

AUSGABE 11/2010

S. 635 - 734

5. Jahrgang

Inhalt

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M. (Cambridge), Köln 635

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

Von Nürnberg nach Kampala – Reflexionen zum Verbrechen der Aggression

Von Richter am IStGH Hans-Peter Kaul, Den Haag 637

Der Kompromiss von Kampala zum Verbrechen der Aggression

Ein Blick aus der Verhandlungsperspektive

Von Dr. Stefan Barriga, LL.M., New York 644

Das Verbrechen der Aggression nach Kampala

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 649

Transitional Justice und Positive Komplementarität

Von Madalena Pampalk, Wien, Nandor Knust, Freiburg i.Br. 669

Zum Erfordernis eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ als Merkmal der Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Zugleich Analyse der Entscheidung der Pre-Trial Chamber II des Internationalen Strafgerichtshofs vom 31.3.2010 über die „Situation“ in der Republik Kenia nach den Wahlen im Jahre 2007

Von Dr. Kathrin Gierhake, LL.M., Bonn 676

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

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Boris Burghardt, Berlin 695

Aktuelle Beiträge der internationalen Strafjustiz zur Entwicklung des humanitären Völkerrechts

Von Alexander Breitegger, Wien 712

Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen am Internationalen Strafgerichtshof

Von Eleni Chaitidou, Den Haag 726

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Katharina Beckemper

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Claus Kress, LL.M. (Cambridge), Köln

Am 1. und 2. Oktober dieses Jahres versammelte sich der Arbeitskreis Völkerstrafrecht¹ im Dachgeschoss des Juridicums der Universität Wien zu seiner sechsten Sitzung. Die deutschsprachigen Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler aus Praxis und Wissenschaft, die sich einmal mehr in großer Zahl zum Jahrestreffen eingefunden hatten, genossen neben vorzüglichen Referaten und lebhafter Diskussion einen herrlichen Blick über die Dächer Wiens und die lebenswürdige Gastfreundschaft Frank Höpfels und seines Teams. An den „Präzedenzfall“ von 2008 anknüpfend wird auch die Tagung von 2010 zum Anlass genommen, eine völkerstrafrechtliche Themenausgabe vorzulegen. In diese gehen vier Referate ein, die in Wien zum Vortrag kamen (*Barriga, Pampalk/Knust, Breitegger, Chaitidou*). Diesen werden vier thematisch verwandte Aufsätze hinzugefügt, die ebenfalls sämtlich von Mitgliedern des Arbeitskreises verfasst worden sind (*Kaul, Ambos, Gierhake, Burghardt*).

Bevor diese acht Beiträge kurz vorgestellt werden, seien diejenigen nicht minder spannenden Wiener Vorträge immerhin kurz genannt, die nachfolgend nicht veröffentlicht werden. *Thomas-Michael Baier*, Wien, und *Andrea Candrian*, Bern, berichteten aus erster Hand über den Stand der völkerstrafrechtlichen Gesetzgebung in Österreich bzw. in der Schweiz. Während das Schweizer Gesetzgebungsverfahren zur Kodifikation des Völkerstrafrechts inzwischen kurz vor dem Abschluss steht, hat man sich kürzlich auch in Österreich dazu entschlossen, eine Gesamtregelung auszuarbeiten. Die in Deutschland und der Schweiz gefundenen Lösungen sind in Österreich natürlich genau zur Kenntnis genommen worden, und es wird sehr interessant sein, den weiteren Gang der Dinge in Österreich zu verfolgen. Während sich die Landesberichte zu Österreich und der Schweiz zu der laufenden Gesetzgebung verhielten, konnte *Christian Ritscher*, Karlsruhe, für Deutschland bereits von erster Praxis bei der Anwendung des einschlägigen Gesetzes berichten. Im Mittelpunkt seines Beitrages standen die Erfahrungen, die die Generalbundesanwaltschaft in dem laufenden Verfahren gegen den in Deutschland lebenden Präsidenten der in den Provinzen Nord- und Süd-Kivu der heutigen Demokratischen Republik Kongo operierenden Miliz „Forces Démocratiques de Libération du Rwanda“ (FDLR) gemacht hat. *Ritschers* spannendes Referat deutet darauf hin, dass sich die verschiedentlich geäußerte Einschätzung, das Völkerstrafgesetzbuch bleibe lettre morte, als verfrüht erweisen könnte. *Jens Dieckmann*, Bonn, skizzierte – auch hier aus der Perspektive eines unmittelbar Beteiligten – den aktuellen Stand der Bemühungen darum, den rechtlichen Status eines Anwalts zu klären, der zur „Wahrnehmung der Interessen der Verteidigung“ in Abwesenheit des Beschuldigten und ohne Begründung eines Verteidiger-Mandantenverhältnisses bestellt wird. *Philipp Ambach*, Den Haag, referierte die neuere Rechtsprechung von JStGH und RStGH und machte dabei deutlich, dass es kurzschlüssig wäre, die Judikatur dieser beiden internationalen Strafgerichtshöfe im Hinblick auf die bereits in der Umset-

zung begriffene completion strategy aus dem Blick zu verlieren. *Sabine Schulz*, Düsseldorf, stellte dem Arbeitskreis das erste Urteil der Hauptverfahrenskammer des Kambodscha-Tribunals im Konzentrationslagerfall „Duch“ vor, in dem insbesondere das Völkerstrafrecht gegen Menschlichkeitsverbrechen zur Anwendung gebracht worden ist. *Thomas Beck*, Karlsruhe, schließlich erläuterte die Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts im „Fall Kunduz“ und ließ die grundsätzliche Bedeutung dieses Verfahrens dabei auf eindrucksvolle Weise deutlich werden.

Die ersten vier Beiträge dieser Ausgabe widmen sich Themen der ersten Überprüfungskonferenz zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut), die vom 31. Mai bis zum 11. Juni in der ugandischen Hauptstadt Kampala stattfand. Im Vordergrund steht der historische Durchbruch, den die Vertragsstaaten im Hinblick auf das Verbrechen der Aggression erzielt haben. *Hans-Peter Kaul*, Den Haag, entfaltet in berührender Form den historischen Hintergrund des Verhandlungsergebnisses, *Stefan Barriga*, New York, gibt einen fesselnden Einblick in das „Endspiel von Kampala“ aus der Sicht der Verhandlungsleitung, und *Kai Ambos*, Göttingen, leistet eine erste bedenkenswerte wissenschaftliche Analyse aller wesentlichen Aspekte des Kompromisspakets. *Madalena Pampalk*, Wien, und *Nandor Knust*, Freiburg, greifen unter den Gesichtspunkten der „Transitional Justice“ und der „positiven Komplementarität“ Grundfragen der Reaktion auf systemisches Unrecht auf, die in der ersten Woche der Überprüfungskonferenz im Rahmen einer allgemeinen Bestandsaufnahme zur Entwicklung des Völkerstrafrechts debattiert wurden. Dabei verstehen es die Autoren gut, die Notwendigkeit der Verschränkung verschiedener Reaktionsformen auf unterschiedlichen Reaktionsebenen am Beispiel Ruandas nach dem Völkermord von 1994 zu veranschaulichen.

Die zweite Hälfte der November-Ausgabe der ZIS ist der völkerstrafrechtlichen Judikatur des letzten Jahres gewidmet. *Katrin Gierhake*, Bonn, knüpft an ihren Aufsatz zur Legitimation des Völkerstrafrechts² an und nimmt die so wichtige Entscheidung der ersten Vorverfahrenskammer des IStGH zu der Situation Kenia zum Anlass grundsätzlicher Betrachtungen zur Reichweite der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. *Gierhakes* Überlegungen werden bei der zukünftigen Diskussion sicher Beachtung finden. Ähnlich eingehend und ebenso überlegenswert widmet sich *Boris Burghardt*, Berlin, der Dogmatik der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Die Anregung zu seinem Beitrag verdankt *Burghardt* der ersten Entscheidung des BGH (in dem von *Ritscher* näher beleuchteten kongolesischen Verfahren), die sich vertieft mit Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuches befasst. *Alexander Breitegger*, Wien, gelingt es, die bedeutsamen Beiträge der neueren völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung zur weiteren Dogmatisierung des Rechts der bewaffneten Konflikte auf den Punkt zu bringen. Dabei findet insbesondere die hochinteressante Rechtsprechung des Sondergerichtshofes von Sierra Leone zu

¹ http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/index_akvoe.html.

² *Gierhake*, ZIS 2008, 354.

den Kriegsverbrechen gegen Personal einer friedenserhaltenden Mission bzw. der Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten Berücksichtigung. *Eleni Chaitidou*, Den Haag, schließlich dokumentiert in ihrer meisterhaft klaren Übersicht über die Rechtsprechung des IStGH aus dem letzten Jahr, mit welcher Rasananz das neue Völkerstrafprozessrecht „von den Büchern“ in die Praxis geholt und hierbei entfaltet wird.

In der Gesamtschau vermitteln die Beiträge den Leserinnen und Lesern der ZIS hoffentlich einen lebendigen Eindruck von der ungebrochenen Dynamik der völkerstrafrechtlichen Entwicklung und von der Fülle der hierdurch aufgeworfenen speziellen und grundsätzlichen Rechtsfragen. Den Herausgebern der ZIS und ihrem internationalen Redakteur sei herzlich für die Möglichkeit gedankt, diese zweite völkerstrafrechtliche Themenausgabe aus Anlass einer Jahressitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht auf den Weg bringen zu dürfen.

*Claus Kreß,
Köln, im November 2010*

Von Nürnberg nach Kampala – Reflexionen zum Verbrechen der Aggression*

Von Richter am IStGH Hans-Peter Kaul, Den Haag**

Seit einigen Jahren findet jährlich in der Chautauqua Institution im Staate New York im Spätsommer eine Zusammenkunft angesehenen internationaler Ankläger, von Nürnberg bis heute, statt, zu der aber auch internationale Richter, Experten und Wissenschaftler eingeladen werden. Nach der Überprüfungskonferenz für den Internationalen Strafgerichtshof, die vom 31. Mai bis 11. Juni 2010 in Kampala, Uganda, stattfand, war das Generalthema des diesjährigen (2010) Symposiums „Crimes against Peace – Aggression in the 21st Century“. Im Bewusstsein der maßgeblichen Rolle, welche insbesondere Robert H. Jackson, Whitney R. Harris und Benjamin B. Ferencz, alle drei US-Ankläger des Internationalen Militärgerichtshofs von Nürnberg, für die Entwicklung des Konzepts der „Verbrechen gegen den Frieden“ und die Anerkennung und Kodifikation des Verbrechens der Aggression gespielt haben, lag es nahe, den Beitrag dieser herausragenden amerikanischen Juristen für die Ächtung und Strafbarmachung des Verbrechens der Aggression aktuell zu würdigen. Dabei wird auch deutlich, dass der in Kampala im Konsens verabschiedete Kompromissvorschlag zum Verbrechen der Aggression wie auch das Eintreten der Bundesrepublik Deutschland für dieses Ziel sich in Übereinstimmung und Kontinuität mit den Überzeugungen und dem Lebenswerk dieser bedeutenden US-Ankläger befinden. Der Beitrag schließt mit der Hoffnung, dass die in Kampala verabschiedeten Regeln zum Verbrechen der Aggression gemäß der Vision von Robert H. Jackson eines Tages weltweit für alle Staaten Bedeutung erlangen werden.

I. Amerikanische Wegbereiter bei der Ächtung von Verbrechen gegen den Frieden

Mir ist bewusst, dass dieses Treffen traditionell vor allem eine Zusammenkunft angesehenen internationaler Ankläger, von Nürnberg bis heute, ist. Mir ist ebenfalls bewusst, wie das zentrale Thema dieser Konferenz lautet, nämlich: „Verbrechen gegen den Frieden – Aggression im 21. Jahrhundert“. Daher möchte ich vor allem über die Rolle und den Beitrag – den enormen Beitrag – sprechen, den drei US-Ankläger des Internationalen Militärgerichtshofs von Nürnberg für die Anerkennung des Aggressionsverbrechens als internationales Verbrechen sowie für seine Ächtung geleistet haben. Dies sind Robert H. Jackson, Whitney R. Harris und Benjamin B. Ferencz. Ich werde aus der Sicht eines deutschen Bürgers sprechen, der noch während des Zweiten Weltkrieges geboren wurde, der die Geschichte des 20. Jahrhunderts einigermaßen gut kennt und der durch die Wechselfälle des Lebens in den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts Chefunterhändler der deutschen Delegation für den künftigen Internationalen Strafgerichtshof und dann, im Jahre 2003, einer der ersten Richter eben dieses Gerichtshofes wurde.

* Der Beitrag basiert als Rückübersetzung ins Deutsche auf einem Vortrag, den der Autor am 30.8.2010 bei den „4th International Humanitarian Law Dialogs“ in der Chautauqua

Bevor ich jedoch medias in res gehe, möchte ich noch etwas erwähnen: Vor zwei Tagen, am Samstag, hatten meine Frau und ich die Ehre, am Flughafen einen weiteren Ankläger von Nürnberg kennenzulernen, nämlich William Caming. Wenn ich nun immer wieder über die Nürnberger Prozesse und ihre Bedeutung spreche, dann ist mir bewusst, dass auch viele andere herausragende Amerikaner, wie etwa Telford Taylor oder William Caming, für das Vermächtnis von Nürnberg ebenfalls von großer Bedeutung sind. Mr. Caming, es ist ganz wunderbar, dass Sie hier sind.

II. Nach der Überprüfungskonferenz

Wir wissen, dass auf der Überprüfungskonferenz für den Internationalen Strafgerichtshof in Kampala am 11. Juni 2010 ein Paketvorschlag zum Aggressionsverbrechen¹ im Konsens verabschiedet worden ist. Dieser Ergänzungsvorschlag zum IStGH-Statut wird aller Voraussicht nach dazu führen, dass der IStGH nach 2017 – zumindest in einem gewissen Ausmaß – Strafgewalt über künftige Aggressionsverbrechen haben wird. Vor der Überprüfungskonferenz überwogen auf internationaler Ebene klar die pessimistischen Stimmen, die daran zweifelten, dass es überhaupt möglich sein würde, einen Kompromiss bei dieser so schwierigen Frage zu erreichen. Der entscheidende Punkt aus meiner Sicht ist, dass ohne die Vision und Vorreiterrolle von Robert Jackson und ohne den lebenslangen Einsatz von Whitney Harris und Benjamin Ferencz für die Sache des Friedens und der Gerechtigkeit der erfolgreiche Ausgang der Überprüfungskonferenz schlichtweg nicht denkbar gewesen wäre.

Es versteht sich von selbst, dass ich Robert Jackson leider nie persönlich getroffen habe. Demgegenüber hatte ich in den neunziger Jahren, im Rahmen der Verhandlungen über den

Institution in den USA gehalten hat. Die Konferenz zu dem Thema „Crimes against Peace – Aggression in the 21st century“ wurde maßgeblich vom Robert H. Jackson Center, der American Society of International Law und dem Whitney R. Harris World Law Institute der Washington University St. Louis veranstaltet. Aus Gründen der Authentizität wurde der Stil eines mündlichen Vortrages beibehalten. Einige Fußnoten und Literaturhinweise wurden eingefügt. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verf. wieder.

** Hans-Peter Kaul ist Richter und Zweiter Vize-Präsident des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH). Er war von 1996 bis 2003 deutscher Verhandlungsführer für den IStGH, bevor er im Februar 2003 für einen Zeitraum von drei Jahren zum ersten deutschen Richter am IStGH gewählt wurde. 2006 wurde er für einen Zeitraum von weiteren neun Jahren wiedergewählt. Seit März 2009 ist Richter Kaul Zweiter Vize-Präsident des IStGH. Er gehört weiterhin der Vorverfahrens-Abteilung an.

¹ Assembly of States Parties, Resolution RC/Res. 6 on the crime of aggression.

Internationalen Strafgerichtshof, die Gelegenheit, eine Reihe hervorragender amerikanischer Juristen und ehemaliger Ankläger von Nürnberg kennenzulernen. Mit manchen konnte ich sogar in eine freundschaftliche Beziehung treten, insbesondere mit *Whitney* und *Ben*. Vor diesem Hintergrund und auf Grundlage meiner Erinnerungen an verschiedene persönliche Begegnungen mit beiden möchte ich versuchen, ihren außerordentlichen Einsatz und ihre beispielhafte Arbeit für die Ächtung des Aggressionsverbrechens und dadurch ausgelöste Kriege zu würdigen – eine lebenslange Arbeit, die so vielen in unserer internationalen Gemeinschaft immer wieder Hoffnung und Ermutigung geschenkt hat.

Berlin, 3. Mai 2010. Etwa zwei Wochen sind seit dem Tod von *Whitney Harris* am 21. April, der fast 98 Jahre alt wurde, vergangen. In Berlin findet eine Konferenz zum Aggressionsverbrechen statt, die der Vorbereitung auf die Überprüfungskonferenz in Kampala dient. Botschafter *Wenaweser*, der Präsident der Versammlung der Vertragsstaaten, einige Mitglieder des Deutschen Bundestages, Vertreter der Bundesregierung sowie eine ansehnliche Zuhörerschaft und einige Journalisten sind anwesend. Für mich als Vize-Präsidenten des IStGH ist die Lage etwas heikel, denn ich war selbst maßgeblich daran beteiligt, folgende Grundposition des Gerichtshofs festzulegen: Die Richter des IStGH sollen die bevorstehenden Verhandlungen in Kampala nicht kommentieren; die Debatte über das Aggressionsverbrechen ist allein Sache der Vertragsstaaten. Schließlich sage ich, etwas zögerlich, Folgendes – und ich erinnere mich heute noch fast wörtlich daran:

„Als Richter des IStGH kann ich mich zum Aggressionsverbrechen und zu den bevorstehenden Verhandlungen in Kampala nicht äußern. Aber als deutscher Bürger, der noch während des Zweiten Weltkriegs geboren wurde und der Artikel 26² unseres Grundgesetzes über den Angriffskrieg kennt, [...] fühle ich mich zwei amerikanischen Vorkämpfern für ein Verbot des Angriffskrieges sehr verbunden, nämlich *Whitney Harris* und *Benjamin Ferencz*. Wie Sie vielleicht wissen, ist *Whitney Harris* vor kurzem, am 21. April 2010, in Saint Louis verstorben. Er war Ankläger des Internationalen Militärgerichtshofs im Verfahren gegen Ernst Kaltenbrunner, den Chef der Gestapo. *Whitney* hat im Jahr 2004 ein Buch mit dem Titel „The Tragedy of War“³ veröffentlicht. Ich möchte daraus einen einzigen Satz zitieren:

„Das Verbrechen des Angriffskrieges muss anerkannt, definiert und verurteilt werden, wenn es begangen wird, denn Krieg ist die größte Bedrohung für das Überleben der Zivilisation.“

Benjamin Ferencz, US-Ankläger im sogenannten Einsatzgruppenprozess, ist vor kurzem im Königspalast in Den Haag mit dem Erasmuspreis für sein Lebenswerk ausgezeichnet worden. Die Überschrift auf seiner Homepage lau-

tet: „Law not War“. *Ferencz* wird bald nach Kampala reisen, um dort, trotz seines Alters, mit ungeheurer Energie und Charisma an den Diskussionen um das Aggressionsverbrechen teilzunehmen.“

Zum Schluss fasse ich zusammen:

„Meiner Auffassung nach wäre es außerordentlich bedeutsam, ja wundervoll, wenn in Kampala hinsichtlich der Ächtung und Bestrafung des Verbrechens der Aggression tatsächlich Fortschritte gemacht und ein Durchbruch erzielt werden würden.“

Warum berichte ich von dieser Konferenz, von dieser Episode, die manchen wahrscheinlich wenig bedeutsam erscheint? Ich berichte davon, um Ihnen, einer amerikanischen Zuhörerschaft, zu verdeutlichen, dass an diesem 3. Mai 2010 in Berlin, der deutschen Hauptstadt, 6000 Kilometer von hier, die Prinzipien, die Ideale und der lebenslange Einsatz von *Whitney* und *Ben*, zweier bedeutender Mitarbeiter von *Robert Jackson*, präsent waren. Sie waren präsent und wirksam. Ich bin mir nicht sicher, ob viele Amerikaner wirklich verstehen, was die Ideen, Prinzipien und die Visionen von *Robert Jackson*, *Whitney* und *Ben* auf internationaler Ebene für dieses Land, die Vereinigten Staaten, getan haben.

III. Auf dem Weg zur Überprüfungskonferenz

Es ist sehr schön, dass *Anna Harris* und *Ben* heute unter uns sind. *Ben*, du bist der erste ehemalige Ankläger von Nürnberg, den ich persönlich getroffen habe. Das war im Jahr 1996, bei der Sitzung des Vorbereitungsausschusses für die Errichtung des IStGH, dem sogenannten PrepCom. Schon damals war allen klar, dass *Ben* der führende, erfahrenste und eloquenteste Befürworter einer Aufnahme des Aggressionsverbrechens in das Statut des künftigen Internationalen Strafgerichtshofs war.

Etwas später dann, als wir die nächste Sitzung des Vorbereitungsausschusses vorbereitet haben, die im Februar 1997 stattgefunden hat, erhielt ich von der Leitung des deutschen Auswärtigen Amtes grünes Licht: Wir erhielten die Erlaubnis, einen neuen konkreten Vorschlag für eine Formulierung des Verbrechens des Angriffskrieges vorzulegen. Bevor ich nach New York abreiste, habe ich bei einigen der führenden Völkerrechtler Deutschlands Rat gesucht, besonders bei den Professoren *Christian Tomuschat*, *Bruno Simma* – der heutige deutsche Richter am IGH –, *Jochen A. Frowein* und *Rudolf Bernhardt*. Natürlich waren sich alle der großen, auch historisch bedingten Schwierigkeiten bewusst, die das Thema „Verbrechen gegen Frieden“ in sich birgt, wie auch der langjährigen, schmerzhaften und sehr frustrierenden Bemühungen um Fortschritte. Sie alle wünschten „Viel Glück, viel Glück, Herr Kaul“ – aber es fiel ihnen sichtlich schwer, ihre Skepsis, ja vielleicht sogar Ironie hinter diesen Wünschen zu verbergen.

Als ich mit meiner Delegation in New York ankam, verliefen die Debatten um das Verbrechen des Angriffskrieges schleppend, ja sie waren fast eingeschlafen. Wenig später, im Mai 1997, kommentierte dann aber der International Criminal Court Monitor, ein Newsletter der NGO Coalition, der *William Pace* vorsteht:

² Art. 26 Abs. 1 GG hat folgenden Wortlaut: „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen.“

³ *Harris*, *The Tragedy of War*, 2004, S. 118.

„Während der Sitzung des Vorbereitungsausschusses im Februar haben sich viele Staaten für eine Aufnahme des Aggressionsverbrechens ausgesprochen. Besonders hilfreich war der Vorschlag Deutschlands, der dazu beigetragen hat, der Debatte Struktur zu verschaffen.“⁴

Zwei Monate später fügte *Lionel Yee*, der angesehene Leiter der Delegation von Singapur, folgendes hinzu:

„Dem Komitee liegt nun ein konsolidierter Entwurf für eine Definition des Verbrechens des Angriffskrieges vor; dies haben wir zu einem großen Teil den Bemühungen der deutschen Delegation zu verdanken [...]“.⁵

Während der Konferenz von Rom entwickelte sich eine verhältnismäßig enge Beziehung mit *Whitney* und *Ben*, ein Verhältnis geprägt von Offenheit und gegenseitigem Vertrauen. Diejenigen, die in Rom dabei waren und die Konferenz näher verfolgt haben, werden sich daran erinnern, dass die beiden gerade auch für die deutsche Delegation immer wieder eine Quelle der Ermutigung und der Inspiration waren – man könnte fast sagen, dass sie eine Art informelle Berater meiner Delegation waren. *Whitney* und *Ben* waren sich völlig einig, dass das Verbrechen des Angriffskrieges der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegen sollte. Es war eine unverzichtbare, ja unersetzliche Ermutigung für uns in der deutschen Delegation, dass wir sie auf unserer Seite wussten. Dies hat uns immer wieder darin bestärkt, in unserem Streben nach einem glaubwürdigen Internationalen Strafgerichtshof nicht nachzulassen und nicht aufzugeben.

Der IStGH ist der direkte Nachfahre der Nürnberger Prozesse, in denen über den zugrunde liegenden Absturz Deutschlands in die Barbarei der Nazis und die damit verbundenen Verbrechen gerichtet wurde. Zuerst die Judenverfolgung, dann der Überfall auf Polen am 1. September 1939, geradezu der Musterfall eines Verbrechens des Angriffskrieges, das unmittelbar zum Zweiten Weltkrieg führte, mit all den daraus folgenden Verbrechen gegen den Frieden, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Angesichts unserer eigenen Vergangenheit und unserer Erfahrungen empfinde ich es als folgerichtig, dass das neue Deutschland sein Äußeres getan hat, um die Schaffung eines wirksamen, funktionsfähigen, unabhängigen und damit glaubwürdigen Internationalen Strafgerichtshofs voranzutreiben.

Weithin anerkannt wird auch – man könnte es fast als allgemein bekannt bezeichnen –, dass das Verbrechen des Angriffskrieges ohne Deutschland nicht in Art. 5 des Römischen Statuts, unseres Gründungsvertrags, aufgenommen worden wäre. Der deutsche Vorschlag⁶, der letzte, der in Rom am 6. Juli 1998 auf dem Tisch lag, hat zumindest dafür gesorgt,

⁴ Coalition for the International Criminal Court, *The Monitor*, May 1997, S. 1:

<http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=monitor&idudctp=5&show=all#5> (zuletzt besucht am 28.10.2010).

⁵ Coalition for the International Criminal Court, *The Monitor*, August 1997, S. 5:

<http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=monitor&idudctp=5&show=all#5> (zuletzt besucht am 28.10.2010).

⁶ UN Dok. A/Conf. 183/C 1/L 53, S. 9.

dass das Aggressionsverbrechen international ein für allemal als Völkerrechtsverbrechen anerkannt worden ist.

Aus heutiger Sicht ist klar, wie außerordentlich bedeutsam dies war. Wäre das Verbrechen des Angriffskrieges in Rom nicht als „schwerstes Verbrechen von internationalem Belang“ anerkannt worden oder jedenfalls nicht auf diese Weise in Art. 5 des Statutes wenigstens mit einer Platzhalternorm aufgenommen worden, dann hätte dies vermutlich folgende Konsequenzen gehabt:

Dies wäre ein ernsthafter Rückschlag, ja vielleicht sogar eine dramatische Rückentwicklung für das Völkerrecht gewesen. Vermutlich hätte man dies so ausgelegt oder auch missdeutet, dass dadurch die Rechtmäßigkeit des gesamten Konzepts von Verbrechen gegen den Frieden, wie sie in der Charta des Internationalen Militärgerichtshof von Nürnberg enthalten ist, verneint worden sei. Dies hätte wahrscheinlich sogar eine implizite Ablehnung der Visionen und der entscheidenden Rolle von *Robert Jackson* bedeutet.

Diejenigen hätten triumphiert, die weiterhin propagieren, dass Machtpolitik und der Einsatz militärischer Gewalt sich grundsätzlich nicht mit den Mitteln des Rechts erfassen und regeln lassen.

Es hätte kein Mandat mehr und auch keine Grundlage für weitere Arbeit an der Kodifikation des Aggressionsverbrechens gegeben.

Es hätte auch keine Grundlage mehr gegeben für die speziell zum Thema des Verbrechens der Aggression gegründete Arbeitsgruppe der Versammlung der Vertragsstaaten.⁷ Bekanntlich hat diese Arbeitsgruppe⁸ über sieben Jahre hinweg in Princeton und New York die Grundlage für den Durchbruch in Kampala erarbeitet,⁹ wobei *Ben* und *Whitney* mit ihrer Erfahrung und ihren Überzeugungen auch dort immer wieder als Berater und treibende Kräfte gewirkt haben.

IV. Würdigung der Arbeit des Internationalen Militärgerichtshofs von Nürnberg 1945/1946

Wenn *Anna Harris* damit einverstanden ist, möchte ich vor diesem Publikum noch einmal von *Annas* und *Whitneys* denkwürdigem Besuch in Berlin im Oktober 2000 berichten, als *Whitney* Ehrengast im Deutschen Bundestag war. Wieso? Weil dieses Ereignis in sehr prägnanter Weise auf den Punkt bringt, was die Arbeit von *Robert Jackson*, *Telford Taylor*,

⁷ Für einen Überblick zum Stand der Diskussion betreffend das Verbrechen der Aggression, wie er in etwa in den Jahren 2000 bis 2002 festzustellen war, siehe *Kaul*, in: Perrakis (Hrsg.), *International Criminal Court, A new dimension in international justice, Questions and prospects for a new humanitarian order*, 2002, S. 105; *Kaul*, in: Politi/Nesi (Hrsg.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, 2004, S. 97.

⁸ Eine komplette Übersicht über die Dokumente und Abhandlungen findet sich in: *Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser* (Hrsg.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression*, 2009.

⁹ Für einen Überblick über den Verhandlungsverlauf in Kampala siehe *Barriga*, *ZIS* 2010, 644.

Whitney Harris, Ben Ferencz und von anderen für die Menschen in Deutschland bedeutet hat und weiterhin bedeutet.

Ich möchte Ihnen nun vier Bilder zeigen, die 55 Jahre Zeitgeschichte abdecken, von 1945 bis zum Jahr 2000, Zeitgeschichte, die Whitney und auch Ben als Zeitzeugen miterlebt haben.

Das erste Bild ist ein Foto, das die meisten Menschen in Russland auch heute noch kennen, seien sie nun Kriegsveteranen oder Schulkinder. Wir sehen einen Soldaten der Sowjetunion auf dem Dach des zerschossenen Reichstagsgebäudes. Das Foto zeigt, ja symbolisiert, den Sieg der Roten Armee und ihre Eroberung Berlins im April 1945. Man darf nicht vergessen, dass der Angriffskrieg, den Hitler am 21. Juni 1941 gegen die Sowjetunion und Russland, gegen eine stolze Nation, begonnen hat, alleine für Russland etwa 20 Millionen Tote bedeutet hat.



Das nächste Bild zeigt den Reichstag im Jahr 1945; es stehen nur noch Ruinen, eine weitere Folge der deutschen Angriffskriege, die in diesem Jahr zu Ende gingen.



Das darauf folgende Bild zeigt einen amerikanischen Offizier, den wir gestern Abend gewürdigt haben, Whitney Harris, 1946, während seiner Zeit als US-Ankläger in Nürnberg.



Und hier haben wir den Reichstag nach seinem Wiederaufbau, so wie er im Jahr 2000 aussieht – nachdem die Bundesregierung mehrheitlich erst 1999 von Bonn zurück nach Berlin umziehen konnte.



Es war Whitneys ausdrücklicher Wunsch, anwesend zu sein, wenn der Deutsche Bundestag das Gesetz zum Internationalen Strafgerichtshof ratifizieren würde. Am 27. Oktober 2000 saß Whitney, elegant und distinktiert wie stets, auf der Tribüne des Reichstagsgebäudes, die für Ehrengäste reserviert ist. Er war der einzige auf dieser Tribüne über uns. Hier sehen Sie ein Bild des Plenarsaals des Deutschen Bundestages. Ich selbst saß hinter Bundeskanzler Schröder und Außenminister Fischer auf der Bank, die hohen Beamten der Regierung vorbehalten ist. Nachdem das IStGH-Gesetz verabschiedet worden war, ergriff Staatsminister Vollmer das Wort und erklärte:

„Meine lieben Kollegen, wie viele von Ihnen bereits wissen, haben wir heute einen besonderen Gast, einen ehemaligen Ankläger von Nürnberg und Mitarbeiter von Robert H. Jackson. Darf ich Sie bitten, dass wir uns alle von unseren Sitzen erheben, um seine Arbeit und all das zu würdigen, was Nürnberg für das deutsche Volk getan hat.“

Alle Bundestagsabgeordneten aller Parteien des gesamten politischen Spektrums erhoben sich. Das Protokoll des Deutschen Bundestages verzeichnet anhaltenden Applaus – in Anbetracht der historischen Zusammenhänge eine sehr bemerkenswerte Szene.

Ein weiteres Ereignis hat ebenfalls einen tiefen Eindruck bei mir hinterlassen: das Symposium „Judgment at Nuremberg“, das vom 29. September bis zum 1. Oktober 2006 anlässlich des 60. Jahrestages der Urteilsverkündung des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg an der Washington University in Saint Louis stattgefunden hat. Ich kann mich hierzu kurz fassen, da viele der heute hier Anwesenden ebenfalls an dieser außergewöhnlichen Konferenz teilgenommen haben, unter ihnen auch *Anna Harris* und *Ben Ferencz*. Mich haben verschiedene Aspekte dieser hervorragenden Konferenz, deren Sitzungsberichte in dieser Ausgabe der „Washington University Global Studies Law Review“¹⁰ veröffentlicht worden sind, sehr beeindruckt. Im Nachhinein ist mir klar geworden, dass vor allem *Whitney Harris* und Professor *Leila Sadat* die treibende Kraft hinter dieser vorzüglichen Konferenz waren.

Zunächst waren es die besondere Qualität, die gedankliche Tiefe und die unvoreingenommene Fairness, die die Reden und Beiträge ausgezeichnet haben. Das trifft insbesondere auf die Redebeiträge der drei Nürnberger Ankläger *Whitney Harris*¹¹, *Ben Ferencz*¹² und *Henry T. King Jr.*¹³ zu. Hinzu kommt, dass die gesamte Konferenz zukunftsorientiert war. Ich kann mich nicht daran erinnern, jemals an einer Konferenz teilgenommen zu haben, bei der auf so ernsthafte Weise versucht worden ist, aus den fürchterlichen Verbrechen und menschlichen Katastrophen der Vergangenheit, um deren Aufarbeitung es in Nürnberg ging, Lehren für die Zukunft zu ziehen. Wir alle wurden nachhaltig daran erinnert, wie *Robert Jackson* über das Verbrechen des Angriffskrieges dachte. Heute bin auch ich, wie viele andere Deutsche, überzeugt, dass das wirklich Bedeutsame an Nürnberg die Schlussfolgerung war, dass Angriffskriege, die jahrhundertlang als angeblich natürliches Recht der Nationalstaaten angesehen worden sind, künftig als völkerrechtliches Verbrechen geahndet werden sollten.

V. Verbrechen gegen den Frieden – Lehren aus dem 20. Jahrhundert

Wie *Ben* schon wiederholt hervorgehoben hat, war dies eine gedankliche Revolution. Da wir heute von den Lehren des vergangenen Jahrhunderts sprechen, erlauben Sie mir, von einem kurzen Austausch zwischen *Ben* und mir aus dem Jahr 2008 zu berichten. Ich möchte erneut drei Bilder zeigen, um diese Episode zu verdeutlichen:

Auf dem ersten Bild sehen Sie die Ruinen des Brandenburger Tors und des Reichstags im Jahr 1945.



Derartige Zerstörungen sind mir persönlich bestens bekannt, in meiner Kindheit und Jugend waren sie tägliche Realität. Ich bin in der Nähe von Dresden geboren, eine der schönsten Städte Europas, die fast vollständig durch die verheerenden Luftangriffe in den Tagen vom 13. bis zum 15. Februar 1945 zerstört wurde. Die Stadt sah damals aus wie Sodom und Gomorrha. Dresden ist die erste Stadt in meiner Kindheit, mit der ich bewusste Erinnerungen verknüpfte, aus den Jahren 1946 und 1947. Es sind Erinnerungen an ein komplett verwüstetes Dresden, eine von Ruinen übersäte Stadt, statt Straßen Trampelpfade durch Trümmer – auch wenn ich dies damals, als Steppe an der Hand meiner Mutter, als ganz normal empfand. Als ich dann erwachsen wurde, habe ich schnell verstanden, dass die Bombardierung von Dresden – nach heutigen Maßstäben sicherlich ein besonders schweres Kriegsverbrechen im Sinne von Art. 8 des Römischen Statuts – nichts anderes war als eine weitere schreckliche Folge der Angriffskriege von Adolf Hitler und seiner Anhänger.

Ben Ferencz – hier auf diesem Bild als Ankläger im Nürnberger Einsatzgruppenprozess – war unmittelbar nach dem Krieg einige Male in Berlin.



Das nächste Bild hat ebenfalls mit der katastrophalen Situation zu tun, die in Berlin und Deutschland auf die damaligen Angriffskriege folgte; und es hat auch mit *Ben Ferencz* zu tun. Ich habe dieses Foto im Jahr 2007 kurz vor Weihnachten am Brandenburger Tor, in der Akademie der Künste, gefun-

¹⁰ Wash. U. Global Stud. L. Rev. 6 (2007), 483-771.

¹¹ *Harris*, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 6 (2007), 689.

¹² *Ferencz*, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 6 (2007), 551; *ders.*, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 6 (2007), 663.

¹³ *King Jr.*, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 6 (2007), 653.

den. Es hat mich berührt und interessiert. Die Aufnahme zeigt Hausruinen und Trümmerberge 1945 in Berlin. Auf eine stehengebliebene Wand hat jemand mit großen weißen Buchstaben drei Worte geschrieben, nur drei Worte: „Nie wieder Krieg“.



Wir wissen, wie viel Hunger, Elend und Entbehrungen es 1945 in Berlin gab, wie Menschen täglich ums Überleben kämpfen mussten. Und dennoch gab es Einzelne, kleine Gruppen, die mit Eimer und Pinsel durch die völlig zerstörte Stadt zogen, um möglichst überall ihre Hoffnung aufzumalen: „Nie wieder Krieg“.

Dieser Gedanke, diese Vorstellung hat mich angerührt. Da ich weiß, dass *Benjamin Ferencz* nach Kriegsende in Berlin war, dass er und seine Frau sogar einmal mit dem Fallschirm über dem zerstörten Berlin abspringen mussten, haben wir ihm diese Karte als Gruß nach Amerika geschickt. Schon bald, am 6. Januar 2008, erhielten wir unsererseits diesen Gruß von Professor *Ferencz*, aus dem ich ausnahmsweise zitieren darf:

„I vividly recall the scene depicted in your photo of Berlin ‚Nie wieder Krieg‘. I hope one day, with your help, we can add a postscriptum ‚Krieg ist strafbar!‘ I am still working on it.“

Ja, *Ben*, Du und *Whitney* und so viele andere Menschen guten Willens haben daran weitergearbeitet, standfest und entschlossen.

VI. Einige persönliche Gedanken

Seit dem 11. Juni 2010 gibt es nunmehr – allen Widrigkeiten zum Trotz, entgegen der Erwartungen der meisten – einen vollständigen, im Konsens verabschiedeten Paketvorschlag zum Verbrechen der Aggression. Damit wird aller Voraussicht nach die letzte große Lücke im materiellen Strafrecht des Römischen Statuts geschlossen. Wir verfügen nunmehr über eine Messlatte, ein vereinbartes Maß und vereinbarte Standards, um festzustellen, ob ein Aggressionsverbrechen, das Verbrechen eines Angriffskrieges begangen worden ist oder nicht. Als Richter des Strafgerichtshofs ist es weder meine Aufgabe noch meine Absicht, auf Einzelheiten oder auch mögliche Schwächen des vorliegenden Vorschlags im

Detail einzugehen.¹⁴ Was dieses angeht, so freue ich mich bereits auf die Debatte zum Aggressionsverbrechen, die unmittelbar auf meinen Beitrag folgen wird. Lassen Sie mich daher stattdessen auf drei oder vier Überlegungen grundsätzlicher Art eingehen.

Erstens: Es war aus meiner Sicht absolut richtig, es war auch genau der richtige Zeitpunkt dafür, dass die Veranstalter dieses wichtigen Symposiums sich dafür entschieden, es einer Diskussion über „Verbrechen gegen den Frieden – Aggression im 21. Jahrhundert“ zu widmen. Das sachliche Ergebnis der ISTGH-Überprüfungskonferenz ist nach meiner Auffassung Teil des Vermächnisses von Nürnberg und der Vorreiterrolle von *Robert Jackson*, *Whitney Harris*, *Ben Ferencz* und anderer. Was wir jetzt brauchen, ist ein wirklich ernsthafter Dialog über die Auswirkungen und Konsequenzen, welcher dieser große Schritt vorwärts für die Entwicklung des internationalen Strafrechts bedeutet. Nicht nur die anwesenden Teilnehmer dieser Konferenz, sondern Verantwortliche und führende Persönlichkeiten in aller Welt, die in Washington eingeschlossen, sind aufgerufen, darüber nachzudenken, welche Schlussfolgerungen sie aus der einvernehmlichen Verabschiedung des Paketvorschlags zum Verbrechen der Aggression in Kampala ziehen wollen. Sie werden sich auch überlegen müssen, welche Politik sie künftig in diesem Bereich verfolgen wollen.

Zweitens möchte ich gerne einige persönliche Überlegungen zur Anwendung von militärischer Gewalt als Mittel der Politik und über das Phänomen des Krieges an sich mit Ihnen teilen. Mir fällt auf, dass sich meine eigene Denkweise zu diesen Fragen in den letzten Jahrzehnten gewandelt hat. Auch ich habe, wie *Whitney Harris* und *Benjamin Ferencz*, als Soldat gedient und zwar als Hauptmann und Fallschirmspringer der Bundeswehr. Damals, nach der Kubakrise, als der Kalte Krieg seinen Höhepunkt erreicht hatte, war ich bereit, wie viele andere auch, den Westen gegen die Bedrohung durch den Kommunismus zu verteidigen. Daher glaube ich nicht, dass ich in Gefahr bin, in naiven Pazifismus zu verfallen. Aber wenn wir gemeinsam eine Neubewertung von Verbrechen gegen den Frieden vornehmen, möchte ich noch einmal bekräftigen, was ich vor zwei Jahren in Köln – als Stadt ein 2000 Jahre alter Schatz, von den Römern gegründet und im Zweiten Weltkrieg als Folge der aggressiven Kriegspolitik von Hitler total zerstört – schon einmal gesagt habe:

„Krieg – das ist die ultimative Bedrohung menschlicher Werte. Krieg ist blanker Nihilismus und zugleich die totale Verneinung von Hoffnung und Gerechtigkeit. Krieg, das Unrecht des Krieges an sich, gebiert erfahrungsgemäß massenhafte Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Und nochmals mit meinen eigenen Worten, so unangenehm, so ungeschminkt und hart wie die Realität selbst: Kriegsverbrechen – das sind die Exkremente des Krieges, zwangsläufig, unvermeidbar und abscheulich. Wir haben dies immer wieder erlebt und gesehen, im Zweiten Weltkrieg, in

¹⁴ Für eine besonders ausgewogene und sorgfältige Analyse des Beschlusses von Kampala betreffend das Verbrechen der Aggression siehe *Kreß/von Holtzendorff*, JICJ 8 (2010), 1179.

Vietnam, im Krieg im ehemaligen Jugoslawien, im Irak und auch in allen afrikanischen Situationsstaaten, mit denen der IStGH derzeit befasst ist.

Genau wie im vergangenen Jahrhundert gibt es offenbar weiterhin eine verheerende Gesetzmäßigkeit: Krieg, die skrupellose Bereitschaft, militärische Gewalt für machtpolitische Ziele einzusetzen, gebiert regelmäßig und massenhaft schwerste Verbrechen aller Art.“

Michael Bohlander, ein deutscher Professor, der mittlerweile in Durham, in Großbritannien, lehrt, hat mich kürzlich an einen weiteren empörenden Gesichtspunkt dieses Übels des Krieges erinnert.¹⁵ Auch heute noch, trotz aller modernen Kriegsführung, in Zeiten sogenannter „surgical strikes“, handelt es sich bei den Opfern von Kriegen zu 80 bis 90 Prozent um ganz normale Zivilisten, die meisten davon sind erfahrungsgemäß Kinder und Frauen. Das ist ein andauernder Skandal, eine Schande für alle Beteiligten.

Bei dieser Lage wird es drittens niemand überraschen, dass ich über das Ergebnis der Verhandlungen in Kampala nicht nur erleichtert war, sondern auch Genugtuung empfunden habe. Darüber hinaus habe ich von verschiedenen Seiten gehört, dass die deutsche Delegation – die meisten ihrer Mitglieder frühere Mitarbeiter aus meinen Berliner Zeiten, teilweise, wie etwa *Claus Kreß*, auch Mitglieder meiner Delegation bei der Rom-Konferenz 1998 – in Kampala erneut eine bedeutende und konstruktive Rolle gespielt hat. Frau Dr. *Wasum-Rainer*, die derzeitige Völkerrechtsberaterin des Auswärtigen Amtes, hat mir am 20. August 2010 bei einem informellen Treffen im Strafgerichtshof gesagt, dass Deutschland die in Bezug auf das Aggressionsverbrechen beschlossene Ergänzung des Römischen Statuts schon recht bald ratifizieren wird. Es besteht kaum Zweifel darüber, dass im Römischen Statut schon bald die Art. 8^{bis} sowie die Art. 15^{bis} und 15^{ter} stehen werden, die das Verbrechen des Angriffskrieges kodifizieren.

Meine letzte allgemeine Bemerkung betrifft eine programmatische Ankündigung, die *Robert Jackson* am 21. November 1945 in seiner Eröffnungsrede vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg gemacht hat.



Meiner Meinung nach ist diese Erklärung auch heute noch von fundamentaler Bedeutung für das Aggressionsverbrechen. Sie werden sich an die folgenden wohlbekannten Worte Jacksons wahrscheinlich erinnern, wenn ich sie noch einmal zitiere:

„Aber der letzte Schritt, periodisch wiederkehrende Kriege zu verhüten, die bei internationaler Gesetzlosigkeit unvermeidlich sind, ist, die Staatsmänner vor dem Gesetz verantwortlich zu machen. Und lassen Sie es mich deutlich aussprechen: Dieses Gesetz wird zwar hier zunächst nur auf deutsche Angreifer angewandt, es schließt aber ein und muss, wenn es von Nutzen sein soll, den Angriff jeder anderen Nation verdammen, nicht ausgenommen die, die jetzt hier zu Gericht sitzen.“

Nun, warum sind diese programmatischen, weitsichtigen Worte auch heute noch von solch entscheidender Bedeutung? Sie sind fundamental, sie verkünden die Vision, das Versprechen, dass die völkerrechtlichen Regeln zum Angriffskrieg in Zukunft in gleicher Weise auf alle Aggressoren angewandt werden. Sie sind entscheidend, weil diese Worte die Vision einfordern, dass das Prinzip „Gleiches Recht für alle, Gleichheit vor dem Recht“ künftig auch für Verbrechen gegen den Frieden gelten muss.

Dieses Prinzip „Gleiches Recht für alle, Gleichheit vor dem Recht“ ist ein „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofes. So ist es: Recht, um Recht zu sein, muss für alle auf gleiche Weise gelten.

Es mag einige in dieser Welt geben, und auch in den Vereinigten Staaten, die diesen Grundsatz missachten, die ihn von sich weisen wollen. Und doch gibt es auch viele in diesem großen Land, die das Prinzip „Gleiches Recht für alle, Gleichheit vor dem Recht“ aktiv unterstützen und sich für seine Beachtung einsetzen.

Das macht Hoffnung, viel Hoffnung und viel Mut.



¹⁵ Siehe *Bohlander*, in: Kaikobad/Bohlander (Hrsg.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*, 2009, S. 207 (S. 229).

Der Kompromiss von Kampala zum Verbrechen der Aggression

Ein Blick aus der Verhandlungsperspektive

Von Dr. Stefan Barriga, LL.M., New York*

Am Freitag, den 11.6. 2010 verabschiedete die erste Revisionskonferenz nach dem Römer Statut im Konsens ein Paket von Statutsänderungen zum Verbrechen der Aggression. Zur großen Überraschung der Beobachter, aber auch der Beteiligten selbst, fanden die Verhandlungspartner nicht nur eine Einigung über die Definition von Aggression, sondern auch über die noch kontroverser diskutierten Bedingungen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit. Die Definition umfasst im Wesentlichen jene Formen völkerrechtswidriger Gewaltanwendung, die nach Charakter, Schwere und Ausmaß eindeutig die UNO-Charta verletzen. Insofern Aggressionsverfahren nicht durch den Sicherheitsrat ermöglicht werden, sind Nicht-Vertragsstaaten des Römer Statuts von der Gerichtsbarkeit ausgeschlossen, und Vertragsstaaten können sich dieser durch eine Opt-out-Erklärung entziehen. Zudem muss die Gerichtsbarkeit noch frühestens 2017 von den Vertragsstaaten eigens aktiviert werden.

On Friday, 11 June 2010, the first Review Conference of the Rome Statute adopted a consensus package of amendments to the Statute on the crime of aggression. To the great surprise of observers and participants alike, the negotiating parties did not only agree on a definition of aggression, but also on the highly controversial conditions for the exercise of jurisdiction. The definition encompasses in essence those forms of illegal use of force which, by their character, gravity and scale, manifestly violate the United Nations Charter. To the extent that Court proceedings regarding aggression are not actively facilitated by the Security Council, non-States Parties to the Rome Statute are excluded from jurisdiction, while States Parties can lodge an opt-out declaration. Furthermore, the Court's jurisdiction must still be activated by a decision to be taken by States Parties no earlier than in 2017.

I. Die Ausgangslage vor Kampala: „Definition plus x“

Vom 31.5. bis 11.6.2010 versammelten sich die Vertragsstaaten des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH), Beobachterstaaten sowie Hunderte Vertreter der Zivilgesellschaft in Kampala, Uganda, zur ersten Revisionskonferenz nach Art. 123 IStGH-Statut. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stand die Zielgerade der Verhandlungen zum Verbrechen der Aggression. Die Vorarbeiten dazu hatten in erster Linie im Rahmen der Sonderarbeitsgruppe zum Verbrechen der Aggression stattgefunden, die von September

2003 bis Februar 2009 im halbjährlichen Rhythmus zusammengekommen war und zu wesentlichen Fragen bereits wichtige Fortschritte erzielt hatte. Insbesondere war es der Arbeitsgruppe gelungen, im Februar 2009 einen Entwurf für die Definition des Verbrechens der Aggression vorzulegen, der weder mit Klammern noch mit sonstigen Anzeichen von Vorbehalten durch einzelne Verhandlungspartner versehen war und in dieser Form unverändert an die Revisionskonferenz zur Entscheidung weitergeleitet wurde.¹ Relativ rasch danach fanden die Vertragsstaaten zudem eine grundsätzliche Einigung über die Elements of Crime, welche in erster Linie die Anwendung der subjektiven Tatbestandsmerkmale Vorsatz und Wissen auf das Verbrechen der Aggression erläutern, aber nebenbei auch noch potentielle Zweifel zu einigen weiteren Fragen der Definition ausräumen.² Als Grundlage der Definition dienen Art. 1 und 3 der Resolution 3314 (XXIX) der UNO-Generalversammlung vom 14.12.1974. Diese definieren Aggression im Kern als „use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations.“³ Der staatliche Akt der Aggression wird somit im Wesentlichen mit der chartawidrigen Gewaltausübung gleichgesetzt.⁴ Zur Verfolgbarkeit durch den IStGH als Verbrechen der Aggression muss ein solcher Akt aber darüber hinaus eine weitere, hohe Schwelle überschreiten. In Frage kommt nur ein Aggressionsakt „which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations“.⁵ Dieses Definitionspaket, bestehend aus GV-Resolution 3314 als Grundlage, einer hohen Schwellenklausel, der Beschränkung der Strafverfolgung auf Führungspersonen,⁶ sowie einer im Übrigen unveränderten Anwendung des Allgemeinen Teils des Römer Statuts (betreffend u.a. Beteiligungsformen, subjektive Tatbestandsmerkmale, etc.) genoss bereits vor Kampala starke Unterstützung und wurde dort – das darf schon einmal vorweggenommen werden – auch unverändert angenommen.

² Siehe Annex II von Resolution RC/Res.6.

³ Neuer Art. 8^{bis} Abs. 2 IStGH-Statut.

⁴ Dass sich das Erfordernis „inconsistent with the Charter of the United Nations“ in der zweiten Hälfte des Satzes auf alle Formen der Gewaltausübung bezieht, und nicht nur auf jene, die „in any other manner“ durchgeführt werden, war stets der Verständnis der Verhandlungspartner und wird in Element 4 nochmals deutlich unterstrichen.

⁵ Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut.

⁶ Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut umschreibt diese als „person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“.

* Der Verf. ist stellvertretender Ständiger Vertreter Liechtensteins bei den Vereinten Nationen in New York und fungierte von 2003 bis 2010 als Rechtsberater der Verhandlungsleiter zum Verbrechen der Aggression.

¹ Bericht der Sonderarbeitsgruppe zum Verbrechen der Aggression, ICC-ASP/7/20/Add.1, Annex II. Sämtliche Vorarbeiten zum Verbrechen der Aggression bis Juni 2009 sind abgedruckt in Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser, The Princeton Process on the Crime of Aggression, 2009.

Das Ziel der Verhandlungsleiter⁷ zum Auftakt der Konferenz in Kampala war es daher, nicht nur die Definition (inklusive Elemente) zu verabschieden, sondern auch soweit möglich Bedingungen der aktiven Ausübung der IStGH-Strafverfolgung mit aufzunehmen: „Definition plus x“. Dies musste jedoch möglichst im Konsens geschehen, da eine polarisierende Abstimmung zu einem solch ebenso zentralen wie sensiblen Thema unvorhersehbare negative Auswirkungen für den Gerichtshof haben konnte. Ein wichtiger neuer Faktor in diesem Gesamtbild war zudem die Teilnahme der USA als Beobachterstaat. Die US-Delegation hatte im November 2009 zum ersten Mal an einem Treffen der Vertragsstaaten teilgenommen und dabei umfassende Bedenken gegen die Definition sowie die Aktivierung der Gerichtsbarkeit deponiert. Angesichts des bereits bestehenden Konsenses zur Definition hatten die Vertragsstaaten bereits vor Kampala deutlich gemacht, dass diese unter keinen Umständen wieder geöffnet werden könnte. Einige zentrale Bedenken der USA wurden daher in Kampala im Rahmen sogenannter „Understanding“ behandelt, die der Resolution angehängt wurden.⁸

II. Verhandlungsverlauf in Kampala

Den anwesenden Delegationen war die historische Gelegenheit für eine Einigung zum Verbrechen der Aggression klar bewusst. Die Generaldebatte belegte dies deutlich. Weit verbreitet war auch die grundsätzliche Überzeugung, dass die Frage möglichst im Konsens gelöst werden musste. In praktischer Hinsicht war die Gefahr, dass einige Delegationen einen kontroversiellen Text selbst zur Abstimmung bringen würden, eher gering. Nicht alle Vertragsstaaten hatten die Reise nach Uganda auf sich genommen, sodass bereits rund ein halbes Dutzend Staaten über eine Sperrminorität verfügt hätte.⁹ Realistischer wäre daher die Gefahr gewesen, dass die Angelegenheit vertagt und dann allenfalls bei der regulären

⁷ Das Team bestand im Kern aus Botschafter *Christian Wenaweser* (Liechtenstein), Präsident der Vertragsstaatenversammlung, *SKH Prince Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini* (Jordanien), Vorsitzender der Arbeitsgruppe zum Verbrechen der Aggression, sowie dem *Autor* selbst. Das Team wurde zudem von *Leena Grover* und *Leonie von Holtendorff* inhaltlich unterstützt.

⁸ Die „Understanding“ wurden in Kampala in einem separaten Verhandlungsprozess unter deutscher Koordination (Prof. *Dr. Claus Kress*) erarbeitet. Darin wird u.a. betont, dass Aggression die schwerste Form der völkerrechtswidrigen Gewaltanwendung darstellt, dass bei der Beurteilung eines Aggressionsaktes sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind (unausgesprochen wird dabei auf mögliche lautere Motive des Gewalt anwendenden Staates abgestellt), sowie dass die Kodifizierung des Verbrechens der Aggression den Vertragsstaaten weder das Recht erteilt noch die Verpflichtung auferlegt, innerstaatliche Verfahren zu möglichen Aggressionsakten anderer Staaten durchzuführen. Siehe Annex III von Resolution RC/Res.6.

⁹ Die notwendige absolute Mehrheit für Statusänderungen beträgt zwei Drittel, siehe Art. 121 Abs. 3 IStGH-Statut.

Vertragsstaatenversammlung im Dezember 2010 in New York zur Abstimmung gebracht worden wäre. Trotz der allgemeinen Aufbruchstimmung äußerten sich einige Delegationen jedoch auch skeptisch, ob der Gerichtshof reif für die aktive Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression wäre. Und Skepsis herrschte auch zur Frage, ob die Konferenz zu den zwei großen verbleibenden Streitpunkten eine konsensuale Einigung finden würde.

1. Die Frage der Zustimmung des vermuteten Angriffsstaates

Die erste große inhaltliche Frage bestand darin, ob der Gerichtshof für die Ausübung der Gerichtsbarkeit im *proprio-motu*-Verfahren sowie auf der Grundlage eines Staatenverweises¹⁰ grundsätzlich die Zustimmung des verdächtigten Angriffsstaates benötigen würde, insbesondere durch Ratifikation der Statutsänderungen zum Verbrechen der Aggression. Diese politisch enorm wichtige Frage wurde in erster Linie im Zusammenhang mit der eher rechtstechnischen Frage der anzuwendenden Bestimmungen über den Anwendungsbereich und das Inkrafttreten von Statutsänderungen diskutiert. Konkret ging es um die Frage, ob der 4. oder der 5. Abs. von Art. 121 IStGH-Statut auf die Änderungen zum Verbrechen der Aggression anzuwenden ist.¹¹ Wenig überraschend sahen vor allem jene Delegationen, die inhaltlich ein konsensbasiertes Jurisdiktionsregime („Opt-in“) wünschten, Abs. 5 anwendbar, da dieser die Gerichtsbarkeit grundsätzlich auf Staaten beschränkt, die in die Statutsänderungen einoptieren. Demgegenüber plädierten vor allem jene Delegationen, die ein extensiveres und somit für potentielle Opfer stärker schützendes Regime wünschten, für Abs. 4, da dieser nach der Ratifikation durch 7/8 der Vertragsparteien ein Inkrafttreten für sämtliche Vertragsstaaten vorsieht. Abs. 4 ist zudem strukturell besser geeignet, um Gerichtsbarkeit auch für jene Fälle herzustellen, in denen ein Nichtvertragsstaat Aggression gegen einen Vertragsstaat begeht. Überhaupt möglich bzw. notwendig war diese Diskussion aufgrund des unglücklichen Umstandes, dass das IStGH-Statut dem Verbrechen der Aggression zwar einen Sonderstatus verleiht und die „Vervollständigung“ des Statuts mandatiert,¹² jedoch keine klare Auskunft darüber gibt, wie sich dieser Sonderstatus zu den Inkrafttretensbestimmungen verhält.¹³

¹⁰ Art. 13 lit. a und lit. c IStGH-Statut. Stets unumstritten war, dass im Fall eines Verweises durch den Sicherheitsrat keine Ratifikation oder anderweitige Form der Zustimmung durch den betroffenen Staat nötig wäre.

¹¹ Dies nur vereinfacht ausgedrückt, weitere Nuancen betreffen u.a. die Möglichkeit, dass beide Absätze nicht anwendbar wären, sondern gem. Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut die Änderungen von der Revisionskonferenz lediglich „angenommen“ werden müssten; sowie die Möglichkeit beide Abs. kumulativ oder konsekutiv anzuwenden.

¹² Siehe Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut sowie Art. 12 Abs. 1, wonach die Vertragsstaaten die Gerichtsbarkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression bereits akzeptiert haben.

¹³ Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut verweist lediglich auf Art. 121 insgesamt, ohne Bezugnahme auf Abs. 4 oder 5.

Zur Frage, ob die Gerichtsbarkeit grundsätzlich von der Zustimmung des vermutlichen Angriffsstaates abhängen soll, waren die Delegationen zu Beginn der Konferenz etwa in der Mitte gespalten. Es war daher klar, dass nur die Bereitschaft, schmerzhaft Kompromisse einzugehen, die Verhandlungen weiterbringen würde. In dieser Hinsicht gab es ermutigende Signale. So brachten die Delegationen Argentinien, Brasiliens und der Schweiz (ABS) einen Vorschlag ein, der es dem Gerichtshof ermöglicht hätte, bereits nach der Ratifikation durch einen einzigen Vertragsstaat ein Aggressionsverfahren auf der Grundlage eines Sicherheitsratsverweises durchzuführen.¹⁴ Staatenverweise und *proprio-motu*-Verfahren wären dagegen erst nach der Ratifikation durch 7/8 der Vertragsstaaten möglich¹⁵ – dann jedoch unabhängig von der Zustimmung des Angriffsstaates. Der Vorschlag stieß auf viel Interesse, wurde aber auch als rechtlich zweifelhaft kritisiert. Für die Verhandlungsleitung war er jedoch vor allem insofern wichtig, als er deutlich den Willen der Delegationen aufzeigte, kreativ und kompromissbereit auf eine konsensuale Lösung hinzuarbeiten. Dasselbe gilt auch für eine Initiative Kanadas, die dem ABS-Vorschlag inhaltlich entgegengesetzt war, jedoch ebenfalls einige kreative Elemente enthielt. Das kanadische Papier basierte stark auf dem Konsensprinzip und forderte, dass *alle* betroffenen Staaten (insbesondere sowohl Opfer- als auch Angriffsstaat) dem Verfahren aktiv zustimmen müssen.

Die entscheidende Wende zur Konsensfrage kam zwei Tage vor Ende der Konferenz, als sich die kanadische sowie die ABS-Delegationen nach stundenlangen Verhandlungen überraschend auf ein Kompromisspapier zur Frage der *proprio-motu*-Untersuchungen und Staatenverweise einigten. Demnach sollten Nicht-Vertragsstaaten von diesen zwei Jurisdiktionsgrundlagen gänzlich ausgeschlossen werden,¹⁶ und zwar sowohl als potentielle Angriffs- wie auch als potentielle Opferstaaten. Für Vertragsstaaten dagegen sollte ein Opt-out-Regime zur Anwendung kommen, welches rechtlich vor allem dadurch begründet werden kann, dass die Vertragsstaaten aufgrund von Art. 12 Abs. 1 IStGH-Statut ihre grundsätzliche Zustimmung zur IStGH-Gerichtsbarkeit über Aggression bereits erklärt haben. Damit war zu dieser zentralen Frage eine Kompromissidee auf dem Tisch, die möglicherweise Aussicht auf allgemeine Akzeptanz hatte. Nach umfangreichen informellen Beratungen mit den verschiedenen Gruppierungen nahm Präsident Wenaweser die Kernelemente dieses Zugangs in sein Non-Paper auf. Am vorletzten Tag der Konferenz präsentierte er dieses Opt-out-Konstrukt auf der Grundlage von Art. 121 Abs. 5 IStGH-Statut als *sui-generis*-Lösung, die nur aufgrund des besonderen Status des Verbrechens der Aggression im Römer Statut möglich sei, und stark auf Art. 12 Abs. 1 IStGH beruhe.¹⁷

¹⁴ Art. 121 Abs. 5 IStGH-Statut.

¹⁵ Art. 121 Abs. 4 IStGH-Statut.

¹⁶ Nicht jedoch von der Gerichtsbarkeit aufgrund eines Sicherheitsratsverweises (siehe Fn. 10).

¹⁷ Die Kernelemente der Lösung befinden sich im nunmehrigen Art. 15^{bis} Abs. 4 IStGH-Statut: „The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of

2. Die Frage der Rolle des Sicherheitsrates

Während sich die allgemeine Akzeptanz der Opt-out-Lösung allmählich konsolidierte, gab es 24 Stunden vor Ende der Konferenz noch kaum Anzeichen für einen Kompromiss zur zweiten großen Frage, die verkürzt als die Frage der Rolle des Sicherheitsrates beschrieben werden kann. Bereits vor Kampala hatte es zwar bereits eine Einigung zu Teilbereichen des Verhältnisses zwischen IStGH-Verfahren zur Aggression und den Kompetenzen des Sicherheitsrates gegeben. So war klar, dass eine Feststellung des Sicherheitsrates, dass in einem konkreten Fall Aggression eines Staates gegen einen anderen vorliege, eine ausreichende Bedingung für den Ankläger sein sollte, seine Untersuchung fortzusetzen.¹⁸ Ebenso herrschte Einigung darüber, dass zur Wahrung der Verfahrensrechte des Beschuldigten eine solche Feststellung eines externen Organs für den Gerichtshof keine bindende Wirkung entfalten würde.¹⁹ Offen gestritten wurde dagegen weiterhin über die Frage, ob das IStGH-Verfahren auch dann fortgesetzt werden sollte, wenn der Sicherheitsrat sich nicht dazu äußert, ob ein Aggressionsakt vorliegt, beispielsweise aufgrund einer Vetoblockade. In Kampala konnte die mögliche Antwort auf diese Frage auf zwei Alternativen zugespitzt werden: Nach Alternative 1 war ohne einen aktiven Sicherheitsrat Endstation für das IStGH-Verfahren – eine Position, die vor allem von den ständigen Ratsmitgliedern vertreten wurde. Nach Alternative 2 gäbe es jedoch ein mögliches Weiterkommen, indem die Vorverfahrensrichter nach sechsmonatiger Untätigkeit des Sicherheitsrates die Fortsetzung des Verfahrens genehmigen würden – eine von der weit überwiegenden Mehrheit bevorzugte Alternative. Die Unterstützung für Alternative 2 wuchs noch dadurch, dass inzwischen klar war, dass aufgrund des Kompromisses zur ersten Frage *proprio-motu*-Verfahren und Staatenverweise grundsätzlich konsensbasiert durchgeführt würden. Es stand somit im Ermessen des verdächtigten Angriffsstaates, sich dieser Kompetenz der Vorverfahrensrichter durch eine vorgängige²⁰ Opt-out-Erklärung zu entziehen oder nicht.

aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar. [...]”. Da sich die Vertragsstaaten zudem in Abs. 1 von Resolution RC/Res.6 auf die Interpretation verständigten, dass Art. 121 Abs. 5 IStGH-Statut auf das Inkrafttreten der Statutsänderungen zum Verbrechen der Aggression anwendbar sein muss, ist außerdem die Ratifikation der Aggressionsbestimmungen zumindest durch den Opfer- oder den Angriffsstaat notwendig. Nach Kampala haben allerdings auch einige Delegationen sowie Beobachter die Auffassung vertreten, dass die Ratifikation beider betroffener Staaten notwendig wäre.

¹⁸ Neuer Art. 15^{bis} Abs. 6 IStGH-Statut.

¹⁹ Neuer Art. 15^{bis} Abs. 9 sowie neuer Art. 15^{ter}, Abs. 4 IStGH-Statut.

²⁰ Die Erklärung muss noch vor der Durchführung des Aggressionsaktes abgegeben werden, da sich „previously“ in Art. 15^{bis} Abs. 4 IStGH-Statut (Fn. 17) auf den Begriff „act of aggression“ bezieht.

Anders als zur Frage der Zustimmung gab es zur Frage der Rolle des Sicherheitsrates kaum Bemühungen der Delegationen, Kompromissvorschläge einzubringen.²¹ Zu Beginn des Schlusstages der Konferenz brachte Präsident Wenaweser daher eigene Ideen zur Überbrückung dieses letzten großen Grabens ein. In angespannten Sondierungsgesprächen stellte er den Entwurf eines Schlusspaketes vor, das auf Alternative 2 beruhte und somit die Fortsetzung des – grundsätzlich auf Konsens basierenden – Verfahrens auch bei einer Blockade des Sicherheitsrates ermöglichen würde. Im Gegenzug betonte der Vorschlag die Kompetenz des Rates, in einer solchen Situation gem. Art. 16 IStGH-Statut das Verfahren zu suspendieren. Zudem sollte die aktive Gerichtsbarkeit um mindestens sieben Jahre aufgeschoben werden: Im Jahr 2017 würde die Gerichtsbarkeit aufgrund von Sicherheitsratsverweisen (Art. 15^{ter}? IStGH-Statut) automatisch aktiviert, es sei denn, die Vertragsstaaten würden zuvor etwas anderes beschließen. Die Aktivierung der Gerichtsbarkeit aufgrund von Staatenverweisen bzw. *proprio motu* (Art. 15^{bis}? IStGH-Statut) dagegen würde nicht automatisch erfolgen, sondern würde einer von den Vertragsstaaten frühestens 2017 zu treffenden Entscheidung unterliegen. Der Vorschlag sollte einerseits den Bedenken jener Rechnung tragen, die die Ausübung der Gerichtsbarkeit über Aggression für verfrüht hielten, und andererseits den wenigen Verfechtern einer exklusiven Filterfunktion des Sicherheitsrates einen Ausweg bieten, indem die Entscheidung über die tatsächliche Aktivierung dieses weiterhin kontroversiellen Mechanismus vertagt wurde. Tatsächlich zeigte der nunmehr stark angestiegene Druck Wirkung. Es wurde grundsätzliches Interesse signalisiert, an den Details einer Aktivierungsklausel zu arbeiten. Es folgten direkte Konsultationen zwischen interessierten Delegationen, die den ganzen Tag andauerten.²²

Um fünf Uhr nachmittags des Schlusstages der Konferenz stellte Präsident Wenaweser ein neues Non-Paper im Plenum vor, das in Art. 15^{bis} IStGH-Statut die grundsätzliche Entscheidung für die Filterfunktion der Vorverfahrensrichter nach Alternative 2 vorzeichnete, und dies lediglich mit Platzhaltern zur Frage des Aufschubes der Aktivierung kombinierte. Im Übrigen enthielt der Text keine Klammern oder sonstigen Zeichen divergierender Positionen. Die weitaus größten Hürden waren damit bereits überschritten, dank massiver Kompromisse von allen Seiten insbesondere zur Frage der Zustimmung des Angriffsstaates und zur Rolle des Sicherheitsrates. Im Hintergrund wurde inzwischen die noch ausstehende Frage der Aktivierungsklausel hitzig diskutiert.

²¹ Das kanadische Papier enthielt dazu die Idee der Reziprozität: Die Vorverfahrensrichter dürften demnach die Fortsetzung des Verfahrens genehmigen, vorausgesetzt alle beteiligten Staaten stimmten dieser Kompetenz zu.

²² Seitens der ständigen Ratsmitglieder wurde gefordert, die Aktivierung der Gerichtsbarkeit nach Art. 15^{bis} IStGH-Statut müsse von den Vertragsstaaten im Konsens beschlossen werden. Demgegenüber verlangten Brasilien und andere Delegationen, dass Art. 15^{bis} ebenso wie 15^{ter} IStGH-Statut automatisch aktiviert werden sollte, sofern die Vertragsstaaten bis dahin nichts anderes beschließen würden.

Direkte Gespräche zwischen den Delegationen brachten bis spätnachts keine Lösung, und im Saal machten sich Ungeduld und Anzeichen von Verzweiflung breit. Präsident Wenaweser musste daher neuerlich die Verantwortung auf sich nehmen, einen Kompromissvorschlag zu präsentieren.

Die kurz nach Mitternacht im Plenum verteilte Formel behandelte Art. 15^{bis} und 15^{ter} IStGH-Statut grundsätzlich gleich: Beide Arten der Gerichtsbarkeit müssten von den Vertragsstaaten frühestens 2017 aktiviert werden, und zwar mittels einer absoluten Mehrheit von zwei Dritteln – was der für die Annahme von Statutsänderungen erforderlichen höheren Zustimmungsschwelle entspricht.²³ Der Präsident gab den Delegationen etwa zwanzig Minuten Zeit, um in Gruppen zu beraten, ob dieser letzte Kompromissvorschlag akzeptabel wäre. Wieder in formeller Sitzung versammelt, fragte er die anwesenden Delegationen, ob es einen Widerspruch gegen das vorliegende Gesamtpaket gebe. Der Botschafter Japans schockte den Saal mit einer langen Wortmeldung, die nur den Schluss zuzulassen schien, dass Japan aufgrund rechtlicher Bedenken nun Einspruch erheben und die Konferenz damit scheitern lassen würde. Zur allgemeinen Erleichterung schloss er jedoch mit der Aussage, dass Japan sich dem Konsens nicht entgegenstellen würde. Sekunden später war Resolution RC/Res.6 angenommen, gefolgt von langem Applaus.

III. Zusammenfassung und Wertung

Mit dem Kompromiss von Kampala lösten die Vertragsstaaten das Versprechen von Rom ein, die Aggressionsbestimmungen des Römer Statuts zu Ende zu verhandeln. Angesichts der kontroversen Thematik und der Eigenheiten des Verbrechens der Aggression im Völkerrecht darf nicht überraschen, dass die schlussendlich gefundene Lösung in mehrerer Hinsicht relativ restriktiv ausgefallen ist: So wird nicht jede Form der völkerrechtswidrigen Gewaltanwendung, oder nicht einmal jede Form der Gewaltanwendung, die nach Resolution 3314 (XXIX) als Aggression bezeichnet werden könnte, der IStGH-Jurisdiktion *ratione materiae* unterstellt, sondern nur deren massivste Erscheinungsform: eben jene, die nach Charakter, Schwere und Ausmaß zweifelsfrei chartawidrig ist. Auf der Grundlage von Sicherheitsratsverweisen kann der Gerichtshof grundsätzlich weltweit mögliche Aggressionsverbrechen verfolgen, und insofern auf Augenhöhe mit den drei anderen Kernverbrechen des Statuts. Ohne Sicherheitsratsverweis beruht die IStGH-Gerichtsbarkeit dagegen auf dem Konsensprinzip, wobei sich Vertragsstaaten dieser Gerichtsbarkeit durch eine Erklärung entziehen können. Nicht-Vertragsstaaten sind überhaupt ausgenommen und

²³ Siehe den gleichlautenden Abs. 3 von Art. 15^{bis} und 15^{ter} IStGH-Statut: „The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.“ Für Entscheidungen der Vertragsstaatenversammlung genügen normalerweise lediglich die Ja-Stimmen von zwei Dritteln der anwesenden abstimmenden Vertragsstaaten. Statutsänderungen erfordern dagegen eine absolute Zweidrittelmehrheit.

können sich aufgrund der *lex specialis* des Art. 15^{bis}, Abs. 4 IStGH-Statut auch nicht *ex post facto* via Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut der Gerichtsbarkeit zu Aggression unterwerfen – weder als Opfer- noch Angriffsstaat. Der Raum für praktische Anwendungsfälle ist damit im Vergleich zu den drei anderen Kernverbrechen deutlich beschränkt. Zudem einigten sich die Vertragsstaaten auf eine ausgedehnte Atempause für den IStGH, indem die Gerichtsbarkeit frühestens 2017 noch eigens „aktiviert“ werden muss.²⁴

Überraschend ist vielmehr, dass es den Vertragsstaaten in Kampala überhaupt gelungen ist, im Konsens eine Einigung zum Verbrechen der Aggression zu finden. Der zentrale Kompromiss, der dies möglich machte, war jener zur oben erwähnten ersten großen Frage des Zustimmungserfordernisses des Angriffsstaates. Durch die unerwartete Annäherung zu dieser Frage, nämlich auf ein konsensbasiertes System, stieg der Kompromissdruck zur zweiten großen Frage, der Rolle des Sicherheitsrates, unwiderstehlich an. Der vorgeschlagene Ausweg eines Aufschubs der Aktivierung konnte den enormen Druck gerade noch ventilieren. Erfolg und Misserfolg lagen extrem nahe beieinander. Letztlich erfolgreich war die Revisionskonferenz in Kampala insofern, als die Vertragsstaaten unter schwierigen Bedingungen die völkerstrafrechtliche Verfolgung des Verbrechens der Aggression auf eine neue Stufe stellen konnten. Inwiefern dies nach der voraussichtlichen Aktivierung 2017 auch einen spürbaren Unterschied im internationalen System machen wird, wird sich aber erst zeigen.

²⁴ Eine zusätzliche Hürde der Ausübung der Gerichtsbarkeit ist das Erfordernis, dass die Aggressionsbestimmungen wenigstens für 30 Vertragsstaaten in Kraft getreten sein müssen, siehe Abs. 2 von Art. 15^{bis} und 15^{ter} IStGH-Statut

Das Verbrechen der Aggression nach Kampala*

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen

Bei der erstmaligen Überprüfungskonferenz des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes („IStGH“), die vom 31.5. bis zum 11.6.2010 in Kampala (Uganda) stattfand, gelang eine Einigung über die Definition und über die Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit für das Verbrechen der Aggression in Umsetzung des Mandats von Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut. Nach einer knappen historischen Einleitung mit der Zusammenfassung der nun geltenden Regelung (I.) wird eine kritische Würdigung vorgenommen (II.), wobei nach einigen klarstellenden Vorbemerkungen (II. 1.) zwischen der Verbrechensdefinition (II. 2.) und den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit unterschieden wird (II. 3.). Im Ergebnis kann die letztlich erreichte Einigung als historischer Durchbruch bezeichnet werden – trotz mancher Mängel und schmerzlicher Kompromisse.

The first ever Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, held in Kampala, Uganda, from 31.5. to 11.6.2010, succeeded in reaching an agreement on the definition and the conditions for the exercise of jurisdiction for the crime of aggression pursuant to article 5 (2) of the Rome Statute. After a historical introduction with a summary of the compromise reached (infra I.), this paper will present a critical analysis (II.), distinguishing after some clarifying preliminary remarks (II. 1.) between the definition (II. 2.) and the conditions regarding the exercise of jurisdiction (II. 3.). The paper intends to show that the final agreement constitutes a historic achievement – despite some flaws and inevitable compromises.

I. Einleitung

1. Rechtshistorischer Hintergrund

Das Verbrechen der Aggression¹ wurde erstmals als „Verbrechen gegen den Frieden“ in Nürnberg und Tokyo strafrechtlich verfolgt, wobei es dort als „Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Durchführung eines Angriffskrieges oder eines Krieges unter Verletzung internationaler Verträge, Abkom-

men oder Zusicherungen [...]“² definiert wurde. Die individuelle strafrechtliche Haftung reichte weit, denn einerseits war die „Beteiligung an einem gemeinsamen Plan oder an einer Verschwörung zur Ausführung“ einer Aggressionshandlung strafbar³ und andererseits wurden „Anführer, Organisatoren, Anstifter und Teilnehmer, die am Entwurf oder der Ausführung eines gemeinsamen Planes oder einer Verschwörung zur Begehung eines der vorgenannten Verbrechen teilgenommen haben“, „für alle Handlungen verantwortlich“ gemacht, „die von irgendeiner Person in Ausführung eines solchen Planes begangen“ wurden.⁴ Am 14.12.1974 verabschiedete die UN Generalversammlung mit Resolution 3314 (XXIX)⁵ eine wegweisende Definition einer Aggressionshandlung („act of aggression“)⁶, die als Grundlage für jede

² Siehe Art. 6 (a) Statut für den Internationalen Militärgerichtshof („IMGH“; 8.8.1945, 82 UN Treaty Series [1951], 280); Art. 5 (a) des „Statute of the International Military Tribunal for the Far East“ („IMTFE“; 1.1.1946). Siehe auch Principle VI (a) (i) von den „Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal“ („Nuremberg Principles“), verabschiedet von der International Law Commission („ILC“) in ihrer zweiten Sitzung 1950 (Yearbook of the International Law Commission 1950, Bd. 2, S. 374 ff.).

³ Art. 6 (a) IMGH; vgl. auch Art. 5 (a) IMTFE; Principle VI (a) (ii) Nuremberg Principles.

⁴ Art. 6 IMGH letzter Abs.; vgl. auch Art. 5 IMTFE letzter Abs.

⁵ Abdruck in: Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser (Hrsg.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, 2009, S. 231.

⁶ Res. 3314, Annex, Definition of Aggression:

Art. 1:

„Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations [...]“

Art. 3:

„Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of Art. 2, qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof,

(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

* Der Text beruht auf einer längeren englischen Fassung, die demnächst im German Yearbook of International Law 53 (2010) erscheinen wird. Ich danke meinen Kollegen Roger Clark (Rutgers) und Claus Kreß (Köln) für Ihre kritischen Anmerkungen. Ich danke meiner Mitarbeiterin Sabine Klein für wichtige Unterstützung bei der Erarbeitung dieser Fassung.

¹ Für eine umfassende historische Darstellung vgl. Solera, Defining the crime of aggression, 2007, S. 15 ff.; Kemp, Individual criminal liability for the International Crime of Aggression, 2010, S. 73 ff.; knapper Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1280 ff.; Wilmshurst, in: Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst (Hrsg.), An introduction to international criminal law and procedure, 2. Aufl. 2010, S. 312 ff.; Gaja, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, Bd. 1, 2002, S. 427 ff.

weitere Diskussion auf dem Weg zu dem nun in Kampala gefundenen Kompromiss diene. Im Juni 1998 übertrug die Rom-Konferenz dem IStGH Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression (Art. 5 Abs. 1 lit. d)⁷, ein Konsens über die konkrete Verbrechendefinition und die Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit war jedoch damals nicht möglich.⁸ Diese Aufgabe wurde zunächst einer „Working Group on the Crime of Aggression“ (1999-2002) der Preparatory Commission („PrepCommis“)⁹ und sodann der „Special Working Group on the Crime of Aggression“ („SWGCA“; 2003-2009) übertragen, die der Vertragsstaatenversammlung („Assembly of States Parties“ [„ASP“]) ihren Abschlussbericht am 13.2.2009 vorlegte.¹⁰ Der Vorschlag der SWGCA wurde von der ASP am 26.11.2009 einstimmig angenommen¹¹ und der Überprüfungskonferenz in Kampala als ein „Conference Room Paper on the Crime of Aggression“ vom 25.5.2010 vorgelegt.¹² Wie in Rom bemühten sich die Delegierten in Kampala um einen Konsens – anderenfalls wäre eine Zweidrittelmehrheit nötig geworden.¹³

(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

(g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.“

⁷ Art. ohne Bezeichnung sind solche des IStGH-Statuts.

⁸ Siehe zu den Verhandlungen in Rom *Solera* (Fn. 1), S. 356 ff.; *Kemp* (Fn. 1), S. 194 ff.; *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 316 f.; *Gaja* (Fn. 1), S. 430 ff., 435 ff.

⁹ Zu deren Arbeit siehe *Gurmendi*, in: *Politi/Nesi* (Hrsg.), *The International Criminal Court and the crime of aggression*, 2004, S. 175 (176 ff.).

¹⁰ SWGCA, February 2009 Report, ICC-ASP/7/20/Add. 1, Annex II, abgedruckt in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 49. Zu den Verhandlungen nach Rom siehe *Clark*, in: *Stahn/Sluiters* (Hrsg.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, S. 709; *Kemp* (Fn. 1), S. 207 ff.; *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1183 ff.). Zur Situation vor Kampala *Barriga*, *ZIS* 2010, 644.

¹¹ Res. ICC-ASP/8/Res.6. Der Vorschlag ist als Appendix I dem Report von Februar 2009 angehängt (Fn. 10) und abgedruckt in *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 60.

¹² RC/WGCA/1, 25.5.2010.

¹³ Siehe Regel 49 (2), 51 der Review Conference Rules of Procedure, abrufbar unter

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/06108524-8AE2-44EF-AFA5-A46C83E250A5/0/ICCASP6Res2Anx4ENG.pdf> (zugriff am 17.11.2010). Siehe „on the power of consensus“ in diesem Zusammenhang *Blokker/Kreß*, *LJIL* 24 (2011),

2. Der gefundene Kompromiss

Die letztlich erreichte Verbrechendefinition lautet:¹⁴

„Art. 8^{bis}: Crime of aggression

1. For the purpose of this Statute, ‚crime of aggression‘ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, ‚act of aggression‘ means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.“

Im Zusammenhang mit Abs. 1 wird in Art. 15 Abs. 3 ein neuer Abs. 3^{bis} eingeführt, wonach die Beteiligungsvorschriften nur „to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“ Anwendung finden sollen.¹⁵ Ferner führte die Kritik

erscheint demnächst. Zu den Verhandlungen *Barriga*, *ZIS* 2010, 644.

¹⁴ Resolution RC/Res. 6, Advance Version, 16.6.2010, Annex I.

¹⁵ Resolution RC/Res.6 (Fn. 14), Annex I Nr. 5.

vor allem der US-Delegation¹⁶ zur Verabschiedung von drei Auslegungshilfen („understandings“):

- Die Änderungen betreffen ausschließlich das Rom-Statut und haben keine darüber hinausgehende Wirkung;¹⁷
- die Aggression sei „the most serious and dangerous form of the illegal use of force“, bei deren Feststellung „all the circumstances of each particular case“ in Übereinstimmung mit der UN-Satzung („UNS“) berücksichtigt werden müssen;¹⁸
- die Schwelle, die für eine offensichtliche („manifest“) Verletzung der UNS überschritten sein muss, verlangt, dass die „three components of character, gravity and scale“ nicht nur isoliert, sondern in kombinierter Form vorliegen.¹⁹

¹⁶ Siehe „Statement by *Harold Hongju Koh*, Legal Adviser. U.S. Department of State. Review Conference of the International Criminal Court“ (4.6.2010), abrufbar unter <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> (zuletzt zugegriffen am 17.11.2010), wonach ein bestimmtes Maß an Gewaltanwendung sowohl rechtmäßig als auch notwendig sei und die vorgeschlagene Definition des Völkergelehrtenrechts (insoweit) nicht genau wiedergebe. Außerdem sieht *Koh* das Risiko ungerechtfertigter inländischer Strafverfolgungen, da der Komplementaritätsgrundsatz und die Abhängigkeit der Definition von der Art der Überweisung an den IStGH (Art. 13) nicht ausreichend beachtet worden sei. Zur US-Beteiligung s. *Kreß/von Holtzendorff*, JICJ 8 (2010), 1180 (1204 ff.).

¹⁷ Siehe Resolution RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex III (Understandings regarding the amendments to the Rome Statute on the ICC on the Crime of Aggression):

„4. It is understood that the amendments that address the definition of the act of aggression and the crime of aggression do so for the purpose of this Statute only. The amendments shall, in accordance with Art. 10 of the Rome Statute, not be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

5. It is understood that the amendments shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State.“

Diese Auslegungshilfen tragen Bedenken Rechnung, die schon zu Beginn der Überprüfungs-konferenz geäußert wurden, s. „Non-Paper by the Chair: Further elements for a solution on the Crime of Aggression“, RC/WGCA/2, 25.5.2010, para. 4, S. 2.

¹⁸ Siehe Resolution RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex III:

„6. It is understood that aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force; and that a determination whether an act of aggression has been committed requires consideration of all the circumstances of each particular case, including the gravity of the acts concerned and their consequences, in accordance with the Charter of the United Nations.“

¹⁹ Siehe Resolution RC/Res.6 (Fn. 14), Annex III:

Die zu dem neuen Art. 8^{bis} verabschiedeten „Verbrechenselemente“ („Elements of Crimes“, vgl. Art. 9) lauten nun:²⁰
„Introduction:

1. It is understood that any of the acts referred to in article 8^{bis}, paragraph 2, qualify as an act of aggression.

2. There is no requirement to prove that the perpetrator has made a legal evaluation as to whether the use of armed force was inconsistent with the Charter of the United Nations.

3. The term ‚manifest‘ is an objective qualification.

4. There is no requirement to prove that the perpetrator has made a legal evaluation as to the ‚manifest‘ nature of the violation of the Charter of the United Nations.“

„Elements:

1. The perpetrator planned, prepared, initiated or executed an act of aggression.

2. The perpetrator was a person²¹ in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of the State which committed the act of aggression.

3. The act of aggression – the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations – was committed.

4. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that such a use of armed force was inconsistent with the Charter of the United Nations.

5. The act of aggression, by its character, gravity and scale, constituted a manifest violation of the Charter of the United Nations.

6. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established such a manifest violation of the Charter of the United Nations.“

„7. It is understood that in establishing whether an act of aggression constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations, the three components of character, gravity and scale must be sufficient to justify a ‚manifest‘ determination. No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself.“

²⁰ RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5. Die „Elements“ wurden erstmals im 2004 Princeton Treffen der SWGCA diskutiert, vgl. die „list of issues“ bei SWGCA, June 2004 Report, Appendix, Section II, abgedruckt in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 210; s. sodann – in chronologischer Reihenfolge mit zunehmender Wichtigkeit – June 2005 Report, Appendix II Nr. 4, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 183; June 2006 Report, Appendix II, Section II, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 159 f. (vorbereitender Entwurf); December 2007 Report, para. 40, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 106; June 2008 Report, paras. 93 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 92 f.; November 2008 Report, para. 30 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 76 f.; February 2009 Report, Section IV, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 58. Der Entwurf des Princeton June 2009 Treffens (Report June 2009, Annex I, abgedruckt in: Barriga u.a. [Fn. 5], S. 35) wurde letztlich in Kampala verabschiedet.

²¹ Eine Fn. stellt insoweit klar: „With respect to an act of aggression, more than one person may be in a position that meets these criteria.“

Der Weg zu einer Einigung zu den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit war um vieles steiniger,²² sie kam erst kurz vor Ende der Konferenz zustande und wurde in den frühen Morgenstunden des 12.6.2010 (die Uhren im Konferenzsaal waren zuvor abgenommen worden)²³ verabschiedet. Im Ergebnis wurde zwischen den Verfahren unterschieden, die durch eine Staatenüberweisung oder aufgrund eines proprio motu-Tätigwerdens des Anklägers ausgelöst werden (Art. 13 lit. a und c, 14, 15) und solchen, die vom UN-Sicherheitsrat überwiesen werden (Art. 13 lit. b). Die entsprechenden Art. 15^{bis} und Art. 15^{ter} lauten nun:²⁴

„Article 15^{bis}: Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, proprio motu)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraphs (a) and (c), subject to the provisions of this article.

2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed *one year after* the ratification or acceptance of the amendments by *thirty States Parties*.

3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken *after 1 January 2017* by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute;

4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does *not accept such jurisdiction* by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.

5. In respect of a State that is *not a party* to this Statute, the Court shall *not exercise its jurisdiction* over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.

6. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the *Security Council* has made a *determination* of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.

7. Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.

²² Für tägliche Zusammenfassungen des zähen Verhandlungsprozesses s. *Schabas*, <http://iccreviewconference.blogspot.com/> (zugegriffen am 17.11.2010); siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (756 ff.); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (746).

²³ Laut *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (763) war es 00.19 Uhr.

²⁴ RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex I, Nr. 3 und 4, S. 3 f. (*Herv.* hinzugefügt).

8. Where *no such determination* is made within *six months* after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the *Pre-Trial Division* has *authorized* the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the *Security Council* has not decided otherwise in accordance with *article 16*.

9. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

10. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.“

„Article 15^{ter}: Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article.

2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed *one year after* the ratification or acceptance of the amendments by *thirty States Parties*.

3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken *after 1 January 2017* by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute;

4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.“

II. Kritische Würdigung

1. Klarstellende Vorbemerkungen

Während der gewohnheitsrechtliche Charakter des Aggressionsverbrechens zwischen den Befürwortern und Kritikern seiner Kriminalisierung unumstritten ist,²⁵ ist es eine davon zu unterscheidende und höchst strittige Frage, ob eine praktikable und rechtlich zufriedenstellende Definition überhaupt

²⁵ Siehe einerseits *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1132 f.) und andererseits *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1118). Siehe ferner *Griffiths*, ICLR 2 (2002), 301 (313); *Werle* (Fn. 1), Rn. 1293 ff.; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 312, 321; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 254, alle m.w.N.; *Cassese*, International Criminal Law, 2. Aufl. 2008, S. 155, 158; *Reddi*, ICLR 8 (2008), 655 (686); *Reisinger Coracini*, in: Stahn/van den Herik (Hrsg.), Future Perspectives on International Criminal Justice, 2010, S. 725; *Gomaa*, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 55 (S. 72 ff.). Zum Case-Law siehe jüngst (2006) UKHL 16 (Jones u.a.), Ziffern 12 und 19 (Lordingham), 44 und 59 (Lord Hoffmann), 96 (Lord Rodger), 97 (Lord Carswell), und 99 (Lord Mance).

möglich ist und ob eine solche tatsächlich in Kampala erreicht wurde. Natürlich hängt die Beantwortung dieser Frage von dem eigenen Vorverständnis hinsichtlich der Sinnhaftigkeit einer Kodifikation des Aggressionsverbrechens überhaupt ab. Während radikale Skeptiker insoweit schon jeden Versuch einer Definition a limine ablehnen,²⁶ stand diese Option angesichts des klaren Mandats von Art. 5 Abs. 2 nach dem erfolgreichen Ende der Rom-Konferenz nicht zur Debatte. Zwar lässt es sich mit guten Gründen bezweifeln, ob es angesichts der vielfachen, schon jetzt existierenden Herausforderungen des IStGH eine weise Entscheidung war, den Vertragsstaaten eine solch komplexe Aufgabe aufzuerlegen anstatt die dafür benötigten Ressourcen in die Konsolidierung des IStGH-Projekts zu investieren,²⁷ doch erscheinen diese und andere Fragen²⁸ vor dem Hintergrund der einst in Rom getroffenen Entscheidung rein akademischer Natur. Zwingt uns nun also die bisherige völkerstrafrechtliche Entwicklung mit ihrem jedenfalls vom Ergebnis her erfolgreichen Ausgang in Kampala zu einer Auseinandersetzung mit dem dort verabschiedeten Regelwerk, so gibt doch zugleich der auch bei diesen Verhandlungen zu Tage getretene, rein pragmatische und von strategischen Erwägungen geprägte Umgang mit dem Völkerstrafrecht zu prinzipiellen Bedenken Anlass. Während die völkerstrafrechtliche Literatur sich nämlich zunehmend darum bemüht, das vielfach beklagte Theoriedefizit des Völkerstrafrechts zu beheben oder doch wenigstens zu verringern, insbesondere durch Beschäftigung mit Grundlagenfragen wie der nach den geschützten Rechtsgütern, des spezifischen völkerstrafrechtlichen Unrechts und dem Zweck der Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen überhaupt,²⁹

²⁶ Siehe z.B. *Schuster*, CLF 14 (2003), 1 (2) mit dem Vorschlag, Aggression aus dem Statut zu entfernen, da eine „legally sound“ Definition nicht möglich sei und weil seine Kodifizierung sich nicht auf Argumente wie Präzedenz, Vorranghaftigkeit oder Abschreckung stützen können (*Schuster*, CLF 14 [2003], 1 [9 ff., 18]). Für eine „cautious attitude towards [...] the invocation of criminal law to regulate the use of force by States“ auch *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 332.

²⁷ Siehe ebenfalls *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1127) mit dem bekannten Argument, der Gerichtshof sei „grappling with problems partly of its own making, partly being the inevitable result of its remoteness from the scenes of the crimes under its jurisdiction, it needs to keep the ranks closed [...]“.

²⁸ Beispielsweise die Frage, ob die Strafverfolgung von Verstößen gegen das jus ad bellum einen negativen Einfluss auf die Befolgung von jus in bello-Regeln durch den betreffenden Staat hat, siehe *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1126); dagegen *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1133 ff.).

²⁹ S. z.B. *May*, Crimes against humanity, 2005, S. 7 und 21, der drei „Grundlagen“ (keine nationale Strafverfolgung, durch den Staat begangene und gegen ganze Gruppen gerichtete Verbrechen) sowie zwei Prinzipien (Sicherheit und internationaler Schaden) zur normativ-philosophischen Grundlegung der universalen Strafverfolgung internationaler Verbrechen vorschlägt. Während das Sicherheitsprinzip Staatensouveränität einschränke, indem es die internationale und trans-

nationale Strafverfolgung bestimmter schwerer Menschenrechtsverletzungen zulasse (*May*, a.a.O., S. 63 ff.), rechtfertige das internationale Schadensprinzip die internationale Strafverfolgung im Falle gruppenbasierter Schäden (*May*, a.a.O., S. 80 ff.). Später entwickelte *May* (Aggression and crimes against peace, 2008, S. 324 ff.) eine „diversity of norms defense“ mit dem Argument, dass das Völkerstrafrecht durch „a combination of the norms of retribution, deterrence, and reconciliation but not by any one of these norms alone“ gerechtfertigt werden könne. Siehe auch *Drumbl*, Atrocity, punishment, and international law, 2007, der für einen umfassenderen Ansatz, der über die traditionellen Strafzwecke (Vergeltung, Abschreckung, Expressivismus, *Drumbl* [a.a.O.], S. 60 ff., 149 ff.) hinausgeht und reines Strafrecht durch ein breiteres Gerechtigkeitskonzept ersetzt, plädiert: Eine „cosmopolitan pluralist vision“ fördere „an obligation-based preventative model, operationalized from the bottom-up through diverse modalities that contemplate a coordinated admixture of sanctions calibrated to each specific atrocity“ (*Drumbl*, a.a.O., S. 207; genauer S. 181 ff., 206 ff.); den Expressivismus zumindest teilweise verteidigend *May* (a.a.O. – Aggression, S. 329 ff.). Zur Rechtfertigung der Bestrafung internationaler Verbrechen siehe zudem jüngst *Golash*, in: *May/Hoskins* (Hrsg.), International Criminal Law and Philosophy, 2010, S. 201 (S. 211 ff.), der Prävention und Expressivismus („expressing condemnation“) als mögliche Rechtfertigungen diskutiert. *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 165-166, 297, 299 versucht, die Grundlagen des Völkerstrafrechts aus der Rechtslehre *Immanuel Kants* zu entwickeln, indem sie auf der Grundlage der Autonomie des freien und vernünftigen Subjekts argumentiert, dass die internationale Strafe einerseits, auf individueller Ebene, das materielle Unrecht innerhalb der inter-personalen Beziehung, das durch ein internationales Verbrechen hervorgebracht wurde, kompensiere, und, andererseits, auf allgemeinerer universeller Ebene, die Wiederherstellung des Weltrechts und -friedens, die durch das internationale Verbrechen gleichermaßen verletzt wurden, bewirke. In einer früheren Untersuchung argumentierte *Osiel*, Mass atrocity, collective memory and the law, 1997, S. 22 f., 293, dass die Strafverfolgung von staatlich protegierten Massenverbrechen zu einer sozialen Solidarität beitrage, „embodied in the increasingly respectful way that citizens can come to acknowledge the differing views of their fellows“, wobei er darin keine Inkompatibilität mit den traditionellen Strafzwecken (Abschreckung und Vergeltung) sieht. Hinsichtlich der Aggression im Besonderen siehe *May* (a.a.O. – Aggression), S. 3 ff., 44, 55, 208, 222 f., der ein bloß souveränitätsbasiertes Verständnis der Aggression (die Grenzüberschreitung des angreifenden Staates betonend) verwirft und stattdessen ein menschenrechtsbasiertes Verständnis (indirekte Menschenrechtsverletzung durch Untergrabung des Menschenrechtsschutzes und/oder wegen mit einer Aggression einhergehender Menschenrechtsverletzungen) propagiert. *Drumbl*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 291 (306 f., 313, 318) identifiziert vier kollektive „first-category“ Interessen, die durch das Verbrechen der Aggressi-

bedienen sich die Normsetzer nach wie vor eines überwiegend positivistischen Ansatzes, als ob ein Rückgriff auf die Präjudizien von Nürnberg und Tokyo (oder auf jede andere mehr oder weniger harte völkerrechtliche Norm) die Lösung der zugrunde liegenden normativen Fragen überflüssig machen würde. Tatsächlich werden die genannten Grundfragen und die mit ihnen verbundenen Bedenken das Projekt des Völkerstrafrechts so lange heimsuchen und zum gerichtlichen Verhandlungsgegenstand, wie sie nicht zufriedenstellend und gründlich beantwortet statt nur autoritativ entschieden worden sind.

Was das Verbrechen der Aggression angeht, so ist der positivistische Ansatz der Delegierten schon deshalb großen Bedenken ausgesetzt, weil gerade das Nürnberger Recht³⁰ und die GV-Resolution 3314³¹ bis heute massiver Kritik ausgesetzt sind. So wurde denn auch in der SWGCA – ganz im Gegensatz zu *Benjamin Ferenczs* romantischer Glorifizierung der Nürnberger Prozesse³² – mehrfach festgestellt, dass Verbesserungen von Nöten seien³³ und dass Resolution 3314 einen durchaus problematischen Ausgangspunkt für eine Verbrechendefinition darstelle.³⁴

Vor diesem Hintergrund kann nun das Ergebnis von Kampala einer kritischen Würdigung mit dem Ziel einer konstruktiven Interpretation unterzogen werden, um eventuelle negative (unbeabsichtigte bzw. unvorhergesehene) Folgen möglichst zu verhindern oder doch abzuschwächen. Diese Würdigung muss zwar zwischen den nun vorliegenden

on geschützt sind, nämlich Stabilität, Sicherheit, Souveränität und Menschenrechte, und betont den expressiven Wert der Bestrafung als Rechtfertigung einer breiten Kriminalisierung. *Weisbord*, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (5 ff.) m.w.N. fordert einen soziologischen, zukunftsorientierten Ansatz, um die Aggressionsdefinition zu aktualisieren, sie sozial relevant und vorhersehbar zu machen (ebd. 7 ff.).

³⁰ Zu einer jüngsten Neubewertung der klassischen Kritik hinsichtlich des Legalitätsprinzips siehe *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 146 ff.; *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (74 ff.). Siehe auch *Werle* (Fn. 1), Rn. 1295 f. m.w.N.

³¹ Vgl. *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (78 ff.).

³² Siehe jüngst *Ferencz*, *Case W. Res. J. Int'l L.* 41 (2009), 281, der das Verbrechen der Aggression als „adequately defined“ erachtet.

³³ Wie von einem der Delegierten selbst ausgedrückt: „The ultimate challenge that Nuremberg leaves us with in respect of the crime against peace is whether twenty-first century drafters can do better than those in London sixty-one years ago. It is still a daunting task“ (*Clark*, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 6 [2007], 527 [550]).

³⁴ Siehe SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 3, abgedruckt in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 196; SWGCA, June 2006 Report, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 142 f., 145 f.; SWGCA, January 2007 Report, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 134; SWGCA, June 2007 Report, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 116-117; SWGCA, December 2007 Report, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 101; SWGCA, June 2008 Report, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 89. Siehe auch *Barriga*, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 9 f.; *Krefß*, *EJIL* 20 (2009), 1129 (1136).

Regelungen zu Verbrechendefinition und Gerichtsbarkeit unterscheiden, darf aber nicht das Gesamtbild aus den Augen verlieren. Beispielhaft: Eine isolierte Analyse der Aggressionshandlung gemäß Art. 8^{bis} Abs. 2 ohne Einbeziehung der in Abs. 1 vorgelegten Verbrechendefinition würde dem erreichten Ergebnis nicht gerecht, besteht dessen Besonderheit doch gerade darin, dass die kollektive (= Aggressionshandlung) und individuelle (= Aggressionsverbrechen) Ebene in einer gemeinsamen Definition vereint wurden.³⁵ Auf diese grundlegende strukturelle Frage wird zurückkommen sein. Ebenso wenig darf die Verbrechendefinition von der Regelung zur Gerichtsbarkeit vollkommen gelöst werden, vielmehr ist auch insoweit das Gesamtergebnis der Verhandlungen im Blick zu behalten.

2. Die Verbrechendefinition

a) Die Doppelnatur des Aggressionsverbrechens und die Schwellenklausel

Wie schon andernorts ausgeführt³⁶ hat das Verbrechen der Aggression eine Doppelnatur, die auf einer Makroebene die kollektive, staatliche Aggressionshandlung und auf einer Mikroebene das individuelle Aggressionsverbrechen umfasst.³⁷ Daraus ergibt sich, dass die Existenz einer (rechtswidrigen) Aggressionshandlung gemäß der Definition in Art. 8^{bis} Abs. 2 auf Grundlage von Resolution 3314 nicht automatisch die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit der an dieser Handlung beteiligten Personen zur Folge hat. Während dies in Nürnberg³⁸ noch nicht erkannt wurde, weil man sich zur Kriminalisierung des NS-Angriffskrieges im Wesentlichen auf das im Kellogg-Briand-Pakt³⁹ enthaltene Verbot des Angriffskrieges stützte,⁴⁰ unterscheidet Resolution 3314 selbst zwischen einer Aggressionshandlung und einem Aggressionskrieg („war of aggression“), wobei nur dieser als ein Verbrechen gegen den internationalen Frieden (Art. 5 Abs. 2) qualifiziert wurde.⁴¹ Da jedoch diese Resolution nur die Makroebene – also die der kollektiven, staatlichen Aggressions-

³⁵ Siehe auch *Clark*, *EJIL* 20 (2009), 1103 (1104 f.). Siehe jedoch auch die isolierte Untersuchung von *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (88 ff., 98).

³⁶ *Ambos*, in: *Arnold u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 671 (S. 672 ff.); *Ambos* (Fn. 25), § 7 Rn. 253.

³⁷ Zu den drei verschiedenen Ebenen (Sicherheitsrat, IGH, IStGH) der „notion of aggression“ siehe auch *Reddi*, *ICLR* 8 (2008), 655 (660).

³⁸ S.o. Fn. 2.

³⁹ „Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy“ vom 27.8.1928, abrufbar unter:

www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm (zugegriffen am 4.11.2010).

⁴⁰ Siehe *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2. Aufl. 2004, S. 111 ff. m.w.N. in Fn. 194.

⁴¹ Siehe auch *Clark*, *GoJIL* 2 (2010), 689 (695: „drafting convention that builds on this combination of state and individual responsibility.“).

handlung – betrifft, finden sich in ihr keine Ausführungen zu dem qualitativen Unterschied, der eine bloß rechtswidrige Handlung zu einem Verbrechen mit individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit macht. Dieser qualitative Unterschied wird nun durch die Schwellenklausel („threshold clause“) des Art. 8^{bis} Abs. 1 mit der dort verlangten Mindestschwelle ausgedrückt: Es muss sich um eine Aggressionshandlung handeln, die „by its character, gravity and scale“ „a manifest violation“ der UNS darstelle.⁴² Damit sollen unbedeutende Zwischenfälle (z.B. Grenzscharmützel) und rechtlich umstrittene Fälle (z.B. humanitäre Interventionen) bewusst von einer Kriminalisierung ausgenommen werden.⁴³ Während diese Schwellenklausel bis zum Ende der Arbeit der SWGCA umstritten blieb,⁴⁴ wurde die grundlegende Entscheidung für ein objektives, qualifizierendes Merkmal bereits im Jahre 2002 in der PrepCommis-Arbeitsgruppe mit einer nur leicht abweichenden Formulierung getroffen.⁴⁵ Der alternative subjektive Ansatz – die Forderung einer spezifischen aggressiven Absicht oder eines solchen Zwecks (animus aggressionis), gepaart mit dem Ziel einer (langfristigen) Okkupation, Unterwerfung oder Annektierung⁴⁶ – fand bereits 2002 im Diskussionspapier der Arbeitsgruppe Erwäh-

⁴² Nach *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1138) sind „gravity and scale“ quantitativ und „manifest“ qualitativ zu verstehen. Grundlegend zur IGH-Rspr. und zu einem Vergleich mit dem „grave breaches“-Regelwerk des humanitären Völkerrechts siehe *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (726, 727, 731).

⁴³ Siehe SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 3, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197; siehe auch *Barriga*, in: Bellilli (Hrsg.), International Criminal Justice, 2010, S. 8. Zur Nicht-Strafbarkeit einer humanitären Intervention aus grundsätzlichen Erwägungen *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 273 ff.

⁴⁴ Siehe SWGCA, June 2009 Report, paras. 23 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 27 f.; siehe auch SWGCA, November 2006 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 140; SWGCA, January 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 133; SWGCA, June 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 119; SWGCA, December 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 103; SWGCA, June 2008 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87 f.; SWGCA, February 2009 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 51; siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 8 f.; *Solera* (Fn. 1), S. 409 ff.

⁴⁵ „Flagrant“ anstelle einer „manifest“ Verletzung, siehe ASP ICC, Discussion paper on the definition of the elements of the crime of aggression prepared by the Coordinator of the Working Group on the Crime of Aggression during the Preparatory Commission of the ICC, Zweite Sitzung, New York, 8.-12.9.2003, Official Records ICC-ASP/2/10, S. 234; siehe auch SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 3, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197.

⁴⁶ Vgl. *Werle* (Fn. 1), Rn. 1313, *Cassese* (Fn. 25), S. 157, 160; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 325, 327; *Solera* (Fn. 1), S. 423 ff. (427). Siehe auch *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 14 f., der argumentiert, dass eine solche aggressive Absicht meist fehle, weil die Staatsoberhäupter meist nur die Förderung der legitimen Staatsinteressen bezwecken, siehe auch *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 257 f.

nung,⁴⁷ erhielt aber im Ergebnis nicht genügend Zuspruch und wurde deshalb von der SWGCA nicht länger verfolgt.⁴⁸

Aus dem Gesagten sollte sich ergeben, dass es zur angemessenen Erfassung des qualitativen Unterschieds zwischen einer Aggressionshandlung und einem Aggressionsverbrechen keine wirkliche Alternative zur Schwellenklausel gab.⁴⁹ Die Kritik ihrer mangelnden Präzision⁵⁰ bleibt aber eine Antwort darauf schuldig, wie denn konkret eine größere Präzision hätte erreicht werden können.⁵¹ Tatsächlich ist die mangelnde Präzision der Schwellenklausel eben diesem Mangel der Primärnorm geschuldet. Denn wenn es schon nicht möglich ist, die rechtmäßige von der unrechtmäßigen Gewaltanwendung präzise abzugrenzen, wie kann dies dann auf der Ebene der Sekundärnorm, die ja nur die unrechtmäßige Gewaltanwendung der Primärnorm kriminalisiert, gelingen?⁵² Mit Blick auf den hochnormativen Inhalt eines jeden Abgrenzungskriteriums, mit dem versucht wird, den kriminellen Kern einer bestimmten Tat einzufangen, und das generelle Problem, menschliches Verhalten mit abstrakten rechtlichen Begrifflichkeiten hinreichend präzise zu umschreiben, erscheint eine objektive Definition, die den Wesensinhalt der Schwellenklausel präziser beschreibt, kaum vorstellbar. Wenn darüber hinaus *Paulus* Recht hat und „any lawyer of some quality [may] find reasons why almost anything is legal or illegal under prevailing circumstances“, so würde eine präzisere Definition allenfalls rechtliche Unsicherheiten abschwächen, nicht aber vollends verschwinden lassen.⁵³

Wie dem auch sei: Die durch das Adjektiv „manifest“ eingeführte Schwelle ist objektiv zu verstehen⁵⁴ und die

⁴⁷ Siehe oben Fn. 45.

⁴⁸ *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1139 f.).

⁴⁹ Siehe auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (698 f.), der den Rechtsberater des U.S. Department of State zitiert; *Dascalopoulou-Livada*, in: *Politi/Nesi* (Fn. 9), S. 79 (S. 83); *Wilmshurst*, in: *Politi/Nesi* (Fn. 9), S. 93.

⁵⁰ Siehe *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101 f.); *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); *Murphy*, EJIL 20 (2009), 1147 (1150-1151); *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 326 f.; *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (726 f.).

⁵¹ Wobei einige Kritiker den Versuch einer Kodifikation ohnehin abzulehnen scheinen, s. insb. *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101: „A statute permitting the prosecution of only clear-cut, blatant instances of ‚impropriety‘ would still be vague. This is the central difficulty in seeking to eliminate vagueness merely by announcing that marginality is excluded: it is impossible to know from the terms at issue what within their reach is marginal and what is essential.“) und *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (101: Schwellenklausel „irretrievably vague“).

⁵² Siehe *Murphy*, EJIL 20 (2009), 1147 (1152 ff.): mit einer Tabelle mit Nötigungshandlungen, die eine ungerechtfertigte Gewaltanwendung und ein Aggressionsverbrechen darstellen könnten.

⁵³ *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1123).

⁵⁴ *Elements*, RC/Res. 6, Advance Version, 16.6.2010, Annex II, S. 5; Introduction Nr. 3. Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Abs. 25 und Appendix II Nr. 7, in: Barriga u.a.

Kombination von Charakter, Schweregrad und Ausmaß⁵⁵ ist – trotz der verwirrenden Bezugnahme in den „understanding“ 6 und 7⁵⁶ – notwendig, um den qualitativen Unterschied zwischen Handlung und Verbrechen deutlich zu machen und um dessen Trivialisierung vorzubeugen.⁵⁷ Demgegenüber erscheinen die Bedenken, dass eine zu hohe Schwelle in Verbindung mit fehlender Strafverfolgung zu der unbeabsichtigten Konsequenz führt, dass umstrittene Formen der Gewaltanwendung legalisiert oder sogar legitimiert werden, nicht überzeugend.⁵⁸ Solche Bedenken überbewerten einerseits den Einfluss, den ein Absehen von der Strafverfolgung auf die Rechtmäßigkeit einer Gewaltanwendung haben kann, und berücksichtigen andererseits nicht ausreichend den ganz fundamentalen Unterschied zwischen dem Verbot (der Aggressionshandlung) und dem eigentlichen Verbrechen. Beispielhaft: Während klassische Angriffskriege wie z.B. die NS-Angriffe auf Nachbarstaaten seit 1939 oder die Kuwait-Invasion des Irak im Jahre 1990 sowohl eine Aggressionshandlung also auch ein -verbrechen darstellten, gilt das (wohl) nicht für die US-geführte Invasion des Irak in 2003, weil es sich dabei zwar um eine rechtswidrige Aggressionshandlung handelte,⁵⁹ (wohl) aber nicht um ein Aggressionsverbrechen, weil die von einer beachtlichen wissenschaftlichen Mindermeinung vertretene Rechtfertigung der Invasion, insbesondere auf der Grundlage der UN-Sicherheitsratsresolution 678, der Chartaverletzung das Merkmal der „Offensichtlichkeit“ („manifest violation“) nahm.⁶⁰ Immerhin zeigen diese feinen, sicher nicht alle Leser überzeugenden Un-

terschiede, dass der Schwellenklausel eine große Ungenauigkeit immanent ist. Diese kann man zwar, wie oben ausgeführt, kaum aus sich heraus verringern, man hätte aber mit dem oben erwähnten alternativen subjektiven Erfordernis – trotz der damit einhergehenden Beweisprobleme⁶¹ – eine zusätzliche Schwelle in Art. 8^{bis} einführen können.⁶² Das würde Entscheidungen in Grenzfällen erleichtern, weil statt einem (objektiven) zwei (ein objektives und subjektives) Abgrenzungskriterien zur Verfügung stünden. So würde etwa bei einer humanitären Intervention das subjektive Abgrenzungskriterium eine Strafbarkeit eindeutiger ausschließen als ein nur objektives, weil der Kern einer derartigen Intervention in ihrem humanitären Zweck besteht, jedenfalls wenn die beteiligten Staaten zu diesem Zweck handeln.⁶³ Sogar im umstritteneren Fall der Irak-Invasion würde das subjektive Kriterium die objektive Ablehnung eines Aggressionsverbrechens bestätigen, denn es kann schwerlich argumentiert werden kann, dass die von den USA angeführte Koalition mit einem speziellen animus aggressionis mit Blick auf eine langfristige Okkupation des Irak gehandelt hat.⁶⁴

b) Aggressionsverbrechen und GV-Resolution 3314

Das Zusammenspiel der Abs. 1 und 2 von Art. 8^{bis} – Abs. 2 als primäre, das Verbot enthaltene Verhaltensnorm und Abs. 1 als sekundäre Sanktionsnorm⁶⁵ – ist Konsequenz der schon erwähnten Doppelnatur des Aggressionsverbrechens und beweist, dass sich die SWGCA dieser Doppelnatur bewusst gewesen ist.⁶⁶ Dies führt, wie oben bereits ausgeführt,⁶⁷

(Fn. 5), S. 28, 39. Besonders kritisch zu diesem Begriff *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 326.

⁵⁵ S.o. Fn. 19 und Haupttext.

⁵⁶ S.o. Fn. 18 und 19. Während Art. 8^{bis} Abs. 1 „character, gravity and scale“ gleichbehandeln, konzentriert sich understanding 6 auf die „gravity“. Wenn auch des Weiteren ein wörtliches Verständnis des Art. 8^{bis} Abs. 1 nahelegt, dass die drei Kriterien kumulativ vorliegen müssen („und“), so suggeriert doch der zweite Satz von understanding 7, dass zwei Kriterien genügen würden (zur ersten Lesart *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 [748 rechte Sp.]). Zudem spricht understanding 7 von einer „manifest determination“, aber Art. 8^{bis} Abs. 1 von einer „manifest violation“; zwar ist der Bezug klar, doch ist unklar, wie die drei Kriterien zu einer Qualifikation einer Verletzung als „manifest“ beitragen können (für eine gute Kritik siehe *Heinsch*, GoJIL 2 [2010], 713 [728 f.]; krit. auch *Scheffer*, LJIL 24 [2011], erscheint demnächst).

⁵⁷ Vgl. *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1142); aus prinzipiellen Gründen auch dafür *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 73; *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 321; im Ergebnis ebenso *Scheffer*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 397 (400, 409); *Kemp* (Fn. 1), S. 234, 243, 249.

⁵⁸ Siehe *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1124, 1127); *Murphy*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 341 (361 ff.).

⁵⁹ Siehe *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (313 ff., 331) m.w.N.; siehe auch *Ambos/Arnold* (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, 2003, passim.

⁶⁰ *Kreß*, ZStW 115 (2003), 294 (331); s. auch *Ambos* (Fn. 36), S. 680 f.; krit. *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1123).

⁶¹ Siehe schon *Ambos* (Fn. 36), S. 681 f.; s. auch *Solera* (Fn. 1), S. 428 ff.

⁶² Für dieses subjektive Element als den „determinant factor“ *Solera* (Fn. 1), S. 415, 423 ff.; für einen „special intent“ (bezüglich der Verschwörung) *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 260 ff.

⁶³ In diesem Sinne *Kreß*, EJIL 20 (2009), 1129 (1141), für den im Falle einer humanitären Intervention „a specific collective intent [...] is conspicuously absent“. Im Ergebnis ebenso *Solera* (Fn. 1), S. 461 ff. bezüglich der humanitären Intervention der NATO gegen Jugoslawia zugunsten Kosovo (S. 462: „difficult to assert that NATO acted with the specific animus aggressionis [...]“; „difficulty of establishing an aggressive intent“); *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 294 f. hält das mens rea-Element als am schwierigsten zu beweisen.

⁶⁴ S. schon *Ambos* (Fn. 36), S. 681. Der kürzlich erfolgte Abzug von US-Truppen aus dem Irak bestätigt diese Sichtweise (siehe <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-11020270> [zugegriffen am 4.11.2010], 19.8.2010, „Last US combat brigade exits Iraq“). Laut *Solera* (Fn. 1), S. 477 ff., 500 „the Iraq case illustrates the difficulties of establishing the mental element [...] when various defenses can be introduced to justify action“.

⁶⁵ Für zwei unterschiedliche rechtliche Regelungen *Cassese* (Fn. 25), S. 155 ff.

⁶⁶ Es ist deshalb nicht verständlich, dass *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (79 in Fn. 49) sagt, dass die „SWGCA ignored this distinction“.

⁶⁷ S.o. Fn. 35 und Haupttext.

zu der weiteren Konsequenz, dass Abs. 2 nicht isoliert und losgelöst von Abs. 1 ausgelegt werden darf. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kombinierte Annahme der Art. 1 und 3 von Resolution 3314 – statt eine neue, autonome Definition einer Aggressionshandlung zu entwickeln⁶⁸ – durchaus umstritten und für viele Delegationen nur wegen der strengen Schwellenklausel akzeptabel war.⁶⁹ Letztlich stützte man sich auf Resolution 3314 schon aus dem profanen Grund, dass sie nun einmal „da war“, aber auch aus dem Sachgrund, dass sie im Bereich der Aggression die einzige völkerrechtliche Vorschrift von Rang darstellt.⁷⁰ Freilich darf nicht übersehen werden, dass Resolution 3314 nicht zu strafrechtlichen Zwecken, sondern lediglich als Hilfsmittel für den UN-Sicherheitsrat zur Bestimmung einer Aggressionshandlung i.S.v. Art. 39 UNS mit Blick auf die daraus folgenden Befugnisse des Kapitels VII entworfen wurde.⁷¹ Infolgedessen setzt die Resolution „Aggression“ mit „Gewaltanwendung“ gleich⁷² und ihre Art. 2 und 4 geben dem Sicherheitsrat spezielle Definitionsbefugnisse, die mit dem selbstbezüglichen, autonomen Strafrechtssystem des Rom-Statuts nicht vereinbar sind, darf danach doch etwa, entsprechend dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 22-24), strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht rückwirkend begründet und müssen strafrechtliche Tatbestandsmerkmale streng ausgelegt werden.⁷³ Deshalb kann auch die in Art. 8^{bis} Abs. 2 enthaltene Liste von Aggressionshandlungen weder offen noch „halb offen“ („semi-open“), sondern nur abschließend verstanden werden.⁷⁴ Eine „halb offene“ Interpretation – im Sinne des Einschlusses weiterer Handlungen, die zwar nicht aufgeführt sind, aber irgendwie unter die explizit genannten Handlungen

subsumiert werden können⁷⁵ – wäre nur dann mit dem Legalitätsprinzip vereinbar, wenn Art. 8^{bis} Abs. 2 eine solche Erweiterung vorsehen würde, indem er sich beispielsweise (wie Art. 7 Abs. 1 lit. k) auf andere ähnliche Taten bezöge. Doch selbst eine derartige Interpretation wäre mit einer strengen Lesart des *lex certa*-Elements des Legalitätsprinzips, will man dieser denn auch im Völkerstrafrecht Geltung verschaffen,⁷⁶ nur schwer in Einklang zu bringen. Abgesehen davon enthält die gegenwärtige Liste des Abs. 2 mehrere Handlungsformen, die noch nicht einmal eine Gewaltanwendung *stricto sensu* erfordern, etwa lit. c und e, und die deshalb deutlich unter der von Art. 8^{bis} Abs. 1 geforderten Mindestschwelle liegen.⁷⁷ Aus strafrechtlicher Sicht vermengen zudem die lit. f und g die eigentliche Gewaltanwendung im Sinne einer Täterschaft („perpetration“) mit der Beihilfe („assistance“) zu einer Gewaltanwendung durch einen anderen Staat (lit. f) oder durch nichtstaatliche Akteure (lit. g).⁷⁸ Last but not least ist das in Art. 2 der Resolution 3314 enthaltene „first strike“-Prinzip nur ein möglicher Test zur Identifizierung eines Aggressorstaats und es trägt präventiven Reaktionen auf unmittelbar bevorstehende Bedrohungen durch Langstreckenwaffen nicht hinreichend Rechnung.⁷⁹

Während die meisten dieser Mängel auf strafrechtlicher Ebene aufgrund der Schwellenklausel oder einer restriktiven Auslegung durch den Gerichtshof wohl kaum je relevant werden, bringt der Bezug zu Resolution 3314 das grundlegendere Problem mit sich, dass die Aggressionsdefinition damit als ausschließlich staatszentriert⁸⁰ verstanden wird und daher moderne Formen der von nichtstaatlichen Akteuren in asymmetrischen Konflikten⁸¹ durchgeführten Aggressions-

⁶⁸ Siehe SWGCA, June 2005 Report, discussion paper 3, Nr. 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 196. Siehe ferner in: Barriga u.a. (Fn. 5), Nr. 2 zu den verschiedenen Bezeichnungen (use of force, armed attack, use of armed force), die als Alternative zur „Aggressionshandlung“ diskutiert wurden.

⁶⁹ Siehe Barriga (Fn. 43), S. 9 f.; Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1136).

⁷⁰ S. etwa Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (79): „[...] recurring presence in subsequent efforts to define aggression [...]“; diesen Grund befürwortend Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (725 f.); für eine instruktive Kritik der Resolution s. Weisbord, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009-2010), 1 (21 ff.).

⁷¹ Siehe Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (79); Wilmshurst (Fn. 1), S. 326; Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (723).

⁷² Krit. Murphy, EJIL 20 (2009) 1147 (1151).

⁷³ Siehe auch Barriga (Fn. 43), S. 12.

⁷⁴ Zur Debatte in der SWGCA, November 2006 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 140; SWGCA, June 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 117 f.; SWGCA, December 2007 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 102 f.; SWGCA, June 2008 Report, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 89 f. S. auch Barriga (Fn. 43), S. 10 f. Die Elements liefern keine Klarstellung, zumal sie nur wiederholen, dass „any of the acts [...] qualify as an act of aggression“ (Fn. 20; Introduction Nr. 1).

⁷⁵ Siehe Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137); Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1105); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (696).

⁷⁶ Gegen eine solch strenge Lesart augenscheinlich Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137), der noch nicht einmal eine „similar acts“-Klausel, wie in Art. 7 Abs. 1 lit. k enthalten, voraussetzt. Ohne eine derartige Klausel würde die Erweiterung der Liste allerdings von vornherein gegen die *lex praevia* verstoßen. Jedenfalls liegt Kreß richtig damit, dass das Legalitätsprinzip im Völkerstrafrecht nicht eindeutig definiert ist und insbesondere die *lex certa* Komponente weitgehend ignoriert wurde, siehe Ambos, in: Haveman/Olusanya (Hrsg.), Sentencing and sanctioning in supranational criminal law, 2006, S. 17 (S. 23 ff.). Für einen flexibleren Ansatz Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (724 f., 742). Viel zu ungenau ist allerdings Scheffers Vorschlag (Case W. Res. J. Int'l L. 41 [2009], 397 [409]) wonach die „elements of the crime of aggression shall draw [sic!], inter alia [sic!], from Art. 2 and 3“ der Resolution 3314.

⁷⁷ Vgl. Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137).

⁷⁸ Vgl. Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1121); zust. Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1137).

⁷⁹ Siehe zur Diskussion May (Fn. 29 – Aggression), S. 21, 81 ff., 90 ff., 217 ff., der für ein stärkeres normatives Verständnis eines Erstschlages als „first wrong“ plädiert.

⁸⁰ In diesem Sinne Solera (Fn. 1), S. 416 ff., insb. 418.

⁸¹ Diese sind dadurch charakterisiert, dass sich die beteiligten Privaten (de facto Kombattanten, irreguläre Kämpfer) nicht

handlungen nicht erfassen kann.⁸² Während eine traditionell staatsorientierte Sichtweise eine solche Ausdehnung des Verbrechens ratione personae bestreitet,⁸³ suggeriert der menschen-(rechts-)orientierte Ansatz des Völkerstrafrechts mit seiner Fokussierung auf individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit eindringlich die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure.⁸⁴ Das Wesen des Aggressionsverbrechens wird weniger von dem handelnden Subjekt als dem Unrechtsgehalt der Tat bestimmt. Dies führt uns zurück zu dem bereits kritisierten prinzipienlosen Ansatz der Delegierten⁸⁵, der eine gründlichere und grundlegendere Befassung mit den von einem modernen Aggressionsverbrechen zu schützenden Interessen und Werte verhinderte. In Abhängigkeit von dem Ergebnis entsprechender Überlegungen müsste die Verbrechensdefinition enger oder weiter formuliert werden; in letzterem Falle über den staatszentrierten Ansatz des Nürnberger Rechts und der Resolution 3314 hinaus gehend. Damit soll nicht gesagt werden, dass es keine Gründe zur Verteidigung eines staatszentrierten Ansatzes gibt (beispielsweise das Argument der Aufrechterhaltung der bestehenden, auf Staaten gründenden völkerrechtlichen Ordnung)⁸⁶, aber eine solche Verteidigung muss eben über den bloß formalen Rückgriff auf existierendes Völkerrecht hinausgehen. Jedenfalls ist es nach dem nun geltenden Recht kaum möglich, in Art. 8^{bis} Abs. 2 auch nichtstaatliche Aggressionshandlungen hineinzulesen. Jede Erweiterung der Liste, insbesondere im Wege der Analogie,⁸⁷ gerät in Widerspruch zum Legalitätsprinzip. Davon abgesehen würde sich damit die staatszentrierte Natur der Definition nicht erledigen, folgt diese doch schon aus dem ersten Satz von Art. 8^{bis} Abs. 2, wenn dort auf die „armed force by a State“ Bezug genommen wird. Auch ein wei-

tes Verständnis des Begriffs „bewaffnet“ würde – falls überhaupt vereinbar mit dem Legalitätsprinzip – daran nichts ändern, denn damit könnten allenfalls weitere staatliche Angriffe miteinbezogen werden, z.B. solche über das Internet (cyber attacks).⁸⁸

c) Der Sonderdeliktscharakter des Verbrechens und die Beschränkung auf Führungspersonen

Der Charakter der Aggression als Führungsverbrechen ist schon lange anerkannt.⁸⁹ Er ist im Grunde eine Konsequenz der Natur des Aggressionsverbrechens als staatliches Verbrechen, das nur von der/den Führungsperson/-en des Aggressorstaats im kollektiven Zusammenwirken erfüllt werden kann.⁹⁰ Art. 8^{bis} Abs. 1 trägt dem durch die Beschränkung auf Täter Rechnung, die sich „in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State“ befinden. Diese „leadership clause“ beantwortet aber nicht die Frage, wer genau dem Führungszirkel zuzuordnen ist, wer also als intraneus anzusehen ist, und wie mit einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personen außerhalb dieses Zirkels (extranei) zu verfahren ist. Intraneus ist nach der in Art. 8^{bis} Abs. 1 genannten Definition, wer die effektive Kontrolle über die Leitung der politischen oder militärischen Aktivitäten des Staates ausübt. Dies ist nicht per se – im Sinne eines bloß formalen Status – auf politische Führungspersonen und/oder Mitglieder der Regierung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die wirtschaftlichen oder religiösen Funktionseliten.⁹¹ Obwohl das Erfordernis einer effektiven Kontrolle strenger ist als das Nürnberger Kriterium einer Möglichkeit „Politik zu formen oder zu beeinflussen“ („shape or influence policy“),⁹² ist dieser Rück-

an das humanitäre Völkerrecht, insbesondere den Unterscheidungsgrundsatz, halten und damit für die gegnerischen Kombattanten nicht erkennbar sind (zur Terminologie *Ambos*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 6/2, 2009, Vor §§ 8-12 VStGB Rn. 39 f.; *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Aufl. 2010, § 56 Rn. 21).

⁸² Siehe zu einer insoweit instruktiven Analyse *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (23 ff.); *Drumbl* (Fn. 29), S. 305; s. auch *May* (Fn. 29 – Aggression), mit dem Vorschlag, nichtstaatliche Akteure wie Staaten zu behandeln, wenn sie wie Staaten handeln (S. 298), wobei dies bei terroristischen Gruppen gelten soll (S. 308 ff.).

⁸³ Vgl. *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 318 f.

⁸⁴ Vgl. *Cassese* (Fn. 25), S. 157. Siehe auch das „Protocol of Non-Aggression and Mutual Defense in the Great Lakes Region“, 30.11.2006, worin Aggression als stets gegen die territoriale Integrität eines Staates gerichtetes Delikt auf „an armed group“ als nichtstaatlicher Akteur ausgeweitet wird (Art. 1 Abs. 2).

⁸⁵ Siehe oben Fn. 29 und Haupttext.

⁸⁶ Die Anerkennung von nichtstaatlichen Akteuren als eine rechtliche Kategorie stört diese Ordnung; siehe ähnlich *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 298.

⁸⁷ Siehe *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (40), der jedoch den Widerspruch mit Art. 22 Abs. 2 sieht.

⁸⁸ Siehe zu dieser Interpretation *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (40 f.).

⁸⁹ Siehe *Ambos* (Fn. 36), S. 677 m.w.N. in Fn. 38. Zu dem frühen Konsens zu dieser Frage in der SWGCA, June 2006 Report, para. 88, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 154; siehe auch *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int'l L. 20 (2009/2010), 1 (43); *Clark* (Fn. 10), S. 718 f.; *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 11, 14, 16; *Cassese* (Fn. 25), S. 159; *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 318; *Kemp* (Fn. 1), S. 236 f.

⁹⁰ Daher impliziert das Führungserfordernis nicht das einsame Verhalten eines „dictateur absolu“ (irreführend insofern *Condorelli*, in: *Politi/Nesi* [Fn. 9], S. 151 [S. 157]). Für eine interessante Diskussion des sich aus der staatlichen und individuellen Natur des Aggressionsverbrechens ergebende „conceptual puzzle“ *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 229 ff., 232.

⁹¹ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 8; *Clark*, EJIL 20 (2009), 1103 (1105); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (748 rechte Sp.); früher bereits *Kemp* (Fn. 1), S. 251. Siehe auch SWGCA, Februar 2009 Report, para. 25, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 54. Für ein restriktiveres Verständnis anscheinend *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (722 f.) unter Bezugnahme auf politische und militärische Führungspersonen (siehe aber unten, Fn. 96).

⁹² Siehe SWGCA, June 2007 Report, para. 12 mit Fn. 5 (Bezug nehmend auf das Nürnberger Case-Law), in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 111. Siehe auch SWGCA, December 2007 Report, para. 9 (in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 100) und SWGCA, June

schritt („retreat“) gegenüber Nürnberg⁹³ gerechtfertigt, da der dort verwendete Maßstab – ähnlich wie das Kriterium einer „major role“⁹⁴ – gerade in Demokratien die Haftung zu weit ausdehnen würde.⁹⁵ Strafrechtliche Verantwortlichkeit erfordert mehr als bloßen Einfluss, nämlich eine effektive Kontrolle über aggressive Politik. Im Ergebnis werden auch mit diesem Kriterium nichtpolitische Funktionsebenen erfasst, sofern sie eben hinreichende effektive Kontrolle haben;⁹⁶ und für einige ist diese Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf Personen unterhalb des unmittelbaren Führungszirkels zu weitgehend.⁹⁷ In der Tat zeigt die Nürnberger Strafverfolgung von Spitzenpolitikern, hochrangigen Militärs und Industriellen die Schwierigkeiten der Aburteilung gerade solcher Personen, die sich knapp unterhalb der tatsächlichen Führungsebene eines kriminellen Regimes befinden, jedenfalls wenn man ihre *persönliche* Verantwortlichkeit, insbesondere in subjektiver Hinsicht, nachweisen will.⁹⁸

Was nun die Verantwortlichkeit der extranei angeht, so hängt diese davon ab, inwieweit man das Führungserfordernis in die in Art. 25 Abs. 3 vorgesehenen Beteiligungsformen hineinreichen lässt.⁹⁹ Insoweit überzeugt zunächst die Ent-

2006 Report, para. 88, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 154: „ability to influence policy“.

⁹³ Siehe *Heller*, EJIL 18 (2007), 477 (478 f.), wonach der Ansatz der SWGCA restriktiver sei als der des „shape or influence“, welcher im Nürnberger Recht vorherrschend gewesen sei. Zust. *Wilmschurst* (Fn. 1), S. 319. Krit. auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 316.

⁹⁴ SWGCA, June 2004 Report, para. 44, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 204.

⁹⁵ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 8. Zu ungenau auch *Scheffers* Vorschlag (Fn. 57), S. 404, 409, wonach effektive Kontrolle und Leitung nur „in whole or substantial part“ erforderlich sei.

⁹⁶ Siehe auch SWGCA, June 2004 Report, para. 49, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205 („broad enough to encompass most influential leaders.“). Ähnlich *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (723), der auf den Einfluss auf die Politik abstellt; *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (748 rechte Sp.). Die Reichweite der Verantwortlichkeit hängt natürlich von dem Verständnis von „business“ oder „religious leader“ ab; zu einer Definition jenes s. *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (852).

⁹⁷ Krit. beispielsweise *Glennon*, YJIL 35 (2010), 71 (99 f.).

⁹⁸ Vgl. *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 153 ff., 165 ff., 185 ff. der überzeugend anhand der Fälle von Karl Dönitz und Erich Raeder (angeklagt vor dem IMG im Verfahren gegen die Hauptkriegsverbrecher), Ernst von Weizsäcker (Wilhelmstrassen-Prozess) und Alfred Krupp und Karl Krauch (Krupp/IG Farben-Fälle) nachweist, wie schwierig es ist, Personen abzuurteilen, die der Führungsriege zwar nahestehen, ihr jedoch nicht unmittelbar angehören.

⁹⁹ Tatsächlich folgt Art. 25 Abs. 3 dem österreichischen und schwedischen Modell funktioneller Einheitstäterschaft, indem er zumindest begrifflich zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen bereits auf der Zurechnungsebene und nicht nur erst auf der Ebene der Strafzumessung unterscheidet, s. *Ambos*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute

scheidung der SWGCA, Art. 25 prinzipiell (im Sinne einer sog. „differenzierten“ Lösung) auf das Aggressionsverbrechen anzuwenden, vor allem aus systematischen Gründen, weil sie der generellen Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des IStGH-Statuts auf alle Verbrechen entspricht;¹⁰⁰ allerdings wird der Effekt dieser Lösung durch die Ausweitung der Führungsklausel auf Art. 25 Abs. 3 mittels Einfügung des Unterabsatzes 3^{bis101} auf praktisch Null reduziert, weil damit alle extranei von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Eine uneingeschränkt „differenzierte“ Lösung würde bedeuten, dass extranei als „einfache“ Teilnehmer eines Aggressionsverbrechens verantwortlich sein könnten. Demnach müsste sich beispielsweise der Beamte, der den Plan für die Invasion erstellt, ohne zum unmittelbaren Führungszirkel zu gehören, wegen Beihilfe zum Verbrechen gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. c, 8^{bis} verantworten.¹⁰² Der der angreifenden Armee angehörende Soldat könnte direkter Täter des Verbrechens nach Art. 25 Abs. 3 lit. a, 8^{bis} sein. Demgegenüber bewirkt Art. 25 Abs. 3^{bis} mit seiner Beschränkung der Anwendung der Beteiligungsformen des Art. 25 ausschließlich auf intranei eine umfassende Strafflosigkeit für extranei, jedenfalls soweit es um die Verantwortlichkeit für die Beteiligung an einem Aggressionsverbrechen geht.¹⁰³ War dies auch eine bewusste politische Entscheidung¹⁰⁴ (die in Verbindung mit der Entscheidung zugunsten der „differenzierten“ Lösung zu sehen

of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 25 Rn. 2. Zu einem interessanten begrifflichen Vorschlag nun *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (856) mit Fn. 19: „differentiating model with uniform (unified) range of punishment“.

¹⁰⁰ Zu dem entsprechenden Disput zwischen den sog. „monistischen“ („monistic“) und „differenzierten“ („differentiated“) Ansätzen s. insb. SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 184 (S. 190). Siehe auch hinsichtlich der manchmal verwirrenden Diskussion SWGCA, June 2006 Report, paras. 84 ff. und Appendix III item 1, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 153 f., 161; SWGCA, January 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 131 f.; SWGCA, June 2007 Report, paras. 5 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 109 f.; SWGCA, December 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100. Zu einer Zusammenfassung der Diskussion siehe *Barriga* (Fn. 43), S. 7; *Clark* (Fn. 10), S. 719; *Kemp* (Fn. 1), S. 212 ff.; *Weisbord*, HILJ 49 (2008), 161 (191 ff.).

¹⁰¹ Oben Fn. 15 und Haupttext.

¹⁰² Siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 8 (Verantwortlichkeit des persönlichen Assistenten des Führers).

¹⁰³ Krit. auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 314, nach dem die kombinierte Wirkung von Art. 8^{bis} Abs. 1 und Art. 25 Abs. 3^{bis} „bestows collective innocence on all involved in aggressive war below the levels of the state political and military elite“.

¹⁰⁴ Einige Delegierte wollten die Beteiligung am Aggressionsverbrechen weitestmöglich beschränken (siehe zum Beispiel SWGCA, June 2007 Report, para. 11, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 110, wo gesagt wird, dass eine vorbehaltlose Anwendung des Art. 25 Abs. 3 den Führungscharakter des Verbrechens untergraben („undermine“) könnte; siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 7 f.

ist)¹⁰⁵, so ist die daraus folgende Konsequenz einer umfassenden Strafflosigkeit all jener, die nicht dem unmittelbaren Führungszirkel angehören, durchaus fragwürdig und wird gewiss eine Menge Kritik auslösen.

Überdies stellt sich die Frage, ob das Konzept eines Führungszirkels, das auf einem weberianischen, preußischen Organisationsmodell mit klarer Hierarchie und Befehlskette gründet¹⁰⁶ und in diesem Sinne ebenso staatszentriert ist wie das insoweit bereits oben kritisierte Konzept der Aggressionshandlung,¹⁰⁷ flexibel genug interpretiert werden kann, um auch moderne post-bürokratische Führungsstrukturen nicht-staatlicher Akteure (paramilitärische Milizen, Terroristen) zu erfassen.¹⁰⁸ Dies wäre wohl nur dann der Fall, wenn man das Kriterium der effektiven Kontrolle weit auslegen und in das Element der Leitung („[...] or to direct [...]“)¹⁰⁹ eine Art maßgeblichen Einfluss hineinlesen würden,¹⁰⁹ wobei natürlich auch insoweit wieder die Grenzen des Legalitätsprinzips zu beachten sind und vor allem auch der Wille der Verfasser, die Verantwortlichkeit durch das Führungserfordernis zu beschränken, nicht überspielt werden darf. Wie dem auch sei: Es führt kein Weg daran vorbei, dass die Beteiligungsformen des Art. 25 Abs. 3 nur auf Führungspersonen anwendbar

¹⁰⁵ Die Kombination der differenzierten Lösung mit der Übertragung des Führungserfordernisses auf Art. 25 Abs. 3 wurde bereits diskutiert beim SWGCA June 2004 Meeting, s. SWGCA, June 2004 Report, paras. 52 f., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205 f. Siehe auch SWGCA, June 2005 Report, para. 19 ff. und Discussion paper 1, sect. A. I. 2., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 169 ff., 185.

¹⁰⁶ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III), 1922, S. 650 ff. = Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III), 5. rev. Aufl. 1980, S. 551 ff. Zu diesen Ursprüngen Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (44 ff.), der das klassische Konzept der Führerschaft wie folgt beschreibt: „an individual holding high office or a high top position within a complex bureaucracy, exercising formal and effective control over the political or military action of a state“.

¹⁰⁷ Siehe oben Fn. 82 und Haupttext.

¹⁰⁸ Krit. Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (46 ff.), wonach das Nürnberger Führungskonzept „is not a sociologically accurate description of leadership within Al Qaeda and the vast number of aggressive organizations emerging today“ und das Konzept der effektiven Kontrolle „does not go far enough to capture the leaders of post-bureaucratic organizations“. Siehe auch *Drumbl* (Fn. 29), S. 316, der argumentiert, dass „the decentralized and fragmented groups that pose major security threats today do not proceed in the highly organized and hierarchical lines of the Wehrmacht or Imperial Army and, accordingly, an absolute leadership requirement may not square so cleanly with fighters whose call to arms is not animated by a strict sense of national obligation but, rather, in some cases by a more independent assertion of agency“.

¹⁰⁹ Siehe Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (47 ff.).

sind,¹¹⁰ d.h., es geht um ihre Verantwortlichkeit als unmittelbare, mittelbare oder Mittäter (lit. a)¹¹¹ für das Anordnen oder Veranlassen (beide lit. b) oder für jede Form der Beihilfe (lit. c). Demgegenüber erscheint eine Verantwortlichkeit für einen Beitrag zu einem Aggressionsverbrechen durch eine Führungsgruppe (lit. d) nicht von praktischer Relevanz, weil ja eine Führungsperson regelmäßig der kriminellen Gruppe, die derartige Verbrechen begeht, angehört wird. Die Versuchsverantwortlichkeit (lit. f) besitzt ebenfalls nur geringe praktische Bedeutung. Schließlich ist eine Vorgesetztenverantwortlichkeit (superior responsibility) i.S.v. Art. 28, welche durchaus in der SWGCA diskutiert wurde,¹¹² logisch unmöglich, weil sie auf einer Begehung der „Grundverbrechen“ durch Untergebene beruht; diese können aber gerade wegen des Führungserfordernisses nicht Täter (und auch nicht einmal Teilnehmer) einer Aggression sein.¹¹³

d) Die Tathandlungen und die Kriminalisierung vorbereitender Handlungen

Hinsichtlich der relevanten Tathandlungen übernimmt Art. 8^{bis} Abs. 1 die Nürnberger Vorgaben, lediglich die letzte Tathandlung wird mit „Ausführung“ („execution“) statt „Führen eines Kriegs“ („waging of a war“) umschrieben.¹¹⁴ Somit haben die Verfasser der historischen Kontinuität¹¹⁵ erneut den Vorrang vor der Erneuerung gegeben. In der Sache ist die Kriminalisierung eindeutiger Vorbereitungsakte („planning“, „preparation“) und die damit einhergehende Vorverlagerung des Strafrechts nicht nur aus den wohlbe-

¹¹⁰ Siehe auch SWGCA, June 2004 Report, para. 52, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 205; SWGCA, June 2005 Report, paras. 19 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 169 ff.; SWGCA, January 2007 Report, para. 6, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 132; SWGCA, June 2007 Report, paras. 6 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 110; SWGCA, December 2007 Report, para. 9, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100; SWGCA, June 2008 Report, para. 62, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87; SWGCA, February 2009 Report, para. 25, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 54.

¹¹¹ Trivial insoweit die Feststellung der SWGCA, dass „more than one person may be in a leadership position“, siehe SWGCA, June 2009 Report, para. 15 und Appendix II No. 15, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25, 40; siehe auch die entsprechende Fußnote zu den Elements (Fn. 21).

¹¹² Siehe SWGCA, June 2004 Report, para. 54, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 206; SWGCA, June 2005 Report, paras. 47 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 173; SWGCA, June 2007 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 111; SWGCA, June 2008 Report, paras. 63 ff., in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 87.

¹¹³ Siehe auch Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (57): „nonsensical“; Clark (Fn. 10), S. 720 f.

¹¹⁴ Eine detaillierte Analyse der konzeptionellen Wurzeln und Probleme der Tathandlungen liefert Weisbord, *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 20 (2009/2010), 1 (49 ff.).

¹¹⁵ S. SWGCA, November 2008 Report, para. 29, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 76 („mainly for historical reasons“); siehe auch SWGCA, December 2007 Report, para. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 100.

kannten prinzipiellen Gründen problematisch,¹¹⁶ sondern auch im Hinblick auf den aktuellen Stand des Völker-(gewohnheits-)rechts. Denn dieses unterstützt die Kriminalisierung der Vorbereitung einer Aggression allenfalls, wenn bereits Kampfhandlungen eingeleitet worden sind.¹¹⁷ Daher erfordert die Kriminalisierung von „planning“ und „preparation“, dass die kollektive Aggressionshandlung zumindest eingeleitet („initiated“) wurde, also jedenfalls das Versuchsstadium erreicht hat. Auch verlangt Art. 8^{bis} Abs. 1 hinsichtlich der kollektiven Handlung wohl mehr als einen bloßen Versuch oder eine Bedrohung, denn die Vorschrift bezieht sich auf die tatsächliche „Aggressionshandlung“ unter Außerachtlassung aller Vorbereitungshandlungen, insbesondere der bloßen Androhung der Tatbegehung.¹¹⁸ Dies bestätigen die elements, denn sie verlangen, dass die Aggressionshandlung begangen („committed“) worden sein muss.¹¹⁹

¹¹⁶ Schadensprinzip (harm principle) und Rechtsgutslehre fordern eine tatsächliche Schadensverursachung/Verletzung eines geschützten Rechtsgutes zur Rechtfertigung strafrechtlicher Intervention, vorbereitendes Verhalten schafft jedoch allenfalls bestimmte Risiken oder Gefahren für Rechtsgüter. Vgl. statt vieler jüngst *Puschke*, in: Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, S. 9 (S. 23 f.), der mit Blick auf die potentielle Rechtsgutsverletzung eine strikte Beschränkung der Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen fordert; s. auch *Alexander/Kessler Ferzan*, *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, 2009, S. 289 f., die die Überkriminalisierung kritisieren, also die Bestrafung von „conduct that does not risk harm to any interest the criminal law might wish to protect“ in der Gestalt einer zu frühen Intervention des Strafrechts („only [...] attenuated connection to legally protected interests“) oder seiner „overinclusiveness“. Zu einem dualistischen Ansatz in diesem Sinne siehe die jüngste Resolution des XVIII AIDP International Congress of Penal Law (Istanbul, 20.-27.9.2009), die strenge Voraussetzungen für die Bestrafung vorbereitender Delikte und autonomer Teilnahmetaten fordert, abgedruckt in *ZStW* 122 (2010), 474; s. dazu *Müller*, *ZStW* 122 (2010), 453. Zur allgemeinen Kritik an der „overcriminalization“ *Husak*, *Overcriminalization*, 2008, der interne und externe Beschränkungen fordert (S. 55 ff., 120 ff.) und argumentiert, dass Delikte zur Risikovorbeugung unter bestimmten Umständen akzeptabel seien, weil das Strafrecht auch zur Verminderung eines Schadensrisikos („risk of harm“) herangezogen werden könnte (S. 159 f.).

¹¹⁷ Vgl. *Werle* (Fn. 1), Rn. 1312; siehe auch *Ambos* (Fn. 36), S. 675 mit Hinweisen in Fn. 27.

¹¹⁸ Die Einbeziehung eines „threat“ einer Aggression wurde zunächst in Verbindung mit Versuch diskutiert (s. *SWGCA*, June 2005 Report, para. 39, in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 172; June 2006 Report, paras. 47 ff., in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 147), wurde aber schließlich fallen gelassen (*Clark*, *EJIL* 20 [2009] 1103 [1109]). Siehe auch *Murphy*, *EJIL* 20 (2009), 1147 (1150, 1152; krit.); *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 320; zu den verschiedenen Formen der Drohung *May* (Fn. 29 – Aggression), S. 14.

¹¹⁹ Element 3, RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5.

Wenn dies zutreffend ist, kann eine der in Art. 8^{bis} Abs. 1 enthaltenen individuellen Tathandlungen nur strafrechtlich relevant werden, wenn eine qualifizierte (kollektive) Aggressionshandlung i.S.v. Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 bereits stattgefunden hat. Erscheint diese Auslegung mit Blick auf die generell restriktive Tendenz von Art. 8^{bis} Abs. 1 sinnvoll, so bleibt doch das Problem, dass die ersten drei Tathandlungen („planning“, „preparation“, „initiation“) sich auf Verwirklichungsstufen im Bereich des Versuchs („initiation“) und der Vorbereitung („planning“, „preparation“) beziehen.¹²⁰ Wie aber kann dies mit der allgemeinen Kriminalisierung des (individuellen) Versuchs gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. f, der aufgrund der differenzierten Lösung¹²¹ auch auf Führungspersonen anzuwenden ist (Art. 25 Abs. 3^{bis}), in Einklang gebracht werden? Die Antwort hängt von der genauen Bedeutung dieser drei Tathandlungen mit Blick auf den Versuch i.S.v. Art. 25 Abs. 3 lit. f ab. Wenn man davon ausgeht, dass dieser – „action that commences its execution by means of a substantial step“ – sich auf die Initiierungsphase („initiation“) des tatbestandlichen Aggressionsverhaltens bezieht, während „planning“ und „preparation“ ähnlich einer Verschwörung zu einer früheren, dem Versuch vorausgehenden Phase gehören,¹²² würden nur diese ein Verhalten pönalisieren, das nicht bereits von Art. 25 Abs. 3 lit. f erfasst ist, so dass die separate Erfassung der „initiation“ in Art. 8^{bis} Abs. 1 überflüssig wäre. Dessen ungeachtet führt die Möglichkeit eines Versuches des Aggressionsverbrechens, die nun einmal aus Art. 8^{bis} Abs. 1, 25 Abs. 3 lit. f folgt, dazu, dass versuchte Vorbereitungshandlungen („planning“, „preparation“) und der Versuch des Versuchs kriminalisiert werden („initiation“). Der Sinn einer solchen Überkriminalisierung bleibt im Dunkeln.

Überhaupt stellt sich aus einer prinzipiellen und kriminalpolitischen Perspektive die Frage, ob die durch das neue Völkerstrafrecht der Aggression herbeigeführte Vorverlagerung der Strafbarkeit irgendeinen Sinn macht. Ich habe insofern ernsthafte Zweifel.¹²³ Zunächst ist eine solch prinzipienlose Erweiterung der Strafbarkeit, zumindest hinsichtlich der bloß vorbereitenden Handlungen, aus den genannten prinzipiellen Erwägungen eben nur schwierig zu rechtfertigen (auch wenn eine Aggressionshandlung bereits stattgefunden haben muss).¹²⁴ Wichtiger aber ist, dass eine derartige Überkriminalisierung keine spürbare praktische Wirkung haben wird. In der *SWGCA* selbst wurde darauf hingewiesen, dass

¹²⁰ Zur schwierigen Unterscheidung zwischen Planung und Vorbereitung in der *Rspr.* *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 320.

¹²¹ Oben Fn. 100 und Haupttext.

¹²² Die Debatte in der *SWGCA* über die Beziehung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlungen lässt auf einige Verwirrung schließen, s. z.B. *SWGCA*, June 2006 Report, paras. 45 f., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 147.

¹²³ Für eine „criminalization of the early stages of preparation“, *Cassese* (Fn. 25), S. 161.

¹²⁴ Oben Fn. 116 und Haupttext. Krit. auch *Glennon*, *YJIL* 35 (2010), 71 (98 f.), der argumentiert, dass eine Verantwortlichkeit für „planning“ und „preparation“ deutlich zu weit geht.

der Versuch nur eine geringe praktische Rolle spielt¹²⁵ und dies erst recht für bloß vorbereitende Handlungen gilt. Dies wird durch den empirischen Befund bestätigt, dass der Versuch als eine eigenständige Form der Verantwortlichkeit in völkerstrafrechtlichen Prozessen nie eine Rolle gespielt hat¹²⁶ und nur in den Vorbereitungshandlungen der Nürnberger und Tokioer „crimes against peace“ implizit anerkannt, aber auch insoweit gerichtlich nur als Verschwörung – die Art. 8^{bis} gar nicht vorsieht!¹²⁷ – relevant wurde.¹²⁸ Staatsanwälte und Gerichte greifen denn auch gewöhnlich nur dann auf Vorbereitungshandlungen zurück, wenn die eigentliche Haupttat nicht zur Ausführung oder Vollendung gelangt ist, nicht zuletzt auch wegen der Schwierigkeiten, irgendetwas vor der tatsächlichen Ausführung zu beweisen.¹²⁹ Wenn nun zwar Vorbereitungshandlungen im Falle einer Aggression denkbar erscheinen,¹³⁰ so ist es doch nicht sehr wahrscheinlich, dass es deshalb jemals zu einem Verfahren vor dem IStGH kommt, zeichnet sich doch das Aggressionsverbrechen sowohl in seiner materiellrechtlichen Ausformung als auch bezüglich der Voraussetzungen der Gerichtsbarkeit durch eine restriktive Gesamttendenz aus.

e) Subjektive Voraussetzungen („mental element“)

Insoweit hat die SWGCA schon früh für die Anwendung der allgemeinen Regel des Art. 30 plädiert und daher jegliche Bezugnahme auf die subjektive Seite in der Verbrechensdefinition, sogar bezüglich eines speziellen animus aggressivus,¹³¹ für überflüssig gehalten.¹³² Somit hängen die subjektiven

Anforderungen von der Qualifizierung des jeweiligen objektiven Tatbestandsmerkmals als „Verhalten“, „Folge“ oder „Umstand“ („conduct“, „consequence“, „circumstance“) i.S.v. Art. 30 Abs. 2 lit. a und b und Abs. 3 ab.¹³³ Demnach stellt beispielsweise das Führungserfordernis einen Umstand i.S.v. Art. 30 Abs. 3 dar, sodass der Täter das Bewusstsein hinsichtlich seiner tatsächlichen Position effektiver Kontrolle und Lenkung besitzen muss.¹³⁴ Wie bei den anderen internationalen Verbrechen¹³⁵ stellt die subjektive Tatseite auch bei der Aggression das Bindeglied zwischen dem objektiven Tatbestand und der (kollektiven) Gesamttat, d.h. dem aggressiven Staatshandeln, dar.¹³⁶ Daher muss sich die jeweilige Führungsperson der staatlichen Aggressionshandlung und ihres verbrecherischen Charakters bewusst sein.¹³⁷

Dieses Bewusstsein bezieht sich jedoch alleine auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, es bedarf – ebenso wie bei anderen Verbrechen des IStGH-Statuts¹³⁸ – keiner Rechtskenntnisse, also keines Wissens um die rechtlichen Bedingungen, die eine bestimmte Gewaltanwendung zu einer unrechtmäßigen Aggressionshandlung oder sogar zu einem Aggressionsverbrechen machen.¹³⁹ Bewusstsein verlangt tatsächliches Wissen; „konstruktives Wissen“ oder gar eine grobe Fahrlässigkeit in der Form der „recklessness“ sind

¹²⁵ SWGCA, June 2007 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 111; SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, sect. B. II. 1 b), in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 191 („rather theoretical in nature“, allerdings mit zwei Beispielen, s.u. Fn. 130). Siehe auch Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109: „bizarre case“).

¹²⁶ Vgl. Ambos (Fn. 25), § 7 Rn. 71.

¹²⁷ Siehe Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109); krit. zur Verschwörung May (Fn. 29 – Aggression), S. 198 ff., 254 ff.; dafür Cassese (Fn. 25), S. 161.

¹²⁸ Vgl. Ambos (Fn. 40), S. 101 f. (Nürnberg), S. 136 ff. (Tokyo).

¹²⁹ S. auch Weisbord, HILJ 49 (2008), 161 (190), der auf die Probleme beim Beweis einer versuchten Aggression hinweist.

¹³⁰ S. SWGCA, June 2005 Report, Discussion paper 1, sect. B. II. 1 b), in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 191 (wo eingeräumt wird, dass „cases of attempt remain rather theoretical in nature“, aber das Beispiel eines hochrangigen Staatsbeamten gegeben wird, der an der Vorbereitung einer kollektiven Aggressionshandlung mitwirkt, dann aber von der tatsächlichen Entscheidungsfindung ausgeschlossen wird; und das Beispiel eines hochrangigen Militärs in Führungsposition, der sich anschickte einen wichtigen Befehl im Zuge einer staatlichen Gewaltanwendung zu erlassen, dann aber daran gehindert wird, seine Befehlshandlung zu vollenden); s. auch SWGCA, Discussion paper 3, Nr. 6, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 197 (Versuch „conceivable“).

¹³¹ Siehe oben Fn. 46 ff. und Haupttext.

¹³² SWGCA, June 2004 Report, paras. 55, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 206; SWGCA, June 2005 Report, para. 51, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 174; SWGCA, June 2009 Report, para. 13, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25. Siehe auch Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1109); Solera (Fn. 1), S. 420 f. Allgemein zur Bedeutung der subjektiven Tatseite bei der Aggression May (Fn. 29 – Aggression), S. 180 f., 184, 198 ff., 202, 250 ff., 267.

¹³³ Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nrn. 9-10, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 39.

¹³⁴ SWGCA, June 2009 Report, para. 14 und Appendix II Nr. 14, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 25, 40.

¹³⁵ Vgl. Ambos, in: Vohrah u.a. (Hrsg.), Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Antonio Cassese, 2003, S. 11 (S. 17 f., 26 f., 32 ff).

¹³⁶ Siehe auch May (Fn. 29 – Aggression), S. 234 ff., 238 f., der die Staatsaggression als einen überspannenden („overarching“) Umstand betrachtet (i.S.d. Konzepts einer „contextual circumstance“, das in den IStGH-Verhandlungen diskutiert wurde).

¹³⁷ Siehe Elements 4 und 6, in: RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5.

¹³⁸ Siehe Elements of Crimes, 2.11.2000, PCNICC/2000/1/Add. 2, General Introduction Nr. 4 und die speziellen Elements zu den Verbrechen (siehe insofern Ambos [Fn. 135], S. 15 f.). Die allgemeine Einführung findet auch auf die elements zur Aggression Anwendung, siehe June 2009 SWGCA Report, para. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 24.

¹³⁹ Elements in RC/Res. 6 (Fn. 14), Annex II, S. 5, Introduction Nr. 2 und 4 und Elements 4 und 6. Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, para. 17 und Appendix II Nrn. 6, 19, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 26, 38, 41.

nicht ausreichend.¹⁴⁰ So ist beispielsweise bezüglich der Gewaltanwendung erforderlichlich, dass „the perpetrator knew of facts establishing the inconsistency of the use of force with the Charter of the United Nations“¹⁴¹. Die Beschränkung auf Tatsachen- unter Ausschluss von Rechtskenntnis führt dazu, dass grundsätzlich nur ein Tat-(sachen-)irrtum (Art. 32 Abs. 1) beachtlich, ein Rechtsirrtum (Art. 32 Abs. 2) aber unbeachtlich ist,¹⁴² sofern er nicht (auch) das erforderliche subjektive Tatbestandsmerkmal aufhebt (Art. 32 Abs. 2 S. 2). Dies könnte der Fall sein, wenn der Irrtum sich auf normative Tatbestandsmerkmale bezieht, hier also auf das Merkmal „manifest“ oder die „use of force“.¹⁴³

3. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit

a) Die Überweisungsverfahren („trigger procedures“) und die Rolle des Sicherheitsrates

Im Hinblick auf die primäre, freilich nicht alleinige Befugnis des Sicherheitsrates zur Feststellung einer Aggressionshandlung (Art. 24, 39 UNS)¹⁴⁴ und den Verhandlungsoptionen in Kampala, insbesondere der Möglichkeit einer alleinigen Überweisungsbefugnis des Sicherheitsrates, kann man das Endergebnis insofern als Erfolg bewerten, als die Autonomie des Gerichtshofes gegenüber dem Sicherheitsrat gewahrt

wurde. Dazu war es zunächst nötig, die Verbrechendefinition (Art. 8^{bis}) von den Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit (Art. 15^{bis}, 15^{ter}) abzukoppeln.¹⁴⁵ Wäre dies nicht gelungen, hätte der Sicherheitsrat die Befugnis besessen, die Gerichtsbarkeit über die Definition festzulegen, und dies hätte zu einer inakzeptablen Politisierung und Untergrabung der Autorität des Gerichtshofes geführt.¹⁴⁶ Natürlich kann der Sicherheitsrat wegen Art. 24 UNS nicht daran gehindert werden, eine Aggressionshandlung festzustellen (Art. 15^{bis} Abs. 6-8), doch bindet eine derartige Feststellung eines externen Organs („organ outside the Court“) den Gerichtshof nicht („without prejudice to the Court’s own findings“, Art. 15^{bis} Abs. 9, 15^{ter} Abs. 4) und, was noch wichtiger ist, stellt keine Bedingung der Ausübung der Gerichtsbarkeit dar, denn alle „normalen“ Überweisungsmechanismen (Art. 13) finden Anwendung (Art. 15^{bis} Abs. 1, 15^{ter} Abs. 1);¹⁴⁷ der Sicherheitsrat fungiert also lediglich als eine Art „Gerichtsbarkeitsfilter“ („jurisdictional filter“).¹⁴⁸ Somit ist nicht nur die Unabhängigkeit des Gerichtshofes sichergestellt¹⁴⁹ und dieser bleibt „master of its own decisions“¹⁵⁰, auch die proprio motu-Befugnis des Anklägers (Art. 15)

¹⁴⁰ SWGCA, June 2009 Report, para. 19, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 26; weniger deutlich SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 22, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴¹ SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 20, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴² Siehe auch SWGCA, June 2009 Report, Appendix II Nr. 21, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴³ Vgl. Ambos (Fn. 40), S. 811 ff.; siehe auch Clark (Fn. 10), S. 716 f. Für ein Vorliegen „[P]resumably [...] in certain circumstances“ auch Wilmschurst (Fn. 1), S. 328.

¹⁴⁴ Für eine ausführliche Analyse s. McDougall, ICLR 7 (2007) 277 (281 ff.), die zu dem Ergebnis kommt, „that granting the ICC the jurisdiction to determine independently the existence or occurrence of an act of aggression for the purpose of assessing the State act element of the crime of aggression would not contravene the Charter“ (McDougall, ICLR 7 [2007] 277 [307]). Siehe auch Schaeffer, ICLR 9 (2009), 411 (414), der zu Recht argumentiert, dass „[T]he only exclusivity for the Security Council lies with its power to make binding enforcement measures under Chapter VII“. Zum gleichen Ergebnis kommen Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst]: „rejection of a Security Council monopoly [...] is beyond serious argument“; Reddi, ICLR 8 (2008), 655 (663 f.); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (699 f.); Reisinger-Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (783); Wilmschurst (Fn. 1), S. 329 f.; Gomma (Fn. 25), S. 75; Saeid Mirzaee Yengejeh, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 125 (S. 127 ff.; gute Erörterung); Escarameia, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 133 (S. 139 ff.); dagegen Meron, Suffolk Transnational Law Review 13 (2001), 1 (14) und Glennon, YJIL 35 (2010), 71 (104 ff., 107 f.) die beide, wenn auch mit hauptsächlich politischen Gründen, für eine ausschließliche (uneingeschränkte) Kompetenz des Sicherheitsrates plädieren.

¹⁴⁵ Clark, EJIL 20 (2009), 1103 (1113); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (700). Damit hat die SWGCA die frühere Position der PrepCommis Arbeitsgruppe überwunden (s. Diskussionsdokument Coordinator [Fn. 45], Section I).

¹⁴⁶ Dies ist die allgemeine Ansicht der Literatur, die zudem unabhängig von der grundsätzlichen Position zum Verbrechen der Aggression vertreten wird; siehe einerseits Paulus, EJIL 20 (2009), 1117 (1124 ff.) und andererseits Kreß, EJIL 20 (2009), 1129 (1143 f.); Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (700). Siehe auch Werle (Fn. 1), Rn. 1320; May (Fn. 29 – Aggression), S. 227; Reddi, ICLR 8 (2008), 655 (665 ff.). Siehe ferner Gaja, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 121 (S. 124), wonach die alleinige Abhängigkeit von einer Feststellung des Sicherheitsrates der Aggressionsvorschrift „almost all its meaning“ nehmen würde. McDougall (Fn. 144), S. 307 ff. diskutiert die strategischen Argumente für und gegen eine Überweisung durch den Sicherheitsrat. Krit. zum geltend gemachten Politisierungsargument und gegen jegliche autonome Feststellung durch den IstGH Lehto, in: Politi/Nesi (Fn. 9), S. 145 ff.

¹⁴⁷ Barriga (Fn. 43), S. 12; SWGCA, June 2009 Report, para. 30, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 29. Natürlich beziehen sich die Überweisungsmechanismen auf ein Verbrechen und nicht auf eine bloße Aggressionshandlung (vgl. Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 1). Folglich werden, entgegen der Behauptung Scheffers (Fn. 56), die entsprechende Situationen von Aggressionsverbrechen, nicht von bloßen Aggressionshandlungen überwiesen. Die von ihm diskutierten Probleme können deshalb nicht entstehen. Abgesehen davon ist das Schwellenerfordernis keine Besonderheit des Aggressionsverbrechens, sondern existiert auch in den anderen internationalen Verbrechen in Form der Kontext-Elemente.

¹⁴⁸ Barriga (Fn. 43), S. 12; SWGCA, June 2009 Report, para. 30, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 29.

¹⁴⁹ Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (787).

¹⁵⁰ Clark, GoJIL 2 (2010), 689 (703); ähnlich Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (749).

wurde aufrecht erhalten und sogar verstärkt, weil er nunmehr sogar beim Untätigbleiben des Sicherheitsrats nach sechs Monaten dem Verfahren seinen Fortgang geben kann, sofern die Vorverfahrenskammer ihn dazu ermächtigt („provided that the Pre-Trial Division authorizes the commencement of an investigation“, Art. 15^{bis} Abs. 8). Damit obliegt die Kontrolle des Anklägers, wie auch sonst (Art. 15, 53), alleine der Vorverfahrensabteilung, verbleibt also beim Gerichtshof. Art. 15^{bis} Abs. 8 sieht lediglich einen „verstärkten“ internen Filter („enhanced internal filter“)¹⁵¹ vor, indem nunmehr eben der Vorverfahrensabteilung (Pre-Trial Division) anstelle einer bloßen Vorverfahrenskammer (Pre-Trial Chamber, siehe Art. 15 Abs. 3) die Kontrolle obliegt, also einer Mehrheit der sechs Mitglieder dieser Abteilung (Art. 39 Abs. 1).¹⁵² Natürlich verbleibt dem Sicherheitsrat die Befugnis, gemäß Art. 16 laufende Ermittlungen auszusetzen, doch handelt es sich hierbei um keine Neuerung¹⁵³ und um eine ohnehin bisher kaum zur Anwendung gekommene Vorschrift.¹⁵⁴ Es ist allerdings nicht vollkommen klar, was geschehen wird, wenn der Sicherheitsrat eine negative Feststellung trifft, also eine bestimmte Situation nicht als Aggression qualifiziert. Art. 15^{bis} regelt den Fall nicht ausdrücklich, weil er nur von einer Feststellung („determination“, Abs. 6-9) spricht und sich dabei offensichtlich auf eine positive Feststellung bezieht (dies folgt aus Abs. 6 [„determination of an act of aggression committed“], der die Grundlage der Abs. 7 und 8 bildet [„such (a) determination“]).¹⁵⁵ Infolgedessen muss eine negative Feststellung wie eine Nichtfeststellung i.S.v. Abs. 8 behandelt werden und das dort vorgesehene Verfahren findet Anwendung. In einer derartigen Situation ist es gut vorstellbar, dass der Ankläger und/oder die Vorverfahrensabteilung die negative Feststellung als ein entscheidendes Argument gegen die Fortführung eines Verfahrens betrachten, aber formalrechtlich sind sie dazu nicht verpflichtet (s. Abs. 9: „without prejudice to the Court’s own findings“).¹⁵⁶

¹⁵¹ *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (783) mit Hinweisen in Fn. 166. Laut *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] vervollständigt dieses „specific institutional device“ die materiellrechtliche Schwellenklausel.

¹⁵² *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (665) sieht hier eine Herausforderung für die Organisation des Gerichtshofes; krit. bezüglich des Quorums etc. auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (783 f.).

¹⁵³ Und der auch von alternativen (akademischen) Vorschlägen berücksichtigt wurde, siehe z.B. *McDougall* (Fn. 144), S. 328, 331.

¹⁵⁴ Jedoch nur, um Nichtvertragsstaaten aus der Gerichtsbarkeit des IStGH auszuschließen, siehe Res. 1422 (2002), 1487 (2003) und 1479 (2003); siehe auch *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (751 rechte Sp.).

¹⁵⁵ Mit gleichem Ergebnis *Scheffer*, LJIL 24 (2011), erscheint demnächst.

¹⁵⁶ Krit. *Scheffer*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („yawning gap“), aber sein eigener Vorschlag (*Scheffer*, Case W. Res. J. Int’l L. 41 [2009], 397) befasst sich ebenfalls nicht mit der negativen Feststellung.

Alles in allem trägt der endgültige Kompromiss den widerstreitenden Sichtweisen angemessen Rechnung,¹⁵⁷ nämlich einerseits derjenigen, die nicht auf eine Überweisungskompetenz des Sicherheitsrates verzichten wollte (insbesondere dessen ständigen Mitglieder), und derjenigen, die vor allem die Integrität und Autonomie des Gerichtshofes auf Grundlage der bestehenden Verfahrensregelungen wahren wollte. So wurde das realistische (und zugleich unerwartete)¹⁵⁸ Maximum hinsichtlich der Wahrung der Unabhängigkeit des Gerichtshofes erreicht¹⁵⁹ und zugleich den Bedenken derjenigen Rechnung getragen, die eine (weitere) Politisierung des Gerichtshofes durch eine zu starke Beteiligung des Sicherheitsrates fürchteten.¹⁶⁰

b) Bedingungen der Ausübung der Gerichtsbarkeit und Beschränkungen (Art. 15^{bis} Abs. 4 und 5)

Das Zusammenspiel der Absätze 2 und 3 (Art. 15^{bis} und 15^{ter}) macht die Gerichtsbarkeit des IStGH von zwei kumulativen¹⁶¹ Mechanismen abhängig, deren tatsächliche Wirkung in inhaltlicher und zeitlicher Sicht schwer vorhersehbar ist. Klar

¹⁵⁷ *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (664).

¹⁵⁸ Siehe *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (787), wonach die erreichte Begrenzung der Befugnisse des Sicherheitsrates und die Beibehaltung der Unabhängigkeit des Gerichtshofes „clearly exceeds the expectations“; in diesem Sinne für eine qualifizierte Rolle des Sicherheitsrates bereits *Kemp* (Fn. 1), S. 236, 254.

¹⁵⁹ Vgl. z.B. den Vorschlag von *McDougall* (Fn. 144), S. 328 ff., welcher zu Recht anmerkt, dass „realpolitik may prevent the adoption or successful operation of any model that allows for ICC determination independent of any special role for the Council“. Ähnlich hebt *Schaeffer*, ICLR 9 (2009), 411 (419 ff.) das Erfordernis eines Kompromisses hervor und räumt dem Sicherheitsrat ein Vetorecht ein, das nur von der Generalversammlung aufgehoben werden kann (siehe seinen Vorschlag: *Schaeffer*, ICLR 9 [2009], 411 [421 f.]). Laut *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (749 rechte Sp.) kam die Verabschiedung von Art. 15^{bis} durch Konsens „für viele überraschend“.

¹⁶⁰ Siehe z.B. *Paulus*, EJIL 20 (2009), 1117 (1124 ff.), der vor einer Abhängigkeit vom Sicherheitsrat und einer weiteren Politisierung warnt.

¹⁶¹ Zu den Understandings siehe (Fn. 17) und Haupttext. Understandings 1 und 3 lauten:

„1. It is understood that the Court may exercise jurisdiction on the basis of a Security Council referral in accordance with article 13, paragraph (b), of the Statute only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15^{ter}, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later. [...]

3. It is understood that in case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15^{bis}, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later.“

ist zunächst, dass der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit nicht vor dem 1.1.2017 ausüben können, also nicht bevor nicht die „Mehrheit der Vertragsstaaten“ (d.h. Zweidrittel, dazu sogleich)¹⁶² die nach Abs. 3 erforderliche Entscheidung getroffen hat, selbst wenn die nach Abs. 2 erforderlichen 30 Vertragsstaaten die Änderung bis zum 31.12.2015¹⁶³ angenommen haben, also ein Jahr vor dem in Abs. 3 vorgesehenen Zeitpunkt.¹⁶⁴ Es ist allerdings sehr viel wahrscheinlicher, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit sich weit über den 1.1.2017 hinaus verzögern wird, entweder weil die nach Abs. 3 notwendige Entscheidung Monate oder Jahre später ergeht – Abs. 3 spricht nur von einer Entscheidung, die nach („after“) dem genannten Datum getroffen werden soll – oder weil bis zu diesem Datum nicht mindestens 30 Vertragsstaaten die Änderung angenommen haben.¹⁶⁵ Noch schlimmer könnte es aus Sicht der Befürworter eines Aggressionsverbrechens kommen, wenn die Mehrheit der Vertragsstaaten die in Abs. 3 vorgesehene Entscheidung überhaupt nicht trifft – ein zwar angesichts der derzeitigen Dynamik kein sehr wahrscheinliches Szenario,¹⁶⁶ aber eines, bei dem sich der Kampala-Kompromiss endgültig als bloßer Papiertiger erweisen würde. Aus praktischer Sicht wird die ASP entweder eine neue Überprüfungskonferenz im Jahre 2017 einberufen, sobald die erforderlichen 30 Ratifizierungen wirksam geworden sind (sofern dies erst nach 2017 der Fall ist), oder aber die Annahmeentscheidung selbst treffen.¹⁶⁷ Eine andere Frage ist, ob der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit auch über ein Aggressionsverbrechen ausüben kann, das vor einer Entscheidung nach Abs. 3 begangen wurde, aber nach der Ratifizierung der 30ten Ratifikationsurkunde gemäß Abs. 2. Dies ist zwar mit den *understandings* 1 und 3¹⁶⁸ nicht zu vereinbaren, weil diese eine kumulative Erfüllung der Abs. 2 und 3 verlangen, allerdings ist die Rechtsnatur der *understandings* strittig.¹⁶⁹

Vor diesem Hintergrund scheint es von untergeordneter Bedeutung, aufgrund welcher Vertragsänderungsvorschriften

(Art. 121 ff.) die in Rede stehenden Entscheidungen getroffen werden müssen. Tatsächlich wurde diese eher technische Frage bisher in der akademischen Diskussion weitgehend vernachlässigt. Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 2¹⁷⁰, welcher sich, in einer allerdings nicht unmissverständlichen Ausdrucksweise,¹⁷¹ auf Art. 121 und 123 bezieht, wobei Art. 121 die für Vertragsänderungen relevante Vorschrift darstellt. Gemäß Art. 121 Abs. 3 kann eine Vertragsänderung von der ASP oder einer Überprüfungskonferenz mit einer Zweidrittelmehrheit angenommen („adopted“) werden, wenn ein Konsens nicht erreicht wurde. Freilich verlangt „adoption“ i.S.v. Art. 121 Abs. 3 nur eine einfache Bestätigung durch die Überprüfungskonferenz, um der Vertragsänderung ohne Weiteres volle Wirksamkeit zu verleihen, insbesondere ist ein nationaler Ratifikationsprozess entbehrlich. Ein solches vereinfachtes Verfahren erscheint vertretbar für Vertragsänderungen institutioneller Natur gemäß Art. 122, nicht aber für eine substantielle Vertragsänderung zur Schaffung eines verfolgbaren Verbrechens, welches schwerlich von den Vertragsstaaten ohne einen innerstaatlichen Bestätigungsakt akzeptiert werden wird (selbst wenn seine Grundlage bereits in Rom mit Art. 5 Abs. 2 gelegt wurde und diese Form „automatischer“ Verabschiedung mit der automatischen Gerichtsbarkeit des Art. 12 Abs. 1 im Einklang zu stehen scheint).¹⁷² Daher verlangt „adopted“ bei Art. 5 Abs. 2 mehr als eine „adoption“ bei Art. 121 Abs. 3, nämlich ein qualifiziertes Annahmeverfahren, das über eine bloße Bestätigung i.S.d. Art. 121 Abs. 3 hinausgeht.¹⁷³ Während die „gleiche Mehrheit von Vertragsstaaten“ in Art. 15^{bis} Abs. 3, 15^{ter} Abs. 3 sich auf die Zweidrittelmehrheit der Vertragsstaaten in Art. 121 Abs. 3 bezieht (Art. 15^{bis} Abs. 3, 15^{ter} Abs. 3 verlangen nur eine „Entscheidung“, „decision“),¹⁷⁴ setzen Art. 15^{bis} Abs. 2, 15^{ter} Abs. 2 eine individuelle Ratifikation der Vertragsstaaten voraus, um das erwähnte qualifizierte Annahmeverfahren zu gewährleisten. Dies muss zusammen mit Abs. 1

¹⁶² S.u. Fn. 174.

¹⁶³ Sogar dies ist nicht unumstritten, siehe *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010) 745 (771).

¹⁶⁴ *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (666) hält dies für „quite likely“.

¹⁶⁵ Siehe auch *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (665): „it will take quite some time [...]“; anscheinend optimistischer *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („taken not too long after 1 January 2017“).

¹⁶⁶ Siehe auch *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („generally expected that it is wish of the overwhelming majority of the States Parties to activate this jurisdiction [...]“).

¹⁶⁷ *Clark*, email an den *Autor*, 28.8.2010.

¹⁶⁸ Zu den *Understandings* s.o. Fn. 17 mit Haupttext sowie Fn. 161 mit Haupttext.

¹⁶⁹ Siehe zu diesem Punkt *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (752), die einen Widerspruch zwischen Art. 15^{bis} Abs. 2 und Abs. 3 und diesen *Understandings* nachweist. Allgemein zu der umstrittenen Rechtsnatur der *Understandings* *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (729 f.).

¹⁷⁰ Zu dessen mehrdeutigem („ambiguous“) Wortlaut *McDougall*, ICLR 7 (2007), 277 (280).

¹⁷¹ Siehe auch *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („fraught with very considerable ambiguity“).

¹⁷² Siehe auch die Präambel der Kampala Resolution 6, „recalling“ Art. 12 Abs. 1 und 5 Abs. 2 des Rom Statuts.

¹⁷³ Siehe Erörterung bei *Clark*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 413 (416 ff.); *Clark*, EJIL 20 (2009), 1103 (1114 f.); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (764 f.); siehe auch SWGCA, June 2005 Report, paras. 5 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 167 ff.; June 2004 Report, para. 10 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), 199 ff.; SWGCA, February 2009 Report, paras. 6 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 50 f. Jedenfalls ist die Frage diskussionswürdig und das Argument der automatischen Annahme kann aus den im Text bei Fn. 172 genannten Gründen vorgebracht werden; siehe auch SWGCA, February 2009 Report, para. 29, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 55 f.; *Clark*, Case W. Res. J. Int'l L. 41 (2009), 413 (418); s.u. Fn. 186 mit Haupttext.

¹⁷⁴ *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (702); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (770 f.); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (752 linke Sp.).

des operativen Teils der Resolution gelesen werden, wonach Vertragsänderungen „are subject to ratification or acceptance and shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5.“¹⁷⁵

Art. 121 Abs. 5 bezieht sich wiederum auf Änderungen der Art. 5-8 und ist insofern *lex specialis* zu Art. 121 Abs. 4, welcher auf andere (kompetenzielle oder prozessuale) Änderungen Anwendung findet. Die schwierige Frage ist nun allerdings, ob eine Annahme i.S.v. Art. 5 Abs. 2 eine „Änderung“ („amendment“) i.S.v. Art. 121 Abs. 5 darstellt. Dies wurde ausführlich während der Verhandlungen diskutiert,¹⁷⁶ wobei die Rechtsfolgen der beiden Vorschriften ziemlich klar sind. Während Abs. 4 von Art. 121 alle Vertragsstaaten verpflichtet, aber eine Siebenachtelmehrheit fordert, sieht Abs. 5 ein individuelles Annahmeverfahren per Staat vor und entspricht somit im Wesentlichen den Abs. 2 der Art. 15^{bis} und 15^{ter}.¹⁷⁷ Wie dem auch sei: Der Umstand, dass Abs. 4 von Art. 121 in der endgültigen Resolution keine Erwähnung mehr findet, aber Abs. 5 ausdrücklich in ihrem Abs. 1 und implizit in Abs. 2 von Art. 15^{bis} und 15^{ter} und Abs. 5 von Art. 15^{bis}, legt nahe, dass sich die Verfasser letztendlich zugunsten des Abs. 5 von Art. 121 entschieden haben.¹⁷⁸ Diese Vorschrift unterscheidet nun zwischen Vertragsstaaten, die eine Änderung akzeptieren, und solchen, die dies nicht tun. In diesem Fall hat der Gerichtshof keine Gerichtsbarkeit über das betreffende Verbrechen „when committed by that State Party’s nationals or on its territory.“ Wörtlich genommen bedeutet dies – im Sinne eines sog. „negatives Verständnisses“¹⁷⁹ –, dass der Gerichtshof keine Gerichtsbarkeit über die Staatsangehörigen eines Aggressor-Vertragsstaats hat, wenn dieser die Änderung nicht akzeptiert hat.¹⁸⁰ Beispielhaft:

¹⁷⁵ Für *Heinsch*, *GoJIL* 2 (2010), 713 (736) ist dies „a clear statement in favour of the Art. 121 (5) procedure [...]“.

¹⁷⁶ Siehe *Barriga* (Fn. 43), S. 15 f.; siehe auch *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (766 f.); *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (418 ff.); *Heinsch*, *GoJIL* 2 (2010), 713 (735 f.); *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1196 ff.).

¹⁷⁷ Zum Unterschied zwischen Art. 121 Abs. 4 und Abs. 5 siehe auch *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (418 f.); *Murphy*, *EJIL* 20 (2009), 1147 (1149).

¹⁷⁸ Siehe auch *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (750 linke Sp.); krit. *Scheffer*, *LJIL* 24 (2011) [erscheint demnächst], wonach das „radical tinkering [der Delegierten] with amendment procedures arguably merits an Art. 121 (4) amendment of the Rome Statute’s amendment procedures“.

¹⁷⁹ Nach dem „positiven“ Verständnis, das freilich nur schwer mit dem Wortlaut vereinbar ist, wäre das Territorialitätsprinzip aus Art. 12 Abs. 2 lit. a voll anwendbar und würde die Gerichtsbarkeit auch auf einen Vertragsstaat ausweiten, der die Änderung nicht akzeptiert hat (s. *SWGCA*, June 2009 Report, Annex III, Non-paper by the Chairman on the conditions for the exercise of jurisdiction, para. 9, in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 44 f.; s. auch *SWGCA*, February 2009 Report, paras. 31 ff., in: *Barriga u.a.* [Fn. 5], S. 56 f.; *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 [2010], 745 [767 f.]).

¹⁸⁰ Vgl. *Barriga* (Fn. 43), S. 16.

Wenn Vertragsstaat A (Aggressorstaat), der die Änderung nicht akzeptiert hat, den Vertragsstaat B (Opferstaat), der sie akzeptiert hat, angreift, können die Staatsangehörigen des Vertragsstaats A nicht vom ISTGH strafrechtlich verfolgt werden, selbst wenn das Territorialitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. a) – A handelt auf dem Staatsgebiet von B! – dies eigentlich verlangen würde. Dieses negative Verständnis hat zwei weitere Auswirkungen. Erstens werden damit zwei unterschiedliche Gerichtsbarkeitsregime geschaffen, nämlich eines für Aggression und ein anderes für die sonstigen Verbrechen, für die das Territorialitätsprinzip volle Anwendung findet, ohne dass insoweit eine Austrittsmöglichkeit für Vertragsstaaten oder gar andere Staaten (die nicht Vertragspartei sind) bestünde.¹⁸¹ Zweitens führt dieses Verständnis dazu, dass Nichtvertragsstaaten diskriminiert werden, weil sie, da sie eben keine Vertragsstaaten sind (Art. 121 Abs. 5 richtet sich nur an diese!), gar nicht die Möglichkeit haben, die Änderung nicht anzunehmen.¹⁸²

Um diese Diskriminierung zu vermeiden und die staatliche Souveränität weitestmöglich zu achten, schließt Abs. 5 von Art. 15^{bis} die Gerichtsbarkeit über Nichtvertragsstaaten generell aus (indem der Wortlaut von Art. 121 Abs. 5 S. 2 letzter Halbsatz übernommen wird!)¹⁸³ und sieht Abs. 4 eine Austrittsmöglichkeit („opt-out“) – ähnlich wie Art. 124 – für Vertragsstaaten vor.¹⁸⁴ Beide Vorschriften stellen damit echte „Bedingungen“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 für die Ausübung der Gerichtsbarkeit auf,¹⁸⁵ provozieren aber einige kritische Nachfragen. Abs. 4 erkennt Art. 12 an und ändert damit implizit den zweiten Satz von Art. 121 Abs. 5 dahingehend ab, dass die Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression automatisch ist (Art. 12 Abs. 1);¹⁸⁶ freilich lässt Abs. 4 gleichzeitig eine Ausnahme davon zu, indem er einen Austritt erlaubt.¹⁸⁷ Die Austrittserklärung muss vorher („previously“) abgegeben worden sein, sogar vor der Ratifikation oder Annahme („prior to ratification or acceptance“, Abs. 1 Resolution), d.h. jedenfalls vor der Durchführung einer Aggressions-

¹⁸¹ Kritisch auch *SWGCA*, June 2009 Report, para. 36, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 30. Siehe auch *Clark*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 41 (2009), 413 (419) mit Fn. 11.

¹⁸² Siehe auch *Barriga* (Fn. 43), S. 16; *SWGCA*, June 2009 Report, para. 33, in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 29 f.; kritisch auch *Wilmshurst* (Fn. 1), S. 328.

¹⁸³ „[...] when committed by that State Party’s nationals or on its territory“.

¹⁸⁴ Siehe zu den Austritts- oder Eintrittserklärungen („opt-out“ oder „opt-in“) Non-paper (Fn. 179), paras. 11 f.; *SWGCA*, June 2009 Report, paras. 38 ff., in: *Barriga u.a.* (Fn. 5), S. 31 f.; auch *Kreß/von Holtzendorff*, *JICJ* 8 (2010), 1180 (1213).

¹⁸⁵ Vgl. *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (776) zu Abs. 4.

¹⁸⁶ Vgl. *Schmalenbach*, *JZ* 2010, 745 (750 linke Sp.) zur Vereinbarkeit mit Völkervertragsrecht. Siehe schon Fn. 119 f. mit Haupttext.

¹⁸⁷ Zur Diskussion siehe *Reisinger Coracini*, *GoJIL* 2 (2010), 745 (773 ff.).

handlung.¹⁸⁸ Problematisch ist, abgesehen von der schwierigen Beziehung mit Art. 121 Abs. 5 S. 2,¹⁸⁹ dass Abs. 4 zu der eher merkwürdigen Situation führen kann, dass ein Vertragsstaat zunächst eine Änderung ratifiziert und dazu beiträgt, die Schwelle der 30 Vertragsstaaten des Abs. 2 zu erreichen, sich sodann aber entscheidet auszutreten.¹⁹⁰ Warum nun sollte ein Staat dies tun? Um das Verbrechen generell verfolgbar, wenn auch nicht gegen sich selbst, zu machen? Nur, um es dem Sicherheitsrat zu ermöglichen, Fälle an den IStGH zu verweisen?¹⁹¹ Tatsächlich privilegiert Abs. 5 die drei ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates, die keine Vertragsstaaten sind (China, Russland, U.S.A.) gegenüber den anderen Nichtvertragsstaaten, weil der Sicherheitsrat auf Initiative dieser drei Mitglieder eine Situation überweisen könnte, die andere Nichtvertragsstaaten betrifft (Art. 15^{ter} findet auf alle Staaten Anwendung!), aber diese Befugnis wohl kaum jemals gegen sich selbst (seine eigenen ständigen Mitglieder) einsetzen wird.¹⁹² Allerdings sollte Abs. 5 nicht weit – im Sinne einer Art Reziprozität – ausgelegt werden, so dass auch die Gerichtsbarkeit über Vertragsstaaten ausgeschlossen würde, die mit Nichtvertragsstaaten zusammenwirken oder die ein Aggressionsverbrechen gegen einen Nichtvertragsstaat begehen.¹⁹³ Abs. 5 hemmt lediglich die Gerichtsbarkeit für Taten „committed by that State’s [Nichtvertragsstaat] nationals or on its [Nichtvertragsstaat] territory.“ Wenn aber ein Vertragsstaat der Aggressor ist, sei es alleine oder zusammen mit einem Nichtvertragsstaat, finden nur die Abs. 1 bis 4 des Art. 15^{bis} Anwendung, d.h. die Gerichtsbarkeit des IStGH hängt von der Art der Überweisung (Abs. 1), dem generellen Inkrafttreten (Abs. 2, 3) und dem Nichtvorliegen einer Austrittserklärung (Abs. 4) ab. Sind all diese Bedingungen erfüllt, findet die generelle Regelung gem. Art. 12 Anwendung, d.h. die Gerichtsbarkeit kann sich aus dem Territorialitäts-

oder dem Personalitätsprinzip ergeben. Beispielhaft: Wenn Vertragsstaat A den Nichtvertragsstaat B angreift, kann die Gerichtsbarkeit entweder auf das Territorialitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. a) gestützt werden, soweit es um Taten geht, die auf dem Staatsgebiet von A begangen wurden; oder auf das (aktive) Personalitätsprinzip (Art. 12 Abs. 2 lit. b) bei Taten, die auf dem Staatsgebiet von B durch Staatsangehörige von A begangen wurden.

Um Missverständnisse zu vermeiden, soll klargestellt werden, dass sich die Beschränkungen der Abs. 4 und 5 nur auf Staatenüberweisungen und proprio motu-Verfahren beziehen, nicht aber auf Sicherheitsratsüberweisungen. Der Sicherheitsrat handelt aufgrund seiner Kapitel VII-UNS-Befugnisse und kann folglich die Gerichtsbarkeit des IStGH auf Nichtvertragsstaaten erstrecken, sobald die Vertragsänderung in Kraft getreten ist (vgl. Art. 15^{ter}, der die Abs. 4 und 5 von Art. 15^{bis} gerade nicht enthält); nichts anderes folgt auch aus Art. 15^{ter} Abs. 2, denn die Annahme durch 30 Vertragsstaaten ist nur eine prozedurale Voraussetzung („procedural hurdle“) für das Inkrafttreten.¹⁹⁴ Bemerkenswert ist schließlich, dass eine Sicherheitsratsüberweisung selbst nicht von einer durch den Sicherheitsrat erfolgten (expliziten) Feststellung einer Aggressionshandlung abhängig ist.¹⁹⁵

Eine weitere strittige Frage hinsichtlich Art. 15^{bis} und 15^{ter} ist, ob durch die Ratifizierung von 30 Vertragsstaaten (Abs. 2) und die nach dem 1.1.2017 zu treffende Zweidrittel-Entscheidung (Abs. 3 i.V.m. Art. 121 Abs. 3) die neuen Vorschriften für alle Vertragsstaaten in Kraft treten.¹⁹⁶ Während dies gegen Art. 121 Abs. 5 zu verstoßen scheint, setzt diese Vorschrift doch ein Inkrafttreten per Staat voraus („for those States Parties that [...]“), würde eine solche Auslegung der Austrittsklausel des Art. 15^{bis} Abs. 4 volle Wirkung verleihen, denn dann würde es jedem Vertragsstaat überlassen, ob er die Bindung an das (neue) Verbrechen der Aggression auch gegen sich gelten lassen wollte.¹⁹⁷ Das erscheint überzeugend. Der scheinbare Widerspruch zu Art. 121 Abs. 5 kann dadurch aufgehoben werden, dass Abs. 2 der Art. 15^{bis} und 15^{ter} als eine partielle lex specialis und lex posterior zu Art. 121 Abs. 5 hinsichtlich der Anzahl der erforderlichen Ratifikationen betrachtet wird. Anders ausgedrückt: Art. 121 Abs. 5 findet im Hinblick auf Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 2 nur solange Anwendung, bis 30 Ratifikationen vorliegen.

Wenn man die allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit (Art. 15^{bis} und 15^{ter} Abs. 2 und 3) und deren Beschränkungen, die nur auf Staatenüberweisungen und proprio motu-Ermittlungen Anwendung finden (Art. 15^{bis} Abs. 4 und 5), zusammen betrachtet, gelangt man zu einer Bewertung, die als eine „lückenhafte Abdeckung“ („patchy coverage“) des Aggressionsverbrechens beschrieben

¹⁸⁸ Siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (777); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (750 linke Sp.).

¹⁸⁹ Eine heikle Frage ist, ob Art. 121 Abs. 5 S. 2 zur Folge hat, dass eine Austrittserklärung nur wirksam ist, wenn der in Rede stehende Vertragsstaat die Änderung akzeptiert hat; gegen diese Ansicht *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (750 linke Sp.); zu weiteren Problemen siehe *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (768 f.).

¹⁹⁰ Kritisch auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (704 f.): „It would take some nerve to help make up the thirty and then opt out, but one should never underestimate the acrobatic ability of the diplomatic mind in construing the national interest!“

¹⁹¹ Siehe zu diesen Fragen auch *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (739).

¹⁹² Kritisch auch *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (705: „another example of a small but powerful minority protecting its own position in a consensus negotiation.“); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (788: Regelung sei beispiellos im Rom-Statut); dafür *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (739 f.).

¹⁹³ So *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (749 rechte Sp.); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (780 f.), die allerdings wiederum Abs. 5 „to some extent“ als „symbolisch“ bewertet.

¹⁹⁴ *Clark*, GoJIL 2 (2010), 689 (702 f.); siehe auch *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010), 745 (785 f.); *Schmalenbach*, JZ 2010, 745 (751 f.).

¹⁹⁵ Siehe auch *Blokker/Kreß*, LJIL 24 (2011), erscheint demnächst.

¹⁹⁶ Siehe *Heinsch*, GoJIL 2 (2010), 713 (737, 739); *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010) 745 (770).

¹⁹⁷ Ähnlich *Reisinger Coracini*, GoJIL 2 (2010) 745 (770).

worden ist.¹⁹⁸ Während nach dem bisher geltenden Recht hinsichtlich der Gerichtsbarkeit grundsätzlich nur – abgesehen vom Fall einer Sicherheitsratsüberweisung – zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten (Art. 12) zu unterscheiden ist, verlangt das neue Verbrechen der Aggression erheblich komplexere Überlegungen zur Feststellung der Gerichtsbarkeit.¹⁹⁹ Wenn schon das geltende Recht und die Vermehrung internationaler Strafgerichte interessierten Beobachtern, insbesondere Journalisten, das Leben schwer macht, so werden diese Zustände sich noch verschlimmern, sobald einmal die Bedingungen für die Gerichtsbarkeit über das Aggressionsverbrechen gegeben sind. Davon abgesehen ist die Gesamtbeurteilung gemischt: Während der „verzögerte“ Beginn der tatsächlichen Gerichtsbarkeit sich sowohl für die Staaten als auch für den IStGH als vorteilhaft erweisen kann, da so genügend Zeit bleibt, um sich auf das Inkrafttreten vorzubereiten,²⁰⁰ stellen die zahlreichen Ausnahmeregeln erhebliche Beschränkungen der Gerichtsbarkeit dar, die die Legitimität des Gerichtshofes, zumindest im Hinblick auf dessen Verfolgung von Aggressionsverbrechen, untergraben könnte.²⁰¹

III. Fazit

In Anbetracht der mehr als ein halbes Jahrhundert andauernden Bemühungen zur Kodifikation des Aggressionsverbrechens, der damit zusammenhängenden komplexen Fragestellungen und des im Allgemeinen pessimistischen Erwartungshorizontes hinsichtlich der tatsächlichen Umsetzung des Mandats von Art. 5 Abs. 2²⁰² kann man das Ergebnis aus Kampala mit Fug und Recht als Erfolg bezeichnen.²⁰³ Ob aus

diesem Erfolg, trotz der Mängel und Unstimmigkeiten des endgültigen Kompromisses, ein wirksames strafrechtliches Instrument zur Prävention und Bekämpfung von Angriffskriegen entstehen wird, wird sich erst Jahre nach seinem Inkrafttreten verlässlicher sagen lassen.²⁰⁴ Der erfolgreiche Versuch der Delegierten, die Integrität des IStGH zu wahren, die Einflussnahme des Sicherheitsrats auf das Unvermeidliche zu beschränken und damit eine Politisierung des Aggressionsverbrechen a limine zu verhindern, gibt immerhin zu der Hoffnung Anlass, dass die Richter des IStGH tatsächlich, wie von seinem derzeitigen Vizepräsidenten ausgedrückt, „reject every attempt to politically exploit the Court.“²⁰⁵ Vielmehr kann man zu diesem Zeitpunkt nicht erhoffen.

¹⁹⁸ Scheffer (Fn. 56).

¹⁹⁹ Siehe auch die Grafik zu „Jurisdictional scenarios“ in SWGCA, Februar 2009 Report, Appendix II, Non-paper on other substantive issues on aggression to be addressed by the Review Conference, Abs. 8, in: Barriga u.a. (Fn. 5), S. 65.

²⁰⁰ Siehe Heinsch, GoJIL 2 (2010), 713 (737); Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („ample time to prepare [...]“).

²⁰¹ Kritisch auch Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (787 f.: „highly regrettable and questionable“); Scheffer, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („slap at the equality of nations, or at least the theory of equality [...]“); weniger krit. Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (666: „[...] significance of these limitations should not be overestimated.“).

²⁰² Siehe statt vieler Zimmermann, in: Triffterer (Fn. 99), Art. 5 Rn. 39 („[...] quite unlikely that the Parties to the Statute will be able during the upcoming Review Conference to include the crime within the list of crimes [...]“). A.A. May (Fn. 29 – Aggression), S. 228 („defining aggression [...] is a manageable task and certainly should not cause the international community to shy away from prosecuting this important crime.“).

²⁰³ In diesem Sinne Blokker/Kreß, LJIL 24 (2011) [erscheint demnächst] („historic achievement“); Kreß/von Holtendorff, JICJ 8 (2010) [erscheint demnächst] („exceeds expectations“). Schmalenbach, JZ 2010, 745 („Wunder von Kampala“; 752 rechte Sp.: „Meilenstein“); Scheffer, American So-

ciety of International Law Insights 2010 („historic milestone“); Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (666: „a giant step forward“; aber s. auch 665: „result is not revolutionary“); Reisinger Coracini, GoJIL 2 (2010), 745 (748, 787: „important step for international criminal justice“, „success“).

²⁰⁴ In diesem Sinne auch Barriga, ZIS 2010, 644 (648): „[...] wird sich aber erst zeigen“.

²⁰⁵ Kaul, GoJIL 2 (2010), 649 (657) fährt fort: „I might be proven wrong, but at the present stage I am convinced that the judges at our Court will be able to assess whether a crime against peace has been committed or not, just as the judges at Nuremberg have been in 1946.“

Transitional Justice und Positive Komplementarität

Von Madalena Pampalk, Wien, Nandor Knust, Freiburg i.Br.*

Die Disziplin der Transitional Justice bzw. Post-Conflict Justice beschäftigt sich mit Transitions- und Post-Conflict-Gesellschaften in (Post-)Konfliktsituationen und deren Umgang mit vorangegangenen Unrechtshandlungen.¹ Nach der Definition des Generalsekretärs der Vereinten Nationen (VN) handelt es sich bei Transitional Justice um:

„[...] the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof [...]“.²

Es geht somit um die Frage, wie das neue (Transitions-)Regime mit den durch das vorherige Regime begangenen Taten verfährt.³ Bei dem Konzept der Transitional Justice wird die betroffene Gesellschaft innerhalb des Transitionsprozesses mit den Unrechtshandlungen des vorherigen Regimes konfrontiert, um auf diesem Wege einen Übergang von einer Konfliktsituation zu einer friedlichen Koexistenz zu schaffen und staatliche Stabilität wiederaufzubauen. Unter dem Begriff der Transitional Justice werden auch restaurative Ansätze, sowohl rechtsförmige („judicial“) als auch nicht rechtsförmige („non-judicial“) Verfahren, Opferentschädigungen und Mechanismen zur Erforschung der Wahrheit subsumiert.⁴

* Madalena Pampalk ist Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien, Nandor Knust ist Doktorand der International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law in Freiburg i.Br.

¹ Siehe hierzu ausführlich Teitel, *Transitional Justice*, 2000, passim; Bassiouni, *Post-Conflict Justice*, 2002, passim; Roht-Arriaza/Mariezcurrena (Hrsg.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: beyond truth versus justice*, 2006, passim; Teitel, *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003), 69; Hayner, *Unspeakable Truth*, 2001, passim; Stover/Weinstein (Hrsg.), *My Neighbour, My Enemy, Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, 2004, passim.

² Report on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, VN Generalsekretär, S/2004/616, 23.8.2004, Abs. 8.

³ Für eine umfassende Analyse im Bezug auf den Umgang mit Systemunrecht siehe das Projekt: Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

(<http://www.mpicc.de/wv/de/ext/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/systemunrecht.htm>).

⁴ Siehe hierzu auch Bickford, *Transitional Justice*, in Shelton (Hrsg.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Bd. 3, 2004, S. 1045 ff.

Seit Aufnahme seiner Tätigkeit stellt sich immer wieder die Frage, welche Rolle der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) neben nationalen Gerichten und weiteren Mechanismen der Transitional Justice übernehmen kann und soll. Hierbei ist zu klären, inwieweit sich die unterschiedlichen Institutionen sinnvoll ergänzen und unterstützen können. Der vorliegende Text geht im ersten Teil abstrakt auf die Mechanismen der Transitional Justice ein, um anschließend anhand der Fallstudie Ruanda ein pluralistisches Gesamtmodell der Transitional Justice zu diskutieren. Im zweiten Teil werden die Aufgaben des IStGH und von Drittstaaten sowie deren Zusammenspiel angesichts des Konzepts der positiven Komplementarität erläutert.

Transitional justice refers to the different processes and mechanisms which can be used to address large-scale past abuses. Drawing from the case study of Rwanda, this paper highlights the importance and challenges of a comprehensive approach to justice which encompasses judicial and non-judicial mechanisms at various levels. The paper then turns to the question how the International Criminal Court and States can best complement and support each other with a view to ending impunity and contributing to the prevention of the most serious crimes of concern to the international community.

I. Gesamtmodell der Transitional Justice

1. Mechanismen der Transitional Justice

Beschließt das neue Regime oder die internationale Gemeinschaft, dass es auf vergangenes Unrecht reagieren möchte oder muss, stehen verschiedene Mechanismen zur Auswahl. Transitional Justice ist ein sich ständig weiterentwickelndes Konzept, das stark vom jeweiligen Kontext, insbesondere der Art des Konfliktes und der Menschenrechtsverletzungen, sowie der politischen und gesellschaftlichen Strukturen des betroffenen Staates, abhängig ist. Die möglichen Mechanismen sind vielgestaltig und deren Kombinationsmöglichkeiten bringen immer wieder neu zusammengestellte pluralistische Ansätze hervor. Letztendlich beinhalten jedoch alle Mechanismen die Aufarbeitung von vorangegangenen Unrecht durch die Offenlegung von früheren Gewaltstrukturen sowie die (öffentliche) Dokumentation und Anerkennung der Taten.⁵ Diese Aufarbeitung, als eine der Hauptsäulen der Transitional Justice, soll Versöhnung und dauerhaften Frieden innerhalb der Transitions-gesellschaft erzielen.

2. Wirkungsebenen der Transitional Justice

Bevor ein Modell für die Auseinandersetzung mit vorangegangenen Unrecht entworfen oder erfasst werden kann, sind

⁵ Eine wesentliche Ausnahme stellen hierzu Generalamnestien dar. Vertiefend zum Thema Amnestien, Transitional Justice und Internationaler Strafgerichtshof siehe Ambos, in: Ambos/Large/Wieda (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 2009, S. 19-104.

Optionen der rechtlichen Reaktion auf Massengewalt zu eröffern. Das soziale Gefüge der Transition stellt vielfältige Ansprüche an die Mechanismen der Transitional Justice. Einerseits handelt es sich um eine hoch komplexe Materie von Massengewalt, welche in einzelne Verbrechen aufgebrochen werden muss, um diese dann einzelnen Tätern zuzuschreiben.⁶ Andererseits muss auf der Makroebene eine soziale Ordnung wieder hergestellt werden, um dadurch auf der Mikroebene Sicherheit und Vertrauen in das staatliche System zu generieren.⁷ Um diesen Ansprüchen auf internationaler, staatlicher und lokaler Ebene entsprechen zu können, müssen die Mechanismen der Transitional Justice auf all diesen Ebenen wirken. Damit die gewählten Mechanismen nicht an der Komplexität des vorangegangenen Unrechts und der Flut der Taten zu scheitern drohen, müssen sie Rationalisierungsmechanismen für die Bewältigung der Massengewalt bereithalten.

3. Fallstudie Ruanda

Im Fall von Ruanda wurden drei Systeme als Reaktion auf den dortigen Völkermord eingesetzt. Diese drei operieren auf internationaler, nationaler und lokaler Ebene.⁸

Auf der internationalen Ebene ordnete der Sicherheitsrat der VN im Jahre 1994 durch die Resolution 995 die Errichtung eines internationalen Strafgerichts zur Ahndung der ruandischen Massengewalt an.⁹ Hierbei beruft sich der Sicherheitsrat auf Kapitel VII der Charta der VN und legt den erweiterten Friedensbegriff zu Grunde. Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR) soll wie bereits im Fall des Internationalen Strafgerichts für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY),¹⁰ zur Wiederherstellung und Wahrung des Friedens im Post-Konflikt beitragen. Das Mandat des ICTR umfasst die Verfolgung von Personen, die für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (gemeinsamer Artikel 3 der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls II) im Hoheitsgebiet von Ruanda verantwortlich sind sowie solche Straftaten, die von ruandischen Staatsbürgern in Nachbarstaaten verübt wurden. Zeitlich ist die Zuständigkeit des ICTR auf Straftaten im Zeitraum vom 1.1. bis zum 31.12.1994 beschränkt. Der ICTR hat Vorrang gegenüber den beiden anderen Ansätzen zur Herstellung von Übergangsgerechtigkeit, so dass sich die Selektion der Fälle vor allem auf

die Organisatoren und Hauptplaner des Völkermords bezieht.¹¹

Auf nationaler Ebene beschloss die Regierung von Ruanda, die strafrechtliche Aufarbeitung des Völkermordes durch Spezialkammern und Militärgerichte vorzunehmen.¹² Die Zuständigkeit der nationalen Gerichte erstreckt sich auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Kriegsverbrechen werden im Gegensatz zum ICTR nicht von der Zuständigkeit erfasst. Ebenfalls abweichend vom ICTR werden Straftaten verfolgt, die sich im Zeitraum vom 1.10.1990 bis zum 31.12.1994 ereignet haben. Durch die ausgeweitete zeitliche Zuständigkeit ist eine weitaus größere Anzahl an Tätern erfasst. Aufgrund der Masse der zu verfolgenden Personen stieß das nationale System an seine funktionalen Grenzen und die Errichtung eines weiteren Systems wurde unabdingbar.

Im Jahr 2000 wurden zur Beschleunigung der Strafverfahren und zur Reduktion der Dauer und Kosten der Untersuchungshaft auf nationaler Ebene sog. Gacaca-Gerichte¹³ errichtet.¹⁴ Hierbei handelt es sich um eine neo-traditionelle Strafgerichtsbarkeit mit ca. 11.000 staatlich eingesetzten und kontrollierten Gacaca-Gerichtseinheiten, welche in jeder Zelle (kleinste staatliche Einheit Ruandas) Sitzungen abhalten. Diese Form der Gacaca basieren auf den traditionellen Gacaca, die über Jahrhunderte in dem Gebiet Ruandas als Konfliktlösungsmechanismen innerhalb der Gemeinschaft und ohne staatliche Regelung eingesetzt wurden. Die zur Ahndung des Völkermordes durch Gesetz geschaffenen Gacaca weisen Elemente eines modernen Strafverfahrens auf, unterliegen der staatlichen Kontrolle und sind fest in das staatliche Rechtssystem integriert. Sie sind mit den Strafverfahren vor den Spezialkammern und den Militärkammern gekoppelt und stehen in einem systematischen und strukturellen Zusammenhang.

Sowohl die Verfahren vor dem ICTR als auch die Verfahren vor den Spezialkammern und Militärgerichten und die Verfahren der Gacaca-Gerichte zielen darauf ab, zur Versöh-

⁶ Siehe zum Umgang des Strafrechts mit steigender Komplexität *Sieber*, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénal*, 2008, S. 127-202.

⁷ *Teitel* (Fn. 1), passim.

⁸ Zu nennen sind in diesem Zusammenhang auch noch extraterritoriale Verfahren, die in diesem Aufsatz nicht behandelt werden. Zur Vertiefung der strafrechtlichen Reaktion durch Drittstaaten auf den ruandischen Völkermord siehe etwa *Behrendt*, *Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte*, 2005, passim.

⁹ VN-Sicherheitsrat-Resolution 955 v. 8.11.1994.

¹⁰ VN-Sicherheitsrat-Resolution 827 v. 25.5.1993.

¹¹ Siehe hierzu Art. 8 des Statuts des ICTR.

¹² *Loi organique No. 8/96*.

¹³ Für detaillierte Ausführungen über die Geschichte der Gacaca und deren Anwendung zur Aufarbeitung der ruandischen Völkermordes siehe *Digneffe/Fierens* (Hrsg.), *Justice et gacaca: L'expérience rwandaise et le genocide Namur: Presses universitaires de Namur*, 2003, passim; *Reyntjens*, *Politique Africaine* 40 (1990), 31; *Schabas*, *Journal of Int'l Crim. Justice* 3, 2005, 879; *Clark*, *The Georgetown Washington International Law Review* 39 (2007), 765; *Clark*, in: *Clark/Kaufman* (Hrsg.), *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, 2008, S. 297-319. *Hankel*, in: *Paech* (Hrsg.), *Völkerrecht statt Machtpolitik, Beiträge für Gerhard Stuby*, 2004, S. 358-371; *Hankel*, in: *Werle* (Hrsg.), *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in South Africa and Germany*, 2006, S. 175-183.

¹⁴ *Loi organique No. 4/2000*.

nung¹⁵ und Wahrheitsfindung beizutragen sowie die „Kultur der Straflosigkeit“, die in Ruanda vorherrschte,¹⁶ zu durchbrechen. Ferner fokussieren die drei Sanktionssysteme auf sehr ähnliche Tathandlungen und Tatbestände. Die drei Systeme operieren somit innerhalb eines soziales Gesamtgefüges der Transitional Justice. Die Systeme unterscheiden sich jedoch aufgrund ihrer unterschiedlichen Operationsebenen und Verfahren in ihren Wirkungsweisen und -orten.

Auf internationaler Ebene besteht das Bestreben, vor der internationalen Gemeinschaft eine gerechte, unparteiische und nachvollziehbare Entscheidung zu generieren. Hierfür regelten am Konflikt unbeteiligte Dritte in einem bürokratischen Ansatz die einzelnen Verfahrensabläufe. Das Bemühen um die Bewältigung der Flut von Tätern in einem streng formalen Verfahren kennzeichnet die nationale Ebene und hat zur Einführung von besonderen Rationalisierungsmechanismen geführt. Auf der lokalen Ebene sind trotz der staatlichen Reglementierung der Verfahren alle Konfliktbeteiligten in das Verfahren integriert. Merkmal der Gacaca-Verfahren ist die (restaurative) Interaktion von Täter und Opfer. Die Streitentscheidung und die Sanktion stehen nicht im Vordergrund der Verfahren.

Vgl. die Tabelle 1 am Ende des Beitrags.

4. Ein pluralistisches System der Transitional Justice

Die Untersuchung des ruandischen Modells zeigt, dass die Herstellung von (Übergangs-)Gerechtigkeit und von Frieden im Wege einer umfassenden individuellen Zurechnung und Sanktionierung der Massengewalt am effektivsten durch ein pluralistisches System umgesetzt werden kann.¹⁷ Zur umfassenden Aufarbeitung von Massengewalt bedarf es der Kombination von verschiedenen Sanktionssystemen, die zwar eine übereinstimmende kriminalpolitische Zielbestimmung haben, diese jedoch mit unterschiedlicher verfahrensrechtlicher Ausgestaltung verfolgen. Denn nur durch die Evaluierung der Möglichkeiten und Betrachtung der verschiedenen Ebenen,

¹⁵ Zur Zielbestimmung „Versöhnung“ siehe Simon, in: Albrecht/Simon u.a. (Hrsg.), *Conflict and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies – Between Tradition and Modernity* 2006, S. 99-116.

¹⁶ Seit der Unabhängigkeit kam es wiederholt zu starken Übergriffen zwischen den beiden Bevölkerungsgruppen. Allerdings wurden die Täter dieser Übergriffe strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen. Auf dieser Grundlage beruht der Begriff der „Kultur der Straflosigkeit“ in Ruanda. Siehe ausführlich zu der Entwicklung des Konflikts in Ruanda Chrétien, *Le défi de l'éthnisme, Rwanda et Burundi 1990-1996*, S. 1997; Chrétien, in: Amselle/M'Bokolo (Hrsg.), *Au cœur de l'éthnie: ethnologie, tribalisme et état en Afrique*, 1985, S. 129-165; Chrétien, *42 Politique Africaine* (1992), S. 109-120; Reyntjens, *L'Afrique des Grands Lacs en crise: Rwanda, Burundi, 1988-1994*, S. 1994; Reyntjens, *La guerre des grands lacs, alliances mouvantes et conflits extraterritoriaux en Afrique centrale*, 1999, passim.

¹⁷ Siehe hierzu: Knust, *Strafrecht und Gacaca: Die Aufarbeitung des ruandischen Völkermords mit einem pluralistischen Rechtsmodell* (im Erscheinen).

die in das System der Transitional Justice fallen, wird die Gelegenheit eröffnet, alle Täter entsprechend der Komplexität ihrer Taten zu erfassen und den jeweiligen Konflikt dort zu belassen, wo er beheimatet ist.¹⁸ Durch die Nutzung von internationalen, regionalen, hybriden oder nationalen Verfahren können hoch komplexe Taten durch hoch technisierte Verfahren abgehandelt werden. Die Einbindung von lokalen Mechanismen gestattet es, Ansprüche und Wünsche der lokalen Bevölkerung an Teilhabe bei der Aufarbeitung des vergangenen Unrechts durch die Etablierung von restaurativen Verfahren zu berücksichtigen. Gerade in diesem Zusammenhang ist eine Hybridisierung von restaurativen und retributiven Mechanismen, wie sie bei den neo-traditionellen Gacaca-Gerichten zur Anwendung kommen, ein kreativer Ansatz, um die Vorgaben der Transitional Justice zu erfüllen. Die Kombination von Tradition, restaurativen Prinzipien und moderner staatlicher Ausgestaltung kann dazu führen, dass nicht nur der Konflikt im Eigentum der Individuen bleibt, sondern auch das Verfahren auf der lokalen Ebene als der Bevölkerung eigen bezeichnet werden kann und somit die Aufarbeitung des Konflikts von der Bevölkerung als selbstbestimmt angesehen wird. Zusätzlich können diese Verfahren den staatlichen Zielen, wie etwa der Wiederherstellung einer sozialen Ordnung und dem Vertrauen in die Staatsgewalt, dienlich sein.¹⁹

Ein Kritikpunkt an den Gacaca-Gerichten ist die Selektion der Angeklagten, welche nur auf eine Konfliktpartei des Bürgerkriegs fokussierte.²⁰ Es konnte beobachtet werden, dass die Gacaca-Verfahren innerhalb der Bevölkerung als Top-Down-Verfahren und Siegerjustiz erachtet werden, welche nicht aus der lokalen Gemeinschaft selbst entstanden sind, sondern als staatlich initiiert gelten.²¹ Die staatlich kontrollierte Nutzung von lokalen Mechanismen stellt somit eine große Herausforderung dar, da das Gleichgewicht zwischen staatlich initiierten und oktroyierten Verfahren einerseits und autonomer Selbstbestimmung der lokalen Gemeinschaft andererseits aufrecht erhalten werden muss. Somit ist bei der Etablierung eines pluralistischen Ansatzes zu beachten, dass die Beeinflussungen nicht lediglich solche des Top-Down-Ansatzes sind, sondern auch solche des Bottom-Up-Ansatzes. Hierdurch wird gewährleistet, dass die lokalen, nationalen, regionalen und internationalen Bedürfnisse bei der Ausgestal-

¹⁸ Siehe zum Diebstahl des Konflikts: Nils, *The British Journal of Criminology*, Bd. 17, Nr.1, 1.

¹⁹ Siehe hierzu ausführlich die Modellbildung eines Pluralistischen Modells der Transitional Justice (PMTJ) und deren Komponenten bei: Knust (Fn. 17), passim.

²⁰ Die Verbrechen, die die Tutsi an den Hutu verübt haben, wurden nicht in dem Maße thematisiert und auch wesentlich seltener strafverfolgt. Die Limitierung der Selektion vornehmlich auf Taten gegen Tutsi spiegelt sich auch in den beiden anderen Subsystemen – nationale Verfahren und ICTR – wider. Sie fallen durch das Raster aller drei Sanktionssysteme und sind von dem Projekt der strafrechtlichen Aufarbeitung nicht umfasst.

²¹ Beobachtungen des Verf. Knust im Zuge zahlreicher Interviews mit Ruandern im Zeitraum 2004-2008.

tung eines gemeinsamen pluralistischen Modells die gleiche Anerkennung finden.

Im Falle von Ruanda sind bei der Ausgestaltung und Umsetzung aller drei Verfahren wesentliche Fehler unterlaufen. Nichtsdestotrotz entsteht durch die Kombination der Mechanismen ein effektives pluralistisches Gesamtsystem der Transitional Justice, welches Modellcharakter für die Region besitzen kann.

5. Ganzheitlicher Zugang zu Transitional Justice und die Rolle des IStGH

Vergleichbar den oben ausgeführten Darlegungen zu Ruanda haben auch andere praktische Erfahrungen, etwa in Sierra Leone²² oder Ost Timor²³, verdeutlicht, dass es nach gewaltsamen Konflikten, Systemunrecht und Regimewechseln eines ganzheitlichen Zugangs bedarf, um Gerechtigkeit und dauerhaften Frieden (wieder)herzustellen.²⁴ Den unterschiedlichen Interessen, zu denen Frieden und Sicherheit, Zuschreibung von individueller Verantwortlichkeit, Versöhnung und Wiederaufbau zählen, kann nur mittels eines Zusammenspiels verschiedener Prozesse und Institutionen entsprochen werden. Diese umfassen neben Sanktionssystemen auf internationaler, nationaler und/oder lokaler Ebene insbesondere Wahrheitskommissionen, Entschädigungen und Reformen.

Der IStGH hat aufgrund seines internationalen Charakters und seiner Expertise eine Leitfunktion im Völkerstrafrecht inne. Diese Beobachtung kann auch bedingt auf den Bereich der Transitional Justice übertragen werden. Da jedoch den ausgedehnten Menschenrechtsverletzungen mit einer großen Anzahl von Tätern und Opfern limitierte Ressourcen des IStGH gegenüber stehen, muss sich der Gerichtshof in seiner Selektion auf wenige, oft eher repräsentative Situationen und Fälle beschränken.²⁵ Aufgrund dieser Limitierung und seiner Fokussierung auf die strafrechtliche Verfolgung bedarf es auch in den Situationen, in denen er tätig wird, weiterer Sanktionssysteme und Mechanismen zur Wahrheitsfindung, Entschädigungen und institutionelle Reformen. Die unterschiedlichen Akteure des Transitionsprozesses stehen dabei in wechselseitiger Beziehung, womit auch der Erfolg der einzelnen Institutionen voneinander abhängig ist. So würden bspw. auch vollkommen faire und mangelfreie IStGH-Verfahren gegen eine Hand voll Angeklagter einer bestimmten Situation zur Unzufriedenheit von Opfern und der betrof-

fenen Gesellschaft führen, solange die Arbeit des IStGH nicht durch weitere Mechanismen effektiv ergänzt wird. Zielführend erscheint somit nur die stimmige Kombinationen der unterschiedlichen Prozesse und Maßnahmen sowie ein gezieltes Zusammenwirken der beteiligten Akteure. Derzeit besteht allerdings noch wenig Einigkeit, wie die Koordination der unterschiedlichen beteiligten Institutionen tatsächlich funktionieren soll.

II. Positive Komplementarität

Der IStGH verfolgt das Ziel, Straflosigkeit der schwersten internationalen Verbrechen, nämlich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression, zu bekämpfen und dadurch eine gewisse Präventivwirkung zu entfalten.²⁶ Die Hauptverantwortung diese Verbrechen zu verfolgen obliegt dabei den Staaten, in denen oder von deren Bürger sie begangen wurden.²⁷ In diesem Sinne legt das Prinzip der Komplementarität fest, dass der IStGH nur als ultima ratio tätig wird, wenn nationale Gerichte nicht willig oder fähig zur Strafverfolgung sind.²⁸ Komplementarität wird insofern in Zusammenhang mit der rechtlichen Frage der Zulässigkeit von IStGH-Ermittlungen und Verfahren und somit der Auswahl der Situationen und Fälle diskutiert.

De facto kommen betroffene Staaten ihrer primären Verpflichtung zur Strafverfolgung kaum nach. Abgesehen von fehlenden Kapazitäten und Infrastruktur, die zu ihrer Unfähigkeit führen, stellen die mangelnde politische Bereitschaft und die damit verbundene Behinderung rechtlicher Prozesse die größte Herausforderung dar. Hier setzt die zweite Dimension der Komplementarität, das Konzept der sog. „positive complementarity“, an.²⁹ Darunter wird eine proaktive Strategie der Zusammenarbeit von Staaten, Organisationen und des IStGH verstanden, welche das Ziel verfolgt, nationale Ermittlungen und Verfahren gegen Verbrechen des Römischen Statuts zu fördern.³⁰ Welche Rolle genau der IStGH in diesem Prozess übernimmt, war Thema der Überprüfungskonferenz in Kampala im Mai/Juni 2010 und ist noch nicht abschließend geklärt. Im Folgenden wird beleuchtet, welche Funktionen der Gerichtshof sinnvollerweise erfüllen kann und welche den Staaten zukommen.

²² Siehe hierzu etwa *Schabas*, Criminal Law Forum 15, 2004, 3; *Wierda/Hayner/van Zyl*, Exploring the Relationship Between the Special Court and the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, ICTJ 2002.

²³ Siehe hierzu etwa *Hirst/Varney*, ICTJ Occasional Paper Series, 2005; *Burgess*, Truth and Reconciliation and the Courts, Criminal Law Forum 15, 2004, 135.

²⁴ Vgl. Report on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, VN Generalsekretär, S/2004/616, 23.8.2004, Abs. 26.

²⁵ Vgl. Römisches Statut des IStGH, Art. 15, 17-19, 53, 58 u. 61; Anklagebüro des IStGH, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, 4.10.2010; Anklagebüro des IStGH, Prosecutorial Strategy 2009-2012, Abs. 18-21.

²⁶ Römisches Statut des IStGH, Präambel, Abs. 5.

²⁷ Römisches Statut des IStGH, Präambel, Abs. 4 u. 6.

²⁸ Römisches Statut des IStGH, Art. 17.

²⁹ Die Bedeutung des Konzepts wurde vom Anklagebüro des IStGH bereits 2003 hervorgehoben (siehe Informal expert paper: The principle of complementarity in practice).

³⁰ Vgl. Vertragsstaatenversammlung des IStGH, Report of the Bureau on stocktaking: Complementarity. Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap, ICC-ASP/8/51, 18.3.2010, Abs. 16; Anklagebüro des IStGH, Prosecutorial Strategy 2009-2012, Abs. 16. Von manchen Autoren, wie etwa von *Burke-White* wird das Konzept sehr passend als „proactive complementarity“ bezeichnet (*Burke-White*, 49 Harvard Int'l Law Journal 2008, 53).

1. Die Rolle des IStGH

Eine Hauptfunktion des IStGH in Zusammenhang mit der Komplementarität ist es, nationale Prozesse und Verfahren anzuregen und zu fördern. Schon im Stadium der Voruntersuchungen potentieller Situationen können bereits erste IStGH-Aktivitäten, wie etwa das Beobachten einer Situation oder das Anfragen von Informationen, oder deren bloße Ankündigung durch das Erhöhen der Gefahr der internationalen Verfolgung präventiv nationale Strafverfolgungen anregen.³¹ Um die Aufmerksamkeit auf eine bestimmte Situation zu lenken und politischen Druck zu erzeugen, ist das gezielte Publizieren der möglichen IStGH-Ermittlungen von zentraler Bedeutung.³² Gleichzeitig kann der IStGH mit solchen Aktionen dem betroffenen Staat und insbesondere der Judikative etwas Druck abnehmen, indem diese eigene Prozesse gegenüber nationalen Machthabern mit dem (drohenden) Vorgehen des Gerichtshofs leichter rechtfertigen kann.

Darüber hinaus kann der IStGH aufgrund seiner zentralen Stellung dazu beitragen, die verschiedenen Akteure im Bereich der Transitional Justice zu vernetzen und bestimmte Handlungen ihrerseits anzuregen. Dies beinhaltet auch eine gewisse Unterstützung in Zusammenhang mit der nationalen Umsetzung des Römischen Statuts. Die justizielle Unabhängigkeit des Gerichtshofes lässt sich mit einer diesbezüglichen Anleitungsfunktion vereinbaren.

Im operativen Bereich kann der IStGH durch das Teilen von Informationen nationale Ermittlungen und Verfahren beachtlich unterstützen. Das Anklagebüro des IStGH verfügt über große Mengen an Daten, welche – soweit nicht eigene Ermittlungen und Verfahren, insbesondere die Rechte der Beschuldigten und der Opfer, gefährdet werden – nationalen Behörden und internationalen Institutionen zur Verfügung gestellt werden können. Gem. Art. 93 Abs. 10 des Römischen Statuts können Mitgliedstaaten Unterstützung des IStGH für ihre Ermittlungen oder Verfahren beantragen, welche insbesondere die Übermittlung von Unterlagen oder sonstigen Beweismitteln umfasst.³³ In diesem Sinne wird der Informationsaustausch als Mittel der Unterstützung nationaler Prozesse vom Chefankläger des Gerichtshofs seit mehreren Jahren forciert.³⁴ Ein vielversprechendes Projekt in diesem Zu-

sammenhang ist das *Law Enforcement Network (LEN)*,³⁵ ein Netzwerk nationaler Rechtsdurchsetzungsbehörden und internationaler Einrichtungen wie INTERPOL, welche gegen Verbrechen des Römischen Statuts und andere schwere nationale Verbrechen ermitteln. Das LEN verfolgt das Ziel, die Zusammenarbeit zwischen den unterschiedlichen Akteuren zu fördern. Neben dem wechselseitigen Austauschen von Informationen, sieht die Anklagebehörde des IStGH vor, ihr Fachwissen über Ermittlungsmethoden, wie etwa Zeugenbefragungen, zur Verfügung zu stellen.

Demgegenüber kann der IStGH im Bereich der Bildung von Kapazitäten und fachlicher Unterstützung, wie etwa im Wege von Ausbildungen und Schulungen, infolge seiner beschränkten Ressourcen nur eine eingeschränkte Rolle übernehmen.³⁶ Aufgrund von Befürchtungen der Mitgliedstaaten vor weiteren finanziellen Verpflichtungen und zur Vermeidung falscher Erwartungen, wurde schon vor und während der Überprüfungskonferenz mehrmals betont, dass Maßnahmen zur Stärkung und Unterstützung der nationalen Gerichtsbarkeit – auf freiwilliger Basis – in erster Linie von Staaten und Organisationen ergriffen werden sollten.³⁷

Auch wenn der Gerichtshof zweifellos nicht als Organisation der Entwicklungszusammenarbeit eingerichtet wurde, so zählt es dennoch – nicht zuletzt angesichts seiner Bestrebungen nachhaltige Auswirkung (legacy) zu generieren – zu seiner Aufgabe, sein Fachwissen und seine Fachkompetenzen an nationale Behörden weiterzugeben. Dies natürlich unter der Prämisse, dabei seine primäre Aufgabe der strafrechtlichen Verfolgungen von internationalen Verbrechen nicht zu vernachlässigen. Bisweilen werden vom IStGH mehrere Projekte umgesetzt, die den Wissenstransfer forcieren. Hierzu zählen etwa regelmäßige Schulungen für Verteidiger und Opfervertreter, Informationsveranstaltungen für Richter, das Vorbereiten von Unterlagen für Organisationen wie die VN und das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, welche diese für ihre Trainings verwenden können, oder auch das von der Europäischen Union finanzierte Visiting Professional-Programm am Gerichtshof.³⁸ Insgesamt besteht im Bereich des Wissenstransfers und der fachlichen Unterstützung allerdings noch Erweiterungspotential seitens der IStGH. Aufgrund der Budgetknappheit bieten sich insbesondere

³¹ Vgl. hierzu *Human Rights Watch*, Making Kampala Count – Advancing the Global Fight against Impunity at the ICC Review Conference, 2010, S. 42; *Bibas/ Burke-White*, International Idealism Meets Domestic-Criminal-Procedure Realism, *Duke Law J.* 59/4, 2010, 683; Anklagebüro des IStGH Prosecutorial Strategy 2009-2012, Abs. 23.

³² In diesem Sinne auch die Ankündigungen des Anklagebüros (Anklagebüro des IStGH Prosecutorial Strategy 2009-2012, Abs. 39 u. 59).

³³ Während die Unterstützung von Ermittlungen und Verfahren von Nicht-Mitgliedstaaten nicht explizit geregelt ist, spricht auch keine Regelung des Römischen Statuts gegen eine solche Zusammenarbeit.

³⁴ Vgl. *Moreno-Ocampo*, Address to the Assembly of States Parties, 2007, S. 6 f.

³⁵ Siehe Anklagebüro des IStGH Prosecutorial Strategy 2009-2012, Abs. 17; Vertragsstaatenversammlung des IStGH, Report of the Bureau on cooperation, ICC-ASP/8/44, Abs. 52; *Gallmetzer*, *Journal of Int'l Crim. Justice* 8, 2010, 95.

³⁶ Vgl. *Wierda*, ICTJ Briefing 2010, 4.

³⁷ Überprüfungskonferenz Resolution über Komplementarität, RC/Res.1 v. 8.7.2010, Abs. 3 u. 5; Vertragsstaatenversammlung des IStGH, Report of the Bureau on stocktaking: Complementarity (Fn. 30), Abs. 28, 31 u. 32.

³⁸ Für einen Überblick über die Projekte der Kanzlei des IStGH siehe *Arbia*, The Three Year Plans and Strategies of the Registry in respect of complementarity for an effective Rome statute system of international criminal justice, Discussion Paper Prepared for the Consultative Conference on International Criminal Justice, 9.-11.9.2009.

kostenneutrale Maßnahmen an, wie etwa Schulungen von IStGH-Personal, welche von Organisationen oder Staaten finanziert werden. Auch sollten Initiativen des IStGH verstärkt in ihre oft sehr umfassenden Rule-of-Law-Projekte eingebunden werden, um auf diese Weise Synergien zu nutzen. Der Inhalt der Öffentlichkeitsarbeit könnte zusätzlich zum Bekanntmachen des Gerichtshofes und seiner Arbeit verstärkt die Bedeutung von Rechtsstaatlichkeit ausweiten.³⁹ Eine besondere Funktion im Aufgabenkreis fachlicher Unterstützung übernehmen schließlich die Außenbüros des IStGH in bzw. in der Nähe von Ländern, in denen er Ermittlungen führt, da sie in direkten Kontakt mit der Bevölkerung und lokalen Institutionen stehen.⁴⁰

Der Versammlung der Vertragsstaaten des IStGH wurde eine gewisse Koordinierungsfunktion der unterschiedlichen Initiativen unter Ausschluss deren Umsetzung aufgetragen. Insbesondere wurde bei der Überprüfungskonferenz beschlossen, dass das Sekretariat der Vertragsstaatenversammlung im Rahmen seiner Möglichkeiten den Austausch von Informationen zwischen IStGH, Vertragsstaaten, internationalen Organisationen, Zivilgesellschaften und anderer Beteiligter in Bezug auf die Stärkung der nationalen Gerichtsbarkeit forcieren soll.⁴¹

2. Die Rolle von Drittstaaten

Im Rahmen der Diskussionen zur Komplementarität wurde bei der Überprüfungskonferenz die Bedeutung der Staaten vielfach betont.⁴² Auch wenn die Hauptverantwortung der Verfolgung von Verbrechen des Römischen Statuts dem Staat obliegt, auf dessen Gebiet oder von dessen Bürgern sie begangen wurden, spielen auch Drittstaaten in Bezug auf Ermittlungen und Verfahren eine tragende Rolle. Auf Basis des Weltrechtprinzips haben in den letzten Jahren mehrere, vorwiegend europäische Staaten, Verfahren wegen Verbrechen geführt, die weder auf ihren Territorien noch von ihren Staatsangehörigen begangen wurden.⁴³ Auf diese Weise werden der Bewegungsraum von Tätern internationaler Verbrechen eingeschränkt sowie Verwerflichkeit und Konsequenzen

³⁹ Vgl. hierzu Public Information and Documentation Section, Outreach Unit, Outreach Report 2009.

⁴⁰ Derzeit hat der IStGH fünf Außenbüros, nämlich in Kinshasa und Bunia (Demokratische Republik Kongo), Kampala (Uganda), Abéché (Chad, in Bezug auf die Situation in Darfur/Sudan) und Bangui (Zentralafrikanische Republik). Während im Jahr 2011 das Büro in Abéché geschlossen wird, soll ein neues Büro in Nairobi (Kenia) eröffnet werden. Die Hauptaufgaben der Büros umfassen Opfer- und Zeugenschutz, Opferbeteiligung, Entschädigungen und Öffentlichkeitsarbeit.

⁴¹ Überprüfungskonferenz Resolution über Komplementarität (Fn. 37), Abs. 9.

⁴² Überprüfungskonferenz Resolution über Komplementarität (Fn. 37), Abs. 1-5 u. 8; Vertragsstaatenversammlung des IStGH (Fn. 30), Abs. 28-35, *Human Rights Watch* (Fn. 31), S. 37-46 u. 50-51.

⁴³ Siehe etwa *Kaleck*, Michigan Journal of Int'l Law 30 2009, 927-980.

internationaler Verbrechen manifestiert. Natürlich sprechen Gründe der Effizienz der Verfahren und der Bedeutung für die betroffene Gesellschaft gerade bezüglich Verbrechen des Römischen Statuts für eine Strafverfolgung im Land ihrer Begehung. Verfahren von Drittstaaten sollten sich daher weiterhin auf vereinzelte, exemplarische Fälle beschränken.

Andererseits können Drittstaaten einen bedeutenden Beitrag leisten, betroffene Staaten bzw. solche in ihrer Umgebung bei Ermittlungen und Verfahren zu unterstützen. Dies kann auf verschiedenste Arten geschehen. Ein aussichtsvolles Modell ist die fachliche und/oder finanzielle Unterstützung von einem Drittstaat an einen anderen, welcher sich in unmittelbarer Nähe des Staates der Tatbegehung befindet. Darüber hinaus haben Drittstaaten gemeinsam mit Organisationen und Zivilgesellschaften eine Schlüsselfunktion im Bereich der Bildung von Kapazitäten und Kompetenzen und des Aufbaus von Infrastruktur.⁴⁴ Abgesehen von solchen Maßnahmen zur Überwindung der Unfähigkeit, strafrechtliche Verfahren zu führen, können Staaten maßgeblich durch Diplomatie und politischen Druck sowie Unterstützung von nichtstaatlichen Organisationen in ihren diesbezüglichen Bestrebungen zur Überwindung eines mangelnden Willens der Strafverfolgung beitragen.

III. Schlussbemerkungen

Die Funktion des IStGH geht, wie aufgezeigt, weit über das bloße Verfolgen von internationalen Verbrechen hinaus. Vielmehr übt der Gerichtshof eine Schlüsselfunktion in einem auf dem Römischen Statut basierenden, internationalen System zur Verfolgung und Prävention schwerer Menschenrechtsverletzungen aus. Das kann jedoch nur erreicht werden, wenn Staaten verstärkt ihrer primären Verpflichtung zur Ermittlung und Strafverfolgung nachkommen, was wiederum ein höheres Maß an gegenseitiger Unterstützung voraussetzt. Mit diesem Zusammenspiel der unterschiedlichen Akteure befasst sich das Konzept der positiven Komplementarität. Allerdings sollte der Fokus nicht nur auf der Zusammenarbeit zwischen strafrechtlichen Institutionen, sondern auch auf der mit alternativen Aufarbeitungsmechanismen wie Wahrheitskommissionen gerichtet sein. Die Ankündigung des Chefanklägers eines „three-pronged approach to justice“,⁴⁵ wonach die IStGH-Aktivitäten durch nationale Verfahren und die Arbeit der Wahrheits-, Gerechtigkeits- und Entschädigungskommission ergänzt werden sollten, ist trotz faktischer Realisierungsprobleme ein wichtiger Schritt.

Wichtige Erkenntnisse für das Zusammenspiel verschiedener Mechanismen können aus bisherigen Aufarbeitungsprozessen gewonnen werden. In diesem Zusammenhang

⁴⁴ Für eine Auflistung verschiedener Projekte zur Stärkung und Unterstützung nationaler Rechtssysteme siehe Überprüfungskonferenz des IStGH, Focal points' compilation of examples of projects aimed at strengthening domestic jurisdictions to deal with Rome Statute Crimes, RC/ST/CM/INF.2, 30.3.2010.

⁴⁵ Presseerklärung des IStGH, 30.9.2009 (ICC Prosecutor Supports Three-Pronged Approach to Justice in Kenya [ICC-OTP-20090930-PR456]).

haben insbesondere die Erfahrungen in Ruanda und Ost Timor verdeutlicht, welche Probleme das Bestreben nach Zuschreibung individueller Verantwortlichkeit aller Beteiligten mit sich bringen kann. Tatsächlich wird angesichts der Massenverbrechen auch auf nationaler Ebene meist nur eine selektive strafrechtliche Verfolgung realistisch sein. Aus westlicher Betrachtungsweise wird die Aufarbeitung oft das Eingehen von Kompromissen beinhalten, welche eine stärkere Berücksichtigung kultureller Besonderheiten und mehr Toleranz bezüglich Standards bedürfen. Jedenfalls ist bei allen Modellen und Mechanismen auf die zentrale Stellung der Opfer und der betroffenen Gesellschaft zu achten.

Darüber hinaus gebührt Hybridmechanismen, internationalisierten Anklagebehörden und Untersuchungskommissio-

nen mehr Beachtung, da sie im besonderen Maß Staaten unterstützen können, welche zur Erfassung des vorangegangenen Systemunrechts nicht fähig sind. Der IStGH könnte solche Hybridisierungsvorhaben i.S.d. positiven Komplementarität bedeutend mit seiner Kenntnis und Expertise unterstützen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Umsetzung des Konzeptes der positiven Komplementarität und der damit einhergehenden Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure ein mittel- bis langfristiges Unterfangen darstellt. Die Überprüfungskonferenz in Kampala war hierfür ein Meilenstein. Nun liegt es in erster Linie an den Staaten und an der Vertragsstaatenversammlung des IStGH, weitere Schritte zu tun.

Tabelle 1

	ICTR	National	Gacaca
Ziele	Beendigung der Straflosigkeit Versöhnung Wahrheit Gerechtigkeit	Beendigung der Straflosigkeit Versöhnung Wahrheit Gerechtigkeit	Beendigung der Straflosigkeit Versöhnung Wahrheit Gerechtigkeit
Tatbestände	Völkermord Verbrechen gegen die Menschlichkeit Kriegsverbrechen	Völkermord Verbrechen gegen die Menschlichkeit Nationale Verbrechen	Völkermord Verbrechen gegen die Menschlichkeit Nationale Verbrechen
Selektion der Fälle	Planer und Organisatoren des Völkermords	Organisatoren und „sehr grausame“ Täter	„Normale“ Täter
Art des Verfahrens	Adversatorisch (sui generis)	Inquisitorisch (sui generis)	„Vermittelte“ Populär Justiz (sui generis)

Abb.: Rechtsvergleichende Übersicht des ruandischen Systems zur Herstellung von Übergangsgerechtigkeit aus: *Knust*, Funktionale Grenzen des Strafrechts: Pluralistisches System zur Herstellung von Übergangsgerechtigkeit, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Forschungsbericht 2008-2009, S. 78.

Zum Erfordernis eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ als Merkmal der Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Zugleich Analyse der Entscheidung der Pre-Trial Chamber II des Internationalen Strafgerichtshofs vom 31.3.2010 über die „Situation“ in der Republik Kenia nach den Wahlen im Jahre 2007

Von Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Bonn*

Inhaltsverzeichnis

- I. Einführung
- II. Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen völkerstrafrechtlichem und nationalem Unrecht für die Eröffnung internationaler Gerichtsbarkeit
- III. Zu den Kriterien der Abgrenzung zwischen nationalem und völkerrechtlichem Kriminalunrecht
 1. Schwere und Gefährlichkeit der Tat
 2. Verletzung internationaler Rechtsgüter
 3. Bruch globaler Rechtsfriedensbedingungen
- IV. Zum Gesamtatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Entscheidung des IStGH in der „Situation“ der Republik Kenia vom 13.3.2010
 1. Situation in der Republik Kenia nach den Wahlen von 2007
 2. Die Entscheidung des IStGH zum Kontext-Element
 - a) Definitionsmerkmale des Kontext-Elements
 - aa) Angriff gegen eine Zivilbevölkerung
 - bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation
 - cc) Ausgedehnter oder systematischer Angriff
 - dd) Nexus zwischen Einzelakten und Angriff
 - b) Subsumtion im Fall der „Situation“ der Republik Kenia
 - aa) Angriff gegen die Zivilbevölkerung
 - bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation
 - cc) Ausgedehnter oder systematischer Angriff und Nexus zwischen den Einzelakten und dem Angriff
 3. Die abweichende Meinung Richter Kauls
 - a) Zur Methodik der Rechtsfindung des IStGH
 - b) Zum Inhalt des Kontext-Elements
 - aa) Das Merkmal „organizational“
 - bb) Das Merkmal „policy“, insbesondere die Frage der Urheberchaft einer „Politik“ im Sinne des Statuts
 - cc) Die Besonderheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf der Basis des „organizational policy“-Elements
 - c) Zur Situation in der Republik Kenia
- V. Stellungnahme zum Verständnis des Merkmals eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ i.S.v. Art. 7 Romstatut
- VI. Zusammenfassung

* Die Autorin ist Akademische Rätin am Rechtsphilosophischen Seminar der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Die Auslegung des Merkmals des „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist umstritten. Der vorliegende Text zeigt, dass sich in der Systematik des Angriffs eine prinzipielle, angemessene Entrechtung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ausdrücken muss, die einem entsprechenden politischen Plan entspringt. Einem Bedeutungsverlust des sog. „policy“-Elements durch die jüngere Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte ist deswegen entgegenzutreten.

The interpretation of the element „widespread or systematic attack against any civilian population“ is legally disputed. The present text demonstrates that the systematic character of the attack must express, as a matter of principle and as the consequence of a corresponding political plan, an arrogated deprivation of rights of a specific civilian population. The tendency to play down the significance of the policy element in the more recent decisions of the international criminal courts should therefore be contested.

I. Einführung

Die Pre-Trial Chamber (Vorverfahrenskammer) II des IStGH hatte im Rahmen ihrer Kompetenz aus Art. 15 des Statuts des IStGH¹ über die Genehmigung weiterer Ermittlungen durch den Ankläger des IStGH betreffend der Situation in der Republik Kenia zu entscheiden.² Voraussetzung für eine solche

¹ Deutscher Text online verfügbar unter:

<http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/InternatRecht/IStGH/Materialien/RoemischesStatut.pdf>.

Der englische Originaltext ist online verfügbar unter:

http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf.

² Die insofern entscheidenden Passagen von Art. 15 Romstatut lauten: „Der Ankläger kann auf der Grundlage von Informationen über der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegende Verbrechen aus eigener Initiative Ermittlungen einleiten. [...] Gelangt der Ankläger zu dem Schluss, dass eine hinreichende Grundlage für die Aufnahme von Ermittlungen besteht, so legt er der Vorverfahrenskammer einen Antrag auf Genehmigung von Ermittlungen zusammen mit den gesammelten Unterlagen zu seiner Begründung vor. [...] Ist die Vorverfahrenskammer nach Prüfung des Antrags und der Unterlagen zu seiner Begründung der Auffassung, dass eine hinreichende Grundlage für die Aufnahme von Ermittlungen besteht und dass die Sache unter die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs zu fallen scheint, so erteilt sie die Genehmigung zur Einleitung der Ermittlungen, unbeschadet späterer Entscheidungen des Gerichtshofs betreffend die Gerichtsbarkeit für eine Sache und ihre Zulässigkeit. [...]“

Genehmigung ist gem. Art. 15 Abs. 4 Romstatut, „dass eine hinreichende Grundlage für die Aufnahme von Ermittlungen besteht und dass die Sache unter die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs zu fallen scheint“.

Für die Situation in der Republik Kenia war unter den Richtern vor allem die letztere Voraussetzung (Begründung der Gerichtsbarkeit des IStGH)³ streitig. In Kenia ist es im beachtlichen Zeitraum (im Anschluss an die Wahlen im Jahr 2007) zu Ausschreitungen und Kämpfen verschiedener politischer Gruppierungen gekommen, die sich (teilweise gezielt) auch gegen Teile der Zivilbevölkerung gerichtet haben. Im Verfahren vor dem IStGH ging es im Wesentlichen um die Frage, ob es sich bei den mutmaßlich begangenen Verbrechen um solche handelte, die als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b des Romstatuts unter die Gerichtsbarkeit des IStGH fallen. Die Mehrheitsentscheidung der Kammer bejahte diese Frage aufgrund der vom Ankläger (gemeint ist der Ankläger des IStGH) vorgelegten Informationen zu der Situation in Kenia und genehmigte mit ihrer Entscheidung weitere Ermittlungen des Anklägers.⁴

Richter *Kaul* teilte diese Entscheidung nicht und verfasste eine abweichende Meinung (dissenting opinion). Nach seiner Auffassung sind in Kenia im relevanten Zeitraum zwar schwerwiegende Verbrechen begangen worden, nicht aber solche, die als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ einzuordnen wären und deshalb die Gerichtsbarkeit des IStGH begründen würden; genauer: Es sei zwar strafrechtlich zu ahndendes, nicht aber völkerstrafrechtlich relevantes Unrecht begangen worden. Begründet wird dies mit einem von der Mehrheitsmeinung abweichenden Verständnis des sog. Kontext-Elements des Art. 7 Romstatut: Der für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit erforderliche Begehungszusammenhang „eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ habe im konkreten Fall Kenias gerade nicht vorgelegen.⁵

Der vorliegende Beitrag wird sich mit diesem Kontext-Element genauer auseinandersetzen. Dazu soll zunächst erinnert werden, welche Bedeutung die Unterscheidung zwischen völkerstrafrechtlichem Unrecht und nationalem Kriminalrecht für die Begründung internationaler Gerichtsbarkeit hat (dazu unter II.). Im Anschluss daran werden Kriterien für diese Unterscheidung gesichtet (vgl. III.). In einem weiteren Schritt soll dann die Besonderheit des Begehungszusammenhangs der Verbrechen gegen die Menschlichkeit herausgearbeitet werden (IV.). Dazu wird zunächst die Entscheidung der Vorverfahrenskammer II und die abweichende Meinung *Kauls* analysiert (dazu unter IV. 1.-3.). Daran schließt sich ein eigener Vorschlag zum Verständnis des Kontext-

Elements bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit an (V.). Den Abschluss der Überlegungen bildet eine knappe Zusammenfassung (unter VI.).

II. Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen völkerstrafrechtlichem und nationalem Unrecht für die Eröffnung internationaler Gerichtsbarkeit

Die Tatbestände, die gemäß dem Romstatut unter die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs fallen,⁶ haben einerseits schwere Rechtsverhältnisverletzungen wie etwa die Tötung eines anderen, die Verletzung seiner körperlichen Integrität, die Instrumentalisierung des anderen durch Versklavung, die mit Zwang verbundene Deportation, Vergewaltigung u.a. zum Gegenstand.⁷ Sie weisen aber andererseits darüber hinaus besondere Merkmale auf, die das jeweilige Verhalten in den internationalen Kontext stellen,⁸ d.h. die eine besondere Betroffenheit auch der Völkergemeinschaft begründen.

In den Formulierungen der Tatbestände im Romstatut finden sich Anhaltspunkte für eine solche Betroffenheit im sog. „Chapeau“-Teil⁹ des jeweiligen Tatbestandes. Der Völkermord (Art. 6 des Romstatuts) muss in einer bestimmten, auf Vernichtung einer nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Gruppe gerichteten Absicht verübt werden. Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 des Romstatuts) müssen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden.¹⁰ Kriegsverbrechen (Art. 8 des Romstatuts) sind durch ihren Bezug zu einem bewaffneten Konflikt gekennzeichnet.

Kaul weist in seiner abweichenden Meinung zu der Entscheidung des IStGH vom 13.3.2010 zu Recht darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Strafrecht eine kategoriale ist und dass in ihr der Grund für die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit („jurisdiction *ratione materiae*“) nationaler Gerichte auf der einen Seite und des IStGH auf der anderen Seite liegt:

⁶ Vgl. Art. 5-8 des Romstatuts; das Verbrechen der „Aggression“ (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. d) bleibt hier zunächst außer Betracht.

⁷ Vgl. dazu auch *Danner*, *Virginia Law Review* 2001, 416 (484 ff.).

⁸ So auch *Vest*, *ZStW* 113 (2001), 459 (464).

⁹ Der sog. „Chapeau“-Teil eines völkerstrafrechtlichen Delikts umschreibt die Einzeltat übergreifende Voraussetzungen des Gesamttatbestandes, die dem konkreten Verbrechen durch eine bestimmte Zielrichtung oder durch eine bestimmte Dimension eine besondere Qualität verleihen, welche eine Abgrenzung von nationalem Unrecht ermöglicht (vgl. *Kuschnik*, *Der Gesamtbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, 2009, S. 217).

¹⁰ Vgl. dazu schon hier *Kuschnik* (Fn. 9), S. 217 ff.; *Robinson*, *American Journal of International Law* 93 (1999), 43 (auch abgedruckt in: *Bekou/Cryer* [Hrsg.], *The International Criminal Court*, 2004, S. 44 [S. 45 ff.]); *Werle/Burchards*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 6/2, 2009, § 7 VStGB Rn. 14 ff.

³ Vgl. dazu zunächst Art. 5 Romstatut.

⁴ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/%20situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pretrial%20chamber%20ii/19?lan=en-GB>.

⁵ Vgl. *Kaul*, dissenting opinion, para. 4 (abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/%20situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pretrial%20chamber%20ii/19?lan=en-GB>, S. 84 ff.).

„There are, in law and in the existing systems of criminal justice in this world, essentially *two different categories of crimes* which are crucial in the present case. There are, on the one side, *international crimes of concern to the international community as a whole*, in particular genocide, crimes against humanity and war crimes pursuant to articles 6, 7 and 8 of the Statute. There are, on the other side, *common crimes*, albeit of a serious nature, *prosecuted by national criminal justice systems*, such as that of the Republic of Kenya. There is, in my view, a demarcation line between crimes against humanity pursuant to article 7 of the Statute, and crimes under national law. [...] It is my considered view that the existing demarcation line between those crimes must not be marginalized or downgraded, even in an incremental way. I also opine that the distinction between those crimes must not be blurred.“¹¹

Kaul nennt im folgenden drei Gründe, die für die Notwendigkeit der kategorialen Unterscheidung beider Unrechtsarten und einer dieser Unterscheidung entsprechenden Zuständigkeit entweder nationaler oder internationaler Gerichte sprechen: Erstens dürfe durch das Eingreifen der internationalen Gerichtsbarkeit nicht die nationale Souveränität des Staates verletzt werden, in welchem das Unrecht geschehen ist. Dem zugrunde liegt die Überzeugung, dass nationales Kriminalunrecht zur Gerichtsbarkeit der Nationalstaaten gehört und ein Eingreifen des IStGH in einem solchen Fall eine Souveränitätsverletzung des entsprechenden Staates bedeuten würde. Zweitens würde eine weniger restriktive Auffassung zu einer permanenten Überforderung des IStGH führen, da dieser dann eine unüberschaubar große Zahl von Fällen schwersten Kriminalunrechts abzuurteilen hätte, für die er weder die finanzielle noch die materielle Ausstattung besitze. In der Folge müsste drittens eine beinahe willkürliche („quite arbitrary“) Auswahl unter den Fällen vorgenommen werden, die zu Ungerechtigkeiten gegenüber denjenigen Opfern führen würde, deren Fälle nicht ausgewählt würden.¹²

Kaul ist insofern zuzustimmen, als die Qualität des abzuurteilenden Unrechts tatsächlich entscheidend ist für die Zuständigkeit nationaler oder völkerrechtlicher Strafgerichtsbarkeit. Der Grund dafür ist mit dem zentralen Argument der Verletzung staatlicher Souveränität im Falle bloß national relevanten Unrechts bereits richtig angedeutet:¹³ Internationale Strafgerichtsbarkeit kann legitimerweise nur dann ausgeübt

werden, wenn die Völkergemeinschaft von dem fraglichen Delikt rechtlich betroffen ist – ist sie es nicht, handelt es sich um bloß angemäßte Straf Gewalt.¹⁴ Das hat zur Folge, dass die legitime Ausübung der Gerichtsbarkeit des IStGH davon abhängt, ob das in Frage stehende Verbrechen diejenigen Kriterien erfüllt, die für eine internationale Betroffenheit erfüllt sein müssen.¹⁵

III. Zu den Kriterien der Abgrenzung zwischen nationalem und völkerrechtlichem Kriminalunrecht

Das allgemeine Kriterium für die Bewertung einer Tat als „internationales Verbrechen“ (also ein die Völkergemeinschaft im Ganzen betreffendes Völkerstrafunrecht)¹⁶, welches hinter den Chapeau-Formulierungen im Romstatut steht, ist in der völkerstrafrechtlichen Literatur umstritten.¹⁷ Diskutiert werden im Wesentlichen drei grundsätzliche Ansatzpunkte:

- Die „Schwere und Gefährlichkeit der Tat“¹⁸ einerseits,
- die „Verletzung internationaler Rechtsgüter“ durch das Verbrechen¹⁹ andererseits,
- sowie drittens die „Bedeutsamkeit des Unrechts für den globalen Rechtsfrieden“²⁰.

¹⁴ Ähnlich auch *Stahn/Eiffler*, KritV 82 (1999), 253 (276); *Stubby*, in: Hankel/Stubby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, 1995, S. 429 (S. 456, 457).

¹⁵ A.A. *Kirsch*, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009, S. 107 ff., der den Chapeau-Teil der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht als materielles Unrechtselement begreift, welches den internationalen Kontext (also die materielle Betroffenheit der Völkergemeinschaft durch das Unrecht) herstellt, sondern als reine Verfahrensvoraussetzung.

¹⁶ Es muss sich um ein Verhalten mit Belang für die Völkergemeinschaft handeln, es muss, mit anderen Worten, „die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“ (siehe die Präambel [Abs. 4] und Art. 5 des Romstatuts). Vgl. dazu auch *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 54.

¹⁷ Vgl. dazu die gründliche Untersuchung bei *Manske*, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003, S. 268 ff.

¹⁸ Im Anschluss an *Plawski*, Etudes de principes fondamentaux du droit international pénal, 1972, S. 75: „La gravité et la dangérosité des ces infractions permet de les appeler des crimes internationaux.“

¹⁹ So *Glaser*, Introduction a l'étude du droit international pénal, 1954, S. 7 und 11 (zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 272). Siehe auch *Glaser*, Droit international pénal conventionnel, 1970, S. 16: „[...] l'ensemble des règles juridiques, reconnues dans les relations internationales, qui ont pour but de protéger l'ordre juridique ou social international (la paix sociale internationale) par la répression des actes qui y portent atteinte; ou, en d'autres termes, l'ensemble des règles établies pour réprimer les violations des préceptes du droit international public.“ Vgl. auch *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962, S. 40 ff.

¹¹ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 8, 9 (*Herv.* der *Verf.*). Er wendet sich damit gegen eine auch der Mehrheitsentscheidung des IStGH in der Situation der Republik Kenia zu entnehmende Tendenz der internationalen Strafgerichte, die Bedeutung des die internationale Dimension begründenden Kontext-Elements der Verbrechen gegen die Menschlichkeit immer weiter zu minimieren. Ebenfalls kritisch *Kreß*, LJIL 23 (2010), 855 (856) (demnächst). Vgl. zudem auch *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 18.

¹² *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 10.

¹³ Vgl. dazu auch *Hoyer*, GA 2004, 321 (324 ff.). Zum Zusammenhang zwischen der Ausübung internationaler Straf Gewalt und der Einschränkung nationaler Souveränität siehe auch *Kreß*, LJIL 23 (2010), 855 (861).

Bei näherem Hinsehen können als Kriterien für eine begründete Abgrenzung die ersten beiden nicht überzeugen:

1. Schwere und Gefährlichkeit der Tat

Die Schwere und Gefährlichkeit der Tat alleine ist für sich genommen nicht in der Lage anzuzeigen, wann die Betroffenheit der Völkergemeinschaft genau einsetzt: Bei einem Mord als schwerster denkbare interpersonalen Freiheitsverletzung? Bei fünf Morden oder bei hundert? Dasselbe Verbrechen (etwa die Tötung eines Anderen) kann staatliches und völkerrechtliches Unrecht darstellen, je nach Stoßrichtung und übergeordnetem Zusammenhang der Tat. Zwar wird eine marginale Freiheitsverletzung eines Anderen (man nimmt ihm z.B. etwas weg oder betrügt ihn um sein Wechselgeld) niemals die Eigenschaft haben, die Völkergemeinschaft als Ganze zu betreffen. Insofern kommt es für das Völkerstrafrecht auf die „Schwere und Gefährlichkeit der Tat“ durchaus an. Die Schwere der Tat kann aber nur individuelle, nicht aber kategoriale Bedeutung haben.²¹

2. Verletzung internationaler Rechtsgüter

Der zweite der genannten allgemeinen Anknüpfungspunkte, die Verletzung internationaler Rechtsgüter, ist im ersten Zugang als Grund internationaler Betroffenheit durchaus plausibel: Wenn gezeigt werden kann, dass die Völkergemeinschaft eigene Rechtsgüter hat und diese durch ein Verhalten eines einzelnen angegriffen werden, dann ist sie in der Tat rechtlich betroffen. Die Schwierigkeit liegt aber darin, diese Rechtsgüter gültig zu bestimmen und zu begründen, inwiefern sie durch ein konkretes Verbrechen angegriffen werden. In den von Vertretern dieses Ansatzes angebotenen Formulierungen zur näheren Bestimmung der völkergemeinschaftlichen Rechtsgüter zeigt sich dies sehr deutlich:

Einen Versuch der Bestimmung hat z.B. *Triffterer* im Jahre 1966 vorgelegt: „[Völkerrechtliche] Verbrechen verletzen Rechtsgüter, denen wegen ihres besonderen Wertes für die Staatengemeinschaft der stärkste Schutz verliehen wird, den eine Gemeinschaft gewähren kann, der Schutz durch Strafrecht.“²² Ähnlich liest sich der Definitionsversuch *Oehlers*: „Unter materiellem Internationalen Strafrecht [Völkerstrafrecht] sind diejenigen Delikte zu verstehen, die nach Herkommen oder besonderen Abkommen derart bestimmt sind, dass sie gegen Rechtsgüter sich richten, an deren Erhaltung die Menschheit ein allgemeines Interesse hat.“²³ 1973 for-

mulierte dann *Jescheck* exemplarisch einige Weltrechtsgüter: „[...] international peace, human rights, and other legally protected interests of the community of nations.“²⁴ Und in *Ambos'* Kommentierung zum Weltrechtsprinzip im deutschen Recht findet sich die Bestimmung, dass die durch völkerstrafrechtliche Tatbestände geschützten Rechtsgüter „der Frieden und die Sicherheit der Menschheit“ seien.²⁵

Diesen Definitionen und Konkretisierungsversuchen²⁶ ist gemein, dass sie nur dann Aussagekraft besitzen, wenn die „Interessen“ der Menschheit bzw. der „besondere Wert“ für die Staatengemeinschaft inhaltlich bestimmt werden. Hier nun liegt aber gerade das Problem, wenn es sich um einen Rechtsbegriff der Betroffenheit handeln soll, also einer aus dem Rechtsprinzip abgeleiteten, nicht bloß beliebigen begrifflichen Erfassung gesamtgesellschaftlicher Belange.²⁷ Die Behauptung, dass es diese gibt, und die exemplarische Nennung einzelner solcher „Interessen“ entbinden nicht von der Aufgabe, sie rechtlich herzuleiten.

3. Bruch globaler Rechtsfriedensbedingungen

Das dritte der diskutierten Kriterien zur Bestimmung völkerstrafrechtlicher Verbrechen wird deswegen hergeleitet aus einem vorgängigen Verständnis eines allgemeinen, die Völkergemeinschaft verbindenden globalen Rechts.²⁸ Die Verbundenheit im Recht kann auf Weltebene zwar nur bruchstückhaft sein (d.h. zur Konkretisierung von Rechtsverhältnissen des regionalen Alltags sind auch regionale Rechtseinheiten notwendig); es existieren aber allgemein-einsichtige Prinzipien, die verbindliche Grundlinien für das Zusammenleben der Menschen und Völker auf der Welt anzugeben vermögen – und die durch besonderes Unrecht verletzt werden können.

minimal law exists the highest values and interests are protected by rules of criminal law. International crimes would, therefore, be in all likelihood only acts of subjects or objects of international law which strike at the very roots of international society.“ (Fn. weggelassen); vgl. ferner *Manske* ([Fn. 17], S. 272) Zusammenfassung der Aussage *Glaser's*. Siehe dazu auch das bei *Plawski* (Fn. 18), S. 73 besprochene Zitat *Glaser's*: „[...] un fait contraire au droit international et, de plus tellement nuisible aux intérêts protégés par ce droit qu'il s'établit dans les rapports entre les Etats une règle lui attribuant un caractère criminel [...]“.

²⁴ *Jescheck*, in: Bassiouni/Nanda (Hrsg.), *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, Bd. 1, S. 49 (S. 61).

²⁵ *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 49.

²⁶ Vgl. ferner auch *Meseke*, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, 2004, S. 188 ff.

²⁷ Eine solche Betroffenheit setzt bei seiner Definition ebenfalls schon voraus *Pella*, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 1926, S. 175.

²⁸ Als geistige Grundlage für diese globale Rechtsordnung dient hier die Rechts- und Friedenslehre *Kants*. Weitere Nachweise bei *Gierhake* (Fn. 20).

²⁰ So *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 245 ff. Dieser Ansatz verdankt sich auch den Vorarbeiten von *Köhler* (*Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 [2003], 435) und *Manske* (Fn. 17).

²¹ Ähnlich *Manske* (Fn. 17), S. 291-297.

²² *Triffterer*, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, S. 178.

²³ *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 1983, S. 605 (auch zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 272); vgl. auch *Schwarzenberger*, in: *Mueller/Wise* (Hrsg.), *International Criminal Law*, 1965, S. 3 (S. 13): „In any social group in which a cri-

Das gemeinsame „Interesse“ der Völkergemeinschaft kann darin erblickt werden, dass alle Völker und Individuen für ein freiheitliches, selbstbestimmtes Leben gleichermaßen auf einen globalen Rechtsfrieden angewiesen sind.²⁹ Das Weltrecht muss deshalb die Bedingungen angeben und in einem zweiten Schritt garantieren, unter denen ein solcher Weltfriede als Rechtsfriede tatsächlich möglich ist. Diese Bedingungen eines weltweiten Rechtsfriedens sind vorgängig zu bestimmen und werden hier nur grob umrissen (dazu unter a),³⁰ bevor völkerrechtliches Unrecht als Bruch dieser fundamentalen Rechtsfriedensbedingungen bestimmt werden kann (b):

a) Als Kernbedingungen sind erstens einerseits die Freiheit der Staaten (die als von der Freiheit der Individuen abgeleitet zu denken ist) und andererseits ihre gegenseitige Anerkennung im Interstaatenverhältnis zu nennen.

Unter der „Freiheit der Staaten“ wird hier ihre je eigene innere Verfasstheit als souveräne Rechtseinheit verstanden – verbunden mit dem legitimatorischen Anspruch, dass die Staaten in ihrer Verfasstheit Ausdruck der Selbstbestimmung ihrer Bürger zu sein haben, womit staatliche Diktaturen und Unterdrückungssysteme als Moment der Weltrechtsordnung notwendig ausscheiden müssen.³¹ Dieses Erfordernis fußt auf der Grundüberzeugung, dass allen Menschen ein angeborenes Recht auf Freiheit (das „ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“³², das Menschen-

recht³³) zukommt, welches sich in der Rechtsgemeinschaft mit anderen zwar in eine gesetzliche Freiheit wandelt, sich aber nicht verliert.

Mit der „Anerkennung“ der Staaten untereinander ist gemeint, dass sie sich als gleichbedeutsame Mitkonstituenten der gemeinsamen Rechtsordnung gegenseitig auch in ihrer Differenz gelten zu lassen haben.³⁴ Der Grund dafür liegt in ihrer jeweiligen Gleichursprünglichkeit im freien Willen ihrer (rechtlich-verfassten) Völker.

Diese wechselseitige Anerkennung bedeutet dann zugleich, dass die Differenz der staatlichen Gemeinschaften nicht aufzuheben ist; eine weltstaatliche Vereinigung aller Völker kann und muss also nicht das Ziel weltrechtlicher Annäherung sein.³⁵ Im Gegenteil ist mit der „So-Verfasstheit“ der Einzelstaaten ein wesentliches Moment konkreter rechtlicher Selbstbestimmtheit verbunden, welches sich in einem Weltstaat notwendig auflösen müsste.³⁶ Deshalb ist das Verhältnis der Staaten zueinander zwar rechtlich zu gestalten, nicht aber in der Form einer den Staaten übergeordneten staatlichen Zwangsgewalt (die notwendig zu Despotismus führen würde), sondern in einem Rechtsverbund freier, je eigenständig verfasster Rechtsgemeinschaften – in einem Völkerbund. Dies ist das zweite notwendige Element der Weltrechtsordnung. Die Vereinten Nationen bilden zu einem gewissen Grad eine solche rechtliche Verfasstheit, in der die Anerkennung gegenseitiger Souveränität und das damit verbundene Gewaltverbot grundsätzlich garantiert werden sollen, um den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren.³⁷

²⁹ Auf den „friedenssichernden Charakter“ des Völkerstrafrechts stellen z.B. auch ab *Stahn/Eiffler* (Fn. 14), S. 263-268. Bei ihnen wird der „Frieden“ anders als hier primär negativ, d.h. als die Abwesenheit von Krieg, begriffen. „Rechtsfrieden“ in dem hier beschriebenen Sinne meint dagegen eine umfassende, auf Rechtsprinzipien basierende Weltordnung, ist also auch positiv gefasst (vgl. dazu auch sogleich im Text).

³⁰ Vgl. zu einer rechtsphilosophischen Fundierung der Grundbedingungen eines Weltrechts *Gierhake* (Fn. 20), S. 210 ff.

³¹ Dass diesem Anspruch in der Realität heutiger völkerrechtlicher Verhältnisse angesichts einer Vielzahl auf Unfreiheit und Gewalt beruhender staatlicher Zwangsherrschaften längst nicht genügt wird, ist ein Faktum, auf welches zu Recht hingewiesen wird (vgl. *Kreß*, JZ 2006, 981 [987 mit Fn. 67]). Dass dieses Faktum aber nichts daran ändern kann, dass nur solche rechtlich-freien Einheiten die erste Stufe einer *legitimen* Weltrechtsordnung bilden können, ist ebenso gewiss. Deshalb ist für einen Entwurf der völkerrechtlichen Rechtsordnung nach Prinzipien (und nicht nach Realitäten) an diesem Erfordernis festzuhalten; es bildet die normative Richtschnur für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse auf Staats- und Weltebene.

³² *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. VIII (hrsg. v. Weischedel), (1. Aufl. [A] 1797; 2. Aufl. [B] 1798), AB 45 (Akademie-Ausg. Band VI, S. 237): „Freiheit, sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist (das) einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.“

³³ Vgl. dazu auch *Köhler*, in: Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 61.

³⁴ Ausgeschlossen ist damit eine (besonders häufig, aber nicht nur von westlichen Staaten aufgestellte) Behauptung der Überlegenheit bestimmter Lebensformen gegenüber anderen. Ein Kultur- und/oder Rechtsexport, womöglich sogar verbunden mit gewaltsamer Intervention, ist dem Prinzip der Anerkennung nicht gemäß und kann einen eigenständigen Selbstbestimmungsprozess des betroffenen Volkes niemals ersetzen (vgl. dazu *Jacob*, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, S. 114, 115). Umgekehrt ist im Begriff der Anerkennung aber auch eine Gegenseitigkeit angelegt, die einen Anspruch gegenüber jeder anzuerkennenden Rechtseinheit beinhaltet: Anerkannt werden kann nur, wer selbst die Grundbedingungen der Anerkennung erfüllt, d.h. ein Gegenüber darstellt, das zu Recht als verfasste Einheit selbstständiger Bürger auftritt (sich dies also nicht nur anmaßt) und das seinerseits bereit zur Anerkennung des Anderen (auch in seiner Differenz) ist. Darauf im Rahmen friedlicher Maßnahmen hinzuwirken, ist deshalb legitim und zur Beförderung der Grundbedingungen globalen Friedens notwendig.

³⁵ Vgl. dazu nochmals *Jacob* (Fn. 34), S. 143-154. Siehe zudem im Zusammenhang mit dem Völkerstrafrecht *Stuby* (Fn. 14), S. 442 ff. und 455 ff.

³⁶ Begründung bei *Gierhake* (Fn. 20), S. 231-238 (m.w.N.).

³⁷ Vgl. dazu Art. 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen.

Über die Existenz freiheitlicher Staaten und ihren Verbund hinaus, muss das Weltrecht schließlich die Stellung des einzelnen Individuums im Verhältnis zum Staat und zur Staatengemeinschaft regeln – die dritte Bedingung eines Weltrechtsfriedens. Dem Einzelnen muss gewährleistet sein, dass er weltweit als Rechtssubjekt geachtet wird – wenn auch nicht überall mit dem Anspruch auf Staatsbürgerschaft, so doch mit dem Anspruch auf lebens- und würdeerhaltendem Respekt. Dies ist von den Einzelstaaten sowohl im Umgang mit ihren eigenen Bürgern – im Inneren der verfassten Rechtseinheit, also zunächst als innere Angelegenheit – als auch im Falle der Ankunft von Fremden zu gewährleisten. Letzteres muss Gegenstand eines Weltbürgerrechts³⁸ sein, das dem Einzelnen erlaubt, sich jeder Rechtsgemeinschaft als Mitglied anzubieten, ohne befürchten zu müssen, deswegen in seiner Rechtssubjektivität verletzt zu werden.³⁹

b) Für den völkerrechtlichen Kriminalunrechtsbegriff lässt sich daraus nun schließen, dass die einzelne Straftat Bedeutung für den globalen Rechtsfrieden haben muss, dass sie sich – anders ausgedrückt – gegen dessen Grundbedingungen richten muss.⁴⁰ Mit einem „globalen Rechtsfrieden“ der beschriebenen Art ist dabei deutlich mehr gemeint als ein Zustand der Abwesenheit von Krieg („internationaler Frieden und Sicherheit der Menschheit“), der häufig als *das* „Rechtsgut“ des Völkerstrafrechts genannt wird.⁴¹ Ein Rechtsfrieden setzt eine – letztlich auf dem Menschenrecht des einzelnen Subjekts, also auf Freiheit basierende – Weltrechtsordnung voraus. In dieser Ordnung sind die Rechtssubjekte (Individuen und Staaten) über rechtliche Grundprinzipien verbunden und damit auch durch Unrecht verletzbar.

Ein völkerstrafrechtliches Verbrechen muss daher mit der Verletzung des Anderen im Interpersonalverhältnis (Tötung, Verletzung, Versklavung etc.) gleichzeitig mindestens eine der Grundbedingungen des Rechtsfriedens auf Weltebene

angreifen, also: die prinzipielle Anerkennung des Menschenrechts (von der alles andere abgeleitet ist), die Existenz freier Staaten, die Möglichkeit eines friedenserhaltenden Völkerbundes oder die grundsätzliche Achtung des Weltbürgerrechts. Lässt sich eine solche Bedeutsamkeit des einzelnen Delikts nicht feststellen, so handelt es sich bei ihm nicht um völkerrechtliches Unrecht, und es fällt nicht unter die völkerrechtliche Strafgerichtsbarkeit.

Der IStGH nimmt in seiner Entscheidung zur Situation in Kenia zu dem grundlegenden Kriterium völkerstrafrechtlichen Unrechts keine Stellung. Dementsprechend kann er seine Aussagen im Rahmen der Überlegungen zum Kontext-Element bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht auf Prinzipien stützen, sondern nur fallbezogen argumentieren. Dies zeigt sich besonders bei der Auslegung des zum Merkmal des ausgedehnten und systematischen Angriff auf eine Zivilbevölkerung gehörenden „state or organizational policy“-Erfordernis (dazu sogleich), bei dem das Gericht sich explizit auf eine „case-by-case“-Basis stützt und eine strikt rechtliche Definition („rigid legal definition“) für verzichtbar hält.⁴² Diese Prinzipienferne ist einerseits zu beklagen, weil der IStGH dadurch die Bedeutsamkeit der Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Unrecht für seine eigene Legitimität übersieht. Andererseits führt sie in der konkreten Entscheidungssituation dazu, dass das Erfordernis rechtlicher Bestimmtheit und Voraussehbarkeit (welches gerade im Strafrecht von herausgehobener Bedeutung ist) nicht beachtet wird. Im Grundzug ist deswegen *Kaul* mit seiner abweichenden Meinung zuzustimmen, wenn er mehr Sorgfalt bei der Auslegung des die internationale Dimension eröffnenden Kontext-Elements einfordert.

IV. Zum Gesamtatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Entscheidung des IStGH in der „Situation“ der Republik Kenia vom 13.3.2010

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁴³ ist die genaue Bestimmung des universalen Moments umstritten.⁴⁴

³⁸ Vgl. zu dem Konzept des Weltbürgerrechts bei *Kant* dessen Friedensschrift (Zum ewigen Frieden, Dritter Definitivartikel).

³⁹ Das bedeutet, dass Fremde bei Ankunft in einem fremden Staat (beispielsweise nach einer Überfahrt über das Mittelmeer an den Küsten Spaniens oder Italiens) nicht gewaltsam empfangen werden dürfen, sondern allenfalls nach Prüfung ihres Falles in ihre Heimat zurück geschickt werden dürfen, soweit ihnen dort nicht der Untergang droht.

⁴⁰ Erster Hinweis in diese Richtung schon von *Köhler*, ZStW 113 (2001), 827 (866). Vgl. zur Herleitung und näheren Ausarbeitung dieses Kriteriums *Gierhake* (Fn. 20), S. 245 ff.

⁴¹ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 24 und 25, sowie *Pickard*, Florida Journal of International Law 12 (1998), 1; siehe außerdem *Mohr*, in: Hankel/Stuby (Fn. 14), S. 401 (S. 403). *Triffterer* sieht in der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des internationalen Friedens und der Sicherheit der Menschheit das durch alle völkerrechtlichen Straftatbestände geschützte Rechtsgut der Völkergemeinschaft; in diesem Rechtsgüterschutz liege das „Charakteristische des Völkerstrafrechts und zugleich seine Rechtfertigung“ (in: Hankel/Stuby [Fn. 14], S. 169 [S. 221]); vgl. ferner *Hoffmann* (Fn. 19), S. 41.

⁴² ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 93. Dies kritisiert zu Recht auch *Kreß*, LJIL 23 (2010), 855 (857 ff.).

⁴³ Zur Entwicklungsgeschichte und Kodifikation im Romstatut vgl. *Bassiouni*, in: Bassiouni (Hrsg.), International Criminal Law, 2. Aufl. 1999, Bd. 1, S. 521 ff.; *Currat*, Les Crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, 2006, Chapitre 1, insbesondere S. 32 ff.; *Hwang*, Fordham International Law Journal 22 (1998), 457; *Kirsch* (Fn. 15), Kap. 1 (S. 17-105); *Manske* (Fn. 17), S. 35-172; *McCormack*, in: McGoldrick/Rowe/Donnelly (Hrsg.), The Permanent International Criminal Court, Legal and Policy Issues, 2004, S. 179 ff.; *Robinson* (Fn. 10); *Van Schaack*, Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), 787; knapp auch *Werle/Burchards* (Fn. 10), § 7 VStGB Rn. 4-9 (m.w.N.).

⁴⁴ Vgl. nur *Becker*, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, 1996, S. 148 ff. (die als Unterscheidungskriterium zwischen „klassischem Strafrecht“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ auf die „wertordnungs-

Nach der Fassung im Romstatut sind sie dadurch gekennzeichnet, dass sie im „Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs“ begangen werden (Art. 7 Abs. 1 des Romstatuts), wobei „Angriff gegen die Zivilbevölkerung“ eine Verhaltensweise bedeutet, „die mit der mehrfachen Begehung der in Absatz 1 genannten Handlungen gegen die Zivilbevölkerung verbunden ist, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat“ (Art. 7 Abs. 2 lit. a des Romstatuts).

Ob dieses letztere Moment (die Existenz einer Politik eines Staates oder einer sonstigen Organisation) im Falle der „Situation Kenia“ gegeben war, ist Gegenstand des Streites zwischen der Mehrheit der Vorverfahrenskammer II des IStGH und *Kaul*. Während die Mehrheit das Merkmal weit auslegt und im konkreten Fall für gegeben erachtet, plädiert *Kaul* für eine möglichst restriktive Auslegung mit der Folge der Verneinung im Falle der „Situation“ Kenia.

Bevor auf die beiden Argumentationsgänge näher eingegangen wird, soll kurz die „Situation“ in Kenia im Zusammenhang mit den Wahlen von 2007 dargestellt werden (dazu 1.).⁴⁵ Sodann werden die in der Entscheidung und der abweichenden Meinung vorgestellten Interpretationsmöglichkeiten des Kontextelements näher dargestellt (2. und 3.).

1. Situation in der Republik Kenia nach den Wahlen von 2007

Nach der Schilderung des Gerichts,⁴⁶ das sich dabei primär auf die bisherigen Ermittlungsergebnisse des Anklägers stützt, soll es bei Ausschreitungen in Kenia im Zusammenhang mit den Wahlen im Jahre 2007 zu hunderten von Vorfällen („incidents“) gekommen sein, u.a. zu Mord, Vergewaltigung und anderen Formen sexueller Gewalt, Deportationen und anderen unmenschlichen Akten („other inhumane acts“), die einen verschiedenen Grad von Organisation aufwiesen.

feindliche Gesinnung“ des Täters abstellen will); *Gierhake* (Fn. 20), S. 271-276; *Kuschnik* (Fn. 9), S. 217 ff.; *Lehmeler*, Die Strafbarkeit von Vertreibungen aus ethnischen Gründen im bewaffneten nicht-internationalen Konflikt, 1999, S. 191 ff.; *Manske* (Fn. 17), Sechster Teil der Arbeit; *Meseke* (Fn. 26), S. 128 ff.; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2007, Rn. 754 (die Tat stelle die Humanität als solche in Frage und betreffe damit die Völkergemeinschaft als Ganze).

⁴⁵ Einen präzisen Einblick in den juristisch relevanten Sachverhalt gibt die Entscheidung leider nicht. Dies mag zum Teil daran liegen, dass die tatsächlichen Ermittlungen noch nicht den Stand von „Entscheidungsreife“ (im Sinne eines strafrechtlichen Urteils) erreicht haben, sondern nur soweit gediehen sind, dass darüber entschieden werden kann, ob weiter ermittelt werden soll. Auf diesen vorläufigen Charakter weist das Gericht explizit hin und macht auch deutlich, dass durch seine Entscheidung das Ergebnis im Hauptverfahren in keiner Weise präjudiziert ist.

⁴⁶ Vgl. dazu ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, paras. 100 ff.

Dabei habe es eine signifikante Anzahl von Gewaltakten gegeben, die in drei verschiedene Kategorien gefasst werden können:

- Attacken, die initiiert wurden von Gruppen, die dem „Orange Democratic Movement (ODM)“ zugerechnet werden können, und die sich gegen Unterstützer der „Party of National Unity (PNU)“ richteten.
- Vergeltungsakte von Mitgliedern und Unterstützern der PNU, die sich gegen diejenigen richteten, die sie für verantwortlich für die ursprünglichen Gewaltakte hielten.
- Eine große Anzahl von Gewaltakten, die von der Polizei verübt wurden: Zwischen Juni und Oktober 2007 habe die Polizei mindestens fünfhundert „suspected Mungiki members in a government campaign aimed at the suppression of the gang“ exekutiert. Ferner seien hunderte von Menschen von „Government’s security forces“ im Rahmen einer Operation gegen die „Sabao Land Defence Force (SLDF)“ gefoltert und getötet worden. Zudem sei es zwischen dem 27.12.2007 und dem 28.2.2008 zu exzessivem Einsatz von Gewalt und zu absichtlichem Untätigbleiben der Polizei gekommen, zum Teil in Kollaboration mit den Angreifern. Der Ankläger bekräftigte in diesem Zusammenhang ferner, dass Mitglieder organisierter Gruppen, die mit Mitgliedern oder Unterstützern der PNU oder dem ODM in Verbindung gebracht wurden, absichtlich Zivilpersonen angriffen, von denen vermutet wurde, dass sie mit der jeweils rivalisierenden Gruppe sympathisierten und dass diese Gewaltakte auf ethnischer oder politischer Zugehörigkeit basierten.

Im Zentrum der (einigermaßen verwirrend) beschriebenen Ereignisse lag die nationale Präsidentschaftswahl Kenias am 30.12.2007.⁴⁷ Als Resultat der Wahl hatte die Wahlkommission Kenias kundgegeben, dass Präsident Mwai Kibaki von der PNU gegen den Oppositions-Kandidaten Raila Odinga vom ODM gewonnen hatte und wieder gewählt worden war. Dies löste die Eruption von Gewalt in sechs von acht Kenianischen Regionen aus, innerhalb derer es zu Tötungen, Vergewaltigungen, Verletzungen, ausgedehnten Plünderungen und willkürlichen Zerstörungen kam, die dazu führten, dass ca. 350.000 Menschen flüchten mussten. Der größte Teil der Gewalt wurde zwischen dem 29.12.2007 und dem 28.1.2008 verübt. Sowohl die ursprünglichen Gewaltakte als auch die Vergeltungsschläge wurden von „gangs“ junger Männer ausgeführt, die in unterschiedlicher Weise durch Führungspersonal der beiden großen politischen Parteien bzw. durch Geschäftsleute, die mit diesen Parteien in Verbindung standen, unterstützt wurden.

⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden siehe die verständliche Zusammenfassung der Situation von *Kreß*, LJIL 23 (2010), 855 f., mit Verweis auf das Anklagedokument: Office of the Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, 26.11.2009 – ICC-01/09, paras. 56 ff.).

2. Die Entscheidung des IStGH zum Kontext-Element

Nach der Mehrheitsentscheidung sind für den Gesamtatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit fünf Voraussetzungen zu erfüllen:⁴⁸

- Ein Angriff, der sich gegen eine Zivilbevölkerung richtet (vgl. dazu unten a) aa)
- ein politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation (a) bb),
- ein ausgedehnter oder systematischer Angriff (a) cc),
- ein Nexus zwischen dem individuellen Akt und dem Angriff (a) dd)
- sowie das Wissen um den Angriff.

Das Gericht untersucht in seinem Urteil die ersten vier Voraussetzungen (die fünfte lässt es wegen der mangelnden Aufklärbarkeit der inneren Tatseite zum gegebenen Zeitpunkt außer Betracht). Dabei geht es so vor, dass es zunächst eine abstrakt-begriffliche Klärung der einzelnen Merkmale anstrebt – zum Teil unter Rekurs auf die sog. „Elements of Crimes“ (Elements)⁴⁹ – (paras. 76 ff.) und im zweiten Schritt die Subsumtion für den konkreten Fall Kenia (paras. 99 ff.) folgen lässt.

Hier soll der Schwerpunkt der Untersuchung auf die rechtlichen Voraussetzungen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelegt werden (dazu unter a), so dass die Subsumtion des Gerichts im konkreten Fall Kenias nur knapp beleuchtet wird (b).

a) Definitionsmerkmale des Kontext-Elements

aa) Angriff gegen eine Zivilbevölkerung

Ein „Angriff“ gegen eine Zivilbevölkerung setzt nach der Kammerentscheidung „a campaign or operation carried out against the civilian population“ voraus, wobei „Angriff“ genauer einen „course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7 (1)“ meint.⁵⁰

Unter „Zivilbevölkerung“, die als potentielles Opfer in Frage kommt, versteht das Gericht bestimmte Gruppen, die nach Nationalität, ethnischer Herkunft oder „other distinguishing features“ unterschieden werden. Entscheidend dabei sei, dass sich der Angriff gegen eine Zivilbevölkerung als Gesamtheit und nicht bloß gegen zufällig ausgewählte Individu-

en richtet, wobei es sich nicht um die gesamte Bevölkerung einer bestimmten Gegend handeln müsse.⁵¹ Immerhin müsse aber die Zivilbevölkerung das primäre Ziel des Angriffs und dürfe nicht bloßes Zufallsopfer („incidental victim“) sein.⁵²

bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation

Der politische Plan eines Staates oder einer Organisation („state or organizational policy“) erfordere (mit Rekurs auf Art. 7, Introduction, para. 3 der Elements), dass „a State or organization actively promote or encourage such an attack against the civilian population“.⁵³

In Ermangelung einer Definition von „politischem Plan“ („policy“) im Statut oder den Elements bezieht sich die Vorverfahrenskammer II zur näheren Bestimmung des Merkmals im Folgenden auf vorherige Entscheidungen (von ihr selbst „Präzedenzfälle“ genannt)⁵⁴ ihrer eigenen Kammer und der Vorverfahrenskammer I.⁵⁵

Danach setze das Merkmal weiter voraus, dass es sich um einen gründlich organisierten („thoroughly organised“) Angriff handeln muss, der einem gleichmäßigen Muster („regular pattern“) folgt. Ferner müsse der Angriff ausgeführt werden zur Förderung eines gemeinsamen politischen Plans. Ein solcher Plan könne entweder von Personengruppen, die die Herrschaft über ein bestimmtes Territorium haben, oder von irgendeiner Organisation mit der Fähigkeit, einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen eine Zivilbevölkerung zu unternehmen, ausgehen. Der Plan müsse dabei nicht ausdrücklich definiert sein, es genüge, dass der Angriff überhaupt geplant, zielgerichtet oder organisiert ist – als Gegensatz zu spontanen oder isolierten Gewaltakten.

Ferner rekurriert die Kammer zur Auslegung des „policy“-Merkmals auf Urteile der ad-hoc-Tribunale und der International Law Commission (ILC). Zitiert wird beispielsweise eine Passage aus einer Entscheidung des ICTY (Prosecutor v. Blaškić)⁵⁶, in der es heißt:

„(The plan to commit an attack) need not necessarily be declared expressly or even stated clearly and precisely. It may be surmised from the occurrence of a series of events, inter alia:

- the general historical circumstances and the overall political background against which the criminal acts are set;

⁴⁸ Vgl. ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 79. Im Folgenden wird immer auf den englischen Originaltext Bezug genommen; teils werden Passagen von der *Verf.* wegen der besseren Verständlichkeit für deutsche Leser (zum Teil auch nur sinngemäß) übersetzt; wo es auf den genauen Wortlaut ankommt, werden Passagen jedoch im Original übernommen.

⁴⁹ Die „elements of crimes“ stellen eine Auslegungshilfe der sog. Preparatory Commission for the International Criminal Court dar, die ihrerseits zwar keinen bindenden Charakter hat, aber als eine Art Kommentierung des Romstatuts gelten kann.

⁵⁰ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 80.

⁵¹ Vgl. dazu auch *Werle* (Fn. 44), Rn. 756.

⁵² ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, paras. 81, 82.

⁵³ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 83.

⁵⁴ Vgl. ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 86.

⁵⁵ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 84, mit Verweis auf den Fall *Katanga and Ngudjolo*, ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the confirmation of charges – ICC-01/04-01/07-717, para. 396.

⁵⁶ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić), para. 204.

- the establishment and implementation of autonomous political structures at any level of authority in a given territory;
- the general content of a political programme, as it appears in the writings and speeches of its authors;
- media propaganda;
- the establishment and implementation of autonomous military structures;
- the mobilisation of armed forces;
- temporally and geographically repeated and co-ordinated military offensives;
- links between the military hierarchy and the political structure and its political programme;
- alterations to the ‚ethnic‘ composition of populations;
- discriminatory measures, whether administrative or other (banking restrictions, laissez-passer, ...);
- the scale of the acts of violence perpetrated – in particular, murders and other physical acts of violence, rape, arbitrary imprisonment, deportations and expulsions or the destruction of non-military property, in particular, sacral sites.“

Auf die genannten Faktoren könne die Kammer sich unter anderem beziehen, wenn sie untersuche, ob dem Angriff auf die Kenianische Zivilbevölkerung ein politischer Plan zugrunde lag.⁵⁷

In Bezug auf die Definition eines „Staates oder einer Organisation“, von denen der Plan ausgehen muss, weist das Gericht darauf hin, dass eine staatliche Planung nicht unbedingt von der höchsten Staatsebene ausgehen muss, sondern auch regionale oder lokale Staatsorgane als Urheber ausreichen. Bezüglich des Terminus der „Organisation“ bestehe im Statut selbst eine Unklarheit. Diese sei teilweise so aufgelöst worden, dass nur „staatsähnliche“ Organisationen unter Art. 7 Romstatut fallen sollen. Die Kammer ist dagegen der Auffassung, dass die formale Natur der organisierenden Gruppe und das Maß der Organisation nicht das entscheidende Kriterium sein können. Vielmehr soll es darauf ankommen, ob die Gruppe die (tatsächliche) Fähigkeit besitzt, Akte auszuführen, die basale menschliche Werte verletzen („whether a group has the capacity to perform acts which infringe on basic human values“).⁵⁸

Gestützt wird diese Auffassung durch einen Hinweis auf die Arbeit der ILC, in der für das Merkmal des staatlichen Plans darauf hingewiesen wird, dass nicht nur „public officials or representatives“ als mögliche Täter in Betracht kämen. Sie hätten zwar wegen ihrer offiziellen Position „far-reaching factual opportunity to commit the crimes covered by the draft article; yet the article does not rule out the possibility that private individuals with de facto power or organized in criminal gangs or groups might also commit the kind of system-

atic or mass violations of human rights covered by the article; in that case, their acts would come under the draft Code.“⁵⁹

Die Kammer schließt daraus, dass auch Organisationen, die nicht mit einem Staat verbunden sind, einen dem Statut entsprechenden „politischen Plan“ ausführen und dementsprechend die Zivilbevölkerung angreifen können. Ob eine Gruppe als „Organisation“ im Sinne des Statuts anzusehen ist, sei auf einer „case-by-case“-Basis zu entscheiden, wobei verschiedene Gesichtspunkte bei dieser Entscheidung eine Rolle spielen könnten, u.a. auch die folgenden:⁶⁰

- ob die Gruppe unter einem verantwortlichen Befehl steht oder eine bestimmte Hierarchie etabliert hat,
- ob sie faktisch die Mittel besitzt, um einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung auszuführen,
- ob sie Kontrolle über einen Teil eines Staates ausübt,
- ob sie kriminelle Akte gegen die Zivilbevölkerung als primäres Ziel hat,
- ob sie das Ziel (implizit oder explizit) erkennen lässt, die Zivilbevölkerung angreifen zu wollen,
- oder ob sie schließlich zu einer größeren Gruppe gehört, die einige oder alle der oben genannten Kriterien erfüllt.

Es sei wesentlich klarzustellen, dass diese Kriterien bei der Entscheidungsfindung der Kammer helfen können, sie aber keine strikt juristische Definition bildeten und auch nicht erschöpfend erfüllt sein müssen.⁶¹

cc) Ausgedehnter oder systematischer Angriff

Der Grund für das Erfordernis eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs liegt nach der Kammerentscheidung darin, isolierte oder zufällige Akte aus dem Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit herauszuhalten. Als „ausgedehnt“ definiert das Gericht „the large scale nature of the attack, which should be massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims“.⁶² Das Merkmal „systematisch“ verweise demgegenüber auf die organisierte Form der Gewaltakte. Der systematische Charakter eines Angriffs könne sich zeigen in „patterns of crimes, in the sense of non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis“. Um die Systematik eines Angriffs näher zu erfassen, bezieht sich das Gericht wiederum auf Entscheidungen der ad-hoc-Tribunale;⁶³ einerseits des ICTR, das folgende Definitionsmerkmale festgelegt hat:

⁵⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 91.

⁶⁰ Kritisch zu dieser Auflistung möglicher Kriterien *Kreß*, LJIL 23 (2010), 855 (857 ff.).

⁶¹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 93.

⁶² ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 95.

⁶³ Vgl. ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 96.

⁵⁷ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, paras. 87, 88.

⁵⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, paras. 89-90. Eine tragfähige Begründung für diese Auffassung fehlt allerdings.

- Gründliche Organisation,
- einem regelmäßigen Muster folgend,
- auf der Basis eines gemeinsamen Plans ausgeführt,
- unter Beteiligung beträchtlicher öffentlicher oder privater Mittel,⁶⁴

andererseits des ICTY, welches folgende Merkmale für notwendig hält:

- Ein politisches Ziel oder einen politischen Plan,
- Delikte in großem Ausmaß oder immer wiederkehrender Begehung, die miteinander verbunden sind,
- Verwendung signifikanter öffentlicher oder privater Mittel,
- die Verwicklung hochrangiger politischer oder militärischer Autoritäten.⁶⁵

dd) Nexus zwischen Einzelakten und Angriff

Um das Erfordernis eines Nexus zwischen der einzelnen Straftat und dem Angriff festzustellen, sind laut der Kammerentscheidung die Art des Delikts, sowie seine Zielrichtung und Konsequenzen zu untersuchen. Insbesondere isolierte Akte, die aus dem Gesamtzusammenhang heraus fielen, seien dann nicht unter Art. 7 Abs. 1 des Romstatuts zu subsumieren.

b) Subsumtion im Fall der „Situation“ der Republik Kenia

aa) Angriff gegen die Zivilbevölkerung

Bezogen auf die Frage, ob ein Angriff gegen die Zivilbevölkerung vorgelegen hat, stellt das Gericht fest, dass es zu einer hohen Anzahl („significant number“) von Einzelverbrechen (u.a. Mord, Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt, Deportationen) gekommen ist, die sich primär gegen die Zivilbevölkerung (u.a. gegen Firmengelände, Wohnbezirke mehrerer Dörfer, einzelne Häuser und Orte, in denen die Menschen Schutz gesucht hatten) richteten. Dabei habe es sich auch um identifizierbare Gruppen von Zivilpersonen gehandelt: Bei den ursprünglichen Angriffen sei vor allem die Bevölkerungsgruppe, die mit der PNU in Verbindung gebracht wurde, die „non-Kalenjin-community“ zum Opfer geworden, genauer das Volk der Kikuyu und ethnisch Zugehörige der Kisii und Luhya.⁶⁶ Während der Welle der Racheakte sei dann die Bevölkerung, die zu den Anhängern des ODM gezählt wurde, Opfer der Gewalt geworden, also „non-Kikuyu-communities, including in particular people of Ka-

lenjin, Luo and Luhya ethnicity“.⁶⁷ Die entsprechenden Opfer seien auch gezielt ausgewählt worden. Die Gewalt, die von der Polizei ausging, habe sich außerdem gezielt gegen Individuen der Kikuyu-gangs gerichtet.

bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation

Die Frage, ob der Gewalt ein politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation zugrunde lag, bejahte das Gericht ebenfalls.⁶⁸ Zwar sei die Gewalt spontan ausgebrochen, aber sie sei insgesamt nicht bloß eine Akkumulation einzelner Akte gewesen. Im Gegenteil sei eine ganze Reihe von Angriffshandlungen geplant, überwacht oder organisiert gewesen, und zwar von verschiedenen Gruppen einschließlich lokaler Führungspersonen, Geschäftsleuten und Politikern, die mit einer der beiden politischen Parteien zusammenhingen, außerdem von Kräften der Polizei.

(1) Bezogen auf die erste Gewaltwelle habe es Treffen von lokalen Führern, Geschäftsleuten und Politikern gegeben, in denen das Ziel der Vernichtung der Kikuyu-Bevölkerungsgruppe besprochen und in denen die Gewalt koordiniert, sowie Finanzierungsmöglichkeiten organisiert wurden. Außerdem habe es zusätzliche Treffen gegeben, bei denen Geschäftsleute und Politiker Gruppen junger Leute Instruktionen gegeben und sie mit Waffen und Geld versorgt haben, um die Angriffe zu ermöglichen. Ferner sei es zu Ausbildungsmaßnahmen und zum Einschwören auf den Angriff („training and oathing“) gekommen, was in einzelnen Fällen direkt zu Angriffen gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen geführt habe. Vor den Wahlen habe es politische Aufstachelungsrhetorik mit dem Ziel der Vernichtung der Kikuyu gegeben, die durch Flugblätter oder die Medien veröffentlicht wurde.

Die organisierte Natur der Angriffe lasse sich ferner aus der Strategie und der Methode der Angriffe erkennen. Sie seien gut koordiniert und organisiert gewesen, es habe große Gruppen von Gewalttätern („raiders“) gegeben, die aus verschiedenen Richtungen eintrafen, gleichzeitige Angriffe ausführten und schichtweise kämpften; einzelne Gruppen seien als innerlich zusammengehörig erkennbar gewesen (beispielsweise durch Uniformierung oder Gesichtsbemalung). Ferner sei die Ausstattung der Gruppen (Fahrzeuge, Benzin, Waffen) sehr gut gewesen, was eine Finanzierung durch Geschäftsleute oder Politiker nahe lege.

Bezogen auf das Wesen derer, die hinter der ersten Gewaltwelle steckten, stellt das Gericht fest, dass es sich um Kalenjin-Führungspersonen, Geschäftsleute und ODM-Politiker, einschließlich Kabinettsministern, gehandelt habe. Einige ODM-Politiker hätten in der Öffentlichkeit mehrfach das Ziel geäußert, die Kikuyu-Bevölkerungsgruppe zu vernichten.

⁶⁴ ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), para. 580 (Übersetzung der *Verf.*).

⁶⁵ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić), para. 203 (Übersetzung der *Verf.* nach der Zusammenfassung des IStGH in para. 96. Der IStGH zitiert hier das Jugoslawientribunal jedoch nicht vollständig, was eine bestimmte Bedeutung des Systematik-Erfordernisses unterschlägt, auf die unten im Rahmen der Stellungnahme der *Verf.* noch näher eingegangen werden soll).

⁶⁶ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 111.

⁶⁷ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 112.

⁶⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, paras. 115 ff. (der folgende Text folgt diesen Passagen im Urteil).

(2) Bei der zweiten Welle der Gewalt (Racheaktionen) habe es ähnliche Strukturen gegeben, die ebenfalls auf eine Organisation und Planung hinwiesen. Es habe u.a. sowohl Hassreden von Politikern gegen Non-Kikuyu-Gruppen gegeben als auch ethnische Propaganda von religiösen Führern und lokalen Medien. Ferner seien auch die Gegenangriffe gut organisiert und strukturiert gewesen, Jugendliche seien für ihre Partizipation bezahlt worden, PNU-Politiker hätten die Gewalt finanziert, sowie Waffen, Fahrzeuge und Benzin bereitgestellt. Die Gruppen, die die Racheakte geplant hätten, seien Kikuyu-Führer, Geschäftsleute und PNU-Politiker gewesen.

(3) Die Gewalt, die von der Polizei ausging, sei in der Folge von Regierungskampagnen verübt worden, die die Unterdrückung der Mungiki-Gruppe zum Ziel gehabt haben, während die Tötungen der vermuteten SLDF-Mitglieder im Kontext einer militärisch-polizeilichen Regierungsoperation erfolgt seien.

cc) Ausgedehnter oder systematischer Angriff und Nexus zwischen den Einzelakten und dem Angriff

Es sei eine große Anzahl von Zivilisten Opfer von Gewalt geworden.⁶⁹ Ob die Einzelakte im Zusammenhang mit dem Angriff stattgefunden haben, müsste in jedem einzelnen Fall gesondert entschieden werden.⁷⁰ Zum jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens könne die Kammer nur den Gesamtzusammenhang in den Blick nehmen; die einzelnen Akte scheinen sich in den Zusammenhang der beiden Gewaltwellen und den Polizeiaktionen einordnen zu lassen.

3. Die abweichende Meinung Richter Kauls

Kaul bestreitet in seiner abweichenden Meinung, dass es sich bei den in Kenia begangenen Verbrechen um solche gehandelt hat, die im Rahmen „eines Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung“ „in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation“ im Sinne des Romstatuts stattfanden.⁷¹

Er verweist insofern zunächst auf den Wortlaut des Statuts, der zwar nicht unbedingt dafür spreche, dass es sich um *einen* Angriff in Folge einer staatlichen oder sonst organisatorischen Politik handeln, wohl aber dafür, dass verschiedenen Akten zumindest ein gemeinsamer Kontext zugrunde liegen müsse. Dieser zugrunde liegende Kontext sei es, der

die Delikte zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit mache und die Zuständigkeit des internationalen Gerichts eröffne.⁷²

a) Zur Methodik der Rechtsfindung des IStGH

Bei der Auslegung dieses Merkmals sei die Mehrheitsentscheidung zunächst methodisch zweifelhaft vorgegangen, indem sie auf vorausgegangene Judikatur der ad-hoc-Tribunale zurückgegriffen habe. Dies sei nur mit besonderer Vorsicht möglich: Die ad-hoc-Tribunale wendeten ihre eigenen rechtlichen Grundlagen an, die mit dem Romstatut nicht übereinstimmten. In Art. 21 des Romstatuts⁷³ sei das anwendbare Recht für den IStGH abschließend geregelt und auf die Urteile anderer Gerichtshöfe oder Tribunale werde dort gerade nicht verwiesen; einen Hinweis auf eine Rechtsbindung von Präzedenzfällen gebe es nicht. Urteile der ad-hoc-Tribunale könnten folglich für den IStGH kein Recht kreieren und keine Bindungswirkung entfalten. Es gebe ferner keinerlei institutionellen Zusammenhang zwischen den Tribunalen und dem IStGH, der es rechtfertigen würde, ihre Urteile als beachtlich zu behandeln. Da aber auch der IStGH nicht isoliert existiere, dürfe er sich auf die Judikatur der Tribunale im Rahmen der Vorgaben von Art. 21 stützen und zwar, um „die principles and rules of international law“ identifizieren zu können, die sich in solchen Urteilen zeigen könnten. Das könne den IStGH aber nicht von der Aufgabe entbinden, sich selbst zu versichern, ob die entscheidenden Voraussetzungen

⁷² Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 25, 26.

⁷³ Art. 21 des Romstatuts lautet:

„(1) Der Gerichtshof wendet Folgendes an:

- a) an erster Stelle dieses Statut, die ‚Verbrechenselemente‘ sowie seine Verfahrens- und Beweisordnung;
- b) an zweiter Stelle, soweit angebracht, anwendbare Verträge sowie die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts, einschließlich der anerkannten Grundsätze des internationalen Rechts des bewaffneten Konflikts;
- c) soweit solche fehlen, allgemeine Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Rechtssysteme der Welt, einschließlich, soweit angebracht, der innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Staaten, die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden, abgeleitet hat, sofern diese Grundsätze nicht mit diesem Statut, dem Völkerrecht und den international anerkannten Regeln und Normen unvereinbar sind.

(2) Der Gerichtshof kann Rechtsgrundsätze und Rechtsnormen entsprechend seiner Auslegung in früheren Entscheidungen anwenden.

(3) Die Anwendung und Auslegung des Rechts nach diesem Artikel muss mit den international anerkannten Menschenrechten vereinbar sein und darf keine benachteiligende Unterscheidung etwa aufgrund des Geschlechts im Sinne des Artikels 7 Absatz 3, des Alters, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status machen.“

⁶⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 130. Es seien zwischen dem 27.12.2007 und dem 28.2.2008 1133-1220 (?) Menschen getötet, ca. 3561 Menschen verletzt, ca. 350.000 Menschen vertrieben worden. (ICC [Pre-Trial Chamber II], Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 131) Das Urteil benennt im Folgenden weitere Zahlen aufgliedert nach den beiden Gewaltwellen und den Aktionen der Polizei.

⁷⁰ ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 135.

⁷¹ Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), para. 4.

von Gewohnheitsrecht (namentlich Staatenpraxis und *opinio iuris sive necessitatis*) vorliegen.⁷⁴

Zudem sei der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wie er in den Statuten der ad-hoc Tribunale festgelegt ist, nicht identisch mit dem Tatbestand im Romstatut. Bei den Tribunalen sei das Erfordernis einer „state or organizational policy“ nicht *expressis verbis* geregelt. Dementsprechend habe die Rechtsprechung der Tribunale dieses Merkmal nicht als rechtliches Erfordernis anerkannt, sondern lege den Schwerpunkt auf die „Systematik“ des Angriffs.⁷⁵

Bei der Auslegung des Kontext-Elements müsse deshalb besondere Sorgfalt auf die Textinterpretation gelegt werden, die sich an Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) vom 23.5.1969 zu orientieren habe.⁷⁶

b) *Zum Inhalt des Kontextelements*⁷⁷

Nach dem Wortlaut des Statuts sei zunächst festzuhalten, dass nicht jeder Angriff, der sich gegen eine Zivilbevölkerung richtet, unter Art. 7 Abs. 1 des Romstatuts fallen könne, sondern dass es sich um einen durch die Merkmale „ausgedehnt“ und „systematisch“ qualifizierten Angriff handeln müsse, der „in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation“ geschehen sein muss.

⁷⁴ Vgl. *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 29, 30.

⁷⁵ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 31.

⁷⁶ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 33, 34. Art. 31 WVK lautet in der deutschen Fassung:

„(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen

a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde;

b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

(3) Außer dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen

a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen;

b) jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht;

c) jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.

(4) Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.“

⁷⁷ Vgl. zum Folgenden *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 36 ff.

Das Statut gebe keine Erläuterung dazu, was unter der „Politik einer Organisation“ („organizational policy“) zu verstehen sei (auf eben dieses Merkmal komme es aber an und gerade bei diesem Merkmal sei *Kaul* anderer Auffassung als die Mehrheitsentscheidung).

aa) *Das Merkmal „organizational“*

Der englische Text könne zunächst ein Verständnis stützen, nach dem es ausreicht, dass die Politik irgendwie organisiert, geplant oder systematisch ist und das dabei außer Acht lässt, welche Urheberschaft diese Politik hat. *Kaul* vergleicht nun, um diesen Punkt weiter aufzuklären, den englischen Statustext mit einigen anderen authentischen Versionen,⁷⁸ namentlich mit dem französischen, spanischen und arabischen Text. Danach sei es notwendig, dass die Politik von einer „Organisation“ herrühre. In einem Fall, indem mehrere gleich authentische Textvarianten bestehen, müsse nun diejenige herangezogen werden, die die engere Interpretation nahe legt und die mit der Intention der Vertragsurheber („drafters“) übereinstimmt.⁷⁹ Dementsprechend sei die Passage so zu lesen, dass die Politik einer Organisation zugehörig sein müsse („organizational“ shall be construed as meaning to pertain to an organization“).

Das gleiche Ergebnis lasse sich mit einer Kontext-Interpretation erzielen: Die „Elements“ zeigten, dass die „policy“ to commit such attack requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population“⁸⁰.

Nachdem *Kaul* gezeigt hat, dass eine „Organisation“ notwendiger Bestandteil des Merkmals „organizational policy“ ist, schließt er daraus, dass drei Komponenten erforderlich sind, um die Vorschrift richtig zu interpretieren:

- Die Existenz eines Staates oder eine Organisation,
- eine Politik, einen entsprechenden Angriff durchzuführen
- und eine Verbindung zwischen der vielfachen Begehung von Einzelverbrechen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Romstatut und der Politik eines Staates oder einer Organisation.

Dies bedeute, dass das kriminelle Verhalten letztlich einem Staat oder einer Organisation zugeschrieben werden können muss, der/die die Politik etabliert oder zumindest gebilligt hat. Die entscheidende Frage laute damit, wer die Urheber der entsprechenden Politik sind.⁸¹

bb) *Das Merkmal „policy“, insbesondere die Frage der Urheberschaft einer „Politik“ im Sinne des Statuts*

Während das Erfordernis eines „Staates“ „self-explanatory“ sei, bleibe die Frage offen, auf welcher Ebene eine Politik

⁷⁸ Vgl. dazu Art. 128 Romstatut.

⁷⁹ So *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 38, mit Verweis auf Permanent Court of Justice (PCIJ), Urt. v. 30.8.1924 (Mavrommatis Palestine Concessions Case) = PCIJ Reports, Series A (1926), Nr. 2, S. 19.

⁸⁰ *Hervorhebung bei Kaul*.

⁸¹ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 42.

angenommen („be adopted“) werden muss, um einem Staat zugeschrieben werden zu können. Zwar könnten auch Akte regionaler oder lokaler Behörden einem Staat zurechenbar sein, dies bedeute aber noch nicht, dass es sich dann auch um eine „Staatspolitik“ („State policy“) handle. Die Etablierung einer Politik im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Romstatut erfordere „a policy-making at the high level“.

Eine weitere Frage laute, was unter dem Begriff der „Organisation“ zu verstehen ist. Das Statut definiere dies nicht. Die Mehrheitsentscheidung habe das Merkmal weit ausgelegt und nicht auf „State-like-actors“ beschränkt.⁸²

Kaul geht das Problem zunächst wieder vom Wortlaut aus an: „Organisation“ sei ein „body of persons (such as a union or corporation)“; sie könne auch eine private Entität sein („non-State actor“). Da die bestehende Judikatur für eine nähere Interpretation der „non-State-organization“ nicht weiterhelfe, sichtet *Kaul* im Folgenden einige wissenschaftliche Beiträge zu dieser Frage.⁸³

Er selbst versteht die Nebeneinanderstellung von Staat und Organisation so, dass die Organisation in gewisser Weise staatsähnlich sein müsse;⁸⁴ typische Charakteristika seien insofern:

- (1) Ein Personenkollektiv,
- (2) welches für einen gemeinsamen Zweck gegründet wurde und handelt („which was established and acts for a common purpose“),
- (3) für eine längere Zeit,
- (4) welches unter verantwortlichem Befehl steht oder ein bestimmtes Maß an hierarchischer Struktur angenommen hat, die eine gewisse Art von „policy-level“ beinhaltet,
- (5) das die Fähigkeit hat, die Politik der Organisation seinen Mitgliedern aufzuzwingen und sie zu sanktionieren, und
- (6) das die Fähigkeit und Mittel hat, eine Zivilbevölkerung in großem Ausmaß anzugreifen.⁸⁵

„Non-State-actors“, die dieses Level nicht erreichten, könnten folglich nicht im Sinne des Statuts eine „Politik ausführen“. Zu untauglichen Organisationen gehörten somit Gruppen organisierter Kriminalität, ein Mob, Gruppen bewaffneter Zivilpersonen oder kriminelle Gangs. Als Beispiel nennt er gewaltgeneigte Gruppen, die sich auf einer ad-hoc-Basis formierten, zufällig, spontan, bei einer bestimmten Gelegenheit, mit fluktuierender Mitgliedschaft handelten und keine Struktur und Bedeutsamkeit aufwiesen, um eine Politik umzusetzen.

cc) Die Besonderheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf der Basis des „organizational policy“-Elements

Kaul betont zu Recht, dass es nicht die Brutalität oder Massenhaftigkeit sei, die eine Straftat zu einem delictum iuris gentium mache, sondern dass dies das konstitutive Kontext-Element bewirke, in welches der einzelne Akt eingebettet ist.⁸⁶

Eine restriktive Auslegung sei gefordert, weil mit dem Kontext-Element die Grenze zwischen nationalem und völkerrechtlichem Strafunrecht gezogen wird und letzteres nur dann zu bejahen sei, wenn wirklich die Völkergemeinschaft als Ganze betroffen ist. Zudem weise auch eine teleologische Auslegung, die sich an dem zugrunde liegenden Sinn der Vorschrift über Menschlichkeitsverbrechen orientiere, in die angezeigte Richtung. *Kaul* fragt zu diesem Zweck, worin genau der zugrunde liegende Sinn der Verbrechen gegen die Menschlichkeit liege („object and purpose of crimes against humanity“, „underlying rationale or raison d’être of crimes against humanity“) und was sie von anderen, „normalen“ Delikten unterscheide.

Sein Verständnis und seine Herleitung aus der Historie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wird im Folgenden⁸⁷ genauer ausgeführt:

„In the 20th century, the international community has been challenged by the tragic phenomenon of mass crimes against civilian populations of unimaginable magnitude and atrocity; in particular the systematic annihilation of Jews and

⁸² *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 44 (mit Verweis auf paras. 90 und 92 der Mehrheitsentscheidung).

⁸³ Vgl. *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 50 (m.w.N.). Leider setzt er sich mit den Anregungen aus der Wissenschaft kaum auseinander.

⁸⁴ Ähnlich: *Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (385): „Um als internationales Verbrechen charakterisiert werden zu können, muss eine Handlung mit Teilnahme oder Duldung der politischen Macht begangen worden sein.“ An anderer Stelle (*Gil*, ZStW 112 [2000], 381 [392]) heißt es bei ihr: „Die richtige Lösung liegt meiner Meinung nach in der Mitte zwischen den beiden Extremen. Wollte man den Tatbestand auf staatliche Organe beschränken, so könnte man Taten von Aufständischen oder Rebellen nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestrafen, was nicht wünschenswert scheint; wollte man andererseits die Täterqualität auf alle Organisationen oder Gruppen erstrecken, so fielen unter den Tatbestand auch Straftaten mafioser oder extremistischer Organisationen, deren Verfolgung ebenso gut die nationalen Rechtsordnungen übernehmen können. Nur wenn die Organisation oder Gruppe so viel Macht erlangt hat, dass sie die Macht des Staates neutralisiert oder einen Teil des Territoriums kontrolliert, lässt sich die subsidiäre Intervention des Völkerstrafrechts rechtfertigen. Es würde also ausreichen, den Tatbestand auf die Fälle zu erstrecken, in denen sich die juristische oder faktische politische Macht an dem tatbestandsmäßigen Verhalten beteiligt oder es duldet. Dieses Erfordernis bedeutet nicht, dass der Täter ein staatlicher Bediensteter sein muss, sondern Verbrechen gegen die Menschlichkeit können von jedem Individuum begangen werden, wenn es unter Beteiligung oder mit Duldung der de jure oder de facto bestehenden politischen Macht handelt. [...] Daher kann man verlangen, dass solche nicht-staatlichen Organisationen de facto politische Macht ausüben müssen.“

⁸⁵ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 51.

⁸⁶ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 52. Vgl. insofern auch *Meseke* (Fn. 26), S. 128 ff.

⁸⁷ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 59-66; *Herv.* der *Verf.*.

other unforgettable acts of barbarism which, inter alia, triggered the establishment of the International Military Tribunal in Nuremberg and Tokyo in 1945/1946. As a consequence, the *international community has recognized that mass crimes committed by sovereign States against the civilian population*, sometimes the State's own subjects, *according to a State plan or policy, involving large segments of the State apparatus, represent an intolerable threat against the peace, security and well-being of the world, indeed a threat for humanity and fundamental values of mankind*. Such values were considered fundamental by the international community as evidenced in international instruments prior to the establishment of the Military Tribunals.

Crimes of this nature and magnitude were made possible only by virtue of an existing State policy followed in a planned and concerted fashion by various segments of public power targeting parts of the civilian population who were deprived totally and radically of their basic fundamental rights. It was not (only) the fact that crimes had been committed on a large scale but *the fact that they were committed in furtherance of a particular (in-humane) policy*. Consequently, it was felt that the threat emanating from such State policy is so fundamentally different in nature and scale that it concerned the entire international community. *In other words, the presence of a policy element elevated those crimes to the international level*. [...].

In general and to emphasize and clarify further this decisive point: historic experience demonstrates that it is, exactly and above all, the phenomenon of a State adopting either formally or in practice a policy to attack a civilian population, which leads to this very grave, if not enormous risk and threat of mass crimes and mass victimization. [...].

Since 1945, the experience of other mass crimes committed in various parts of the world has confirmed, time and again: each time when it is a State which adopts or practices a policy to attack a civilian population, quite regularly the same apocalyptic threat of mass crimes reappears or materializes. This was the case in particular with the Khmer Rouge 'crimes against humanity' committed in Cambodia, with the mass poisoning of Kurds in Halabja in 1988, with the Rwanda crisis in 1994 and other mass crimes such as the ones in former Yugoslavia in the 90ies of the last century.

Given these experiences, it continues to seem a logical application of a lesson learnt that the drafters of the Statute confirmed in 1998 in article 7 (2) (a) of the Statute the requirement 'pursuant to or in a furtherance of a State or organizational policy' as a decisive, characteristic and indispensable feature of crimes against humanity. It is thus a fundamental rationale of crimes against humanity as codified in article 7 of the Statute to protect the international community against the extremely grave threat emanating from such policies. If leaders of a State who normally have the duty to uphold the rule of law and to respect human rights engage in a policy of violent attacks against a civilian population, it is the community of States which must intervene and prevent, control and repress this threat to the peace, security and well-being of the world. This illustrates further the fundamental underlying rationale of crimes against humanity. [...].

Having said the above, I believe that the historic origins are decisive in understanding the specific nature and fundamental rationale of this category of international crime. [...].

The Statute in relation to crimes against humanity embraces all these considerations and further accommodates new scenarios of threats which may equally shake the very foundations of the international community and deeply shock the conscience of humanity. Such policy may also be adopted and implemented by private entities. However, *it follows from the above that the private entity must have the means and resources available to reach the gravity of systemic injustice in which parts of the civilian population find themselves*. Would that be the case if, for example, the mafia was to commit crimes, be it on a large scale, warranting the international community to intervene? Thus, the *teleological interpretation leads me to adopting a more restricted reading of the term 'organization' requiring that they be state-like*.

Kaul vertritt damit eine restriktive Auslegung des „organizational policy“-Elements, indem er ausschließlich staatsähnliche Einheiten als „Organisation“ im Sinne des Kontext-Elements gelten lassen will.⁸⁸ Er begründet dies damit, dass nur solche Formen von Organisationen die Bedeutung, die Möglichkeiten und Ressourcen haben, um die Schwere von systematischem Unrecht gegen eine Zivilbevölkerung zu erreichen.

c) Zur Situation in der Republik Kenia

Kaul unternimmt es dann im Folgenden,⁸⁹ den festgestellten Sachverhalt genauer zu untersuchen. Dabei geht er so vor, dass er die Gewalt, die in den verschiedenen Provinzen Kenias ergangen wurde, Stück für Stück sichtet und nach einem übergeordneten Kontext dieser Gewalt im Sinne der von ihm aufgestellten Kriterien für den Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sucht. In allen Provinzen kommt er zum selben Ergebnis: Er könne keinen „Angriff gegen eine Zivilbevölkerung“, insbesondere weder eine „Organisation“ noch eine „staatliche Politik“ in dem von ihm definierten Sinne ausmachen.

Er begründet dies, beispielsweise für die Gegend von Nairobi, folgendermaßen:

„Local politicians, civic candidates or aspirants, councilors and business people meeting and allegedly financing the violence do not form an 'organization' with a certain degree of hierarchical structure acting over a prolonged period of time. Meetings during the time concerned point to ad hoc preparations and planning of violent incidents during the period of post-election violence. Local politicians using criminal gangs for their own purposes is an indicator of a partnership of convenience for a passing occasion rather than an 'organization' established for a common purpose over a prolonged period of time. Further, opportunistic violence and acts of individuals to resolve rental issues equally does not

⁸⁸ A.A. Werle/Burchards (Fn. 10), § 7 VStGB Rn. 27; Vest, ZStW 113 (2001), 459 (470); vgl. zur Diskussion um diesen Punkt auch Kuschnik (Fn. 9), S. 239 f.

⁸⁹ Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 71 ff.

allude to an ‚organization‘ characterized by structure and membership.

Likewise, I fail to see a *State policy* according to which the civilian population was attacked. Information that some local politicians, civic candidates and aspirants were engaged in the organization of violent acts does not necessarily entail that a policy was established or at least endorsed at the high level of the State. Equally, based on the multifaceted information regarding police behaviour I feel unable to deduce that overall the police was implementing a State policy to attack the civilian population.⁹⁰

In seiner Zusammenfassung⁹¹ hält *Kaul* fest, dass es an einem „einheitlichen Angriff“ gefehlt habe. Es habe viele gewaltsame Aktionen von unterschiedlichen und gegen unterschiedliche Gruppen über das ganze Land verteilt gegeben. Die Gründe für den Gewaltausbruch scheinen seines Erachtens weit über den Zusammenhang der (manipulierten) Wahlen hinauszugehen, vielmehr lägen sie in lang andauernden und ungelösten Problemen des Landes selbst (wie z.B. Landverteilung, Armut, Arbeitslosigkeit, u.a.). Die Bekanntgabe der Wahlergebnisse sei dann nur eine Gelegenheit gewesen, schon vorherige Gewaltbereitschaft in die Tat umzusetzen; dabei hätten sich neue Gruppen geformt; andere hätten das Chaos für ihre eigenen Zwecke genutzt. Hinter all dem sei aber keine „Organisation“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 des Statuts erkennbar. Er schreibt:

„I find indications in the supporting material that *some* local leaders, *some* local businessmen, *some* local politicians, *some* religious leaders, *some* journalists at local vernacular radio stations, *some* chiefs of communities and *some* civic and parliamentary aspirants were involved in the preparation of the violence. But I *do not see an* ‚organization‘ meeting the prerequisites of structure, membership, duration and means to attack the civilian population. To the contrary, the overall assessment of the information in the supporting material, including the victims’ representations leads me to conclude that several centres of violence in several provinces existed which each do not rise to the level of crimes against humanity.“

Sein Resümee lautet:

„In total, the overall picture is characterized by chaos, anarchy, a collapse of State authority in most parts of the country and almost total failure of law enforcement agencies.“

V. Stellungnahme zum Verständnis des Merkmals eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ i.S.v. Art. 7 Romstatut

Um das Kontext-Element der Verbrechen gegen die Menschlichkeit näher zu fassen, ist es sinnvoll, noch einmal an seinem Wortlaut anzusetzen. Art. 7 Abs. 1 Romstatut bestimmt, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegen, wenn die einzeln aufgezählten Verbrechen im Rahmen eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ begangen werden. In Art. 7 Abs. 2 lit. a Romsta-

tut findet sich eine Legaldefinition dessen, was im Sinne des Statuts einen „Angriff gegen die Zivilbevölkerung“ ausmacht, nämlich eine „Verhaltensweise, die mit der mehrfachen Begehung der in Abs. 1 genannten Handlungen gegen die Zivilbevölkerung verbunden ist, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat“. Im englischen Originaltext lautet der letztere Teil dieser Legaldefinition: „[...] pursuant to or in furtherance of a State or organizational *policy to commit such attack*“ (*Herv. der Verf.*).

Ausgeschlossen sind nach diesem Wortlaut zunächst vereinzelte und – was ihren Opferkreis und ihre Stoßrichtung angeht – beliebige Taten, denn ihnen fehlt jeglicher übergeordneter Zusammenhang.⁹² Dies beurteilt sowohl die Mehrheitsentscheidung des IStGH als auch *Kaul* genauso.

Der notwendige übergeordnete Zusammenhang zeichnet sich laut Tatbestand durch konzertiertes, systematisches Vorgehen gegen einen bestimmten Opferkreis (Zivilbevölkerung) aus, hinter dem ein politischer Plan entweder eines Staates oder einer sonstigen Organisation steht. Wenn auch sowohl die Mehrheitsentscheidung als auch *Kaul* bei der Untersuchung des Kontextelements sehr ausführlich auf das sog. „policy“-Element eingehen, so lassen sie aber einen entscheidenden Punkt bei der Interpretation dieses Elements unberücksichtigt: Der Angriff muss in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die (das heißt: die Politik, die) einen solchen Angriff zum Ziel hat, erfolgen. Dies bedeutet, dass das Statut an den Inhalt der zugrunde liegenden Politik besondere Anforderungen stellt: Sie muss einen ausgedehnten oder systematischen Angriff auf die Zivilbevölkerung zum Ziel haben.⁹³

Dieser Gedanke ist nicht neu, aber durch die neueren Urteile der ad-hoc-Tribunale und des IStGH in den Hintergrund getreten.⁹⁴ Im Blaškić-Fall hatte das ICTY für das Merkmal

⁹² So auch *Dixon/Hall*, in: *Triffterer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, 2. Aufl. 2008, Art. 7 Rn. 4; *Cassese*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, S. 360. Vgl. auch das Tadić-Urteil vor dem ICTY (Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T), para. 645.

⁹³ Das Merkmal wird dagegen unterbestimmt, wenn es nur zum Ausschluss von überhaupt ziellosen Akten herangezogen wird. In diesem Sinne aber *Meseke* (Fn. 26), S. 135.

⁹⁴ Vgl. zu der neueren Tendenz der ad-hoc-Tribunale, das Merkmal der Systematik von der Notwendigkeit einer entsprechenden Politik abzukoppeln, die Darstellung bei *Kuschnik* (Fn. 9), S. 235 ff. (dort auch weitere Nachw. zur Kritik an dieser Tendenz). Siehe ferner *Werle/Burchards* (Fn. 10), § 7 VStGB Rn. 27, die sich ebenfalls gegen das Erfordernis eines Politikelements bei der Bestimmung der Systematik eines Angriffs aussprechen, dafür allerdings keine tragende Begründung liefern. Vor allem bleibt unklar, in welchem Verhältnis dazu das in der Legaldefinition (Art. 7 Abs. 2 lit. a Romstatut) ausdrücklich geforderte Politikelement steht. Dass es nur als „Illustration des Gesamttaterfordernisses“ (vgl. *Werle/Burchards* [Fn. 10], § 7 VStGB Rn. 32) dienen soll, scheint durch den Wortlaut des Statuts ausgeschlossen,

⁹⁰ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 82, 83 (*Herv. der Verf.*).

⁹¹ *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 148.

der Systematik noch „the existence of a political objective, a plan pursuant to which the attack is perpetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community“⁹⁵ vorausgesetzt.

In der Fußnote zu dieser Formulierung weist das Tribunal zu Recht darauf hin, dass dieses Verständnis der bisherigen Auslegung durch das ICTY und das ICTR entsprach.⁹⁶ Die Rechtsprechung beziehe sich auf einen Plan oder eine Politik, um das Element der „Systematik“ zu definieren. Um diese Auslegung zusätzlich zu stützen, zitiert das Tribunal ferner eine Entscheidung des Holländischen Obersten Gerichtshofs, in der es heißt, die „Systematik“ stehe in Bezug zu einer Politik, die sich absichtlich direkt gegen eine bestimmte Gruppe von Personen richte.⁹⁷ Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung:

„The concept of crimes against humanity also requires – although this is not expressed in so many words in the [...] definition – that the crimes in question form part of a *system based on terror* or constitute a link in a *consciously pursued policy* directed against particular groups of people.“

Diese Auffassung wird ferner nahe gelegt durch die „Elements of Crimes“. Dort heißt es, dass die Politik, die den Angriff gegen eine Zivilbevölkerung zum Ziel hat, durch den Staat oder die Organisation aktiv gefördert oder unterstützt („promote or encourage“) sein muss.⁹⁸

Aus einem solchen (zutreffenden) Verständnis folgt, dass es nicht nur auf die Natur der Politik-Urheberschaft („Staat oder Organisation“, diesen Schwerpunkt setzt *Kaul*) ankommt, oder darauf, ob die Angriffshandlungen gründlich geplant, überwacht oder organisiert sind und einem gleichmäßigen Muster folgen (mit diesem Schwerpunkt arbeitet die Mehrheitsentscheidung). Es ist auch nicht das Faktum eines koordinierten Angriffs schlechthin (geht er auch von einem grundsätzlich „tauglichen“ Urheber aus), welches die Kategorie des völkerstrafrechtlichen Unrechts eröffnet, sondern die Frage, ob der Angriff in bestimmter Weise inhaltlich ausgerichtet ist.⁹⁹

Denn erst der inhaltliche Zielpunkt gibt dem systematischen Angriff seine Richtung und bildet seinen geistigen Hintergrund. Im Fall der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist das Ziel die Verletzung, Ausrottung, gewaltsame Vertreibung u.Ä. einer Zivilbevölkerung¹⁰⁰. Die „Systematik“

dient es doch der Definition des „Angriffs“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1.

⁹⁵ ICTY, Judgement v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić), para. 203.

⁹⁶ Genauer bezieht es sich hier auf die Tadić-Entscheidung (ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T), para. 648 und u.a. auf die Entscheidung im Akayesu-Fall (ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T [Prosecutor v. Akayesu]), para. 580.

⁹⁷ Dutch Supreme Court International Law Report 75 (1987), 362 (The Prosecutor v. Menten; hier zitiert nach der Blaškić-Entscheidung).

⁹⁸ Art. 7, Introduction, para. 3, Elements of Crimes.

⁹⁹ In diese Richtung auch *Manske* (Fn. 17), S. 298-303.

¹⁰⁰ Zum Begriff der Zivilbevölkerung siehe *Werle* (Fn. 44), Rn. 756 ff.

des Angriffs setzt ein ihm vorgängiges Prinzip voraus;¹⁰¹ und das Prinzip hinter einer systematischen Verletzung einer bestimmten Zielgruppe ist die grundsätzliche Missachtung ihrer Rechtspersönlichkeit, der eigentlich Anerkennung gebührt.

Das bedeutet, dass es bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit um Taten geht, deren Prinzip – und zwar politisches Prinzip – die Aberkennung des Menschenrechts einer gesamten Bevölkerungsgruppe ist. Das Spezifische liegt dabei darin, dass sich die Täter von einem politischen Grundsatz leiten lassen, der das allem Recht überhaupt zugrunde liegende und jedem Menschen kraft seines Menschseins zukommende Menschenrecht für eine von ihm näher bestimmte Gruppe als solches verleugnet. Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit lässt also eine Maxime erkennen, bei deren Verallgemeinerung eine bestimmte Bevölkerungsgruppe prinzipiell rechtlos gestellt würde.¹⁰²

Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist dann wörtlich zu nehmen als eine Negation der Grundbestimmung des (und das heißt: eines jeden) Menschen als rechtlich-frei. Damit bricht die Basis jedes rechtlichen Umgangs miteinander weg, und zwar nicht nur als Ausnahmeerscheinung, sondern grundsätzlich und nicht nur für einzelne Opfer, sondern für die Allgemeinheit der angegriffenen Zivilbevölkerung.

Da es sich um ein politisches Ziel handelt, weist die Dimension einer ihm entsprechenden Systematik sowohl auf Täterseite als auch auf Seiten der Opfer über Einzelfälle (selbst über massenhafte) hinaus. Im Begriff der „Politik“ bzw. des „politischen Plans“ ist ein Allgemeinbezug angelegt,¹⁰³ der die Negation des Menschenrechts einer bestimm-

¹⁰¹ Ähnlich *Dixon/Hall* (Fn. 92), Art. 7 Rn. 11: „[...] the term ‚systematic‘ indicates a ‚pattern or methodical plan‘, which is ‚thoroughly organised and following a regular pattern‘.“ (mit Verweis auf das Tadić-Urteil [ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T], para. 648 und das Akayesu-Urteil vor dem ICTR [ICTR, Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu)], para. 580).

¹⁰² So auch *Manske* (Fn. 17), S. 368 ff. Die beiden deutlichsten historischen Beispiele für diese Qualität von Verbrechen sind die prinzipiellen Rechtslosstellungen einzelner Volks- bzw. Bevölkerungsgruppen unter der Herrschaft der Nationalsozialisten in Deutschland einerseits sowie der Stalinisten in der ehemaligen Sowjetunion andererseits: Im ersten Fall die systematische Entrechtung von „Nicht-Ariern“, insbesondere der Juden, ihre generelle Bezeichnung und Behandlung als „Untermenschen“, die Zwangsdeportationen und schließlich ihre systematische Ermordung in Konzentrationslagern. Im zweiten Fall das umfassende Repressionssystem von Unterdrückung, Verfolgung, Deportation, Internierung in Zwangsarbeits- und Straflagern unter menschenverachtenden Bedingungen („Gulag“) und Ermordung sog. „Klassenfeinde“ bzw. sonstiger (vermeintlicher) Gegner des sowjetischen Regimes.

¹⁰³ Vgl. zum Wortsinn von „politisch“ bzw. „Politik“ *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995, S. 309: „allgemeine Angelegenheiten der Gesellschaft betreffend“, „die Polis betreffend, bürgerlich, staatlich“.

ten Bevölkerungsgruppe zur allgemeinen Angelegenheit der bürgerlichen Gesellschaft macht. Eine Teilgruppe der Rechtsgemeinschaft wird aus ihr ausgegliedert und „von Staats wegen“ rechtlos gestellt; sie büßt in ihrer Gesamtheit ihre Rechtsstellung ein.

Die Systematik der Verfolgung¹⁰⁴ ist dann Konsequenz aus dem vorgängigen Plan prinzipieller Entrechtung einer bestimmten Gruppe.¹⁰⁵ Diese prinzipielle Entrechtung ist es, die den Gegenstand der zugrunde liegenden Politik bilden muss; und in der Systematik, deren Herzstück die innere Ausrichtung an dem menschen-(rechts-)verachtenden politischen Plan ist, liegt die Universalität eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit begründet.¹⁰⁶

Ein solches Verbrechen betrifft die Gesamtheit der Weltgemeinschaft vernünftiger und freier Subjekte und damit globale allgemeine Rechtsgeltung, indem es das sie formende Prinzip negiert: Dem allgemeinen Weltrecht liegt wesentlich die Freiheit der einzelnen Weltsubjekte zugrunde (sie ist das „Fundament der Völkerrechtsgemeinschaft“¹⁰⁷). Seine Bestandteile (Freiheit der Primäreinheiten [Staaten], ihre gegenseitige Anerkennung, die Rechtsverwirklichung im Staats-, Völker- und Weltbürgerrecht) sind nur erklärbar, wenn das Konstitutionsprinzip menschlicher Freiheit stets gedanklich gegenwärtig ist; zugespitzt formuliert: das Recht auf Weltenebene steht und fällt mit der Geltung des Menschenrechtsprinzips.

¹⁰⁴ Zur systematischen oder groß angelegten Tatbegehung siehe zudem *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtaparate, 2002, S. 92 ff.

¹⁰⁵ Vgl. auch dazu *Manske* (Fn. 17), S. 298 ff. (insbesondere S. 301): „Das Erfordernis der systematischen Begehungsweise legt somit den Bezug zu einer entsprechenden Politik zur Begehung unmenschlicher Handlungen dar.“ (mit Verweis auf *Ferringer*, Crimes against Humanity, A legal Problem in War and Peace, 1980, S. 128 f.).

¹⁰⁶ In diesem Sinne wurden die Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch ursprünglich, im Zusammenhang mit den Nürnberger Prozessen, verstanden. Vgl. dazu z.B. *Robinson* (Fn. 10), S. 48 f. Gut zum Ausdruck kommt dies in der Eröffnungsrede des amerikanischen Hauptanklägers Telford Taylor zum sog. „Flick“-Verfahren: „Auf der anderen Seite stehen große, sich über das ganze Volk erstreckende Kampagnen, die offen von der Regierung unterstützt oder stillschweigend geduldet werden, um das Leben für große Gruppen der Zivilbevölkerung unerträglich zu machen, sie zu vertreiben, zu erniedrigen, zu versklaven oder auszurotten.“ (zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 299) Ähnlich auch die Äußerung des Anklagevertreters im sog. „Juristenprozess“: Die Verbrechen des Mordes, der Versklavung und der Freiheitsberaubung, „die normalerweise nationalen Charakter haben“, würden dann zu „internationalen Verbrechen“, wenn „sie ein durchgearbeitetes Schema der Verfolgung aus rassistischen, politischen oder religiösen Gründen befolgen oder wenn sie [...] im Zusammenhang mit einem nationalen Plane [...] begangen werden, der darauf gerichtet ist“ (wiederum zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 302).

¹⁰⁷ Formulierung von *Manske* (Fn. 17), S. 357.

Dass sich ein solcher systematischer Charakter eines Angriffs in bestimmten Kriminalitätsmustern, d.h. in der nicht nur zufälligen Wiederholung, sondern in planvoller Begehung bestimmter Taten, zeigen kann,¹⁰⁸ hat der IStGH in der hier besprochenen Entscheidung zutreffend herausgestellt. Auch durch den Verweis auf die Formulierungen des ICTR im Akayesu-Fall („gründliche Organisation“, „einem regelmäßigen Muster folgend“, „auf der Basis eines gemeinsamen Plans ausgeführt“) und des ICTY im Fall Blaškić („ein politisches Ziel oder einen politischen Plan“, „Delikte in großem Ausmaß oder immer wiederkehrender Begehung, die miteinander verbunden sind“) wird das Phänomen der Systematik zutreffend umschrieben.

Kaul konzentriert sich bei seinen Überlegungen darauf, dass diese Dimension von Unrecht historisch nur von staatlichen Unrechtssystemen ausgehen konnte:

„Crimes of this nature and magnitude were made possible only by virtue of an existing State policy followed in a planned and concerted fashion by various segments of public power targeting parts of the civilian population who were deprived totally and radically of their basic fundamental rights.“

Auch er betont dabei, dass die Besonderheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit weniger in der großen Zahl von Verbrechen liegt, sondern vielmehr in der Tatsache, dass sie in Ausföhrung einer bestimmten inhumanen Politik begangen wurden. Dies wiederum sei in der Regel nur dann der Fall, wenn der Staat selbst hinter dem Angriff gegen die Zivilbevölkerung steht. Für die Auslegung des Merkmals „Organisation“ folgert er daraus die Notwendigkeit einer Staatsähnlichkeit.

Die Urhebererschaft durch einen Staat ist historisch gewiss der Regelfall. Auch muss hinter einer „entrechtenden Politik“ eine wirkmächtige Einheit stehen, die mehr als nur eine gesellschaftliche Randerscheinung darstellt, um tatsächlich die beschriebene grundsätzliche Aussagekraft zu erreichen.¹⁰⁹ Insofern ist *Kaul* mit seiner Forderung der einschränkenden Auslegung des Begriffs „Organisation“ zuzustimmen. Allerdings ist es nicht schon das Faktum der historisch häufigen staatlichen Urhebererschaft solcher Verbrechen selbst, welches aus nationalem Unrecht internationales Unrecht macht – es bildet nur eine typische Phänomenologie.¹¹⁰ Der Grund für den Qualitätswechsel muss – wie beschrieben – in der Systematik des Vorgehens liegen.

¹⁰⁸ Vgl. zu dieser „Indizwirkung“ auch *Kuschnik* (Fn. 9), S. 233.

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Triffterer* (Fn. 41), S. 169 (S. 201): Kennzeichnendes Merkmal aller völkerstrafrechtlichen Tatbestände sei ein „Machtmißbrauch, der typischerweise durch Staatsorgane oder deren Vertreter beziehungsweise mit deren Duldung“ ausgeübt wird (*Herv. der Verf.*). Ähnlich *Lehmler* (Fn. 44), S. 195.

¹¹⁰ Die Tatsache, dass staatliche Stellen das Unrecht ausüben, kann ein Grund dafür sein, dass eine innerstaatliche Bewältigung des Unrechts nicht stattfindet – ihrerseits begründen, warum dies ein Strafrecht der Völkergemeinschaft entstehen lässt, kann sie nicht.

Vor diesem Hintergrund lassen sich dann auch die weiteren Formulierungen von Art. 7 des Romstatuts inhaltlich erfassen und auslegen. Sprachlich dem Tatbestandsmerkmal „systematisch“ durch ein „oder“ gleichgestellt ist im Text das Attribut „ausgedehnt“.¹¹¹ Dieser Begriff verweist primär auf eine quantitative Komponente des Angriffs.¹¹² Die alternative Formulierung („oder“) wurde bei den Vertragsverhandlungen durchgesetzt unter der Bedingung, dass das Politikelement in Art. 7 Abs. 2 lit. a in das Statut aufgenommen wurde.¹¹³ Dies führt zu einer gewissen Widersprüchlichkeit in der Tatbestandsfassung: Es genüge eine ausgedehnte Begehungsweise, wenn sie nur in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat, erfolgt. Die Zielgerichtetheit macht aber, wie oben ausgeführt, aus der ausgedehnten Begehung eine systematische.

Wird – wie hier – das Kontextelement als Verortung des internationalen Bezugs des Verbrechenstatbestands (und damit als Grund für die Eröffnung der Zuständigkeit internationaler Strafgerichtsbarkeit) verstanden, so liegt in dem „oder“ der Formulierung im Romstatut also ein Problem: Die Zahl der Opfer alleine macht – wie gezeigt – nicht schon das Spezifische am Menschlichkeitsverbrechen aus. Dann kann aber ein Tatbestand, der das Merkmal des „ausgedehnten“ Angriffs für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausreichen lässt, für die Begründung internationalen Kriminalunrechts nicht hin reichen. Wird das Merkmal „ausgedehnt“ hingegen zusammen gelesen mit dem „policy“-Element, so verliert es seine Bedeutung als rein quantitative Komponente des Angriffs.

Aus diesem Grunde ist die Verknüpfung der beiden Elemente „systematisch“ und „ausgedehnt“ mit der Konjunktion „oder“ im Hinblick auf den Unrechtsgehalt des Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht schlüssig.¹¹⁴ Die Systematik eines bestimmten Angriffs kann – bei bestimmter inhaltlicher

Ausrichtung – internationale Betroffenheit auslösen; die „Ausgedehntheit“ hat dagegen bloß phänomenologische Bedeutung.¹¹⁵ Wegen dieser Ungleichheit in der Kategorie beider Merkmale hätte es einer Kodifikationsform bedurft, die die Systematik des Angriffs als begriffsbestimmend und die Ausgedehntheit als eine typische Erscheinungsform hervorhebt.

Für das Verständnis der Legaldefinition des „Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ in Art. 7 Abs. 2 lit. a Romstatut lässt sich nun abschließend folgendes sagen: Dass die einzelnen Tatbestandalternativen „mehrfach“ und „in Ausführung oder zur Unterstützung einer vom Staat oder sonstigen Organisation ausgehenden Politik“ begangen werden müssen, stellt eine Ausgestaltung des Systematik-Erfordernisses dar. Das mehrfache Begehen ermöglicht es überhaupt erst, eine Systematik hinter einem Angriff zu erkennen, denn erst eine Vielzahl von Einzelhandlungen kann einen systematischen Zusammenhang bilden. Das Moment der Politik gibt der Systematik ihren geistigen Hintergrund, indem es die Richtung weist, die der einzelne durch seine Ausführungshand-

¹¹⁵ Wie hier *Ambos*, in: Kirsch (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, S. 139 (S. 172). A.A. *Robinson* (Fn. 10), S. 50: „It must be emphasized that recognition of the policy element does not reintroduce the ‚systematic‘ criterion as mandatory requirement in all cases. The term ‚systematic‘ requires a very high degree of organization or orchestration, and has been interpreted by the ICTR as meaning ‚thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources.‘ In contrast, the term ‚policy‘ is more flexible; for example, in the Tadić opinion and judgement, the ICTY noted that a policy need not be formalized. Thus, it is likely that, for example, proof of radio broadcasts advocating mass murder would be adequate proof of a ‚policy‘. In addition, the Tadić opinion and judgement suggests that the existence of a policy can in some circumstances reasonably be deduced from the manner in which the acts take place.“ (Fn. weggelassen). Die Begründung *Robinsons* kann indes nicht überzeugen. Das zitierte Urteil des ICTR spricht für die Notwendigkeit eines qualifizierenden „policy“-Elements, da es dort als Definitionsbestandteil der „Systematik“ auftaucht („on the basis of“). Die Tatsache, dass die Politik nicht formalisiert zu sein braucht (wie es im Tadić-Urteil heißt), bedeutet keinesfalls, dass sie gar nicht erforderlich ist. Und die beiden folgenden Argumente betreffen nicht die Frage, ob das Merkmal materiell vorliegen muss und die „Systematik“ des Angriffs näher umschreibt, sondern ausschließlich Beweisfragen: Dass Radionachrichten, die zum Massenmord aufrufen, als Beweis für eine entsprechende Politik ausreichen können (was im Übrigen zweifelhaft ist), hat argumentativ mit dem Erfordernis des „policy“-Elements gar nichts zu tun (oder spräche dann sogar für eine solches Erfordernis, denn ohne ein solches stellte sich die Beweisfrage schon nicht). Dass das Vorliegen einer Politik geschlossen werden kann aus der Art, wie die Verbrechen begangen werden, ist ebenfalls kein Argument dafür, die Bedeutung des „policy“-Elements zu schmälern.

¹¹¹ Vgl. zum Zustandekommen dieser alternativen Verknüpfung von „ausgedehnt“ und „systematisch“ im Romstatut *Robinson* (Fn. 10), S. 47; *Werle* (Fn. 44), Rn. 765 (m.w.N. zur Verhandlungsgeschichte des Romstatuts). Siehe auch *Werle/Burchards* (Fn. 10), § 7 VStGB Rn. 28.

¹¹² Die Auslegung in der Rechtsprechung des ICTY (dort bezogen auf das Merkmal „population“ in Art. 5 des ICTY-Statuts) hat die quantitative Bedeutung hervorgehoben: „[...] the acts are directed against a multiplicity of victims“ (ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T [Prosecutor v. Tadić], para. 648, den „commentary to the I.L.C. Draft Code“ zitierend). Im hier besprochenen Urteil des IStGH heißt es: „the large scale nature of the attack, which should be massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims“ (ICC [Pre-Trial Chamber II], Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 95). Vgl. ferner *Kuschnik* (Fn. 9), S. 231 f. m.w.N.

¹¹³ Vgl. *Robinson* (Fn. 10), S. 47.

¹¹⁴ A.A. der ICTY z.B. in: ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), paras. 645 ff.; seine Ansicht bestätigend, in: ICTY, Ur. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreskić et al.), paras. 543 ff.

lungen einzuschlagen hat. Ist dieser geistige Hintergrund gerade durch die oben herausgearbeitete besondere Ausrichtung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – der Rechtlosstellung der gesamten Zielgruppe – gekennzeichnet, so begründet er den Unrechtskern der Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

VI. Zusammenfassung

Die Unterscheidung zwischen nationalem und völkerrechtlichem Kriminalunrecht ist eine kategoriale, von der die materielle Legitimation der internationalen Strafgerichtsbarkeit abhängt. Das differenzierende Kriterium kann deshalb nicht allein auf quantitative Aspekte (beispielsweise die Zahl der Opfer, die Größe des betroffenen Gebietes) abstellen, sondern muss eine qualitative Unterscheidung ermöglichen. Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich der notwendige Bezug zur Völkergemeinschaft darin zeigen, dass mit Begehung der Straftat gleichzeitig fundamentale Bedingungen des Weltrechtsfriedens angegriffen werden.

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die Betroffenheit der Völkergemeinschaft an dem Merkmal eines „systematischen Angriffs auf eine Zivilbevölkerung“ festzumachen. In der Systematik muss sich eine prinzipielle, angemäße Entrechtung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ausdrücken, die einem entsprechenden politischen Plan entspringt. Einem Bedeutungsverlust des sog. „policy“-Elements durch die jüngere Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte ist deswegen entgegenzutreten. Die Notwendigkeit einer relativ restriktiven Auslegung des Gesamtatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erwächst daraus, dass es nicht nur praktische Fragen der Kapazität des IStGH sind, die eine Zurückhaltung bei Eröffnung seiner sachlichen Zuständigkeit in Fällen von Massenverbrechen sinnvoll machen. Stärker ist das Argument, dass der IStGH materiell nur legitimiert ist, Strafe auszusprechen, wenn das zugrunde liegende Unrecht tatsächlich die Dimension eines Weltrechtsfriedensbruchs erreicht. Dies wird bei innerstaatlichen Ausschreitungen und Gewaltausbrüchen nur dann der Fall sein, wenn eine grundsätzliche, ganze Bevölkerungsgruppen entrechtende Politik hinter den Taten steht.

Im Fall der Republik Kenia scheint dies – nach dem in der Entscheidung des IStGH vom 13.3.2010 und in der abweichenden Meinung *Kauls* dargestellten Sachverhalt – nicht der Fall gewesen zu sein. Das Bild, das sich bei Betrachtung der einzelnen Gewaltwellen, der verschiedenen beteiligten Gruppierungen und Parteien, der zeitlichen Abfolge der Geschehnisse und der diffusen Beschreibung der Opfergruppen ergibt, ist nicht eines, das auf eine prinzipielle Entrechtung bestimmter Volksgruppen durch eine systematische Verfolgung hindeutet.

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

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

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

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

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

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

Die Analyse lässt sich in drei Thesen zusammenfassen:

1. Die völkerstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit widerspricht nicht dem Schuldprinzip und könnte daher in das VStGB übernommen werden.
2. Die Stellung von § 4 VStGB im System von Täterschaft und Teilnahme gebietet eine restriktive Auslegung.
3. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 4 VStGB ergibt sich insbesondere aus dem Erfordernis der hypothetischen Vermeidungskausalität. Zu diesem Punkt bedarf es auch in dem vom BGH entschiedenen Fall näherer Feststellungen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 18 f., 36.

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

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

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

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

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

1. Die Entwicklung eines differenzierten Beteiligungssystems im Völkerstrafrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Die Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe

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

b) IStGH-Statut

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

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

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

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

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

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

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

2. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Beteiligungssystem des Völkerstrafrechts

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

a) Die Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe

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

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

b) IStGH-Statut

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Die Vereinbarkeit der Vorgesetztenverantwortlichkeit mit dem Schuldprinzip

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. § 4 VStGB im Beteiligungssystem des deutschen Strafrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² Vgl. *Ambos* (Fn. 6), § 7 Rn. 61.

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

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

III. Die Voraussetzungen von § 4 VStGB

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

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

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

1. Zurechnungsgegenstand

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

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

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

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

a) Erfordernis einer vorsätzlich-rechtswidrigen Tat?

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

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

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

2. Täterqualifikation

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

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

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

⁵⁰ Siehe sogleich unten III. 3. b).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Zurechnungsbegründendes Verhalten

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

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

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

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

a) *Unterlassen der erforderlichen Verhinderungshandlung trotz Handlungsmöglichkeit*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ Vgl. nur Safferling (Fn. 6), 967.

b) *Hypothetische Vermeidungskausalität*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) *Garantenstellung des Vorgesetzten*

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

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

Kampfgebiet ansässige Zivilbevölkerung vorzugehen, war dem Beschuldigten bekannt.“

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

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

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

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

4. *Subjektiver Tatbestand*

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

a) *Position des BGH*

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

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

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

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

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

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

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

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

spreche dagegen, detaillierte Kenntnisse des Vorgesetzten zu verlangen.⁸⁵

b) Stellungnahme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

krete Gefahr, dass sich entsprechende Verstöße wiederholen werden.

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

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

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

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

⁸⁷ Vgl. *Roxin*, GA 1963, 193 ff.

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

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

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

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

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

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

IV. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aktuelle Beiträge der internationalen Strafjustiz zur Entwicklung des humanitären Völkerrechts

Von Alexander Breitegger, Wien*

Zu Recht wurde bereits im Bezug auf das Jugoslawientribunal (ICTY) darauf hingewiesen, dass dessen Rechtsprechung maßgeblich zur Entwicklung sowie zu einer Adaptierung des humanitären Völkerrechts an moderne Gegebenheiten beigetragen hat.¹ Solche bahnbrechenden Beiträge umfassen etwa die Definition des Begriffes „bewaffneter Konflikt“, die Qualifikation, unter welchen Voraussetzungen ein nicht-internationaler Konflikt zu einem internationalen werden kann, die Feststellung, dass Kriegsverbrechen auch in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt begangen werden können, die Auslegung des Begriffes der „geschützten Personen“ in der Genfer Konvention IV oder die Untersuchungen zum Völkergewohnheitsrecht im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt im Bereich der Methoden und Mittel der Kriegsführung.² Auch die Rechtsprechung des Ruandatribunals (ICTR) zur Definition von Sexualverbrechen in bewaffneten Konflikten kann als richtungweisend bezeichnet werden.³

Dass die internationale Strafjustiz nach wie vor wichtige Impulse zur Entwicklung des humanitären Völkerrechts – also jenes Rechtsgebietes, das nur in bewaffneten Konflikten anwendbar ist – leisten kann, soll der folgende Beitrag zeigen. Dabei wird auch insbesondere auf jüngste Urteile des Sondergerichtshofes für Sierra Leone (SCSL) eingegangen. Der Fokus liegt dabei auf der Rechtsprechung von 2009 und 2010, aber im Sinne einer umfassenden Analyse soll bisweilen auch auf ältere Urteile und Entscheidungen zurückgegriffen werden.

In einem ersten Teil soll die Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht der nicht-internationalen bewaffneten Konflikte zu Anti-Terrormaßnahmen, sowie zur Frage der Qualifikation eines bewaffneten Konflikts bei Eingreifen von ausländischen Truppen, die im Rahmen einer Internationalen Organisation (IO) operieren, erörtert werden. Der zweite Teil beschäftigt sich mit Kriegsverbrechen gegen Personal einer friedenserhaltenden Mission, insbesondere mit dem ersten Urteil des SCSL zu diesem Kriegsverbrechen. In einem abschließenden Abschnitt soll die Interpretation von „aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten“ durch den SCSL und den Internationalen Strafgerichtshof (ICC) beim Kriegsverbrechen der Verwendung von Kindersoldaten kritisch unter die Lupe genommen werden.

International criminal law jurisprudence is still providing an important impetus for the development of international humanitarian law (IHL). This article shall review current contributions by international criminal tribunals with regard to: (1) the applicability of IHL to measures combating terrorism; (2) the qualification of armed conflicts where foreign troops, acting under the auspices of an international organisation (IO), intervene on behalf of state armed forces against a non-state armed group; (3) the scope of war crimes against peace-keeping personnel; and (4) the interpretation of “active participation” in relation to the use of children in armed conflicts.

I. Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski: Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht bei Anti-Terrormaßnahmen

Dieser Fall vor dem ICTY ist der einzige, der im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Kriegsverbrechen in Mazedonien (FYROM) vom Tribunal verfolgt wurde. Boškoski, Innenminister Mazedoniens, und Tarčulovski, Polizeibeamter des Innenministeriums zur Zeit des Tatverdachts, wurden die Kriegsverbrechen Mord, willkürliche Zerstörung von Städten und Dörfern, sowie grausame Behandlung von nicht an Kampfhandlungen teilnehmenden Personen vorgeworfen. Diese Verbrechen sollen in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zwischen Sicherheitskräften von FYROM gegen die Albanische Nationale Befreiungsarmee (NLA) bei einem Angriff von mazedonischen Sicherheitskräften auf die Ortschaft Ljuboten im August 2001 begangen worden sein.

Das Vorliegen eines solchen nicht-internationalen bewaffneten Konflikts wurde aber von beiden Angeklagten bestritten. Daher musste zunächst die Verfahrenskammer II die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts, das heißt, einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, prüfen.

In der Prüfung dieser Frage konnte die Verfahrenskammer auf vorhergehende bahnbrechende Urteile des ICTY zurückgreifen. Der Begriff „nicht-internationaler bewaffneter Konflikt“ ist weder in den Genfer Konventionen noch in Zusatzprotokoll II (ZP II) definiert, obwohl letzteres in Art. 1 Abs. 2 feststellt, dass nicht-internationale bewaffnete Konflikte bei inneren Unruhen und Spannungen wie Tumulten, vereinzelt auftretenden Gewalttaten und ähnlichen Handlungen jedenfalls nicht vorliegen. Hier bestand schon vor diesem Urteil die Leistung des ICTY in der Definition eines nicht-staatlichen bewaffneten Konflikts und in den Ausführungen, welche faktischen Elemente für das Vorliegen eines solchen gegeben sein müssen.

In diesem Zusammenhang muss man zunächst die Tadic Definition von „zeitlich ausgedehnter (andauernder) bewaffneter Gewalt zwischen Regierungsrepräsentanten und organisierten bewaffneten Gruppen“⁴ und die daraus folgenden

* Der Verf. ist Assistent und Lehrender zum humanitären Völkerrecht, Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen, Universität Wien.

¹ Quéguiner, *International Review of the Red Cross* 271 (2003), 309.

² Siehe u.a.: ICTY, Urt. v. 2.10.1995 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić); ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić).

³ Siehe etwa ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu).

⁴ ICTY, Urt. v. 2.10.1995 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 70.

wesentlichen zwei Kriterien von Intensität und Organisation des nichtstaatlichen bewaffneten Akteurs nennen, auf der die nachfolgende ICTY-Rechtsprechung aufbaute. Weiter konnte die Verfahrenskammer wesentlich auf die Urteile in Verfahren gegen Angehörige der Kosovo Befreiungsarmee (KLA), Limaj et al. und Haradinaj et al. zurückgreifen,⁵ deren Beitrag in einer systematischen Würdigung der faktischen Elemente für die Prüfung der Kriterien von Intensität und besonders der Organisation von nichtstaatlichen bewaffneten Akteuren besteht.

Betreffend die Intensität zählen dazu die Schwere der Angriffe und ob es eine Zunahme an bewaffneten Zusammenstößen gab, die örtliche und zeitliche Ausbreitung von solchen Zusammenstößen, eine Zunahme der Anzahl von Regierungstruppen und die Mobilisierung und das Verteilen von Waffen bei beiden Konfliktparteien, Interesse des UN-Sicherheitsrats am Konflikt und Verabschiedung von Resolutionen, die Anzahl von Zivilisten, die zur Flucht aus der Kampfzone gezwungen sind, die Art der eingesetzten Waffen, insbesondere, ob schwere Waffen und anderes schweres militärisches Gerät wie Panzer und andere schwere Fahrzeuge zum Einsatz kommen, das Ausmaß an Zerstörung und die Anzahl von Opfern von Bombardierungen oder Kämpfen bzw. Versuche der Vermittlung oder Durchsetzung von Waffenstillstandsabkommen durch internationale Organisationen.⁶

Die Verfahrenskammer fügte dem noch die Art der staatlichen Gewaltausübung gegen bewaffnete Gruppen hinzu, basierend auf dem bereits im IKRK-Kommentar zu den Genfer Konventionen genannten Kriterium, dass die rechtmäßige Regierung zum Einsatz von regulären militärischen Streitkräften gegen militärisch organisierte Aufständische gezwungen ist. Für die Art der staatlichen Gewaltausübung sei die Prüfung aufschlussreich, wie der Staat die Menschenrechte auf Leben und Freiheit vor willkürlicher Festnahme interpretiere. In diesem Zusammenhang grenzt der ICTY eindeutig Gewaltanwendung zur Rechtsdurchsetzung (law enforcement), die durch die Menschenrechte auf das absolut Notwendige und in strikter Verhältnismäßigkeit für das Erreichen von Zielen beschränkt sind,⁷ von Gewaltanwendung in einem bewaffneten Konflikt ab. In letzterem folgt der ICTY der einschlägigen Judikatur des IGH in den Nuklearwaffen- und Mauer-Rechtsgutachten, wonach ein willkürlicher Entzug

von Leben nach den Standards des humanitären Völkerrechts als *lex specialis* zu den Menschenrechten zu beurteilen ist.⁸

Dies ist aus zwei Gründen bemerkenswert. Zunächst kann man dies als Absage an die Tendenz im so genannten „Krieg gegen den Terrorismus“ verstehen, die traditionelle Unterscheidung zwischen Rechtsdurchsetzung und Maßnahmen in einem bewaffneten Konflikt zu verwässern, indem man Sachverhalte, die traditionell unter die Rubrik Rechtsdurchsetzung fallen, in das Paradigma eines bewaffneten Konflikts zwingt. Eine solche Feststellung von einem auf die Anwendung des humanitären Völkerrechts spezialisierten Tribunal stellt einen willkommenen und autoritativen Beitrag zur Abgrenzung dieser Rechtsbereiche dar. Außerdem ist die Tatsache, dass der ICTY zustimmend die Rechtsprechung des IGH zitiert, als willkommene Abwechslung zum sonst nicht immer reibungsfreien Verhältnis dieser beiden Gerichte zu bezeichnen; man denke hier nur an die berühmte Nicaragua-Tadić-Kontroverse im Bereich der völkerrechtlichen Zurechnungslehre.⁹

Zur Intensitätsschwelle als Abgrenzungsmerkmal zwischen nicht-internationalen bewaffneten Konflikten und einzeln auftretenden Gewalttaten argumentierte die Verteidigung, die ICTY-Rechtsprechung habe Banditenakte, kurzlebige Aufstände und terroristische Akte als Beispiele genannt, wo humanitäres Völkerrecht nicht anwendbar sei. Daher könnten terroristische Akte – und seitens der mazedonischen Regierung wurde das Verhalten der NLA nicht überraschend als „terroristisch“ eingestuft – nicht für die Prüfung herangezogen werden, ob ein bewaffneter Konflikt vorliege.¹⁰

Dieser Argumentation erteilte die Verfahrenskammer eine klare Absage. Sie führte dazu aus, dass die Qualifikation eines Aktes als terroristisch oder nicht terroristisch irrelevant sei. Alleine entscheidend für das Erfüllen der geforderten Intensität sei, ob ein Akt isoliert oder als Teil einer zeitlich ausgedehnten Kampagne mit Eingreifen von beiden Parteien in Feindseligkeiten begangen wurde. Die Ansicht, dass als terroristisch bezeichnete Akte Teil einer solch ausgedehnten Kampagne sein können, sei schon deshalb logisch, weil das humanitäre Völkerrecht ja selbst „terroristische Handlungen“ sowie „Handlungen oder Drohungen mit Gewalt, deren primäres Ziel die Verbreitung von Terror in der Zivilbevölkerung“ verbietet; denn warum würde das humanitäre Völkerrecht Handlungen verbieten, die ohnehin außerhalb des Anwendungsbereichs eines bewaffneten Konfliktes fielen?¹¹

⁵ ICTY (Verfahrenskammer II), Urt. v. 30.11.2005 – IT-03-66-T (Prosecutor v. Limaj et al.), Rn. 83-174; ICTY (Verfahrenskammer II), Urt. v. 3.4.2008 – 04-84-T, (Prosecutor v. Haradinaj et al.), Rn. 32-100.

⁶ ICTY (Verfahrenskammer II), Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 177.

⁷ Diese Ziele sind etwa in Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genannt: Verteidigung einer Person vor unrechtmäßiger Gewalt, Sicherstellung einer rechtmäßigen Festnahme oder ein Entkommen einer Person vor rechtmäßiger Festnahme sowie Maßnahmen zur Unterdrückung von Unruhen oder eines Aufstandes. Siehe Konvention zum Schutz von Menschenrechten und Fundamentalur Freiheiten, 4.11.1950, Rats-Dokument Nr. 005.

⁸ ICTY (Verfahrenskammer II), Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 178.

⁹ Siehe: ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 99-145.

¹⁰ ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 184.

¹¹ ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 187. Siehe Art. 33 Abs. 2 Genfer Abkommen zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV. Genfer Abkommen) v. 12.8.1949, 75 UNTS 287; Art. 4 Abs. 2 lit. d) Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen v. 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Zusatzprotokoll II) v. 8.6.1977, 1125 UNTS 609; Art. 51 Abs. 2

Auch wenn es schwer vorstellbar ist, dass die Verfahrenskammer der Argumentation der Verteidigung gefolgt wäre, ist die Betonung, dass das politische Label, das einer Handlung als „terroristisch“ anhaftet, irrelevant ist, wichtig für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts als apolitisches, faktenbezogenes Rechtsgebiet.

In Bezug auf das Kriterium der Organisation, speziell der nichtstaatlichen bewaffneten Gruppe bestand der Beitrag der Verfahrenskammer in einer Systematisierung der in bisheriger ICTY-Rechtsprechung¹² genannten faktischen Elemente in fünf Gruppen. Diese umfassen: die Existenz einer Kommandostruktur, die Fähigkeit, militärische Operationen in organisierter Weise durchzuführen, logistische Elemente, wie die Fähigkeit, neue Mitglieder zu rekrutieren, militärisches Training durchzuführen, oder die Versorgung mit Waffen, Uniformen oder Kommunikation zu gewährleisten, die Fähigkeit, Disziplinarmaßnahmen zur Umsetzung der grundlegenden Verpflichtungen aus dem gemeinsamen Art. 3 sowie die Fähigkeit, die Gruppierung beispielsweise in Verhandlungen über Waffenstillstandsabkommen mit Repräsentanten von internationalen Organisationen und Drittstaaten zu vertreten.¹³

Hier wendete die Verteidigung ein, dass der terroristische Charakter von Aktivitäten der NLA und deren Verletzungen von humanitären Völkerrecht zeige, dass diese nichtstaatliche Gruppierung nicht über das nötige Ausmaß an Kontrolle über die eigenen Mitglieder verfüge, um das Kriterium der Organisation zu erfüllen.¹⁴ Auch dieses Argument wurde von der Verfahrenskammer abgelehnt mit der Begründung, dass es auf die grundlegende organisatorische Fähigkeit der Gruppe zur Einhaltung von humanitärem Völkerrecht ankomme. Die Tatsache, dass humanitäres Völkerrecht häufig durch die Mitglieder einer bewaffneten Gruppe verletzt würde, sei alleine noch nicht hinreichend, um das Fehlen der nötigen Organisation festzustellen. Es sei nötig zu prüfen, wie solche Verletzungen geplant und durchgeführt wurden, d.h., ob diese Verletzungen hauptsächlich das Ergebnis einer von der Führung der Gruppe angeordneten Strategie oder einer individuellen Entscheidung der Mitglieder sei.¹⁵ Auch dies ist eine wichtige Feststellung, da sie den kollektiven Charakter des Erfordernisses der Fähigkeit einer bewaffneten Gruppe, humanitäres Völkerrecht umzusetzen, unterstreicht.¹⁶

Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen v. 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Zusatzprotokoll I) v. 8.6.1977, 1125 UNTS 3; Art. 13 Abs. 2 Zusatzprotokoll II.

¹² Besonders in Anlehnung an: ICTY (Verfahrenskammer II), Urte. v. 3.4.2008 – 04-84-T (Prosecutor v. Haradinaj et al.), Rn. 50-60.

¹³ ICTY (Verfahrenskammer II), Urte. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 199-203.

¹⁴ ICTY (Verfahrenskammer II), Urte. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 204.

¹⁵ ICTY (Verfahrenskammer II), Urte. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 205.

¹⁶ Dies ist auch konsistent mit dem kollektiven Charakter der für einen irregulären Kombattantenstatus erforderlichen Vor-

In Anwendung dieser Kriterien befand die Verfahrenskammer, dass für die geforderte Intensität neben einer Zunahme der Anzahl und der Intensität der bewaffneten Operationen auf beiden Seiten das Ausmaß der Vertreibung von Zivilisten, mindestens 64.000 Flüchtlinge und 70.000 Interne Vertriebene, besonders bedeutsam sei.¹⁷ In Bezug auf die Organisation der Albanischen Befreiungsarmee räumte die Verfahrenskammer zwar ein, dass die NLA zu keinem Zeitpunkt eine moderne, gut organisierte, ausgestattete, trainierte und disziplinierte, effiziente Streitkraft darstellte. Allerdings würdigte die ICTY als bedeutsam, dass die Aktivitäten der NLA die Regierung zu einem umfassenden militärischen und politischen Eingreifen veranlassten, neben der ausreichenden Fähigkeit der NLA, die Gruppe nach außen zu vertreten und die eigenen Mitglieder zu rekrutieren und zu trainieren. M.E. hat die Verfahrenskammer eine sehr praxisnahe Prüfung der erforderlichen Organisation von bewaffneten Gruppen angewendet, der im Hinblick auf Fälle vor dem ICC zuzustimmen ist, denn nur in seltenen Fällen wird es sich bei Rebellen Gruppen um ähnlich gut organisierte Streitkräfte wie staatliche Armeen handeln.

Die Verfahrenskammer schlussfolgerte daraus, dass die Erfordernisse eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts erfüllt seien. Tarčulovski wurde wegen aller drei Vorwürfe von Kriegsverbrechen zu zwölf Jahren Haft verurteilt, der ehemalige Innenminister Boškoski jedoch freigesprochen, da die Verfahrenskammer eine Vorgesetztenverantwortlichkeit für diese Verbrechen nicht als erwiesen sah.

Die Feststellungen der Verfahrenskammer zu Intensität und Organisation der NLA wurden im Urteil der Berufungskammer vom 19.5.2010 bestätigt; somit habe die Verfahrenskammer die Existenz eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts zu Recht angenommen.¹⁸

Doch in seiner Berufung brachte Tarčulovski eine Variation seines Arguments vor, dass die Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht durch den Charakter einer Anti-Terrorismusoperation ausgeschlossen sei. Er bestritt die Zuständigkeit des Tribunals, da es sich bei den fraglichen staatlichen Operationen um rein innerstaatliches Handeln eines souveränen Staates in Ausübung seines Selbstverteidigungsrechtes im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen gehandelt habe. Die Verfahrenskammer habe die Rechtmäßigkeit dieses Ziels, sich gegen Terroristen zu verteidigen, nicht hinreichend gewürdigt, insbesondere die Frage, was in Reaktion auf terroristische Angriffe, im Zuge dessen Terroristen sich unter Zivilisten verstecken, als verhältnismäßiger Angriff zu werten sei. Mit anderen Worten, die Verteidigung legte eine Aufweichung der Trennung von ius ad bellum (die

aussetzung unter Art. 4 Abs. 2 lit. d Genfer Konvention III, bei Kampfhandlungen humanitäres Völkerrecht einzuhalten. Siehe Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen (III. Genfer Abkommen) v. 12.8.1949, 75 UNTS 135.

¹⁷ ICTY (Verfahrenskammer II), Urte. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 248.

¹⁸ ICTY, Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82-A (Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski), Rn. 19-24.

Regelungen über die Rechtmäßigkeit von Gewaltanwendung) und *ius in bello* (Regelungen des humanitären Völkerrechts),¹⁹ im Zuge der Terrorismusbekämpfung nahe. Das heißt, für die Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht müsse die Rechtmäßigkeit des Zweckes der Gewaltanwendung berücksichtigt werden.

Auch dieser Argumentation erteilte die Berufungskammer eine Absage und bekräftigte die grundlegende Unterscheidung zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello*. Dementsprechend sei für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts die Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung nach der Satzung der Vereinten Nationen unerheblich. Daher könne die mazedonische Regierung das Argument der Souveränität bei der Terrorismusbekämpfung nicht gegen die Zuständigkeit des ICTY einwenden, wenn Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung in einem bewaffneten Konflikt gesetzt wurden. In einer solchen Situation bleibe daher auch der gemeinsame Art. 3 bei rechtmäßigen Maßnahmen der Selbstverteidigung gegen „Terroristen“ anwendbar. Das heißt, auch Selbstverteidigungsmaßnahmen in einem bewaffneten Konflikt müssen sich am Kriterium der Verhältnismäßigkeit zwischen den zu erwartenden zivilen Schäden und dem konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil messen lassen.²⁰

Diese Feststellung des ICTY ist von höchster aktueller Relevanz, wenn man sich etwa den verstärkten Einsatz von unbemannten Kampffahrzeugen (unmanned combat vehicles oder „Dronen“) an den momentanen Fronten des so genannten „War on Terror“ in Afghanistan und Pakistan vor Augen führt. Die jüngste Linie der US-Regierung dazu lautet, dass solche Dronenangriffe in Ausübung des Selbstverteidigungsrechts der USA gegen terroristische Aktivitäten rechtmäßig sind. Allerdings sollte die Rechtsprechung des ICTY in *Boškoski & Tarčulovski* vor dem Hintergrund immer wieder zu beklagender Verluste an der Zivilbevölkerung als Resultat von solchen Angriffen Anlass genug sein, die Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Verbot von unverhältnismäßigen Angriffen kritisch zu hinterfragen.²¹

¹⁹ Dazu eingehend *Bugnion*, 847 *International Review of the Red Cross* 3-26 (2002), nachzulesen unter:

[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5FLCT4/\\$File/bugnion%20ang%20.pdf](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5FLCT4/$File/bugnion%20ang%20.pdf) (zuletzt besucht am 25.8.2010).

²⁰ ICTY, Urt. v.19.5.2010 – IT-04-82-A (*Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski*), Rn. 44-45.

²¹ Dies natürlich unter der Voraussetzung, dass auch in Pakistan ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt. Für eine Kritik an der Praxis von Tötungen durch unbemannte Kampffahrzeuge, siehe *O'Connell*, *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 09-43* (7/2010), <http://ssrn.com/abstract=1501144> (zuletzt besucht am 22.10.2010); a.A. *Anderson*, (5/2009),

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1415070 (zuletzt besucht 22.10.2010); *Anderson*, *WCL Research Paper No. 2010-6*,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1561229 (zuletzt besucht am 22.10.2010).

II.. Die RUF-Urteile vor dem Sondergerichtshof für Sierra Leone: Internationalisierung von Konflikten bei Intervention von Drittstaaten im Rahmen von IOs und ausländischer Unterstützung von bewaffneten Gruppen

Das Urteil in *Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao* war das dritte vor dem SCSL,²² das im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt in Sierra Leone erging, der von 1991 bis 2002 dauerte. Die Angeklagten waren Mitglieder der Revolutionary United Front (RUF), die in einen bewaffneten Konflikt mit der Armee von Sierra Leone involviert war. Im Mai 1997 stürzte diese Gruppierung zusammen mit abtrünnigen Regierungssoldaten die rechtmäßige Regierung und bildete das so genannte Armed Forces Revolutionary Council (AFRC), mit dem sie bis Februar 1998 ein de facto-Regime bildete. 1997-2002 war der Konflikt auch durch Interventionen ausländischer Streitkräfte gekennzeichnet, darunter die von der Economic Community of West African States (ECOWAS) entsendete ECOMOG unter Führung von nigerianischen Truppen, die UN Assistance Mission in Sierra Leone (UNAMSIL) sowie Mitglieder der privaten Sicherheitsfirma Executive Outcomes. Wie allgemein bekannt, wurde die RUF auch maßgeblich von liberianischen Kämpfern unter der Führung des späteren liberianischen Präsidenten Charles Taylor unterstützt. Den Angeklagten wurde eine Vielzahl von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgeworfen, darunter terroristische Akte, Kollektivstrafen, Ausrottung, Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, die Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter 15 Jahren in nationale Streitkräfte oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten sowie vorsätzliche Angriffe auf Personal einer friedenserhaltenden Mission.

Der Gerichtshof hat nur eine zeitliche Zuständigkeit für Verbrechen ab 1996 und für Kriegsverbrechen nur in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Dies bewog die Verteidigung zur Argumentation, dass die Involvierung von ECOMOG und UNAMSIL den prima facie nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zu einem internationalen machte, wofür der Gerichtshof keine Zuständigkeit habe.

Hier konnte der Sondergerichtshof auf den *Tadic*-Test zurückgreifen, wonach ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt zu einem internationalen werde, wenn „ein anderer Staat in einem Konflikt durch seine Truppen interveniert, oder alternativ, wenn einige der an dem internen Konflikt Teilnehmenden im Namen eines anderen Staates handeln.“²³

Die hier konkret gestellte Frage nach dem Charakter des Konfliktes durch Eingreifen von ECOMOG und UNAMSIL ist deshalb besonders interessant, weil es sich dabei nicht nur um die Intervention von ausländischen Streitkräften handelte, sondern diese Streitkräfte unter einem Mandat einer IO kämpften. Wenn solche Streitkräfte auf Seiten einer nicht-staatlichen bewaffneten Gruppe intervenieren, ist es klar, wie im Falle der NATO-Intervention gegen die damals Föderative Republik Jugoslawien 1999, dass Kampfhandlungen zwi-

²² SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*).

²³ SCSL, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (*Prosecutor v. Tadić*), bei Rn. 84.

schen den internationalen Truppen und dem Staat einen internationalen bewaffneten Konflikt darstellen. Umstritten ist allerdings, wie ein Konflikt zu qualifizieren ist, in dem die internationalen Truppen unter dem Mandat einer IO auf Seiten eines Staates gegen nichtstaatliche Akteure intervenieren, so wie hier die ECOMOG- und UNAMSIL-Truppen gegen die RUF/AFRC.

Ein Teil der Lehre ging davon aus, dass eine solche Intervention, egal auf welcher Seite, einen solchen Konflikt zu einem internationalen mache. Dies wird damit begründet, dass solche Operationen unter den Auspizien von IOs geplant und durchgeführt werden, die – anders als wenn Staaten in ihrer individuellen Kapazität intervenieren – nur internationalem Recht unterworfen werden können.²⁴ Diese Ansicht scheint von einschlägigen Rechtstexten zu friedenserhaltenden Operationen der Vereinten Nationen geteilt zu werden: Art. 2 Abs. 2 der Konvention über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen bestimmt zum Anwendungsbezug dieses Vertrages, dass dieses Übereinkommen keine Anwendung auf einen vom Sicherheitsrat als Zwangsmaßnahme nach Kapitel VII der Satzung der Vereinten Nationen genehmigten Einsatz fände, bei dem Angehörige des Personals als Kombattanten gegen organisierte bewaffnete Verbände engagiert sind und auf den das Recht der internationalen bewaffneten Konflikte anwendbar ist.²⁵ Das Bulletin des Generalsekretärs der Vereinten Nationen zur Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch Truppen der Vereinten Nationen enthält umfangreiche Regelungen, die sich so nur im ZP I zu internationalen bewaffneten Konflikten finden.²⁶ Aber die konsequente Anwendung des Regimes eines internationalen bewaffneten Konflikts stößt vor allem auf die Schwierigkeit, dass dann nichtstaatliche bewaffnete Gruppen verpflichtet wären, gefangenen Mitgliedern der internationalen Truppe die umfangreichen Kriegsgefangenen Garantien der Genfer Konvention III zu gewähren. Dies wird in der Praxis wohl oft an mangelnden Kapazitäten solcher Gruppen scheitern.

Andere wiederum sind der Ansicht, dass die Involvierung von Truppen unter den Auspizien von IOs, wie den Vereinten Nationen, nicht automatisch zu einem internationalen bewaffneten Konflikt führe. Danach sei zu differenzieren, wel-

che Akteure sich einander gegenüberstünden. Dies legt eine so genannte Fragmentierung nahe, wie sie auch der IGH bereits im Nicaragua-Fall anwendete. Der IGH stellte fest, dass einerseits zwischen den Contras und den Regierungstruppen ein nicht-internationaler bewaffneter, andererseits zwischen den USA und Nicaragua ein internationaler bewaffneter Konflikt bestünde. In Anwendung dieser Meinung würde in unserem Fall also ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt zwischen der RUF/AFRC und den ECOMOG- und UNAMSIL-Truppen bestehen. Diese Lösung hat den Vorteil, dass sie formal besser ins System des humanitären Völkerrechts passt, denn ein internationaler bewaffneter Konflikt verlangt eben eine Auseinandersetzung zwischen mindestens zwei Staaten.

Die Ansicht, dass durch Involvierung von ECOMOG und UNAMSIL der bewaffnete Konflikt zumindest teilweise zu einem internationalen bewaffneten Konflikt wurde, wird auch bisweilen in der Literatur vertreten.²⁷ Doch die Verfahrenskammer im RUF-Urteil stellte fest, dass die Tatsache, dass ECOMOG und UNAMSIL auf Seiten der rechtmäßigen Regierung gegen die RUF/AFRC intervenierten, nicht als „bewaffnete Gewalt zwischen zwei Staaten klassifiziert werden kann.“²⁸ Dem ist sowohl aus formal-rechtlichen, als auch den oben beschriebenen praktischen Gründen zuzustimmen. Interessant wird sein, ob diese Rechtsprechung auf die zukünftige Staatenpraxis zur Qualifikation eines Konfliktes bei Eingreifen von insbesondere UN-Truppen auf Seiten einer rechtmäßigen Regierung gegen bewaffnete nicht-staatliche Akteure einen Einfluss haben wird.

Auch zum zweiten Teil des Tadić-Tests zur Internationalisierung von Konflikten, nämlich, dass einige der an dem internen Konflikt Teilnehmenden im Namen eines anderen Staates, d.h. unter dessen „übergreifender Kontrolle“ (overall control) handeln, äußerte sich der SCSL kurz. Dies war notwendig, denn die Verteidigung argumentierte, dass die Unterstützung der RUF durch Charles Taylor zu dem Ergebnis führen müsse, dass die RUF de facto im Namen von Liberia handelte, dessen Präsident Taylor ja ab 1997 war.²⁹ Jedoch führte die Verfahrenskammer aus, dass die vorgebrachten Beweise nicht über jeden vernünftigen Zweifel zur Feststellung führen würden, dass Taylors Beziehungen zur RUF

²⁴ Porretto und Vité geben einen guten Überblick über die vorhandenen Meinungen. Siehe *Porretto/Vité*, University Centre for International Humanitarian Law (nunmehr Academy of Human Rights and International Humanitarian Law), Research Paper No. 1/2006, S. 35 ff., http://www.adh-geneve.ch/pdfs_publications/CTR_application_du_DIH.pdf (zuletzt besucht am 24.8.2010).

²⁵ Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, 9.12.1994, 2051 UNTS 363.

²⁶ Siehe insb. Abschnitte 5 u. 6 zum Schutz der Zivilbevölkerung und zu Mittel und Methoden des Kampfes, sowie Abschnitt 8 zur Behandlung von in Haft gehaltenen Personen. Bulletin des Generalsekretär der Vereinten Nationen zur Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch Truppen der Vereinten Nationen v. 6.8.1999, UN-Doc. ST/SGB/1999/13.

²⁷ *Bundu*, Democracy by Force? A Study of international military intervention in the conflict in Sierra Leone from 1991-2000, 2001, S. 215 f.

²⁸ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao) Rn. 973. Mit der gleichen Begründung lehnte die Verfahrenskammer das Argument ab, dass der Konflikt durch Eingreifen der privaten Sicherheitsfirma EO internationalisiert worden wäre. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem Urteil im AFRC-Fall, in dem der SCSL die Feststellung eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts mit mangelnden Beweisen, dass ein Drittstaat im Konflikt intervenierte, begründete. Siehe SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T, (Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu), Rn. 251.

²⁹ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 974.

solcher Art waren, dass Taylor fähig war, eine „übergreifende Kontrolle“ über die RUF auszuüben.³⁰ Dies steht wiederum im Einklang mit einer identischen Feststellung im AFRC-Urteil der Verfahrenskammer.³¹ Allerdings gilt für beide Feststellungen, was schon von einem Autor bezüglich des AFRC-Urteils zutreffend bemerkt wurde, nämlich, dass zu dieser Frage noch keine endgültige Stellungnahme des SCSL vorliege.³² Umfangreiche Feststellungen zu den Beziehungen zwischen Taylor und der RUF sind zu erwarten. Die Anklageschrift in *Prosecutor v. Taylor* geht nämlich davon aus, dass Mitglieder der RUF, AFRC, der RUF/AFRC Junta und/oder liberianische Kämpfer internationale Verbrechen begangen haben sollen und dabei von Taylor unterstützt und ermutigt wurden, und/oder mit ihm zusammenwirkten, und/oder unter seiner Leitung und/oder Kontrolle standen, und/oder als seine Untergebene fungierten; außerdem wird Taylor auch Vorgesetztenverantwortlichkeit für die Mitglieder dieser Gruppierungen vorgeworfen.³³

III. Kriegsverbrechen gegen Personal von friedenserhaltenden Missionen

Die RUF-Urteile sind auch deshalb als bahnbrechend zu bezeichnen, weil sich ein internationales Tribunal hier erstmals spezifisch zu Natur und Anwendungsbereich des Kriegsverbrechens von vorsätzlichen Angriffen auf Personal einer friedenserhaltenden Mission äußerte.³⁴ Eine spezielle Normierung dieses Kriegsverbrechens macht trotz einschlägiger Verbote in der Konvention über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen Sinn, da ja nicht alle Staaten Vertragsparteien zu dieser Konvention sind;³⁵ da die Vorschriften der Konvention nur auf Staaten, jedoch nicht auf nichtstaatliche bewaffnete Gruppierungen anwendbar sind und da selbst zwischen Vertragsstaaten die Effektivität der in der Konvention enthaltenen Verbote vom Willen und der Fähigkeit zur Zusammenarbeit bei der Umsetzung abhängig

ist.³⁶ Dieses Kriegsverbrechen wurde erstmalig in Art. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 3 und Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 3 im Römer Statut des ICC³⁷ normiert und findet sich auch in Art. 4 b) Statut des SCSL. Die Anwendung der Verbrochenselemente auf Angriffe gegen UNAMSIL sind von Relevanz insbesondere für drei Fälle vor dem ICC betreffend Darfur, in denen den Angeklagten dieses Verbrechen gegen Mitglieder der friedenserhaltenden Mission der Afrikanischen Union (AMIS) vorgeworfen wird.³⁸

Die Verfahrenskammer stellte eingangs fest, dass das Verbot von Angriffen gegen Personal von friedenserhaltenden Missionen eine Spezifizierung des generellen Verbots von Angriffen gegen die Zivilbevölkerung darstelle.³⁹ Basie-

³⁶ *Bangura*, 23 *Leiden Journal of International Law* 165 (2010), 171.

³⁷ Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 17.7.1998, 2187 UNTS 3. Art. 71 Abs. 2 ZPI verpflichtet Vertragsparteien, das an humanitären Hilfsaktionen beteiligte Personal zu schonen und zu schützen. Jedoch enthalten weder die Genfer Konventionen noch deren Zusatzprotokolle explizite Schutzvorschriften für Personal von friedenserhaltenden Operationen.

³⁸ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklage v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (*Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*); ICC, *Summons to Appear v. 27.08.2009* – ICC-02/05-03/09 (*Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain und Saleh Mohammad Jerbo Jamus*).

³⁹ Dies ist beispielsweise nur konsistent mit dem bereits oben angeführten Straftatbestand der vorsätzlichen Tötung von Personal von friedenserhaltenden Missionen in der Konvention über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen. Gehörte ein solches Personal nämlich zur Kategorie der Kombattanten, wäre die Tötung einer solchen Person in einem bewaffneten Konflikt gerechtfertigt, und solch ein Tatbestand könnte daher nicht in dieser Form Niederschlag finden. Fragwürdig erscheint in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Verfahrenskammer bei der Reichweite des Schutzes für die Zivilbevölkerung von der Definition von Zivilisten, die *hinsichtlich von Nichtkombattanten* im Völkergewohnheitsrecht besteht, ausgeht. Denn bei *Nichtkombattanten* denkt man etwa unweigerlich an die unter Art. 4 A Abs. 4 der Genfer Konvention III genannten Personen, die den Streitkräften folgen, ohne in sie eingegliedert zu sein, wie zivile Besatzungsmitglieder von Militärflugzeugen, Kriegsberichterstatter, Heereslieferanten, Mitglieder von Arbeitseinheiten oder von Diensten, die für die Betreuung der Militärpersonen verantwortlich sind. Diese Personen genießen – im Unterschied von sonstigen Zivilisten – den Schutz von Kriegsgefangenen. Es ist unklar, warum der SCSL hier Zivilisten allgemein mit Nichtkombattanten gleichsetzt. Denkbar ist, dass der SCSL den verwendeten Begriff des „Nichtkombattanten“ nicht im rechtstechnischen Sinne der hier zitierten Bestimmung versteht, oder alternativ, dass er für Mitglieder einer friedenserhaltenden Mission betonen wollte, dass es sich hier nur um einen Schutz *equivalent* und nicht *ident* zu dem von Zivilisten handelt und der Gerichtshof die Kategorie eines Nichtkombattanten als passenden Vergleich empfindet.

³⁰ SCSL (Verfahrenskammer), *Urt. v. 2.3.2009* – SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*), Rn. 976; durch die Inbezugnahme des Kriteriums der „overall controll“ macht sich die Verfahrenskammer in der oben im Text bei Fn. 9 erwähnten „Nicaragua-Tadic-Kontroverse“ den Standpunkt zu eigen, den das ICTY seit Tadic bezieht.

³¹ SCSL (Verfahrenskammer), *Urt. v. 2.3.2009* – SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*), Rn. 251.

³² *Meisenberg*, *Humanitäres Völkerrecht* 2008, 143 (146).

³³ *Second Amended Indictment v. 29.5.2007* – SCSL-03-01-PT (*Prosecutor v. Taylor*).

³⁴ SCSL (Verfahrenskammer), *Urt. v. 2.3.2009* – SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*), Rn. 213 ff.

³⁵ Beispielsweise sind gem. Art. 9 des Übereinkommens vorsätzliche Tötungen, Entführungen oder sonstige Angriffe auf Person oder Freiheit von Angehörigen des Personals von friedenserhaltenden UN-Missionen verboten. Mit 25.10.2010 hatte die Konvention 89 Vertragsstaaten, sowie 43 Unterzeichnerstaaten. Siehe *United Nations Treaty Collection*, http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-8&chapter=18&lang=en (zuletzt besucht am 25.10.2010).

rend auf Praxis der Vereinten Nationen, der Annahme der Konvention über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen 1994, der Kriminalisierung des Verbrechens in nationalen Militärmanualen sowie im Römer Statut schlussfolgerte der SCSL zudem, dass dieses Verbrechen bereits zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Handlungen gewohnheitsrechtlich verankert war.⁴⁰ Folgende Elemente des Verbrechens wurden von der Verfahrenskammer identifiziert: 1) Der Angeklagte richtete einen Angriff gegen Personal, das in einer humanitären Hilfsaktion oder einer friedenserhaltenden Mission im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen involviert ist; 2) Der Angeklagte hatte den Vorsatz, dass solches Personal Ziel des Angriffes ist; 3) Solches Personal hatte Anspruch auf den Schutz von Zivilisten gemäß humanitärem Völkerrecht; 4) Der Angeklagte wusste oder hatte Grund anzunehmen, dass dieses Personal geschützt war.

Zum Erfordernis des „Angriffes“ führte die Verfahrenskammer aus, dass dies im Einklang mit Art. 49 ZP I zu verstehen sei, nämlich als „Akte der Gewalt“. Hingegen sei der Nachweis von tatsächlichem Schaden nicht erforderlich; im selben Sinn müsste ein „Angriff“ in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verstanden werden.⁴¹ Bzgl. des Elements der „friedenserhaltende[n] Mission im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen“ führte der SCSL aus, dass drei Elemente vorliegen müssten, um von einer „friedenserhaltenden Mission“ zu sprechen: Zustimmung der Konfliktparteien, Unparteilichkeit und Fehlen von Gewaltanwendung außer zur Selbstverteidigung und zur Verteidigung des Mandats.⁴²

Hinsichtlich des dritten Elements grenzte die Verfahrenskammer „friedenserhaltende Missionen“ von „Zwangsmaß-

Was auch immer die Absicht des SCSL bei der Verwendung des Begriffes war, für die Regeln in Bezug auf das Verhalten in Feindseligkeiten macht es keinen Unterschied, ob man von einem „Zivilisten“ oder von einem „Nichtkombattanten“ spricht, denn beide haben jedenfalls nicht das Recht, direkt an Feindseligkeiten teilzunehmen. Interessant ist, dass die Völkergewohnheitsrechtsstudie des IKRK einige nationale Militärmanuala zitiert, die explizit vom Prinzip der Unterscheidung zwischen „Kombattanten“ und „Nichtkombattanten“ ausgehen, wobei Zivilisten, die nicht direkt an Feindseligkeiten teilnehmen, in der Kategorie der „Nichtkombattanten“ eingeschlossen sind. Dies wurde als Gebrauch des Begriffes „Nichtkombattant“ im untechnischen Sinne bezeichnet und würde somit für die oben angeführte erste Interpretationsvariante sprechen. Siehe SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 233; *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, 2005, Vol. 1: Rules, 6 (mit *Bundu* [Fn. 27]); *Ipsen*, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl. 2008, S. 98-99.

⁴⁰ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 215-218.

⁴¹ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 220.

⁴² SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 225.

nahmen“ gemäß Kapitel VII der SVN ab. In letzterem Fall würde das Personal direkt an Kampfhandlungen teilnehmen und wäre daher legitimes Ziel von militärischen Angriffen, während der Schutz von Personal von friedenserhaltenden Missionen nicht aufhöre, wenn Gewalt bloß zur Selbstverteidigung oder zur Selbstverteidigung in Durchsetzung ihres Mandats angewendet werde.⁴³ Ein spezieller Beitrag des SCSL liegt darin, dass die Verfahrenskammer faktische Elemente für die Prüfung anführte, ob es sich beim angegriffenen Personal um Angehörige einer friedenserhaltenden Mission handelt. Diese schließen ein: relevante Sicherheitsratsresolutionen, spezifische operative Mandate, die Rolle und das tatsächliche Verhalten einer Mission während eines spezifischen Konfliktes, ihre Rules of Engagement (RoE) und Einsatzbefehle, die Art der verwendeten Waffen und Gerätschaften, die Art und Häufigkeit von bewaffneter Gewalt zwischen den friedenserhaltenden Truppen und den Konfliktparteien sowie das Verhalten der betreffenden Opfer und ihrer Kameraden im Personal.⁴⁴

Die Verfahrenskammer stellte fest, dass Tötlichkeiten, Freiheitsentzug unter anhaltender bewaffneter Bewachung, sowie Angriffe auf Abrüstungslager (DDR camps) und UN-Helikopter Akte der Gewalt gegen Personal von friedenserhaltenden Missionen darstellten.⁴⁵ In Anwendung der faktischen Kriterien, ob UNAMSIL-Personal direkt an Kampfhandlungen teilgenommen oder Gewalt nur in Selbstverteidigung ausgeübt hätte, prüfte der SCSL zunächst das Mandat von UNAMSIL. Während Paragraph 14 der Resolution 1270 UNAMSIL gemäß Kapitel VII der SVN ermächtigte, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit und Bewegungsfreiheit seines Personals zu gewährleisten und Zivilisten, denen körperliche Gewalt droht, zu schützen, änderten diese begrenzten Ausnahmefälle nichts am Charakter von UNAMSIL als friedenserhaltende Mission. Die Verfahrenskammer stellte fest, dass das Mandat von UNAMSIL hauptsächlich darin bestand, über die Einhaltung des Waffenstillstandes zwischen den Konfliktparteien zu wachen, vor allem in der Entwaffnung und Reintegration von Kämpfern. Daher verstärkte der Verweis auf Kapitel VII lediglich das Recht des Personals der friedenserhaltenden Mission auf Selbstverteidigung.⁴⁶ Der Einsatzbefehl und die RoE würden ebenfalls zeigen, dass nur die zur unmittelbaren Selbstverteidigung, Verteidigung von Zivilisten und der Bewegungsfreiheit des Personals notwendige Gewalt angewendet werden durfte.⁴⁷ Als nicht haltbar wurde der Vorwurf der RUF eingestuft, dass vor den fraglichen Ereignissen von Mai 2000 UNAMSIL Kämpfer der RUF gewaltsam entwaffnet hätte;

⁴³ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 230-233.

⁴⁴ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 234.

⁴⁵ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1884-1905.

⁴⁶ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1908-1911.

⁴⁷ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1912-1917.

die Verfahrenskammer fand, dass im Gegenteil UNAMSIL-Personal der RUF-Führung wiederholt und friedlich klargebracht hätte, dass der Entwaffnungsprozess rein freiwillig geschehe.⁴⁸ Außerdem sei das UNAMSIL-Personal nur leicht bewaffnet gewesen, daher habe es nicht die militärische Kapazitäten besessen, um der RUF in Kampfhandlungen beträchtlichen Schaden zuzufügen.⁴⁹ Hinsichtlich der Gewaltanwendung, beispielsweise als Antwort auf Angriffe auf Entwaffnungslager oder auf UN-Helikopter, war der SCSL überzeugt, dass es sich dabei um rein defensives Verhalten gegen offensive Gewalt der RUF gehandelt habe. Dies sei etwa daran ersichtlich, dass das UNAMSIL-Personal, konfrontiert mit physischen Angriffen auf einen Kameraden, versucht hätte zu verhandeln, Fluchtversuche bei Angriffen auf Entwaffnungslager unternommen hätte oder bereits in einen Hinterhalt geraten und entwaffnet worden war, bevor es Gewalt ausüben konnte; all dies zeige, dass das UNAMSIL-Personal zu jeder Zeit in Selbstverteidigung und innerhalb der Grenzen seines Mandats gehandelt habe. Daher habe das UNAMSIL-Personal nicht unmittelbar an Kampfhandlungen teilgenommen und den Schutz von Zivilisten unter humanitärem Völkerrecht genossen.⁵⁰ Da die Verfahrenskammer auch die notwendige mens rea als erwiesen ansah, wurde Sesay schließlich auf Basis von Vorgesetztenverantwortlichkeit, Kallon auf Basis von direkter und Vorgesetztenverantwortlichkeit, sowie Gbao auf Basis von direkter Verantwortlichkeit wegen dieses Kriegsverbrechens verurteilt.

In der Berufungsverhandlung wendete Kallon unter anderem ein, dass das UNAMSIL-Personal sehr wohl unmittelbar an Feindseligkeiten teilgenommen habe. Dies stützte er auf Aussagen von hohen UNAMSIL-Kommandierenden, in denen bedauert wurde, dass die Probleme zwischen UNAMSIL und der RUF durch Dialog hätten gelöst werden sollen, dass aber Einsatzkommandanten der UNAMSIL sich für Gewaltanwendung entschieden hätten.⁵¹

Die Berufungskammer sah darin nicht genügend Beweis, um eine unmittelbare Teilnahme der UNAMSIL an Feindseligkeiten anzunehmen. Sie bezog sich auf die von der Verfahrenskammer ausgearbeiteten Faktoren, um die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten von Selbstverteidigungshandlungen abzugrenzen, und betonte, dass das wichtigste Element die Würdigung von tatsächlichen Fällen der Gewaltanwendung der friedenserhaltenden Mission sei.⁵²

Weiter bezog sich die Berufungskammer auf die Feststellungen der Verfahrenskammer, dass keine Gewalt in Fällen der Entführung von, oder Angriffen auf das UNAMSIL-Personal ausgeübt wurde, bzw. in anderen Fällen lediglich

zur Selbstverteidigung. Die Berufungskammer merkte an, dass es gängiges Recht sei, dass Personal einer friedenserhaltenden Mission wie Zivilisten dazu befugt sei, Gewalt in Selbstverteidigung anzuwenden, und dass eine solche Gewaltanwendung keine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten darstelle.⁵³ Dies führte zum Schluss, dass die Verfahrenskammer richtig entschieden hatte, dass das UNAMSIL-Personal den Schutz von Zivilisten genoss; somit wurde dieser Berufungsgrund wie auch alle anderen im Zusammenhang mit dem hier diskutierten Verbrechen abgelehnt.

Als bahnbrechend sind die Feststellungen der RUF-Urteile zur Abgrenzung zwischen friedenserhaltenden Operationen mit einem Kapitel VII Mandat und Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der SVN zu bewerten. Dabei ist hervorzuheben, dass für den SCSL weniger die formale rechtliche Basis (Kapitel VI oder VII der SVN) für diese Abgrenzung entscheidend ist, sondern vielmehr die tatsächliche Würdigung des Ausmaßes der Gewaltanwendung im Einzelfall. Auch die faktischen Elemente, die zur Prüfung herangezogen wurden, ob Personal einer friedenserhaltenden Mission der Schutz von Zivilisten zukomme, sind als wesentlich für die zukünftige Verfolgung dieses Kriegsverbrechens einzuordnen.

IV. Beginnender Einfluss der RUF-Urteile auf ICC-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des SCSL wurde bereits vom ICC in Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda in der ICC-Entscheidung über die Bestätigung der Anklageschrift herangezogen.⁵⁴

Dem sudanesischen Angeklagten, der eine hohe Position im Justice and Equality Movement bekleidete bzw. heute Vorsitzender der United Resistance Front ist, wurden unter anderem vorsätzliche Angriffe gegen Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge gegen ein Lager der Afrikanischen Mission in Sudan (AMIS) in Norddafür am 29.9.2007 vorgeworfen. Letztlich weigerte sich die Vorverfahrenskammer des ICC, die Anklage zu bestätigen. Für unsere Zwecke trotzdem interessant ist, dass sich die Vorverfahrenskammer ausführlich zum Kriegsverbrechen gegen friedenserhaltende Missionen äußerte.

Für die Frage, ob es sich bei AMIS um eine friedenserhaltende Mission handle, zog die Vorverfahrenskammer ebenfalls die drei Elemente,⁵⁵ 1) Zustimmung der Konfliktpartei-

⁵³ SCSL, Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 531.

⁵⁴ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda).

⁵⁵ Für die Elemente des Kriegsverbrechens zog die Vorverfahrenskammer die ICC-Verbrechenselemente (Elements of Crimes) heran, die die Voraussetzungen sinngemäß wie der SCSL regeln. Diese sind 1) Der Täter führte einen Angriff aus; 2) Ziel des Angriffes waren Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge, die an einer humanitären Hilfsmission oder friedenserhaltenden Mission in Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen beteiligt sind; 3) Der

⁴⁸ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1918-1923.

⁴⁹ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1924.

⁵⁰ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1925-1937.

⁵¹ SCSL, Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 525.

⁵² SCSL, Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 528-529.

en, 2) Überparteilichkeit⁵⁶ und 3) fehlende Gewaltanwendung, außer in Selbstverteidigung, heran.⁵⁷ Auch die Vorverfahrenskammer würdigte die Unterscheidung zwischen friedenserhaltenden Missionen und Zwangsmaßnahmen unter Kapitel VII. Bei ersteren könne Gewalt nur zur Selbstverteidigung angewendet werden, während letztere zur Gewaltanwendung, die über Selbstverteidigung hinausgingen, ermächtigt.⁵⁸ Ein spezifischer neuer Beitrag der ICC-Vorverfahrenskammer liegt in der genauen Interpretation des Erfordernisses der friedenserhaltenden Mission „im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen.“ Dies war notwendig, als es sich beim spezifischen Fall um eine Mission unter den Auspizien der Afrikanischen Union, einer regionalen IO, handelte. Hier führte die Kammer aus, dass die Voraussetzung „im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen“ nicht erfordere, dass die Mission von den Vereinten Nationen errichtet werden müsse, sondern auch regionale Missionen, die von der Satzung vorgesehen sind, erfasst seien.⁵⁹

Für die Abgrenzung von unmittelbarer Teilnahme an Feindseligkeiten und Selbstverteidigung bezog sich der ICC ausdrücklich auf die im RUF-Urteil von der Verfahrenskammer aufgestellten faktischen Kriterien.⁶⁰ Allerdings musste er sich auch zur Frage der Reichweite des Schutzes von zivilen Objekten äußern, die so bei den RUF-Urteilen nicht gestellt wurde. Hier war eine wesentliche Feststellung der Vorverfah-

Täter hatte den Vorsatz, solches Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge zum Ziel des Angriffs zu machen; 4) Solches Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge hatten Anspruch auf den Schutz von Zivilisten oder zivilen Objekten gemäß humanitärem Völkerrecht; 5) Der Täter war sich der faktischen Umstände, die einen solchen Schutz begründeten, bewusst; 6) Das Verhalten fand im Zusammenhang mit einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt statt und bezog sich auf einen solchen Konflikt; 7) Der Täter war sich der faktischen Umstände bewusst, die die Existenz eines bewaffneten Konfliktes begründeten.

⁵⁶ Hinsichtlich der Überparteilichkeit betonte der ICC unter Bezugnahme auf die 2008 vom UN Department of Peacekeeping Operations herausgegebenen UN Peacekeeping Principles and Guidelines, dass „Überparteilichkeit“ nicht mit „Neutralität“ oder „Inaktivität“ gleichzusetzen sei. Siehe ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 73.

⁵⁷ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 71.

⁵⁸ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 74.

⁵⁹ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 75.

⁶⁰ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 84.

renskammer, dass ein Objekt den Schutz für zivile Objekte in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt genieße, sofern und solange sie nicht aufgrund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen, und soweit ihre gänzliche oder teilweise Zerstörung, deren Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen keinen eindeutigen militärischen Vorteil darstellen würde.⁶¹ Dies ist ein weiterer Ausfluss der Tendenz, vor allem im Bereich der Regeln über die Kampfführung die Regime von internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten einander anzunähern.⁶²

Bei der Prüfung, ob es sich bei AMIS um eine friedenserhaltende Mission in Einklang mit der SVN gehandelt habe, stellte die Vorverfahrenskammer fest, dass die nötige Zustimmung der Konfliktparteien durch den Abschluss des Humanitären Waffenstillstandsabkommens (HCA) vom 8.4.2004, durch ein weiteres Abkommen über genauere Modalitäten der Errichtung einer Waffenstillstandskommission (CFC) vom 28.5.2004, sowie durch die Zustimmung der sudanesischen Regierung, Angehörige der Mission gemäß

⁶¹ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 89.

⁶² In ZP II zu nicht-internationalen bewaffneten Konflikten gibt es keine derart weitgehende Regelung zum Schutz von zivilen Objekten. Art. 14-16 normieren ausdrücklich nur den Schutz von speziellen Objekten wie lebensnotwendigen Gütern, gefährlichen Anlagen und Einrichtungen sowie Kulturgut. Die Vorverfahrenskammer belegte dies mit einem Paper, das einige Staaten der Vorbereitungskommission für den ICC vorlegten; dem Abgeänderten Protokoll II zu Minen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen zur Konvention von Konventionellen Waffen (KKW), dem Protokoll III zur KKW zu Brandwaffen, dem Zweiten Protokoll zur Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut; sowie der IKRK-Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht. Siehe ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 86-88; Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, Republic of Korea, South Africa and the Permanent Observer Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the International Committee of the Red Cross on article 8, paragraph 2 (e) (i), (ii), (iii), (iv), (ix) and (x) of the Rome Statute of the International Criminal Court, PCNICC/1999/WGEC/INF/2/Add.3, 24.11.1999, S. 16; Art. 2 Abs. 6, Protokoll über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Minen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen in der am 3.5.1996 geänderten Fassung, 35 ILM 1206 (1996); Art. 1 lit. f, Zweites Protokoll zur Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten v. 26.3.1999, 38 ILM 769 (1999); Art. 1 Abs. 3, Protokoll über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Brandwaffen v. 10.10.1980, 1342 UNTS 171.

einschlägiger Immunitäten zu behandeln, gegeben sei.⁶³ Die Überparteilichkeit wurde aus den Inhalten des Mandates von AMIS (Überwachung der Umsetzung des Waffenstillstandsabkommens, Beitrag zu einer sicheren Umgebung für den Transport von humanitären Gütern und für die Rückkehr von Internen Vertriebenen und Flüchtlingen) zusammen mit Zeugenaussagen von AMIS-Personal geschlossen.⁶⁴

Auch das im Nachhinein erweiterte Mandat von AMIS zeige keine Ermächtigung zur Gewaltanwendung, die über die bloße Selbstverteidigung hinausgehe. Dieses Mandat umfasste neben den bereits angeführten Aufgaben auch die Kompetenz, Zivilisten, die sich in unmittelbarer Gefahr und in der unmittelbaren Umgebung von AMIS befanden, innerhalb der zur Verfügung stehenden Ressourcen und Fähigkeiten zu schützen. Zeugenaussagen zu den RoE und Training von AMIS bestätigten, dass tödliche Waffengewalt nur bei absoluter Gefahr für AMIS-Personal vorgesehen war.⁶⁵

Von der Verteidigung wurde allerdings eingewendet, dass das fragliche AMIS-Lager Haskanita dazu verwendet wurde, militärische Informationen zugunsten der Regierung zum Zwecke militärischer Angriffe auf Rebellen weiterzuleiten; daher habe das angegriffene Lager den Status eines geschützten zivilen Objekts verloren. Die Verteidigung bezog sich dabei auf angebliche Aktivitäten von zwei Regierungsrepräsentanten, welche angeblich Piloten der Regierungsarmee mit Koordinaten von Positionen der Rebellen aus dem Lager Haskanita heraus versorgt hätten.⁶⁶

Die Vorverfahrenskammer kam aber zum Schluss, dass die fraglichen Aktivitäten, wenn überhaupt, deutlich vor dem Angriff stattgefunden, und daher auf den geschützten Zivilistenstatus des Lagers keine Auswirkung gehabt hätten.⁶⁷ Das weitere Argument, dass nach dem Abzug des ersten Regierungsvertreters, dem diese Aktivitäten vorgeworfen wurden, ein weiterer die Regierungsarmee mit Rebellenkoordinaten aus dem Lager versorgt habe, wurde mangels hinreichender Beweise ebenfalls abgelehnt.⁶⁸ Daher stellte die Mehrheit der

Vorverfahrenskammer fest, dass das AMIS-Lager Haskanita seinen zivilen Status behalten habe.⁶⁹

Zusammenfassend tragen die RUF-Urteile und die ICC-Entscheidung richtungweisend für zukünftige Rechtsprechung zur Abgrenzung von friedenserhaltenden Missionen und Zwangsmaßnahmen sowie von unmittelbarer Teilnahme an Feindseligkeiten und Selbstverteidigung des Personals einer friedenserhaltenden Mission bei. Aus der ICC-Entscheidung lassen sich darüber hinaus wichtige Erkenntnisse gewinnen, unter welchen Voraussetzungen eine friedenserhaltende Mission, die unter einem Mandat einer regionalen IO, und nicht der Vereinten Nationen, errichtet wurde, und Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt durch das Verbot des Angriffes auf Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten und Fahrzeuge einer friedenserhaltenden Mission geschützt sind.

V. Die RUF-Urteile und ihr Beitrag hinsichtlich des Kriegsverbrechens der Verwendung von Kindersoldaten zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten

Die Rechtsprechung des SCSL ist auch als richtungweisend in Bezug auf Kriegsverbrechen gegen Kindersoldaten zu bezeichnen. Wie im Falle des Kriegsverbrechens gegen Personal und Einrichtungen von friedenserhaltenden Missionen war der SCSL der erste internationale Gerichtshof, der über dieses Verbrechen zu urteilen hatte.

In den Genfer Konventionen finden sich keine spezifischen Verbotstatbestände zu Rekrutierung und Gebrauch von Kindersoldaten zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten.⁷⁰ Dies änderte sich mit den ZPen zu den Genfer Konventionen; Art. 77 Abs. 2 ZP I verpflichtet die an einem internationalen bewaffneten Konflikt beteiligten Parteien, alle praktisch durchführbaren Maßnahmen zu treffen, damit Kinder unter 15 Jahren nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen; insbesondere müssen sie davon absehen, sie in ihre Streitkräfte einzugliedern. Art. 4 Abs. 3 lit. e ZP II trifft eine noch weitergehende Regelung, indem jegliche Teilnahme von Kindern unter 15 Jahren an Feindseligkeiten und die Eingliederung in Streitkräfte und bewaffnete Gruppen verboten wird. Allerdings stellen die ZP nicht klar, dass diese Verbote auch Kriegsverbrechen darstellen.

Daher war es wiederum dem ICC-Statut vorbehalten, als erster internationaler Vertrag ein spezifisches Kriegsverbre-

Anwesenheit war durch das AMIS-Mandat gedeckt. Siehe ICC, a.a.O., Rn. 146.

⁶⁹ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 150.

⁷⁰ Dies wurde damit begründet, dass die die Genfer Konventionen verhandelnden Staaten die Regulierung der Teilnahme von Kindern an Feindseligkeiten primär noch als interne Angelegenheiten des jeweiligen Staates ansahen. Außerdem sah man keinen dringlichen Bedarf an einer Regulierung, denn im Zweiten Weltkrieg war die Teilnahme von Kindern an Kampfhandlungen ein Ausnahmefall. Siehe *Happold*, *Child Soldiers in international law*, 2005, S. 55.

⁶³ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 107-109.

⁶⁴ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 110-112.

⁶⁵ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 114-117.

⁶⁶ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 127, 134-140.

⁶⁷ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 142.

⁶⁸ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09 (Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda), Rn. 147-148. Die Vorverfahrenskammer argumentierte auch grundlegend, dass die bloße Anwesenheit von Regierungs- oder Rebellenvertretern noch nicht per se das Lager zu einem militärischen Objekt mache, denn eine solche

chen in Bezug auf Kindersoldaten zu normieren. Dies geschah mit der Aufnahme des Kriegsverbrechens der Zwangsverpflichtung oder der Eingliederung von Kindern unter 15 Jahren in nationale Streitkräfte bzw. Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten in internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten.⁷¹ Das Statut des SCSL enthält ein gleichlautendes Kriegsverbrechen in Art. 4 c).

Da der SCSL bereits für Kriegsverbrechen ab 1996 zeitliche Zuständigkeit besitzt, musste zunächst einmal geklärt werden, ob zu diesem Zeitpunkt nach Völkergewohnheitsrecht bereits eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für dieses Verbrechen bestanden habe. Dies wurde 2004 von der Berufungskammer bejaht.⁷² In den AFRC- und CDF-Urteilen bestätigte der SCSL diese Schlussfolgerung.⁷³

Außerdem bestand der Beitrag dieser Urteile darin, klarzustellen, dass „Zwangsverpflichtung“ nicht auf staatliche Streitkräfte in formellen Zeremonien beschränkt ist, sondern auch („informelle“) Entführungen und Zwangsrekrutierung durch bewaffnete Gruppen umfasst;⁷⁴ dass „Eingliederung“ zwar formal gesehen ein freiwilliger Akt des jeweiligen Kindes ist, aber die Unterscheidung zwischen „Zwangsverpflichtung“ und „Eingliederung“ für die Strafbarkeit bedeutungslos ist, da die Einwilligung des Kindes keine gültige Rechtfertigung darstellt;⁷⁵ sowie dass vordergründig kulturelle Initiati-

onszeremonien auch den Tatbestand der „Eingliederung“ erfüllen können.⁷⁶

Kontrovers ist die Behandlung der dritten Variante des *actus reus* dieses Kriegsverbrechens durch den SCSL, nämlich der Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten. Die Verfahrenskammer im AFRC-Urteil bezog sich auf eine Fußnote im Bericht des Vorbereitungskomitees für die Errichtung des ICC; nach dieser umfasst die „aktive Teilnahme an Feindseligkeiten“ sowohl die Teilnahme an Kampfhandlungen, als auch die aktive Teilnahme an militärischen Tätigkeiten, die mit Kampfhandlungen verbunden sind, wie Auskundschaften, Spähen, Sabotage, und die Verwendung von Kindern als Täuschziele, als Boten oder bei militärischen Checkpoints. Aus dieser Erläuterung schloss die Verfahrenskammer, dass die Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten nicht auf Teilnahme an Kampfhandlungen beschränkt sei. Jegliche Arbeit oder Unterstützung, die für militärische Operationen eine Wirkung hat, oder eine solche hilft aufrecht zu erhalten, stelle eine aktive Teilnahme dar. Als Beispiele für aktive Teilnahme an Feindseligkeiten neben dem eigentlichen Kampf gab die Verfahrenskammer das Tragen von Lasten für eine Konfliktpartei, das Finden und/oder der Erwerb von Nahrung, Munition oder Gerätschaften, das Fungieren als Täuschziel, den Transport von Nachrichten, das Bahnen von Pfaden oder das Finden von Wegen, die Bemannung von militärischen Checkpoints oder das Fungieren als menschliche Schutzschilde an.⁷⁷

Bei der Beweiswürdigung sah die Verfahrenskammer es beispielsweise als erwiesen an, dass Kinder zum Tragen von Nahrung und Gepäck, zum Holen von Wasser und zum Zerstampfen von Reis, sowie zum Bewachen von zur Finanzierung von militärischen Operationen nötigen Diamantminen eingesetzt wurden. Hinsichtlich des Bewachens von Diamantminen stellte die Verfahrenskammer fest, dass die Verwendung von Kindern diese in hinreichende Gefahr der rechtswidrigen Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten brachte.⁷⁸

Die weite Auslegung von aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten in diesem Kontext ist problematisch, denn dadurch können Kinder leichter zu militärischen Zielen werden als bei einer strikteren Interpretation dieses Begriffes. Auf diesen Schutzverlust im humanitären Völkerrecht wurde in der Literatur eingehend hingewiesen.⁷⁹

Hier stellt sich die Frage, ob der Begriff „aktive Teilnahme an Feindseligkeiten“ als Synonym zur „direkten Teilnahme an Feindseligkeiten“ zu verstehen ist, oder ob besonders für den spezifischen Fall von Kindersoldaten etwa von einem

⁷¹ Arts. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 26, Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 7 ICC-Statut (Fn. 37).

⁷² SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) v. 31.5.2004 – SCSL-2004-14-AR72(E) (Prosecutor v. Norman). Hier bestätigte die Berufungskammer auch den Tadić-Test zur Prüfung, ob es sich bei einer Verletzung des humanitären Völkerrechts um ein Kriegsverbrechen handelt. Nach diesem Test ist vorausgesetzt: 1) es muss sich um eine Verletzung des humanitären Völkerrechts handeln; 2) die Regel muss entweder gewohnheitsrechtliche Geltung besitzen, oder, wenn sie sich aus dem Vertragsrecht herleitet, müssen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein; 3) die Verletzung muss „schwer“ sein, das heißt, es muss sich um eine Regel handeln, die wichtige Werte schützt, und die Verletzung zieht schwerwiegende Folgen für das Opfer nach sich; 4) die Verletzung nach Gewohnheits- oder Vertragsrecht muss die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters nach sich ziehen. Siehe ICTY, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić); ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), Rn. 95.

⁷³ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 731-732; SCSL, Urt. v. 2.8.2007 – SCSL-04-14-T (Prosecutor v. Fofana & Kondewa), Rn. 184-197; SCSL, Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu), Rn. 295-296.

⁷⁴ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 734.

⁷⁵ SCSL, Urt. v. 2.8.2007 – SCSL-04-14-T (Prosecutor v. Fofana & Kondewa), Rn. 192.

⁷⁶ SCSL, Urt. v. 2.8.2007 – SCSL-04-14-T (Prosecutor v. Fofana & Kondewa), Rn. 969-970.

⁷⁷ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 736-737.

⁷⁸ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1266-1267.

⁷⁹ Siehe etwa *Meisenberg* (Fn. 32), S. 149; *Guibert/Blumenstock*, 6 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2007), 367 (381).

weiteren Anwendungsbereich von „aktiver Teilnahme“ ausgegangen werden muss. In Bezug auf die vom SCSL zitierte Fußnote im Report des Vorbereitungskomitees für die Errichtung des ICC und deren travaux préparatoires ist von der zweiten Variante auszugehen, denn das Vorbereitungskomitee sah anscheinend tatsächlich einen Unterschied zwischen „direkter Teilnahme an Kampfhandlungen“ und „aktiver Teilnahme an militärischen Aktivitäten, die mit Kampfhandlungen verbunden sind“. Interessant ist, dass ein Verbot der Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten in keinem der einschlägigen Verträge vor dem ICC-Statut vorkommt. So verbietet Art. 77 Abs. 2 ZP I die Verwendung zur direkten Teilnahme an Feindseligkeiten, Art. 4 Abs. 3 lit. c ZP II verbietet überhaupt jegliche Teilnahme an Feindseligkeiten, die Konvention über die Rechte des Kindes, das Fakultativprotokoll zu dieser Konvention über die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten sowie die Afrikanische Charta über Rechte und Wohlfahrt des Kindes verbieten die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten.⁸⁰ Hingegen wird der Begriff „aktive Teilnahme an Feindseligkeiten“ im gemeinsamen Art. 3 zu den Genfer Konventionen verwendet, während sowohl ZP I als auch ZP II von „direkter Teilnahme an Feindseligkeiten“ sprechen. Tatsächlich hatten die das ICC-Statut verhandelnden Staaten ein Verständnis des Begriffes von aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten vor Augen, das über die Reichweite des Terminus von direkter Teilnahme hinausgeht. So könne nach diesem Verständnis die Arbeit in Rüstungsfabriken als aktive, aber nicht als direkte Teilnahme an Feindseligkeiten gelten. Der Begriff der aktiven Teilnahme für sowohl internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte wurde insbesondere deshalb gewählt, um die Diskrepanz zwischen dem engeren Verbot von der Verwendung von Kindern zur direkten Teilnahme an Feindseligkeiten in ZPI und dem weiteren Verbot von Verwendung zu jeglicher Teilnahme in ZPII zu vermeiden.⁸¹

Jedoch scheint diese Auffassung nicht überall geteilt zu werden. Beispielsweise gehen ICTR und ICTY-Rechtsprechung davon aus, dass die Begriffe „direkte“ und „aktive“ Teilnahme an Feindseligkeiten als synonym zu verstehen sind.⁸² Dieser Ansicht folgt auch das IKRK, welches 2009 seine interpretative Leitlinie zum Begriff der direkten Teilnahme an Feindseligkeiten veröffentlichte; neben der Rechtsprechung der ad hoc Tribunale und der Identität der Begriffe

in ZP I und ZP II bezieht sich das IKRK dabei auf die ebenfalls authentische französische Sprachfassung der Genfer Konventionen, wonach durchgehend von „participant directement“ die Rede ist.⁸³ Das IKRK bezog sich auch ausdrücklich auf die scheinbare Unterscheidung zwischen „direkter“ und „aktiver“ Teilnahme an Feindseligkeiten durch die Fußnote des ICC-Vorbereitungskomitees und interpretierte den Kommentar des Vorbereitungskomitees dahingehend, dass streng gesprochen eine Unterscheidung zwischen „Kampfhandlungen“ und „militärischen Aktivitäten, die mit Kampfhandlungen verbunden sind“, und nicht zwischen „aktiver“ und „direkter“ Teilnahme getroffen wurde.⁸⁴

Die Verfahrenskammer im RUF-Urteil zitierte zunächst wiederum die genannte Fußnote des ICC-Vorbereitungskomitees mit Zustimmung.⁸⁵ Allerdings lässt sich feststellen, dass die Verfahrenskammer die allzu weite Interpretation von aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten aus dem AFRC-Urteil teilweise im RUF-Urteil zurückgenommen hat.

Dies geht aus der Feststellung hervor, dass die Verfahrenskammer sich bewusst sei, dass eine allzu umfassende Definition von aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten fehl am Platz wäre, denn die Folge wäre, dass Kinder, die mit bewaffneten Gruppierungen assoziiert werden, ihren geschützten Status nach humanitärem Völkerrecht verlieren würden;⁸⁶ damit scheint die Verfahrenskammer auf die Kritik am AFRC-Urteil zu reagieren. Eine Reduktion der expansiven Interpretation der Verfahrenskammer lässt sich auch in der Würdigung der Szenarien erkennen, wo Kinder für häusliche Arbeit und zur Nahrungssuche eingesetzt wurden; bei beiden verneinte die Verfahrenskammer, dass darin eine aktive Teilnahme an Feindseligkeiten begründet sei.⁸⁷

Jedoch folgte die Verfahrenskammer dem AFRC-Urteil in der Feststellung, dass das Bewachen von Diamantminen eine solche aktive Teilnahme dargestellt habe. Sie war der Ansicht, dass infolge des hohen Risikos von feindlichen Angriffen auf die Diamantminen Kinder, die vorher für Kampfhandlungen trainiert wurden, bei Bewachung der Minen einer direkten Gefahr ausgesetzt waren, in Kämpfe verwickelt zu werden.⁸⁸ Diese Interpretation bleibt problematisch, denn sie hat zur Folge, dass der Begriff eines militärischen Zieles unnötig ausgeweitet wird. Dieser Begriff wird von beinahe allen Staaten dahingehend verstanden, dass es sich um solche

⁸⁰ Art. 38 Abs. 2, Konvention über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, 1577 UNTS 3; Art. 1, Fakultativprotokoll zur Konvention über die Rechte des Kindes über die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten v. 25.5.2000, 2173 UNTS 222; Art. 22 Abs. 2, Afrikanische Charta über Rechte und Wohlfahrt des Kindes v. 11.7.1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49.

⁸¹ Cottier, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2. Aufl. 2008, S. 470 f.

⁸² Siehe etwa ICTR (Berufungskammer), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 629; ICTY, Urt. v. 17.7.2008 – IT-01-42-A (Prosecutor v. Strugar), Rn. 173.

⁸³ Internationales Komitee des Roten Kreuz, „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“, verabschiedet durch die Vollversammlung des IKRK am 26.2.2009 (872 International Review of the Red Cross 991 [2008], 1013 f.).

⁸⁴ 872 International Review of the Red Cross 991 (2008), 1013 (1014).

⁸⁵ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 188.

⁸⁶ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1723.

⁸⁷ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1730, 1743.

⁸⁸ SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao), Rn. 1727.

Ziele handeln muss, die wirksam zu militärischen Handlungen beitragen, und nicht umfassender solche, die die Fähigkeit zur Kriegsführung des Feindes aufrechterhalten.⁸⁹ Bei der Bewachung von Diamantminen fehlt gerade der direkte Zusammenhang zu militärischen Handlungen. Man kann hier durchaus eine Unsicherheit im RUF-Urteil konstatieren. Dies kommt schon dadurch zum Ausdruck, dass die Diamantminen als „potenzielle“ militärische Ziele bezeichnet werden. Eine solche Auslegung führt dazu, Verhalten als aktive Teilnahme an Feindseligkeiten anzusehen, das nur allgemein militärische Kapazitäten aufrechterhalten hilft, aber nicht spezifisch zu militärischen Operationen beiträgt. Vergleichbar der Würdigung des Bewachens von Diamantminen, die als Finanzierungsquellen natürlich allgemein die Kriegsbemühungen von Konfliktparteien nähren, wäre hier wiederum die Arbeit in Rüstungsfabriken, die gleichfalls die generellen Kriegsbemühungen unterstützt. Doch bei beiden Arten von Tätigkeiten fehlt es an einem hinreichend direkten Kausalzusammenhang zu militärischen Tätigkeiten, die der feindlichen Konfliktpartei Schaden zufügen können.⁹⁰

Dies hätte eine dramatische Reduktion des allgemeinen Schutzes der Zivilbevölkerung zur Folge. Solche Tätigkeiten, mit denen Zivilisten gezwungen werden, die allgemeinen Kriegsbemühungen einer Konfliktpartei zu unterstützen, können zudem unter andere Tatbestände des internationalen Strafrechts wie Versklavung durch Zwangsarbeit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen.⁹¹ Man kann also feststellen, dass trotz des begrüßenswerten Motivs der ICC-Verhandler eines möglichst weitgehenden Verbots der Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten die Konsequenzen, die sich daraus für den allgemeinen Schutz von Zivilisten nach humanitärem Völkerrecht ergeben, nicht eingehend genug berücksichtigt wurden.

In einem anderen Kontext stellte die Verfahrenskammer klarer auf einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten von Kindersoldaten und dem Ziel, dem Gegner militärischen Schaden zuzufügen, ab. Dies geschah in der Würdigung von Gewaltakten durch Kindersoldaten an Zivilisten.

⁸⁹ Vgl. die Definition von militärischen Zielen in Art. 52 Abs. 2 ZP I. Die Ansicht, wonach militärische Ziele solche umfassen, die die Kriegsführung des Feindes aufrecht erhalten, wird von den USA vertreten.

⁹⁰ Siehe dazu eingehend die interpretative Leitlinie des IKRK zur direkten Teilnahme an Feindseligkeiten, wo in Zusammenfassung von vorhergehenden Expertentreffen festgestellt wird, dass allgemeine Übereinstimmung darüber bestand, dass zivile Arbeiter in Munitionsfabriken nicht direkt an Feindseligkeiten teilnehmen. Ebenso wenig wird die Finanzierung von Waffen und die Versorgung von Truppen mit Nahrung als eine solche direkte Teilnahme angesehen. Siehe Internationales Komitee vom Roten Kreuz, „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“, verabschiedet durch die Vollversammlung des IKRK am 26.2.2009 (872 International Review of the Red Cross 991 [2008], 1013 [1020 ff.]).

⁹¹ Meisenberg (Fn. 32), 149; Guibert/Blumenstock (Fn. 79), 381.

Dazu bemerkte die Verfahrenskammer, dass die Art der Akte, die als Teilnahme an Feindseligkeiten charakterisiert werden können, je nach bewaffneten Konflikt und der Art der militärischen Operationen von Konfliktparteien unterschiedlich sein können. In Sierra Leone wären häufige und brutale Gewaltakte gegen Zivilisten ein Merkmal der Operationen von RUF und AFRC-Truppen gewesen und Kindersoldaten hätten aktiv an diesen Feldzügen von Amputationen, Morden, Vergewaltigungen und Versklavung teilgenommen. Die Verfahrenskammer fand, dass dieses Verhalten direkt mit Kampfhandlungen verbunden war, da die Kinder dabei bewaffnet und in Begleitung von erwachsenen Kommandanten waren und der Zweck dieser Akte letztlich war, die Unterstützung für die gegen die Rebellen kämpfenden ECOMOG- und Verteidigungstruppen auszurotten und Kontrolle über Städte und Territorium zu erlangen.⁹² Diese Feststellungen sind wertvoll für eine realitätsgetreue Interpretation, was als aktive Teilnahme an Feindseligkeiten bei Rebellengruppen gelten kann. Leider ist es in modernen Konflikten eine Tatsache, dass die unterlegene Seite oft zu so genannten asymmetrischen Kampfmethoden, und dazu gehören systematische Angriffe auf Zivilisten, greift, um ihre Unterlegenheit wettzumachen. Daher ist der Verfahrenskammer zuzustimmen, dass aktive Teilnahme auch systematische Kriegsverbrechen gegen Zivilisten umfassen kann, wo dies einen integralen Bestandteil der militärischen Strategie von Rebellengruppen darstellt.

Da als Quelle für die Bedeutung von aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten wiederholt vom SCSL die Fußnote des ICC-Vorbereitungskomitees zitiert wird, ist an dieser Stelle interessant, wie sich der ICC zu dieser Frage bis jetzt geäußert hat. Dies geschah zunächst bei der Bestätigung der Anklageschrift in *Prosecutor v. Lubanga* im Januar 2007.⁹³ Die ICC-Vorverfahrenskammer verstand unter aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten nicht nur die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten – Kampfhandlungen mit anderen Worten –, sondern auch die aktive Teilnahme an Tätigkeiten, die mit Kampfhandlungen verbunden sind, wie das Auskundschaften, Spionage, Sabotage und Verwendung von Kindern als Täuschziele, Nachrichtenüberbringer oder an militärischen Checkpoints; hingegen seien Aktivitäten, die eindeutig nicht mit Feindseligkeiten verbunden sind, nicht von einer solchen aktiven Teilnahme erfasst wie das Versorgen eines Luftwaffenstützpunktes mit Nahrung oder die Verwendung von Kindern als Hauspersonal in einem Offiziersquartier.⁹⁴ Diese Entscheidung betonte auch, dass die Bewachung von militärischen Objekten durch Kinder eine aktive Teilnahme an Feindseligkeiten darstelle.⁹⁵ Diese Interpretation wurde ohne

⁹² SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*), Rn. 1720-1724.

⁹³ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*).

⁹⁴ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*), Rn. 261-262.

⁹⁵ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*), Rn. 263.

neue Analyse von der ICC-Vorverfahrenskammer in der Entscheidung über Bestätigung der Anklage in *Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo Chui* im September 2008 geteilt.⁹⁶

Diese ersten ICC-Entscheidungen legen den Schluss nahe, dass der ICC ebenfalls von einem Unterschied zwischen direkter auf der einen und aktiver Teilnahme an Feindseligkeiten auf der anderen Seite auszugehen scheint. Dabei wird direkte Teilnahme insoweit sehr eng gefasst, als diese mit tatsächlichen Kampfhandlungen gleichgesetzt wird. Jedoch ignoriert diese Auslegung die bereits 1987 im autoritativen IKRK-Kommentar zu ZP I und ZP II vertretene Auffassung, dass eine Einschränkung, wonach direkte Teilnahme nur Kampfhandlungen umfasse, zu eng greife.⁹⁷ Dies geht auch aus der interpretativen Leitlinie des IKRK zu direkter Teilnahme an Kampfhandlungen hervor, wo klargestellt wird, dass dieser Begriff über das Töten und Verwunden von militärischem Personal und die Verursachung von physischen oder funktionellen Schäden an militärischen Objekten hinaus auch beispielsweise die Errichtung oder Ausübung von Kontrolle über militärisches Personal oder Objekte erfasst.⁹⁸ In ähnlicher Weise wie die ICC-Vorverfahrenskammer, die aktive Teilnahme an Feindseligkeiten von solchen Handlungen abgrenzt, die eindeutig nicht mit Kampfhandlungen verbunden sind, verlangt das IKRK für die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten einen direkten Kausalzusammenhang zwischen dem spezifischen Akt und dem wahrscheinlichen Schaden, der aus dem Akt entstehen kann.⁹⁹

Insofern ist nicht ersichtlich, warum ein Unterschied zwischen direkter und aktiver Teilnahme bestehen soll. Eine entsprechende Klarstellung steht von Seiten des SCSL und des ICC noch aus. Zur Verteidigung der beiden Gerichte muss man sagen, dass die ICC Entscheidungen noch vor und das einschlägige RUF-Urteil fast zeitgleich mit Veröffentlichung der IKRK-Leitlinie gesprochen wurden. Aus diesem Grund kann man argumentieren, dass die Ausführungen hinsichtlich der Begriffe von aktiver und direkter Teilnahme seitens des IKRK noch nicht hinreichend berücksichtigt werden konnten. Es bleibt abzuwarten, ob der SCSL in *Prosecutor v. Taylor* oder der ICC in seiner zukünftigen Rechtspre-

chung die bisherige Interpretation des Begriffes aktive Teilnahme an Feindseligkeiten in diesem Sinne modifizieren wird.

VI. Schlussbemerkungen

Auch mehr als 15 Jahre nach dem Erwachen der internationalen Strafrechtsprechung aus dem Dornröschenschlaf mit der Errichtung von ICTY und ICTR sind längst nicht alle Probleme des humanitären Völkerrechts ausjudiziert. So fehlte vor *Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski* eine ausführliche Stellungnahme zum Verhältnis zwischen humanitärem Völkerrecht und Anti-Terrormaßnahmen. Vor dem RUF-Urteil durch die Verfahrenskammer des SCSL fehlte eine Stellungnahme zur Frage der Internationalisierung eines bewaffneten Konfliktes bei Intervention von ausländischen Truppen, die aufgrund eines Mandates einer IO auf Seiten der Regierungsarmee kämpfen.

Mit den Kriegsverbrechen gegen friedenserhaltende Missionen und des Rekrutierens und der Verwendung von Kindersoldaten hat der SCSL sogar Neuland für die internationale Strafjustiz betreten. Die Ausführungen des SCSL zu den Verbrechenselementen und den Fakten, die es zu würdigen gilt, um diese Elemente zu beweisen, sind bahnbrechend.

Während ein Großteil der hier erläuterten Entwicklungen als Beiträge zur Stärkung des humanitären Völkerrechts bezeichnet werden kann, kann man dies hinsichtlich der Interpretation des Begriffes der aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten im Zusammenhang mit der Verwendung von Kindersoldaten durch SCSL und ICC (noch) nicht behaupten. Insbesondere hinsichtlich des Beispiels des Bewachens von Diamantminen durch Kindersoldaten wird mehr Schutz für diese Kinder nicht dadurch erreicht, dass man aktive Teilnahme an Feindseligkeiten möglichst breit auslegt und damit die Kinder zu militärischen Zielen macht.

Diese Kritik sollte aber nicht dahingehend verstanden werden, dass der *Autor* die Bedeutung von Blutdiamanten zur Aufrechterhaltung der Kriegsbestrebungen von Konfliktparteien in Sierra Leone unterschätzt. Es gibt aber andere Wege, als die Eroberung von Diamantminen zu einer legitimen militärischen Operation zu erklären. Hier existiert mit dem Tatbestand der Versklavung durch Zwangsarbeit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit für solche erzwungenen Tätigkeiten eine bessere Möglichkeit zur Bestrafung, ohne den generellen Schutz für Zivilisten nach humanitärem Völkerrecht zu untergraben.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Darüber hinaus ist die gemeinsame Kampagne des Terrors gegen Zivilisten, um die Diamantvorkommen Sierra Leones zu plündern und gewaltsam Kontrolle über Bevölkerung und Territorium von Sierra Leone auszuüben, Gegenstand des Vorwurfes eines Joint Criminal Enterprise zwischen Charles Taylor und der AFRC/RUF Junta. Siehe SCSL, Second Amended Indictment v. 29.5.2007 – SCSL-03-01-PT (*Prosecutor v. Taylor*), Rn. 5, 33; SCSL, Decision on Defence Notice of Appeal and Submissions Regarding the Majority Decision Concerning the Pleading of JCE in the Second Amended Indictment v. 1.5.2009 – SCSL-03-01-T (*Prosecutor v. Taylor*).

⁹⁶ ICC, Entscheidung über Bestätigung der Anklageschrift v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07 (*Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo Chui*) – Decision on Confirmation of Charges, Rn. 250.

⁹⁷ *De Preux*, in: Sandoz u.a. (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, Rn. 1679.

⁹⁸ Internationales Komitee vom Roten Kreuz, „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“, verabschiedet durch die Vollversammlung des IKRK am 26.2.2009 (872 International Review of the Red Cross 991 [2008], 1013 [1017]).

⁹⁹ Internationales Komitee vom Roten Kreuz, „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“, verabschiedet durch die Vollversammlung des IKRK am 26.2.2009 (872 International Review of the Red Cross 991 [2008], 1013 [1019-1025]).

Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen am Internationalen Strafgerichtshof

Von Eleni Chaitidou, Den Haag*

Der Internationale Strafgerichtshof übt seine Gerichtsbarkeit in nunmehr fünf Situationen aus. Aus der Fülle von Entscheidungen (Juli 2009 bis Oktober 2010) werden einige wenige Höhepunkte dargestellt. Acht Jahre nach Inkrafttreten des Römischen Statuts¹ sind bei Gericht drei Hauptverfahren anhängig, zwei Verhandlungen zur möglichen Bestätigung der Anklage sind in Vorbereitung und die Aufnahme von Ermittlungen in einer neuen Situation ist genehmigt worden. Wollte man den Schwerpunkt richterlicher Spruchstätigkeit im vergangenen Zeitraum ausmachen, so erkennt man, dass dieser noch zum Großteil in der Beantwortung verfahrensrechtlicher Fragen liegt. Der Aufbau des Beitrages orientiert sich an den unterbreiteten Situationen und Fällen. Die Situationen und die daraus hervorgegangenen Fälle („cases“) bis zur Bestätigung der Anklage („confirmation of charges“) sind vor der Vorverfahrenskammer anhängig. Nach Bestätigung der Anklage wird die Fallakte einer neu konstituierten Hauptverfahrenskammer übergeben.

The International Criminal Court (ICC) now exercises its jurisdiction in five situations. From the plenitude of decisions (July 2009 until October 2010) only a few highlights shall be treated hereinafter. Eight years after the entry into force of the Rome Statute, three trials are conducted, two hearings on the possible confirmation of charges are in preparation and the commencement of an investigation into a new situation has been authorized. Trying to identify the focus of judicial activity in the past time period, one notices that it lies primarily in addressing procedural questions. The article follows in its structure the situations and cases pending before the ICC. The situations and, until the confirmation of charges, the respective cases emanating therefrom are assigned to a Pre-Trial Chamber. Once the charges have been confirmed, the record of the proceedings is transmitted to the newly constituted Trial Chamber.

I. Situation Demokratische Republik Kongo (Vorverfahrenskammer I)²

Die Vorverfahrenskammer ist befugt, in einem frühen Stadium der Ermittlungen einige Aspekte staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit zu kontrollieren. Eine der ihr zugewiesenen Befug-

* Die Verf. ist als Legal Officer in der Vorverfahrensabteilung des IStGH tätig. Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag vor dem Arbeitskreis Völkerstrafrecht am 2.10.2010 in Wien. Neuere Entwicklungen bis Ende Oktober 2010 sind für den Beitrag berücksichtigt worden. Alle im Beitrag geäußerten Beobachtungen sind die persönlichen Ansichten der Verf. und geben nicht die offizielle Haltung des Internationalen Strafgerichtshofs wieder.

¹ Alle im Beitrag genannten Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des Römischen Statuts.

² Die Situationsakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/04 geführt.

nisse ist es, negative Entscheidungen des Anklägers, nicht gegen eine Person weiter vorzugehen, *proprio motu* oder auf Antrag nachzuprüfen.³ So beantragten zwei in der Situation Demokratische Republik Kongo zugelassene Opfer die Nachprüfung der Entscheidung des Anklägers nicht weiter gegen Jean-Pierre Bemba Gombo wegen vermeintlicher Verbrechen im Oktober 2002 in der Provinz Ituri (Demokratische Republik Kongo) vorzugehen.⁴ Das Ersuchen war damit begründet, dass sich der Ankläger im Beweisvortrag während der „confirmation of charges“ Verhandlung gegen Jean-Pierre Bemba Gombo in der Situation Zentralafrikanische Republik auf eben jene Ereignisse argumentativ gestützt hatte, ohne jedoch Ermittlungen im Kontext der Situation der Demokratischen Republik Kongo aufzunehmen. Desweiteren habe der Ankläger mehrfach öffentlich erklärt, er habe die Ermittlungen zu den Geschehnissen in Ituri abgeschlossen. Der Antrag auf Nachprüfung wurde mit Entscheidung vom 25.10.2010 abgelehnt.⁵ Vorverfahrenskammer I entschied, dass unter Zugrundelegung der vorliegenden Informationen an der Erklärung des Anklägers, er habe bis heute noch keine negative Entscheidung getroffen, kein Grund zu zweifeln bestehe. Die Kammer sah daher keine Grundlage für eine Nachprüfung gemäß Art. 53 Abs. 3 lit. b. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es acht Jahre nach den behaupteten Ereignissen in Ituri überhaupt eine schriftliche Entscheidung des Anklägers geben wird, die von der Vorverfahrenskammer überprüft werden kann.

Aus der Situation sind vier Fälle hervorgegangen, die sich in verschiedenen Verfahrensstadien vor den IStGH-Kammern befinden. Im ersten Verfahren gegen Thomas Lubanga Dyilo, präsentiert die Verteidigung ihre Beweise im Hauptverfahren. Im zweiten Hauptverfahren gegen Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui befindet sich der Ankläger in seinem

³ Art. 53.

⁴ ICC, Schriftsatz der Opfer v. 28.6.2010 – ICC-01/04-564 (Demande du représentant légal de VPRS 3 et 6 aux fins de mise en cause de Monsieur Jean-Pierre Bemba en sa qualité de chef militaire au sens de l'article 28-1 du Statut pour les crimes dont ses troupes sont présumées coupables en Ituri). Der Ankläger verneinte in seiner Antwort vom 29.9.2010 eine Entscheidung getroffen zu haben, nicht weiter gegen Bemba vorzugehen, die auf der Erwägung „nicht im Interesse der Gerechtigkeit“ beruht, siehe: ICC, Schriftsatz des Anklägers v. 29.9.2010 – ICC-01/04-581 (Prosecution's Observations to the „Demande du représentant légal de VPRS 3 et 6 aux fins de mise en cause de Monsieur Jean-Pierre Bemba en sa qualité de chef militaire au sens de l'article 28-1 du Statut pour les crimes dont ses troupes sont présumées coupables en Ituri“).

⁵ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 25.10.2010 – ICC-01/04-582 (Decision on the request of the legal representative of victims VPRS 3 and VPRS 6 to review an alleged decision of the Prosecutor not to proceed).

Beweisvortrag. Das dritte Verfahren gegen Bosco Ntaganda „ruht“ im Vorverfahren, weil dieser er noch nicht an das Gericht überstellt worden ist. Das vierte Verfahren gegen Callixte Mbarushimana ist mit dem Erlass des Haftbefehls eingeleitet worden.

1. Das Verfahren *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Hauptverfahrenskammer I)⁶

- Überstellung an den IStGH: 17.3.2006
- Bestätigung der Anklage: 29.1.2007
- Beginn des Hauptverfahrens: 26.1.2009
- Opfer am Verfahren beteiligt: 104
- Verfahrensstand: Beweisvortrag der Verteidigung

Am 22.5.2009 beantragten die im Fall zugelassenen Opfer gemäß regulation 55 der Geschäftsordnung die den Anklagepunkten zugrundeliegenden Tatsachen rechtlich neu zu würdigen. Neben die bestätigten Anklagepunkte⁷ sollten fünf weitere Anklagepunkte⁸ hinzutreten. Zwei Richter der Hauptverfahrenskammer gaben dem Begehren am 14.7.2009 statt und informierten die Parteien über die Möglichkeit einer neuen rechtlichen Würdigung des Sachverhalts.⁹ Der Vorsitzende Richter Fulford lehnte in einer abweichenden Meinung die Aufnahme neuer Straftatbestände ab.¹⁰ Die von beiden Parteien eingelegte Beschwerde wurde zugelassen und die Beweisaufnahme im Hauptverfahren bis zur Entscheidung der Berufungskammer ausgesetzt, da der Angeklagte das Recht genieße, vollständig über Art, Grund und Inhalt der gegen ihn erhobenen Anklage unterrichtet zu sein und seine

⁶ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/04-01/06 geführt.

⁷ Die Vorverfahrenskammer I hatte die Anklagepunkte der Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindersoldaten unter 15 Jahren in nationale Streitkräfte/bewaffnete Gruppen und ihre Verwendung zur Teilnahme an Feindseligkeiten im Kontext eines internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikts bestätigt (Art. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 26 und Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 7).

⁸ Die von den Opfern vorgetragene neue rechtliche Würdigung erfasste die Straftatbestände der sexuellen Sklaverei als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 Abs. 1 lit. g) und Kriegsverbrechen (Art. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 22 oder Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 6), unmenschliche Behandlung (Art. 8 Abs. 2 lit. a UAbs. 2) und grausame Behandlung (Art. 8 Abs. 2 lit. c UAbs. 1).

⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.7.2009 – ICC-01/04-01/06-2049 (Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court).

¹⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 31.7.2009 – ICC-01/04-01/06-2069 (Decision issuing a second corrigendum to the Minority opinion on the „Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55 Abs. 2 of the Regulations of the Court“ of 17 July 2009 [dis-sent Richter Fulford]).

Verteidigung vorzubereiten.¹¹ Die Berufungskammer urteilte,¹² dass regulation 55 der Geschäftsordnung mit dem Statut vereinbar ist, und eine neue rechtliche Würdigung der Sachverhalts, sofern sie nicht die Tatsachen überschreitet, die den bestätigten oder abgeänderten Anklagepunkten zugrunde liegen, nicht die Rechte des Angeklagten verletzt. Da aber die Strafkammer die rechtlichen Voraussetzungen der neuen Anklagepunkte und die dazu korrespondierenden Tatsachen nicht detailliert hat, wurde die mögliche Aufnahme neuer Anklagepunkte nicht weiter behandelt. Das Hauptverfahren wurde im Januar 2010 fortgesetzt. Die Requalifizierung des Sachverhalts wurde von der Hauptverfahrenskammer I am 8.1.2010 abgelehnt, da die „confirmation of charges“ Entscheidung der Vorverfahrenskammer die Tatsachen, die den neuen Straftatbeständen zugrundeliegen müssten, nicht erfasst.¹³

In den Folgemonaten rückte ein anfangs unscheinbarer Nebenaspekt der Ermittlungen in den Mittelpunkt der Verhandlung, nämlich die Rolle von Vermittlern („intermediaries“), die den Kontakt zwischen der Anklagebehörde und den Zeugen im Verfahren vor Ort in der Demokratischen Republik Kongo herstellen. Im Laufe der Befragung von Zeugen der Anklage drängte sich der Verdacht auf, dass diese „intermediaries“ möglicherweise Zeugen unzulässigerweise beeinflusst und zur Falschaussage verleitet haben könnten. Die Kammer ordnete daraufhin an, dass zwei „intermediaries“ vor Gericht aussagen sollten, dass die Identität des „intermediary 143“ der Verteidigung zum Zwecke weiterer Nachforschungen vertraulich offengelegt werden, und ein Vertreter der Anklagebehörde zum Einsatz solcher Mittelspersonen im Rahmen der Ermittlungen aussagen solle.¹⁴ Am 8.7.2010 stellte die Strafkammer I das Verfahren aufgrund des Vorwurfs eines „abuse of process“ ein. Das Gericht rügte, daß der Ankläger mehreren Anordnungen, die Identität des „intermediary 143“ der Verteidigung offenzulegen, wiederholt nicht nachgekommen ist und seine Weigerung damit rechtfertigte, er müsse eigenen unabhängigen Verpflichtungen aus dem Statut nachkommen. Die Kammer sah ein faires Verfahren unter diesen Umständen nicht mehr gewährleistet, da sie bei einer selektiven Befolgung richterlicher Anordnungen die Kontrolle über die Verhandlung verloren haben wür-

¹¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 2.10.2009 – ICC-01/04-01/06-2143 (Decision adjourning the evidence in the case and consideration of Regulation 55).

¹² ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 8.12.2009 – ICC-01/04-01/06-2205 (Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled „Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court“).

¹³ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 8.12.2009 – ICC-01/04-01/06-2223 (Decision on the Legal Representatives' Joint Submissions concerning the Appeals Chamber's Decision on Regulation 55 of the Regulations of the Court).

¹⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 31.5.2010 – ICC-01/04-01/06-2432-Red2 (Redacted Decision on Intermediaries).

de. Sie sprach zugleich ein „warning“, eine Verwarnung, gegenüber dem Ankläger und der stellvertretenden Anklägerin aus.¹⁵ Die Freilassung des Angeklagten Lubanga wurde mündlich einige Tage später am 15.7.2010 von der Kammer angeordnet. Gegen beide Entscheidungen legte der Ankläger Beschwerde ein. Aufgrund der von der Berufungskammer gewährten aufschiebenden Wirkung der eingelegten Beschwerde gegen die Freilassung, blieb Lubanga weiterhin in Haft.

Die Berufungskammer urteilte am 8.10.2010, dass Entscheidungen des Gerichts für alle Parteien und Teilnehmer in einem Verfahren bindend seien. Allerdings bemängelte sie, dass die Strafkammer, anstatt das Verfahren einzustellen, zunächst durch das mildere Mittel der Sanktion nach Art. 71 die Kontrolle über das Verfahren bewahren und ordnungswidriges Verhalten hätte ahnden können.¹⁶ In der Zwischenzeit war der Ankläger der Anordnung nachgekommen und hatte die Identität des betroffenen „intermediary“ der Verteidigung offengelegt. Angesichts der Faktenlage stellt sich die Frage, ob der Ankläger unter den gegebenen Umständen mit Sanktionen zu einer Offenlegung hätte bewegt werden können. Das Hauptverfahren wurde Ende Oktober 2010 fortgesetzt.

2. Das Verfahren *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (Hauptverfahrenskammer II)¹⁷

- Überstellung an den IStGH: 17.10.2007 (Katanga) und 7.2.2008 (Ngudjolo)
- Bestätigung der Anklage: 26.9.2008
- Beginn des Hauptverfahrens: 24.11.2009
- Opfer am Verfahren beteiligt: 363
- Verfahrensstand: Beweisvortrag des Anklägers

Am 25.9.2009 bestätigte die Berufungskammer¹⁸ die Entscheidung der Hauptverfahrenskammer II¹⁹ zur Zulässigkeit

des IStGH-Verfahrens gegen Katanga. Im Rahmen dieser „Zulässigkeits“-Entscheidung, der ersten ihrer Art vor der Berufungskammer überhaupt, stellte die Kammer folgende grundsätzliche Überlegungen an: Im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 lit. a und b muss bei der Frage, ob ein Staat „willens“ oder „fähig“ ist, *vorher* geklärt werden, ob Ermittlungen oder eine Strafverfolgung auf nationaler Ebene vorliegen oder vorgelegen haben. Das heißt, erst wenn festgestellt wurde, dass Ermittlungen vorliegen, kommt es im zweiten Schritt auf den „mangelnden Willen“ oder das „Unvermögen“ des Staates an. Im Umkehrschluss: Liegen keinerlei Ermittlungstätigkeiten oder eine Strafverfolgung nationaler Behörden vor oder hat es sie nicht gegeben, ist das Verfahren vor dem IStGH (automatisch) zulässig und unterliegt lediglich der Anforderung des Art. 17 Abs. 1 lit. d („gravity“ Test). Im Übrigen merkte die Berufungskammer zum Prinzip der Komplementarität an: „If States do not or cannot investigate and, where necessary, prosecute, the International Criminal Court must be able to step in. Moreover, there may be merit in the argument that the sovereign decision of a State to relinquish its jurisdiction in favour of the Court may well be seen as complying with the ‘duty to exercise (its) criminal jurisdiction’ as envisaged in the sixth paragraph of the Preamble. Be that as it may, the Appeals Chamber is mindful that the Court, acting under the relevant provisions of the Statute and depending on the circumstances of each case, may decide not to act upon a State’s relinquishment of jurisdiction in favour of the Court”.²⁰

Am 21.10.2009 wies die Kammer den Ankläger an, ausnahmsweise ein Dokument (*kein* neues „document containing the charges“) einzureichen, das die Anklagepunkte („charges“), bestehend aus den Tatsachen und ihrer rechtlichen Qualifikation, auf Grundlage der „confirmation of charges“ Entscheidung zusammenfasse.²¹ Sie stellte klar, dass dem Ankläger eine eigenmächtige Anreicherung des Sachverhalts durch im Laufe der Ermittlungen zutage getretene neue Tatsachen *nach* der Entscheidung zur Bestätigung der Anklagepunkte durch die Vorverfahrenskammer (Art. 61 Abs. 7 lit. a) nicht gestattet sei. Der Ankläger müsse alle Tatsachen des Falles bereits der Vorverfahrenskammer unterbreiten. Er ist daher *nach* der „confirmation of charges“ Entscheidung nicht mehr Herr des Sachverhalts. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zur Herangehensweise von Hauptverfahrenskammer I, die dem Ankläger zugestand, erneut ein „document containing the charges“ (eine Abschrift des Schriftstücks, aus dem die Anklagepunkte hervorgehen) einzurei-

¹⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 8.7.2010 – ICC-01/04-01/06-2517-Red (Redacted Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU).

¹⁶ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 8.10.2010 – ICC-01/04-01/06-2582 (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled „Decision on the Prosecutor’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU“).

¹⁷ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/04-01/07 geführt.

¹⁸ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 25.9.2009 – ICC-01/04-01/07-1497 (Judgment on the Appeal of Mr Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case).

¹⁹ ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 16.6.2009 – ICC-01/04-01/07-1213-tENG (Reasons for the Oral Decision on the

Motion Challenging the Admissibility of the Case [Article 19 of the Statute]).

²⁰ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 25.9.2009 – ICC-01/04-01/07-1497 (Judgment on the Appeal of Mr Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case), para. 85.

²¹ ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 21.10.2009 – ICC-01/04-01/07-1547-tENG (Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor).

chen.²² Eine Aussage, ob er noch Tatsachen den bestätigten Anklagepunkten während des Hauptverfahrens hinzufügen könne, ist von jener Kammer nicht getroffen worden.

Die Hauptverfahrenskammer II erließ am 22.1.2010 eine Entscheidung zu den Teilnahmerechten der am Verfahren beteiligten Opfer.²³ Sie folgte im Wesentlichen der Entscheidung der Strafkammer I (Lubanga). Die Rechte erfassen u.a. das Recht Beweise beizubringen, Zeugen zu befragen, selbst als Zeugen auszusagen und die Zulässigkeit von Beweismitteln zu rügen. Eine Beschwerde des Angeklagten Katanga brachte Teilaspekte dieser Entscheidung vor die Berufungskammer.²⁴ Diese stellte fest, dass es grds. nicht gegen die Fairness des Verfahrens oder die Rechte des Angeklagten verstoße, wenn Opfer (belastende) Beweise in das Verfahren einführen, und diese vor Beginn der Hauptverhandlung der Verteidigung nicht im Rahmen der „disclosure“ offengelegt würden. Die Hauptverfahrenskammer müsse jedoch Maßnahmen zugunsten des Angeklagten ergreifen, damit dieser hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung habe. Die Kammer stellte klar, dass Opfer, die entlastendes Beweismaterial in ihrem Besitz haben, nicht unter der allgemeinen Verpflichtung stehen, es der Verteidigung offenzulegen. Schließlich dürften Opfer selbst auch zur Rolle des Angeklagten aussagen.²⁵

Schließlich bestätigte die Berufungskammer²⁶ am 12.7.2010 eine Entscheidung der Hauptverfahrenskammer II,²⁷

wonach der Antrag der Verteidigung, die Verhaftung und Festnahme des Angeschuldigten Katanga in der Demokratischen Republik Kongo vor Überstellung an den IStGH für unrechtmäßig zu erklären,²⁸ als verspätet zurückgewiesen worden war. Die Berufungskammer stellt klar, dass solche Anträge vor die zuständige Vorverfahrenskammer gebracht werden müssten. Diese Entscheidung erging nicht einstimmig. Richterin Trendafilova und Richter Kourula wichen von der Mehrheit in einem Sondervotum ab.²⁹ Insgesamt ein interessantes Votum, das klar vor Augen führt, wie verschieden ein und dieselbe Akte gelesen werden kann.

3. Das Verfahren *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (Vorverfahrenskammer I)³⁰

- Erlass des Haftbefehls: 28.9.2010
- Veröffentlichung des Haftbefehls: 11.10.2010
- Verfahrensstand: Festnahme in Paris am 11.10.2010

Gegen den Angeschuldigten Mbarushimana erließ die Vorverfahrenskammer I am 28.9.2010 zunächst unter Verschluss einen Haftbefehl wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.³¹ Der Angeschuldigte wurde am 11.10.2010 in Paris verhaftet. Der Haftbefehl wurde am selben Tag veröffentlicht.

²² ICC (Trial Chamber I), 9.12.2008 – ICC-01/04-01/06-1548 (Order for the prosecution to file an amended document containing the charges). Siehe unten auch die Auffassung von Strafkammer III im Bemba-Verfahren.

²³ ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 22.1.2010 – ICC-01/04-01/07-1788-tENG (Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial).

²⁴ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 16.7.2010 – ICC-01/04-01/07-2288 (Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled „Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial“).

²⁵ Interessant in diesem Zusammenhang ist die unterschiedliche Sprache, die die Berufungskammer zum Thema der Opferbeteiligung im Hinblick auf die Beibringung von Beweisen in ihren beiden bisherigen Urteilen gefunden hat. Während im ersten Urteil (Lubanga-Verfahren, Urt. v. 11.7.2008 – ICC-01/04-01/06-1432) die Sprache des Urteils dem Geist des adversatorischen Verfahrens entwächst, ist die Sprache im eben besprochenen zweiten Urteil vorsichtiger und entspricht eher der Neutralität des Statuts.

²⁶ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 12.7.2010 – ICC-01/04-01/07-2259 (Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled „Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings“).

²⁷ ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 3.12.2009 – ICC-01/04-01/07-1666-Red-tENG (Public redacted version of the „Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a

Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings“ of 20 November 2009 [ICC-01/04-01/07-1666-Conf-Exp]).

²⁸ Mit der Feststellung der Unrechtmäßigkeit wollte die Verteidigung die Einstellung des Verfahrens vor dem IStGH erwirken.

²⁹ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 28.7.2010 – ICC-01/04-01/07-2297 (Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled „Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings“ [Dissenting Opinion of Judge Erkki Kourula and Judge Ekaterina Trendafilova]).

³⁰ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/04-01/10 geführt.

³¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Haftbefehl v. 28.9.2010 – ICC-01/04-01/10-2 tENG (Warrant of Arrest for Callixte Mbarushimana): ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 28.9.2010 – ICC-01/04-01/10-1 (Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana). Die Anklagepunkte umfassen die Straftatbestände des vorsätzlichen Angriffs auf die Zivilbevölkerung als solche (Art. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 1 oder Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 1), Zerstörung und Aneignung von Eigentum (Art. 8 Abs. 2 lit. a UAbs. 4 oder Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 12), vorsätzliche Tötung (Art. 7 Abs. 1 lit. a und Art. 8 Abs. 2 lit. a UAbs. 1 oder Art. 8 Abs. 2 lit. c UAbs. 1), Folter (Art. 7 Abs. 1 lit. f und Art. 8 Abs. 2 lit. a UAbs. 2 oder Art. 8 Abs. 2 lit. c UAbs. 1), Vergewaltigung (Art. 7 Abs. 1 lit. g und Art. 8 Abs. 2 lit. b UAbs. 22 oder Art. 8 Abs. 2 lit. e UAbs. 6), unmenschliche Handlungen (Art. 7 Abs. 1 lit. k), unmenschliche Behandlung (Art. 8 Abs. 2 lit. a UAbs. 2) sowie Verfolgung (Art. 7 Abs. 1 lit. h).

Callixto Mbarushimana, ein ruandischer Staatsangehöriger,³² wird beschuldigt, als Generalsekretär der „Forces démocratiques pour la libération du Rwanda – Forces combattantes Abacunguzi“ (FDLR) auf sonstige Weise nach Art. 25 Abs. 3 lit. d zur Begehung von Straftaten durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen auf kongolesischem Gebiet in der Region der Nord- und Süd-Kivus seit Januar 2009 beigetragen zu haben. Ein interessanter Aspekt dieses Haftbefehls ist, dass die Kammer dem auf Mittäterschaft gerichteten Vorwurf des Anklägers bereits in diesem frühen Stadium nicht gefolgt und die zweite vom Ankläger vorgetragene Teilnehmerform des sonstigen Tatbeitrags zu einer Kollektivtat (Art. 25 Abs. 3 lit. d) angenommen hat.

Zuvor hatte die Kammer die Frage aufgeworfen,³³ ob der Fall angesichts der Tatbegehung im Jahr 2009 noch mit der Unterbreitungserklärung des Vertragsstaates in Verbindung gebracht werden könne.³⁴ Dazu erklärte die Kammer, dass die Unterbreitungserklärung durch eine bestimmte „Krisensituation“ („situation of crisis“) im Land bestimmt ist. Damit der Fall nicht die Parameter der Situation überschreite, müssten die Verbrechen im Kontext der „Krisensituation“, welche überhaupt erst die Gerichtsbarkeit des IStGH aktiviert habe, begangen worden sein. Die „Krisensituation“ erfasse auch nach der Unterbreitung begangene Verbrechen, unter der Voraussetzung, dass eine Verbindung mit der „Krisensituation“ besteht.

Die FDLR war bereits bei Unterbreitung der Situation durch die Demokratische Republik Kongo auf dem Gebiet des Kongo anwesend und militärisch aktiv. Die Kammer nahm daher an, dass sie in dem Fall ihre Gerichtsbarkeit ausüben kann.

II. Situation Republik Uganda (Vorverfahrenskammer II)³⁵

Aus dieser Situation ist bisher nur das Verfahren gegen Joseph Kony et al. hervorgegangen, das sich weiterhin im Stadium des Vorverfahrens befindet.

³² Ruanda ist nicht Vertragsstaat des Römischen Statuts.

³³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 6.9.2010 – ICC-01/04-575 (Decision requesting clarification on the Prosecutor’s Application under Article 58).

³⁴ Die Unterbreitung der Situation erfolgte durch den Präsidenten der Demokratischen Republik Kongo am 3.3.2004. Der Präsident der Demokratischen Republik Kongo ersuchte den Ankläger um Ermittlung der „situation qui se déroule dans mon pays depuis le 1er juillet 2002, dans laquelle il apparaît que des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale ont été commis“.

³⁵ Die Situationsakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/04 geführt.

*Das Verfahren Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen (Vorverfahrenskammer II)*³⁶

- Erlass der Haftbefehle: 8.7.2005 (unter Verschluss)
- Veröffentlichung der Haftbefehle: 13.10.2005
- Opfer am Vorverfahren beteiligt: 40
- Verfahrensstand: Angeschuldigte noch nicht verhaftet

Die Angeschuldigten sind noch nicht verhaftet und dem IStGH überstellt worden. Mit Entscheidung vom 10.3.2009 hat die Vorverfahrenskammer II die fortdauernde Zulässigkeit des Verfahrens festgestellt.³⁷ Der für die vier abwesenden Angeschuldigten von der Kammer bestellte Anwalt legte gegen diese Entscheidung Beschwerde ein, und rügte u.a. seine Bestellung mangels eines klaren Mandats von den vier Angeschuldigten. Die Berufungskammer lehnte die Beschwerde ab, u.a. weil in diesem Fall die Bestellung eines Anwalts zur Wahrung der Interessen der Verteidigung zulässig war.³⁸ Die Kammer stellte klar, dass das Mandat eines „counsel to attend and represent the interests of the defence“ *sui generis* Charakter hat und sich vom Mandat eines vom Angeklagten bestellten Anwalts wesentlich unterscheidet.

III. Situation Zentralafrikanische Republik (Vorverfahrenskammer II)³⁹

Aus der Situation ist nur ein Verfahren gegen Jean-Pierre Bemba Gombo hervorgegangen, das sich bereits im Stadium des Hauptverfahrens befindet.

*Das Verfahren Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*⁴⁰

- Überstellung an den IStGH: 3.7.2008
- Bestätigung der Anklagepunkte: 15.6.2009
- Opfer am Hauptverfahren beteiligt: 135⁴¹

³⁶ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/04-01/05 geführt.

³⁷ ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 10.3.2009 – ICC-02/04-01/05-377 (Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute).

³⁸ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 16.9.2009 – ICC-02/04-01/05-408 (Judgment on the appeal of the Defence against the „Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute“ of 10 March 2009).

³⁹ Die Situationsakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/05 geführt. Die Situation (und der daraus hervorgegangene Fall) war bis zum 19.3.2009 vor Vorverfahrenskammer III anhängig, bevor diese Kammer mit Vorverfahrenskammer II zusammengelegt und die Situation an letztere übertragen wurde, siehe ICC (Presidency), Beschl. v. 19.3.2009 – ICC-01/05-22 (Decision on the constitution of Pre-Trial Chambers and on the assignment of the Central African Republic situation).

⁴⁰ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/05-01/08 geführt.

⁴¹ Im Vorverfahren waren 54 Opfer am Verfahren beteiligt. Inzwischen haben weitere 1200 Opfer ihre Teilnahme am Verfahren Bemba beantragt, siehe ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 10.11.2010 – ICC-01/05-01/08-1005 (Decision on common legal representation of victims for the purpose of

- Beginn der Hauptverhandlung: 22.11.2010

Verfahren vor der Vorverfahrenskammer II

Die Vorverfahrenskammer II bestätigte am 15.6.2009 nur zum Teil die vom Ankläger erhobenen Anklagepunkte gegen Jean-Pierre Bemba Gombo.⁴² Gegen diese Entscheidung ersuchte der Ankläger die Zulassung einer Beschwerde, die jedoch mit Entscheidung vom 18.9.2009 von der Vorverfahrenskammer zurückgewiesen wurde.⁴³ Hinzuweisen ist auf die kritische Einstellung der Kammer zur Praxis des „cumulative charging“, Ausführungen zu den Fürsorgepflichten sowie den Befugnissen der Vorverfahrenskammer im Rahmen der Bestätigung der Anklagepunkte in dieser das Vorverfahren abschließenden Entscheidung.

Am 14.8.2009 entschied Einzelrichterin Trendafilova, Jean-Pierre Bemba Gombo eine vorläufige Haftentlassung unter Auflagen zu gewähren, da die Voraussetzungen zur Aufrechterhaltung der Haft nicht mehr vorlägen, insbesondere er keine Gefahr für die Zeugen und Opfer darstelle und keine Behinderung oder Gefährdung der Ermittlungen oder des Gerichtsverfahrens bestehe.⁴⁴ Er selbst hatte mehrere Auflagen, für die er auch finanziell aufkommen wollte, angeboten. Der Staat, in den er vorläufig entlassen werden sollte, sowie die Art der Auflagen, sollten in einem zweiten Schritt bestimmt werden. Sechs potentielle Aufnahmestaaten, die gem. regulation 51 der Geschäftsordnung vom Angeschuldigten bestimmt worden waren, waren zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert worden, um weitere Anmerkungen sowie Stellungnahmen vorzulegen. Dazu kam es jedoch nicht. Auf die vom Ankläger eingereichte Beschwerde wurde die Entscheidung zur Haftentlassung durch die Berufungskammer aufgehoben. Die Rechtsmittelkammer entschied am 2.12.2009,⁴⁵ dass keine „veränderten Umstände“ im Sinne

trial), para. 6. Eine Entscheidung der Strafkammer dazu steht zur Zeit noch aus.

⁴² ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo).

⁴³ ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 18.9.2009 – ICC-01/05-01/08-532 (Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the „Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo“).

⁴⁴ ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 14.8.2009 – ICC-01/05-01/08-475 (Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa).

⁴⁵ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 2.12.2009 – ICC-01/05-01/08-631-Red (Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber II’s „Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa“).

von Art. 60 Abs. 3 vorgelegen hätten, die eine vorläufige Entlassung gerechtfertigt hätten. Desweiteren legte sie ohne weitere rechtliche Begründung oder Auseinandersetzung mit der Argumentation der Einzelrichterin Trendafilova fest, dass eine Kammer, sollte sie über eine vorläufige Haftentlassung unter Auflagen entscheiden, bereits *vorher* den Aufnahmestaat und die Auflagen bestimmen müsse. Diese Anforderung stellt die Kammern vor das Problem, mit (mehreren? welchen?) Staaten über mögliche Auflagen Gespräche führen zu müssen, noch ehe sie darüber entschieden haben, *ob* der Angeschuldigte überhaupt vorläufig aus der Haft entlassen werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass diese Fragen (Aufnahmestaat, Auflagen) nicht *de facto* vom Angeschuldigten selbst eruiert werden müssen. So bleibt es eine umstrittene Entscheidung, die die Grenzen des Rechts eines Angeschuldigten auf vorläufige Haftentlassung nach Art. 60 klar aufzeigt.

Verfahren vor der Hauptverfahrenskammer III

Wie schon im Vorverfahren angefordert, wurde am 29.1.2010 angeordnet, dass der Ankläger eine sog. „In-Depth Analysis Chart“ für alle belastenden Beweismittel vorlegen müsse.⁴⁶ Zum besseren Verständnis der Anklagepunkte und der ihr zugrundeliegenden Tatsachen erbat auch Hauptverfahrenskammer III die Einreichung eines neuen „document containing the charges“, verlangte aber vom Ankläger sich exakt an die Sprache der „confirmation of charges“ Entscheidung zu halten.⁴⁷ Desweiteren regte sie an, dass die Vorverfahrenskammer in einem Anhang zu ihrer „confirmation of charges“ Entscheidung alle Tatsachen der bestätigten Anklagepunkte wiedergeben möge.⁴⁸

Der Angeklagte Bemba hat die Zulässigkeit des Verfahrens vor dem IStGH gem. Art. 17 Abs. 1 angefochten und gleichzeitig einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens wegen eines „abuse of process“ gestellt. Er brachte vor, dass auf nationaler Ebene in der Zentralafrikanischen Republik Ermittlungen und ein Strafverfahren gegen ihn wegen des gleichen Tatvorwurfs eingeleitet worden waren. Dieses Ver-

⁴⁶ ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 29.1.2010 – ICC-01/05-01/08-682 (Decision on the „Prosecution’s Submissions on the Trial Chamber’s 8 December 2009 Oral Order Requesting Updating of the In-Depth-Analysis Chart“). Inzwischen haben drei Kammern am IStGH diese Rechtsprechung der Bemba-Vorverfahrenskammer übernommen (Vorverfahrenskammer II, Hauptverfahrenskammern II und III). Es bleibt zu hoffen, dass diese Anforderung an die Fallaufbereitung zur Regel in den zukünftigen Verfahren vor dem IStGH wird.

⁴⁷ Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung war Vorsitzender Richter der Hauptverfahrenskammer III Richter Fulford, der zugleich Vorsitzender Richter der Hauptverfahrenskammer I ist. Siehe Fn. 22.

⁴⁸ ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 20.7.2010 – ICC-01/05-01/08-836 (Decision on the defence application for corrections to the Document Containing the Charges and for the prosecution to file a Second Amended Document Containing the Charges). Dies war bereits von Hauptverfahrenskammer II angeregt worden, siehe Fn. 21, para. 31.

fahren war auf nationaler Ebene eingestellt worden; bei dem Versuch einer Wiederaufnahme war dann bereits die Situation an den IStGH überwiesen worden. Die Hauptverfahrens-kammer entschied am 24.6.2010, dass das Verfahren vor dem IStGH nach allen Alternativen des Art. 17 zulässig sei,⁴⁹ da momentan keine Strafverfolgung durchgeführt werde, die Zentralafrikanische Republik nicht „fähig“ sei, die Ermittlungen und die Strafverfolgung gegen den Angeklagten Bemba zu führen, kein Endurteil in der Sache auf nationaler Ebene ergangen sei und der Fall schwerwiegend genug sei. Sie legte zudem fest, dass eine Anfechtung der Zulässigkeit des Falles bis zum Beginn der mündlichen Hauptverhandlung eingereicht werden könne.⁵⁰ Gegen diese Entscheidung legte die Verteidigung Beschwerde ein.

Die Berufungskammer bestätigte die Zulässigkeit des Verfahrens vor dem IStGH. Auf die Zulässigkeitsentscheidung im Katanga-Verfahren aufbauend, urteilte die Kammer weiter, dass bei Vorliegen einer Entscheidung nationaler Justizbehörden, die betreffende Person nicht strafrechtlich zu verfolgen, Art. 17 Abs. 1 lit. b, die Hauptverfahrens-kammer *prima facie* die Gültigkeit jener Entscheidung annehmen soll.⁵¹

Der Beginn der Hauptverhandlung wurde auf den 22.11.2010 terminiert.

IV. Situation Darfur, Sudan (Vorverfahrens-kammer I)⁵²

Aus dieser Situation sind vier Fälle hervorgegangen. Das Verfahren gegen Bahr Idriss Abu Garda wurde bereits im Vorverfahren beendet; in dem weiteren Verfahren gegen Abdallah Banda Abakaer und Saleh Mohammed Jerbo Jamus wird im Dezember 2010 die Verhandlung zur Bestätigung der Anklagepunkte durchgeführt. Die beiden anderen Fälle gegen den Präsidenten al Bashir und Ahmad Muhammad Harun und

Ali Muhammad Ali Abd-Rahman „ruhen“, da die Ange-schuldigten noch nicht dem IStGH überstellt worden sind.

1. *Das Verfahren Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun („Ahmad Harun“) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman („Ali Kushayb“) (Vorverfahrens-kammer I)*⁵³

- Erlass der Haftbefehle: 2.5.2007
- Opfer am Vorverfahren beteiligt: 6
- Verfahrensstand: Angeschuldigte noch nicht verhaftet

Auf Antrag des Anklägers erließ die Vorverfahrens-kammer I am 26.5.2010 eine Entscheidung,⁵⁴ in der die fehlende Ko-operation des Sudan mit dem IStGH festgehalten worden ist. Zur Frage ihrer Kompetenz musste die Kammer auf ihre „inherent powers“ ausweichen, da Art. 87 Abs. 5 an Nicht-vertragsstaaten gerichtet ist, die ein Abkommen mit dem IStGH geschlossen haben und Art. 87 Abs. 7 von vornherein nicht einschlägig ist (Sudan ist nicht Vertragsstaat).

2. *Das Verfahren Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Vorverfahrens-kammer I)*⁵⁵

- Erlass des ersten Haftbefehls: 4.3.2009
- Erlass des zweiten Haftbefehls: 12.7.2010
- Opfer am Vorverfahren beteiligt: 12
- Verfahrensstand: Angeschuldigter noch nicht verhaftet

Der Anklagepunkt des Genozids war von der Mehrheit der Richter der Vorverfahrens-kammer I beim Erlass des ersten Haftbefehls am 4.3.2009 abgelehnt worden, da sie der Auf-fassung waren, dass die vom Ankläger vorgelegten Beweis-mittel nicht zwingend die Schlussfolgerung zuließen, dass al Bashir mit der besonderen Absicht zum Völkermord gehan-delt habe.⁵⁶ Auf die vom Ankläger stattgegebene Beschwerde wurde von der Berufungskammer am 3.2.2010 entschieden,⁵⁷ dass der von der Mehrheit der Richter zum Grad des Tatver-dachts bei der Auswertung des Beweismaterials angelegte Maßstab zu hoch war, und dass in diesem Verfahrens-abschnitt die Schlussfolgerung, dass eine besondere Absicht vorliegt, nicht die einzig mögliche, zwingende Schlussfolge-

⁴⁹ ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 24.6.2010 – ICC-01/05-01/08-802 (Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges).

⁵⁰ Siehe dazu die gegenteilige Auslegung des Begriffs „Er-öffnung des Hauptverfahrens“ durch die Strafkammer II. Jene bestimmte drei verschiedene Verfahrensabschnitte, innerhalb derer eine Anfechtung der Zulässigkeit vorgetragen werden könne. Sobald eine Hauptverfahrens-kammer konstituiert ist, sei eine Anfechtung der Zulässigkeit nur ausnahmsweise und nur auf Grundlage von Art. 17 Abs. 1 lit. c möglich, siehe ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 16.6.2009 – ICC-01/04-01/07-1213-tENG (Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case [Article 19 of the Statute]). Die Berufungskammer hat in ihrem ersten Urteil zur Zulässigkeit des Verfahrens Katanga (siehe Fn. 18) zu diesem Punkt keine Aussage getroffen.

⁵¹ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 19.10.2010 – ICC-01/05-01/08-962-Corr (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled „Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenge“).

⁵² Die Situationsakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/05 ge-führt.

⁵³ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/05-01/07 geführt.

⁵⁴ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 26.5.2010 – ICC-02/05-01/07-57 (Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the Republic of the Sudan).

⁵⁵ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/05-01/09 geführt.

⁵⁶ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-3 (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), mit Sondervotum der Richterin Ušacka.

⁵⁷ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 3.2.2010 – ICC-02/05-01/09-73 (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the „Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir“).

zung sein müsse.⁵⁸ Die Sache wurde an die Vorverfahrenskammer zur Entscheidung über den Vorwurf des Genozids zurückverwiesen. Die Vorverfahrenskammer I erließ am 12.7.2010 einen zweiten Haftbefehl,⁵⁹ der den Vorwurf des Genozids aufnimmt.⁶⁰

Mancher mag geneigt sein, den IStGH angesichts der Anzahl nicht vollstreckter Haftbefehle als wehrlosen Papiertiger zu betrachten. Die Vermutung liegt aber nahe, dass allein die Existenz des Haftbefehls den Aktionsradius gesuchter Angeschuldigter einschränken könnte. Al Bashir befand sich im August in Kenia, um den offiziellen Feierlichkeiten zur Annahme der neuen Verfassung Kenias beizuwohnen. Er war zudem ca. einen Monat zuvor in den Tschad gereist, und wurde dort von offizieller Seite empfangen. Beide Länder sind Vertragsstaaten und sind verpflichtet, Al Bashir zu verhaften und an den IStGH zu überstellen. Über diese Besuche wurde die Vertragsstaatenversammlung mit Entscheidungen vom 27.8.2010 informiert, um ihrerseits geeignete Maßnahmen zu ergreifen.⁶¹ Einige Monate später erhielten die Richter der Kammer Informationen über die mögliche Reise Al Bashirs zu einem Treffen der regionalen „Intergovernmental Authority on Development (IGAD)“ in Nairobi am 30.10.2010. Die Kammer ersuchte Kenia um nähere Informationen und rief die Verpflichtungen Kenias aus dem Römischen Statut in Erinnerung.⁶² Das Treffen der IGAD wurde gemäß verschiedener Pressemitteilungen nach Erlass dieser Ent-

scheidung in Adis Abbeba einberufen, der Hauptstadt des Nicht-Vertragsstaates Äthiopien.⁶³

3. Das Verfahren *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (Vorverfahrenskammer I)⁶⁴

- Erlass der Ladung: 7.5.2009 (unter Verschluss)
- Veröffentlichung der Ladung: 17.5.2009
- Opfer am Vorverfahren beteiligt: 87
- Verfahrensstand: Keine Bestätigung der Anklage

Abu Garda wurde geladen,⁶⁵ da begründeter Verdacht bestand, dass er Kriegsverbrechen, begangen haben soll, welche die Tatbestandsmerkmale der vorsätzlichen Tötung, Plünderung und eines vorsätzlichen Angriffs auf eine friedenserhaltende Mission in Darfur, bei der 12 Blauhelmsoldaten umkamen, erfüllen.⁶⁶ Die Verhandlung zur möglichen Bestätigung der Anklagepunkte wurde vom 19.-29.10.2009 durchgeführt. Am 8.2.2010 lehnte die Vorverfahrenskammer I die Bestätigung aller Anklagepunkte ab,⁶⁷ da die Verbindung zwischen dem Angeschuldigten Abu Garda und dem Sachverhalt, die *imputatio facti*, vom Ankläger nicht hergestellt und bewiesen war. Erwähnenswert ist die in der Verhandlung von der Verteidigung aufgeworfene – letztlich nicht entscheidungserhebliche – Frage, ob bei der Anwesenheit eines Regierungsvertreters im Lager der friedenserhaltenden Mission, der Informationen an die Regierung, und damit an eine Kriegspartei, weitergibt, die Einrichtung als Ganzes ihren Schutz nach dem Statut verliert.⁶⁸ Eine Beschwerde des Anklägers wurde nicht zugelassen;⁶⁹ die Sache ist rechtskräftig.

4. Das Verfahren *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain und Saleh Mohammed Jerbo Jamus* (Vorverfahrenskammer I)⁷⁰

- Erlass der Ladungen: 27.8.2009 (unter Verschluss)
- Veröffentlichung der Ladungen: 15.6.2010

⁵⁸ Siehe dazu auch die abweichende Meinung der Richterin Ušacka zur Mehrheitsentscheidung der Richter der Vorverfahrenskammer I, siehe Fn. 56.

⁵⁹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Haftbefehl v. 12.7.2010 – ICC-02/05-01/09-95 (Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir); ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 12.7.2010 – ICC-02/05-01/09-94 (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest).

⁶⁰ Der zweite Haftbefehl erfasst den Vorwurf der Tötung von Mitgliedern einer geschützten Gruppe (Art. 6 lit. a), die Verursachung von schwerem körperlichen oder seelischen Schaden an Mitgliedern der geschützten Gruppe (Art. 6 lit. b) und die vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen für die geschützte Gruppe, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen (Art. 6 lit. c).

⁶¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 27.8.2010 – ICC-02/05-01/09-107 (Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of States Parties to the Rome Statute about Omar al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya); ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 27.8.2010 – ICC-02/05-01/09-109 (Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of States Parties to the Rome Statute about Omar al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad).

⁶² ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 25.10.2010 – ICC-02/05-0/09-117 (Decision requesting observations from the Republic of Kenya).

⁶³ Siehe z.B. Pressemitteilung AP, 27.10.2010, „Soudan: un sommet régional est-africain déplacé de Nairobi à Addis-Abeba“.

⁶⁴ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/05-02/09 geführt.

⁶⁵ Art. 58 Abs. 7.

⁶⁶ ICC (Pre-Trial Chamber I), Ladung v. 7.5.2009 – ICC-02/05-02/09-2 (Summons to Appear for Bahar Idriss Abu Garda); ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 7.5.2009 – ICC-02/05-02/09-15-AnxA (Decision on the Prosecutor's Application under Article 58).

⁶⁷ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09-243-Red (Public Redacted Version, Decision on the Confirmation of Charges).

⁶⁸ Hierzu *Breitegger*, ZIS 2010, 712.

⁶⁹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 23.4.2010 – ICC-02/05-02/09-267 (Decision on the „Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on the Confirmation of Charges“).

⁷⁰ Die Verfahrensakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-02/05-03/09 geführt.

- Opfer am Vorverfahren beteiligt: 89⁷¹
- Verfahrensstand: Beginn des Vorverfahrens am 8.12.2010

Beide Angeschuldigte sind wegen desselben Sachverhalts wie Abu Garda vor Gericht geladen.⁷² Die Verhandlung ist auf den 8.12.2010 terminiert⁷³ und wird in Abwesenheit der beiden Angeschuldigten geführt, die auf ihr Anwesenheitsrecht während der Verhandlung verzichtet haben.⁷⁴

V. Situation Republik Kenia (Vorverfahrenskammer I)⁷⁵

- Antrag des Anklägers auf Genehmigung: 26.11.2009
- Genehmigung der Aufnahme von Ermittlungen: 31.3.2010
- (individuelle und kollektive) Eingaben von Opfern: 406⁷⁶
- Verfahrensstand: Ermittlungen des Anklägers

Der Ankläger beantragte am 26.11.2009 zum ersten Mal in der Geschichte des IStGH die Genehmigung zur Aufnahme von Ermittlungen im Vertragsstaat Kenia. Dies wurde ihm durch Mehrheitsentscheidung, allein in Bezug auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf dem Territorium Kenias in der Zeit vom 1.6.2005 bis 26.11.2009, genehmigt.⁷⁷ Zugleich hatte die Kammer zum ersten Mal Gelegenheit den

⁷¹ Stand 29.10.2010, siehe ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 29.10.2010 – ICC-02/05-03/09-89 (Decision on Victims' Participation at the Hearing on the Confirmation of the Charges). Erwähnenswert ist, dass die nigerianische Armee, die sich als „Organisation“ i.S.v. Regel 85 lit. b der Verfahrens- und Beweisordnung am Verfahren beteiligen wollte, nicht als Opfer anerkannt worden ist.

⁷² ICC (Pre-Trial Chamber I), Ladung. v. 27.8.2009 – ICC-02/05-03/09-2 (Summons to Appear For Saleh Mohammed Jerbo Jamus); ICC (Pre-Trial Chamber I), Ladung v. 27.8.2009, ICC-02/05-03/09-3 (Summons to Appear For Abdallah Banda Abakaer Nourain); ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 27.8.2009 – ICC-02/05-03/09-1 (Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58).

⁷³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 22.10.2010 – ICC-02/05-03/09-81 (Decision postponing the confirmation hearing and setting a deadline for the submission of the suspects' written request to waive their right to attend the confirmation hearing).

⁷⁴ ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 17.11.2010 – ICC-02/05-03/09-103 (Decision on issues related to the hearing on the confirmation of charges).

⁷⁵ Die Situationsakte wird mit der Dok.-Nr. ICC-01/09 geführt.

⁷⁶ Von den 406 Opfern erfüllten (nur) 396 die Voraussetzungen von Regel 85 der Verfahrens- und Beweisordnung. Zehn Opfereingaben wurden daher nicht berücksichtigt, siehe ICC, Schriftsatz der Kanzlei v. 29.3.2010 – ICC-01/09-17-Corr-Red (Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations [ICC-01/09-17-Conf-Exp-Corr] and annexes 1 and 5).

⁷⁷ ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya).

Wortlaut des Art. 15 auszulegen. Die Kammer definierte den anzuwendenden Standard („reasonable basis“) und klärte das Verhältnis des Art. 15 zu Art. 53 dahingehend, dass alle Prüfungspunkte des Art. 53, die an den Ankläger adressiert sind, der vollen richterlichen Überprüfung unterliegen. Weiterhin bestimmte die Kammer die Parameter für die Zulässigkeitsprüfung in diesem frühen Verfahrensstadium. In Ermangelung konkreter Fälle, sei die Zulässigkeit auf einen oder mehrere potentielle Fälle bezogen.

Gegenstand der Meinungsverschiedenheit in der Kammer war die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. a, insbesondere des Begriffs „organizational policy“ („Politik einer Organisation“). Die Mehrheit sah diese Voraussetzung bereits dann erfüllt, wenn „a group has the capability to perform acts which infringe on basic human values“.⁷⁸ Richter Kaul stellte an das Merkmal der „Politik der Organisation“ höhere Anforderungen und verlangte, dass die Organisation staatsähnliche Züge aufweisen müsse, um Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen. Das Sondervotum warf damit die Frage nach dem Wesensgehalt der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf. Es sucht nach der Antwort auf die Frage: Wozu ist der IStGH geschaffen worden? Es besteht die Hoffnung, dass diese Entscheidung der Kammer gerichtsintern und -extern zum Anlass genommen wird, eine grundsätzlichere Diskussion zu diesem Thema zu führen.⁷⁹

⁷⁸ ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) para. 90.

⁷⁹ Siehe hierzu den Beitrag von *Gierhake*, ZIS 2010, 676.