungen.

Hinweise auf die Zuverlässigkeit von „open source“-Audioaufzeichnungen geben Informationen zur Identifizierung der aufgezeichneten Stimme(n).⁸¹

V. Zusammenfassung und Ausblick

Mit dem 25. Jahrestag der Unterzeichnung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs am 17. Juli 2023 und nach drei Jahrzehnten moderner Völkerstrafrechtsprechung seit der Gründung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien am 25. Mai 1993 haben wir einen Wendepunkt in der Art und Weise erreicht, wie internationale Verbrechen untersucht werden. Die aktuelle und vergangene Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, des ad hoc-Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien, des Sondertribunals für den Libanon, und in nationalen Gerichtsbarkeiten sowie die Entwicklungen im Kontext des Ukraine-Konflikts, aber auch in Myanmar, Irak und Libyen haben gezeigt, dass immer mehr auf digital gewonnene Beweise zurückgegriffen wird.

Es scheint unvermeidlich, dass innerhalb des nächsten Jahrzehnts die traditionelle Abhängigkeit internationaler Staatsanwälte von Zeugenaussagen durch die flächendeckende Nutzung auch digitaler Beweise ergänzt wird. Angesichts der weit verbreiteten Nutzung und Verfügbarkeit von Video- und Fotokapazitäten auf Mobiltelefonen auch in Konfliktgebieten kann die Zuverlässigkeit von Zeugenaussagen durch den Einsatz von DDE verbessert werden. Die Möglichkeiten für nationale und internationale Ermittler, Verfahren wegen Kriegs- und anderen Völkerrechtsverbrechen zu führen, werden sich signifikant verbessern, da digitale Beweise oft leichter zugänglich sind als Zeugenaussagen.

Allerdings kann diese positive Entwicklung nur dann dazu führen, dass Völkerrechtsverbrechen tatsächlich häufiger geahndet werden, wenn sich Ermittler, Staatsanwälte und Richter auch darüber im Klaren sind, dass digitale Beweise nicht dasselbe sind wie physische Beweise, und dass es, angesichts der extensiven Möglichkeiten zur Manipulation, inhärente Gefahren birgt, sich auf diese Art von Beweisen zu verlassen. Genau hier setzen die Leiden Guidelines on Digitally Derived Evidence an und bieten einen wichtigen ersten Schritt zur Etablierung objektiver und rechtlich fundierter Standards für den Einsatz von digitalen Beweismitteln in internationalen Strafverfahren.

⁷⁷ Vgl. ICC, ebd.

⁷⁸ ICC (Trial Chamber II), Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions v. 17.12.2010 – ICC-01/04-01/07 (The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui), Rn. 24.

⁷⁹ Leiden Guideline (Fn. 41), A6.

⁸⁰ ICC (Trial Chamber III), Public Redacted version of „Third Decision on the prosecution and defence requests for the admission of evidence“, ICC-01/05-01/08-2864 of 6 November 2013 v. 22.6.2016 – ICC-01/05-01/08 (The Prosecutor v. Bemba), Rn. 80.

⁸¹ Leiden Guideline (Fn. 46), F4.

Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen an den Kosovo Specialist Chambers

Von Simon M. Meisenberg, LL.M., Den Haag*

Zurzeit sind die Kosovo Specialist Chambers das einzige Gericht, das gegen ein ehemaliges Staatsoberhaupt ein Strafverfahren wegen internationaler Verbrechen durchführt. Seit den ersten Anklagen im Jahr 2020 haben die Kosovo Specialist Chambers eine Reihe von wichtigen Entscheidungen erlassen. Der vorliegende Beitrag stellt den Hintergrund dieses Gerichts, die Verfahren sowie die wichtigsten Entscheidungen in Bezug auf das Mandat, die Zuständigkeit und die Anwendbarkeit des Völkergewohnheitsrechts vor den Kosovo Specialist Chambers dar.

I. Einleitung

Die Kosovo Specialist Chambers („KSC“) und das Specialist Prosecutor’s Office („SPO“) führen zurzeit drei Verfahren gegen sechs Personen wegen Völkerstrafverbrechen und vier Verfahren gegen sechs Personen wegen Straftaten gegen die Rechtspflege durch. Zwei Personen wurden bereits rechtskräftig zu vier Jahren und drei Monaten Haft wegen Straftaten gegen die Rechtspflege verurteilt. Eine der beiden verurteilten Personen hat Verfassungsbeschwerde gegen ihre Verurteilung eingelegt. Eine weitere Person wurde rechtskräftig wegen Kriegsverbrechen zu 22 Jahren Haft und zu einer Entschädigung der Opfer in Höhe von 207.000 Euro verurteilt. Zwei weitere Verfahren wegen Völkerstrafverbrechen gegen insgesamt fünf Personen werden zur Zeit vor zwei Verfahrenskammern in der Hauptverhandlung geführt. Die Hauptverhandlungen gegen drei weitere Personen, die in der zweiten Jahreshälfte 2023 wegen Straftaten gegen die Rechtspflege angeklagt oder verhaftet wurden, haben noch nicht begonnen.

Es ist hervorzuheben, dass die KSC erst im Jahr 2020 von der Anklagebehörde mit Anklagen befasst wurden. Die ersten Angeklagten wurden im September und November 2020 verhaftet und an die KSC überstellt, darunter der damalige Präsident des Kosovos, Hashim Thaçi, und der damalige Parlamentspräsident, Kadri Veseli. Ein Angeklagter wurde von Belgien im April 2021 an die KSC überstellt. Weitere drei Angeklagte wurden 2023 verhaftet. Seitdem hat das Gericht zügig komplexe und teils umfangreiche Verfahren durchgeführt. Alle Angeklagten sind derzeit in der Scheveningener Haftanstalt der KSC inhaftiert.

Alle gerichtlichen Instanzen der KSC waren bereits tätig. Das Gericht hat den gleichen Instanzenzug wie Gerichte im Kosovo, d.h. Verfahrenskammern, zwei Rechtsmittelkammern („Court of Appeal“ und „Supreme Court Chamber“)

* Die im Beitrag dargestellten Meinungen des Verf. können nicht den Kosovo Specialist Chambers zugerechnet werden. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag auf der Jahrestagung 2023 des Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Den Haag. Der Verf. dankt Rechtsreferendarin Sophia Fang für die Durchsicht dieses Beitrages. Alle Entscheidungen sind abrufbar unter <https://repository.scp-ks.org/> (4.1.2024).

sowie eine spezielle Verfassungsgerichtskammer („KSC-VerfGK“), die u.a. für Individualverfassungsbeschwerden über Rechtsakte der KSC und des SPO zuständig ist. Alle Kammern sind mit internationalen Richtern besetzt.

Die vorliegende Rechtsprechungsübersicht ist darauf beschränkt, nur die wichtigsten Entscheidungen der KSC-VerfGK und der 1. Rechtsmittelkammer („Court of Appeal“) in Bezug auf das Mandat, die Zuständigkeit und die Anwendbarkeit des Völkergewohnheitsrechts vor den KSC vorzustellen. Zunächst werden der Hintergrund und die Verfahren vor den KSC zusammengefasst.

II. Hintergrund¹

Die KSC und das SPO wurden 2015 durch eine Verfassungsänderung der kosovarischen Verfassung und durch ein eigenes Gesetz, das Law on the Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office („KSC/SPO-Gesetz“), gegründet.² Mit der Verabschiedung dieser beiden Rechtsinstrumente durch das kosovarische Parlament kam das Kosovo seinen internationalen Verpflichtungen nach, die es im April 2014 mit der Europäischen Union („EU“) eingegangen war, um seine gerichtlichen und exekutiven Befugnisse an „gesonderte gerichtliche Kammern“ zu delegieren. Diese Kammern sollten in einem Drittstaat angesiedelt werden, um sich mit Vorwürfen schwerer Verbrechen zu befassen, die im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt im Kosovo von 1998 bis 2000 begangen wurden und die im Europaratsbericht von 2011 beschrieben wurden.³

Die Übertragung der Rechtsprechungs- und exekutiven Befugnisse an die KSC und das SPO, sowie die Umsetzung des Abkommens mit der EU durch den Verfassungszusatz in Art. 162 der kosovarischen Verfassung („KVerf“) wurden im April 2015 vom kosovarischen Verfassungsgericht bestätigt.⁴

¹ Zum Hintergrund der KSC und des SPO siehe *Ambos/Meisenberg*, Kosovo Specialist Chambers, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2019; *dies.*, Kosovo Specialist Prosecutor’s Office, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2019; *Meisenberg*, ZIS 2017, 746.

² Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo, Amendment No. 24 (No. 05-D-139) v. 3.8.2015 („Verfassungszusatz“); Law No. 05/L-053 on the Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor’s Office v. 3.8.2015 („KSC/SPO-Gesetz“). Alle KSC-Dokumente und Entscheidungen sind unter www.scp-ks.org (14.1.2024) abrufbar.

³ Briefwechsel zwischen der Präsidentin des Kosovos und der EU-Außenbeauftragten v. 14.4.2014, Law No. 04/L-274 on Ratification of International Agreement between the Republic of Kosovo and the European Union on the European Rule of Law Mission in Kosovo; Europarat, Parlamentarische Versammlung, AS/Jur (2010) 46, v. 12.12.2010 („Europaratsbericht“).

⁴ Verfassungsgericht Kosovo, Urt. v. 15.4.2015 – AGJ788/15 (Case No. KO26/15). Siehe auch Art. 5 KSC/SPO-Gesetz.

Die sachliche Zuständigkeit der KSC erstreckt sich auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit,⁵ Kriegsverbrechen,⁶ andere Straftaten nach dem materiellen Strafrecht des Kosovos, das zum Zeitpunkt der Begehung der Straftaten anwendbar war,⁷ und Straftaten gegen die Rechtspflege, wenn sie sich auf die offiziellen Verfahren der KSC beziehen.⁸

Die Errichtung der KSC und des SPO wurde für nötig empfunden, damit „sichere, unabhängige, unparteiische, faire und effiziente Strafverfahren gewährleistet werden“, also um Bedingungen zu schaffen, die in Anbetracht der Natur der Verfahren vor bestehenden Gerichtskammern im Kosovo so nicht gewährleistet werden konnten. Hier ist insbesondere die reale Gefahr der Zeugeneinschüchterung zu nennen, die zunehmend in den Verfahren vor den KSC bemerkbar wird. So wurden bereits mehr Personen wegen Straftaten gegen die Rechtspflege gem. Art. 15 Abs. 2 KSC/SPO-Gesetz angeklagt als für Kernverbrechen gem. Art. 13 und 14 KSC/SPO-Gesetz. Im Einklang mit dem Abkommen mit der EU, der Verfassungsänderung und dem KSC/SPO-Gesetz werden die KSC und das SPO nicht von den kosovarischen Behörden beaufsichtigt oder reguliert. Sie sind befugt, im Rahmen ihres Mandats, unabhängig von den kosovarischen Behörden und Institutionen zu arbeiten. Alle Richter, Staatsanwälte und Mitarbeiter sind internationale Bedienstete des Gerichts, d.h. sie sind keine Staatsangehörige des Kosovos und sie werden nicht durch Amtshandlungen einer kosovarischen Institution ausgewählt oder ernannt. Die Verfassungsänderung verleiht den KSC und dem SPO eine eigenständige Rechtspersönlichkeit und die Befugnis, internationale Vereinbarungen über die justizielle Zusammenarbeit mit Drittstaaten ohne Genehmigung oder Aufsicht des Kosovos abzuschließen.

III. Verfahren

1. *Gucati und Haradinaj (KSC-BC-2020-07/KSC-CA-2022-01)*

Die beiden Angeklagten Hysni Gucati und Nasim Haradinaj wurden am 18. Mai 2022 wegen Straftaten gegen die Rechtspflege verurteilt.⁹ Sie hatten Dokumente mit vertraulichen Informationen veröffentlicht und verteilt, die von einer unbekannt Person in den Räumlichkeiten der Vereinigung der Kriegsveteranen der Kosovo-Befreiungsarmee in Pristina abgegeben worden waren. Die Dokumente bezogen sich auf die Arbeit und die Ermittlungen der Special Investigative Task Force („SITF“) und des SPO. Angeklagt wurden fünf Straftaten gegen die Rechtspflege. Für solche Straftaten sind die KSC gem. Art. 15 Abs. 2 KSC/SPO-Gesetz mit Verweis auf enumerierte Straftaten aus dem Kosovo Strafgesetzbuch („KStGB“) zuständig. Gucati und Haradinaj wurden wegen der Behinderung von Amtspersonen bei der Ausübung ihrer Amtspflichten gem. Art. 401 Abs. 1 und 5 KStGB (1. Anklagepunkt), der Behinderung von Amtspersonen bei

der Ausübung ihrer Amtspflichten durch die Teilnahme an einer gemeinsamen Aktion einer Gruppe gem. Art. 401 Abs. 2, 3 und 5 KStGB (2. Anklagepunkt), der Einschüchterung von Zeugen in einem Strafverfahren gem. Art. 387 KStGB (3. Anklagepunkt), der Vergeltung gegenüber Zeugen gem. Art. 388 Abs. 1 KStGB (4. Anklagepunkt), der Verletzung von Verfahrensgeheimnissen durch die unbefugte Weitergabe von geheimen Informationen gem. Art. 392 Abs. 1 KStGB (5. Anklagepunkt) und der Verletzung von Verfahrensgeheimnissen durch die unbefugte Offenlegung von Identitäten und persönlichen Daten geschützter Zeugen gem. Art. 392 Abs. 2 und 3 KStGB (6. Anklagepunkt) angeklagt. Beim 3. Anklagepunkt handelt es sich um ein Verbrechen, das mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren bestraft werden kann. Die Angeklagten wurden von der Verfahrenskammer wegen fünf der sechs Anklagepunkte zu vier Jahren und sechs Monaten Haft verurteilt.¹⁰ Freigesprochen wurden sie vom Vorwurf im 6. Anklagepunkt.

Das Urteil wurde weitestgehend von der 1. Rechtsmittelkammer bestätigt.¹¹ Jedoch wurde die Verurteilung wegen der Behinderung von Amtsträgern bei der Ausübung ihrer Amtspflichten durch die Teilnahme an einer gemeinsamen Aktion einer Gruppe (2. Anklagepunkt) aufgehoben und das Strafmaß auf vier Jahre und drei Monate reduziert.

Die Verfahrenskammer und die 1. Rechtsmittelkammer betonten in ihren Urteilen die Bedeutung des Verfahrens für eine ordnungsgemäße Rechtspflege. Der Schutz von Zeugen vor Einschüchterung sei das Fundament eines jeden Strafrechtssystems. Dieses System und das Streben nach Gerechtigkeit der Opfer hätten die Angeklagten durch ihre Handlungen infrage gestellt und angegriffen.¹²

Das Verfahren gegen Gucati und Haradinaj zeigt die Brisanz der Verfahren vor den KSC und das allgemeine Klima der Zeugeneinschüchterung im Kosovo, welches, wie bereits erwähnt, ein wesentlicher Grund für die Etablierung der KSC und des SPO war.¹³

Die rechtskräftig verurteilten Gucati und Haradinaj legten noch ein außerordentliches Rechtsmittel vor der Supreme Court Chamber ein, die sog. Protection of Legality, mit der allein Rechtsfehler beanstandet werden können. Dieser Antrag wurde jedoch verworfen.¹⁴ Gucati wurde nach der Verbüßung von zwei Dritteln seines Strafmaßes im Oktober 2023

⁵ Art. 13 KSC/SPO-Gesetz.

⁶ Art. 14 KSC/SPO-Gesetz.

⁷ Art. 15 Abs. 1 KSC/SPO-Gesetz.

⁸ Art. 15 Abs. 2 KSC/SPO-Gesetz.

⁹ KSC (Trial Panel II), Public Redacted Version of the Trial Judgment v. 18.5.2022 – KSC-BC-2020-07 (Gucati und Haradinaj).

¹⁰ KSC (Trial Panel II), Public Redacted Version of the Trial Judgment v. 18.5.2022 – KSC-BC-2020-07 (Gucati und Haradinaj).

¹¹ KSC (Court of Appeal), Appeal Judgment v. 2.2.2023 – KSC-CA-2022-01 (Gucati und Haradinaj).

¹² KSC, Summary of Trial Judgment v. 18.5.2022 – KSC-BC-2020-07; KSC, Summary of the Appeals Judgment v. 7.2.2023 – KSC-CA-2022-01.

¹³ Siehe auch KSC, Summary of the Appeals Judgment v. 7.2.2023 – KSC-CA-2022-01.

¹⁴ KSC (Supreme Court Chamber), Decision on Requests for Protection of Legality v. 18.9.2023 – KSC-SC-2023-01.

vorzeitig aus der Haft entlassen.¹⁵ Auch Haradinaj hatte nach der Verbüßung von zwei Dritteln seines Strafmaßes die Möglichkeit, vorzeitig entlassen zu werden. Da er jedoch wegen Disziplinarverstößen während seiner Haft aufgefallen war, lehnte die Präsidentin der KSC diese Möglichkeit zunächst ab und entließ ihn erst im Dezember 2023.¹⁶

2. Mustafa (KSC-BC-2020-05/KSC-CA-2023-02)

Salih Mustafa wurde für die Kriegsverbrechen der willkürlichen Inhaftierung (1. Anklagepunkt), der grausamen Behandlung (2. Anklagepunkt), der Folter (3. Anklagepunkt) und des Mordes (4. Anklagepunkt) gem. Art. 14 KSC/SPO-Gesetz angeklagt, die von Mitgliedern der kosovarischen Befreiungsarmee an Personen begangen wurden, die im April 1999 in einem Gefängnislager im Dorf Zllash im Kosovo festgehalten wurden. Mustafa war Befehlshaber der sog. BIA-Guerilla-Einheit der Befreiungsarmee, die das Gelände in Zllash als Unterschlupf und als Ort für Festnahmen und Verhöre nutzte.¹⁷ In diesem Verfahren sind acht Opfer als Verfahrensbeteiligte zugelassen.¹⁸

Mustafa wurde am 16. Dezember 2022 zu 26 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.¹⁹ Das Gericht befand Mustafa der Kriegsverbrechen der willkürlichen Inhaftierung und der Folter von sechs Gefangenen, die direkt und als Teil eines Joint Criminal Enterprise („JCE“) begangen wurden, sowie des Mordes an einem Gefangenen als Teil eines JCE für schuldig. Die Verfahrenskammer sprach Mustafa vom Vorwurf der grausamen Behandlung (2. Anklagepunkt) frei, da sie der Ansicht war, dass dieser Straftatbestand durch den der Folter konsumiert wurde. Zudem wurde Mustafa im Wege eines separaten Entschädigungsurteils (Reparation Order) zur Entschädigung von drei unmittelbaren und fünf mittelbaren Opfern verurteilt.²⁰ Die Verfahrenskammer hob hervor, dass die Opfer das Recht auf eine angemessene und zügige Entschädigung haben, und verurteilte Mustafa insgesamt zu einer

Entschädigung in Höhe von 207.000 Euro.²¹ Das Urteil wurde weitestgehend von der 1. Rechtsmittelkammer bestätigt. Jedoch wurde das Strafmaß auf 22 Jahre reduziert.²²

3. Shala (KSC-BC-2020-04)

Pjetër Shala wurde als einziger Angeklagter außerhalb des Kosovos von den belgischen Behörden verhaftet. Er lebte zum Zeitpunkt seiner Inhaftierung in Belgien und wurde an die KSC überstellt. Hervorzuheben ist hier, dass das Rechtshilfverfahren mit Belgien unter Anwendung des reformierten belgischen internationalen Rechtshilfgesetzes vollzogen wurde, das die KSC explizit, sowie andere Gerichte, die nicht originärer internationaler Rechtsnatur sind, nennt.²³

Die Shala zur Last gelegten Verbrechen wurden zwischen Mai 1999 und Juni 1999 an Personen begangen, die in der von der Befreiungsarmee genutzten Metallfabrik Kukës (Albanien) festgehalten wurden. Laut der Anklageschrift waren die Opfer dieser Verbrechen alle Bürger der Bundesrepublik Jugoslawien, die nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilgenommen haben. Shala werden die Kriegsverbrechen der willkürlichen Inhaftierung (1. Anklagepunkt), der grausamen Behandlung (2. Anklagepunkt), der Folter (3. Anklagepunkt) und des Mordes (4. Anklagepunkt) gem. Art. 14 KSC/SPO-Gesetz zur Last gelegt.

In diesem Verfahren sind ebenfalls acht Opfer als Verfahrensbeteiligte zugelassen.²⁴ Das Verfahren ist derzeit in der Hauptverhandlung vor einer Verfahrenskammer anhängig. Ein Urteil wird 2024 erwartet.

4. Thaçi u.a. (KSC-BC-2020-06)

Den Angeklagten Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi und Jakup Krasniqi werden sechs Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Verfolgung, Folter, Mord, Verschwindenlassen, Inhaftierung und andere unmenschliche Handlungen) und vier Kriegsverbrechen (willkürliche Inhaftierung, grausame Behandlung, Folter und Mord) vorgeworfen, die von März 1998 bis September 1999 an verschiedenen Orten im Kosovo sowie zwei Örtlichkeiten (Kukës und Cahan) in Nordalbanien begangen wurden. Die Verbrechen wurden mutmaßlich von Mitgliedern der Befreiungsarmee an Hun-

¹⁵ KSC (President), Decision on Commutation, Modification or Alteration of Sentence v. 12.10.2023 – KSC-SC-2023-01/CS001.

¹⁶ KSC (President), Public Redacted Version of the Decision on Commutation, Modification or Alteration of Sentence v. 12.10.2023 – KSC-SC-2023-01/CS002; KSC (President), Decision on Modification of Sentence with Confidential and Ex Parte Annexes v. 12.12.2023 – KSC-SC-2023-01/CS002.

¹⁷ KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of Decision on the Confirmation of the Indictment Against Salih Mustafa v. 5.10.2020 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa).

¹⁸ KSC (Trial Panel I), Public Redacted Version of Second Decision on Victims' Participation v. 30.4.2021 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa); KSC (Trial Panel I), Public redacted version of Third decision on victims' participation v. 21.5.2021 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa).

¹⁹ KSC (Trial Panel I), Trial Judgment v. 16.12.2022 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa).

²⁰ KSC (Trial Panel I), Reparations Order v. 16.12.2022 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa).

²¹ KSC (Trial Panel I), Reparations Order v. 16.12.2022 – KSC-BC-2020-05 (Mustafa).

²² KSC (Court of Appeal), Public Redacted Version of Appeal Judgment v. 14.12.2023 – KSC-CA-2023-02 (Mustafa).

²³ Siehe *Moniteur Belge* v. 18.7.2018, S. 57582, Modification de la Loi due 29 mars 2004 concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationaux, Art. 21.

²⁴ KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of First Decision on Victims' Participation v. 15.12.2021 – KSC-BC-2020-04 (Shala); KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of Second Decision on Victims' Participation v. 11.8.2022 – KSC-BC-2020-04 (Shala); KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of Third Decision on Victims' Participation v. 19.9.2022 – KSC-BC-2020-04 (Shala).

dernten von Zivilisten und Personen, die nicht an den Feindlichkeiten teilnahmen, begangen.

Das Verfahren gegen Thaçi u.a. ist derzeit vor einer Verfahrenskammer anhängig. Die Hauptverhandlung hat Anfang April 2023 begonnen. In diesem Verfahren wurden 144 Opfer als Verfahrensbeteiligte zugelassen. Dieses Verfahren ist äußerst umfangreich und es wird erwartet, dass die Anklagebehörde bis Anfang 2025 mit der Präsentation ihrer Zeugen und Beweise brauchen wird.

5. Dritan Goxhaj

Im Juli 2023 wurde der albanische Staatsbürger Dritan Goxhaj in Albanien auf der Grundlage eines richterlichen Haftbefehls der KSC wegen des Vorwurfs der Zeugeneinschüchterung gem. Art. 387 KStGB und der Behinderung von Amtspersonen bei der Ausübung ihrer Amtspflichten gem. Art. 401 KStGB verhaftet und seine Überstellung durch die albanische Justiz genehmigt.²⁵ Goxhaj legte erfolgreich Rechtsmittel gegen diese Entscheidung vor dem Berufungsgericht in Tirana ein und wurde am 10. Oktober 2023 freigelassen. Die albanische Staatsanwaltschaft wartet immer noch auf die schriftliche Begründung der Entscheidung und konnte noch keine Rechtsmittel gegen diese einlegen.

6. Januzi, Bahtijari und Shala (KSC-BC-2023-10 und 11)

Im Oktober 2023 wurden Sabit Januzi und Ismet Bahtijari, im Dezember 2023 Haxhi Shala wegen Straftaten gegen die Rechtspflege im Kosovo festgenommen und in die Haager Haftanstalt der KSC überstellt. Ihnen wird Zeugeneinschüchterung durch Drohung mit Gewalt gem. Art. 387 KStGB und die Behinderung von Amtspersonen bei der Ausübung ihrer Amtspflichten gem. Art. 401 KStGB vorgeworfen.²⁶ Ein Datum für die Hauptverhandlung steht in diesem Verfahren noch nicht fest. Ebenso muss über die Zusammenlegung der Verfahren noch entschieden werden.

7. Kilaj (KSC-BC-2018-01)

Anfang November 2023 wurde Isni Kilaj ebenfalls wegen Straftaten gegen die Rechtspflege auf Grundlage eines staatsanwaltlich angeordneten Haftbefehls gem. Art. 35 Abs. 2 KSC/SPO-Gesetz im Kosovo verhaftet. Ihm werden die Beeinflussung von Zeugen gem. Art. 387 KStGB und die Behinderung von Amtspersonen bei der Ausübung ihrer Amtspflichten gem. Art. 401 KStGB vorgeworfen. Die Anklageschrift wurde bisher noch nicht bestätigt. Jedoch wurde die Verlängerung seiner Haft durch einen Einzelrichter aufrechterhalten, der einen hinreichenden Tatverdacht bzgl. der genannten Straftaten gegen die Rechtspflege sowie die Haft-

gründe der Fluchtgefahr, der Verfahrensbeeinflussung und der Begehung weiterer Straftaten angenommen hat.²⁷

IV. Rechtsprechung der KSC-Verfassungsgerichtskammer

1. Novellierung des KSC-Rechtsrahmens durch die Legislative (KSC-CC-2020-11)

Im November 2020 hat die KSC-VerfGK festgehalten, dass eine Änderung der Rechtsinstrumente, die die KSC und das SPO regulieren, nur unter strengen und engen Voraussetzungen möglich ist.²⁸ So hatte der frühere Präsident des Kosovos und nunmehr vor den KSC angeklagte Hashim Thaçi versucht, die Verfassung in Bezug auf die KSC zu ändern.²⁹ Gemäß der Verfassung des Kosovos muss jeder Verfassungsänderungsvorschlag vom Parlamentspräsidenten zunächst dem Verfassungsgericht zur Überprüfung gem. Art. 144 Abs. 3 KVerf vorgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Änderung die in der Verfassung garantierten Bürger- und Menschenrechte nicht missachtet.³⁰

Die KSC-VerfGK hat in ihrem Urteil festgestellt, dass – gem. Art. 162 Abs. 3 KVerf und Art. 49 Abs. 2 KSC/SPO-Gesetz – die KSC-VerfGK die ausschließliche Zuständigkeit für Vorlagen von Verfassungsänderungen, die die KSC betreffen, hat.³¹ Ferner stellte sie fest, dass die Vereinbarung mit der EU voraussetzt, dass das Kosovo bei Änderungen von Gesetzen, die die KSC und das SPO betreffen, die EU konsultieren muss.³² Da für den Verfassungsänderungsantrag eine solche Konsultation nicht durchgeführt wurde, stellte die KSC-VerfGK hier einen formalen Verfahrensfehler fest.³³

Dieses Urteil zeigt, dass eine Änderung der Rechtsinstrumente zu den KSC und dem SPO nur unter strengen Voraussetzungen möglich ist. Zum Umstand, dass hierdurch die legislativen Befugnisse Kosovos wesentlich eingeschränkt werden, bemerkte die KSC-VerfGK, dass eine solche Einschränkung im Einklang mit der Übertragung der Exekutiv-

²⁷ KSC (Pre-Trial Judge), Public Redacted Version of Reasons for Continued Detention v. 9.11.2023 – KSC-BC-2018-01 (Kilaj), Rn. 32, 54.

²⁸ KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, abrufbar unter <https://repository.scp-ks.org/LW/Published/Filing/0b1ec6e98039a633/Judgment%20on%20the%20Referral%20of%20Proposed%20Amendments%20to%20the%20Constitution%20of%20Kosovo.pdf> (14.1.2024).

²⁹ KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, Rn. 26.

³⁰ Siehe Art. 144 Abs. 3 und Art. 113 Abs. 9 KVerf.

³¹ KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, Rn. 28.

³² KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, Rn. 73.

³³ KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, Rn. 72.

²⁵ KSC, Pressemitteilung v. 31.7.2023.

²⁶ KSC (Pre-Trial Judge), Corrected Version of Public Redacted Version of the Decision on the Confirmation of the Indictment v. 2.10.2023 – KSC-BC-2023-10 (Januzi und Bahtijari); SPO, Submission of joint Indictment with confidential Annexes 1 and 2 v. 12.1.2024 – KSC-BC-2023-11.

und Rechtsprechungsbefugnisse durch das Kosovo im Rahmen der Vereinbarung mit der EU stehe und dass das Konsultationserfordernis die unabhängige und effektive Durchführung des Mandats der KSC und des SPO gewährleiste.³⁴

2. Keine Zuständigkeitseinschränkung durch den Europaratsbericht (KSC-CC-2022-15)

Die Angeklagten Thaçi, Veseli und Krasniqi rügten eine Verletzung ihrer Grundrechte durch eine Entscheidung der 1. Rechtsmittelkammer, die ihre Zuständigkeitsbeschwerde abgelehnt hatte. Die Angeklagten waren der Ansicht, dass die Zuständigkeit durch die im Europaratsbericht genannten Feststellungen zu Straftaten begrenzt sei.³⁵

Der Zweck und Geltungsbereich (Scope and Purpose) der KSC wird in Art. 1 KSC/SPO-Gesetz beschrieben. Er regelt, dass die Gründung der KSC und des SPO notwendig sei, um die internationalen Verpflichtungen Kosovos zu erfüllen und um die in der Verfassung verankerten Grundrechte und -freiheiten sowie sichere, unabhängige, unparteiische, faire und effiziente Strafverfahren „in Bezug auf Vorwürfe“ schwerer grenzüberschreitender und internationaler Verbrechen zu gewährleisten, die während des Kosovo-Konflikts und in der Folgezeit begangen und im Bericht der Parlamentarischen Versammlung des Europarats vom 7. Januar 2011 genannt wurden. Art. 6 Abs. 1 KSC/SPO-Gesetz, der die sachliche Zuständigkeit der KSC beschreibt, bestimmt die Zuständigkeit über Straftaten „die sich auf den Bericht der Parlamentarischen Versammlung des Europarats vom 7. Januar 2011 beziehen“. Da einige der angeklagten Verbrechen nicht konkret im Europaratsbericht genannt waren, argumentierte die Verteidigung, dass Art. 1 und 6 KSC/SPO-Gesetz eine sachliche Zuständigkeitsbegrenzung normieren und der Europaratsbericht eine Umgrenzungsfunktion habe. Daher dürften gemäß dem KSC/SPO-Gesetz Straftaten, die nicht im Europaratsbericht genannt wurden, nicht vor den KSC angeklagt werden.³⁶

Die Rechtsmittelkammer stellte hierzu fest, dass die Zuständigkeitsvorschriften in Art. 6–9 KSC/SPO-Gesetz weiter gefasst sind als die Tatsachenfeststellungen in dem Europaratsbericht. Sie stellte ferner fest, dass die KSC aufgrund der

internationalen Verpflichtungen des Kosovos in Bezug auf den Europaratsbericht gegründet wurden und dass diese völkerrechtlichen Verpflichtungen, namentlich Straftaten zu ermitteln und vor Gericht zu bringen, weiter gefasst seien als die in dem Bericht festgestellten Anschuldigungen.³⁷ Gegen diese Feststellung der Rechtsmittelkammer wurde von den Angeklagten vor Abschluss des Strafverfahrens Verfassungsbeschwerde eingelegt, da sie sich in ihren Grundrechten auf ein gesetzliches Gericht gem. Art. 31 Abs. 2 KVerf und Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt sahen.³⁸

Die KSC-VerfGK stellte hierzu zunächst fest, dass Art. 162 KVerf nicht die Zuständigkeit der KSC im engeren Sinne normiere, sondern dass diese allein durch das KSC/SPO-Gesetz bestimmt werde. Art. 162 KVerf verweise allein auf die internationalen Verpflichtungen Kosovos und den Europaratsbericht.³⁹ Dies werde ferner dadurch belegt, dass der Gesetzgeber für die Durchsetzung des Mandats Straftaten gegen die Rechtspflege einbezogen habe, obwohl der Europaratsbericht hierzu keine konkreten Anschuldigungen gemacht habe. Ferner stellte sie fest, dass der Verweis auf einen „Bezug“ zum Europaratsbericht im KSC/SPO-Gesetz nicht eng auszulegen sei, sondern dass der Inhalt und der Hintergrund des Europaratsberichts insgesamt zu beachten seien.⁴⁰ Insbesondere sei der Kontext des Berichts allgemein als Bezugspunkt für die Zuständigkeit in Betracht zu ziehen. Hier verwies die KSC-VerfGK auf die Feststellung des Berichts einer bis dahin besorgniserregenden Abwesenheit strafrechtlicher Verfolgung von bestimmten Personengruppen für schwere Straftaten, die im Kosovo-Konflikt begangen wurden.⁴¹

Mit dieser Feststellung hat die KSC-VerfGK richtigerweise darauf verwiesen, dass die KSC nicht allein wegen des Vorwurfs schwerer internationaler Kernverbrechen gegründet wurden. Vielmehr ist dies ein Verweis auf die, in der kosovarischen Öffentlichkeit oft missachtete, Feststellung des Europaratsberichts einer Unantastbarkeit bestimmter Personen vor

³⁴ KSC (SCCC), Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo v. 26.11.2020 – KSC-CC-2020-11, Rn. 74.

³⁵ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 22 ff., abrufbar unter <https://repository.scp-ks.org/LW/Published/Filing/0b1ec6e980c08663/Decision%20on%20the%20Referral%20of%20Hashim%20Thaçi%20Concerning%20the%20Right%20to%20an%20Independent%20and%20Impartial%20Tribunal%20Established%20by%20Law%20and%20to%20a%20Reasoned%20Opinion.pdf> (14.1.2024).

³⁶ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 22.

³⁷ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 28 f.

³⁸ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 34 ff.

³⁹ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 76.

⁴⁰ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 82.

⁴¹ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Hashim Thaçi Concerning the Right to an Independent and Impartial Tribunal Established by Law and to a Reasoned Opinion v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-15, Rn. 82.

den Strafverfolgungsbehörden.⁴² Der Bericht aus dem Jahr 2011 beschreibt anschaulich, dass einige Personen sich lieber selbst vor Gericht verantworten, als ihre ehemaligen hochrangigen Kommandeure zu bezichtigen, auf deren Weisung sie gehandelt haben und die zum Zeitpunkt des Europaratsberichts hochrangige politische Persönlichkeiten waren.⁴³ Der Bericht stellt diesbezüglich fest, dass das zentrale Hindernis auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit die in einigen Teilen der Gesellschaft immer noch vorherrschende Loyalität gegenüber alten Seilschaften sei.⁴⁴ Daher unterstreicht der Europaratsbericht die Notwendigkeit der Vertraulichkeit von Informationen und des Zeugenschutzes bei zukünftigen Verfahren.⁴⁵ Dies war eine der Hauptursachen, weshalb die KSC gegründet und in Den Haag verortet wurden. Daher erscheint es richtig, dass der Verweis des Europaratsberichts im KSC/SPO-Gesetz nicht die Zuständigkeit der KSC als solche eingrenzt, sondern dieser Verweis vielmehr als Beweggrund seiner Etablierung verstanden werden muss und die Rechtsmaterie allgemein und nicht konkret eingrenzt.

3. Völkergewohnheitsrecht und Rückwirkungsverbot (KSC-CC-2021-13 und 14)

Im Wege einer Zuständigkeitsentscheidung der 1. Rechtsmittelkammer wurde bestätigt, dass die direkte Anwendung von völkergewohnheitsrechtlichen Normen gemäß des KSC/SPO-Gesetzes möglich sei und dass damit die Anklage der völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Straftaten des Verschwindenlassens und der willkürlichen Inhaftierung sowie der Täterschaftsform des JCE in allen seinen drei Formen grundsätzlich zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung haben zwei Angeklagte Verfassungsbeschwerde eingelegt.⁴⁶ Obwohl die Beschwerde als unzulässig abgewiesen wurde,⁴⁷ hat die KSC-VerfGK dennoch wichtige Feststellungen zur Anwendbarkeit von völkergewohnheitsrechtlichen Normen und dem in der Verfassung

normierten Rückwirkungsverbot getroffen.⁴⁸

Die Kammer stellte hierzu trotz der Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde fest, dass die Frage einer unmittelbaren Anwendung des Völkergewohnheitsrechts durch die KSC in Bezug auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, einschließlich der damit zusammenhängenden Tatmodalitäten, von zentraler und grundlegender verfassungsrechtlicher Bedeutung im Rechtsrahmen der KSC sei.⁴⁹ Insbesondere musste die KSC-VerfGK klären, ob Art. 19 KVerf die direkte Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht normiere und ob eine solche rückwirkende Anwendbarkeit auf völkergewohnheitsrechtliche Straftaten gegen das in Art. 33 Abs. 1 KVerf normierte Rückwirkungsverbot verstoße. Hierzu stellte die Kammer fest, dass Art. 19 KVerf nicht ausdrücklich die unmittelbare Anwendung rechtsverbindlicher Normen des Völkerrechts vorsehe, anders als bei völkerrechtlichen Abkommen, die vom Kosovo ratifiziert worden seien.⁵⁰ Dennoch verwies sie auf Art. 19 Abs. 2 KVerf, wonach rechtsverbindliche Normen des internationalen Rechts „Vorrang vor den Gesetzen“ des Kosovos haben. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts in Pristina, stellte die KSC-VerfGK fest, dass eine direkte Anwendung völkergewohnheitsrechtlicher Normen einem Verfassungsvorbehalt unterliege, d.h. ihre Anwendung nur erfolgen könne, wenn diese mit anderen Verfassungsnormen, insbesondere dem verfassungsrechtlichen Prinzip des Rückwirkungsverbots, im Einklang stünden.⁵¹ Diesbezüglich konstatierte die Kammer, dass Art. 31 Abs. 1 KVerf ausdrücklich die Möglichkeit vorsehe, dass eine Person für eine Handlung angeklagt oder verurteilt werden könne, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit „nach internationalem Recht“ dar-

⁴² Europaratsbericht, Rn. 169 ff.

⁴³ Europaratsbericht, Rn. 171.

⁴⁴ Europaratsbericht, Rn. 172.

⁴⁵ Europaratsbericht, Rn. 7.

⁴⁶ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, abrufbar unter <https://repository.scp-ks.org/LW/Published/Filing/0b1ec6e980c08661/Decision%20on%20the%20Referral%20of%20Jakup%20Krasniqi%20on%20the%20Legality%20of%20Charging%20Joint%20Criminal%20Enterprise.pdf> (14.1.2024).

⁴⁷ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 55.

⁴⁸ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 58.

⁴⁹ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 59.

⁵⁰ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 69.

⁵¹ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 72.

stelle.⁵² Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK sowie Art. 15 IPBPR stellte die KSC-VerfGK fest, dass der Verweis auf „internationales Recht“ in Art. 7 EMRK auch Völkergewohnheitsrecht beinhalte, solange das jeweilige völkergewohnheitsrechtliche Verbrechen verständlich definiert sei und den qualitativen Anforderungen der Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit entspreche.⁵³ Damit sei es verfassungsrechtlich unbedenklich, im Völkergewohnheitsrecht anerkannte Straftaten von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit direkt vor den KSC anzuwenden und anzuklagen.⁵⁴

Die KSC-VerfGK unterstrich jedoch, dass sie in ihrer Entscheidung nur allgemein beurteile, ob es verfassungsrechtlich möglich sei, völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Straftaten vor den KSC anzuklagen, und nicht konkret beurteile, ob bestimmte Verbrechen während des Anklagezeitraums völkergewohnheitsrechtlich anerkannt seien. Die konkreten Fragen an das Rückwirkungsverbot seien von den Strafkammern im Verfahren zu entscheiden und im Falle einer Verfassungsbeschwerde nach der Beendigung des Verfahrens im engeren Sinne zu überprüfen.⁵⁵

Die Entscheidungen der 1. Rechtsmittelkammer zur völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Straftatbestände des Verschwindenlassens und der willkürlichen Inhaftierung und der Tatmodalitäten des JCE und der Befehlshabergewalt werden nunmehr unter V. dargestellt.

V. Rechtsprechung der Rechtsmittelkammer zum Völkergewohnheitsrecht

1. Völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung des Kriegsverbrechens der willkürlichen Inhaftierung

Das Verbrechen der willkürlichen Inhaftierung (arbitrary detention) als Kriegsverbrechen ist nicht explizit im KSC/

⁵² KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 74.

⁵³ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 76 ff.

⁵⁴ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 81.

⁵⁵ KSC (SCCC), Decision on the Referral of Jakup Krasniqi Concerning the Legality of Charging Joint Criminal Enterprise and the Referral of Kadri Veseli Concerning Decision of the Appeals Panel on Challenges to the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 13.6.2022 – KSC-CC-2022-13, KSC-CC-2022-14, Rn. 58, 80.

SPO-Gesetz benannt. Das SPO hat die Angeklagten Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi, Mustafa und Shala dennoch in Bezug auf diesen Völkerstrafatbestand angeklagt.⁵⁶ Hiergegen haben die Angeklagten Veseli und Shala Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, dass die willkürliche Inhaftierung nicht explizit in Art. 14 KSC/SPO-Gesetz normiert sei und auch nicht durch die Formulierung „einschließlich einer der folgenden Handlungen“ in Art. 14 Abs. 1 lit. c KSC/SPO-Gesetz gedeckt sei, da die enumerative Aufzählung der Verbrechen abschließend sei. Darüber hinaus sei Art. 14 KSC/SPO-Gesetz an Art. 8 Abs. 2 lit. c IstGH-Statut angelehnt, der eine abschließende Aufzählung der Verbrechenstatbestände enthalte.

Die Rechtsmittelkammer stellte hierzu fest, dass die Zuständigkeit der KSC nicht auf die in Art. 14 Abs. 1 lit. c KSC/SPO-Gesetz aufgezählten Handlungen beschränkt sei.⁵⁷ Die nicht erschöpfende Formulierung in Art. 14 KSC/SPO-Gesetz verstoße auch nicht gegen das Gesetzlichkeitsprinzip, solange der Verbrechenstatbestand der willkürlichen Inhaftierung zum Tatzeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und gemäß des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen verboten sei.⁵⁸ Zu dieser Frage konstatierte die 1. Rechtsmittelkammer, dass eine einschlägige Staatenpraxis einer Kriminalisierung willkürlicher Inhaftierungen in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt bis 1998 eher begrenzt gewesen sei. Dies reiche jedoch nicht aus, um dem Straftatbestand in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt den völkergewohnheitsrechtlichen Status abzuspreechen. Die Staatenpraxis nach 1998 sei ebenso relevant, um eine kontinuierliche Entwicklung, im Gegensatz zu einer entgegengesetzten Praxis, aufzuzeigen. Daher sei die Kriminalisierung der willkürlichen Inhaftierung in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in nationalen Rechtsordnungen nach dem für die Anklage relevanten Zeitraum als Beweis für eine beständige staatliche Praxis ebenso von Bedeutung.⁵⁹ Hierzu führte die Kammer an, dass Art. 142 des Strafgesetzbuchs von 1976 der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien („SFRJ“), das zum Zeitpunkt des Konfliktes anwendbar war, und der entsprechenden Bestimmungen anderer Strafgesetze der Länder des ehemaligen Jugoslawiens, die illegale Verhaftung ausdrücklich als Kriegsverbrechen unter Strafe

⁵⁶ Siehe nur Anklageschrift Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi (KSC-BC-2020-06), Rn. 61 f., 177; Anklageschrift Mustafa (KSC-BC-2020-05), Rn. 18 f., 35; Anklageschrift Shala (KSC-BC-2020-04), Rn. 14 f., 31.

⁵⁷ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 87.

⁵⁸ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 89.

⁵⁹ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 106.

stellten, und zwar ohne zwischen einem nicht-internationalen und internationalen bewaffneten Konflikt zu unterscheiden.⁶⁰ Darüber hinaus stellten die Richter fest, dass – auch wenn UN-Resolutionen keine eindeutige Kriminalisierung des Straftatbestands der willkürlichen Inhaftierung als eigenständiges Verbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten stützen – diese Resolutionen dennoch bestätigen, dass willkürliche oder rechtswidrige Inhaftierungen bereits vor 1998 allgemein verurteilt und als schwere Verletzung des humanitären Völkerrechts anerkannt waren und dass eine solche Verletzung strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen konnte.⁶¹ Diese Resolutionen bestätigten die allgemeine Rechtsauffassung, dass zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Taten feststand, dass eine willkürliche Inhaftierung als schwerer Verstoß gegen den Grundsatz einer menschenwürdigen Behandlung angesehen wurde. Da eine menschenwürdige Behandlung als Grundsatz im gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen verankert und die willkürliche Inhaftierung mit diesem Grundsatz unvereinbar sei, folge daraus, dass die willkürliche Inhaftierung eine strafrechtliche Verantwortung nach sich ziehe.⁶² Damit bestätigte die Kammer die völkergewohnheitsrechtliche Normierung der willkürlichen Inhaftierung in einem nicht-internationalen Konflikt als völkergewohnheitsrechtlich anerkanntes Kriegsverbrechen zum Tatzeitpunkt im März 1998.⁶³

2. Anerkennung des Menschlichkeitsverbrechens des Verschwindenlassens

Ebenso wie die willkürliche Inhaftierung, ist das Verschwindenlassen (enforced disappearance) als Menschlichkeitsverbrechen nicht explizit im KSC/SPO-Gesetz als Verbrechensbestand normiert. Auch gegen die Anklage dieses Straftatbestands wendete sich der Angeklagte Veseli und machte geltend, dass das Verschwindenlassen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Jahr 1998 nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen sei und dass die individuelle Strafbarkeit dieses Tatbestands nicht mit einem Verbot des

Verschwindenlassens als Menschenrecht verwechselt werden dürfe.⁶⁴

Auch hier stellte die 1. Rechtsmittelkammer fest, dass der Tatbestand des Verschwindenlassens völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sei, und zwar bereits seit 1992.⁶⁵ Die Kammer stellte insbesondere fest, dass der Umstand, dass dieser Straftatbestand nicht in den Statuten internationaler und internationalisierter Gerichte unter Strafe gestellt gewesen sei, kein Indiz für eine fehlende Anerkennung sei. Vielmehr spiegelten diese Statuten nur die Tatbestände der in diesen Konflikten mutmaßlich begangenen Verbrechen wider. Die Tatsache, dass ein konkretes Verbrechen nicht normiert wurde, sei daher kein Indiz einer fehlenden völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung. Zudem hätten diese Gerichte in ihrer Rechtsprechung das Verbrechen des Verschwindenlassens von Personen unter den Auffangtatbestand der „anderen unmenschlichen Handlungen“ subsumiert.⁶⁶

Ferner konstatierte die Kammer, dass der Umstand, dass eine Vielzahl von nationalen Rechtsvorschriften das Verschwindenlassen von Personen vor 1998 als innerstaatliches Verbrechen definiert haben, eine deutliche Rechtsüberzeugung darstelle, ein solches Verhalten zu kriminalisieren und nicht bloß als ein Menschenrecht anzuerkennen. Ferner sei die Aufnahme des Verschwindenlassens als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in das IStGH-Statut 1998 und seine anschließende Kriminalisierung in vielen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein weiterer Beleg der anhaltenden Akzeptanz der Staaten für eine verbindliche Ächtung, die als Beleg des völkergewohnheitsrechtlichen Status des Verschwindenlassens als Menschlichkeitsverbrechen herangezogen werden könne.⁶⁷

3. Völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung der Tatmodalität *Joint Criminal Enterprise III*

Die Rechtsmittelkammer stellte fest, dass der Begriff „begehen“ (commission) in Art. 16 Abs. 1 KSC/SPO-Gesetz in Übereinstimmung mit dem zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Völkergewohnheitsrecht auszulegen sei. Art. 16 Abs. 1 KSC/SPO-Gesetz sehe die Täterschaft JCE als eine Täterschaftsform der individuellen strafrechtlichen Verant-

⁶⁰ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 107.

⁶¹ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 108, 109.

⁶² KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 108, 109.

⁶³ Kritisch, aber im Ergebnis zustimmend *Castelijn/Yanev*, EJIL:Talk! v. 18.4.2023, abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/arbitrary-detention-in-non-international-armed-conflicts-a-tale-of-two-hague-courts/> (14.1.2024).

⁶⁴ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 112.

⁶⁵ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 125, 126.

⁶⁶ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 124.

⁶⁷ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 120.

wortlichkeit vor.⁶⁸ Zudem seien die Grundform und die erweiterte Form des JCE nach Völkergewohnheitsrecht zum Tatzeitpunkt der vorgeworfenen Straftaten anerkannt und für den Angeklagten vorhersehbar gewesen.⁶⁹ Daher bestand nach Auffassung der Rechtsmittelkammer gem. Art. 33 Abs. 1 KVerf und Art. 7 Abs. 1 EMRK kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.

Nicht entschieden wurde hingegen, ob auch Verbrechen, die die Vorsatzform des *dolus directus* ersten Grades (*specific intent*) verlangen, wie etwa die Verfolgung aus politischen, rassistischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen in Art. 13 Abs. 1 lit. h KSC/SPO-Gesetz, in der Täterschaftsform JCE III begangen werden können.⁷⁰ Hier verwarf die Rechtsmittelkammer in Anlehnung an die Rechtsprechung des JStGH die Ansicht des Vorverfahrensrichters, dass solche Verbrechen nicht durch JCE III begangen werden können.⁷¹ Dies sei keine Zuständigkeitsfrage, sondern vielmehr eine Frage der genaueren Ausformung der Tatbestandselemente der Täterschaftsform JCE III, die im Laufe des Verfahrens geklärt werden könnte.⁷²

4. Völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung der Tatmodalität der Befehlshabergewalt

Die Verteidigung des Angeklagten Veseli machte geltend, dass die Tatmodalität der Befehlshabergewalt (*superior responsibility*) vor den KSC nicht anwendbar sei, da das innerstaatliche Recht der SFRJ diese Täterschaftsform während des Tatzeitraums nicht anerkannt habe. Sie machte ferner geltend, dass selbst bei einer Anwendung von völkergewohnheitsrechtlichen Normen zu prüfen sei, ob nicht andere völkerrechtliche Normen oder innerstaatliches Recht für den Angeklagten gemäß dem *lex-mitior*-Grundsatz günstiger wären und dass jedenfalls nur allgemeine Unterlassungsdelikte nach dem Strafgesetzbuch der SFRJ angeklagt werden könnten.⁷³

⁶⁸ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 139.

⁶⁹ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 192–195.

⁷⁰ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 192–195.

⁷¹ KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 192–195.

⁷² KSC (Court of Appeal), Decision on Appeals Against “Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers” v. 23.12.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 192–195.

⁷³ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 22.7.2021 –

Der Vorverfahrensrichter lehnte dies mit Verweis auf seine Ausführungen zu den allgemeinen Tatmodalitäten ab.⁷⁴ Art. 16 Abs. 1 KSC/SPO-Gesetz normiere in sich geschlossene und spezielle Haftungsmodalitäten für die vor den KSC anwendbaren Völkerstrafataten gem. Art. 13–14 KSC/SPO-Gesetz. Ferner stellte der Vorverfahrensrichter fest, dass Art. 13–14 KSC/SPO-Gesetz ausdrücklich Völkergewohnheitsrecht als das anwendbare Recht für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen während der zeitlichen Zuständigkeit der KSC normiere.⁷⁵

Darüber hinaus sei das Konzept der Befehlshabergewalt seit dem Zweiten Weltkrieg bekannt, sei im Zusatzprotokoll I der Genfer Konventionen normiert worden und werde vom JStGH und RStGH angewandt; zudem stehe die gewohnheitsrechtliche Anerkennung außer Frage.⁷⁶ Den Verweis auf die neuere IStGH-Rechtsprechung als Indikator einer möglichen Divergenz im völkergewohnheitsrechtlichen Konzept der Befehlshabergewalt lehnte der Vorverfahrensrichter ebenfalls ab. Schließlich sei diese Rechtsprechung nicht maßgeblich für die völkergewohnheitsrechtliche Einordnung dieser Tatmodalität, da das IStGH-Statut keine Kodifizierung völkergewohnheitsrechtlicher Normen darstelle, sondern ein zwischenstaatlicher Vertrag sei.⁷⁷ Gegen diesen Teil der Entscheidung wurde kein Rechtsmittel eingeleitet.

VI. Schlussbemerkung

Die KSC wurden durch das SPO erst im Jahr 2020 mit Anklagen befasst. Seitdem haben sie eine Reihe von wichtigen Entscheidungen zu ihrer Zuständigkeit sowie zum Völkergewohnheitsrecht erlassen. Ebenfalls haben die KSC ihre Verfahren zügig vorangetrieben und bereits zwei Verfahren rechtskräftig abgeschlossen. Die Zunahme der Anklagen wegen Straftaten gegen die Rechtspflege bestätigt die Sorge, dass Verfahren gegen hochrangige Persönlichkeiten des Kosovos wegen mutmaßlicher Verbrechen während des bewaffneten Konflikts im Kosovo nicht vor originär kosovarischen Gerichten und im Kosovo durchgeführt werden können. Trotz der Verabschiedung der verfassungsgebenden Normen durch das kosovarische Parlament im Jahr 2015 gemäß der Vereinbarung mit der EU operieren die KSC in einem politisch feindseligen Umfeld. So hat der Parlamentspräsident

KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 73, 210.

⁷⁴ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 22.7.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 211.

⁷⁵ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 22.7.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 211 i.V.m. 177.

⁷⁶ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 22.7.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 212.

⁷⁷ KSC (Pre-Trial Judge), Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers v. 22.7.2021 – KSC-BC-2020-06 (Thaçi, Veseli, Selimi, Krasniqi), Rn. 212 i.V.m. 187.

noch im Juni 2022 gefordert, dass die KSC unter „Aufsicht“ kosovarischer Institutionen gestellt werden müssen.⁷⁸ Die Übertragung der Rechtsprechungs- und exekutiven Befugnisse an die KSC und das SPO, die diese ermächtigen, unabhängig von den kosovarischen Behörden und Institutionen zu arbeiten, erscheint in einem solchem Umfeld zwingend, um sichere und unabhängige Verfahren zu gewährleisten.

⁷⁸ KosovaPress 2022, abrufbar unter <https://kosovapress.com/eng/konjufca-the-absolutist-special-court-needs-a-control-mechanism/> (14.1.2024).

Von Klaus Hoffmann, Freiburg i.Br.*

Seit Beginn der russischen Invasion in die Ukraine am 24. Februar 2022 wurde die internationale Gemeinschaft verstärkt aktiv, um die ukrainischen Ermittlungs- und Justizbehörden zu unterstützen. Die Ermittlung und Verfolgung von Völkerstraftaten in einem laufenden Angriffskrieg stellen alle Beteiligten vor große Herausforderungen. Der Beitrag berichtet von der Arbeit internationaler Experten und benennt einige der Schwerpunkte dieser Arbeit sowie die damit verbundenen besonderen Herausforderungen.

I. Atrocity Crimes Advisory Group

Mitte Mai 2022 wurde eine internationale Beratergruppe, die sogenannte Atrocity Crimes Advisory Group (ACA)¹, auf einen Hilferuf der damaligen ukrainischen Generalstaatsanwältin durch die USA ins Leben gerufen und kurz danach auch durch die EU und Großbritannien unterstützt. Teil der ACA-Gruppe sind zwei EU-Projekte (PravoJustice² und die EU Advisory Mission [EUAM]³), zwei Non-Governmental Organisations (NGOs)⁴ sowie ein Team der Georgetown University⁵. Das US State Department hat der Georgetown University allein im ersten Jahr für diese Tätigkeit 10 Mio. US-Dollar zur Verfügung gestellt. Der Kernauftrag der ACA-Gruppe besteht in der Beratung und Unterstützung der ukrainischen Generalstaatsanwaltschaft bei der Ermittlung und Verfolgung von Völkerstraftaten. Während sich das Team der Georgetown University, dem auch der *Verf.* angehört, dabei bislang auf die ukrainische Generalstaatsanwaltschaft konzentriert, unterstützen die anderen ACA-Partner auch die Polizeibehörden. In einem gewissen Umfang findet mittlerweile auch ein Austausch mit der Richterschaft und der Anwaltsvereinigung statt.

* Klaus Hoffmann ist Oberstaatsanwalt in Freiburg i. Brsg. und von seiner dortigen Tätigkeit seit Mitte Mai 2022 für die Arbeit in der ACA-Gruppe in der Ukraine freigestellt. Bei dem Beitrag handelt es sich um die (ergänzte) schriftliche Fassung eines Vortrages, den der *Verf.* im Mai 2022 bei der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht in Den Haag gehalten hat.

¹ Für weitere Informationen siehe <https://www.state.gov/ukraine-advisory-group-aca/> (31.12.2023).

² Für weitere Informationen siehe <https://www.pravojustice.eu/en> (31.12.2023).

³ Für weitere Informationen siehe <https://www.euam-ukraine.eu/> (31.12.2023).

⁴ Für weitere Informationen siehe <https://globalrightscompliance.com/> (31.12.2023) und

<https://www.idlo.int/where-we-work/eastern-europe-and-central-asia/ukraine> (31.12.2023).

⁵ Für weitere Informationen siehe <https://www.law.georgetown.edu/news/georgetown-law-center-on-national-security-to-support-war-crimes-investigations-in-ukraine/> (31.12.2023).

II. Ukrainisches Strafrecht

Rechtsgrundlage der Verfolgung der Verbrechen bildet das ukrainische Strafrecht. Das ukrainische Strafgesetzbuch (Ukrainian Criminal Code [UCC])⁶ enthält spezifische Straftatbestände des Völkermordes (Art. 442), der Aggression (Art. 437) und der Kriegsverbrechen (Art. 438). Während Art. 442 UCC sich nahe am Text der Völkermordkonvention orientiert, ist das Verbrechen der Aggression sehr weit gefasst und enthält – abweichend etwa von der Bestimmung in § 13 VStGB – keine ausdrückliche Beschränkung auf der Täterseite (leadership element). Art. 438 UCC, der Straftatbestand der Kriegsverbrechen, trifft eine sehr allgemeine Bestimmung, die auf Verstöße gegen internationales humanitäres Völkerrecht verweist und nur einige wenige Kriegsverbrechen ausdrücklich aufzählt. Ein Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit findet sich im ukrainischen Strafrecht nicht; ebenso wenig findet sich eine allgemeine Regelung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit. Weitere, im vorliegenden Kontext einschlägige Normen beziehen sich u.a. auf Propaganda für Krieg und Aggression (Art. 436 UCC), auf Massenvernichtungswaffen (Art. 439 und 440 UCC) sowie auf Umweltstraftaten (Art. 441 UCC, „Ecocide“).

III. Beratung und Zusammenarbeit mit der ukrainischen Staatsanwaltschaft

Die Zusammenarbeit zwischen der ACA-Gruppe und der ukrainischen Generalstaatsanwaltschaft ist inzwischen in verschiedene thematische Arbeitsgruppen (u.a. zum Verbrechen der Aggression, des Genozids, Sexualstraftaten, Angriffe auf die zivile Infrastruktur, Deportation von Kindern) eingeteilt sowie nach regionalen Schwerpunkten organisiert. Teil der praktischen Tätigkeit sind mehrtägige Besuche in Charkiw, Dnipro und anderen Städten vor allem im Süden und Osten des Landes, um sich vor Ort mit Staatsanwälten auszutauschen und diese bei ihrer Tätigkeit an konkreten Fällen zu unterstützen.

Die Arbeit der internationalen Beraterinnen und Berater umfasst das Erstellen von Fallstudien, verschiedene Fortbildungsangebote (im Inland sowie zahlreiche Studienbesuche in Drittländern), juristische Unterstützung bei der Analyse allgemeiner Probleme, aber auch bei der konkreten Fallarbeit. Daneben hat die ACA-Gruppe maßgeblich dazu beigetragen, dass die Generalstaatsanwaltschaft nunmehr eine Sondereinheit zu Sexualverbrechen („conflict related sexual violence“) sowie eine eigene Abteilung zur Unterstützung und Begleitung von Zeugen und insbesondere Opfern eingerichtet hat.

⁶ Im Einzelnen <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/2341-14?lang=uk#Text> (31.12.2023).

IV. Herausforderungen der Justiz in einem laufenden Krieg

Die Herausforderungen für die ukrainische Justiz sind enorm. Da ist zum einen die Masse der Verfahren⁷ und auch die Masse der bereits erhobenen Beweise und Informationen. Allein die Erkenntnisse und Beweise aus öffentlichen Quellen inkl. sozialer Medien würde jedes nationale System an seine Grenzen bringen. Daneben müssen sich Richter, Verteidiger und Staatsanwälte im ganzen Land rasch mit den Grundlagen des Völkerstrafrechts vertraut machen; denn bereits mehrere hundert solcher Verfahren sind bei den Gerichten anhängig, zahlreiche Urteile bereits gesprochen. Aufgrund verschiedener Reformen im Bereich der Justiz kommt es derzeit aber noch zu einem Rückstau bei der Einstellung von Richtern – in der Ukraine sind aktuell rund 2.000 Richterstellen unbesetzt. Entsprechend groß ist die Arbeitsbelastung der einzelnen Richter. Der Direktor des Bezirksgerichts in Irpin (außerhalb von Kiew) hat von rund 1.500 Verfahren pro Richter berichtet. Eine erhebliche zusätzliche Belastung insbesondere für die Justiz im Osten und Süden des Landes stellen die täglichen Angriffe der russischen Armee dar. Zahlreiche Gebäude sind zerstört oder beschädigt, häufiger Luftalarm verhindert effiziente Verfahren oder die rechtzeitige Anreise aller Verfahrensbeteiligten. Trotzdem ist zu beobachten, dass Staatsanwälte und Richter sich mit einem hohen Einsatz für Recht und Gerechtigkeit einsetzen, sich umfangreich fortbilden und die Fälle vorantreiben, soweit dies die Umstände erlauben.

Um der Masse der Verfahren Herr zu werden, hat die ACA-Gruppe mit der Generalstaatsanwaltschaft an einer Strategie für die nächsten Jahre gearbeitet und ist nun dabei, gemeinsam Kriterien für Prioritäten zu entwickeln. Die begrenzten Ressourcen sollen bestmöglich eingesetzt werden. Besonderer Bedeutung kommt der militärischen Analyse zu. Hierzu wurde schon im letzten Jahr eine eigene Arbeitsgruppe aus ukrainischen Staatsanwälten und Militäranalysten gebildet („interagency working group“ [IWG]). Die Gruppe wird durch internationale Experten beraten und unterstützt. Die Mitglieder der IWG untersuchen Tatorte nach Raketenangriffen, ermitteln Waffen- und Raketensysteme, bestimmen die ungefähre Abschussstelle und tragen Informationen und Erkenntnisse zu den mutmaßlich verantwortlichen Einheiten sowie deren Kommandostruktur zusammen.

V. Internationale Kooperation und Koordination

Eine weitere Herausforderung besteht darin, dass zahlreiche verschiedene internationale Akteure in der Ukraine aktiv sind. Das ist einerseits zu begrüßen und eine große Hilfe für die Ukraine. Zugleich braucht es aber größere Anstrengungen, um die Maßnahmen der vielen staatlichen und nicht-staatlichen Akteure zu koordinieren und eine stärkere Kooperation zu erreichen und zugleich Überschneidungen zu ver-

⁷ Aktuelle Zahlen zu den erfassten Ermittlungen werden von der ukrainischen GenStA auf deren Homepage veröffentlicht, abrufbar unter <https://www.gp.gov.ua/> (31.12.2023).

meiden. Das gilt in besonderem Maße für die Aus- und Fortbildung der Verfahrensbeteiligten.

VI. Strafrechtliche und strafprozessuale Herausforderungen

Welches sind nun die derzeit drängendsten Themen? Hierzu zählt sicher die ausstehende Ratifizierung und Umsetzung des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes in nationales Recht (primär eine politische Frage) sowie das mit der bisherigen Nichtumsetzung verbundene Fehlen von Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit und von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im ukrainischen Strafrecht.

Einige der rechtlichen Fragen betreffen u.a. die rechtliche Qualifikation der „Umerziehung der Kinder und Jugendlichen“ in den besetzten Gebieten,⁸ die strafrechtliche Zuordnung der Taten der Wagner-Gruppe und die Auslegung und Anwendung des Tatbestandes des Aggressionsverbrechens (international wie auch nach Art. 437 UCC). Mehrere ukrainische Staatsanwälte kümmern sich derzeit intensiv um die Analyse der jahrelangen und aktuellen Propaganda und ihre rechtliche Beurteilung, sei es als Aufruf zum Genozid oder als möglichen Beitrag zum Verbrechen der Aggression.

Die ukrainische Justiz hat bereits zahlreiche Anklagen wegen Kriegsverbrechen erhoben. Die meisten Verfahren finden allerdings in Abwesenheit der Angeklagten statt. Hieraus ergeben sich zahlreiche praktische Probleme, etwa im Hinblick auf die Benachrichtigung der Angeklagten und die Wahrung ihrer Verfahrensrechte. Kritik an diesen „trials in absentia“ gibt es seitens vieler NGOs, von Verteidigern und auch aus den Reihen der Justiz selbst. Eine Arbeitsgruppe aus Richtern und Parlamentariern versucht, notwendige Anpassungen der ukrainischen Strafprozessordnung zu erreichen. Ganz generell ist die Stärkung der Verteidigung eine wichtige Aufgabe. Zwar werden den Angeklagten Verteidiger über das „Office for free legal aid“⁹ zur Seite gestellt. Aber viele Verteidiger sind weder hinreichend ausgebildet noch besonders motiviert (was angesichts der täglichen Angriffe durch die russische Armee menschlich nachvollziehbar ist). Zudem stehen diese Verteidiger stark unter öffentlichem Druck und haben meist auch keine Möglichkeit, mit den abwesenden Angeklagten Kontakt aufzunehmen.

VII. Strafgerichtshof und internationale Zusammenarbeit

Nur kurz erwähnt seien die Bemühungen um internationale Zusammenarbeit und die Arbeiten internationaler Gerichte. Besondere Aufmerksamkeit hat hier im Frühjahr die Veröffentlichung der Haftbefehle des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) gegen Putin und seine „Kinderrechtsbeauftragte“ erfahren. Der IStGH unterhält mittlerweile ein eigenes Büro und ein eigenes Team in der Ukraine; es findet eine

⁸ Näheres hierzu in einer interessanten Analyse einer ukrainischen NGO, vgl. insbesondere S. 77 ff., abrufbar unter <https://almenda.org/wp-content/uploads/2023/02/Study-School-education-a-hidden-weapon-of-the-Russian-Federation-against-Ukraine.pdf> (31.12.2023).

⁹ Vgl. hierzu die offizielle Seite im Internet, abrufbar unter <https://legalaid.gov.ua/> (31.12.2023).

enge Absprache und Kooperation zwischen der Haager Anklagebehörde und der ukrainischen Generalstaatsanwaltschaft statt.

Daneben laufen die (primär) politischen Bemühungen weiter, ein internationales Sondertribunal für Aggression zu schaffen. Hierzu wurde im Sommer 2023 ein eigenes Zentrum zur Verfolgung des Verbrechens der Aggression eingerichtet.¹⁰ Ein umfangreicher und schneller Austausch von Informationen und Beweismitteln soll durch die Gemeinsame Ermittlungsgruppe (Joint Investigation Team [JIT])¹¹ zwischen der Ukraine und sechs weiteren Staaten¹² erreicht werden. Weitere Staaten, darunter die USA, haben Mitarbeiter nach Den Haag entsandt, um dort mit dem JIT zusammenzuarbeiten. Deutschland beteiligt sich bislang nicht am JIT; Generalbundesanwalt und Bundeskriminalamt stehen aber in engem Austausch mit den ukrainischen Behörden.

Zuletzt sei erwähnt, dass seitens der Ukraine ein sehr großes Interesse besteht, dass andere Staaten Verfahren wegen Völkerstraftaten auf Grundlage eigener Zuständigkeit oder des Weltrechtsprinzips übernehmen. Der Generalbundesanwalt, der schon seit längerem Strukturermittlungen zu Völkerstraftaten in der Ukraine führt, hat zuletzt offiziell ein Ermittlungsverfahren gegen konkrete Beschuldigte im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen in einem Vorort von Kiew eingeleitet.¹³ Daneben hat die „Clooney Foundation for Justice“ weitere Fälle zusammengetragen und dem Generalbundesanwalt zur Prüfung der Einleitung weiterer Verfahren vorgelegt.¹⁴

¹⁰ International Center for the Prosecution of the Crime of Aggression (ICPA), abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/international-centre-for-the-prosecution-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine> (31.12.2023).

¹¹ Für weitere Informationen siehe <https://www.eurojust.europa.eu/joint-investigation-team-alleged-crimes-committed-ukraine> (31.12.2023).

¹² Dies sind die drei baltischen Staaten Polen, die Slowakei und Rumänien.

¹³ SZ v. 27.9.2023, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-bundesanwaltschaft-prueft-kriegsverbrechen-in-ukraine-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230927-99-349666> (31.12.2023).

¹⁴ Clooney Foundation for Justice v. 26.10.2023, abrufbar unter <https://cfj.org/news/cfj-files-cases-in-germany-against-russian-commanders-for-crimes-committed-in-ukraine/> (31.12.2023).

Warum Strafen? Zum Sinn der Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen

Von Prof. Dr. Carsten Stahn, Leiden und Belfast*

Der „Kampf gegen die Strafflosigkeit“ ist ein Schlagwort im Völkerstrafrecht, das oft unreflektiert gebraucht wird. Es ähnelt einem Werbeslogan, der die grundsätzlichen Probleme des Sinns von Strafe ausblendet. Die existierenden Strafsätze internationaler und hybrider Gerichte weisen relativ wenig Kreativität auf. Dieser Beitrag setzt sich für ein differenziertes und holistisches Strafverständnis ein. Er plädiert für ein kommunikatives und relationales Strafverständnis, das wichtige Impulse von neuen Ansätzen in Friedensprozessen gewinnen kann. Er zeigt Möglichkeiten und Schwächen anhand von drei Beispielen auf: guilty pleas, die Dualität von Täter- und Opferrolle, und Verfahren zur Wahrheitsfindung. Er setzt sich für eine Weiterentwicklung des Strafvollstreckungs- und -vollzugsrechts im Völkerstrafrecht ein.

The „fight against impunity“ is a catchphrase in international criminal justice which is often used without reflection. It bears synergies with a marketing slogan, which silences the more fundamental problems relating to the purpose of punishment. The existing penal practices of international and hybrid courts show limited creativity. This article advocates a differentiated and holistic understanding of punishment. It argues in favor of a communicative and relational understanding of punishment, which can gain important impulses from new approaches in peace processes. It demonstrates possibilities and weaknesses, based on three examples: guilty pleas, the duality of the roles of perpetrator and victim, and procedures for establishing the truth. It pleads for a development of the law on the enforcement and modalities of sentences in international criminal justice.

I. Zur Strafkultur im Völkerstrafrecht

Warum strafen wir eigentlich? Im nationalen Strafrecht haben wir eine reiche Tradition von Strafbegründungstheorien.¹ Im Völkerstrafrecht ist der Aufruf, Strafflosigkeit zu beenden („No Impunity“), fast zu einem unwiderruflichen Axiom mutiert. Der Appell wird immer wieder fast gebetsmühlenartig als Grundlage zur Rechtfertigung der Ausübung von Strafjustiz ins Feld geführt. Doch die grundsätzliche Frage,

welche Funktion Strafe erfüllt und wie Strafe verstanden werden soll, wird dabei oft ausgeblendet.²

In der Praxis der internationalen und hybriden Gerichte ist Strafe in einem gewissen Sine zu einem systemimmanenten Ritual (*Durkheim*)³ geworden, das selten kritisch hinterfragt wird. Im Strafspruch werden die verschiedenen Strafzwecktheorien oft als Bündel im Rahmen der Vereinigungslehre angeführt. Ihre Relevanz für die Strafzumessung oder Form der Strafe wird selten ausführlich begründet.⁴ Der Sinn des Strafens wird oft als gegeben angesehen.

Generell weist die Strafkultur im Völkerstrafrecht einige Besonderheiten auf. Obwohl die Rolle von Opfern im Strafverfahren zunehmend an Bedeutung gewonnen hat, sind die Formen und Festsetzung der Strafe nach wie vorwiegend täterorientiert. Im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) bemisst sich Strafe nach der Schwere des Verbrechens und den persönlichen Verhältnissen des Verurteilten.⁵ Wie bedeutsam Formen der Strafe für Opfer sind, hat sekundäre Bedeutung.

Der Strafkatalog ist beschränkt und ausgerichtet auf Freiheitsstrafe (Haft) oder Geldstrafe. Obwohl Strafmilderungen, Jugendstrafen, Alternativen zur Haftstrafe (z.B. Hausarrest, andere Arten der Freiheitsbeschränkung, Ausschluss von politischen Ämtern, gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung) oder besondere Formen des Strafvollzugs in vielen Konfliktsituationen Anwendung finden, haben sie auf internationaler Ebene relativ wenig Aufmerksamkeit erfahren.⁶ Dies hat den Vorwurf begründet, das Völkerstrafrecht wende herkömmliche Formen der Strafe auf außergewöhnliche Verbrechen an.⁷ Aus kriminologischer Perspektive ist dieser Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen. Eine Reduzie-

* Der Verf. ist Professor für International Criminal Law and Global Justice, Leiden Law School und Queen's University Belfast. Der Beitrag ist eine überarbeitete Fassung des Vortrags bei der Tagung des Arbeitskreises am 13.5.2023 in Den Haag.

¹ Siehe *Duff*, Punishment, Communication and Community, 2001; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 15 f.; *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017; v. *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), Strafe – Warum?, Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009.

² Zu den theoretischen Grundlagen, siehe *Jeßberger/Geneuss* (Hrsg.), Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?, Purposes of Punishment in International Criminal Law, 2019; *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, 2015; *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; *Reuss*, Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts, 2012.

³ Nach *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 2012, liegt die Funktion der Strafe im ritualisierten Ausdruck sozialer Werte, welcher das kollektive Vertrauen in die Integrität und Kraft der moralischen Ordnung wiederherstellt. Danach richtet sich die soziale Funktion von Strafe weniger an den einzelnen Täter als an die Öffentlichkeit, deren Werte durch die Handlungen des Täters untergraben werden; vgl. auch *Garland*, Crime and Justice 14 (1991), 115.

⁴ Zur deutschen Praxis, siehe *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch, 2017.

⁵ Art. 78 des IStGH-Statuts; vgl. *D'Ascoli*, Sentencing in International Criminal Law, 2011.

⁶ *Drumbl*, in: *Mulgrew/Abels* (Hrsg.), Research Handbook on the International Penal System, 2016, S. 383–404.

⁷ *Harmon/Gaynor*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 683.

rung der Idee der Strafe auf die Sanktion allein wird den Eigenheiten des Gebietes nicht gerecht. Für manche ist eine Haftstrafe unter westlichen Bedingungen nicht unbedingt eine „harte“ Strafe, sondern fast ein Privileg. In Ruanda wurde der Zugang von Tätern zu einer HIV-Behandlung im Rahmen internationaler Strafverfahren fast als wiederholte Form der Viktimisierung seitens der Opfer sexueller Gewalt empfunden, denen ein solches Privileg vorbehalten blieb.⁸ Die Konzentrierung auf Haftvollzug in westlichen Haftanstalten verschärft die postkoloniale Skepsis gegenüber dem Völkerstrafrecht als vorwiegend westliche oder hegemoniale Institution.⁹ Die kritische Frage, inwieweit die Freiheitsstrafe als Institution neue Formen der Unterdrückung, Ausbeutung oder Gewalt (Foucault) reproduziert¹⁰, wird aufgrund des Stigmas der Völkerrechtsverbrechen und der teils heroisierten anti-impunity Agenda¹¹ selten problematisiert.

Kein Gericht hat Opfern einen Anspruch auf Strafe oder gar ein Recht auf Vergeltung (Schuldausgleich) zugestanden. Strafe bleibt ein hoheitliches Privileg. Opfer haben Teilnahmerechte im Verfahren,¹² auch bei der Bemessung des Strafmaßes, aber relativ wenig Einfluss auf die Strafvollstreckung (das „Ob“) oder die Modalitäten des Strafvollzugs (das „Wie“), die im Wesentlichen vom Willen der vollzugswilligen Staaten abhängen.¹³

1. Die Grenzen traditioneller Strafzwecktheorien

Traditionelle Strafzwecktheorien stoßen an ihre Grenzen. Sowohl das Bild des normabweichenden Täters¹⁴, als auch das des unschuldigen Opfers¹⁵ sind oft ungenau. Die Strukturen der Kernverbrechen sprengen klassische Handlungsmodelle.¹⁶ Auf der Makroebene prägt die kollektive Natur der

Verbrechen das Tatbild.¹⁷ Der Einzelne handelt nicht immer nur als Individuum, sondern als Repräsentant eines größeren Kollektivs – dies erschwert die Bestimmung individueller Verantwortlichkeit und Strafe. Auf der Meso- und Mikroebene bestimmen soziale Prozesse und Organisationskulturen die Tathandlungen.¹⁸ In solchen Gruppenstrukturen wird Fehlverhalten oft normalisiert. Individuen passen sich den Rollenerwartungen der Gemeinschaft oder Gruppe an. Oft wird Verhalten, das für Außenstehende rechtswidrig ist, im direkten Umfeld als normal oder geboten empfunden. Die eigenen Handlungen werden so als gesellschafts- oder normkonformes Handeln rationalisiert.¹⁹

Diese Umstände erschweren das Replizieren klassischer Strafbegründungen.²⁰ Täterzentrierte Modelle der Abschreckung und Vergeltung sind im Rahmen kollektiver und struktureller Gewaltverbrechen oft schwerer zu begründen als in normalen Kontexten. Die abschreckende Wirkung wird über Pressemitteilungen, Twitter oder Bilder auf Instagram inszeniert. Doch der Nachweis, dass die Strenge oder der Tadel der Strafe²¹ eine Abschreckungswirkung hat, ist im Völkerstrafrecht aufgrund der Selektivität der Strafverfolgung noch schwieriger zu führen als im nationalen Strafrecht.²² Täter handeln aus Überzeugung, Ideologie oder Gruppendenken, bei dem die reine Möglichkeit der Strafe eine untergeordnete Rolle spielt. In manchen Situationen kann ein internationaler Haftbefehl die Popularität der Täter im direkten Umfeld sogar steigern. Man denke an nicht-staatliche Akteure, die dadurch an Bedeutung gewinnen oder sogar heroisiert werden. Der „Lock In“, der durch Haftbefehle entsteht, kann kurzfristig zur Intensivierung von Gewalt führen. *Frederic Mégret* hat dies den „anti-abschreckenden Effekt“ genannt.²³ Im besten Fall entsteht eine Art „soziale Abschreckung“²⁴, die empirisch schwer nachzuweisen ist.

Ein zentraler Kritikpunkt des vergeltenden Ansatzes bei internationalen Verbrechen ist die Unmöglichkeit, Verbrechen verhältnismäßig zu bestrafen. Eine Strafe, die dem Schaden entspricht, den Täter Hunderten oder vielleicht Tausenden von Opfern zufügen, würde das Strafmaß sprengen. Jede Strafe ist unzureichend. Die Schwere der angemessenen Strafe würde gegen die liberale Grundorientierung des Strafprozesses verstoßen. Im Rahmen der Verhandlungen des IStGH-Statuts war umstritten, ob die lebenslange Haft gegen

⁸ *De Brouwer*, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence*, 2005, S. 393.

⁹ Jeßberger/Steinl/Mehta (Hrsg.), *International Criminal Law – A Counter-Hegemonic Project?*, 2022.

¹⁰ *Foucault*, *Überwachen und Strafen, Die Geburt des Gefängnisses*, 1976; *Mathiesen*, *The politics of abolition*, 1974; zur feministischen Kritik siehe *Knopp*, *Peace Review* 6 (1994), 203.

¹¹ *Lohne*, *Theoretical Criminology* 24 (2020), 145.

¹² *Stahn*, *Critical Introduction to International Criminal Law*, 2019, S. 301–314.

¹³ Dazu generell *Mulgrew*, *Towards the Development of the International Penal System*, 2013; *Rochner*, *Strafvollstreckung und Strafvollzug im internationalen Recht*, 2014; *Knauer*, *Völkerstrafvollzug in Deutschland*, 2021.

¹⁴ Aus Täterperspektive werden Taten oft als Handlungen verstanden, die mit den Verhaltenserwartungen des Kollektivs in Einklang stehen, siehe *Mohamed*, *Yale Law Journal*, 124 (2015), 1628.

¹⁵ In Anlehnung an Niels Christie, *Schwöbel-Patel*, *European Journal of International Law* 29 (2018), 703.

¹⁶ *Drumbl*, *Atrocity, Punishment, and International Law*, 2007.

¹⁷ Siehe generell *Jäger*, *Makrokriminalität*, 1989; *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 251 ff.

¹⁸ *Werkmeister*, in: Jeßberger/Geneuss (Fn. 2), S. 228–256.

¹⁹ *Smeulers*, *Perpetrators of Mass Atrocities Terribly and Terrifyingly Normal?*, 2024; *Neubacher*, *ZIS* 2015, 485 (489).

²⁰ *Sliedregt*, in: Jeßberger/Geneuss (Fn. 2), S. 81–102.

²¹ v. *Hirsch*, *Censure and Sanctions*, 1996.

²² *Van der Wilt*, in: Jeßberger/Geneuss (Fn. 2), S. 305–322.

²³ *Mégret*, *Journal of International Criminal Justice* 19 (2021), 859.

²⁴ *Jo/Simmons*, *International Organization* 70 (2016), 443; *Dancy*, *International Criminal Law Review* 17 (2017), 625.

die Menschenwürde verstößt.²⁵ Einige gehen sogar noch einen Schritt weiter, und vertreten den Ansatz, eine vergeltende Strafe sei keine angemessene Antwort auf internationale Verbrechen, da sie zusätzliches Leid zufüge und keineswegs Gleichheit zwischen Opfern und Tätern wiederherstelle.²⁶

Ein weiterer Schwachpunkt herkömmlicher Strafansätze ist die Schwierigkeit, die Grundursachen der Gewalt durch konventionell konzipierte Gefängnisstrafen zu erfassen. Dies erschwert den Nachweis, Strafe sei für sich genommen geeignet, Straftäter abzuschrecken oder künftige Straftaten zu verhindern.²⁷

Dementsprechend haben kommunikative und präventive Ansätze an Bedeutung gewonnen.²⁸ Danach dient Strafe der Wiederherstellung des Rechtsbewusstseins, der Stärkung des Vertrauens der Gesellschaft in Rechtsstaatlichkeit und Normen oder der Verhütung künftiger Straftaten durch rechtliche Wahrheitsfindung, Kommunikation an zukünftige Täter oder der Mobilisierung von Widerstand gegenüber Kriminalität.²⁹ Strafe ist nicht nur ein öffentlicher Ausspruch von Tadel³⁰, der Stigmatisierung beinhaltet, oder ein selbst-referenzieller Akt, durch den die internationale Gemeinschaft sich zu ihren eigenen Werten bekennt, sondern ein kommunikativer Akt: Der Täter wird als rationales Subjekt behandelt, der durch die Strafe zur Konfrontation mit der eigenen Tat oder der Auseinandersetzung mit Opferperspektiven angeregt wird.³¹ Strafe ist ein Kommunizieren statt Entfremden.

Wenn strafrechtliche Sanktion allein nicht dazu imstande ist, die Ziele der verschiedenen Strafzwecktheorien zu erfüllen, ist es plausibler, ein umfassenderes Strafverständnis im Völkerstrafrecht anzuwenden, welches das Strafverfahren selbst als Teil des Strafens ansieht. Entscheidend ist also nicht nur die Sanktion selbst, sondern die Rechenschafts- und Ausdrucksfunktion des Verfahrens als Ganzes, einschließlich des Urteils. Die Öffentlichkeit und auch die Aufmerksamkeit des Verfahrens spielen eine besondere Rolle. Die soziale Verurteilung und Behauptung der Gültigkeit der Norm zieht sich durch die verschiedenen Phasen des Strafverfahrens. Wird der Täter für schuldig befunden, so wird mit der Verur-

teilung selbst die Verantwortung des Täters ausgesprochen. Die Strafe ist nur die letzte Phase in einem umfassenderen Prozess.

Der Vorteil kommunikativer und präventiver Straf begründungen ist, dass es ihnen leichter fällt, die Unzulänglichkeit strafrechtlicher Sanktion anzuerkennen und Formen von Strafe zu legitimieren, die über den Freiheitsentzug hinausgehen und auch alternative Strafen umfassen, wenn sie im Rahmen eines kommunikativen Prozesses verhängt werden, der strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter gegenüber der Gesellschaft und Opfer zum Ausdruck bringt und Wiedergutmachung beinhaltet.³²

Dies ist nicht gänzlich neu. *Claus Roxin* hat bereits in den 90er Jahren die Anerkennung von Wiedergutmachung als „dritte Spur“ im zweispurigen System von Strafen und Maßregeln gefordert³³ und damit die Wiederannäherung von straf- und zivilrechtlicher Sanktion gefordert. Der eigenständige Gehalt von Wiedergutmachung als Form von Sanktion beruht auf der Tatsache, dass der Straftäter selbst aktiv an der Wiederherstellung des sozialen Friedens mitwirken muss, indem er den angerichteten Schaden durch positive Handlungen und im Einvernehmen mit dem Opfer wiedergutmacht. Wiedergutmachung dem Opfer gegenüber kann ein „funktionelles Äquivalent zur Strafe“ werden, wenn die Schuld des Täters von einem Gericht geprüft und festgestellt wird.

2. Relationales Modell: Der Friedensprozess in Kolumbien

Der Friedensprozess in Kolumbien ist wohl das anschaulichste Modell, welches anerkennt, dass die Länge der Strafe nicht entscheidend ist, sondern gegenüber anderen Sanktionen zurücktreten kann, wenn diese besser geeignet sind, Unrecht zu ahnden, den Rechten der Opfer Rechnung zu tragen und die präventiven Ziele des Strafrechts zu fördern.³⁴ Es stellt die Wiedergutmachung des angerichteten Schadens, die Resozialisierung des Täters und die Wiederherstellung des sozialen Gefüges in den Vordergrund, und akzeptiert letztlich, dass alternative Strafen im Falle eines rechtstaatlichen Verfahrens eine angemessene Strafe für internationale Verbrechen sein können. Dieses umfassendere Verständnis von strafrechtlicher Verantwortlichkeit entfernt sich von traditionellen Modellen der Vergeltung oder Abschreckung, eröffnet aber eine unmittelbare, und oft greifbarere Form der Verantwortlichkeit gegenüber Opfern und betroffenen Gemeinschaften. Es ist ein relationales Modell von Strafe.³⁵ Es legt den Schwerpunkt auf den (Wieder-)Aufbau von sozialen Beziehungen durch die sinnvolle Auseinandersetzung mit Opfern und der Gemeinschaft. Wie *Beatriz E. Mayans-Hermida* und *Barbora Holá* herausgearbeitet haben, hat dieser Ansatz vier Hauptelemente:

²⁵ *Schabas*, *The International Criminal Court*, 2017, S. 1157; siehe auch *Van Zyl Smit/Appleton*, *Life Imprisonment and Human Rights*, 2016.

²⁶ *Murphy*, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, 2017, S. 84–96.

²⁷ Zur Kritik der Ansprüche, die realistischerweise an das Völkerstrafrecht gestellt werden können, siehe *Stahn*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 251.

²⁸ *Stahn*, *Justice as Message*, 2020, S. 40; *Sloane*, *Stanford Journal of International Law* 43 (2007), 39; *Sander*, *Leiden Journal of International Law* 32 (2019), 851; *Demko*, in: *Jeßberger/Geneuss* (Fn. 2), S. 176–195.

²⁹ *Günther*, in: *Jeßberger/Geneuss* (Fn. 2), S. 213–227.

³⁰ *Hörnle/v. Hirsch*, GA 1995, 261.

³¹ Nach hegelianischer Perspektive wird der Täter durch die Strafe als Subjekt mit Willen und Entschlusskraft gewürdigt und als Bürger anerkannt. *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100.

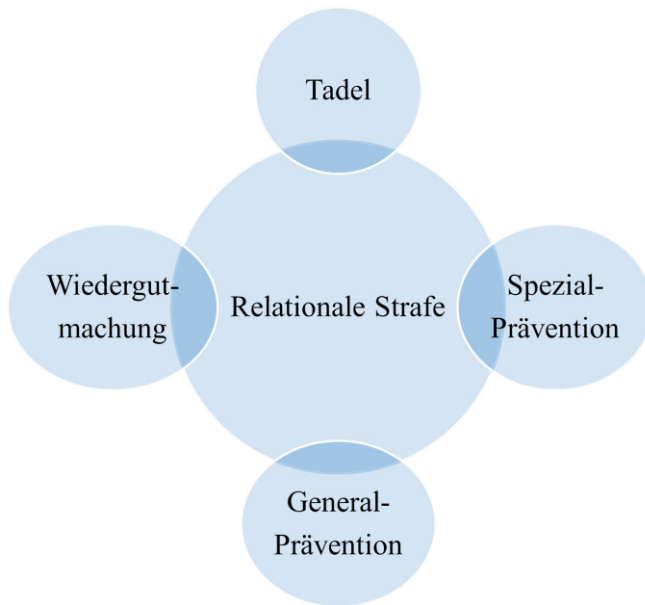
³² *Stahn* (Fn. 28), S. 328–357.

³³ *Roxin*, in: *Gössel/Triffterer* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S. 135–151.

³⁴ *Mayans-Hermida/Holá*, *Oxford Journal of Legal Studies* 43 (2023), 1.

³⁵ *Stahn*, in: *Blokker/Dam-de Jong/Prislan* (Hrsg.), *Liber Amicorum Nico Schrijver*, 2021, S. 410–413.

- Er drückt die Verurteilung des begangenen Verbrechens aus durch Anerkennung der Schuld und Auferlegung der Sanktion,
- er begrenzt die Gefahr des Wiederaufbrechens von Gewalt durch die Resozialisierung des Täters,
- er stärkt das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit und die Anerkennung der Opfer,
- und er begünstigt die Wiedergutmachung des den Opfern zugefügten Schadens und die (Wieder-)Herstellung von Beziehungen.³⁶



Wer Rechenschaft über die „schwersten Taten“ ablegt, wird mit Sanktionen zwischen fünf und acht Jahren belegt, während diejenigen, die nicht an schwersten Straftaten „maßgebend beteiligt“ sind, eine Freiheitsstrafe von zwei bis fünf Jahren droht.

Das Neue an dem Modell ist, dass es eine differenzierte Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Strafe erlaubt. Die Sanktion bemisst sich 1. nach dem Beitrag des Täters zur Wahrheitsfindung und dem Stadium, in dem der Beitrag geleistet wurde, 2. der Schwere des Tatvorwurfs, 3. dem Grad der Beteiligung und der Verantwortung des Täters, inklusive strafmildernder/erschwerender Umstände und 4. den Maßnahmen der Wiedergutmachung.

II. Der Umgang mit neuen Ansätzen: Drei Beispiele

Im Völkerstrafrecht stehen wir an einem Scheidepunkt, wie man mit diesen neuen Ansätzen umgeht. Auch internationale oder internationalisierte Gerichte können von diesem umfassenderen Verständnis von Strafe profitieren. Man sollte durchaus mehr Mut zu Kreativität zeigen. Im Folgenden werden die Möglichkeiten und Grenzen an drei Beispielen erläutert.

³⁶ *Mayans-Hermida/Holá*, Oxford Journal of Legal Studies 43 (2023), 1 (18).

1. Kommunikative Gestaltung von guilty pleas

Das erste Beispiel ist die kommunikative Gestaltung von guilty pleas.³⁷ In den ad hoc-Tribunalen wurde die Institution des guilty plea unter Anklägerin Carla De Pointe vorwiegend aus Gründen der Verfahrensökonomie und des Zeugenschutzes eingeführt, d.h. der Vermeidung von Retraumatisierung.³⁸ Das Statut des ICC beinhaltet zwar kein guilty plea-Verfahren als solches, regelt aber das Verfahren nach einem Geständnis in Art. 65 IStGH-Statut.³⁹ Insbesondere Art. 65 Abs. 4 IStGH-Statut ist eine Neuerung, denn er ermöglicht es, der Hauptverfahrenskammer eine vollständigere Tatsachendarstellung zu erheben⁴⁰, und den Ankläger zu ersuchen, zusätzliche Beweismittel, einschließlich Zeugenaussagen, beizubringen, wenn dies im Interesse der Gerechtigkeit, insbesondere im Interesse der Opfer, erforderlich ist.⁴⁰ Dies eröffnet neue Möglichkeiten, Strafe und Strafzumessung mehr im Sinne eines Dialogs zwischen Täter und Opfer zu gestalten.

Die Leitlinien der Staatsanwaltschaft zu Art. 65 des IStGH-Statuts⁴¹ skizzieren ein paternalistisches Verständnis der Erörterungen zwischen dem Ankläger und der Verteidigung. Sie gehen davon aus, dass eine Einigung über das Geständnis generell für die Opfer von Vorteil ist,⁴² räumen ihnen aber keine aktive Rolle ein.

Dies ist ganz anders im Verfahren der Special Jurisdiction for Peace (JEP) in Kolumbien. Dort wird das Geständnis als Akt der Anerkennung begriffen, der Täter rehumanisiert und den Opfern ein Gesicht und einen Namen gibt. Das Verfahren beinhaltet einen kommunikativen Ansatz, der Opfern Gelegenheit zu Beteiligung und Gestaltung der Vereinbarung über die Konsequenzen des Geständnisses ermöglicht. Dies erlaubt es, das Schuldeingeständnis nicht nur als einseitigen Akt zu begreifen, sondern es besser auf die Interessen der Opfer auszurichten, und ihm so besondere Geltung zu verleihen. Opfer können Fragen in Bezug auf Wiedergutmachung stellen. Das Geständnis ist somit nicht nur eine Verfahrens-

³⁷ *Combs*, Guilty Pleas in International Criminal Law, Constructing a Restorative Justice Approach, 2007.

³⁸ *Del Ponte*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 539 (545–546); vgl. auch *Clark*, European Journal of International Law 20 (2009), 415.

³⁹ In *Al Mahdi* hat die Hauptverfahrenskammer Art. 65 als „dritten Weg“ zwischen dem traditionellen Common Law und inquisitorischen Verfahren qualifiziert, siehe ICC (Trial Chamber), Urt. v. 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15ICC-01/05-01/08 (The Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 27.

⁴⁰ Art. 65 Abs. 4 IStGH-Statut. Zur Praxis, siehe *Omeri*, International Criminal Law Review 16 (2016), 480.

⁴¹ ICC, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt v. October 2020, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20201009-Guidelines-for-agreement-regarding-admission-of-guilt-eng.pdf> (27.1.2024).

⁴² Ebd., Rn. 25 („Ein Schuldeingeständnis eliminiert oder reduziert in der Regel die Notwendigkeit für Opfer und Zeugen, vor Gericht auszusagen, was eine traumatische Erfahrung sein kann.“ [Übersetzung]).

voraussetzung, die es dem Angeklagten ermöglicht, eine mildere Strafe zu erreichen, oder ein Mittel zur Beschleunigung des Verfahrens, sondern eine kommunikative Rechtsfigur, die den Interessen der Gerechtigkeit dient und eine aktive Konfrontation des Täters mit der Tat gegenüber den Opfern fordert. Obwohl die Praxis der JEP zeigt, dass Opferbeteiligung keine Garantie für wahrheitsgetreue Schuldeingeständnisse oder die Bezeugung von Reue bietet,⁴³ kann sie dennoch positiv dazu beitragen, die Gefahr konstruierter oder abstrakter Geständnisse einzudämmen, wie etwa im Fall des widerrufenen Eingeständnisses von Biljana Plavšić vor dem Jugoslawien-Tribunal.⁴⁴

2. Strafgestaltung beim Zusammenfallen von Täter- und Opferrolle – Ongwen

Das zweite Beispiel ist die Strafgestaltung beim Zusammenfallen von Täter- und Opferrolle, wie etwa im Ongwen-Verfahren. Hier hat die Hautverfahrenskammer anerkannt, dass Ongwens eigene Tatumstände, insbesondere seine Entführung als Kindersoldat, eine lebenslange Haft unverhältnismäßig machen.⁴⁵ Doch gerade hier stellt sich die Frage, wie Strafe sinnvoll gestaltet werden kann.⁴⁶

Das Ongwen-Verfahren hat die Grenzen des Rechtsrahmens aufgezeigt. Regel 145 der Verfahrens- und Beweisordnung stellt bei der Strafzumessung wesentlich auf die Umstände des Täters ab. Regel 223 erkennt die Aussicht auf die Resozialisierung und erfolgreiche Umsiedlung der verurteilten Person als Kriterien an, die bei der Überprüfung einer Herabsetzung des Strafmaßes nach Art. 110 des Statuts eine Rolle spielen.⁴⁷ Doch Gesichtspunkte, wie die erzieherische Wirkung von Strafe oder die Verhängung von Sanktionen, die eine sinnvolle Rehabilitation und Wiedereingliederung von Tätern fordern, finden in den bestehenden Bestimmungen zur Strafzumessung wenig Aufmerksamkeit. Zum Beispiel ist unklar, inwieweit Raum für die Integration traditioneller, nicht-westlicher Strafmodelle besteht (z.B. Reinigungsrituale) oder wie die Interessen der Gemeinschaft in Herkunftsländern besser eingebunden werden können.

Das Statut des Sondergerichtshofes für Sierra Leone bietet hier ein Gegenmodell.⁴⁸ Es enthielt einen ganzen Katalog von Bestimmungen, welcher besondere Strafen für jugendli-

che Kindersoldaten vorsah. Art. 7 des Statuts verweist explizit auf „Rehabilitierung“ und „Wiedereingliederung“ und die Bedeutung der „Annahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft“. Art. 15 Abs. 6 des Statuts stellt klar, dass die Anklagebehörde bei der „Verfolgung von jugendlichen Tätern“ zu gewährleisten hat, dass „Rehabilitierungsmaßnahmen von Kindern nicht gefährdet werden“ und es geboten sein kann, „auf andere Wahrheits- und Versöhnungsmechanismen auszuweichen, soweit solche vorhanden sind“. Art. 7 Abs. 2 enthält alternative Strafmodelle und Jugendstrafen: „Führungsaufsichts- und Beaufsichtigungsbeschlüsse“, „Beratungs-, Pflege-, Verbesserungs-, Erziehungs- und Berufsausbildungsprogramme anerkannter Schulen“ und, wenn angemessen, Programme über „Wiedereingliederung“ oder Programme von „Kinderschutzagenturen“.

In Bezug auf nicht-jugendliche Täter gibt es eine Reihe kreativer alternativer Strafmodelle, die im Fall des Zusammenfallens von Täter- und Opferrolle besondere Bedeutung erlangen können, wie z.B. offener Vollzug, gemeinschaftsorientierte Arbeit, Wiedergutmachung, spezielle therapeutische Behandlung oder eine schrittweise Vorbereitung auf die Entlassung.

Richterin Ibanez hat in ihrem teilweise abweichenden Votum in der Ongwen-Berufungsentscheidung ein dreigliedriges Strafmodell entwickelt, das Spielraum für restaurative Strafelemente lässt.⁴⁹ Sie plädiert für eine ganzheitliche und intersektionale Analyse bei der Festlegung der angemessenen Strafe. Sie stellt heraus, dass insbesondere der Strafzweck der positiven Generalprävention Maßnahmen zur Förderung von restaurativer Gerechtigkeit und Versöhnung erfordere.

Ihrer Ansicht nach sollte sich die Hauptverfahrenskammer zunächst auf die Person konzentrieren, die für schuldig befunden wurde, und den vergeltenden Zweck der Strafe berücksichtigen. Anschließend sollte die Spezialprävention in Erwägung gezogen werden, einschließlich der Resozialisierung der verurteilten Person.⁵⁰ Danach sollte die Kammer generalpräventive Funktionen der Strafe untersuchen, insbesondere Beiträge zur Förderung von restaurativer Gerechtigkeit und Versöhnung.⁵¹

Sie verweist ebenfalls auf das kommunikative und performative Element von Strafverfahren.⁵² Sie betont, das Verfahren sei auch ein Medium, um die Menschenrechtsverlet-

⁴³ In einigen ihrer Zeugenaussagen haben ehemalige FARC-Mitglieder unbestreitbare Fakten und ihre Tatbeteiligung geleugnet. Ein notorischer Fall ist die Leugnung von Kindesentführungen durch ehemalige FARC-Anführer.

⁴⁴ Kritisch dazu *Subotić*, *Southeastern Europe* 36 (1/2012), 39.

⁴⁵ Siehe ICC (Trial Chamber), Urt. v. 6.5.2021 – ICC-02/04-01/15-1819-Red (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 388.

⁴⁶ *Bowwknegt/Holà*, *Justiceinfo.net* v. 16.3.2020, abrufbar unter

<https://www.justiceinfo.net/en/44014-dominic-ongwen-icc-poster-and-problem-child.html> (18.12.2023).

⁴⁷ Zur Resozialisierung allgemein siehe *Burghardt/Epik*, *ZIS* 2019, 286.

⁴⁸ Siehe Statut des Sondergerichtshofes für Sierra Leone, *Humanitäres Völkerrecht* 2004, S. 47.

⁴⁹ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 15.12.2022 – ICC-02/04-01/15-2023 (The Prosecutor v. Ongwen), teilweise abweichende Meinung von Richterin Luz del Carmen Ibáñez Caranza.

⁵⁰ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 15.12.2022 – ICC-02/04-01/15-2023 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 150: „Dieses Gericht ist dazu verpflichtet sicherzustellen, dass die gegen Herrn Ongwen verhängte Strafe nicht nur Vergeltungszwecken dient, sondern auch angemessen die Notwendigkeit berücksichtigt, alle möglichen Anstrengungen zu unternehmen, um ihm in seiner Resozialisierung und Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu helfen.“ (Übersetzung).

⁵¹ Ebd., Rn. 193.

⁵² Ebd., Rn. 151.

zungen anzuerkennen, denen Ongwen selbst zum Opfer fiel.⁵³ Sie stellt klar, dass Ongwens Kindersoldatenstatus nicht automatisch mit dessen Volljährigkeit entfiel, und setzt sich dafür ein, das Strafverfahren auch als Gelegenheit zu begreifen, um die Würde herzustellen, die Ongwen als Kind genommen wurde und die in keinen anderen Verfahren verfolgt wird.⁵⁴ Sie hätte die Gesamtstrafe von 25 Jahren Freiheitsstrafe aufgehoben und die Sache erneut an die Hauptverfahrenskammer zurückverwiesen, um diesem umfassenden Strafansatz Rechnung zu tragen.⁵⁵

3. Strafverfahren ohne Strafe?

Ein drittes Beispiel, welches das herkömmliche Strafverständnis auf den Prüfstand stellt, ist die Debatte um Tatsachenverfahren („trial of facts“, „examination of facts“). Sie wirft die Frage auf, inwieweit die pädagogische Funktion von Verfahren und Erwägungen der Generalprävention es erlauben, ein Strafverfahren im Sinne der Wahrheitsfindung, gegebenenfalls auch ohne Strafe, fortzuführen.⁵⁶ Diese Möglichkeit wurde im Rahmen der Verhandlungsunfähigkeit im Kabuga-Verfahren vor dem Mechanismus für die ad hoc-Strafgerichtshöfe (IRMICT) diskutiert.

Die Anklagebehörde hat die Rechtsauffassung vertreten, ein solches Verfahren stehe im Einklang mit dem Ziel und Zweck des IRMICT-Statuts. Das sog. Sachverhaltsermittlungsverfahren biete eine Alternative zur Aussetzung des Verfahrens. Die Untersuchung von Tatsachen sei das wirksamste Mittel, „um die Wahrheit herauszufinden“. Dies sei im Sinne der Interessen der internationalen Gemeinschaft, der Opfer und des Angeklagten.⁵⁷ Das Sachverhaltsverfahren könne naturgemäß nicht zu einem Schuldspruch führen. Die endgültige Entscheidung habe feststellenden Charakter: sie sei auf Freispruch oder Nichtfreispruch beschränkt.⁵⁸ Die Kammer solle eine begründete Entscheidung darüber treffen, ob Kabuga freigesprochen werde oder nicht. Die Durchführung einer Sachverhaltsprüfung wahre Kabugas Rechte auf ein faires Verfahren und stehe in Einklang mit den Vorschriften der UN-Behindertenrechtskonvention.⁵⁹ Das entsprechende Verfahren habe den Verfahrensregeln des Hauptverfahrens zu folgen. Die Anklage müsse die Vorwürfe zweifelsfrei beweisen.⁶⁰

Mit ihrem Antrag hat die Staatsanwaltschaft die Frage nach den Strafzwecken neu gestellt. Kann ein Verfahren selbst gegen den Willen der Verteidigung im Sinne der All-

gemeininteressen fortgeführt werden? Ist historische Klarstellung ein hinreichender Grund, um Verfahren in Fällen zu rechtfertigen, in denen die Verteidigung keine Instruktionen vom Angeklagten empfangen kann? Die kommunikative Funktion des Urteils gegenüber dem Angeklagten ist in diesem Fall eingeschränkt. Die vergeltende Wirkung ist beschränkt, da selbst bei Nicht-Freispruch keine Strafe verhängt wird. Eine solche Rechtfertigung des Verfahrens stützt sich allein auf generalpräventive und expressive Argumente.

Die Berufungskammer hat diese Idee im Endergebnis abgelehnt.⁶¹ In ihrer Begründung hat sie sich dabei auf die Rechte des Angeklagten und formal-juristische Argumente gestützt. Weder das Statut noch die Rechtsprechung des Mechanismus und seiner Vorgängertribunale lasse ein „alternatives Erkenntnisverfahren“ anstelle eines Hauptverfahrens zu. Falls die Verfasser des Statuts es beabsichtigt hätten, den Mechanismus mit der Befugnis auszustatten, prozessähnliche Verfahren durchzuführen, hätten sie dies ausdrücklich vorgesehen.⁶² Diese Entscheidung sei zwar enttäuschend für die Opfer und Überlebenden der Taten, die Kabuga zur Last gelegt wurden; jedoch könne Gerechtigkeit nur durch faire Verfahren erreicht werden, welche die Rechte des Angeklagten wahren.⁶³

Der ICC hat im Kony-Verfahren eine Art von Tatsachenverfahren ohne gesicherte Strafaussicht im Rahmen der Bestätigung der Anklage vor dem Hauptverfahren (Art. 61 IStGH-Statut) zugelassen.⁶⁴ Auch hier ist ein ähnlicher Interessenkonflikt aufgebrochen. Die Staatsanwaltschaft hat im Zuge der Beendigung der Ermittlungen in Uganda und der „Exit-Strategie“ hinsichtlich der Situation beantragt, die Anklage in Abwesenheit von Kony zu bestätigen. Die Verteidigung hat eingewandt, die Bestätigung der Anklage diene nicht dazu, eine „historische Klarstellung“ zu erreichen, sondern „die Rechte der Verteidigung zu schützen“.⁶⁵ Die Vorverfahrenskammer ist der Staatsanwaltschaft gefolgt und hat das Abwesenheitsverfahren als Ausnahmemaßnahme zugelassen.⁶⁶ Zur Begründung des Zwecks des Verfahrens („cause“) hat sie eine Vielzahl von Argumenten angeführt. Das Verfahren diene den Interessen der Gerechtigkeit aufgrund der Schwere der mutmaßlichen Verbrechen, der mutmaßlichen Rolle des Verdächtigen, der Auswirkungen der Anklagebestätigung auf die Opferinteressen und der Aussicht auf ein weiteres Fortschreiten des Falles.⁶⁷

⁵³ Ebd., Rn. 151.

⁵⁴ Ebd., Rn. 153.

⁵⁵ Ebd., Rn. 198.

⁵⁶ Zu den sog. Strafverfahren um die Wahrheit in Argentinien („Trials for Truth“) siehe *Stahn* (Fn. 28), S. 355.

⁵⁷ Internationaler Residualmechanismus für die ad-hoc-Strafgerichtshöfe (IRMICT), Prosecution submission concerning the consequences of apotential decision that Kabuga is unfit v. 9.5.2023 – MICT-13-38-T (Prosecutor v. Kabuga), Rn. 16.

⁵⁸ Ebd., Rn. 19.

⁵⁹ Ebd., Rn. 2.

⁶⁰ Ebd., Rn. 21.

⁶¹ IRMICT (Appeals Chamber), Decision on appeals of further decision on Félicien Kabuga’s fitness to stand trial v. 7.8.2023 – MICT-13-38-AR80.3, Rn. 68.

⁶² Ebd., Rn. 71.

⁶³ Ebd., Rn. 78.

⁶⁴ ICC (Pre-Trial Chamber), Decision on the Prosecution’s request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect’s absence v. 23.11.2023 – ICC-02/04-01/05-466 (Prosecutor v. Kony).

⁶⁵ Ebd., Rn. 19.

⁶⁶ Ebd., Rn. 64.

⁶⁷ Ebd.

Im Kern rechtfertigt die Kammer die Bestätigung der Anklage- und Beweismittel somit über die Belange der Opfer⁶⁸ und die expressive/kommunikative Rolle des Verfahrens, nämlich die „internationale Gemeinschaft“ daran zu „erinnern“, dass Kony trotz des Haftbefehls flüchtig ist, und den Appell, ihn ausfindig zu machen und vor den Gerichtshof zu bringen.⁶⁹ Dennoch bleibt ein Hauptverfahren in Abwesenheit selbst im Falle der Bestätigung der Anklage nach Art. 61 Abs. 2 lit. b des Statuts unmöglich.⁷⁰ Insofern unterscheidet sich das Bestätigungsverfahren von einem Abwesenheitsurteil, in dem die Schuld festgestellt wird. Dennoch geht diese Art von Abwesenheitsverfahren in seinem Umfang in Bezug auf die Feststellung der Tatsachen und der rechtlichen Würdigung der Anklage über das anfangs umstrittene ex-parte-„Regel-61-Verfahren“ der ad hoc-Tribunale hinaus, das als Grundlage zur Ausstellung eines internationalen Haftbefehls diente.⁷¹ Die Kammer richtet die Abwägung von Opferinteressen mit den Rechten der Verteidigung und dem Strafverfolgungsinteresse im Vorverfahren neu aus. Bemerkenswerterweise haben die Richter sogar angeregt, in diesen Konstellationen die Durchführung von Abwesenheitsverfahren vor dem Gerichtshof aus rechtspolitischen Gründen für zukünftige Fälle zu überdenken⁷² – ein Vorschlag, der angesichts der gemischten Erfahrungen mit in-absentia-Urteilen⁷³ und der begrenzten Ressourcen des IStGH auf geteiltes Echo stoßen wird.

III. Entwicklung des Strafvollstreckungs- und -vollzugsrechts

Das kritische Hinterfragen sinnvoller Formen von Strafe und Lücken in der Begründung der Strafzumessung über den Strafzweck sind nicht die einzigen Baustellen der internationalen Strafkultur. Weitere Schwachpunkte sind die Strafvollstreckung und das Strafvollzugsrecht.⁷⁴ Hier fehlt es oft an gemeinschaftlichen Standards oder hinreichender Ausrichtung des Vollzugs an den Strafzwecken des Völkerstrafrechts.

Der Strafvollzug internationaler oder hybrider Gerichte ist weitgehend dezentralisiert und von der Kooperation durch vollzugswillige Staaten abhängig. Wo die Freiheitsstrafe

vollzogen wird und wie Bedingungen der Haft ausgestaltet sind, bemisst sich im Wesentlichen danach, welcher Staat sich zum Vollzug bereiterklärt. Es ist schwierig, die allgemeine Verantwortung internationaler oder hybrider Gerichte für die Strafvollstreckung mit der Tatsache in Einklang zu bringen, dass die Strafe im vollstreckenden Staat nach dessen Recht und Gesetz vollstreckt wird.⁷⁵ Dieses Modell wirft eine Reihe von Problemen auf.⁷⁶

Die bestehenden Rahmenbedingungen erschweren relationale oder restaurative Strafmodelle. Zwar ist eine gewisse räumliche Trennung von Konfliktsituation, Tatort und Strafvollzugsort in manchen Fällen sinnvoll, um Sicherheit oder Stabilität zu gewährleisten, das Wiederaufflammen politischer Konflikte einzudämmen oder der Gefahr von Polarisierung oder Verneinung gerichtlich festgestellter Fakten oder Verbrechen entgegenzutreten. Doch die Distanz zu Konfliktesellschaften birgt auch Nachteile.⁷⁷ Kulturfremder Vollzug kann von Opfern als Privileg empfunden werden oder die Idee von Strafe als Verantwortung des Täters gegenüber der betroffenen Gesellschaft minimieren. Durch dezentralisierten Vollzug wird Strafe in Ursprungsgesellschaften weniger sichtbar. Restaurative Ansätze – wie die kritische Auseinandersetzung mit den Taten und komplexen Täter-/Opferidentitäten, die Resozialisierung von Tätern oder Wiedergutmachung – sind aus der Ferne nur schwer zu realisieren. Gerade der Ongwen-Fall veranschaulicht die Diskrepanz im Zusammenspiel zwischen antizipiertem Strafzweck und -vollzug.

Ein zweites Dilemma ist die Gleichbehandlung von Tätern und die Gerechtigkeit im Strafvollzug.⁷⁸ Ein System, in dem es maßgeblich vom politischen Willen der Staaten abhängt, wo und wie Strafe vollzogen wird, birgt die Gefahr der Ungleichbehandlung. Das Völkerstrafrecht kennt zwar Mindeststandards zu Haftbedingungen und zur Behandlung von Insassen, aber kein einheitliches Strafvollzugsprogramm. Im Rahmen des ICC erfolgt Strafvollstreckung grundsätzlich nach dem Strafvollstreckungsrecht des vollziehenden Staates. Dies bedeutet, dass Bedingungen der Strafe und das Empfinden der Härte der Sanktion in Einzelfällen sehr stark divergieren können. In der Strafzumessung wird dies nur unzulänglich berücksichtigt, und die Aufsichtsmöglichkeiten der internationalen Gerichte sind begrenzt.

Die dritte Herausforderung ist die Kapazität nationaler Strafvollzugsbehörden, Strafen internationaler Gerichte zu vollziehen. Oft fehlt es hier an Erfahrung oder den Mitteln, mit dem internationalen Kontext der Taten, der Komplexität der Täterprofile, dem politischen Hintergrund und der Diversität der Verbrechen oder den sprachlichen und kulturellen Besonderheiten umzugehen. Dies macht es schwer, die anvisierten Strafzwecke im Vollzug umzusetzen. Nationale Straf-

⁶⁸ In Rn. 66 betont die Kammer die Gelegenheit der Opfer, ihre Ansichten und Bedenken gem. Art. 68 Abs. 3 des Statuts einzubringen.

⁶⁹ Ebd., Rn. 67.

⁷⁰ Siehe Art. 63 IStGH-Statut.

⁷¹ Siehe dazu *Quintal*, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), 723. Die ex-parte-Natur des Regel-61-Verfahrens wurde aus der Warte der Rechte der Verteidigung kritisiert, insbesondere im Hinblick auf die Zeugenvernehmung.

⁷² ICC (Pre-Trial Chamber), *Decision on the Prosecution's request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect's absence v. 23.11.2023 – ICC-02/04-01/05-466 (Prosecutor v. Kony)*, Rn. 70.

⁷³ *Zakerhossein/De Brouwer*, *Criminal Law Forum* 26 (2015), 181.

⁷⁴ Siehe *Mulgrew* (Fn. 13).

⁷⁵ *Abtahi/Arrigg Koh*, *Cornell International Law Journal* 45 (2012), 1 (12).

⁷⁶ *Vojta*, *Imprisonment for International Crimes*, 2020.

⁷⁷ Siehe *Clark*, *Distant Justice*, 2018.

⁷⁸ Siehe generell *Knauer* (Fn. 13).

vollzugsbehörden sind oft auf andere Vollzugsziele ausgerichtet.⁷⁹

Es ist eine schwierige Gratwanderung, zu entscheiden, inwieweit Völkerrechtsverbrechern eine besondere Rolle im Vollzug zukommen sollte. Auf der einen Seite ist gerade die Gleichbehandlung mit anderen Täterprofilen Teil der Strafe.⁸⁰ Auf der anderen Seite bedürfen Maßnahmen zur Legalbewahrung oder zur Resozialisierung⁸¹ besonderer Bedingungen oder Vollzugsprogramme. Die Wiedereingliederung ausländischer Strafgefangener bereitet im nationalen Kontext oft große Schwierigkeiten. Hier muss man überlegen, in welche Gemeinschaft der Täter überhaupt integriert werden soll, wie man kognitive Dissonanzen allmählich aufbrechen kann und ob und auf welche Weise das Verhalten des Täters neu an den internationalen Grundwerten orientiert werden kann.⁸² Dabei kann man Täter von Völkerstrafrechtsverbrechen nicht pauschal Deradikalisierungs- oder Demokratieprogrammen unterziehen, die auf religiös/ideologische motivierte Taten Anwendung finden.⁸³ Hier ist die Spannweite von Taten und Täterverhalten einfach zu weit. Vielmehr muss in diesem Kontext das Strafvollzugssystem selbst als „lernende Institution“ begriffen werden.⁸⁴

Zum Teil ist vorgeschlagen worden, ein neues zentralisiertes Strafvollzugssystem für Völkerstrafverbrechen zu schaffen.⁸⁵ Diese Idee birgt hingegen ihre eigenen Tücken und wird wohl auf absehbare Zeit keinen genügenden Zuspruch oder materielle Unterstützung finden. Doch wie im neueren Schrifttum⁸⁶ zutreffend betont wird, ist die Entwicklung eines besseren Völkerstrafvollzugsrechts ein notwendiger Schritt in der Entwicklung einer gerechteren, legitimeren und holistischeren internationalen Strafkultur. Dies erfordert eine Reihe von Maßnahmen. Die Risiken von Selektivität und Ungleichbehandlung im Strafvollzug sollten entschiedener angegangen werden. Strafvollstreckung und -vollzug müssen besser an den Strafzwecken des Völkerstrafrechts ausgerichtet werden. Auch die grundlegende Kritik von Gefängnis als Institution, die in der feministischen Literatur und in der Kriminologie immer wieder problematisiert wird, und in Friedensprozessen zur Erarbeitung differenzierter Strafmodelle geführt hat, verdient in der völkerstrafrechtlichen Diskussion größere Aufmerksamkeit.

⁷⁹ *Knauer* (Fn. 13), S. 145.

⁸⁰ *Flügge*, *Forum Strafvollzug* 2/2023, 125.

⁸¹ *Kelder/Holá/van Wijk*, *International Criminal Law Review* 14 (2014), 1177.

⁸² *Burghardt/Epik*, *ZIS* 2019, 286 (296).

⁸³ *Knauer* (Fn. 13), S. 141.

⁸⁴ *Flügge/Maelicke/Preusker*, *Das Gefängnis als lernende Organisation*, 2021.

⁸⁵ *Penrose*, in: *Mulgrew/Abels* (Fn. 6), S. 423–444.

⁸⁶ *Mulgrew* (Fn. 13); *Knauer* (Fn. 13); *Vojta* (Fn. 76).

Russische Propaganda als Aufstachelung zum Völkermord nach dem Rom-Statut und die Frage der Strafbarkeit nach deutschem Recht

Von Dr. Sebastian Seel, Berlin*

Das russische Regime verbindet seinen Angriffskrieg gegen die Ukraine nicht nur mit Desinformationskampagnen im Ausland, sondern auch mit einer sehr aggressiven Propaganda, die sich an die eigene Bevölkerung richtet. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob Inhalte dieser im Westen schon aufgrund der Sprachbarriere eher unbekanntem Propaganda als Aufstachelung zum Völkermord nach Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut strafbar sind. Dazu wird in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des ICTR ein Maßstab zur Beurteilung potentiell genozidaler Äußerungen entwickelt. Anhand dieses Maßstabs werden zahlreiche Äußerungen russischer Propagandisten und Mitglieder des russischen Regimes analysiert. Zudem wird untersucht, ob diese Äußerungen auch nach deutschem Völkerstrafrecht strafbar sind. Dabei stehen strafanwendungsrechtliche Fragen im Vordergrund.

I. Einleitung

Das russische Regime hat seinen Großangriff auf die Ukraine mit zahlreichen an ein ausländisches Publikum gerichteten Desinformationskampagnen vorbereitet und flankiert ihn weiter damit.¹ Dazu bedient es sich eigener Propagandamedien wie „RussiaToday“ und „Sputnik“. Die Europäische Union hat mit Sanktionen gegen die Sendetätigkeit dieser Medien reagiert.² In ihren Behauptungen und Handlungsaufforderungen noch einmal deutlich extremer ist allerdings die primär nach innen gerichtete russische Propaganda, die bis heute tagtäglich weite Teile der russischen Bevölkerung erreicht. Im nichtrussischsprachigen Ausland ist diese Propaganda schon aufgrund der Sprachbarriere weitgehend unbekannt geblieben.

Der erste Teil dieses Beitrags behandelt die Frage, ob Inhalte der an die eigene Bevölkerung gerichteten russischen Propaganda den völkerstrafrechtlichen Tatbestand der unmittelbaren und öffentlichen Aufstachelung zur Begehung von Völkermord gem. Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut erfüllen. Dabei wird zunächst kurz auf den Charakter und Zweck dieses Straftatbestands eingegangen. Darauf aufbauend soll der rechtliche Maßstab für die Beurteilung potentiell zum Völkermord aufstachelnder Äußerungen herausgearbeitet werden. Hierbei liegt besonderes Gewicht auf der Rechtsprechung des ICTR, der sich mehrfach mit der auch nach dem ICTR-Statut strafbaren Aufstachelung zur Begehung von Völkermord befasst hat. Zu prüfen ist insbesondere, ob die vom ICTR entwickelten Kriterien zur Interpretation entspre-

chender Äußerungen einer Weiterentwicklung bedürfen. Anhand des so gewonnenen Maßstabs sollen zahlreiche propagandistische Äußerungen von Vertretern des russischen Regimes, Moderatoren, Journalisten, Ideologen und weiteren Personen analysiert werden. Im zweiten Teil des Beitrags wird untersucht, ob die im ersten Teil analysierten Äußerungen aus der russischen Propaganda nach deutschem Recht strafbar sind. Im Mittelpunkt stehen dabei strafanwendungsrechtliche Fragen.

Hinsichtlich der hier verwendeten Terminologie gilt Folgendes: Wenn von „Propaganda“ die Rede ist, ist damit sowohl Desinformation als auch Hetze gegen Personen und Personengruppen im Zusammenhang mit gezielter politischer bzw. ideologischer Beeinflussung gemeint. Der hier verwendete Begriff der Desinformation entspricht dem der East StratCom Task Force der Europäischen Union. „Desinformation“ ist demnach falsche oder irreführende Information, geschaffen, präsentiert und verbreitet zum Zweck wirtschaftlichen Gewinns oder absichtlicher Täuschung der Öffentlichkeit.³ Unter „russische Propaganda“ fällt nicht nur Propaganda, die der russische Staat selbst steuert, sondern auch die damit inhaltlich übereinstimmende Propaganda weiterer Institutionen oder Personen.

Vorab ist auch eine Bemerkung zur Quellenlage und -auswahl notwendig. Die seit Jahren anhaltende Flut russischer Propaganda ist für einzelne Personen kaum zu überblicken. Nur ein sehr geringer Teil davon ist bisher überhaupt dokumentiert und übersetzt worden. Sehr hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Arbeit einzelner Journalistinnen und Journalisten, die sich auf die Beobachtung und Dokumentation russischer Propaganda spezialisiert haben.⁴ Mittlerweile existiert auch eine ständig aktualisierte, aber naturgemäß lückenhafte Sammlung potentiell genozidaler Äußerungen russischer Propagandisten und Regimemitglieder.⁵ Die hier unternommene rechtliche Analyse greift teils auf solche Dokumentationen zurück. Sie beruht daneben auf meiner eigenen Beobachtung russischer Propaganda in Form von Äußerungen einzelner Mitglieder des russischen Regimes in sozialen Medien und von Meldungen und Artikeln staatlicher russischer Nachrichtenagenturen. Mit Sicherheit sind die hier untersuchten Propagandainhalte nur die Spitze des Eisbergs.

* Der Verf. ist Strafverteidiger in Berlin.

¹ Siehe dazu die Berichte der East StratCom Task Force der EU, abrufbar unter <https://euvsdisinfo.eu/de/> (26.1.2024).

² Rat der EU, Pressemitteilung v. 2.3.2022, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/03/02/eu-imposes-sanctions-on-state-owned-outlets-rt-russia-today-and-sputnik-s-broadcasting-in-the-eu/> (26.1.2024).

³ https://www.eeas.europa.eu/eeas/questions-and-answers-about-east-stratcom-task-force_en#11243 (26.1.2024).

⁴ Zu erwähnen ist insbesondere der auf YouTube zu findende „Russian Media Monitor“ der von Russland mit Sanktionen belegten Journalistin Julia Davis, abrufbar unter <https://www.youtube.com/@russianmediamonitor> (26.1.2024).

⁵ Siehe *Apt*, Just Security v. 11.1.2024, abrufbar unter <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/> (26.1.2024).

II. Strafbarkeit nach Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut

1. Charakter und Zweck von Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut

Bereits die UN-Völkermordkonvention von 1948 sieht in Art. III lit. c die Strafbarkeit der unmittelbaren und öffentlichen Aufstachelung zur Begehung von Völkermord vor. Art. 2 Abs. 3 lit. c ICTR-Statut und Art. 4 Abs. 3 lit. c ICTY-Statut enthalten identische Bestimmungen, ebenso Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut. Was die rechtliche Einordnung des Aufstachelungs-Delikts betrifft, stiftet der systematische Standort in Art. 25 Rom-Statut Verwirrung, da diese Vorschrift auch eine Reihe allgemeiner Regelungen zur individuellen strafrechtlichen Verantwortung enthält. Tatsächlich handelt es sich bei der Aufstachelung zum Völkermord um ein eigenständiges Delikt.⁶ Dieses Delikt ist ein „inchoate crime“. Wie sich aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen und aus den travaux préparatoires zur UN-Völkermordkonvention ergibt, muss es nicht zu einer vollendeten oder versuchten Genozidat eines Adressaten kommen.⁷

Hintergrund dieser Deliktsstruktur ist die besondere Gefährlichkeit der Aufstachelung. Wie die UN-Völkerrechtskommission zutreffend ausführt, erhöht ein aufstachelndes Verhalten die Wahrscheinlichkeit, dass zumindest ein Adressat zur Tat schreitet, und ermutigt darüber hinaus zu „mob violence“.⁸ Das hohe Risiko, das die Aufstachelung zum Völkermord mit Blick auf ganze Gesellschaften und gruppendynamische Prozesse birgt, rechtfertigt ihre Bestrafung unabhängig von einer konkret verursachten Genozidat.⁹ Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut hat danach auch einen präventiven Zweck und soll die von Art. 6 Rom-Statut erfassten Gruppen vor besonders gefährlichen, aufstachelnden Handlungen schützen, auch wenn diese Handlungen ihre Existenz nur abstrakt gefährden.

⁶ Lüders, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, 2004, S. 239; so auch *Schabas*, Genocide in International Law, 2. Aufl. 2009, S. 319 zu Art. III lit. c Völkermordkonvention; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 678 zu Art. 2 Abs. 3 lit. c ICTR-Statut.

⁷ Siehe dazu UN Doc. E/447, S. 7, 29; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 678; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44D-A (Nzabonimana), Rn. 234; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 14.12.2015 – ICTR-98-42-A (Nyiramasuhuko u.a.), Rn. 3345; näher zur Entstehungsgeschichte von Art. III lit. c Völkermordkonvention *Schabas* (Fn. 6), S. 319 ff.

⁸ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, UN Doc. A/51/10, S. 22.

⁹ Vgl. ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 562; Lüders (Fn. 6), S. 241; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 939 m.w.N.

2. Äußere Tatseite: Unmittelbare und öffentliche Aufstachelung zur Begehung von Völkermord durch russische Propaganda

a) Rechtlicher Maßstab

Bei der Interpretation von Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut stellt sich vorab die Frage, welche Rechtserkenntnis- und Rechtsquellen außerhalb des Rom-Statuts und der Verbrechenselemente überhaupt heranzuziehen sind. Nicht nur zulässig, sondern auch geboten ist es, die Entscheidungen des ICTR zu berücksichtigen, der sich in einer Reihe von Fällen mit der auch nach dem ICTR-Statut strafbaren Aufstachelung zum Völkermord befasst hat. Das lässt sich folgendermaßen begründen: Art. 21 Abs. 2 Rom-Statut, der die Bezugnahme auf frühere Entscheidungen des Gerichtshofs betrifft, führt zwar nicht die Entscheidungen der Ad-hoc-Strafgerichtshöfe auf. Diese Entscheidungen sind aber aufgrund ihrer das Völkergewohnheitsrecht mitprägenden Wirkung eine Rechtserkenntnisquelle.¹⁰ Das Völkergewohnheitsrecht wiederum soll der ICC nach Art. 21 Abs. 1 lit. b Rom-Statut subsidiär als Rechtsquelle heranziehen. Gerade dann, wenn das Rom-Statut wie bei Art. 25 Abs. 3 lit. e fast wörtlich einen Tatbestand aus anderen völkerrechtlichen Statuten übernimmt, zu denen eine reichhaltige Rechtsprechung der ad hoc-Strafgerichtshöfe mit prägender Wirkung für das Völkergewohnheitsrecht existiert, kann es für die Berücksichtigung dieser Rechtsprechung auch nicht nur auf das Vorliegen einer Lücke in den internen Rechtsquellen des IStGH ankommen.¹¹ Denn in einem solchen Fall baut das Rom-Statut auf einem bereits erreichten Entwicklungsstand des Völkergewohnheitsrechts auf, der in der Rechtsprechung der ad hoc-Strafgerichtshöfe zum Ausdruck kommt. Eine wichtige Rechtserkenntnisquelle ist daneben der von der UN-Völkerrechtskommission vorgelegte „Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind“. Dieser Entwurf dient im materiellen Völkerstrafrecht auch zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht¹² und hat Eingang in das Rom-Statut gefunden. Was ist unter Berücksichtigung dieser Quellen nun unter „directly and publicly incites others to commit genocide“ zu verstehen?

Nach dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut („incites“) und der Entstehungsgeschichte muss der Täter die Adressaten bedrängen, ermutigen oder provozieren, eine Genozidat zu begehen.¹³ Ein „unmittelbares“ Aufstacheln

¹⁰ Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 9), Rn. 217.

¹¹ Für eine Lücke in den internen Rechtsquellen als Voraussetzung der Heranziehung von Völkergewohnheitsrecht jedoch ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Katanga), Rn. 39; ähnlich wie hier aber *Werle/Jeßberger* (Fn. 9), Rn. 243 f., die zurecht auch darauf hinweisen, dass der IStGH die in dieser Entscheidung enthaltenen strengen Anforderungen für die Berücksichtigung des Völkergewohnheitsrechts in anderen Entscheidungen selbst nicht einhält.

¹² Siehe dazu ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 10.12.1998 – IT 95-17/1 (Furundžija), Rn. 227.

¹³ Vgl. Report of the International Law Commission (Fn. 8), S. 22 („urges and encourages another individual to commit a

(„directly“) verlangt eine spezifische Provokation bzw. einen direkten Appell zur Begehung einer Tat nach Art. 6 Rom-Statut; vage oder indirekte Aufforderungen genügen nicht.¹⁴ Das Unmittelbarkeitserfordernis schließt Fälle von Hassrede ohne spezifische Aufforderung zur Begehung von Völkermordtaten vom Tatbestand aus.¹⁵

Bei der Prüfung, ob eine Äußerung ein unmittelbares Aufstacheln darstellt, ist die Äußerung dem ICTR zufolge in ihrem spezifischen Kontext – namentlich dem kulturellen und sprachlichen – zu interpretieren und zu fragen, ob und wie das jeweilige Publikum die Äußerung verstanden hat.¹⁶ Im Urteil gegen den Sänger Simon Bikindi bezog der ICTR bei der Interpretation von Bikindis Liedern neben dem kulturellen auch den historischen und politischen Kontext mit ein.¹⁷ Da es stets auf den Kontext der Äußerung und das jeweilige Publikum ankommt, kann eine unmittelbare Aufstachelung auch dann vorliegen, wenn eine Äußerung nach dem oberflächlichen Eindruck oder für ein anderes Publikum mehrdeutig erscheint oder keine ausdrückliche Aufforderung zur Begehung von Völkermord enthält.¹⁸ So hat der ICTR etwa eine unmittelbare Aufstachelung zum Völkermord bei der an Hutu auf einer Straße gerichteten Frage bejaht, ob diese die „Schlangen“ (im damaligen Kontext eindeutig die Tutsi)

crime“); ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 555, 559 („provoking“); ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 12.9.2006 – ICTR-2000-55A-T (Muvunyi), Rn. 500; *Eser*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd. 1, 2002, S. 805.

¹⁴ So der ICTR zum mit Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut identischen Art. 2 Abs. 3 lit. ICTR-Statut, siehe ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 692; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 557; ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50 (Bizimungu u.a.), Rn. 1974; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 20.10.2012 – ICTR-99-45 (Ngirabatware), Rn. 1353; siehe auch Report of the International Law Commission (Fn. 8), S. 22.

¹⁵ Vgl. ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 692.

¹⁶ ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 698, 700 f.; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44-A (Karemera u.a.), Rn. 483, 508; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 557; ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 12.9.2006 – ICTR-2000-55A-T (Muvunyi), Rn. 502; siehe zudem *Gordon*, *Virginia Journal of International Law* 45 (2004), 139 (172 ff.).

¹⁷ ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 2.12.2008 – ICTR-01-72-T (Bikindi), Rn. 247 ff.

¹⁸ ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52 (Nahimana u.a.), Rn. 701, 703; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44-A (Karemera u.a.), Rn. 483, 508; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 557; ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 30.9.2011 – ICTR-99-50 (Bizimungu u.a.), Rn. 1974.

getötet hätten,¹⁹ ebenso bei einem an die Armee und die Bevölkerung der Stadt Kibuye gerichteten Glückwunsch zur Wiederherstellung der Ordnung²⁰. In den genannten Fällen ergibt sich aus dem Kontext eines fortdauernden Genozids mit zahlreichen Tatorn und Tätern, dass die scheinbar nur vergangenheitsgerichteten Äußerungen für die Adressaten auch einen in die Zukunft gerichteten Appell zur Begehung weiterer Genozidaten darstellen.

Eine strikte Beschränkung bei der Berücksichtigung des Kontexts auf bestimmte Aspekte ist der ICTR-Rechtsprechung nicht zu entnehmen, auch wenn dort der kulturelle und sprachliche Kontext im Vordergrund steht. Nach dem Schutzzweck des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut gibt es keinen Grund, lediglich diese beiden Kontexte bei der Prüfung einer Äußerung heranzuziehen. Denn maßgeblich ist stets, ob das jeweilige Publikum eine Äußerung als spezifische Provokation zur Begehung von Völkermord versteht und damit die abstrakte Gefahr von Genozidaten gegen Mitglieder der betroffenen Gruppe entsteht. Dies lässt sich aber nur dann beurteilen, wenn man den gesamten Kontext der jeweiligen Äußerung bei deren Interpretation berücksichtigt. Neben dem sprachlichen und kulturellen Kontext ist daher auch der historische, politische, ideologische, propagandistische, militärische und (makro)kriminelle Kontext relevant. Jeder dieser Kontexte kann eine scheinbar mehrdeutige Äußerung zu einem im konkreten Fall eindeutigen Aufruf zur Begehung von Völkermordtaten machen. Damit ist bei der Prüfung einer potentiell zur Begehung von Völkermord aufstachelnden Äußerung eine umfassende Berücksichtigung des Kontexts nötig, in dem die Äußerung steht.

Schließlich muss auch ein „öffentliches“ Aufstacheln („publicly“) vorliegen. Dies setzt voraus, dass der Täter seine Äußerung an eine Anzahl von Individuen an einem öffentlichen Ort oder an Mitglieder der Öffentlichkeit im Allgemeinen richtet, was insbesondere durch technische Mittel der Massenkommunikation geschehen kann.²¹

b) *Rechtliche Analyse russischer Propaganda*

Die in diesem Aufsatz untersuchten Äußerungen aus der russischen Propaganda erfüllen alle ohne weiteres das Öffentlichkeitserfordernis. Sie stammen aus an die allgemeine Öffentlichkeit gerichteten Fernseh- und sonstigen Sendungen, Beiträgen in sozialen Medien und Artikeln staatlicher russischer Nachrichtenagenturen. Die zentrale rechtliche Frage ist, ob die jeweiligen Äußerungen auch eine unmittelbare Aufsta-

¹⁹ ICTR (Trial Chamber II), Urt. v. 2.12.2008 – ICTR-01-72-T (Bikindi), Rn. 422 ff.

²⁰ ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44-A (Karemera u.a.), Rn. 508.

²¹ Siehe Report of the International Law Commission (Fn. 8), S. 22; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44D-A (Nzabonimana), Rn. 122, 126, 384; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 556; ICTR (Trial Chamber I), Urt. v. 1.6.2000 – ICTR-97-32-I (Ruggiu), Rn. 17; *Ambos*, in: ders. (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4. Aufl. 2022, § 25 Rn. 44.

chelung zur Begehung von Völkermord sind. Um diese Frage zu beantworten, ist es hilfreich, inhaltliche Kategorien zu bilden, auch wenn häufig ein und dieselbe Äußerung in mehrere dieser Kategorien fällt.

aa) Offene Aufrufe zur Vernichtung von Ukrainern

Die russische Propaganda ist insbesondere seit dem Großangriff auf die Ukraine 2022 von außerordentlicher Aggressivität geprägt. Immer wieder haben russische Propagandisten offen zur massenhaften Tötung von Ukrainern aufgerufen. Dazu folgen drei Beispiele samt rechtlicher Einordnung:

Am 20. Oktober 2022 sagte der russische Fernsehjournalist und frühere RussiaToday-Direktor Anton Krasovsky in seiner eigenen Fernsehsendung auf dem Sender RT (RussiaToday), nachdem sein Gesprächspartner von der ablehnenden Haltung ukrainischer Kinder gegenüber einer russischen Herrschaft über die Ukraine erzählt hatte:

„Ertränkt diese Kinder [Топите этих детей], ertränkt sie direkt in der Tysyna! Das ist nicht eure Methode, weil ihr Science-Fiction-Autoren intelligente Leute seid, aber es ist unsere Methode. Wer auch immer sagt, dass ‚Moskoviter‘ sie besetzt haben, werft ihn in den Fluss mit einer starken Strömung.“ (Übersetzung)

Als sein Gesprächspartner erwiderte, im traditionellen Russland hätte man die Rute zur Bestrafung verwendet, sagte Krasovsky:

„Da drüben, jedes Stück von Scheiß kleinem Haus, da gibt es Massen von furchtbaren kleinen Häusern, sie schießen überall über die Karpaten. Die Karpaten sind ekelhaft, [...], einfach in die Hütten schieben und verbrennen [сжечь]!“²² (Übersetzung)

Diese Äußerungen reichen für eine unmittelbare Aufstachelung zur Begehung von Völkermord aus: Krasovsky fordert unmissverständlich unter mehrfacher Verwendung des Imperativs dazu auf, alle („wer auch immer sagt...“) ukrainischen Kinder zu töten, die einem Leben unter russischer Herrschaft ablehnend gegenüberstehen. Diese Kinder sind Mitglieder der nationalen Gruppe der Ukrainer.²³ Sie zu töten, erfüllt deshalb die äußere Tatseite von Art. 6 lit. a Rom-Statut. Dass entsprechende Taten auch von einer für den Völkermordtatbestand notwendigen Absicht zur mindestens teilweisen Zerstörung einer geschützten Gruppe getragen wären, ergibt sich einmal aus der an die ukrainische Nationalität und Identität anknüpfenden Bestimmung potentieller Opfer. Der Tötungs-

²² Der entsprechende Ausschnitt aus der Sendung ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=8lkshypC2Rk> (26.1.2024); die Übersetzungen russischer Propagandainhalte erfolgten durch den Verf.

²³ Zu den Ukrainern als geschützte nationale Gruppe siehe Azarov/Koval/Nuridzhanian/Venher, Journal of International Criminal Justice 21 (2023), 233 (237 ff.).

aufwurf betrifft mit Blick auf die Zerstörungsabsicht bei den Adressaten auch einen quantitativ erheblichen Teil der Gruppe, da die allermeisten ukrainischen Kinder nach dem von Krasovsky genannten Maßstab wohl zu töten wären. In der erwachsenen ukrainischen Bevölkerung stößt die Verteidigung der Ukraine gegen den russischen Aggressor ohne jegliche Preisgabe von Gebieten nach wie vor auf breite Zustimmung.²⁴ Man muss davon ausgehen, dass ukrainische Kinder die Haltung ihrer Eltern teilen.

Das nächste Beispiel eines offenen Vernichtungsaufrufs ist ebenfalls dem russischen Staatsfernsehen entnommen. Der rechtsextreme russische Politiker und Duma-Abgeordnete Alexej Zhuravlyov behauptete im Frühjahr 2022 auf „Rossija 1“, fünf Prozent der Ukrainer seien „unheilbar“ (неизлечимые). Damit meinte er alle Ukrainer, die bereit sind, in der Armee gegen den russischen Aggressor zu kämpfen, und forderte deren ausnahmslose Tötung:

„Einfach gesagt, zwei Millionen Menschen, die bereit sind, die SS wiederzuerschaffen, AZOV ist die faschistische SS, die ukrainische Armee ist die Wehrmacht, das ist einfach zu sehen. Diese zwei Millionen Menschen müssen entweder die Ukraine verlassen oder sie müssen denazifiziert werden, das heißt vernichtet.“²⁵ (Übersetzung)

Auch hier liegt angesichts des verwendeten Vokabulars („unheilbar“, „müssen vernichtet werden“) eine ausdrückliche Aufforderung zur Tötung einer großen Zahl von Mitgliedern der nationalen Gruppe der Ukrainer in entsprechender Zerstörungsabsicht und damit zu einer Genozidtat nach Art. 6 lit. a Rom-Statut vor. Wie sich aus der Äußerung in ihrer Gesamtheit ergibt, geht es nicht um einen bloßen militärischen Sieg und die Zufügung hoher militärischer Verluste. Zhuravlyov stellt vielmehr Millionen Ukrainer als unheilbare Nazis dar, die in jedem Fall zu töten sind. Im Hinblick auf eine Zerstörungsabsicht bei den Adressaten der Äußerung genügt es hier wie auch sonst, wenn lediglich die Tötung der zum Widerstand entschlossenen Ukrainer gefordert wird. Denn dabei handelt es sich um Millionen von Menschen.²⁶ Eine etwaige Zerstörungsabsicht des Aufgestachelten würde sich damit auf einen quantitativ erheblichen Anteil der geschützten nationalen Gruppe der Ukrainer beziehen und so das Erfordernis der

²⁴ Siehe dazu eine aktuelle repräsentative Umfrage, abrufbar unter <https://kiis.com.ua/?lang=eng&cat=reports&id=1332&page=2> (26.1.2024).

²⁵ Der Ausschnitt ist abrufbar unter https://twitter.com/Gerashchenko_en/status/1522939116404543495 (26.1.2024).

²⁶ Nach einer repräsentativen Umfrage vom Dezember 2023 wollen 74 Prozent der Ukrainer ohne jegliche Aufgabe von Territorien weiterkämpfen, auch wenn das den Krieg verlängern würde und die Unabhängigkeit des Landes gefährden könnte, siehe <https://kiis.com.ua/?lang=eng&cat=reports&id=1332&page=2> (26.1.2024).

Absicht zur zumindest teilweisen Zerstörung der Gruppe (Art. 6 Rom-Statut) erfüllen.

Das letzte Beispiel für einen offenen Tötungsaufwurf stammt von der russischen Propagandistin und Fernsehmoderatorin Olga Skabejewa. Im Juni 2023 äußerte Skabejewa auf „Rossija 1“:

„Die ukrainische Frage muss endgültig gelöst werden.“
(Übersetzung)

Diese Formulierung greift ein Narrativ der russischen Propaganda auf, wonach Putin gleichsam als Heiland die „ukrainische Frage“ dadurch löst, dass er die Ukraine als eigenständigen Staat vernichtet und so ein historisches russisches Imperium wiederherstellt.²⁷ Skabejewa selbst schlug zur „Lösung der ukrainischen Frage“ vor, „jedes Lebewesen in der Region Charkiw zu vernichten als Strafe und Abschreckung“.²⁸ Sowohl isoliert betrachtet als auch in ihrem propagandistischen und ideologischen Kontext (Vernichtung der Ukraine und aller Widerstand leistenden Ukrainer) ist diese Äußerung eine unmissverständliche Aufforderung zur Tötung von Millionen Ukrainern²⁹, die sich weiter der „Lösung der ukrainischen Frage“ widersetzen.

bb) Entmenschlichung, Bezeichnung als Ungeziefer und Anknüpfung an die nationalsozialistische und stalinistische Propaganda

In vielen weiteren Fällen haben russische Propagandisten Ukrainer entmenschlicht und als Ungeziefer bezeichnet. Bei der Prüfung, ob solche Äußerungen eine direkte Aufstachelung zur Begehung von Völkermord sind, wird der gesamte Kontext relevant.

Zum Beispiel hat Dmitri Medwedew, früherer Präsident und Ministerpräsident Russlands und aktuell Vorsitzender der Putin-Partei „Einiges Russland“ sowie stellvertretender Vorsitzender des Sicherheitsrats der Russischen Föderation, im Dezember 2022 über Ukrainer auf seinem Telegram-Kanal geschrieben:

„Pseudo-ukrainische tollwütige Köter [Псевдоукраїнські бешені шавки] mit russischen Nachnamen, die an ihrem giftigen Speichel ersticken, behaupten, dass ihr Feind innerhalb der Grenzen Russlands

liegt, vom Westen bis nach Wladiwostok. Gegen Tollwut gibt es kein Heilmittel. [Бешенство не лечится.]“³⁰
(Übersetzung)

Diese Äußerung weist schon bei isolierter Betrachtung in die Richtung eines Aufrufs zur Tötung von Ukrainern. Medwedew belässt es nämlich nicht bei der Beschimpfung von Ukrainern als „tollwütige Köter“, die schon aufgrund der gängigen Tötung tollwütiger Tiere einen Appell zur Tötung andeutet. Er weist darüber hinaus eigens darauf hin, dass Tollwut nicht heilbar ist. Seinem Publikum legt er so die Schlussfolgerung nahe, dass die unheilbar tollwütigen, tierischen Ukrainer mit entsprechender Zerstörungsabsicht getötet werden sollen. Untermauert wird der in dieser Äußerung liegende Tötungsaufwurf durch den militärischen und makrokriminellen Kontext, da Russland seit Februar 2022 einen von zahllosen Verbrechen gegen ukrainische Zivilisten geprägten Vernichtungskrieg gegen die Ukraine führt.³¹ Hinzu kommt der propagandistische Kontext. Andere russische Propagandisten haben im selben Zeitraum in russischen Staatsmedien ausdrücklich zur Tötung von Ukrainern aufgerufen (siehe die Beispiele oben) oder ebenfalls Ukrainer entmenschlicht. Der durchschnittliche Adressat von Medwedews Äußerung, der ständig russische Staatsmedien mit solchen Propagandainhalten konsumiert, wird diese Äußerung daher mit ausdrücklichen Tötungsaufrufen und entmenschlichenden Äußerungen anderer Propagandisten verknüpfen. Das verstärkt den in der entmenschlichenden Sprechweise angelegten Tötungsappell. Schließlich belegt auch der historische Kontext, mit dem Medwedew in dieser wie in anderen öffentlichen Wortmeldungen bewusst spielt, den Charakter seiner Äußerung als Tötungsaufforderung. Denn mit der Bezeichnung als „tollwütige Hunde“ greift Medwedew ein berühmtes Zitat von Stalins Chefankläger Wyschinski auf, der 1936 in einem Schauprozess die Todesstrafe gegen alle 16 Angeklagten mit dem Satz „Ich fordere, dass diese tollwütigen Hunde allesamt erschossen werden!“³² beantragte.

Ein weiteres Beispiel für einen mit Entmenschlichung verbundenen Tötungsaufwurf ist eine Äußerung des Fernsehmoderators Andrej Norkin vom Mai 2023. Norkin erzählte den Fernsehzuschauern erst von angeblichen Fragen an ihn, warum Russland nicht härter gegen die Ukraine vorgehe, und fragte dann in die Runde:

„Streng genommen, warum vernichten wir sie nicht wie Ratten [крыс]?“³³ (Übersetzung)

Hier ist nicht die Frageform als solche entscheidend. Wie der Verlauf der Sendung zeigt, handelt es sich um eine rhetori-

²⁷ Siehe dazu den versehentlich von RIA Novosti am 26.2.2022 veröffentlichten Siegesartikel mit dem Titel „Die Ankunft Russlands und der neuen Welt“ („Наступление России и нового мира“), abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20220226051154/https://ria.ru/20220226/rossiya-1775162336.html> (26.1.2024).

²⁸ Siehe den Sendungsausschnitt unter <https://www.youtube.com/watch?v=p7liS0qRa18> (26.1.2024).

²⁹ Die Oblast Charkiw hatte 2021 ca. 2,6 Millionen Einwohner, siehe https://web.archive.org/web/20220406120543/http://database.ukrcensus.gov.ua/PXWEB2007/ukr/publ_new1/2021/zb_chu_selnist%202021.pdf (26.1.2024).

³⁰ Medwedew, Beitrag auf Telegram v. 11.12.2022.

³¹ Siehe dazu ausführlich Azarov/Koval/Nuridzhanian/Venher, Journal of International Criminal Justice 21 (2023), 233 (252 ff.).

³² Wyschinski, Gerichtsreden, 1952, S. 542 f.

³³ Siehe den Ausschnitt unter <https://www.youtube.com/watch?v=A90p75Qi1d4> (26.1.2024).

sche Frage und damit um eine eigene Bewertung und einen eigenen impliziten Handlungsappell Norkins. Der Vergleich mit Ratten entmenschlicht die Ukrainer insgesamt und erklärt sie zu Schädlingen. Norkin schlägt zudem ausdrücklich die Vernichtung der „Ratten“ vor, wobei ein solches Vorgehen von einer gegen die Ukrainer als Gruppe (die pauschal zu vernichtenden „Ratten“) gerichteten Zerstörungsabsicht getragen wäre. Schon aus diesen Gründen ist ein eindeutiges und damit unmittelbares Aufstacheln gegeben. Der bereits geschilderte propagandistische, militärische und makrokriminelle Kontext erhärtet diesen Befund. Hinzuweisen ist außerdem auf den historischen und ideologischen Kontext: Die Gleichsetzung von Menschengruppen mit zu vernichtenden Ratten findet man auch in der nationalsozialistischen Propaganda gegen Juden. So werden die Juden im NS-Propagandafilm „Der ewige Jude“ durch Kameraeinstellungen und den Kommentar als Ratten dargestellt.³⁴

Weitere eindeutig entmenschlichende Äußerungen über Ukrainer stammen von dem Propagandisten und Moderator Sergej Mardan. Dieser sagte im März 2023 in seiner eigenen Sendung, die Ukraine sei eine schlicht von der Landkarte zu radierende Chimäre und patriotische Ukrainer „Degenerierte“. Die Ukrainer seien einfach Tiere, die keiner Anstachelung bedürften, um ihre menschliche Gestalt zu verlieren, sondern die überhaupt keine menschliche Gestalt mehr besäßen. Dann fügte er hinzu:

„Es gibt keine Gnade für irgendeinen davon, für keinen einzigen.“ (Übersetzung)

Im Anschluss verglich er Ukrainer mit „Ghuls“ (leichenfressende Dämonen) und „Untoten“, gegen die die russische Armee kämpfe.³⁵ Aus der Verbindung von gleich mehrfacher Entmenschlichung, der Äußerung, es gebe keine Gnade auch nur für einen einzigen Ukrainer, und dem propagandistischen, militärischen und makrokriminellen Kontext folgt, dass hier erneut eine unmissverständliche Aufforderung zur Tötung von Millionen Ukrainern in entsprechender Zerstörungsabsicht und damit eine unmittelbare Aufstachelung zum Völkermord vorliegt.

Russische Propagandisten haben Ukrainer wiederholt auch als Ungeziefer bezeichnet. So verglich der Propagandist Vladimir Solovyov im Fernsehen die „militärische Spezialoperation“ des russischen Regimes mit der Entwurmung einer Katze und sagte:

„Für den Arzt ist es eine Spezialoperation. Für die Würmer [для глистов] ist es ein Krieg, und für die Katze ist es eine Säuberung [чищение].“³⁶ (Übersetzung)

In diesem Sprachbild sind die Ukrainer Würmer, von denen das (noch) ukrainische Gebiet als Teil eines zukünftigen russischen Imperiums gesäubert werden muss. Auch diese Äußerung, die aus dem Juli 2022 stammt, ist im Kontext des mit zahlreichen Verbrechen gegen ukrainische Zivilisten einhergehenden russischen Angriffskriegs, des in den besetzten ukrainischen Gebieten errichteten, mit Mord, Folter, Vergewaltigung und Deportation verbundenen russischen Besatzungsregimes und der weiteren russischen Propaganda zu interpretieren. Dieser Kontext belegt, dass es sich bei der schon für sich genommen drastischen Formulierung „Säuberung von Würmern“ nicht nur um allgemeine Hassrede handelt, sondern um einen für das russische Publikum klar erkennbaren Aufruf zur Tötung einer großen Zahl von Ukrainern mit gegen die Ukrainer als Gruppe gerichteter Zerstörungsabsicht.

Medwedew wiederum bezeichnete im April 2023 auf „VKontakte“ in einem längeren Beitrag mit dem Titel „Warum wird die Ukraine verschwinden? Weil niemand sie braucht“³⁷ die Ukrainer als „neo-ukrainische blutsaugende Parasiten“ („молодоукраїнських кровососущих паразитів“) auf dem Hals der altersschwachen EU. Im selben Beitrag schreibt er zudem:

„Wir brauchen deshalb keine Unter-Ukraine [„недоукраїна“]. Wir brauchen das große große Russland.“ (Übersetzung)

Die Bezeichnung „neo-ukrainische blutsaugende Parasiten“ in Verbindung mit dem klaren Aufruf zur Vernichtung der Ukraine genügt für sich allein, um eine direkte Aufstachelung zur Tötung einer großen Zahl von Ukrainern samt Zerstörungsabsicht und damit zum Völkermord zu belegen. „Blutsaugende Parasiten“ sind Schädlinge, die in aller Regel getötet werden; da diese „Parasiten“ sich selbst als Ukrainer identifizieren („neo-ukrainisch“), ist ihr Schicksal zudem mit dem der Ukraine verbunden, der Medwedew die Daseinsberechtigung abspricht. Die Radikalität von Medwedews Äußerung wird jedoch erst dann ganz deutlich, wenn man sich neben dem militärischen, propagandistischen und makrokriminellen Kontext auch den historischen und ideologischen Kontext vergegenwärtigt. Medwedew knüpft mit seiner Wortwahl deutlich erkennbar an die nationalsozialistische Rhetorik an. So schrieb Hitler über Juden:

„Er [der Jude] ist und bleibt der typische Parasit, ein Schmarotzer, der wie ein schädlicher Bazillus sich immer mehr ausbreitet, sowie nur ein günstiger Nährboden dazu einlädt.“³⁸

Die Bezeichnung der Ukraine als „Unter-Ukraine“ spielt mit dem für die nationalsozialistische Propaganda zentralen Begriff des „Untermenschen“.³⁹

³⁴ Näher dazu *Friedman*, Frauen und Film 47 (1989), 24 ff.

³⁵ Der entsprechende Ausschnitt ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=G5dyEPK2UIU> (26.1.2024).

³⁶ Der entsprechende Ausschnitt ist abrufbar unter <https://www.newsweek.com/russian-tv-ukraine-no-longer-exists-simonyan-russia-1-deworming-1726014> (26.1.2024).

³⁷ https://vk.com/dm?w=wall53083705_54704 (26.1.2024).

³⁸ *Hitler*, Mein Kampf, 306. Aufl. 1938, S. 334.

³⁹ Siehe dazu nur die von *Heinrich Himmler* herausgegebene Hetzschrift „Der Untermensch“, 1942.

cc) *Religiös verbrämte Tötungsaufrufe*

Eine weitere Fallgruppe aus der russischen Propaganda betrifft Aufrufe zur Tötung von Ukrainern, die mit einem religiösen Vokabular aufgeladen sind. Tatsächlich weisen die entsprechenden Äußerungen keinerlei echten religiösen Gehalt auf.

Der tschetschenische Diktator Ramsan Kadyrow etwa schrieb im November 2022 auf seinem Telegram-Account, das Ergebnis der „Spezialoperation“ sei „die völlige Zerstörung aller Manifestationen des Satanismus: Schaitane [teuflische Geister], Bandera, Nazis“. Deren wahres Wesen sei der Mangel an Menschlichkeit, an moralischen Prinzipien und die Verbreitung böser Geister, weshalb die Genannten Satanisten seien.⁴⁰ Diese Äußerung verbindet eine pseudoreligiöse Begründung für den Angriff auf die Ukraine mit der noch näher zu behandelnden Bezeichnung all derjenigen Ukrainer als Nazis, die es wagen, sich selbst nicht als Russen, sondern als Ukrainer mit eigenständiger nationaler Identität zu verstehen. Durch diese Verbindung entsteht beim Publikum der Eindruck eines endzeitlichen Kampfs gegen das absolut Böse, der bis zur Vernichtung sämtlicher „Schaitane“ und „Nazis“ geführt werden muss. Auch hier verstärkt der militärische, propagandistische und makrokriminelle Kontext den impliziten, aber klaren Appell zur Tötung der ukrainischen „Schaitane“ und „Nazis“.

Ein weiteres Beispiel stammt von dem bereits genannten Propagandisten Solovyov, der im Fernsehen behauptete:

„Ein heiliger Krieg findet statt. Wir kämpfen für das Recht der Menschheit, in ihrem ursprünglichen Staat zu leben, wie Gott ihn geschaffen hat. Diese Idioten [...] führen Krieg gegen Gott. [...] es ist Satanismus. Sie sind rein dämonisch.“ (Übersetzung)

Weiter sagte Solovyov, die Russen hätten es mit den „Dienern des Fürsten der Finsternis“ und einem „teuflischen Ursprung“ zu tun und fragte rhetorisch, welche Art von Verhandlungen es denn mit Satan geben könne. Schließlich forderte er den Einsatz von Atomwaffen gegen ukrainische Städte und verglich die Ukraine mit Sodom und Gomorrha.⁴¹ Mit religiöser Terminologie und Bibelzitat deutet Solovyov hier einen Angriffskrieg und zahlreiche Verbrechen gegen die ukrainische Zivilbevölkerung in einen endzeitlichen Kampf Russlands gegen Satan um, der unbedingt bis zur Vernichtung Satans geführt werden muss. Dabei sind die Diener Satans alle Ukrainer, die nicht unter russischer Herrschaft leben und die ihre eigenständige Identität bewahren wollen. Gegen all diese Ukrainer sollen Solovyov zufolge Atomwaffen eingesetzt werden. Dass dies ein ausdrücklicher Aufruf zur Tötung zahlreicher Ukrainer in der Absicht zur mindestens teilweisen Zerstörung der Ukrainer als nationale Gruppe

und damit eine unmittelbare Aufstachelung zum Völkermord ist, liegt auf der Hand.

dd) *„Denazifizierung“ und Vernichtung der Ukraine*

Sehr häufig fordern russische Propagandisten die „Denazifizierung“ der Ukraine und der Ukrainer. Geht man von einem Begriff des Nazismus aus, der sich auf die nationalsozialistische Ideologie und Politik bezieht, wirkt diese Forderung grotesk: Die Ukraine hat mit Selenskyj einen jüdischen Präsidenten und die rechtsextremen ukrainischen Parteien haben zusammen bei der letzten Parlamentswahl lediglich etwas über zwei Prozent der Stimmen erhalten⁴². „Nazismus“, „Nazi“ und dementsprechend auch „Denazifizierung“ haben jedoch in der russischen Propaganda eine völlig andere Bedeutung. Die Sowjetunion missbrauchte nach 1945 den Begriff „Nazismus“, um damit jegliches Bestreben der Ukrainer nach Unabhängigkeit und deren Beharren auf einer eigenen nationalen Identität zu diskreditieren, und Russland hat dies fortgeführt. Nach der Logik dieser insbesondere auch von Putin verbreiteten Propaganda ist jeder Ukrainer, der für eine von Russland unabhängige Ukraine eintritt und behauptet, eine eigene nationale Identität zu haben, ein Nationalist und damit automatisch auch ein Faschist und Nazi.⁴³ Doch liegt nun in Forderungen nach einer „Denazifizierung“ auch eine unmittelbare Aufstachelung zur Begehung von Völkermord an den Ukrainern? Dafür sprechen schlichte logische Erwägungen und der propagandistische, ideologische und politische Kontext:

Die „Denazifizierung“ der Ukraine im Sinne einer Zerstörung der ukrainischen Eigenstaatlichkeit ist nur dann möglich, wenn alle oder zumindest eine große Zahl der ukrainischen „Nazis“ getötet werden, die auf einem eigenständigen ukrainischen Staat und einer eigenen nationalen Identität beharren und bereit sind, dafür gegen Russland zu kämpfen und im Fall einer russischen Besetzung Widerstand zu leisten. Insofern steht die Absicht zur Zerstörung der Ukraine in engem Zusammenhang mit der Absicht zur wenigstens teilweisen Zerstörung der Ukrainer als nationale Gruppe. Eine „Denazifizierung“ einzelner Ukrainer, die nicht in einer Tötung besteht, setzt zudem voraus, dass die betroffenen Personen ihre ukrainische Identität und ihren Widerstand gegen Russland aufgeben. Wer das nicht tut, kann nur noch durch Tötung „denazifiziert“ werden.

Deutlicher wird der mit der Forderung nach „Denazifizierung“ verbundene Tötungsauftrag samt Zerstörungsabsicht im Sinne des Völkermordtatbestands in einem zentralen Text der russischen Propaganda. Anfang April 2022 veröffentlichte die staatliche russische Nachrichtenagentur RIA Novosti einen Text des russischen Politikberaters und Autors Timofei Sergeitsev mit dem Titel „Was Russland mit der Ukraine tun sollte“ („Что Россия должна сделать с Украиной“).⁴⁴ Die-

⁴⁰ Kadyrov, Beitrag auf Telegram v. 26.11.2022.

⁴¹ Die genannten Äußerungen finden sich in einem unter <https://www.youtube.com/watch?v=xhY4-lhUkkl> (26.1.2024) abrufbaren Ausschnitt aus einer Sendung Solovyovs.

⁴² https://www.cvk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/09/protokol_zbvo_03082019.pdf (26.1.2024).

⁴³ Ausführlich Azarov/Koval/Nuridzhanian/Venher, Journal of International Criminal Justice 21 (2023), 233 (245 ff.).

⁴⁴ Der Text ist abrufbar unter

ser Text enthält ein detailliertes Programm zur Vernichtung der Ukraine als eigenständigen Staat und zum Vorgehen gegen die Ukrainer. Im Mittelpunkt steht der Begriff „Denazifizierung“, der mit Blick auf die Ukraine als solche die „Deukrainisierung“ und „Deeuropäisierung“ umfasst. Der ukrainische „Nazismus“ wird mit der Verteidigung der staatlichen Unabhängigkeit und der EU- und Westorientierung der Ukraine gleichgesetzt. Die breite Masse der Ukrainer bestehe aus Nazis. Alle an der Verteidigung des Landes beteiligten Personen seien Nazis sowie Kriegsverbrecher und müssten in einer abschreckenden Weise bestraft werden. Eine „totale Säuberung“ („totalная люстрация“) müsse erfolgen. Die Nazi-Eliten seien zu eliminieren („ликвидация непримиримых нацистов“). Massendurchsuchungen seien notwendig, um die Verbindungen der einzelnen Ukrainer zum Nazismus aufzudecken. Im Rahmen der Säuberung müssten diejenigen Gehilfen des Nazi-Regimes, die nicht mit der Todesstrafe („применена смертная“) belegt oder inhaftiert würden, Zwangsarbeit leisten.

Hier ist der Begriff „Denazifizierung“ mit der klaren Forderung verbunden, einen erheblichen Teil der nationalen Gruppe der Ukrainer mit entsprechender Zerstörungsabsicht physisch zu vernichten: Wenn alle Ukrainer, die sich an der Verteidigung des Landes beteiligen, als „Kriegsverbrecher“ mit äußerster Härte zu bestrafen sind, und wenn weiter alle besonders auf nationaler Eigenständigkeit beharrenden Ukrainer zu den „Nazi-Eliten“ gehören, dann betrifft die Forderung nach „totaler Säuberung“ und Todesstrafe hunderttausende, wenn nicht gar Millionen Ukrainer. Hinzu kommt auch hier der makrokriminelle, militärische und propagandistische Kontext. Im April 2022 hatten die russischen Truppen bereits zahlreiche Ukrainer ermordet (etwa in Butscha) und führten seit über einem Monat einen mit vielen weiteren Völkerrechtsverbrechen verbundenen Großangriff durch. Ebenfalls im April 2022 erklärten die schon erwähnten Propagandisten Alexej Zhuravlyov und Olga Skabedjewa im Staatsfernsehen, dass eine „Denazifizierung“ damit verbunden sei, „Köpfe abzuschlagen“.⁴⁵

Dieser spezifische Kontext macht schließlich auch Forderungen nach einer „Denazifizierung“ ohne ausdrückliche Tötungsappelle für das russische Publikum zu unmissverständlichem Aufrufen, zahlreiche Ukrainer zu töten und deren nationale Gruppe zu zerstören, und damit zu einer unmittelbaren Aufstachelung zur Begehung von Völkermord. Wenn Propagandisten die „Denazifizierung“ immer wieder mit dem Aufruf zur Tötung von Ukrainern verbinden und russische Einheiten gleichzeitig zahlreiche Ukrainer ermorden, dann weiß der Konsument russischer Propaganda irgendwann, was „Denazifizierung“ umfasst, auch wenn der Tötungsappell selbst nicht mehr eigens wiederholt wird.

3. Innere Tatseite

Bei der inneren Tatseite sind zwei Fragen zu unterscheiden: die Frage, welche allgemeinen subjektiven Anforderungen bestehen, und die Frage, ob der Aufstachelungstatbestand auch eine eigene Zerstörungsabsicht des Aufstachelnden voraussetzt.

a) Anforderungen nach Art. 30 Rom-Statut

Die innere Tatseite bei Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut erfordert zunächst, dass der Täter die grundsätzlichen Anforderungen des Art. 30 Rom-Statut erfüllt. Diese Norm enthält je nach Bezugspunkt („conduct“, „consequence“, „circumstance“) unterschiedliche subjektive Anforderungen. Das wirkt sich beim Aufstachelungstatbestand insofern aus, als dieser keine tatbestandliche Folge („consequence“) enthält. So muss es nicht infolge der Aufstachelung zu einer Genozidtat und auch nicht zu einem entsprechenden konkreten „Gefährdungserfolg“ kommen. Aus diesem Grund ist hier die an die Formulierung „will occur“ in Art. 30 Abs. 2 lit. b Rom-Statut anknüpfende und vom ICC verneinte Frage nicht relevant, ob Eventualvorsatz hinsichtlich einer tatbestandlichen Folge für die innere Tatseite grundsätzlich ausreicht⁴⁶. Der Täter der Aufstachelung muss also nicht, wie es der ICC für Tatbestände mit „consequences“ verlangt, wissen oder es für nahezu sicher halten, dass sein Verhalten zur tatsächlichen Begehung einer Völkermordtat führt oder eine entsprechende konkrete Gefahr schafft. Zudem ist die Begehung von Völkermord beim Aufstachelungstatbestand kein Kontextelement („circumstance“ i.S.v. Art. 30 Abs. 3 Rom-Statut). Dem Täter muss daher auch nicht bewusst sein, dass tatsächlich bereits ein Völkermord stattfindet. Insoweit spiegelt die innere Tatseite den besonderen Deliktcharakter der Aufstachelung als Vorfeldtatbestand wider.

Weil der Aufstachelungstatbestand lediglich eine Handlungsbeschreibung enthält, ist gem. Art. 30 Abs. 2 lit. a Rom-Statut („means to engage in the conduct“) nur erforderlich, dass das Verhalten des Täters auf einem entsprechenden Handlungswillen beruht. Da aber das im Tatbestand beschriebene Verhalten darauf gerichtet ist, Dritte gerade zu Völkermordtaten aufzustacheln, wird man für den Handlungswillen auch ein Bewusstseinsmoment in dem Sinne verlangen müssen, dass dem Täter der genozidale Charakter der drohenden Taten bewusst ist. Diese relativ geringen Voraussetzungen sind bei propagandistischen Äußerungen wie den hier analysierten zu bejahen. Denn es ist kaum vorstellbar, dass jemand im jeweiligen Kontext eindeutig zur massenhaften Tötung von Angehörigen einer geschützten Gruppe wie den Ukrainern aufruft, ohne dass dieses Verhalten seinem Willen entspricht. Zudem ist dem Aufstachelnden bei solchen Äußerungen zwangsläufig bewusst, dass die Adressaten auch mit einer gegen die geschützte Gruppe gerichteten Zerstö-

<https://ria.ru/20220403/ukraina-1781469605.html>

(26.1.2024).

⁴⁵ Siehe

https://twitter.com/JuliaDavisNews/status/1513331072007909379?s=20&t=cfYqYEQHU7SaTYqi-4_vdg (26.1.2024).

⁴⁶ Siehe ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 A 5 (Lubanga Dyilo), Rn. 447; kritisch *Piragoff/Robinson*, in: Ambos (Fn. 21), Art. 30 Rn. 26 f.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 9), Rn. 550; siehe auch *dies.*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 35 (51 ff.).

rungsabsicht handeln würden, hat er doch eine solche Zerstörungsabsicht selbst geschürt.

b) Erfordernis einer eigenen Zerstörungsabsicht beim Aufstachelnden?

Umstritten ist, ob der Täter der Aufstachelung jenseits der allgemeinen Anforderungen des Art. 30 Rom-Statut auch selbst mit der nach Art. 6 Rom-Statut und seinen Vorgängernotwendigen Zerstörungsabsicht („intent to destroy“) handeln muss. Der Ruanda-Strafgerichtshof hat dies für den Aufstachelungstatbestand des Art. 2 Abs. 3 lit. c ICTR-Statut bejaht. Das begründete er damit, dass der Aufstachelungsvorsatz den Wunsch des Täters impliziere, durch sein Verhalten bei den aufgestachelten Personen einen besonderen, zur Begehung von Völkermord notwendigen Geisteszustand hervorzurufen. Dann aber müsse der Täter auch selbst Zerstörungsabsicht haben.⁴⁷ Überzeugend ist diese Begründung nicht. Sie beruht auf der laienpsychologischen Annahme, wer einen bestimmten Geisteszustand bei einem anderen hervorrufen wolle, müsse diesen Geisteszustand auch selbst aufweisen. Dass diese Annahme nicht zwingend ist, liegt auf der Hand. So kann der Täter auch schlicht aus Opportunismus, Zynismus, Geldgier oder Machtstreben bei anderen Personen die für eine Völkermordtat erforderliche Zerstörungsabsicht hervorrufen wollen.

Andere begründen das Erfordernis einer eigenen Zerstörungsabsicht des aufstachelnden Täters mit allgemeinen Erwägungen zum Charakter des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut. Die Zerstörungsabsicht müsse vorliegen, weil die Aufstachelung ein Sonderfall der „complicity“ sei und ein spezifisches Risiko für die geschützten Gruppen schaffe⁴⁸ bzw. einen Fall der Täterschaft betreffe⁴⁹. Diese Argumente lassen sich aber auch umkehren: Gerade weil die Aufstachelung einen besonderen Deliktscharakter aufweist und ein spezifisches Risiko schafft, muss der Aufstachelnde nicht die subjektiven Anforderungen erfüllen, die der allgemeine Völkermordtatbestand aufstellt. Der Aufstachelnde ist zwar auch Täter, aber eben Täter eines besonders gefährlichen und deshalb eigenständig geregelten Vorfelddelikts.

Mit Blick auf den in Art. 31 Abs. 1, 32 WVK vorgeschriebenen Gang der Interpretation völkerrechtlicher Verträge erscheint es ohnehin methodisch angreifbar, aus abstrakt-dogmatischen Überlegungen das Erfordernis einer eigenen Zerstörungsabsicht des Aufstachelnden abzuleiten. Im Text des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut findet ein solches Erfordernis keine Stütze.⁵⁰ Auch wenn man die oben genannten Argumente als eine im weiten Sinne systematische Interpretation i.S.v. Art. 31 Abs. 1 WVK verstehen wollte, spricht doch der bei einer systematischen Interpretation anzustellende

Vergleich von Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut mit Art. 6 Rom-Statut und der besondere Regelungsort der Aufstachelung gegen ein Erfordernis der Zerstörungsabsicht beim Aufstachelnden. Nach dem Zweck des Aufstachelungstatbestands ist ein solches Erfordernis ebenfalls zu verneinen. Für das Ausmaß der von der unmittelbaren und öffentlichen Aufstachelung ausgehenden, besonderen Gefahr für die von Art. 6 Rom-Statut geschützten Gruppen ist es irrelevant, ob die zum Völkermord aufstachelnde Person selbst Zerstörungsabsicht aufweist oder mit der Aufstachelung andere Ziele verfolgt und Völkermordtaten etwa nur aus Zynismus oder Opportunismus in Kauf nimmt.

Hinsichtlich der oben analysierten Äußerungen aus der russischen Propaganda wird es auf diese grundsätzliche Streitfrage in vielen Fällen nicht ankommen. Auch wenn man vom Erfordernis einer eigenen Zerstörungsabsicht des Aufstachelnden ausgeht, wird sich diese Absicht oft schon aus der jeweiligen Äußerung ergeben.⁵¹ Wer etwa im Fernsehen zur Tötung von Millionen Ukrainern aufruft oder fordert, die Ukrainer wie Ratten zu vernichten, kann sich später kaum darauf berufen, es sei ihm eigentlich gar nicht um die ganze oder teilweise Zerstörung der Ukrainer als nationale Gruppe gegangen.

Schwieriger wäre der Nachweis einer eigenen Zerstörungsabsicht des Aufstachelnden bei solchen Äußerungen, die auf den ersten Blick mehrdeutig erscheinen oder die geschickt Metaphern nutzen und bei denen sich schon objektiv ein unmittelbares Aufstacheln zur Begehung von Völkermord erst aus einer umfassenden Berücksichtigung des Kontexts ergibt. Hier ist einmal in Rechnung zu stellen, dass es nach der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs nicht genügt, wenn der Täter auf die soziale oder kulturelle Vernichtung der geschützten Gruppe abzielt, sondern dass es ihm auf die physische Vernichtung ankommen muss.⁵² Beim Nachweis der Zerstörungsabsicht soll es zudem ein besonders wichtiges Indiz sein, wenn der Täter innerhalb einer Gesamt-Völkermordtat oder eines entsprechenden Plans bzw. einer entsprechenden Politik handelt.⁵³ Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung sind auch der allgemeine Kontext, die Begehung anderer systematisch gegen die Gruppe gerichteter Straftaten, das Ausmaß begangener Gräueltaten, die systematische Auswahl der Opfer aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit und die Wiederholung zerstörerischer und diskriminierender Akte zu berücksichtigen.⁵⁴

⁴⁷ ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 560; siehe auch ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 4.2.2013 – ICTR-99-50-A (Mugenzi und Mugiraneza), Rn. 135; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44D-A (Nzabonimana), Rn. 121.

⁴⁸ *Ambos* (Fn. 21), § 25 Rn. 47.

⁴⁹ *Lüders* (Fn. 6), S. 250.

⁵⁰ Ebenso *Eser* (Fn. 13), S. 806.

⁵¹ Vgl. *Schabas* (Fn. 6), S. 326: „the mens rea is generally obvious enough from the content of the message“.

⁵² Siehe ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Krstić), Rn. 574 ff., 580; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Krstić), Rn. 25; anders BVerfG NJW 2001, 1848 (1850 f.); BGHSt 45, 64 (81).

⁵³ So etwa ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 5.7.2001 – IT-95-10-A (Jelisić), Rn. 48; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.4.2015 – IT-05-88/2-A (Tolimir), Rn. 246, 252; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Krstić), Rn. 572.

⁵⁴ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 5.7.2001 – IT-95-10-A (Jelisić), Rn. 47 f.; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.4.

Demnach ist – sofern man eine eigene Zerstörungsabsicht des Aufstachelnden verlangt – auf der Ebene der Beweisführung in einigen Fällen auch die Frage relevant, ob das Geschehen in der Ukraine als Gesamt-Völkermordtat an der nationalen Gruppe der Ukrainer beziehungsweise als Ausdruck eines entsprechenden Plans oder einer entsprechenden Politik zu qualifizieren ist. Auch wenn diese Frage hier nicht abschließend zu beantworten ist, sprechen doch zahlreiche Umstände dafür, dass die Mitglieder des Putin-Regimes und zahlreiche weitere in den Angriff auf die Ukraine involvierte Personen mit der für Völkermord erforderlichen Absicht handeln, die Ukrainer als nationale Gruppe ganz oder teilweise physisch zu zerstören⁵⁵: Zu nennen sind hier unter anderem die Ukrainer entmenslichende Äußerungen und Tötungsauffufe von ranghohen Mitgliedern des Putin-Regimes wie Medwedew (s.o.); die vollständig staatlich gesteuerte Propaganda in den Staatsmedien mit einer Reihe offen zur Begehung von Völkermord auffordernder Äußerungen; die Veröffentlichung des oben analysierten Programms zum russischen Vorgehen in der Ukraine bei der staatlichen Nachrichtenagentur RIA Novosti, das deutliche Hinweise auf eine Zerstörungsabsicht (auch in der engen Lesart des ICTY) enthält und das der Osteuropa-Historiker *Timothy Snyder* als Russlands „genocide handbook for its war on Ukraine“ beschrieben hat;⁵⁶ die wiederholten Massaker an ukrainischen Zivilisten wie in Bucha, Irpin oder Hostomel,⁵⁷ wobei Putin die Täter des Bucha-Massakers nach der Tat sogar mit einem Ehrentitel für ihre Brigade auszeichnete⁵⁸; die permanenten weiteren massiven Menschenrechtsverletzungen in den russisch besetzten Gebieten wie der ausgedehnte und systematische Einsatz von Folter gerade gegen solche Personen, die als Vertreter des ukrainischen Widerstands erscheinen;⁵⁹ die

Praxis der Deportationen von Ukrainern aus besetzten Gebieten;⁶⁰ die zwangsweise Überführung zahlreicher ukrainischer Kinder nach Russland und deren dortige Adoption;⁶¹ die auf völlige Vernichtung abzielende Art der russischen Kriegsführung gegen ukrainische Städte und deren Bevölkerung wie im Fall Mariupol⁶² und schließlich die permanenten gezielten Angriffe auf die für die ukrainische Bevölkerung überlebensnotwendige zivile Infrastruktur und auf weitere zivile Ziele im Winter 2022/23⁶³ und im Winter 2023/24⁶⁴. Geht man davon aus, dass sich aus der Gesamtschau dieser Umstände eine Zerstörungsabsicht von Putin und anderen Regimemitgliedern sowie weiteren am Angriff auf die Ukraine beteiligten Personen ergibt, dann ist das wiederum ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Zerstörungsabsicht auch bei solchen Personen vorliegt, die den physischen Angriff auf die Ukraine und die Ukrainer als geschützte Gruppe propagandistisch vorbereiten und unterstützen. Diese Personen fügen sich mit ihren aufstachelnden Äußerungen dann in eine übergeordnete Völkermordtat nach einem entsprechenden Plan und in eine übergeordnete Verfolgungspolitik ein.

Auch weitere Indizien, die nach den ad hoc-Strafgerichtshöfen für eine Zerstörungsabsicht sprechen, sind im Fall russischer Propagandisten gegeben: Das russische Regime und sein Militär- und Geheimdienstapparat begehen zahlreiche weitere systematisch gegen die Ukrainer gerichteten Verbrechen wie die fortwährenden gegen die gesamte ukrainische Zivilbevölkerung gerichteten Luftangriffe. Die an Ukrainern begangenen Gräueltaten haben ein hohes Ausmaß, etwa die Ermordung von vielen hundert Zivilisten und die systematische Folter zahlreicher Ukrainer in den besetzten Gebieten. Überdies wiederholen sich viele gegen die Ukrainer gerichtete diskriminierende und zerstörerische Akte Russlands permanent.

2015 – IT-05-88/2-A (Tolimir), Rn. 246 f.; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 8.5.2012 – ICTR-00-55B-A (Hategekimana), Rn. 133.

⁵⁵ Einen russischen Völkermord in der Ukraine bejahen etwa auch *Azarov/Koval/Nuridzhanian/Venher*, *Journal of International Criminal Justice* 21 (2023), 233 ff., und ein ausführlicher Report des Raoul Wallenberg Centre for Human Rights, abrufbar unter

<https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/20230726-Genocide-Ukraine-Report-NISLAP.pdf> (26.1.2024).

⁵⁶ Siehe *Snyder*, substack v. 8.4.2022, abrufbar unter <https://snyder.substack.com/p/russias-genocide-handbook> (26.1.2024).

⁵⁷ Siehe dazu <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/12/un-report-details-summary-executions-civilians-russian-troops-northern> (26.1.2024).

⁵⁸ Siehe den Bericht beim Spiegel v. 19.4.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/ausland/nach-den-graueultaten-in-butscha-putin-verleiht-ehrentitel-an-brigade-a-66c838d7-717d-4cdc-a81f-67254ff02de2> (26.1.2024).

⁵⁹ Siehe dazu den aktuellen Bericht der unabhängigen internationalen Untersuchungskommission der Vereinten Nationen, abrufbar unter

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A-78-540-En.pdf> (26.1.2024);

der Bericht dokumentiert auf S. 9 ff. unter anderem weit verbreitete und systematische Folterungen von Ukrainern in den besetzten Gebieten und in Russland.

⁶⁰ Siehe dazu Human Rights Watch v. 1.9.2022, abrufbar unter

<https://www.hrw.org/report/2022/09/01/we-had-no-choice/filtration-and-crime-forcibly-transferring-ukrainian-civilians> (26.1.2024).

⁶¹ Siehe dazu <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> (26.1.2024).

⁶² Siehe Human Rights Watch v. 21.3.2022, abrufbar unter <https://www.hrw.org/news/2022/03/21/ukraine-ensure-safe-passage-aid-mariupol-civilians> (26.1.2024).

⁶³ Siehe dazu Human Rights Watch v. 6.12.2022, abrufbar unter

<https://www.hrw.org/news/2022/12/06/ukraine-russian-attacks-energy-grid-threaten-civilians> (26.1.2024).

⁶⁴ Siehe dazu den Bericht unter <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/29/russia-launches-huge-wave-missile-strikes-ukraine> (26.1.2024).

Insgesamt wäre damit – sofern man von einem Gesamt-Völkermordgeschehen in der Ukraine ausgeht, in das sich die propagandistischen Äußerungen einfügen – der Nachweis einer eigenen Völkermordabsicht bei den zur Begehung von Völkermord aufstachelnden russischen Propagandisten durchaus zu führen.

III. Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht?

Der deutsche Gesetzgeber hat in das 2002 geschaffene Völkerstrafgesetzbuch keine Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut entsprechende Norm aufgenommen. Offenbar ging er davon aus, die Aufstachelung zum Völkermord sei mit den bestehenden Normen des StGB hinreichend erfasst. In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung heißt es lapidar:

„Für die nach Artikel 6 in Verbindung mit Artikel 25 Abs. 3 Buchstabe e IStGH-Statut strafbare öffentliche Aufstachelung zum Völkermord verbleibt es bei der bisherigen Strafbarkeit nach §§ 111 und 130a StGB.“⁶⁵

Bei den hier untersuchten Äußerungen russischer Propagandisten kommt mit Blick auf diese Normen eine Strafbarkeit nach § 111 StGB in Betracht. Auf der Ebene des objektiven und subjektiven Tatbestands zeigen sich dabei auch kaum Probleme. Anders verhält es sich allerdings auf der strafbendungsrechtlichen Ebene.

1. Tatbestand des § 111 StGB

§ 111 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt⁶⁶. Damit gleicht die Norm in ihrer Struktur dem „inchoate crime“ des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut. Sie schützt die Rechtsgüter der von der Aufforderung umfassten Straftatbestände und den inneren Gemeinschaftsfrieden.⁶⁷ Bei einer öffentlichen Aufforderung zum Völkermord ist demnach auch der Bestand der betroffenen Gruppe i.S.v. § 6 VStGB ein von § 111 StGB geschütztes Rechtsgut.

Der objektive Tatbestand erfordert lediglich eine öffentliche Aufforderung des Täters zu einer rechtswidrigen Tat. Eine Aufforderung liegt nicht schon bei einem bloßen Befürworten oder Billigen vor.⁶⁸ Notwendig ist vielmehr eine bestimmte Erklärung an die Motivation anderer, bestimmte Straftaten zu begehen, wobei es ausreicht, wenn die Erklärung dem Bewusstsein des Täters entsprechend den Eindruck der Ernstlichkeit erweckt, ohne tatsächlich ernst gemeint zu sein.⁶⁹ Die Aufforderung kann auch implizit erfolgen; maß-

geblich ist, dass sie für die Adressaten verständlich ist.⁷⁰ Die Tat, zu der der Täter auffordert, muss weniger konkretisiert als im Fall einer Anstiftung sein. Es genügt, wenn sie der Art nach ohne Bestimmung von Ort und Zeit der Begehung gekennzeichnet ist, sofern das Opfer zumindest in allgemeinen Wendungen benannt wird.⁷¹ Öffentlich ist die Aufforderung, wenn sie von einem unbestimmten Personenkreis tatsächlich wahrgenommen werden kann.⁷²

Die hier analysierten Äußerungen aus der russischen Propaganda sind ohne weiteres eine Aufforderung zu einer rechtswidrigen Tat i.S.v. § 111 StGB. Teils enthalten sie offene Appelle, zahlreiche Ukrainer zu töten und damit eine Tat nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB zu begehen. In vielen anderen Fällen ergibt sich der Appell zu einer solchen Tat aus dem Gesamtkontext der Äußerung. Die Opfer sind in diesen Äußerungen klar benannt, ebenso der Tatort (die Ukraine) und teils sogar die Tatzeit, wenn zu sofortigen Taten wie etwa der Vernichtung aller Lebewesen in der Region Charkiw aufgefordert wird. Überdies sind alle untersuchten Äußerungen öffentlich, da sie in Massenmedien erfolgten.

Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt. § 111 StGB verlangt nach allgemeinen Regeln lediglich Eventualvorsatz hinsichtlich der Aufforderung selbst und der Taten, zu denen der Täter auffordert. Nach dem Wortlaut der Norm, dem Vergleich mit § 6 VStGB und dem Schutzzweck (für die Gefährlichkeit der Aufforderung sind verborgene Absichten und Motive des Täters irrelevant) muss der Täter nicht selbst Zerstörungsabsicht i.S.v. § 6 VStGB aufweisen. Auch aus den Gesetzesmaterialien zum Völkerstrafgesetzbuch ergibt sich kein Anhaltspunkt für gesteigerte Anforderungen im subjektiven Tatbestand des § 111 StGB bei einer Aufforderung zum Völkermord.

2. Strafbendungsrechtliche Problematik

Zweifelhaft ist jedoch, ob § 111 StGB auf im Ausland getätigte öffentliche Aufforderungen russischer Propagandisten zur Begehung von Völkermord anwendbar ist. § 1 VStGB, der das Weltrechtsprinzip enthält, nennt § 111 StGB auch für den Fall der Aufforderung zum Völkermord nicht. In den Gesetzesmaterialien zum Völkerstrafgesetzbuch heißt es zudem, das Weltrechtsprinzip gelte für die „im VStGB geregelten Verbrechen“,⁷³ worunter § 111 StGB gerade nicht fällt. Daher greifen grundsätzlich bei einer öffentlichen Aufforderung zum Völkermord die allgemeinen strafbendungsrechtlichen Regeln der §§ 3 ff. StGB.⁷⁴ Lässt sich nach diesen Regeln aber eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen?

⁶⁵ BT-Drs. 14/8524, S. 19.

⁶⁶ BGHSt 29, 258 (267); *Rosenau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 111 Rn. 12.

⁶⁷ Siehe BGHSt 29, 258 (267); *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 111 Rn. 2; *Rosenau* (Fn. 66), § 111 Rn. 3 ff.

⁶⁸ Siehe BGHSt 31, 16 (22).

⁶⁹ BGHSt 28, 312 (314); 32, 310; siehe auch *Rosenau* (Fn. 66), § 111 Rn. 18 („Appellcharakter“).

⁷⁰ Siehe *Rosenau* (Fn. 66), § 111 Rn. 25.

⁷¹ BGHSt 31, 16 (22); 32, 310 (312); vgl. auch RGSt 65, 200 (202); *Rosenau* (Fn. 66), § 111 Rn. 56.

⁷² Siehe OLG Karlsruhe NStZ 1988, 416 (417) zu § 116 OWiG; *Rosenau* (Fn. 66), § 111 Rn. 33.

⁷³ Siehe BT-Drs. 14/8524, S. 14.

⁷⁴ So auch *Kreß*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, VStGB § 6 Rn. 112.

§ 5 Nr. 5a lit. a StGB, der die Geltung des § 111 StGB unter besonderen Voraussetzungen auf im Ausland begangene Aufforderungen zu Straftaten erstreckt, ist nicht einschlägig. Jedenfalls in den hier behandelten Fällen sind die Täter weder Deutsche noch haben sie ihre Lebensgrundlage im Inland. Selbst wenn es doch unter diese Voraussetzungen fallende Täter geben sollte, wäre § 5 Nr. 5a lit. a StGB kaum erfüllt: Zwar genügt es für die inländische Wahrnehmbarkeit einer Aufforderung schon, wenn diese auf einem ausländischen Server abgelegt wird und vom Inland aus über einen Link erreichbar ist.⁷⁵ Das könnte bei vielen Inhalten der russischsprachigen Propaganda der Fall sein, für die auch eine große Zahl potentieller russischsprachiger Adressaten in Deutschland besteht. Allerdings muss es sich der Gesetzesbegründung zufolge für ein Eingreifen von § 5 Nr. 5a lit. a StGB bei der Tat, zu der aufgefordert wird, um eine Tat handeln, die im Inland begangen werden soll.⁷⁶ Die einschlägigen Äußerungen aus der russischen Propaganda enthalten jedoch nur Aufrufe zur Begehung von Genozidaten in der Ukraine.

Zu erwägen ist weiter, ob § 6 Nr. 9 StGB in Verbindung mit der UN-Völkermordkonvention zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf die hier analysierten Fälle führen kann. § 6 Nr. 9 StGB setzt eine völkervertragliche Verfolgungspflicht der Bundesrepublik Deutschland voraus.⁷⁷ Eine solche ergibt sich aus Art. VI der Völkermordkonvention aber nicht. Nach dem Wortlaut dieser Norm sind bei Völkermord wie auch bei Aufstachelung zur Begehung zum Völkermord die Verdächtigen vor ein zuständiges Gericht des Tatortstaats oder vor einen (völkervertraglich) zuständigen internationalen Strafgerichtshof zu stellen. Das spricht zwar nicht unbedingt gegen ein Recht, aber gegen eine Pflicht jedes Mitgliedstaates der Konvention, sein Strafrecht auf im Ausland begangene Genozidaten anzuwenden.⁷⁸ Zudem zeigt die Entstehungsgeschichte der Völkermordkonvention, dass deren Art. VI Ausdruck einer sehr restriktiven Position ist, derzufolge bei Genozid das Universalitätsprinzip nicht greifen sollte.⁷⁹

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf in Russland getätigte Tötungsaufrufe ist auch nicht mit einem inländischen Erfolgsort gem. § 9 Abs. 1 Var. 3, 4 StGB zu begründen. Zwar hat der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit dem abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt der Volksverhetzung in einer älteren Entscheidung ausgeführt, der zum Tatbestand gehörende Erfolg i.S.v. § 9 Abs. 1 StGB trete bei solchen Delikten dort ein, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut entfalten könne. Bei § 130 StGB sei dafür die konkrete Eignung zur

Friedensstörung maßgeblich.⁸⁰ Zurecht hat der Bundesgerichtshof aber in einem § 86a StGB betreffenden Fall verneint, dass rein abstrakte Gefährungsdelikte (zu denen auch § 111 StGB zählt) einen Erfolgsort i.S.v. § 9 Abs. 1 Var. 3, 4 StGB haben könnten, da im Tatbestand kein solcher Erfolg umschrieben wird. Auch bei einer normspezifischen Bestimmung des Erfolgs i.S.v. § 9 Abs. 1 StGB wäre eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich oder zeitlich abtrennbare Veränderung in der Außenwelt notwendig, um einen inländischen Erfolgsort zu begründen.⁸¹

Schließlich kommt auch eine analoge Anwendung von § 1 VStGB auf § 111 StGB bei einer Aufforderung zu Völkermordtaten nicht in Betracht. Insoweit besteht zwar eine mit § 6 VStGB vergleichbare Interessenlage. Wie die Regelung des Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut und eine Reihe von Urteilen des ICTR zeigen, ist die Aufstachelung zum Völkermord als besonders gefährliches Verhalten ein eigenständiges Völkerrechtsverbrechen, dessen Unrechtsgehalt nicht hinter dem anderer Völkerrechtsverbrechen einschließlich des Völkermords selbst zurückbleibt. Das würde dafür streiten, das Weltrechtsprinzip auch auf entsprechende Fälle des § 111 StGB zu erstrecken. Allerdings fehlt es, wie die oben angeführten Stellen aus der Gesetzesbegründung zum Völkerstrafgesetzbuch belegen, schon an einer für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Vor allem aber steht einer analogen Anwendung von § 1 VStGB das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB entgegen. Denn das Strafanwendungsrecht und somit auch § 1 VStGB ist Teil des sachlichen Rechts, für das das Analogieverbot gilt.⁸²

3. Schlussfolgerungen

§ 111 StGB greift bei den in diesem Aufsatz untersuchten Äußerungen russischer Propagandisten nicht ein. Dass für § 111 StGB auch bei einer Aufforderung zum Völkermord das allgemeine Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB und nicht das Weltrechtsprinzip nach § 1 VStGB gilt, ist im Hinblick auf das in Art. 1, 17 Rom-Statut und in Abs. 10 der Präambel zum Rom-Statut verankerte Komplementaritätsprinzip unbefriedigend. Es führt zudem zu einem Wertungswiderspruch auf der Ebene nationalen Rechts: Das deutsche Strafrecht erfasst aufgrund dieser Regulationsstruktur nur die

⁷⁵ Siehe BT-Drs. 19/19859, S. 45.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Näher hierzu *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 6 Rn. 17 f.

⁷⁸ Für ein Recht, aber keine Pflicht aus Art VI der Konvention zu einer solchen Erstreckung der nationalen Strafverfolgung auch *Thalman*, in: Gaeta (Hrsg.), *The UN Genocide Convention*, 2009, S. 231, 232 ff.

⁷⁹ Ausführlich *Schabas* (Fn. 6), S. 411 ff.

⁸⁰ BGHSt 46, 212 (221); der Bundesgerichtshof hat jedoch diese Position mit der Entscheidung BGH NStZ 2017, 146 (147), revidiert und ausgeführt, dass die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg beschreibe. Inzwischen regelt § 5 Nr. 5a lit. c StGB die Anwendbarkeit von § 130 StGB bei Auslandstaten.

⁸¹ Siehe BGH NStZ 2015, 81 (82) zu § 86a StGB; *Werle/Jeßberger*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 33 f.

⁸² Siehe BGHSt 20, 22 (25); 45, 64 (71); BVerfG wistra 2003, 255 (257); *Werle/Jeßberger* (Fn. 81), Vor §§ 3 ff. Rn. 286 f.; *Dannecker/Schuhr*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 81), § 1 Rn. 82 ff., 87, 259 f.

wenigsten Fälle der täterschaftlichen Aufstachelung zum Völkermord, obwohl es sich dabei um ein besonders gefährliches, eigenständiges Völkerrechtsverbrechen handelt, das nicht umsonst im Rom-Statut gesondert geregelt ist. Dagegen ist jede Teilnahme an Kriegsverbrechen vom Weltrechtsprinzip abgedeckt, obwohl eine solche Teilnahme gemessen am Unrechtsgehalt oft hinter der täterschaftlichen Aufstachelung zum Völkermord zurückbleiben wird. Schließlich wird auch der von § 6 VStGB bezweckte Schutz der dort genannten Gruppen unterlaufen, wenn zahlreiche zum Völkermord aufstachelnde Äußerungen nach nationalem Recht straflos bleiben. Der Gesetzgeber sollte aus diesen Gründen das Völkerstrafgesetzbuch um eine Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut entsprechende Norm ergänzen und das Weltrechtsprinzip des § 1 VStGB darauf erstrecken.

IV. Zusammenfassung

Die in diesem Aufsatz untersuchten Äußerungen aus der russischen Propaganda sind als unmittelbare und öffentliche Aufstachelung zur Begehung von Völkermord gem. Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut strafbar. All diese Äußerungen sind öffentlich. Sie erfüllen allesamt auch das Unmittelbarkeitserfordernis. Teils enthalten sie einen ausdrücklichen Appell, zahlreiche Ukrainer mit gegen diese als nationale Gruppe gerichteter Zerstörungsabsicht zu töten, teils ergibt sich ein solcher Appell aus dem Kontext der Äußerungen. Insoweit hat sich gezeigt, dass die Vorgaben des ICTR zur Berücksichtigung des Kontexts einer Ergänzung bedürfen. Bei der Interpretation einer möglicherweise zum Völkermord aufstachelnden Äußerung ist demnach der gesamte Kontext relevant: der sprachliche, kulturelle, historische, politische, ideologische, propagandistische, militärische und makrokriminelle Kontext.

Die untersuchten Ausschnitte aus der russischen Propaganda erfüllen auch den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 111 StGB. Dieses abstrakte Gefährdungsdelikt ist dennoch nicht einschlägig, da sich hier die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts über § 5 Nr. 5a lit. a StGB, § 6 Nr. 9 StGB oder § 9 StGB nicht begründen lässt und eine analoge Anwendung des § 1 VStGB am Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB scheitert. Allgemein erfasst das deutsche Strafrecht die allermeisten Fälle der öffentlichen und unmittelbaren Aufforderung zur Begehung von Völkermord nicht, weil insoweit das Weltrechtsprinzip nicht eingreift. Der Gesetzgeber sollte dem entgegenwirken und eine unter § 1 VStGB fallende, Art. 25 Abs. 3 lit. e Rom-Statut entsprechende Norm in das Völkerstrafgesetzbuch einfügen.

Die Einführung des Ökozids als transnationales Verbrechen durch EU-Richtlinie

Von Dr. Tomohiro Nakane, LL.M. (Passau), München*

Bisher wurde diskutiert, den Ökozid-Tatbestand als Kernverbrechen in das IStGH-Statut einzuführen. Allerdings wird in einer neuen Richtlinie zum Umweltstrafrecht, die derzeit von der EU überarbeitet wird, erwogen, den Ökozid-Tatbestand als transnationales Verbrechen aufzunehmen. Transnationale Verbrechen sind Verbrechen, die gegebenenfalls auf Basis einer völkerrechtlichen Vereinbarung durch das nationale Recht unter Strafe gestellt und durch die nationale Justiz verfolgt werden sollen.¹

Dieser Beitrag befasst sich erstens mit der Debatte über den Ökozid in der Kommission, im Europäischen Parlament und im Rat im Rahmen der Überarbeitung der EU-Richtlinie, zeigt zweitens die Vorteile der Einstufung des Ökozids als transnationales Verbrechen auf, analysiert drittens die Kriterien für die Abgrenzung der Kernverbrechen von den transnationalen Verbrechen und macht schließlich inhaltliche Vorschläge zu Bestimmungen über den Ökozid als transnationales Verbrechen.

I. Einleitung

Die Diskussion über die Einführung des Ökozid-Tatbestands begann in den 1970er Jahren,² doch obwohl er in einigen Entwürfen der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen als Kernverbrechen vorgesehen war, wurde der Ökozid letztlich nicht in das IStGH-Statut aufgenommen.³ In den letzten Jahren wurde die Diskussion um die Einführung des Ökozid-Tatbestands als fünftes Kernverbrechen in das IStGH-Statut wieder aufgenommen. Das Europäische Parlament empfahl in den Jahren 2021 und 2022 mehrfach, die Anerkennung des Ökozids im IStGH-Statut voranzutreiben.⁴

* Der Verf. ist Gastwissenschaftler eines Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Bock, ZRP 2021, 187 (187).

² Vgl. Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text, June 2021, S. 6, abrufbar unter <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf> (23.1.2024).

³ Zur Entwicklung des Ökozids Cornelius, AVR 2020, 1 (9 ff.).

⁴ European Parliament Resolution of 20 January 2021 on Human Rights and Democracy in the World and the European Union's Policy on the Matter – Annual Report 2019, (2020/2208(INI)), Rn. 12; European Parliament Resolution of 17 February 2022 on Human Rights and Democracy in the World and the European Union's Policy on the Matter – Annual Report 2021 (2021/2181(INI)), Rn. 49; European Parliament Resolution of 19 May 2021 on the Effects of Climate Change on Human Rights and the Role of Environmental Defenders on this Matter (2020/2134(INI)), Rn. 11;

Frankreich hat im Jahre 2021 den Ökozid bereits in sein nationales Recht eingeführt,⁵ in Belgien gibt es ebenfalls Bestrebungen dazu.⁶ Auch die Ukraine hat bereits den Ökozid in ihr nationales Recht implementiert. Dies hatte zur Folge, dass die Untersuchung der Ukraine, ob das russische Militär seit Februar 2022 Ökozide begangen hat,⁷ international Beachtung erfuhr. Besondere internationale Aufmerksamkeit erregt derzeit der Entwurf 2021 der Stop Ecocide Foundation, die sich aus Experten des Straf-, Umwelt- und Klimarechts zusammensetzt.⁸ Die Stop Ecocide Foundation erklärt, dass die Einführung des Ökozid-Tatbestands dazu beiträgt, die Einstellung der Menschen zu ändern, neue Richtungen zu unterstützen und den Umweltschutz zu verbessern.⁹ Die Stop Ecocide Foundation definiert Ökozid wie folgt:

„For the purpose of this Statute, ‘ecocide’ means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts.“¹⁰

Dieser Entwurf steht im Mittelpunkt der aktuellen Diskussion. Allerdings verläuft diese bisher sehr abstrakt und untersucht kaum, welche konkreten Kriterien für Kernverbrechen hierbei zugrunde zu legen sind.

Auch in Deutschland war das Thema Ökozid in den letzten Jahren vermehrt Gegenstand der Aufsatzliteratur. Bisher wurde jedoch fast ausschließlich diskutiert, ob der Ökozid-Tatbestand als Kernverbrechen in das IStGH-Statut aufgenommen werden sollte. Bock argumentiert, dass der Ökozid kein organisiertes Verbrechen des Staates sei und daher nicht

European Parliament Resolution of 9 June 2021 on the EU Biodiversity Strategy for 2030: Bringing Nature Back into our Lives (2020/2273(INI)), Rn. 167; European Parliament Resolution of 6 October 2021 on the Role of Development Policy in the Response to Biodiversity Loss in Developing Countries, in the Context of the Achievement of the 2030 Agenda (2020/2274(INI)), Rn. 66.

⁵ Stop Ecocide International v. 24.8.2021, abrufbar unter <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/france-writes-ecocide-into-law-in-two-ways> (23.1.2024).

⁶ Stop Ecocide International, Belgium and the Recognition of Ecocide as a Crime, abrufbar unter <https://www.stopecocide.earth/belgium-and-the-recognition-of-ecocide-as-a-crime> (23.1.2024).

⁷ Vgl. Ukrinform v. 9.1.2024, abrufbar unter <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3810853-working-group-on-environmental-consequences-of-war-in-ukraine-holds-fifth-meeting.html> (23.1.2024).

⁸ Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 2.

⁹ Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 3.

¹⁰ Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 5.

als Kernverbrechen, sondern als transnationales Verbrechen einzuführen sei.¹¹ Allerdings bleibt unklar, was das konkrete Kriterium für ein transnationales Verbrechen ist und welche Bestimmungen vorgesehen sind.

Im Jahr 2021 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine neue Richtlinie zum Umweltstrafrecht, die die EU-Richtlinie von 2008 ersetzen soll.¹² Bemerkenswert ist, dass der Richtlinienvorschlag den Ökozid als transnationales Verbrechen konzipiert. *Sands*, Co-Vorsitzender der Stop Ecocide Foundation, schätzt, dass die Änderung des IStGH-Statuts fünf bis 50 Jahre dauern wird,¹³ während die EU-Richtlinie wahrscheinlich innerhalb weniger Jahre verabschiedet werden kann. Deshalb ist die Einführung des Ökozids als transnationales Verbrechen durch die EU-Richtlinie ein praktischer und zeitlich realistischer Vorschlag. Darüber hinaus könnte die Anerkennung des Ökozids als transnationales Verbrechen auf der Ebene der Europäischen Union einen internationalen Präzedenzfall schaffen.

Bisher wurde das Thema Ökozid als transnationales Verbrechen, wie es im Richtlinienvorschlag 2021 vorgesehen ist, in der deutschen und internationalen Literatur noch nicht behandelt.

In diesem Beitrag geht es um die Frage, ob es sinnvoll ist, den Ökozid als transnationalen Tatbestand aufzunehmen. Dieser Beitrag befasst sich zunächst mit dem Inhalt des Richtlinienvorschlags 2021 der Europäischen Kommission (II.), dann mit den zahlreichen Stellungnahmen zum Richtlinienvorschlag 2021, einschließlich der Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und des Rates (III.), mit den Vorteilen der Einführung des Ökozids als transnationalen Tatbestand (IV.), mit den Kriterien für Kern- und transnationale Verbrechen sowie den maßgeblichen Kriterium für ihre Unterscheidung (V.) und schließlich mit den inhaltlichen Bestimmungen über den Ökozid als transnationales Verbrechen (VI.).

II. Konzept des Richtlinienvorschlags: Ökozid als transnationales Verbrechen

1. Einführung

Transnationale Verbrechen (transnational crimes) sind Verbrechen, die gegebenenfalls auf Basis einer völkerrechtlichen Vereinbarung durch das nationale Recht unter Strafe gestellt

und durch die nationale Justiz verfolgt werden sollten.¹⁴ Diese völkerrechtlichen Vereinbarungen sehen eine Zusammenarbeit zwischen den Parteien vor, nämlich Rechtshilfe und Auslieferung.¹⁵ Nicht alle Richtliniendelikte sind automatisch transnationale Verbrechen, sondern nur solche, bei denen eine internationale Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten in einem völkerrechtlichen Übereinkommen vorgesehen ist.¹⁶ Beispiele für transnationale Verbrechen sind Terrorismus und Drogenkriminalität.¹⁷

In der Literatur ist bisher nicht bekannt, dass die Stop Ecocide Foundation die Aufnahme des Ökozid-Tatbestands in die neue EU-Richtlinie unterstützt.¹⁸

Die Ergebnisse des Fragebogens zur Überarbeitung der Richtlinie im Impact Assessment Report haben gezeigt, dass die derzeitige Richtlinie den Ökozid nicht abdeckt,¹⁹ die überarbeitete Richtlinie den Ökozid behandeln²⁰ und eine Definition des Ökozids enthalten soll.²¹ Die Kommission erklärte, dass sie bei der Überarbeitung der Richtlinie die internationalen Entwicklungen hinsichtlich der Definition des Ökozids genau verfolgen wolle.²²

Der Richtlinienvorschlag verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Ökozid nicht als Grundtatbestand, sondern als erschwerenden Umstand einzuführen, und zwar wie folgt:

„Article 8 Aggravating circumstances²³

In so far as the following circumstances do not already form part of the constituent elements of the criminal offences referred to in Article 3, Member States shall take the necessary measures to ensure that, in relation to the

¹⁴ Transnationale Verbrechen werden in der Literatur manchmal auch als vertragsgestützte Straftaten (treaty-based crimes) bezeichnet. In der neueren Literatur hat sich die Bezeichnung „transnationale Straftaten“ bzw. transnationale Verbrechen verbreitet, vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, S. 76.

¹⁵ *Cryer/Robinson/Vasiliev*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4. Aufl. 2019, S. 6.

¹⁶ Vgl. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, S. 53.

¹⁷ *Ambos/Timmermann*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, Praxis des Völkerstrafrechts, 2014, S. 305 (306); *Hecker* (Fn. 16), S. 54; vgl. Art. 83 Abs. 1 AEUV.

¹⁸ Vgl. Stop Ecocide International, EU Environmental Crime Directive, Support EU Recognition of a Crime of Ecocide, abrufbar unter

<https://www.stopecocide.earth/eu-crime-directive-position-paper> (24.1.2024).

¹⁹ Europäische Kommission, Annexes – Impact Assessment Report – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law and Replacing Directive 2008/99/EC v. 15.12.2021, S. 245, abrufbar unter

https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/13_179766_ann_ja_dir_env_new_en.pdf (24.1.2024).

²⁰ Europäische Kommission (Fn. 19), S. 241.

²¹ Europäische Kommission (Fn. 19), S. 244.

²² KOM (2021) 814 endg., S. 9.

²³ KOM (2021) 851 endg., S. 35.

¹¹ *Bock*, ZRP 2021, 187 (187); *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (44); *Mührel*, AVR 2022, 322 (349); *Robinson*, Journal of International Criminal Justice 20 (2/2022), 313 (320); *Hemptinne*, Journal of International Criminal Justice 20 (5/2022), 1287 (1298); *Yadav*, International Journal of Law Management & Humanities 5 (3/2022), 445 (457).

¹² KOM (2021) 851 endg.; Richtlinie 2008/99/EG, ABl. Nr. L 328 v. 6.12.2008, S. 28.

¹³ *Minha*, EJIL:Talk! v. 1.7.2021, abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/the-proposed-definition-of-the-crime-of-ecocide-an-important-step-forward-but-can-our-planet-wait/> (24.1.2024).

relevant offences referred to in Articles 3 and 4, the following circumstances may be regarded as aggravating circumstances:

[...]

(b) the offence caused destruction or irreversible or long-lasting substantial damage to an ecosystem;

[...]“

In den Erwägungsgründen des Richtlinienvorschlags wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch Fälle von Ökozid als erschwerender Umstand gälten.²⁴ Dabei ist allerdings nicht eindeutig, ob dieser Richtlinienvorschlag erschwerende Umstände als Qualifikationstatbestand oder als Element der Strafzumessung versteht.²⁵ Folglich liegt die Einordnung im Ermessen der Mitgliedstaaten.²⁶ Ein entsprechendes Konzept findet sich bisher freilich weder in den Entwürfen der UN-Völkerrechtskommission noch in der wissenschaftlichen Literatur.

2. Die drei Tatbestandsmerkmale: weitreichende, langfristige und schwere Schädigung

Art. 1 Abs. 1 der sog. ENMOD-Konvention,²⁷ Art. 35 Abs. 3 und Art. 55 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zum Genfer Abkommen²⁸ und Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut verlangen weitreichende, langfristige und schwere Schäden. Auch Art. 26 des Entwurfs der Völkerrechtskommission von 1996 und die Definition des Ökozids durch die Stop Ecocide Foundation sehen diese drei Merkmale als Tatbestandsmerkmale vor. Allerdings ist es unstritten, ob alle drei Schadensmerkmale kumulativ erfüllt sein müssen.²⁹

Die deutsche Fassung des Art. 8 lit. b RL-Vorschlag, bestimmt:

„Die Straftat hat die Zerstörung oder einen irreversiblen oder dauerhaften erheblichen Schaden eines Ökosystems verursacht.“

Da die englische Fassung des Richtlinienvorschlags von „destruction or irreversible or long-lasting substantial dama-

ge“ spricht, sollte die Übersetzung korrekterweise auf die „Zerstörung oder irreversible oder langfristige substanzielle Schädigung“ abstellen. Diese Tatbestandsbestimmung weicht von der oben genannten dreiteiligen Schadensbestimmung ab. Dabei entspricht die „Langfristigkeit“ des Schadens der „irreversiblen“ oder „dauerhaften“ Schädigung und „die Schwere des Schadens“ der „Zerstörung“ oder „erheblichen“ (substanziellen) Schädigung. Das Ausmaß des Schadens ist darüber hinaus jedoch kein Kriterium, denn der Richtlinienvorschlag setzt – anders als frühere Bestimmungen – gerade keinen „weitreichenden“ Schaden voraus. Dennoch wurde dieses Element bei der Konzeption des Ökozid-Tatbestandes als Kernverbrechen – wie in Art. 26 des Entwurfs der Völkerrechtskommission von 1996 und in der Definition der Stop Ecocide Foundation – einbezogen. Bei den transnationalen Verbrechen scheinen die Anforderungen hingegen weniger streng zu sein, da es sich – im Gegensatz zu den Kernverbrechen – nicht um die schwersten Verbrechen handeln muss, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren.³⁰

Art. 3 Abs. 2 RL-Vorschlag verpflichtet die Mitgliedstaaten, auch grob fahrlässige Tathandlungen unter Strafe zu stellen.

3. Ausschluss von Tathandlungen aus dem Tatbestand, die den Klimawandel betreffen

Der Begriff „Ökozid“ umfasst auch Tathandlungen, die sich auf den Klimawandel auswirken.³¹ Der Klimawandel und der „europäische Grüne Deal“ werden in den Erwägungsgründen des Richtlinienvorschlags berücksichtigt.³² Im Text des Richtlinienvorschlags selbst werden hingegen solche Tathandlungen nicht ausdrücklich aufgeführt. Lediglich stellt Art. 3 Abs. 1 lit. d RL-Vorschlag den Verstoß gegen Umweltverträglichkeitsprüfungen unter Strafe. Damit solle indirekt das Klima geschützt werden.³³ Es ist allerdings fraglich, ob der Richtlinienvorschlag ein wirksames Instrument zur Bekämpfung der Klimakrise sein kann.³⁴ So schreibt das

²⁴ KOM (2021) 851 endg., S. 24.

²⁵ *Burgert/Veljovic*, ZUR 2023, 156 (160).

²⁶ *Burgert/Veljovic*, ZUR 2023, 156 (160).

²⁷ Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques v. 10.12.1976. Das Übereinkommen sieht keine Kriegsverbrechen vor, verbietet aber die Nutzung umweltverändernder Techniken in bewaffneten Konflikten.

²⁸ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) v. 8.6.1977.

²⁹ Z.B. verlangt Art. 26 des Entwurfs der Völkerrechtskommission von 1996 alle drei Tatbestandsmerkmale. United Nations Yearbook of International Law Commission 1996, Vol. I, 1998, S. 7. Nach der Definition der Stop Ecocide Foundation genügt dagegen entweder ein schwerer und weitreichender Schaden oder ein schwerer und langfristiger Schaden.

³⁰ *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2. Aufl. 2022, S. 261, weist darauf hin, dass sich transnationale Verbrechen zu Kernverbrechen entwickeln können, und dass Kernverbrechen schwerwiegender sind als transnationale Verbrechen.

³¹ Vgl. Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 2; The Promise Institute for Human Rights UCLA School of Law, Proposed Definition of Ecocide v. 9.4.2021, S. 2, 10, abrufbar unter <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf> (24.1.2024);

End Ecocide on Earth, Ecocide Amendments Proposal, 2016, S. 6, abrufbar unter

<https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendments-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf> (24.1.2024).

³² KOM (2021) 851 endg., S. 23, 22. Siehe auch KOM (2019) 640 endg.

³³ *Junker/Jürgens*, Ein großer Schritt fürs Umweltstrafrecht – jedenfalls auf dem Papier, *Libra Rechtsbriefing* v. 31.5.2022.

³⁴ *Junker/Jürgens* (Fn. 33).

Abkommen von Paris 2015 keinen natürlichen oder juristischen Personen, sondern nur den Staaten Reduktionsziele für Treibhausgase vor.³⁵ Natürlichen oder juristischen Personen werden somit durch das Abkommen keine völkerrechtlichen Verpflichtungen auferlegt. Dies steht im Einklang mit Art. 15 Abs. 2 des Abkommens von Paris, der vorsieht, dass keine strafrechtlichen Mittel eingesetzt werden sollen, um die Durchführung seiner Ziele zu fördern. Darüber hinaus erscheint es schwierig, Tatbestandsmerkmale für klimarelevante Handlungen zu formulieren und einen kausalen Zusammenhang nachzuweisen.³⁶ Die Diskussion über das Klimastrafrecht hat erst vor kurzem begonnen,³⁷ und es sind noch zu viele Fragen zu klären, die in Zukunft unabhängig von der Diskussion über den Ökozid vertieft werden müssen. Tatbestandsmerkmale, die sich auf den Klimawandel auswirken, aus dem Tatbestand des Ökozids auszuschließen, würden viele Mitgliedstaaten befürworten. Daher ist es zu begrüßen, dass der Richtlinienvorschlag Entsprechendes vorsieht.

4. Straftatfolgen des Ökozids

Art. 7 Abs. 4 und Abs. 5 RL-Vorschlag sehen je nach Tatbestand Geldstrafen (Geldbußen) gegen juristische Personen im Höchstmaß von mindestens 3 % bzw. 5 % des weltweiten Gesamtumsatzes der juristischen Person [des Unternehmens] im Geschäftsjahr vor der Entscheidung über die Verhängung der Geldstrafe (Geldbuße) vor. Nach dem Richtlinienvorschlag können neben Freiheits- oder Geldstrafen auch andere Sanktionen verhängt werden (Art. 5 und 7 RL-Vorschlag), z.B. Verpflichtungen zur Wiederherstellung der Umwelt, der Ausschluss vom Zugang zu öffentlicher Finanzierung, darunter auch Ausschreibungsverfahren, Beihilfen und Genehmigungen, die Entziehung von Genehmigungen und Zulassungen, die nationale oder unionsweite Veröffentlichung der gerichtlichen Entscheidung, die richterliche Aufsicht, die richterlich angeordnete Eröffnung eines Liquidationsverfahrens sowie die Verpflichtung von Unternehmen zur Einführung von Sorgfaltspflichtsystemen zur Verbesserung der Einhaltung von Umweltstandards. Auf diese Weise kann ein wirksamer Umweltschutz erreicht werden, anstatt nur die Täter hart zu bestrafen.

Nach Art. 12 Abs. 2 RL-Vorschlag können die Mitgliedstaaten ihre gerichtliche Zuständigkeit auf außerhalb ihres Hoheitsgebiets begangene Straftaten ausdehnen, wenn die Straftat einer in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen juristi-

schen Person zugutekommt, wenn ihre Staatsangehörigen Opfer sind oder wenn die Straftat ein erhebliches Risiko für die Umwelt in ihrem Hoheitsgebiet darstellt. Fällt eine Straftat in die gerichtliche Zuständigkeit von mehreren Mitgliedstaaten, so entscheiden diese Mitgliedstaaten gemeinsam, in welchem das Strafverfahren stattfinden soll (Art. 12 Abs. 2 RL-Vorschlag). Gegebenenfalls ist auch Eurojust für den Fall zuständig (Art. 12 Abs. 2 RL-Vorschlag).

Art. 19 RL-Vorschlag sieht ferner die Koordinierung und Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei den Ermittlungen vor. Darüber hinaus verpflichtet Art. 21 RL-Vorschlag die Mitgliedstaaten, statistische Daten zu erheben, um die Wirksamkeit des Systems zur Bekämpfung der Umweltkriminalität zu überwachen. Außerdem sind die Mitgliedstaaten nach Art. 25 RL-Vorschlag verpflichtet, die zur Umsetzung der Richtlinie getroffenen Maßnahmen zu bewerten und darüber Bericht zu erstatten.

III. Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag

1. Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss

Bereits im März 2022 verabschiedete der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) eine Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag. Der EWSA begrüßt die Erwähnung des Ökozids in den Erwägungsgründen³⁸ und hält es für sinnvoll, den Ökozid in die Artikeltexte der Richtlinie aufzunehmen.³⁹ Darüber hinaus empfiehlt der EWSA, die Definition der Stop Ecocide Foundation zu übernehmen und auch bewaffnete Konflikte als Grund für einen Ökozid zu berücksichtigen.⁴⁰

Im April 2023 erklärte der EWSA außerdem, dass die Anerkennung von Ökozid in der EU-Richtlinie auch zur Einführung des Ökozid-Tatbestandes beim Internationalen Strafgerichtshof und damit auch zur Entwicklung von Rechtssystemen außerhalb der EU beitragen wird.⁴¹ Sie möge auch dazu beitragen, Russland eine Rechenschaftspflicht aufzuerlegen, da die russische Aggression gegen die Ukraine nach der Definition der Stop Ecocide Foundation unter den Begriff des Ökozids falle.⁴²

³⁵ Paris Agreement v. 12.12.2015.

³⁶ Vgl. *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (35); *Gilbert*, International Criminal Law Review 14 (3/2014), 551 (555).

³⁷ Z.B. *Satzger/v. Maltitz*, GA 2023, 63; *dies.*, ZStW 133 (2021), 1. Obwohl der Begriff „Klimastrafrecht“ nicht verwendet wird, gibt es seit den 1990er Jahren einige Diskussionen über die Rolle des Strafrechts im Zusammenhang mit dem Klimawandel. Vgl. z.B. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), 679 (679). Darüber hinaus führten einige Länder bereits in den 1990er Jahren den Ökozid als nationalen Straftatbestand ein, vgl. *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (19).

³⁸ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Opinion, Improving Environmental Protection through Criminal Law, NAT/853, v. 23.3.2022, S. 3, abrufbar unter <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/improving-environmental-protection-through-criminal-law> (24.1.2024).

³⁹ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (Fn. 38), S. 3.

⁴⁰ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (Fn. 38), S. 3.

⁴¹ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Opinion, Right to a healthy Environment in the European Union, NAT/885, v. 26.4.2023, S. 3, abrufbar unter <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/right-healthy-environment-european-union-especially-context-war-ukraine> (24.1.2024).

⁴² Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (Fn. 41), S. 3.

2. Ausschüsse des Europäischen Parlaments

Im Oktober 2022 veröffentlichte der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments einen Änderungsvorschlag zum Kommissionstext. Der Ausschuss nahm die Bemühungen der Vereinten Nationen zur Kenntnis, den Rechtsrahmen durch die Aufnahme einer Definition des Ökozids zu stärken,⁴³ und stellte fest, dass diese Definition auch Fälle umfassen solle, die unter die derzeit von den Vereinten Nationen erarbeitete Definition des Ökozids fielen.⁴⁴ Allerdings erwähnt der Änderungsvorschlag des Rechtsausschusses den Ökozid nur in den Erwägungsgründen, nicht aber in den Texten der Artikel. Deshalb wird, wie im Kommissionsvorschlag, der Ökozid nur als erschwerender Umstand angesehen.

Den weiteren vier Ausschüssen, die sich mit dem Kommissionstext befassen, ist dagegen gemeinsam,⁴⁵ dass sie den Ökozid als eigenständigen Tatbestand behandeln. Sie orientieren sich an der Definition der Stop Ecocide Foundation und befürworten die Aufnahme des Ökozid-Tatbestandes auch in das IStGH-Statut. Die Ausschüsse fordern verschiedene Änderungen des Kommissionstextes, die sich nur teilweise decken:

Im Oktober 2022 veröffentlichte der Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit einen Änderungsvorschlag zum Kommissionstext. Ihm zufolge solle für den Ökozid keine Verjährungsfrist gelten (Art. 11 Abs. 1),⁴⁶ es solle die universelle Gerichtsbarkeit eingeführt werden⁴⁷ und das Höchstmaß für die Geldstrafe sei auf 15 % des weltweiten Gesamtumsatzes der juristischen Person [des Unternehmens] im Geschäftsjahr vor der Entscheidung zur Verhängung der Geldstrafe anzuheben (Art. 7 Abs. 5a).⁴⁸

Im Dezember 2022 veröffentlichte auch der Entwicklungsausschuss einen Änderungsvorschlag zum Kommissionstext, der einige Verschärfungen fordert. Die Aufnahme des Ökozid-Tatbestands in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie sei, so heißt es in der Stellungnahme, besonders wichtig, damit die am schwersten wiegenden grenzübergreifenden Umweltstraftaten in Entwicklungsländern unterbun-

den und strafrechtlich verfolgt werden könnten.⁴⁹ Die Verjährungsfrist solle für den Ökozid nicht gelten (Art. 11 Abs. 1).⁵⁰ Die Mitgliedstaaten trafen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Ökozid mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren geahndet werden könnte, wenn er den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder Personengruppen oder andere schwere Menschenrechtsverletzungen verursacht habe oder verursachen könnte (Art. 5 Abs. 2).⁵¹ Ferner sollten die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass der Ökozid mit Geldstrafen geahndet werden könne, die von der juristischen Person, die die Umweltstraftat begangen habe, zu entrichten seien. Diese sollten mindestens 15–30 % des weltweiten Gesamtumsatzes der juristischen Person im Geschäftsjahr vor der Entscheidung betragen und sich höchstens auf den für die Wiederherstellung der Umwelt und die Entschädigung der betroffenen juristischen und natürlichen Personen benötigten Gesamtbeitrag belaufen (Art. 7 Abs. 6a).⁵² Im Ökozid solle eine universelle Gerichtsbarkeit vorgesehen werden (Art. 12 Abs. 3b).⁵³

Im Dezember 2022 äußerte sich der Petitionsausschuss mit einem Änderungsvorschlag zum Kommissionstext. Darin heißt es, die Mitgliedstaaten sollten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass der Ökozid mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren geahndet werden könne, wenn sie den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen verursachen oder verursachen könnten (Art. 5 Abs. 2).⁵⁴ Der Ökozid solle mit Geldstrafen geahndet werden, die von der juristischen Person, von der die Umweltstraftat begangen werde, zu entrichten seien und deren Höchstmaß sich auf 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes der juristischen Person [des Unternehmens] im Geschäftsjahr vor der Entscheidung über die Verhängung der Geldstrafe belaufe (Art. 7 Abs. 5a).⁵⁵ Allerdings gilt die diesem Ausschuss zufolge Verjährungsfrist auch für den Ökozid.

Im Februar 2023 veröffentlichte schließlich der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres einen Änderungsvorschlag zum Kommissionstext. Die Einführung des Ökozid-Tatbestands in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, so dieser Ausschuss, sei von besonderer Bedeutung für die Unterbindung und Verfolgung der am schwersten wiegenden grenzüberschreitenden Umweltstraftaten sowohl in der EU als auch in Dritt-, einschließlich Entwicklungsländern.⁵⁶ Es solle keine Verjährungsfrist für den Ökozid gelten (Art. 11 Abs. 1).⁵⁷ Der Ökozid solle unter allen Umständen mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren geahndet werden können (Art. 5 Abs. 2).⁵⁸ Die Mit-

⁴³ Europäisches Parlament, Committee on Legal Affairs, Draft Report, 2021/0422(COD), v. 12.10.2022, S. 40.

⁴⁴ Europäisches Parlament (Fn. 43), S. 12. Eine konkrete Definition des Ökozids durch die Vereinten Nationen wird hier nicht gegeben.

⁴⁵ Europäisches Parlament, Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, Opinion, 2021/0422(COD), v. 25.10.2022, S. 20, 41, 32; Europäisches Parlament, Committee on Development, Opinion, 2021/0422(COD), v. 7.12.2022, S. 3, 16, 37; Europäisches Parlament, Committee on Petitions, Opinion, 2021/0422(COD), v. 8.12.2022, S. 9, 23, 22; Europäisches Parlament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Opinion, 2021/0422(COD), v. 6.2.2023, S. 2, 6, 38.

⁴⁶ Europäisches Parlament (Fn. 45 – Health and Food Safety), S. 21, 85.

⁴⁷ Europäisches Parlament (Fn. 46), S. 23.

⁴⁸ Europäisches Parlament (Fn. 46), S. 78.

⁴⁹ Europäisches Parlament (Fn. 49 – Development), S. 3.

⁵⁰ Europäisches Parlament (Fn. 49), S. 16, 47.

⁵¹ Europäisches Parlament (Fn. 49), S. 37.

⁵² Europäisches Parlament (Fn. 49), S. 42.

⁵³ Europäisches Parlament (Fn. 49), S. 49.

⁵⁴ Europäisches Parlament (Fn. 45 – Petitions), S. 43.

⁵⁵ Europäisches Parlament (Fn. 54), S. 46.

⁵⁶ Europäisches Parlament (Fn. 45 – Liberties), S. 2.

⁵⁷ Europäisches Parlament (Fn. 56), S. 17, 61.

⁵⁸ Europäisches Parlament (Fn. 56), S. 45.

gliedstaaten sollten zudem die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass der Ökozid mit Geldstrafen geahndet werde, die von der juristischen Person, von der die Umweltstraftat begangen werde, zu entrichten seien und deren Höchstmaß sich auf 12–25 % des weltweiten durchschnittlichen Gesamtumsatzes der juristischen Person in den drei letzten Geschäftsjahren vor Feststellung der Straftat belaufen müsse (Art. 7 Abs. 6a).⁵⁹

3. Europäischer Rat

Im Dezember 2022 stimmte der Europäische Rat dem Ansatz der Kommission für den Richtlinienvorschlag grundsätzlich zu und veröffentlichte einen Änderungsvorschlag zum Kommissionstext.⁶⁰ Im Gegensatz zu vielen Ausschüssen des Europäischen Parlaments schlug der Europäische Rat nicht vor, den Ökozid-Tatbestand in die Artikeltexte der Richtlinie aufzunehmen. Daher sind die Bestimmungen über den Ökozid die gleichen wie im Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, sodass der Ökozid nur als erschwerender Umstand berücksichtigt wird.

4. Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments

Im März 2023 veröffentlichte das Europäische Parlament schließlich einen Entwurf einer legislativen Entschließung. In den Erwägungsgründen erklärt das Parlament, dass die Richtlinie auch den Ökozid umfassen soll.⁶¹ Der Entwurf verwendet in Art. 3 Abs. 1a nicht die Bezeichnung „Ökozid“, sondern bestimmt den Inhalt des Ökozids als eigenständigen Tatbestand.⁶² Diese Definition ist ähnlich, aber nicht identisch mit der Definition der Stop Ecocide Foundation. Art. 3 Abs. 1a lautet wie folgt:

„Member States shall ensure that any conduct which causes or is likely to cause death or serious harm to any person’s health or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, biodiversity, ecosystem services and functions, or to animals or plants constitutes a criminal offence when it is unlawful and committed intentionally. Member States shall ensure that any conduct causing severe and widespread, or severe and long-term, or severe and irreversible damage is treated as an offence of particular gravity and sanctioned as such in accordance with the legal systems of the Member States.“

Im Unterschied zur Definition der Stop Ecocide Foundation enthält dieser Entwurf nicht das Element „wanton“ (ein Tatbestandsmerkmal, das „recklessness“ einschließt), sondern verlangt eine Begehung „intentionally“, wobei nach Art. 3

⁵⁹ Europäisches Parlament (Fn. 56), S. 53.

⁶⁰ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law – General Approach, 2021/0422(COD), v. 16.12.2022, S. 1.

⁶¹ Europäisches Parlament, Plenary Sitting, Report, A9-0087/2023, v. 28.3.2023, S. 18.

⁶² Europäisches Parlament (Fn. 61), S. 42.

Abs. 2 jedoch grobe Fahrlässigkeit genügen soll. Die Mitgliedstaaten träfen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Straftaten nach Art. 3 Abs. 1a mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens vier Jahren geahndet würden (Art. 5 Abs. 4).⁶³ Die Verjährungsfrist gilt auch für Art. 3 Abs. 1a.

5. Stop Ecocide Foundation

Die Stop Ecocide Foundation wies darauf hin, dass die Umweltkriminalität weltweit den viertgrößten Kriminalitätssektor darstelle und dass auf ihre rasche Zunahme angemessen reagiert werden müsse.⁶⁴ Außerdem wies sie darauf hin, dass es sich beim Ökozid um ein transnationales Verbrechen handelt.⁶⁵ Die Einführung des Ökozid-Tatbestands ziehe eine moralische und rechtliche „rote Linie“.⁶⁶ Daher solle der Ökozid nicht nur in den Erwägungsgründen, sondern auch in den Artikeln der Richtlinie erwähnt werden.⁶⁷ Darüber hinaus ist die Stop Ecocide Foundation der Ansicht, dass die Definition des Ökozids als transnationales Verbrechen in der EU-Richtlinie identisch ist mit der von der Stop Ecocide Foundation 2021 veröffentlichten Definition als Kernverbrechen.⁶⁸

6. European Law Institute

Im Februar 2023 schlug das European Law Institute (ELI) eine EU-Musterrichtlinie speziell für den Ökozid vor, die sich auf den Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2021 stützt. Das ELI unterstützt die Anerkennung des Ökozids als Kernverbrechen und seine Einführung in das IStGH-Statut, schätzt aber, dass es noch einige Zeit dauern wird, bis diese Bemühungen Früchte tragen.⁶⁹ In der Zwischenzeit könne die Anerkennung des Ökozids als Verbrechen auf EU-Ebene einen internationalen Präzedenzfall schaffen.⁷⁰ Außerdem werde dies Gesetzgeber auf der ganzen Welt ermutigen und ein starkes Signal zur Abschreckung von Straftätern aussenden.⁷¹

Das ELI verwende den Begriff „Ökozid“, weil dieser Bezeichnung eine starke kommunikative Kraft innewohne, die an Genozid erinnere.⁷²

Das ELI definiert den Ökozid wie folgt:

⁶³ Europäisches Parlament (Fn. 61), S. 48.

⁶⁴ Stop Ecocide Foundation, Position Paper with Regard to the Revised EU Directive on Protection of the Environment through Criminal Law, S. 1, abrufbar unter <https://www.stopecocide.earth/position-papers> (24.1.2024).

⁶⁵ Stop Ecocide Foundation (Fn. 64), S. 2.

⁶⁶ Stop Ecocide Foundation (Fn. 64), S. 2.

⁶⁷ Stop Ecocide Foundation (Fn. 64), S. 2.

⁶⁸ Vgl. Stop Ecocide Foundation (Fn. 64), S. 4.

⁶⁹ European Law Institute, ELI Report on Ecocide, 2023, S. 12, 29, abrufbar unter https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Report_on_Ecocide.pdf (24.1.2024).

⁷⁰ European Law Institute (Fn. 69), S. 12, 29.

⁷¹ European Law Institute (Fn. 69), S. 12, 29.

⁷² European Law Institute (Fn. 69), S. 24.

„Ecocide consists of any conduct which is unlawful under European Union legislation as capable of causing damage to the environment and for which Member States are required to ensure that it constitutes a criminal offence under domestic law, where that conduct was committed with intent and may cause, or substantially contribute to causing, severe and long-term damage or severe and irreparable or irreversible damage to an ecosystem or ecosystems in the natural environment.“⁷³

„Langfristiger Schaden“ bedeute einen Schaden, der nach den besten wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht innerhalb einer angemessenen Zeitspanne durch natürliche Wiederherstellung behoben werden könne (Art. 2 Abs. 4).⁷⁴ „Schwerer Schaden“ bedeute einen Schaden, der zu einer sehr schwerwiegenden nachteiligen Veränderung, Störung oder Schädigung eines Bestandteils der natürlichen Umwelt führe, einschließlich schwerwiegender Auswirkungen auf Menschenleben oder auf natürliche, kulturelle oder wirtschaftliche Ressourcen (Art. 2 Abs. 7).⁷⁵ Das zusätzliche Element eines weitreichenden Schadens sei unnötig, da es zu einer geografischen Diskriminierung führe und den Rechtsschutz versagen könne.⁷⁶

Zum einen verlange Art. 30 IStGH-Statut Vorsatz und damit Wissen um Art und Schwere der Umweltschädigung, zufällige Umweltschäden durch Unternehmen könnten nicht erfasst werden, zum anderen sei die „strict liability“ zu weit gefasst und werde vom Gesetzgeber kaum akzeptiert.⁷⁷ Daher sei das subjektive Element des Bewusstseins einer erheblichen Wahrscheinlichkeit eines Schadens ausreichend (Art. 3 Abs. 3).

Die Definition der Stop Ecocide Foundation sieht eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, bei der untersucht wird, ob der Schaden den erwarteten sozialen und wirtschaftlichen Nutzen eindeutig übersteigt.⁷⁸ Das ELI hält dagegen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht für erforderlich, da es praktisch unmöglich sei, dieses Wissen nachzuweisen.⁷⁹ Daher wird der Begriff „wanton“ im Sinne der Stop Ecocide Foundation in der Musterrichtlinie nicht verwendet.

Angesichts der Schwere des Verbrechens des Ökozids solle keine Verjährungsfrist gelten (Art. 11).⁸⁰ Als Höchststrafe sei die im nationalen Recht vorgesehene schwerste Strafe zu verhängen (Art. 7).⁸¹

Da es sich beim Ökozid um ein schweres und transnationales Verbrechen handle, schlägt das ELI vor, die Verfolgung des Ökozids in die Zuständigkeit der Europäischen

Staatsanwaltschaft nach Art. 84 Abs. 4 AEUV zu legen.⁸² Demnach wäre die Europäische Staatsanwaltschaft für Fälle von Ökozid zuständig, an denen zwei oder mehr Mitgliedstaaten oder ein oder mehrere Mitgliedstaaten und ein oder mehrere Drittstaaten beteiligt sind.⁸³

IV. Vorteile der Bestimmung des Ökozids als transnationales Verbrechen

1. Unabhängigkeit von den Beschränkungen des IStGH-Statuts

Die Einführung des Ökozid-Tatbestands als transnationales Verbrechen, wie sie hier vorgeschlagen wird, hätte mehrere Vorteile. Erstens ermöglicht die Anwendung des Rechts unabhängig vom IStGH-Statut eine flexiblere Behandlung.⁸⁴ Das derzeitige IStGH-Statut enthält keine ausreichenden Bestimmungen für die Verhandlung des Ökozid-Tatbestands. Art. 77 IStGH-Statut beschränkt die möglichen Strafen auf Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder Einziehung. Auch sieht Art. 75 IStGH-Statut eine Wiedergutmachung für die Opfer vor, enthält aber keine ausdrücklichen Bestimmungen für die Wiederherstellung der Umwelt. Wenn der Ökozid als transnationaler Tatbestand eingeführt wird, könnte er unabhängig vom IStGH-Statut sein und neben Freiheits- und Geldstrafen auch andere, flexiblere Sanktionen wie im Richtlinienvorschlag vorsehen.

Darüber hinaus wäre eine solche Regelung des Ökozids nicht an den engen subjektiven Tatbestand des IStGH-Statuts gebunden. Art. 30 IStGH-Statut beschränkt den subjektiven Tatbestand auf Vorsatz und Wissen. Da viele Ökozide das Ergebnis von Gewinnstreben ohne Vorsatz und Wissen sind, deckt der geltende Art. 30 IStGH-Statut die Wirklichkeit der Ökozidverbrechen nicht hinreichend ab.⁸⁵ Dem könnte mit der Regelung eines transnationalen Verbrechens abgeholfen werden.

Außerdem besteht gem. Art. 25 Abs. 1 IStGH-Statut die Gerichtsbarkeit des IStGH nur für natürliche Personen, lässt jedoch keine Unternehmensstrafen zu. Da es sich beim Ökozid jedoch um ein organisiertes Verbrechen handelt, ist es häufig schwierig, die verantwortlichen natürlichen Personen zu identifizieren.⁸⁶ Die Einführung von Unternehmensstrafen erscheint mithin notwendig, um die Wirksamkeit der Prävention und die Verfolgung von Umweltverbrechen zu erhöhen.⁸⁷ Zudem verfügen nur juristische Personen, in der Regel aber nicht einzelne natürliche Personen über die finanziellen

⁷³ European Law Institute (Fn. 69), S. 30, 34.

⁷⁴ European Law Institute (Fn. 69), S. 33.

⁷⁵ European Law Institute (Fn. 69), S. 34.

⁷⁶ European Law Institute (Fn. 69), S. 24.

⁷⁷ European Law Institute (Fn. 69), S. 24.

⁷⁸ European Law Institute (Fn. 69), S. 25; Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 5.

⁷⁹ European Law Institute (Fn. 69), S. 25.

⁸⁰ European Law Institute (Fn. 69), S. 27, 31, 37.

⁸¹ European Law Institute (Fn. 69), S. 31, 35.

⁸² European Law Institute (Fn. 69), S. 41.

⁸³ European Law Institute (Fn. 69), S. 41.

⁸⁴ Greene, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (45); Mührel, AVR 2022, 322 (350).

⁸⁵ Colacurci, International Criminal Law Review 21 (1/2021), 154 (170).

⁸⁶ Shinghania, Opinio Juris v. 16.2.2022, abrufbar unter <http://opiniojuris.org/2022/02/16/the-proposed-crime-of-ecocide-ignoring-the-question-of-liability/> (24.1.2024).

⁸⁷ Neyret, From Ecocrimes to Ecocide, 2017, S. 142, abrufbar unter

<https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/system/files/documents/report-002.pdf> (24.1.2024).

Mittel, die Umwelt nach einem Ökozid wiederherzustellen.⁸⁸ Aufgrund des Komplementaritätsprinzips ist jedoch – wie schon bei der Annahme des IStGH-Statuts – mit erheblichem Widerstand der Vertragsstaaten zu rechnen, die keine Unternehmensstrafen eingeführt haben.⁸⁹

Die Hürden für die Einführung des Ökozid-Tatbestands und die gleichzeitige Änderung dieser anderen Artikel sind extrem hoch. Dies lässt sich leicht an der Tatsache nachvollziehen, dass es nach der Annahme des IStGH-Statuts zwölf Jahre dauerte, bis die Definition des Verbrechens der Aggression festgelegt wurde.

2. Effektiver Umweltschutz vor nationalen Gerichten statt symbolisches und präventives Strafrecht

Die symbolische Bedeutung des Ökozids wird als Begründung für seine Einführung als Kernverbrechen hervorgehoben.⁹⁰ Z.B. wird in der beratenden Stellungnahme des Monsanto-Tribunals argumentiert, dass die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen das Bewusstsein für die negativen Auswirkungen von Umweltschäden auf die Grundwerte der Gesellschaft schärfen werde.⁹¹

⁸⁸ Colacurci, *International Criminal Law Review* 21 (1/2021), 154 (173).

⁸⁹ Kemp, in: Ruppel/Roschmann/Ruppel-Schlichting (Hrsg.), *Climate Change: International Law and Global Governance, Volume I: Legal Responses and Global Responsibility*, 2013, S. 711 (724).

⁹⁰ Kersting, *Völkerrechtsblog* v. 8.7.2021, abrufbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/on-symbolism-and-beyond/> (24.1.2024), weist darauf hin, dass die Definition der Stop Ecocide Foundation nur die symbolische Bedeutung betont und keine Aufzählung konkreter Handlungen als objektive Tatbestandsmerkmale enthält, was gegen das Bestimmtheitsgebot in Strafvorschriften verstoße und zu einer zu weiten Strafandrohung führe; Pezzot/Graf, *Völkerrechtsblog* v. 3.2.2022, abrufbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/ecocide-legal-revolution-or-symbolism/> (24.1.2024).

⁹¹ International Monsanto Tribunal, *Advisory Opinion* v. 18.4.2017, S. 45, abrufbar unter https://www.monsanto-tribunal.org/upload/asset_cache/189791450.pdf (24.1.2024). Monsanto ist ein US-amerikanisches Unternehmen, das Entlaubungsmittel herstellt, die auch im Vietnamkrieg eingesetzt wurden. Das Monsanto-Tribunal wurde 2015 von der Monsanto Tribunal Foundation in Den Haag ins Leben gerufen, um beratende Stellungnahmen zu der Frage abzugeben, ob sechs Menschenrechts- und Umweltverletzungen, die durch die Aktivitäten von Monsanto verursacht wurden, darunter Ökozid, mit den Grundsätzen und Bestimmungen der internationalen Menschenrechtsnormen und des humanitären Völkerrechts vereinbar sind. Obwohl das Tribunal keine Ermittlungsbefugnisse hat und seine beratenden Stellungnahmen nicht rechtsverbindlich sind, sollen sie eine der Stellungnahmen mit rechtlichen Erwägungen als Grundlage für fundierte internationale Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht liefern.

Darüber hinaus wird die präventive Wirkung als Begründung für die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen angeführt.⁹² Schwegler erklärt, dass die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen eine präventive Verpflichtung für Unternehmen schaffe, Verhaltensweisen zu unterlassen, die zu Ökoziden führen können.⁹³ Die Tatsache, dass die Akteure innerhalb eines Unternehmens die Kosten ihrer illegalen Aktivitäten tragen müssten, zwingt die Akteure dazu, die Kosten dieser Aktivitäten in den Preis einzukalkulieren, und stärke dadurch die Prävention durch die Schaffung einer Unternehmensverantwortung.⁹⁴ Im Zentrum des unternehmerischen Wertesystems stehe die Verlustminimierung, die als Nebeneffekt dieses Wertesystems zu Umweltzerstörungen führen könne.⁹⁵ Anstatt Verluste zu minimieren, solle ein Rahmen geschaffen werden, in dem Umweltzerstörung zu höheren Verlusten für das Unternehmen führe.⁹⁶

Allerdings wird auch darauf hingewiesen, dass selbst bei Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen nur wenige Fälle pro Jahr vor dem IStGH verhandelt würden, da die Hürden für eine Strafverfolgung sehr hoch sind.⁹⁷ Auch die Zahl der Fälle, die im Rahmen der Strafverfolgung vor nationalen Gerichten behandelt werden könnten, wäre aufgrund der strengen Tatbestandsmerkmale der Kernverbrechen ähnlich gering. Dagegen erscheint es effektiver, den Ökozid als transnationalen Straftatbestand einzuführen und eine große Zahl von Umweltstraftaten vor nationalen Gerichten zu verhandeln, ohne strenge Tatbestandsmerkmale vorzuschreiben.⁹⁸ Selbst die Brände auf den Ölfeldern der irakischen Armee während des Golfkrieges würden zwar als weitreichende und schwere Schäden, nicht aber als langfristige Schäden eingestuft,⁹⁹ sodass der Nachweis der Tatbestandsmerkmale des Kernverbrechens eine zu hohe Hürde darstellt. Nationale Rechtssysteme hätten eine weitaus größere Wirkung, da sie auch Unternehmen sanktionieren könnten und die Staaten verpflichteten, auch Tatbestände für weniger schwerwiegende Umweltschäden als den Ökozid einzuführen.¹⁰⁰

Die Diskussion um die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen erregt zwar internationale Aufmerksamkeit, hat aber kaum tatsächliche Auswirkungen

⁹² Vgl. Higgins, *Eradicating Ecocide*, 2. Aufl. 2015, S. 68, 126.

⁹³ Schwegler, *Amsterdam Law Forum* 9 (3/2017), 71 (86).

⁹⁴ Schwegler, *Amsterdam Law Forum* 9 (3/2017), 71 (89).

⁹⁵ Schwegler, *Amsterdam Law Forum* 9 (3/2017), 71 (98).

⁹⁶ Schwegler, *Amsterdam Law Forum* 9 (3/2017), 71 (98).

⁹⁷ Greene, *Fordham Environmental Law Review* 30 (3/2019), 1 (45).

⁹⁸ Vgl. Greene, *Fordham Environmental Law Review* 30 (3/2019), 1 (45).

⁹⁹ Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4. Aufl. 2022, S. 284; Reichart, *Umweltschutz durch völkerrechtliches Strafrecht*, 1999, S. 546.

¹⁰⁰ Robinson, *Journal of International Criminal Justice* 20 (2/2022), 313 (320).

auf das Verhalten der Menschen.¹⁰¹ Denn selbst wenn der Ökozid-Tatbestand als Kernverbrechen eingeführt würde, wäre er aufgrund der strengen Tatbestandsmerkmale vor nationalen und internationalen Gerichten kaum verfolgbar, sodass den Menschen der Zusammenhang zwischen ihrem eigenen Umweltverhalten und dem Ökozid nicht bewusst würde. Die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen stellt lediglich eine symbolische Erklärung dar, dass der Ökozid moralisch mit Genozid gleichzusetzen ist.¹⁰² Ein wirksamerer Ansatz wäre es jedoch, kleine und mittlere Alltagshandlungen ebenfalls unter Strafe zu stellen.¹⁰³ Dieser Ansatz ist weniger dramatisch als die Einführung als Kernverbrechen, würde aber eher zu einem Umdenken führen.¹⁰⁴ D.h.: Durch die Einführung des Ökozid-Tatbestandes als transnationales Verbrechen und die Einbeziehung mittelschwerer Umweltschäden in den Begriff des Ökozids wird den Menschen bewusst, dass ihr eigenes Umweltverhalten unter den Begriff des Ökozids fallen kann, und sie erhalten die Möglichkeit, ihr eigenes Umweltverhalten zu reflektieren.

Die Argumente für die Einführung des Ökozid-Tatbestands heben seine symbolische Bedeutung und seine präventive Wirkung hervor. Auch das IStGH-Statut nennt in seiner Präambel die „Verhütung solcher Verbrechen“ als eines seiner Ziele. Die primären Ziele des Völkerstrafrechts seien jedoch i) Vergeltung, ii) Abschreckung, iii) Neutralisierung, iv) Rehabilitation, v) öffentlicher Vorwurf und Erziehung, während die sekundären Ziele, vi) Schutz der Rechte der Opfer, vii) Aufzeichnung der Geschichte und viii) Versöhnung nach einem Konflikt seien.¹⁰⁵ Daher sind die symbolische Bedeutung und die präventive Wirkung nur ein Teil der Ziele, obwohl sie in ii) und v) einbezogen werden können.

Es stellt sich somit die Frage, ob es andere Mittel (wie die Vereinbarung umweltvölkerrechtlicher Konventionen) gibt, die diesen Zweck erfüllen können, wenn der Schwerpunkt mehr auf die Prävention gelegt wird.¹⁰⁶ Zudem werden die allermeisten Kernverbrechen nicht vor dem IStGH verfolgt, sodass die präventive Wirkung gering ist.¹⁰⁷ Darüber hinaus wurden bisher keine empirischen Daten vorgelegt, die eine präventive Wirkung belegen.¹⁰⁸

Um die Ziele des Umweltschutzes zu erreichen, ist eine effektive Strafverfolgung wünschenswert, indem die Ver-

tragsstaaten durch die Einführung des Ökozid-Tatbestands als transnationales Verbrechen verpflichtet werden, diesen unter Strafe zu stellen und zu verfolgen. Nur wenige internationale Übereinkommen sehen die Einführung von Umweltstraftaten vor, aber einige internationale Übereinkommen wie das „Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung“ sehen Umweltstraftaten als transnationale Verbrechen vor, was als Vorbild dienen kann.¹⁰⁹ Die Einführung eines transnationalen Ökozid-Tatbestands wie im Basler Übereinkommen würde es ermöglichen, viele Fälle vor nationalen Gerichten zu verhandeln, ohne strenge Tatbestandsmerkmale vorgeben zu müssen, und gleichzeitig die Rechtshilfe bei Ermittlungen und die Auslieferung zwischen den Vertragsstaaten unter der Aufsicht des Rates der Vertragsstaaten zu gewährleisten.

3. Grenzen der Kapazität des IStGH

Hinzu kommt, dass die Ahndung des Ökozids als Kernverbrechen im Rahmen des IStGH auch aus Kapazitätsgründen an seine Grenzen stieße. Art. 36 Abs. 3 lit. b IStGH-Statut verlangt als Befähigung der Richter am IStGH Fachkenntnisse im Strafrecht oder Völkerrecht. Der derzeitige IStGH dürfte erhebliche externe Unterstützung und Zeit benötigen, um Umweltfragen angemessen behandeln zu können.¹¹⁰ Völkerstrafrecht und Umweltvölkerrecht sind so weit voneinander entfernt und so spezialisiert, dass es schwer vorstellbar ist, dass viele Richter über einschlägige Erfahrungen in beiden Bereichen verfügen.¹¹¹ Außerdem haben die Staatsanwälte einen ähnlichen Hintergrund.¹¹² Wenn man von den Richtern und Staatsanwälten des IStGH verlangen würde, sich mit Fällen von Ökozid zu befassen, hätte dies negative Auswirkungen auf die Glaubwürdigkeit des Gerichtshofs.¹¹³ Falls dagegen der Ökozid nach nationalem Recht als Straftat behandelt wird, kann er nach nationalem Verwaltungs-, Straf- und Strafprozessrecht verhandelt werden, was ein präziseres Verfahren ermöglicht.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der IStGH bereits mit den Verbrechen, für die er derzeit zuständig ist, überlastet ist.¹¹⁴

Einige sind der Ansicht, dass ein unabhängiger internationaler (Straf-) Gerichtshof für die Umwelt eingerichtet wer-

¹⁰¹ Keenan, Boston University International Law Journal 37 (1/2019), 89 (95).

¹⁰² Keenan, Boston University International Law Journal 37 (1/2019), 89 (95).

¹⁰³ Keenan, Boston University International Law Journal 37 (1/2019), 89 (95).

¹⁰⁴ Keenan, Boston University International Law Journal 37 (1/2019), 89 (95).

¹⁰⁵ Cryer/Robinson/Vasiliev (Fn. 15), S. 30–42.

¹⁰⁶ Cornelius, AVR 2020, 1 (32).

¹⁰⁷ deGuzman, Michigan Journal of International Law 33 (1/2012), 265 (315).

¹⁰⁸ Ambos, EJIL:Talk! v. 29.6.2021, abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-international-criminal-law/> (25.1.2024).

¹⁰⁹ Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal v. 22.3.1989, Art. 4 Abs. 3 und 4.

¹¹⁰ Greene, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (39).

¹¹¹ Greene, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (39).

¹¹² Greene, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (39).

¹¹³ Greene, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (39).

¹¹⁴ Robinson, Journal of International Criminal Justice 20 (2/2022), 313 (320).

den sollte.¹¹⁵ Allerdings wäre es für einen Internationalen Umweltgerichtshof ebenfalls schwierig, eine große Zahl von Fällen zu verhandeln, und es besteht das Problem fehlender Fachkenntnisse im Umweltvölkerrecht und im Völkerstrafrecht. Hier stellen sich die gleichen Probleme wie beim IStGH. Außerdem ist die Errichtung eines neuen internationalen Gerichtshofs nicht realistisch, da dies mehr Zeit in Anspruch nehmen würde als eine Änderung des IStGH-Statuts.¹¹⁶ Deshalb ist es angemessen, dass der Ökozid als transnationales Verbrechen dort verhandelt wird, wo die entsprechenden Kapazitäten und Fachkenntnisse bestehen, nämlich vor den nationalen Gerichten.

V. Kriterien für die Kriminalisierung

Betrachtet man die Argumentation für die Einführung des Ökozid-Tatbestandes, so stellt man fest, dass aus dem Bedürfnis nach einer abstrakten Kriminalisierung mit symbolischer Bedeutung und präventiver Wirkung heraus für deren Einführung plädiert wird, ohne dass eine präzise Argumentation anhand der konkreten Kriterien der Kernverbrechen erfolgt. Als Ausgangspunkt für die Diskussion über die Einführung des Ökozid-Tatbestands als Kernverbrechen sind daher zunächst die Charakteristika von Kernverbrechen zu untersuchen.

1. Kriterien der Kernverbrechen

Zunächst definiert Art. 5 IStGH-Statut die Kernverbrechen und bestimmt, dass „die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs auf die schwersten Verbrechen beschränkt ist, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“. Jedoch ist diese Definition abstrakt. Als Kriterium für die Kriminalisierung von Kernverbrechen nennen *Werle/Jeßberger*, dass die Norm erstens individuell vorwerfbares Unrecht beschreibt und als Rechtsfolge Strafe androht, die Norm zweitens Teil der Völkerrechtsordnung ist und die Strafbarkeit drittens unabhängig von der Transformation des Tatbestands in die staatliche Rechtsordnung besteht.¹¹⁷

Andere Kernverbrechen wie das Verbrechen der Aggression wurden schon vor dem IStGH-Statut durch die Völkermordkonvention und das Genfer Abkommen anerkannt, und die Kernverbrechen einschließlich des Verbrechens der Aggression wurden auch vor dem ICTY und dem ICTR verfolgt.¹¹⁸ Im Gegensatz dazu gibt es keinen Vertrag, der den Ökozid verbietet, und der Ökozid wurde auch nicht vor internationalen Ad-hoc-Straftribunalen verfolgt.¹¹⁹ Darüber hinaus haben nur 13 Länder nationale Rechte, die den Ökozid unter

Strafe stellen.¹²⁰ Deshalb kann nach diesem Kriterium für Kernverbrechen der Ökozid kein Kernverbrechen sein, da er – außer im Falle eines bewaffneten Konflikts – nicht Teil der Völkerrechtsordnung ist und daher die Voraussetzung von Ziff. ii der Völkerrechtsordnung nicht erfüllt.

2. Unterscheidung zwischen Kernverbrechen und transnationalen Verbrechen

Obwohl die Unterscheidung zwischen Kernverbrechen und transnationalen Verbrechen allgemein anerkannt ist, wird diese Abgrenzung manchmal als schwierig angesehen.¹²¹ Die führenden Völkerstrafrechtler *Cassese*¹²² und *Bassiouni*¹²³ nennen Kriterien für die Kriminalisierung von „International Crimes“ insgesamt, unterscheiden aber nicht zwischen Kern- und transnationalen Verbrechen. Art. 26 der Entwürfe von 1991¹²⁴ und 1996¹²⁵ wertete den Ökozid als Kernverbrechen. Drogenkriminalität und Terrorismus werden im Allgemeinen als transnationale Verbrechen eingestuft, aber einige Kongresse sind der Ansicht, dass sie zu den Kernverbrechen gezählt werden sollten. Das so genannte Malabo-Protokoll der Afrikanischen Union bezog neben den vier Kernverbrechen auch den Terrorismus (Art. 28 G), den Drogenhandel (Art. 28 K), den Handel mit gefährlichen Abfällen (Art. 28 L) und die illegale Ausbeutung natürlicher Ressourcen (Art. 28 L Bis) in seine Gerichtsbarkeit ein.¹²⁶ Die Abgrenzung zwischen Kernverbrechen und transnationalen Verbrechen ist nicht geklärt.

Zum Verhältnis von transnationalen Verbrechen und Kernverbrechen vertritt *Satzger*, dass sich transnationale Verbrechen zu Völkergewohnheitsrecht entwickeln, wenn die transnationalen Verbrechen dem Schutz eines gemeinsamen Interesses der Staatengemeinschaft dienen und diesbezüglich eine hinreichende Übereinkunft zwischen den Vertragsstaaten besteht.¹²⁷ Deshalb seien transnationale Verbrechen der Aus-

¹²⁰ Ecocide Law, Existing Ecocide Laws, abrufbar unter <https://ecocidelaw.com/existing-ecocide-laws/> (25.1.2024).

¹²¹ *Ambos/Timmermann* (Fn. 17), S. 306.

¹²² *Cassese*, *Cassese's International Criminal Law*, 3. Aufl. 2013, S. 20.

¹²³ *Bassiouni*, *Introduction International Criminal Law*, 2. Aufl. 2014, S. 142.

¹²⁴ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, 1994, S. 97.

¹²⁵ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* 1996, Vol. I, 1998, S. 7.

¹²⁶ African Union, *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights v. 27.6.2014*, abrufbar unter <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights> (25.1.2024).

¹²⁷ *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 10. Aufl. 2022, S. 335. Auch *Boister*, in: *Cassese* (Hrsg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, S. 540, das ICTR, *Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu)*, Rn. 611, und das ICTY, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1 (Prosecutor v. Dusko*

¹¹⁵ Vgl. *Bock*, BRJ 2022, 32 (37); *Greene*, *Fordham Environmental Law Review* 30 (3/2019), 1 (44); *Neyret* (Fn. 84), S. 173; *Yadav*, *International Journal of Law Management & Humanities* 5, (3/2022), 445 (457).

¹¹⁶ Vgl. *Cornelius*, AVR 2020, 1 (34).

¹¹⁷ *Werle/Jeßberger* (Fn. 14), S. 43.

¹¹⁸ *Greene*, *Fordham Environmental Law Review* 30 (3/2019), 1 (35).

¹¹⁹ *Greene*, *Fordham Environmental Law Review* 30 (3/2019), 1 (36).

gangspunkt für die Entstehung von Kernverbrechen.¹²⁸ Ein Beispiel dafür sei der Völkermord, der ursprünglich ein transnationales Verbrechen war, dann aber als Völkergewohnheitsrecht anerkannt und in das IStGH-Statut aufgenommen wurde.¹²⁹

Ambos ist ebenfalls der Ansicht, dass sich das Völkergewohnheitsrecht, d.h. die allgemeine Übung und Rechtsüberzeugung, von transnationalen Verbrechen zu Kernverbrechen entwickelt.¹³⁰ Als konkretes Kriterium für die Transformation von transnationalen Verbrechen zu Kernverbrechen nennt *Ambos* sodann, dass es 1. auf internationaler Ebene ein Verbot mit konsentierter Definition aufweisen, 2. eine besonders schwere Verletzung universeller Werte betreffen bzw. eine kollektive Betroffenheit in der Staatengemeinschaft herbeiführen und 3. das völkerrechtliche Verbot ohne staatliche Vermittlung unmittelbare Bindungswirkung für Einzelpersonen entfalten muss und unabhängig von besonderen Anknüpfungspunkten entweder durch ein internationales Strafgericht (IStGH) oder durch Staaten (dezentral) universell verfolgbar ist.¹³¹

Die Tatbestandsmerkmale des Ökozids sind sehr umstritten und es gibt keine international einheitliche Definition.¹³² Mit Ausnahme des Klimawandels betreffen die Schäden durch den Ökozid zudem nur die betroffenen Länder und haben in der Regel keinen Bezug zu den universellen Werten der Staatengemeinschaft im Sinne des oben zu 2. genannten Kriteriums. Deshalb ist es nach diesen Kriterien angemessen, den Ökozid als transnationales Verbrechen einzustufen, da er die Voraussetzungen zu 1. und 2. nicht erfüllt.

3. Kriterien für transnationale Verbrechen

Die Rechtsgrundlage für den Richtlinienvorschlag 2021 ist Art. 83 Abs. 2 AEUV, der die wirksame Durchführung der Politik der Union betrifft. Art. 83 Abs. 1 AEUV begründet nur für die dort aufgelisteten Kriminalitätsbereiche eine EU-Kompetenz. Der Ökozid ist dort aber nicht genannt, sodass nach geltendem Unionsrecht eine entsprechende Harmonisierung nur auf Art. 83 Abs. 2 AEUV gestützt werden kann. Da Art. 83 Abs. 2 AEUV nur eine strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz zur wirksamen Durchführung der EU-Politiken einräumt, bleibt allerdings unklar, ob der Ökozid aufgrund seines Verbrechenscharakters generell als transnationales Verbrechen eingestuft wird. Nur sehr wenige internationale Umweltübereinkommen sehen auch Straftatbestände vor, wie z.B. das oben genannte Basler Übereinkommen. Um zu klären, ob der Ökozid in internationalen Konventionen generell als transnationales Verbrechen eingestuft werden sollte, werden die Kriterien für transnationale Verbrechen

Tadic), Rn. 134, führen die Anerkennung als Völkergewohnheitsrecht als Voraussetzung für die Kernverbrechen an.

¹²⁸ *Satzger* (Fn. 127), S. 335.

¹²⁹ *Satzger* (Fn. 127), S. 335; *Boister* (Fn. 127), S. 540.

¹³⁰ *Ambos* (Fn. 30), S. 261.

¹³¹ *Ambos* (Fn. 30), S. 262; *Ambos/Timmermann* (Fn. 17), S. 308.

¹³² Vgl. *Wagner*, ZfIStw 7–8/2022, 477 (479 ff.); *Bock*, ZRP 2021, 187 (187 ff.); *dies.*, BRJ 2022, 32 (33 ff.); *Cornelius*, AVR 2020, 1 (26 ff.); *Ambos* (Fn. 108).

untersucht.

Bisher wurden in der Literatur keine Kriterien für die Kriminalisierung transnationaler Verbrechen genannt. Allerdings ist Art. 83 Abs. 1 AEUV insofern aufschlussreich, als er eine strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz für transnationale Verbrechen vorsieht. Dies bedeutet, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV eine Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafrechts für transnationale Verbrechen aufgrund ihres Verbrechenscharakters einräumt, was für die Frage, ob der Ökozid generell als transnationales Verbrechen aufgrund seines Verbrechenscharakters zu qualifizieren ist, aufschlussreich ist. Art. 83 Abs. 1 AEUV legt die Kriterien von transnationalen Verbrechen fest, nämlich 1. eine besonders schwere Kriminalität mit 2. grenzüberschreitender Dimension. Dieses Kriterium ist weniger streng als die Präambel des IStGH-Statuts und die in Art. 5 genannten schwersten Verbrechen und Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Zwar ist die Definition des Ökozids umstritten, es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass es sich um eine schwerwiegende Schädigung der Umwelt handeln muss. Aus diesem Grund kann der Ökozid heute als besonders schwere Kriminalität eingestuft werden. Damit erfüllt der Ökozid die Voraussetzung zu 1.

Das Kriterium der „grenzüberschreitenden Dimension“ ist weniger klar. Das grenzüberschreitende Element der transnationalen Verbrechen wurde erstmals im Übereinkommen von Palermo geregelt, einem der wichtigsten internationalen Übereinkommen, das in der Literatur über transnationale Verbrechen häufig als Ausgangspunkt zitiert wird.¹³³ Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität definiert Verbrechen mit „grenzüberschreitender Natur“ als solche, die a) in mehr als einem Staat begangen werden; b) oder solche, die zwar in einem Staat begangen werden, wobei jedoch ein maßgeblicher Teil ihrer Vorbereitung, Planung, Leitung oder Kontrolle in einem anderen Staat stattfindet; c) oder solche, die in einem Staat begangen werden, wobei eine organisierte kriminelle Gruppe an ihr mitwirkt, die in mehr als einem Staat kriminellen Tätigkeiten nachgeht; oder schließlich d) solche, die in einem Staat begangen werden, jedoch erhebliche Auswirkungen in einem anderen Staat haben. Allerdings ist es nach heute herrschender Meinung nicht mehr erforderlich, dass die Straftat tatsächlich eine Grenze überschreitet.¹³⁴

In einigen Fällen mag das Vorkommnis in einzelnen Situationen niemandem schaden, bedroht aber die Sicherheit der Gesellschaft, wenn es häufig von vielen Menschen begangen wird.¹³⁵ Auch wenn es sich nicht um eine transnationale physische Handlung handelt, kann sie durch das Zusammenwirken normativer (rechtlicher, politischer und moralischer) Diskurse als transnationale Situation verstanden werden.¹³⁶

Daher vertritt *Boister*, ein führender Wissenschaftler auf dem Gebiet des transnationalen Strafrechts, die Auffassung,

¹³³ Vgl. *Boister/Currie*, Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, 2015, S. 12.

¹³⁴ *Boister/Currie* (Fn. 133), S. 13.

¹³⁵ *Nadelmann*, International Organization 44 (4/1990), 479 (525); *Boister/Currie* (Fn. 133), S. 13.

¹³⁶ *Scott*, German Law Journal 10 (7/2009), 859 (864); *Boister/Currie* (Fn. 133), S. 13.

dass die Voraussetzungen für transnationale Verbrechen darin bestehen, dass das Verbrechen 1. tatsächlich transnational begangen wurde, 2. potenziell transnationale Auswirkungen oder 3. eine transnationale moralische Auswirkungen hat.¹³⁷ Nach diesen Kriterien von *Boister* können Ökozide transnationale Schäden verursachen.¹³⁸ Demnach hat der Ökozid auch eine grenzüberschreitende Dimension und erfüllt somit die Kriterien für transnationale Verbrechen.

VI. Ökozid als ein transnationales Verbrechen *de lege ferenda*

1. Lockerung der Tatbestandsmerkmale

Der EWSA und viele Ausschüsse des Europäischen Parlaments folgen der Definition des Ökozids durch die Stop Ecocide Foundation. Aber transnationale Verbrechen sind nicht die schwersten Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, wie es bei den Kernverbrechen der Fall ist. Für transnationale Verbrechen genügt eine besonders schwere Kriminalität. Sie sollten daher mit weniger strengen Tatbestandsmerkmalen versehen werden, als dies in der bisherigen Argumentation für den Ökozid als Kernverbrechen der Fall war. Die Strafverfolgung vieler mittlerer und schwerer Umweltverbrechen vor nationalen Gerichten soll zum Schutz der Umwelt beitragen.

a) Objektive Tatbestandsmerkmale

Art. 8 lit. b RL-Vorschlag verlangt, dass die Straftat zur Zerstörung oder zu einem irreversiblen oder dauerhaften (langfristigen) erheblichen (substanziellen) Schaden eines Ökosystems geführt hat. Allerdings ist das Element der Verursachung eines „dauerhaften (langfristigen) Schadens“ eine hohe Hürde, die auch im Golfkrieg nicht erfüllt war, als die irakische Armee Ölfelder in Brand setzte. Es ist auch schwierig, zum Zeitpunkt des Gerichtsverfahrens festzustellen, ob der Schaden dauerhaft (langfristig) sein wird. In einigen Fällen, wie im Golfkrieg und bei der Bombardierung Jugoslawiens, waren die Umweltschäden geringer als erwartet.¹³⁹ Auch die natürlichen Heilungskräfte erschweren die Beurteilung langfristiger Schäden.¹⁴⁰ Daher sollten für den Ökozid ein irreversibler oder dauerhafter (langfristiger) Schaden nicht verlangt, und das Merkmal „schwer“ sollte nicht zu streng ausgelegt werden.

Außerdem ist es nicht erforderlich, das Merkmal der Zerstörung vorzusehen, wie dies beim Völkermord, einem Kernverbrechen, der Fall ist.

In den Definitionen des Richtlinienvorschlags und des ELI war das Merkmal des „weitreichenden Schadens“ nicht vorgesehen. Aber der transnationale Charakter der transnati-

onalen Verbrechen bringt das Merkmal des weitreichenden Schadens mit sich.¹⁴¹ Und obwohl die Umweltkriminalität in Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht erwähnt wird, ist dieser Artikel insofern aufschlussreich, als er die Faktoren aufzählt, die bei der Bestimmung der transnationalen Verbrechen zu berücksichtigen sind. Art. 83 Abs. 1 AEUV erkennt die Notwendigkeit einer internationalen Regelung der besonders schweren Kriminalität als transnationale Verbrechen an. Die Schwere der Straftat ist somit ein wesentliches Element der transnationalen Verbrechen. Deshalb sollte ein weitreichender und substanzieller Schaden als objektives Tatbestandsmerkmal vorgesehen werden.

b) Grobe Fahrlässigkeit und „recklessness“

Die Aufnahme der „groben Fahrlässigkeit“ in Art. 3 Abs. 2 RL-Vorschlag ist wünschenswert, da ein Großteil der von Unternehmen verursachten Umweltschäden auf Gewinnstreben und nicht auf Vorsatz zurückzuführen ist. Falls der Ökozid als transnationaler Tatbestand eingeführt wird, stellt die Einbeziehung der Fahrlässigkeit kein Problem für die Bestrafung dar.¹⁴² Darüber hinaus ist es zu begrüßen, dass der Richtlinienvorschlag nicht den Begriff „recklessness“ verwendet, wie er in der Definition der Stop Ecocide Foundation auftauchte. Das Merkmal der „recklessness“ würde ein großes Hindernis für die Rechtsharmonisierung darstellen, da Länder mit kontinentalem Recht diesen Begriff nicht kennen.

c) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Außerdem ist zu begrüßen, dass der Richtlinienvorschlag im Gegensatz zur Stop Ecocide Foundation keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsieht, die Umweltschäden rechtfertigt, wenn die sozialen und wirtschaftlichen Vorteile überwiegen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ein Element zur Begrenzung der Tatbestände der Kernverbrechen, wie sie in Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. iv IStGH-Statut und in der Definition der Stop Ecocide Foundation enthalten sind. Für transnationale Verbrechen ist sie nicht erforderlich. Darüber hinaus ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung ungeeignet, da sie in der Praxis zu erheblichen Nachweisproblemen führt.¹⁴³

d) Elemente der Rechtswidrigkeit

Die Stop Ecocide Foundation erklärt, dass die Rechtswidrigkeit entweder die Rechtswidrigkeit nach dem Völkerrecht oder die Rechtswidrigkeit nach nationalem Recht erfordert.¹⁴⁴ Allerdings enthält das Umweltvölkerrecht in Verträgen und im Gewohnheitsrecht Verpflichtungen für Staaten, aber relativ wenige absolute Verbote.¹⁴⁵ Z.B. geben die Klimarah-

¹³⁷ *Boister/Gless/Jeffberger*, in: dies. (Hrsg.), *Histories of Transnational Criminal Law*, 2021, S. 3; *Boister/Currie* (Fn. 133), S. 13.

¹³⁸ KOM (2021) 851 endg., S. 3.

¹³⁹ *Schwabach*, *Columbia Journal of Environmental Law* 25 (1/2000), 117 (118).

¹⁴⁰ *Stone*, in: *Austin/Bruch* (Hrsg.), *The Environmental Consequences of War*, 2000, 16 (31).

¹⁴¹ Vgl. *Heller*, *Opinio Juris* v. 23.2.2023, abrufbar unter <http://opiniojuris.org/2023/02/23/elis-overly-narrow-definition-of-ecocide/> (25.1.2024).

¹⁴² Vgl. *Robinson*, *Journal of International Criminal Justice* 20 (2/2022), 313 (320).

¹⁴³ *Bock*, *ZRP* 2021, 187 (188).

¹⁴⁴ Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 10.

¹⁴⁵ Stop Ecocide Foundation (Fn. 2), S. 10.

menkonvention¹⁴⁶ und das Übereinkommen von Paris den Vertragsparteien Ziele vor, aber keine Verbote. Andererseits enthält das EU-Recht spezifische Verbote für die einzelnen Mitgliedstaaten. Art. 3 des Richtlinienvorschlags zählt die Verbote auf, die Umweltschäden in verschiedenen EU-Richtlinien und Verordnungen auslösen, die Gegenstand von Straftatbeständen sind. Es ist daher sinnvoll, die Rechtswidrigkeit anhand der EU-Rechtsakte zu bestimmen. EU-Verordnungen gelten unmittelbar in den Mitgliedstaaten, und EU-Richtlinien werden durch Umsetzung Teil des Verwaltungsrechts der Mitgliedstaaten. Es besteht daher ein gewisser Grad an rechtlicher Harmonisierung des nationalen Verwaltungsrechts zwischen den Mitgliedstaaten. Anders als bei den völkerrechtlichen Kernverbrechen ist bei transnationalen Verbrechen, die vor nationalen Gerichten verhandelt werden, keine Völkerrechtsakzessorietät erforderlich. Da Art. 2 Abs. 1 RL-Vorschlag die Europarechtsakzessorietät und die Verwaltungsakzessorietät vorsieht, sollte aus Gründen der Rechtsharmonisierung auch der Ökozid hinsichtlich der Rechtswidrigkeit entweder auf EU-Rechtsakte oder auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten gestützt werden.

2. Sonstige Bestimmungen

Darüber hinaus enthält der Richtlinienvorschlag, wie auch der Entwurf der Stop Ecocide Foundation, keine konkrete Liste von Tathandlungen, die unter den Begriff des Ökozids fallen. Um dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, wäre es sinnvoll, wie in den Entwürfen von *Neyret*¹⁴⁷ und *UCLA*¹⁴⁸ eine konkrete Liste von Ökoziden aufzustellen.

Da viele Länder keine Unternehmensstrafen in ihr nationales Recht aufgenommen haben, sollten Unternehmensstrafen nicht vorgesehen werden, da dies dazu führen würde, dass weniger Länder sie unterstützen und keine Rechtsharmonisierung erreicht würde.

Darüber hinaus sollte die Bezeichnung in „transnationales Verbrechen gegen die Umwelt“ umbenannt werden, da es sich nicht um ein Kernverbrechen handelt, das die internationale Gemeinschaft als Ganzes berührt, wie dies etwa beim Genozid der Fall ist.

VII. Fazit

Der transnationale Charakter des Ökozids erfordert eine internationale Rechtsharmonisierung, insbesondere einheitliche Definitionen sowie Regelungen zur Rechtshilfe bei Ermittlungen und bei der Auslieferung. Allerdings ist die Möglichkeit einer internationalen Rechtsharmonisierung nicht auf die Kernverbrechen beschränkt, sondern schließt auch transnationale Verbrechen ein. Darüber hinaus wird das bisherige Bemühen, den Ökozid als Kernverbrechen zu etablieren, stark kritisiert und es ist derzeit schwierig, die für eine Änderung erforderliche Zustimmung von zwei Dritteln der Vertragsstaaten (Art. 121 Abs. 3 IStGH-Statut) zu erhalten.¹⁴⁹ Es

ist daher sowohl angemessen als auch durchführbar, den Ökozid als transnationalen Tatbestand und nicht als Kernverbrechen einzuführen. Die Ausschüsse des Europäischen Parlaments befürworten die Aufnahme des Ökozid-Tatbestands nicht nur in die EU-Richtlinien, sondern auch in das IStGH-Statut. Die Einführung des Ökozid-Tatbestands in das IStGH-Statut sollte jedoch aufgegeben werden. Am 16. November 2023 haben der Rat und das Europäische Parlament eine vorläufige Einigung über die neue Richtlinie erzielt.¹⁵⁰ Der Ökozid ist als Qualifikationstatbestand vorgesehen und die Tatbestandsmerkmale werden sich von den bisher diskutierten unterscheiden (Art. 3 Abs. 2a).

Im November 2022 beschloss der Europarat, ein neues Übereinkommen über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt auszuarbeiten.¹⁵¹ Zu begrüßen ist es, dass Art. 27 des Entwurfs den Ökozid als transnationales Verbrechen vorsieht.¹⁵² Außerdem sollte die internationale Rechtsharmonisierung zur Verfolgung von Ökoziden wie bei der Cybercrime-Konvention auf globaler Ebene und nicht nur auf europäischer Ebene erfolgen, indem über die Mitgliedstaaten des Europarats hinaus auch andere Länder zum Beitritt zugelassen werden.

Darüber hinaus muss aufmerksam beobachtet werden, mit welchem Erfolg Länder wie Frankreich oder die Ukraine, die bereits über einen Ökozid-Tatbestand in ihrem nationalen Recht verfügen, in Zukunft entsprechende Fälle vor ihren nationalen Gerichten verhandeln werden.

<http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/> (25.1.2024);

Wagner, ZfIStw 7–8/2022, 477 (488); *Neyret* (Fn. 87), S. 173; *Greene*, Fordham Environmental Law Review 30 (3/2019), 1 (42); *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *dies.*, BRJ 2022, 32 (36); *Satzger* (Fn. 127), S. 352; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, vor § 324 Rn. 15; *ders.*, in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 131 (141); *Winter*, Israel Law Review 2023, 1 (24); *Wilt*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper 5 (2023), 1 (18).

¹⁵⁰ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law and Replacing Directive 2008/99/EC – Confirmation of the Final Compromise Text with a View to Agreement, 2021/0422(COD) v. 1.12.2023.

¹⁵¹ Council of Europe v. 24. 11. 2022, abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/cdpc/-/council-of-europe-to-draft-a-new-global-convention-to-protect-the-environment-through-criminal-law> (25.1.2024).

Das „Übereinkommen über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht (SEV172)“ wurde 1998 im Europarat verabschiedet, ist aber noch nicht in Kraft getreten.

¹⁵² Committee of Experts on the Protection of the Environment through Criminal Law (PC-ENV), Draft Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law, PC-ENV (2023) 04.

¹⁴⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change v. 9.5.1992.

¹⁴⁷ *Neyret* (Fn. 87), S. 36.

¹⁴⁸ The Promise Institute for Human Rights UCLA School of Law (Fn. 31), S. 2.

¹⁴⁹ *Ambos* (Fn. 108); *Heller*, Opinio Juris v. 23.6.2021, abrufbar unter

Entscheidungsanmerkung

Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.
2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
3. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen (sic!) Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insofern kein Gestaltungsspielraum zukommt.
4. Art. 103 Abs. 3 GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist.
5. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 Abs. 3 GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel.
6. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz *ne bis in idem* erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 Abs. 3 GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang. (Amtliche Leitsätze)

GG Art. 103
StPO § 362

*BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22*¹

I. Einleitung

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 2023 zur Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen wegen neuer Beweise ist nunmehr klar, dass sich insbesondere Ismet H., der Beschwerdeführer in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, nicht erneut vor Gericht wegen Mordes an der damals 17-jährigen Frederike von Möhlmann verantworten muss, es sei denn er hat die Tat bereits gestanden oder wird sie in Zukunft noch

¹ NJW 2023, 3698.

gestehen.² Zuvor hatte der Beschwerdeführer bereits den Erlass einer einstweiligen Anordnung erreicht, in der der gegen ihn ergangene Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wurde.³ Mit der hier zu besprechenden Entscheidung war trotzdem nicht zwangsläufig zu rechnen, weil die mögliche Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift im Rahmen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG nicht berücksichtigt wird.⁴

Doch nicht nur Ismet H., sondern auch andere in der Vergangenheit vom Vorwurf des Mordes oder von bestimmten Verbrechen des Völkerstrafrechtsgesetzbuchs (VStGB) Freigesprochene müssen nun nicht mehr damit rechnen, deswegen noch einmal (oder mehrmals) mit einem Strafverfahren überzogen zu werden.

II. Die Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit einer Mehrheit von 6 zu 2 Stimmen⁵ entschieden, dass § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG, auch in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG), unvereinbar und nichtig ist (1. Leitsatz).

Dieses Ergebnis ist zunächst einmal vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Gewährleistungen, gerade in Zeiten, in denen die Diskussionen über Einschränkungen, aber auch die tatsächlichen Einschränkungen von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten zunehmen,⁶ zu begrüßen. Doch es stellt sich die Frage, ob die Entscheidung auch dogmatisch überzeugt. Dies soll im Rahmen dieser Entscheidungsanmerkung unter Einbeziehung der beiden abweichenden Meinungen des Richters Müller und der Richterin Langenfeld erörtert werden.

1. Allgemeine Erörterungen

Interessant ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht einfließen lässt, bei wie vielen potenziellen Fällen die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO überhaupt zur Anwendung kommen könnte.⁷ So führt es aus, dass im Jahr 2020 laut Statistischem Bundesamt von 13.819 erledigten Verfahren 19 (!) Anträge auf Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklag-

² Ausführlicher dazu sogleich. Zum Verfahrensgang in dem hiesigen Verfahren siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 22.

³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 26 und BVerfGE 162, 358 ff.

⁴ BVerfGE 162, 358 (365 Rn. 25), hier auch zum Folgenden.

⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 164.

⁶ Beispielhaft soll nur auf die massiven Grundrechtseingriffe im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie und auf die Diskussion um die (noch) weitere Einschränkung des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG hingewiesen werden. Zu Ersterem siehe BVerfGE 159, 223 ff., zu der Diskussion um eine Asylrechtsverschärfung nur James, Zeit Online v. 3.11.2023, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-11/einwanderung-bundeslaender-fluechtlinge-boris-rheinstephan-weil> (1.1.2024).

⁷ Siehe dazu auch Singelstein, NJW 2022, 1058 (1059 f.).

ten gerichtet waren.⁸ In den letzten Jahren habe es im Durchschnitt pro Kalenderjahr knapp zehn Verfahren gegeben, in denen jemand vom Vorwurf des Mordes freigesprochen wurde.⁹ Einen Freispruch vom Vorwurf des Völkermordes habe es nur einmal im Jahr 2011 gegeben.

Auch wenn es für die rechtliche Würdigung nicht zwingend relevant ist, ist es wichtig, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO in den Kontext der Rechtswirklichkeit einordnet, gerade weil die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO von einem die Gemüter erhaltenden Einzelfall geprägt war¹⁰ und Einzelfälle bekanntlich in den meisten Fällen schlechte Ratgeber für neue Gesetze sind.¹¹

Weiter bemerkenswert, auch wenn für die rechtliche Würdigung ebenfalls nicht zwingend von Bedeutung, ist, dass das Bundesverfassungsgericht eine Anfrage an die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission) zum Grundsatz *ne bis in idem* und der Wiederaufnahme in den Mitgliedstaaten gestellt hat.¹² In 17 Staaten ist nach der Antwort der Kommission mit einzelnen Unterschieden eine ungünstige Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel grundsätzlich möglich.¹³

2. Der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG

a) Art. 103 Abs. 3 als Verbot erneuter Verfolgung

Im Rahmen der Prüfung des Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst klar, dass die Vorschrift trotz ihres Wortlauts, der lediglich davon spricht, dass niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals *bestraft* werden darf, auch für Freigesprochene gilt.¹⁴ Mit anderen Worten verbietet Art. 103 Abs. 3 GG nicht nur jede erneute Bestrafung, sondern auch jede erneute Verfolgung. Dies kann indes als nahezu unstrittig in Rechtsprechung und Literatur gelten.¹⁵ Umso mehr verwundert es, dass namentlich die Fraktion der SPD¹⁶ und die Fraktion der CDU/CSU¹⁷ in der Anhörung vor dem Bundesverfassungsgericht die Meinung vertreten haben, Art. 103 Abs. 3 GG „umfasse [...] kein generelles Verbot mehrfacher Strafverfolgung.“ Den Ausführungen des Bun-

desverfassungsgerichts zu der Reichweite des Schutzes durch Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick darauf, dass jede erneute Verfolgung verboten ist, ist jedenfalls uneingeschränkt zuzustimmen.¹⁸

b) Art. 103 Abs. 3 GG als absolutes Recht

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Anschluss noch konstatiert, dass Art. 103 Abs. 3 GG auch den Gesetzgeber bindet, wenn er die Möglichkeiten der nachteiligen Wiederaufnahme ausweitet,¹⁹ ist der Weg frei, um § 362 Nr. 5 StPO am Maßstab des Art. 103 Abs. 3 GG zu überprüfen.²⁰

Dabei kommt das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz *ne bis in idem* absolute Geltung beanspruche und eine Ausweitung der nachteiligen Wiederaufnahme auf neue Beweise daher verfassungswidrig sei.²¹

aa) Systematische Auslegung

Dies leitet das Bundesverfassungsgericht zunächst maßgeblich aus der systematischen Auslegung her:²² Dass Art. 103 Abs. 2 GG auch absolut gelte, spreche dafür, dass auch Art. 103 Abs. 3 GG absolute Geltung beanspruche und mithin nicht einschränkbar sei.²³ Unabhängig davon, dass Art. 103 Abs. 2 GG selbst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht uneingeschränkt absolut gilt,²⁴ besteht ein großer Unterschied zwischen Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 103 Abs. 3 GG darin, dass der Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG, der vorschreibt, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor

¹⁸ Siehe nochmals BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 59 ff. Ausführlich dazu auch *Bohn* (Fn. 11), S. 57 ff.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 72 ff.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 75 ff.

²¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 79, 136; ähnlich *Conen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21. Juni 2021, Protokoll-Nr. 19/160, S. 8; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359 f.); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); zu weiteren Vertretern dieser Ansicht und einer kritischen Auseinandersetzung mit dieser These siehe auch *Bohn* (Fn. 11), S. 85 f.; entgegen dem BVerfG beispielsweise auch: *Gärditz*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157); *Kaspar*, GA 2022, 21 (27); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (383); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158).

²² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 82 ff.

²³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 84, vgl. auch Rn. 96; so auch: *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358).

²⁴ BVerfGE 95, 96 (133 insb. Rn. 138). Die Entscheidung erging zu den Mauerschützen-Prozessen an der innerdeutschen Grenze. Das Bundesverfassungsgericht stellte dort ausdrücklich klar, dass der Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG in dieser „ganz besonderen Situation“ hinter dem Gebot materieller Gerechtigkeit zurücktreten müsse.

⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 16.

⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 17, hier auch zum Folgenden.

¹⁰ Siehe anstatt aller nur MdB Luczak in der ersten Beratung der Gesetzesnormierung am 11. Juni 2021, BT-Plenarprotokoll 19/234, S. 30370.

¹¹ Vgl. *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 205, insb. auch Fn. 72; vgl. auch *Bung*, HRRS 2022, 109 (111 f.).

¹² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 20.

¹³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 21.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 59 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 67 ff.; siehe auch anstatt aller *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61 m.w.N.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 35.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 40.

die Tat begangen wurde, seine Wurzeln in der Menschenwürde hat²⁵ und die Menschenwürde – als einziges Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht – tatsächlich absolut gilt.²⁶ Diese Wurzeln proklamiert – soweit ersichtlich – niemand in Bezug auf Art. 103 Abs. 3 GG, und eine solche Herleitung ließe sich auch aus der Ideengeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG heraus nicht stützen.²⁷ Zudem ist diese systematische Auslegung, die das Bundesverfassungsgericht vornimmt, bis zu einem gewissen Grad beliebig:²⁸ Im Grundgesetz besteht keine weitere Norm mit inhaltlichem Bezug zu der Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG,²⁹ und wenn man mit den Gewährleistungen i.R.d. Art. 103 GG argumentiert, könnte man genau so gut Art. 103 Abs. 1 GG heranziehen, der zwar formell als „einer Abwägung unzugänglich“³⁰ angesehen wird, letztlich aber doch durch kollidierende Verfassungsgüter eingeschränkt werden kann.³¹

bb) Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift

Im Rahmen des Sinns und Zwecks der Vorschrift des Art. 103 Abs. 3 GG führt das Bundesverfassungsgericht an, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Verständnis der Vorschrift als absolutes, nicht einschränkbares Recht stütze.³² Das Bundesverfassungsgericht habe Art. 103 Abs. 3 GG bisher nicht mit anderen Verfassungswerten abgewogen und auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass dies überhaupt möglich sei.³³ Wie dies dazu passt, dass „strafrechtsdogmatische Grenzkorrekturen“³⁴ möglich sein sollen, bleibt unklar. Entweder ein Recht gilt uneingeschränkt oder es ist einschränkbar. Nur in dem letzten Fall bleibt Raum für Änderungen in Form von Grenzkorrekturen.

Und auch die verfassungsgerichtliche Terminologie, dass die „vorkonstitutionelle Ausprägung des Grundsatzes ne bis in idem [...]“ – also die althergebrachten Wiederaufnahmegründe der heutigen Nummern 1–4 in § 362 StPO – „als ‚immanente Schranke‘ des Art. 103 Abs. 3 GG“³⁵ anzusehen sei, stünde der absoluten Geltung des Grundsatzes nicht entgegen. Dies würde aber bedeuten, dass das Verbot der Dop-

pelverfolgung in Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich nicht für die Einschränkungen in den § 362 Nrn. 1–4 StPO gelten würde. Dies läuft auf eine Auslegung und Einschränkung der Verfassung anhand des einfachen Rechts hinaus und ist dogmatisch nicht begründbar.³⁶

Weiter versucht das Bundesverfassungsgericht die absolute Geltung des Art. 103 Abs. 3 GG darauf zu stützen, dass es betont, dass der Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG unter anderem nur dann besteht, wenn ein Strafverfahren durch ein rechtskräftiges Sachurteil nach einer strafrechtlichen Hauptverhandlung abgeschlossen wurde.³⁷ Die strikte Formalisierung der Hauptverhandlung, das Gebot der Wahrheitserforschung in der Hauptverhandlung, der Unmittelbarkeitsgrundsatz und der generelle rechtsstaatliche Rahmen der Hauptverhandlung gäben dem Urteil die Legitimation, auf der die Rechtskraft und damit auch der Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG fuße.³⁸

Unabhängig davon, dass diese Grundsätze in der Praxis häufig nicht strikt angewendet werden, sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Begründung des Schutzes durch Art. 103 Abs. 3 GG zutreffend; sie begründen aber dennoch – auch in der Zusammenschau mit den anderen genannten Argumenten – keinen durch Art. 103 Abs. 3 GG vermittelten absoluten Schutz.

Sodann erläutert das Bundesverfassungsgericht, was die Wiederaufnahmegründe der Nummern 1–4 des § 362 StPO maßgeblich von der nun für verfassungswidrig und nichtig erklärten Nr. 5 des § 362 StPO unterscheidet.³⁹ Dabei geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass § 362 Nrn. 1–4 StPO Wiederaufnahmegründe erfassten, „die nicht in erster Linie auf die Änderung des materiellen Entscheidungsinhalts zielen, sondern vorrangig auf die Aufhebung eines Strafurteils gerichtet sind [...]“⁴⁰. Diese Regelungen seien vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG deswegen nicht erfasst,⁴¹ da sie immanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG darstellten.⁴² Im Vordergrund stehe bei diesen Wiederaufnahmegründen „nicht notwendig ein im Ergebnis anderes Urteil, sondern primär die Wiederholung des fehlerbehafteten Verfahrens.“⁴³ Gleiches gelte für den Wiederaufnahmegrund des Geständnisses in § 362 Nr. 4 StPO.⁴⁴

Abgesehen davon, dass dies – wie oben dargestellt – dogmatisch nicht herzuleiten ist, spricht gegen diese Annahme die von Bundesverfassungsgericht selbst zitierte Norm des § 370 Abs. 1 StPO, die vorschreibt, dass der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung als unbegründet verworfen wird, wenn unter anderem in den Fällen des § 362 Nr. 1 StPO (unechte oder verfälschte Urkunde) oder Nr. 2 (vorsätzliche Falschaussage oder Mein-

²⁵ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 51 m.w.N.

²⁶ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 15), 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 73 f. m.w.N.

²⁷ Zur Ideengeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG siehe auch *Bohn* (Fn. 11), S. 36 ff.

²⁸ *Bohn* (Fn. 11), S. 220, hier auch zum Folgenden; a.A. *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358).

²⁹ *Bohn* (Fn. 11), S. 58.

³⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 25), Art. 103 Abs. 1 Rn. 83.

³¹ *Schulze-Fielitz* (Fn. 25), Art. 103 Abs. 1 Rn. 83 m.w.N.

³² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 90.

³³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 91.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 91, unter Verweis auf BVerfGE 56, 22 (34).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 92, unter Verweis auf BVerfGE 3, 248 (252 f.); ausführlich zu der Formulierung „immanente Schranke“ *Slognsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (763 Fn. 126).

³⁶ *Bohn* (Fn. 11), S. 88 f.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 102 f.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 105.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 114 ff.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117 f.

⁴² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 118.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 119.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122.

eid) nach Lage der Sache die Annahme ausgeschlossen ist, dass die in diesen Vorschriften bezeichnete Handlung auf die Entscheidung Einfluss gehabt hat.⁴⁵ Es kommt also zumindest bei den Nummern 1 und 2 des § 362 StPO sehr wohl darauf an, ein im Ergebnis anderes Urteil zu erreichen, da das erste Urteil aufgrund der Verfahrensfehler möglicherweise falsch ist.⁴⁶ Man kann sogar so weit gehen, gerade in der Möglichkeit, dass die Fehler im Ausgangsverfahren Einfluss auf das Ergebnis des Urteils gehabt haben können, die (verfassungsrechtliche) Legitimation der Wiederaufnahmegründe und damit der Durchbrechung der Rechtskraft zu sehen;⁴⁷ denn ein justizförmiges Verfahren ist kein Selbstzweck, der immer zu einer Durchbrechung der Rechtskraft und des Schutzes des Art. 103 Abs. 3 GG führt.⁴⁸ Im Hinblick auf den Wiederaufnahmegrund des Geständnisses kann – unabhängig von der Frage, ob damit ein im Ergebnis anderes Urteil bezweckt wird oder nicht –⁴⁹ auch der Umstand, dass die geständige Person selbst durch das Geständnis auf den Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG verzichtet, als Legitimation herangezogen werden.⁵⁰

Ausgehend von der hier im Ergebnis abgelehnten These, dass die Wiederaufnahmegründe des § 362 Nrn. 1–4 StPO nicht dazu dienen, ein inhaltlich anderes – „richtigeres“⁵¹ – Urteil zu erstreben, stellt das Bundesverfassungsgericht sodann dar, dass § 362 Nr. 5 StPO gerade dies bezwecke und deshalb verfassungswidrig sei.⁵² Weder ein sich zwischenzeitlich gewandeltes Verfassungsverständnis noch grundrechtlich geschützte Belange der Opfer oder Opferangehörigen würden dies relativieren.⁵³

⁴⁵ So auch die abweichende Meinung des Richters *Müller* und der Richterin *Langenfeld* vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 11.

⁴⁶ Zu der Frage, wann von einem Fehlurteil auszugehen ist, siehe *Bohn* (Fn. 11), S. 23 f.

⁴⁷ *Bohn* (Fn. 11), S. 96 ff., vgl. hier auch zum Folgenden; in diese Richtung auch *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146).

⁴⁸ A.A. wohl das BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 121: „Ein Urteil mit einem solch schwerwiegenden Mangel verfehlt die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren. Die Wahrung dieser Anforderungen ist jedoch unverzichtbare rechtsstaatliche Voraussetzung für einen gerechten Schuldspruch.“

⁴⁹ Siehe dazu im Ergebnis verneinend BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122.

⁵⁰ *Bohn* (Fn. 11), S. 95 m.w.N.; *Conen* (Fn. 21), S. 10; *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (767); a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (392).

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 123. Dazu, dass ein Urteil nach einem Wiederaufnahmeverfahren nicht zwingend „richtiger“ wird, vgl. auch Rn. 134; *Bohn* (Fn. 11), S. 91.

⁵² Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 123, hier auch zum Folgenden; siehe ebenfalls BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 140.

⁵³ Siehe zur Berücksichtigung des Opferschutzes ausführlich auch *Bohn* (Fn. 11), S. 229 ff.

Aus der Sicht des *Autors* ist zwar die Prämisse falsch; dem Ergebnis, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig ist, ist aber zuzustimmen. Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Bundesverfassungsgericht neue technische Möglichkeiten wahrscheinlich zu neuen Gefährdungslagen im Hinblick auf die Grundrechte, jedenfalls aber nicht zu einer Absenkung des verfassungsrechtlichen Schutzniveaus führen.⁵⁴

3. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Nachdem das Bundesverfassungsgericht bereits einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG festgestellt hat, führt es weiter aus, dass eine Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf Altfälle, die bereits vor Inkrafttreten des § 362 Nr. 5 StPO mit einem rechtskräftigen Freispruch abgeschlossen waren, gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt.⁵⁵ Dabei geht es von einer „echten“ Rückwirkung, also einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen aus, die grundsätzlich verbietet, in bereits abgeschlossene Tatbestände einzugreifen.⁵⁶ Die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Ausnahmen, bei deren Vorliegen eine „echte“ Rückwirkung ausnahmsweise zulässig ist, namentlich der Umstand, dass kein schützenswertes Vertrauen vorlag oder zwingende Gründe des Gemeinwohls entgegenstehen, lägen nicht vor.⁵⁷ Es liege vielmehr ein schützenswertes Vertrauen vor, weil ein rechtskräftiger Freispruch sogar noch eine größere Zäsurwirkung entfalte als der Eintritt der Verfolgungsverjährung.⁵⁸ Auch lägen in der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit durch eine Wiederaufnahme keine zwingenden Gründe des Gemeinwohls, denn „der Fortbestand [eines] Freispruchs trotz abnehmender Zweifel an der Schuld des Freigesprochenen sind unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls nicht ‚unerträglich‘, sondern vielmehr Folgen einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung, in der der Zweifelsgrundsatz eine zentrale Rolle spielt.“⁵⁹ Dem ist vor dem Hintergrund eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot nichts hinzuzufügen.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 130.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 142; so auch *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (361 f.); *Priebering*, HRRS 2023, 156 (160).

⁵⁶ Zur Definition der „echten“ Rückwirkung siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 144, zur Einordnung der Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 147 ff.; so auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Bohn* (Fn. 11), S. 266 ff.; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359); *Gerson*, StV 2022, 124 (126); *Kaspar*, GA 2022, 21 (34); a.A. *Gärditz* (Fn. 21), S. 7.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 152 ff.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 155; ähnlich auch *Bohn* (Fn. 11), S. 269.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 158; in diese Richtung auch: *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (155); a.A. *Gärditz* (Fn. 21), S. 7 f.

4. Zwischenfazit

Im Ergebnis ist dem Bundesverfassungsgericht daher zuzustimmen, dass sowohl ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG als auch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot bei der Anwendung auf rechtskräftig abgeschlossene Verfahren vorliegt, auch wenn die dogmatische Herleitung aus Sicht des *Verf.* im Hinblick auf den absoluten durch Art. 103 Abs. 3 GG vermittelten Schutz nicht überzeugt. Zuzustimmen ist auch der Rechtsfolge der Nichtigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht das Verdikt der Nichtigkeit häufig mit der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung umschiffen hat.⁶⁰ Es ist richtig und wichtig, dass das Bundesverfassungsgericht in dem hiesigen Verfahren deutliche Worte gefunden und richtigerweise keine Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung gesehen hat.

5. Abweichende Meinung

Im Hinblick auf die aus Sicht des *Verf.* nicht kohärente dogmatische Herleitung sind die Sondervoten des Richters *Müller* und der Richterin *Langenfeld* von Interesse. Auf diese Sondervoten soll daher im Folgenden eingegangen werden.

Müller und *Langenfeld* gehen davon aus, dass Art. 103 Abs. 3 GG durchaus durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar ist.⁶¹ Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn und die Bestimmtheit der Norm des § 362 Nr. 5 StPO bedürften jedoch einer näheren Prüfung. Jedenfalls liege aber – insofern im Einklang mit der Mehrheitsentscheidung – ein Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot vor.

Folgerichtig wird in der abweichenden Meinung dargelegt, dass auch die Wiederaufnahmevorschriften des § 362 Nrn. 1–4 StPO verfassungswidrig sein müssten, wenn Art. 103 Abs. 3 GG absolute Geltung beanspruchen würde.⁶²

Gegen die Annahme einer absoluten Geltung führen *Müller* und *Langenfeld* an, dass eine solche nur auf „sehr seltene Ausnahme[n]“⁶³ zutrefte und es dafür einer unmittelbaren Ableitbarkeit aus der – unantastbaren – Menschenwürdeggarantie des Art. 1 Abs. 1 GG bedürfe.⁶⁴ Auch würden die bereits vor der streitgegenständlichen Ergänzung des § 362 StPO bestehenden Wiederaufnahmegründe zeigen, dass Art. 103 Abs. 3 GG nicht uneingeschränkt Geltung beanspruche.⁶⁵

Allerdings neigen *Müller* und *Langenfeld* in ihrer abweichenden Meinung dazu, § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsgemäß einzustufen. Dies begründen sie unter anderem mit einem Vergleich zu dem Wiederaufnahmegrund des Geständnisses in § 362 Nr. 4 StPO, der eine Wiederaufnahme

propter nova bereits jetzt zulasse.⁶⁶ Dies kann indes nicht überzeugen, da die maßgebliche Legitimation des Wiederaufnahmegrunds des § 362 Nr. 4 StPO – wie oben dargelegt – darin liegt, dass der/die Freigesprochene selbst darüber entscheiden kann, ob er oder sie ein Geständnis ablegen will oder nicht.⁶⁷

In der dann konsequenterweise vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung gehen *Müller* und *Langenfeld* zunächst davon aus, dass das Gebot einer effektiven Strafverfolgung einen legitimen Zweck des Wiederaufnahmegrunds des § 362 Nr. 5 StPO darstelle.⁶⁸ Letztlich konstatieren sie aber, dass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn und die Bestimmtheit der Norm einer eingehenderen Prüfung bedürften.⁶⁹ Dabei tendieren sie dazu, § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsgemäß anzusehen,⁷⁰ wenn auch nur im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung im Hinblick auf den nötigen Tatverdacht.⁷¹ Zudem erwägen sie eine Kompensation für das weitere Verfahren im Rahmen der Strafzumessung.⁷²

Diesen beiden letzten Erwägungen ist indes grundlegend zu widersprechen:

Auch wenn man von einer grundsätzlichen Einschränkung des Schutzes aus Art. 103 Abs. 3 GG ausgeht, führt dies nicht dazu, dass § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG in Einklang steht.⁷³ Freisprüche in Bezug auf Mord und die im Gesetz genannten Verbrechen nach dem VStGB verlieren durch die Vorschrift jeden Wert und Schutz,⁷⁴ insbesondere weil jegliche neuen Beweismittel ausreichen sollten, um die Wiederaufnahme bei den aufgeführten Taten zu ermöglichen.⁷⁵ Die Schwere des Eingriffs verschärft sich zudem dadurch, dass alle in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten Straftaten i.V.m. § 79 Abs. 2 StGB nicht verjähren, sodass die Verfolgung ad infinitum fortgesetzt werden kann.⁷⁶ Weiterhin betrifft der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO weder die Justizförmigkeit des Ausgangsverfahrens wie bei § 362 Nrn. 1–3 StPO noch ist das Vorliegen des Wiederaufnahmegrundes dem eigenen Risikobereich zuzuordnen wie bei § 362 Nr. 4 StPO.⁷⁷ Diese genannten Umstände führen damit insgesamt zu einem verfassungswidrigen Eingriff

⁶⁰ Vgl. dazu nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 449 ff.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 1, hier auch zum Folgenden.

⁶² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 4, vgl. auch Rn. 15; dies betont auch *Hörnle*, GA 2022, 184 (188).

⁶³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 5; so auch *Hörnle*, GA 2022, 184 (188).

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 5.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 12.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 14; ähnlich *Gärditz* (Fn. 21), S. 5 f.

⁶⁷ Siehe nochmals *Bohn* (Fn. 11), S. 95 m.w.N.; *Conen* (Fn. 21), S. 10; *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (767); a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (392).

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 20.

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 32.

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 33 ff.

⁷¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 35.

⁷² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 36.

⁷³ Ausführlich dazu im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn *Bohn* (Fn. 11), S. 227 ff. und 233 ff.

⁷⁴ *Leitmeier*, StV 2021, 341 (346).

⁷⁵ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 234.

⁷⁶ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 235.

⁷⁷ *Bohn* (Fn. 11), S. 235 ff.

in den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG in Bezug auf die in § 362 Nr. 5 StPO genannten Delikte.⁷⁸

Einen solchen erheblichen Eingriff in das Recht des Art. 103 Abs. 3 GG nachträglich abzufedern, indem eine etwaig verhängte Strafe gemildert werden soll, kann fast schon als anmaßend bezeichnet werden: Es drängt sich der Eindruck auf, dass verfassungsrechtliche Bedenken dadurch beiseite gewischt werden, dass man sich gegenseitig versichert, dass dies nicht so gravierend sei, da anstelle lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 49 Abs. 1 S. 1 StGB analog eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren verhängt werden könne.⁷⁹ Weder kann eine solche Milderung eine Kompensation für einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG darstellen noch kann sie als Anknüpfungspunkt für eine verfassungskonforme Auslegung des § 362 Nr. 5 StPO dienen. Es bleibt letztlich im Interesse eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens dabei, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig ist.

III. Fazit

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist die deutliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Nichtigkeit des § 362 Nr. 5 StPO zu begrüßen. Dies gilt trotz der aufgezeigten dogmatischen Brüche. Indem das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, dass sowohl ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG als auch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot vorliegt, dürfte es etwaigen weiteren Gesetzesinitiativen einen Riegel vorgeschoben haben. Ob dies nunmehr einen Schlusspunkt unter die aufgeheizte, schon seit Jahrzehnten in der Rechtswissenschaft geführte Debatte um die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten setzt oder die Befürworterinnen und Befürworter der Gesetzesänderung langfristig eine Verfassungsänderung anstreben,⁸⁰ bleibt abzuwarten. Bis auf Weiteres erhält uns das Bundesverfassungsgericht den schützenswerten Status-Quo des ne-bis-in-idem-Grundsatzes.

*Dr. André Bohn, LL.M. (Maastricht), Wuppertal/Kiel**

⁷⁸ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 234.

⁷⁹ Zur in diesem Kontext vorgeschlagenen sogenannten Rechtsfolgenlösung siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 36 m.w.N.

⁸⁰ Siehe dazu *Leitmeier*, StV 2021, 341 (346); *Slognsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (773).

* Der *Autor* ist als Strafverteidiger in Wuppertal ansässig und als Lehrkraft für besondere Aufgaben am Institut für Kriminalwissenschaften der Universität zu Kiel tätig.