

AUSGABE 12/2017

S. 723 - 797

12. Jahrgang

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2017 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

- Jahrestagung 2017 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 723

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

- Zwischen parlamentarischer Diplomatie und Aktivismus
Über das Gutachten des niederländischen Beirats für
Völkerrecht zur Verwendung des Begriffes „Völkermord“ im
politischen Raum**
Von Prof. Dr. Larissa van den Herik, Den Haag 724

- Recent developments in the jurisprudence of the International
Criminal Court – Part 1**
By Eleni Chaitidou, The Hague 733

- Die Verfahrens- und Beweisregeln der Kosovo Specialist
Chambers**
Von Simon M. Meisenberg, LL.M., Aachen/Den Haag 746

- Aus der Praxis des Generalbundesanwalts im
Völkerstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen**
Von Dr. Lars Büngener, Karlsruhe/Frankfurt a.M. 755

- Die Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen
und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch
(ZBKV)**
Von Erster Kriminalhauptkommissar Klaus Zorn, Meckenheim bei
Bonn 762

- Die Zerstörungsabsicht bei dem völkerstrafrechtlichen
Verbrechen des Genozids
Zugleich eine Anmerkung zur deutschen Rechtsprechung im
Verfahren gegen Onesphore R.**
Von Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.Eur., Leipzig 766

- Witness Preparation und historische Wahrheit im
Völkerstrafprozess
Probleme der Zeugenvorbereitung vor dem Hintergrund der
Zielsetzungen des Völkerstrafprozesses**
Von Dipl.-Jur. Lea Babucke, Hamburg 782

TAGUNGSBERICHTE

Völkerstrafrecht

- Was war und was bleibt? Zur Tätigkeit des Jugoslawien-
Strafgerichtshofes – ein Diskussionsbericht**
Von Wiss. Mitarbeiterin Annegret Hartig, LL.M., Maître en droit,
Wiss. Mitarbeiterin Swantje Maecker, LL.M., Hamburg 793

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. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana
Karakaplan
Wiss. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Jahrestagung 2017 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg

Zur inzwischen dreizehnten Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht¹ versammelten sich am 12. und 13.5.2017 mehr als 100 Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler in Den Haag. Im Mittelpunkt der Veranstaltung, die im The Hague Institute for Global Justice stattfand, stand erneut der Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts. Die Referate und Diskussionsbeiträge kommen in dieser Ausgabe der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – nahezu vollständig zur Veröffentlichung.

Nach der Begrüßung durch den Gastgeber, den deutschen Richter am Jugoslawien-Strafgerichtshof *Christoph Flügge*, und einführenden Worten durch Prof. Dr. Florian Jeßberger (Universität Hamburg) eröffnete Prof. Dr. Larissa van den Herik,² Professorin für Völkerrecht an der Universität Leiden, die Sitzung mit dem Gastvortrag „Between fragmentation and legal pluralism: The construction of custom and cross-referencing in international criminal law“. Prof. Dr. Volker Nerlich (IStGH) moderierte die nachfolgende Aussprache.

Im anschließenden Themenblock „Berichte aus der Praxis“ wurden die Teilnehmerinnen und Teilnehmer wie immer aus erster Hand über aktuelle völkerstrafrechtliche Entwicklungen informiert. Den Anfang machte *Eleni Chaitidou*³ (IStGH) mit einer instruktiven Darstellung der neueren Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofes. Anknüpfend an ein Referat⁴ der letzten Sitzung des Arbeitskreises berichtete *Simon Meisenberg*⁵ (KSC) sodann über den Stand der Einrichtung der Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor's Office. Hierbei bildete das Verfahrensrecht einen Schwerpunkt der Betrachtung. Die zweite Hälfte des Praxisblocks widmete sich den jüngsten Entwicklungen bei der Verfolgung von Völkerstraftaten in Deutschland. Hierzu berichteten *Dr. Lars Büngener*⁶ (GBA) „Aus der Praxis des Generalbundesanwalts“ und *Klaus Zorn*⁷ (BKA) über die „Beweissammlung und -sicherung (Syrien) durch das Bundeskriminalamt“. Beide gaben hochinformativ Einblicke in die Tätigkeit ihrer jeweiligen Institutionen. Die Berichte über die aktuelle Praxis des Völkerstrafrechts rundete das Referat von *Dr. Boris Burghardt* (Humboldt-Universität zu Berlin) „Zur Spätverfolgung von NS-Verbrechen“ ab, in dem er sich insbesondere mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in der Sache Gröning auseinandersetzte. Einen schönen Ab-

schluss des ersten Tages sowie eine willkommene Gelegenheit für vertiefende Diskussionen bot der Empfang der Mitglieder des Arbeitskreises in der Residenz des deutschen Botschafters in Den Haag.

Nach einem Grußwort *Steven van Hoogstratens*, des kommissarischen Geschäftsführers des The Hague Institute for Global Justice, leitete *Dr. Lars Berster*⁸ (Universität zu Köln) den zweiten Sitzungstag mit einem Referat zum Merkmal der Zerstörungsabsicht beim Völkermordtatbestand ein, in dem er sich kritisch mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in der Sache Rwabukombe auseinandersetzte. In der vorliegenden Ausgabe der ZIS findet sich auch die (in Den Haag krankheitsbedingt entfallene) Erwiderung von Prof. Dr. Daniela Demko (Universität Leipzig) auf den Beitrag *Bersters*, in der sie ausführlich zur Auslegung des Merkmals der Zerstörungsabsicht Stellung bezieht.⁹

Unter der Überschrift „Was war und was bleibt?“ widmete sich der zweite Veranstaltungstag dann ganz dem Rückblick auf die Tätigkeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofes. Zunächst identifizierte und kommentierte *Dr. Serge Brammertz* (JStGH) aus Sicht der Anklagebehörde Errungenschaften, Misserfolge und das Vermächtnis des Gerichtshofes. An der von Prof. Dr. Stefanie Bock (Universität Marburg) geleiteten anschließenden Podiumsdiskussion¹⁰ nahmen neben *Brammertz* noch Prof. Dr. Claus Kreß (Universität zu Köln) und der deutsche Richter am Internationalen Strafgerichtshof, Prof. Dr. Bertram Schmitt, teil. Die äußerst lebhaft diskutierte Diskussion wurde sodann unter Einbeziehung des Plenums weitergeführt.

Die nächste Tagung des Arbeitskreises wird auf Einladung von Prof. Dr. Stefanie Bock im Frühjahr 2018 in Marburg stattfinden. Neben den Referaten und Praxisberichten zu aktuellen Fragen steht hier zum zweiten Mal die Verleihung des Robert Kempner-Preises auf dem Programm, der vom Arbeitskreis alle zwei Jahre für eine herausragende Monografie auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts vergeben wird.¹¹

¹ Weitere Informationen zum Arbeitskreis finden sich unter <https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/arbeitskreis.html> (4.12.2017).

² Siehe zur Frage der Verwendung des Begriffs „Völkermord“ im politischen Raum *van den Herik*, ZIS 2017, 724.

³ *Chaitidou*, ZIS 2017, 733.

⁴ *Eckelmans*, ZIS 2016, 809.

⁵ *Meisenberg*, ZIS 2017, 746.

⁶ *Büngener*, ZIS 2017, 755.

⁷ *Zorn*, ZIS 2017, 762.

⁸ Siehe hierzu bereits *Berster*, ZIS 2016, 72.

⁹ *Demko*, ZIS 2017, 766.

¹⁰ Siehe den Diskussionsbericht von *Hartig/Maecker*, ZIS 2017, 793.

¹¹ Siehe hierzu

<https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/arbeitskreis/kempner-preis-ausschreibung.pdf> (4.12.2017).

Zwischen parlamentarischer Diplomatie und Aktivismus

Über das Gutachten des niederländischen Beirats für Völkerrecht zur Verwendung des Begriffes „Völkermord“ im politischen Raum

Von Prof. Dr. Larissa van den Herik, Den Haag*

I. Einleitung

Parlamentarier sind zunehmend mit Angelegenheiten befasst, die die internationalen Beziehungen betreffen. Die Bandbreite von Vorhaben, die Parlamente umsetzen, wird vom Begriff „parlamentarische Diplomatie“ erfasst. Dieser Beitrag behandelt eine spezifische Ausformung dieser parlamentarischen Diplomatie, nämlich die Rolle von Parlamenten in Bezug auf die Anerkennung und Vorbeugung internationaler Verbrechen.

Der Beitrag gründet sich auf und präsentiert gleichzeitig ein kürzlich in Zusammenarbeit mit dem Externen Berater des Außenministeriums (EVA)¹ veröffentlichtes Gutachten des niederländischen Beirats für Völkerrecht (CAVV)², das sich mit der Verwendung des Begriffes „Völkermord“ durch Politiker befasst. Die Problematik trat zutage, als im Parlament vertretene politische Parteien den niederländischen Außenminister Koenders darum baten, die Massaker an den Yesiden als Völkermord zu verurteilen. In seiner Antwort verwies der Minister auf die Gerichte als das angemessene Forum für derartige Feststellungen. Daraufhin wurde im

* Prof. Dr. L. J. van den Herik ist Professorin für Völkerrecht am Grotius Centre for International Legal Studies und Prodekanin der Juristischen Fakultät der Universität Leiden (Niederlande). Sie ist stellvertretende Vorsitzende des Beratungsgremiums der niederländischen Regierung zu Fragen des Völkerrechts. Der vorliegende Beitrag wurde von *Anne Lorenzat* aus dem Englischen übersetzt. Sie ist Absolventin des LL.M.-Studiengangs Public International Law der Universität Leiden. In der Vergangenheit war sie am Kalshoven-Gieskes-Forum der Juristischen Fakultät der Universität Leiden als studentische Mitarbeiterin tätig.

¹ Der externe Berater für Völkerrecht steht jederzeit zur Verfügung, um aus eigener Initiative oder auf Anfrage des Außenministers unabhängig zu außenpolitischen Fragen mit Bezug zum Völkerrecht zu beraten. Diese Stelle wurde auf Vorschlag der sogenannten Davids-Kommission geschaffen, einer unabhängigen Kommission, die die Entscheidungsprozesse im Zusammenhang mit dem Irak in den Niederlanden untersuchte. Zum Bericht der Kommission von 2010 siehe:

www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/01/12/rapport-commissie-davids.html (4.12.2017). Diese Aufgabe wird derzeit von Professor *N. A. Nollkaemper* wahrgenommen.

² Der Beirat für Fragen des Völkerrechts ist ein unabhängiges Gremium, das die Regierung und das Parlament zu völkerrechtlichen Fragen berät, siehe hierzu:

www.cavv-advies.nl (4.12.2017). Seine Mitglieder sind derzeit: *R. A. Wessel* (Vorsitzender), *L. J. van den Herik* (stellvertretende Vorsitzende), *C. M. Brölmann*, *G. R. den Dekker*, *A. G. Oude Elferink*, *N. M. C. P. Jägers*, *J. G. Lamers*, *A. Rosenboom* und *A. J. J. de Hoogh*.

Parlament vorgeschlagen, formell zu der Frage um Rat zu bitten, ob sich tatsächlich nur Gerichte zu Völkermord äußern könnten oder sollten oder ob dies auch für Parlamente und Politiker angemessen sei und falls ja, welche Bedeutung eine solche Feststellung habe.

Daraufhin bat der Außenminister EVA und CAVV mit Schreiben vom 19.12.2016 darum, ein gemeinsames Gutachten zu dieser Frage – dem Gebrauch des Begriffes „Völkermord“ durch Politiker – zu erarbeiten. Der Minister fügte hinzu, dass vor dem Hintergrund der Beratungen über einen Antrag im Parlament auch der Begriff „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ untersucht werden könne, falls dies gewünscht sei. Dieser Bitte nachkommend erstellten EVA und CAVV ein Gutachten, das am 3.3.2017 abgeschlossen wurde. Die zentralen Ergebnisse und Empfehlungen des Gutachtens werden in diesem Aufsatz zusammengefasst.

II. Definition der Kernbegriffe

Um die ihnen vorliegende Frage beantworten zu können, definierten EVA und CAVV zunächst, was mit dem Begriff „Politiker“ gemeint ist. Das Gutachten konzentrierte sich ausschließlich auf Politiker, die zur oberen Ebene des staatlichen Systems zählen und schloss solche Politiker aus, die zu anderen Ebenen der Regierung gehören. Das Gutachten unterschied zudem zwischen Politikern, die der Regierung angehören und Politikern, die dem Parlament angehören. Das Gutachten konzentrierte sich auf die letzte Gruppe, konkreter noch auf Anträge, die vom Parlament angenommen werden können und als solche die Position des Parlamentes wiederzugeben vermögen. Diese Entscheidung stand im Einklang mit dem Zusammenhang, in dem die Bitte um Erstellung des Gutachtens aufkam, und mit dem Inhalt des konkreten parlamentarischen Antrags, auf dem diese Bitte basierte. Individuelle Positionen von einzelnen Politikern, die innerhalb oder außerhalb des Parlamentes (z.B. in den Medien) zum Ausdruck kommen, entziehen sich inhaltlich dem Umfang des Gutachtens.

Darüber hinaus widmete sich das Gutachten den Definitionen der Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. Für die Definition des Begriffes „Völkermord“ wurde selbstverständlich auf die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes³ unter Hinweis darauf, dass das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes dieselbe Definition enthält, zurückgegriffen.⁴ Dabei wurde kurz erläutert, dass der Begriff „Völkermord“ gemäß dieser Definition eine Reihe von Handlungen umfasst, die in der Absicht begangen werden, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe zu zerstören. Das Gutachten wies darauf hin, dass Völkermord nicht nur Verbre-

³ United Nations (Hrsg.), Treaty Series, Bd. 78, S. 277.

⁴ United Nations (Hrsg.), Treaty Series, Bd. 2187, S. 3.

chen gegen eine Gruppe betrifft, sondern vielmehr Verbrechen umfasst, die mit der Absicht begangen werden, die Gruppe als solche zu zerstören. Das Gutachten ging auch darauf ein, dass das Römische Statut insofern eine weitere Dimension enthält, als diese Verbrechen im Zusammenhang mit einem eindeutigen Handlungsmuster begangen werden müssen, welches die Existenz der Gruppe als solche gefährdet.⁵

Das Gutachten erkannte an, dass es – anders als bei Völkermord – keine allgemeine Konvention bezogen auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt. Jedoch wies das Gutachten darauf hin, dass das Römische Statut nun eine Definition des Begriffes enthält und dass ein allgemeiner Konsens besteht, dass diese Definition im Einklang mit Völkergewohnheitsrecht steht. Gemäß dieser Definition sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit Handlungen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden.⁶ Derartige Verbrechen können sowohl in Friedens- als auch in Kriegszeiten begangen werden.

Das Gutachten stellte dar, dass Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eng miteinander verwoben sind hinsichtlich der Entwicklung des entsprechenden Rechts und hinsichtlich ihrer Natur⁷ und auch insofern, als es Überschneidungen hinsichtlich ihres Gehalts gibt. Damit Handlungen als Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelten, bedarf es ihrer systematischen Begehung oder der Begehung in gewissem Umfang. Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, dass ein Staat beteiligt ist. Derartige Handlungen können auch von nicht-staatlichen Akteuren und Gruppen begangen werden. Allerdings gibt es bis heute keine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Arten von nicht-

staatlichen Gruppen diese Taten begehen können. Wichtige Kriterien, die in der Diskussion hinsichtlich Verbrechen gegen die Menschlichkeit genannt werden, sind eine Organisationsstruktur, das Vorhandensein von Ressourcen und Fähigkeiten, Angriffe durchzuführen, die Motive der Gruppe und die Handlungen, die von der Gruppe begangen werden.⁸

III. Die Praxis anderer Parlamente hinsichtlich Feststellungen von Völkermord

Nachdem die Kernbegriffe definiert worden waren und bevor die konkreten Fragen des Antrags behandelt wurden, widmete sich das Gutachten einem knappen Überblick über eine Reihe von Beispielen und Situationen, in denen Parlamente Feststellungen bezüglich Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit getroffen haben. Dieser Überblick wird nachfolgend dargestellt.

Im Jahr 1987 verabschiedete das Europäische Parlament einen Beschluss zur Armenien-Frage, in dem vorgebracht wurde, dass die Ereignisse von 1915-1917 Völkermord im Sinne der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes darstellten.⁹ Das Europäische Parlament qualifizierte auch die Verfolgung von Roma durch Nazi-Deutschland während des Zweiten Weltkrieges¹⁰ und die Ereignisse von Srebrenica im Juli 1995¹¹ als Völkermord. In einem Beschluss von 2016 stellte das Europäische Parlament fest, dass der „Islamische Staat“ Völkermord an Christen, Jesiden und anderen religiösen und ethnischen Minderheiten begehe und forderte die Staaten auf, ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen (einschließlich der Völkermord-Konvention) nachzukommen.¹²

Mitglieder der Parlamentarischen Versammlung des Europarates geben mit gewisser Regelmäßigkeit schriftliche Erklärungen heraus, in denen sie die Armenien-Frage als Genozid qualifizieren.¹³ In einem Beschluss aus dem Jahr 1994 bezeichnete die Parlamentarische Versammlung auch die Handlungen des irakischen Regimes unter Saddam Hussein gegen die Ma'dān („Marsch-Araber“) als Völkermord.¹⁴ In einem Beschluss von 2016 drängte die Versammlung die Staaten dazu, ihren Verpflichtungen nach der Völ-

⁵ Die „Elements of Crimes“ des Römischen Statuts fassen die Elemente bzw. Tatbestandsmerkmale der Verbrechen, mit denen sich der Gerichtshof befasst, zusammen. Bezüglich Völkermords fordern die „Elements of Crimes“ folgende Voraussetzung: Die Handlung stand im Zusammenhang mit einem offensichtlichen Muster ähnlicher Handlungen, die sich gegen diese Gruppe richteten oder war selbst von der Art, dass sie eine solche Zerstörung zur Folge haben könnte. Siehe hierzu: IStGH, Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09 (Prosecutor v. Bashir), Rn. 124 f. Das Jugoslawien-Tribunal lehnte es ab, dass die Feststellung von Völkermord von der Voraussetzung abhängen sollte, dass die fraglichen Handlungen eine konkrete Gefahr für den Bestand der anvisierten Gruppe darstellen. Siehe hierzu: ICTY, Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33 (Prosecutor v. Krstić), Rn. 224 und ICTY, Urt. v. 10.6.2010 – IT-05-88 (Prosecutor v. Popović u.a.), Rn. 829.

⁶ Eine Reihe von Handlungen kann als Verbrechen gegen die Menschlichkeit charakterisiert werden, wenn sie als Teil eines solchen Angriffs begangen werden. Dazu gehören vorsätzliche Tötung, Vernichtung, Versklavung, Deportation, Inhaftierung, Folter, Vergewaltigung und sexuelle Versklavung, Verfolgung, Verschwindenlassen, Apartheid.

⁷ Zu ihren Überschneidungen und Unterschieden siehe: Sands, East West Street – On the origins of genocide and crimes against humanity, 2016.

⁸ Siehe Hall/Ambos, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 109 f., sowie die Verweise auf die relevante Rechtsprechung.

⁹ Beschl. des Europäischen Parlaments vom 18.6.1987, Abl. EG 1987 Nr. C 190, S. 119. Diese Position wurde in anderen Beschlüssen wiederholt, u.a. im Beschluss des Europäischen Parlaments v. 15.4.2015, 2015/2590 (RSP).

¹⁰ Beschl. des Europäischen Parlaments v. 15.4.2015, 2015/2615 (RSP).

¹¹ U.a. Beschl. des Europäischen Parlaments v. 9.7.2015, 2015/2747 (RSP).

¹² Beschl. des Europäischen Parlaments v. 4.2.2016, 2016/2529 (RSP).

¹³ Z.B. Dokument Nr. 13770 (Written Declaration no. 591) v. 23.4.2015, 171 Unterzeichner.

¹⁴ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Beschl. 1022 (1994) v. 27.1.1994.

kermord-Konvention vor dem Hintergrund nachzukommen, dass zu vermuten stand, dass der „Islamische Staat“ Völkermord beging.¹⁵

Das US-Repräsentantenhaus und der US-Senat haben den Begriff „Völkermord“ im Zusammenhang mit Armenien¹⁶ und mit Ereignissen in Bosnien-Herzegovina (1992-1995), insbesondere Srebrenica,¹⁷ verwendet. Das Repräsentantenhaus und der Senat haben den Begriff „Völkermord“ auch in anderen Fällen verwendet, vorwiegend im Hinblick auf den Schutz religiöser und ethnischer Minderheiten im Mittleren Osten. Beispielsweise rief der Kongress dazu auf, Handlungen des „Islamischen Staates“ im Irak und in Syrien, insbesondere solche gegen Christen und Jesiden, als Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Genozid anzuerkennen.¹⁸

Die Parlamente einer Reihe anderer Staaten haben sich ebenso zu vergangenen und gegenwärtigen Völkermordhandlungen geäußert. Beispielsweise haben die Parlamente Frankreichs und Deutschlands den Massenmord an den Armeniern im Jahr 1915 als Völkermord charakterisiert,¹⁹ Schwedens Parlament nahm zudem noch auf die Angriffe auf die Assyrer in der selben Zeit Bezug.²⁰ Die Frage, ob die umfangreichen Tötungshandlungen in Namibia auch als Völkermord zu bezeichnen sind, wurde auf Drängen des deutschen Parlaments von der deutschen Regierung positiv beantwortet.²¹ Ein weiteres Beispiel stellt die Hungersnot in der Ukraine von 1932-1933, der sogenannte Holodomor, dar, welche vom ukrainischen Parlament 2006 als Völkermord eingestuft wurde.²²

Ein aktuelleres Beispiel stellt ein Antrag dar, der vom britischen Unterhaus angenommen wurde. Dieser bezieht sich

auf die Gewalt gegen Christen und andere Minderheiten in Syrien und im Irak. Dieser stellt sehr offen und direkt fest, dass „dieses widerliche Verhalten eindeutig der Definition des Völkermords unterfällt“.²³ Das kanadische Parlament nahm im Oktober 2016 einen Antrag an, der die Gewalt an den Jesiden als Völkermord einstuft und sich dabei auf den Bericht der UN-Untersuchungskommission für Syrien vom Juni 2016 bezieht.²⁴

Gelegentlich stehen derartige Schlussfolgerungen von Parlamenten im Zusammenhang mit Vorschlägen, einen Gedenktag für ein spezifisches Ereignis²⁵ oder einen Gedenktag im weiteren Sinne für die Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt gegen ethnische und/oder religiöse Minderheiten einzuführen.²⁶ Derartige parlamentarische Entschlüsse können auch im Kontext von Debatten hinsichtlich der Negierung von Völkermorden und finanziellem Ausgleich oder anderen Formen von Reparationen (wie formelle Entschuldigungen) stehen.

Zwei generelle Schlussfolgerungen, die sich aus diesem kurzen Überblick ergeben, wurden auf die Analyse übertragen, um die Fragen des Antrags zu adressieren. Zum einen wurde festgestellt, dass es einen gewissen Grad an Selektivität zu geben scheint. Parlamente scheinen eher bereit zu sein, Völkermord festzustellen, wenn massenhafte Tötungshandlungen nicht in oder von ihrem Staat begangen wurden und in Fällen, in denen die Opfer ihrem eigenen Staat angehören und die Taten in einer anderen Epoche begangen wurden (z.B. Holodomor).

Zum anderen wird im Gutachten davon ausgegangen, dass unterschieden werden kann zwischen Positionierungen zu historischen Völkermorden einerseits und massenhaften Tötungen, die in einem laufenden Konflikt begangen werden, andererseits. Diese Unterscheidung ist von rechtlicher Bedeutung. Im Hinblick auf historische Völkermorde geht es rechtlich vorwiegend um Fragen von Reparationen und Entschuldigungen. Wenn es aber um gegenwärtige Handlungen geht, erwächst daraus rechtlich die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Im Gutachten beschränkten sich EVA und CAVV auf Fragen im Hinblick auf gegenwärtige Vorfälle.

IV. Die völkerrechtliche Bedeutung und die Angemessenheit von parlamentarischen Feststellungen zu Völkermord

Die erste Frage des Antrags beschäftigt sich damit, in welchem Umfang das Parlament die Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ verwenden darf. In

¹⁵ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Beschl. 2091 (2016) v. 27.1.2016.

¹⁶ House Joint Resolution no. 148 v. 9.4.1975 und House Joint Resolution no. 247 v. 12.9.1984.

¹⁷ House Resolution 310 v. 8.7.2015.

¹⁸ House Concurrent Resolution 75 v. 14.3.2016; Senate Resolution 340 v. 7.7.2016.

¹⁹ Siehe Loi n° 2001-70 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 v. 29.1.2001, Abl. v. 30.1.2001, S. 1590, und Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/173, Stenografischer Bericht, 173. Sitzung v. 2.6.2016, S. 17027-17039.

²⁰ Sveriges Riksdag, Riksdagens protokoll 2009/10:86 v. 11.3.2010.

²¹ Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Niema Movassat, Wolfgang Gehrcke, Christine Buchholz, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Die Linke, Sachstand der Verhandlungen zum Versöhnungsprozess mit Namibia und zur Aufarbeitung des Völkermordes an den Herero und Nama, BT-Drs. 18/8859 v. 14.6.2016.

²² Verkhovna Rada of Ukraine, Про Голодомор 1932-1933 років в Україні, N 50, ст. 504 (Gesetz bezüglich des Holodomor von 1932-1933 in der Ukraine, Dokument Nr. 376-V), angenommen im November 2006, am 1.12.2006 in Kraft getreten.

²³ UK House of Commons, Early Day Motion 1008 v. 26.1.2016.

²⁴ Canada, Parliament, House of Commons, Journals, 42nd Parl., 1st session, Sitting no. 97 (25.10.2016), S. 910-913.

²⁵ Z.B. Beschl. des Europäischen Parlaments v. 15.1.2009 (Tag der Erinnerung an Srebrenica); Beschl. der Parlamentarischen Versammlung des Europarats 1723 (2010) v. 28.4.2010 (an die Opfer des Holodomor in der Ukraine [1932-1933] erinnernd).

²⁶ Z.B. House Joint Resolution no. 148 v. 9.4.1975 and no. 247 v. 12.9.1984.

ihrem Gutachten deuten EVA und CAVV darauf hin, dass es keine völkerrechtlichen Vorschriften gibt, die es Regierungen oder Parlamenten verbieten würde, festzustellen, dass Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem bestimmten Staat begangen wurden oder in Gegenwart oder Zukunft begangen werden.

Im parlamentarischen Antrag war suggeriert worden, dass nur Gerichte derartige Schlussfolgerungen anstellen dürften, aber EVA und CAVV stellten fest, dass diese Position der Differenzierung bedarf. Sie legten dar, dass es dem internationalen Rechtssystem inhärent sei, dass sich Staaten zu Fragen des Völkerrechts äußerten. Oft gibt es keinen Spruchkörper mit einer entsprechenden Zuständigkeit und zudem würde das Völkerrecht in großem Umfang an Effektivität verlieren, wenn es nicht auch ohne das Vorliegen von gerichtlichen Urteilen angewandt werden könnte. Im Prinzip obliegt es daher den Staaten, Äußerungen zum Handeln anderer Staaten oder Personen, welches völkerrechtlich relevant ist, zu tätigen.²⁷ Dies deutet auch darauf hin, dass Parlamente nicht von Vorschriften eingeschränkt werden, die zum Inhalt hätten, dass nur Gerichte sich zu Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit äußern dürften.

In diesem Zusammenhang betonten EVA und CAVV, dass parlamentarischen Feststellungen völkerrechtlich betrachtet eine andere rechtliche Relevanz zukommt als Handlungen der Regierung. Rechtlich betrachtet handeln Staaten durch ihre Organe und prinzipiell bestimmt sich nach nationalem Recht, welche Organe den Staat ausmachen. Dies bedeutet nicht, dass jedem Staatsorgan in den internationalen Beziehungen dieselbe Bedeutung zukäme.²⁸ Bei Verhandlungen über völkerrechtliche Verträge beispielsweise kommen nur der Regierung eines Staates und in ihrer Vertretung dem Staatsoberhaupt, dem Regierungschef oder dem Außenminister die Kompetenz zu, alle für das Schließen internationaler Verträge notwendigen Schritte zu unternehmen. Andere Staatsorgane könnten unter Umständen bestimmte Handlungen, vornehmen, die für den Staat verbindlich sind. Dies gilt allerdings nur im Rahmen der spezifischen Kompetenzen, die ihnen von der Regierung dazu übertragen worden sind. Zur Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht können grundsätzlich Handlungen aller Organe eines Staates beitragen. Genauer gesagt können Schlussfolgerungen und Positionen, die von der Regierung innerhalb und außerhalb des Parlamentes kommuniziert werden, als Ausdruck von Staatenpra-

xis gewertet werden, die als solche zur Herausbildung von humanitärem Völkerrecht beitragen können.²⁹

Als hauptsächlicher Repräsentant des Staates in den internationalen Beziehungen obliegt es der Regierung, festzustellen, ob Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem anderen Staat begangen wurden oder werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Parlament nicht eine unabhängige Position zum Ausdruck bringen könnte, z.B. im Wege eines Beschlusses. Man könnte sogar so weit gehen, zu sagen, dass in einer demokratischen Rechtsordnung wie der der Niederlande dem Parlament eine offensichtliche Rolle dabei zukommt, eine Meinung zu der Frage zu bilden, ob bestimmte Handlungen Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen. Dennoch folgerten EVA und CAVV, dass Positionen, die von Parlamenten eingenommen werden, keine besondere Bedeutung im Völkerrecht zukommt.

Darüber hinaus stellten EVA und CAVV fest, dass Parlamente neben der Fassung unabhängiger Beschlüsse zu Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch handeln können, indem sie Einfluss auf die Regierung nehmen. Dies kann erfolgen, indem das Parlament die Regierung einlädt, eine entsprechende Position zu Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die nach Ansicht des Parlaments stattgefunden haben, einzunehmen. Falls die Regierung eine solche Position auf Bitten des Parlaments einnimmt, könnte dies völkerrechtliche Bedeutung haben.

Obwohl es aus Sicht des Völkerrechts keine Einschränkungen für Regierungen oder Parlamente gibt, die Begriffe „Völkermord“ oder „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ zu verwenden, so sind EVA und CAVV dennoch der Meinung, dass diesbezüglich Zurückhaltung geübt werden sollte. Zwei Überlegungen sind dabei aus ihrer Sicht von besonderer Bedeutung:

Sorgfältige Untersuchungen hinsichtlich der Fakten sind essentiell und im Falle, dass ausreichend belastbare Fakten nicht vorliegen, ist Zurückhaltung vorzugswürdig.

Rechtliche Prinzipien werden auf Tatsachen angewandt. Folglich kann eine Schlussfolgerung, dass ein internationaler Standard verletzt wurde, nur auf Grundlage einer rigorosen und gründlichen Aufklärung des Sachverhalts erfolgen. Feststellungen zu Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind sehr schwerwiegend; daher ist es essentiell, dass sie auf einer gründlichen Untersuchung der Tatsachen beruhen. Darüber hinaus ist es im Hinblick auf Völkermord wichtig, festzustellen, ob bestimmte Handlungen mit der Intention begangen wurden, eine bestimmte Gruppe zu zerstören, wie bereits oben ausgeführt wurde. Die Pflicht zur Erbringung von Beweisen ist substantiell. In Abwesenheit belastbarer Fakten ist Zurückhaltung vorzugswürdig.

Vor dem Hintergrund des Engagements der Niederlande für die Fortentwicklung der völkerrechtlichen Ordnung stellt die Unterstützung von Entschließungen der relevanten UN-Organe die bevorzugte Handlungsweise für die Regierung

²⁷ Von einem Schiedsgericht in seiner Entscheidung im Fall *Air Service Agreement of 1946* zwischen den USA und Frankreich im Jahr 1978 folgendermaßen ausgedrückt: „Under the rules of present-day international law, [...] each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States.“ (Nach den Regeln des heutigen Völkerrechts [...] stellt jeder Staat selbst seine rechtlichen Beziehungen zu anderen Staaten her.), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII, S. 417-493 Rn. 81.

²⁸ Siehe hierzu auch „Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations“, insbesondere Guiding Principle Nr. 4, UN Doc. A/61/10.

²⁹ Vgl. ILC Rapporteur Michael Wood, *Second Report on the Identification of Customary International Law*, UN Doc. A/CN.4/672 v. 22.5.2014, Rn. 41(b).

und das Parlament dar;³⁰ dies muss jedoch nationalen Entschlüssen nicht im Wege stehen. Dabei kann unterschieden werden zwischen 1. Entschlüssen des UN-Sicherheitsrats oder der UN-Generalversammlung, in denen der zugrunde liegende Sachverhalt nicht im Detail benannt wird, 2. Schlussfolgerungen von UN-Untersuchungskommissionen, in denen Fakten in detaillierter und sorgfältiger Weise ermittelt und eingeordnet werden und 3. Schlussfolgerungen internationaler Gerichte und Tribunale.

EVA und CAVV maßen dem Parlament eine entscheidende Rolle zu, wenn es darum geht, zu internationalem Handeln wie etwa der Einsetzung von UN-Untersuchungskommissionen aufzurufen. Sie betonten auch, dass die Präferenz bezogen auf Entschlüssen auf internationaler Ebene nicht zum Anlass genommen werden sollte, Entschlüssen auf nationaler Ebene zu verzögern. Sie wiesen zudem darauf hin, dass nicht alle internationalen Entschlüssen unterstützenswert seien; Parlamente und Regierungen sollten ihre eigenen Schlussfolgerungen nicht auf internationale Feststellungen, die rein politischer Natur und unzureichend mit Fakten unterlegt sind, stützen.

V. Die rechtlichen Folgen der Verwendung der Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“

In einem gesonderten Abschnitt des Gutachtens befassten sich CAVV und EVA anschließend mit der Frage nach den rechtlichen Folgen der Verwendung der Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. Dabei betrachteten sie insbesondere die rechtliche Grundlage und die Inhalte der Verpflichtungen zur Verhütung und Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Das Gutachten untersuchte, ob und wenn ja, inwiefern sich diese Verpflichtungen voneinander unterscheiden und widmete sich der Frage, ob diese beiden Verbrechenarten von gleicher Schwere sind oder ob sie hinsichtlich ihrer Schwere in einer hierarchischen Beziehung zueinander stehen.

Basierend auf der Analyse, die nachfolgend wiedergegeben wird, kam das Gutachten zu dem Schluss, dass es hinsichtlich ihrer Schwere keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen diesen Verbrechenarten gibt und dass daher die Verpflichtung, sie zu verhüten, dem Grunde nach dieselbe sein sollte. Allgemeiner gesprochen legten EVA und CAVV dar, dass der Unterschied zwischen Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Verhütungsphase irrelevant ist und dass das Hauptaugenmerk (einschließlich das

der Parlamente) nicht auf terminologische Fragen gelegt werden sollte, sondern darauf, die Verpflichtung beider Verbrechenarten zu substantiieren und insbesondere klarzustellen, welche präventiven Maßnahmen in einer konkreten Situation notwendig sind.

1. Die Verpflichtung, Völkermord zu verhüten und zu bestrafen

Die Verpflichtung, Völkermord zu verhindern und zu bestrafen ergibt sich aus Art. 1 der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes. Die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord ist vage formuliert. Die Konvention enthält keine weiteren Angaben dazu, was die Verpflichtung konkret beinhaltet. Die einzige Regelung, die weitere Details enthält, ist Art. 8, der es den Vertragsstaaten erlaubt, die zuständigen UN-Organe damit zu befassen, ob Maßnahmen gemäß der UN-Charta zu ergreifen sind. Die Verpflichtung zur Verhütung gemäß Art. 1 der Konvention muss im Rahmen der UN-Charta interpretiert werden und bietet keine unabhängige Grundlage für militärische Interventionen, die über den Rahmen der UN-Charta hinausgehen. Die sogenannte R2P-Doktrin,³¹ die die Verantwortung aller Staaten und der internationalen Gemeinschaft betont, Völker vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen, kann als Spezifizierung dieser Vorschriften der Völkermordkonvention betrachtet werden. Wie der niederländische Beirat für Internationale Angelegenheiten (AIV) in einem Gutachten von 2010 betonte, kann jedoch auch diese Doktrin nicht als eigenständige Grundlage für den Einsatz von Gewalt ohne Autorisierung des UN-Sicherheitsrates dienen.³² Die Verpflichtung, Völkermord zu verhüten, ergibt aus sich selbst heraus weder eine direkte Verpflichtung, eine militärische Intervention anzustrengen, noch bietet sie eine Rechtfertigung für eine solche Intervention.

In *Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro*³³ (im Folgenden als „Genocide case“ bezeichnet) verdeutlichte der Internationale Gerichtshof, dass die Verpflichtung zur Verhütung eine bindende Rechtsnorm und nicht lediglich ein moralisches Prinzip darstellt. Dabei sind die wichtigsten Fragen die nach dem Subjekt dieser Verpflichtung, dem Inhalt dieser und danach, unter welchen Umständen die Verpflichtung eintritt. Das Urteil des IGH im „Genocide case“ holte weit aus, um diese Fragen zu beantworten. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord nicht auf das Staatsgebiet beschränkt ist.³⁴ Allerdings fügte der Gerichtshof hinzu, dass die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord von der Fähigkeit eines Staates abhängt, die Handlungen – die Personen wahrscheinlich begehen werden oder bereits begehen – zu beeinflussen

³⁰ Eine ähnliche Position nahm das kanadische Unterhaus zu der Frage ein, ob die kanadische Regierung die vom sogenannten Islamischen Staat (IS) begangenen Taten gegen die Jesiden als Genozid charakterisieren sollte. Anfangs hatte eine Mehrheit von Abgeordneten der Liberal Party gegen einen entsprechenden Antrag gestimmt, weil ihrer Ansicht nach die internationalen Institutionen, insbesondere der UN-Sicherheitsrat, über diese Frage entscheiden sollten. Siehe hierzu: Canada, Parliament, House of Commons, Journals, 42nd Parl., 1st session, Sitting no. 72, 14.6.2016, S. 616-618.

³¹ UN Doc. A/RES/60/1, Rn. 138 f.

³² AIV (Hrsg.), *The Netherlands and the Responsibility to Protect: The Responsibility to Protect People from Mass Atrocities*, Gutachten Nr. 70, Juni 2010.

³³ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – *Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro*.

³⁴ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – *Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro*, Rn. 183.

und dass diese von Staat zu Staat stark variere.³⁵ Faktoren, die die Fähigkeit eines Staates, entsprechenden Einfluss auszuüben, bestimmen, beinhalten 1. die geographische Nähe zum fraglichen Staat oder zu den Örtlichkeiten der fraglichen Handlungen, 2. die Nähe der politischen Beziehungen oder anderer Verbindungen zwischen dem Staat und den wichtigsten Akteuren bezüglich der fraglichen Handlungen, 3. die rechtliche Stellung des Staates, der sich den fraglichen Handlungen ausgesetzt sieht und derer, die gefährdet sind, zum Subjekt des Völkermords zu werden, und 4. das Ausmaß, zu dem sich der Staat der Handlungen bewusst ist.³⁶ Der IGH hat außerdem festgestellt, dass es sich bei der Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord um eine Verpflichtung handelt, bei der es auf das Handeln ankommt, nicht auf das Ergebnis. Das heißt, dass die Verpflichtung es nicht zwingend erfordert, dass der handelnde Staat die Verhinderung des Völkermords auch tatsächlich erreicht.³⁷ Zudem stellte der IGH fest, dass die Verpflichtung sich konkret dann ergibt, sobald ein Staat weiß oder wissen sollte, dass ein ernsthaftes Risiko der Begehung von Völkermord besteht.³⁸ Trotz dieser Klarstellungen ist die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord noch immer nicht vollständig definiert worden. Der genaue Inhalt der Verpflichtung und insbesondere, welche Arten von präventiven Handlungen und Maßnahmen von Staaten erwartet werden, bleibt unklar.

Die Verpflichtung, Völkermord zu bestrafen, ist konkreter und wird in mehreren Vorschriften der Völkermordkonvention ausgeformt. Sie beinhaltet eine Verpflichtung der Staaten, mit den internationalen Tribunalen zu kooperieren, deren Zuständigkeit sie anerkannt haben. Das Römische Statut verweist auch auf die Pflicht, internationale Verbrechen zu verfolgen. Jedoch verlangen weder die Völkermordkonvention noch das Römische Statut, dass Staaten das sogenannte Weltrechtsprinzip etablieren. Dennoch hat eine relativ große Anzahl von Staaten – die Niederlande eingeschlossen – das Römische Statut dergestalt in nationales Recht umgesetzt, dass für die im Statut benannten Verbrechen das Weltrechtsprinzip anwendbar ist. Ankläger und Gerichte sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene spielen eine wichtige Rolle bei der Erfüllung der Pflicht, die Täter, die hinter den internationalen Verbrechen stehen, zu bestrafen. Zusätzlich entfällt auf andere nationale und internationale Organe eine unabhängige Verantwortung, entsprechende Verfahren zu erleichtern. Der kürzlich von der UN-Generalversammlung eingerichtete „Syria Investigative Mechanism“ stellt ein gutes Beispiel für einen Ausdruck dieser Verantwortung dar.

³⁵ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro, Rn. 430.

³⁶ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro, Rn. 432.

³⁷ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro, Rn. 430.

³⁸ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro, Rn. 431.

2. Die Verpflichtung, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verhüten und zu bestrafen

Das Verbot des Völkermords ist Teil eines völkerrechtlichen Vertragsregimes, das explizit auch die Verpflichtung von Staaten zur Verhütung und Bestrafung von Völkermord beinhaltet. Wie bereits erwähnt wurde, gibt es keine eigene Konvention bezogen auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der „Genocide case“ beinhaltet keine Klarstellung zu Rechtsgrundlage und Substanz der Verpflichtung, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verhüten und zu bestrafen, oder dazu, in welchem Umfang diese Verpflichtungen sich von denen bezüglich Völkermord unterscheiden. Der IGH verdeutlichte, dass sein Urteil in diesem Fall sich ausschließlich auf die Verpflichtung, Völkermord zu verhüten, bezog und dass er nicht beabsichtigte, Aussagen zu einer allgemeinen Pflicht von Staaten zur Verhinderung von Verletzungen des internationalen Rechts zu treffen.³⁹ Allerdings könnte eine Verpflichtung, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verhindern, ihre Grundlage im Völkergewohnheitsrecht finden. Im Rahmen seiner Vorbereitungen für eine Konvention über Verbrechen gegen die Menschlichkeit adressierte Sean Murphy, Sonderberichterstatter der International Law Commission (ILC) die Existenz, den Gehalt und den Umfang einer Verpflichtung zur Verhütung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit.⁴⁰ Er lieferte eine detaillierte Analyse der Verpflichtung zur Verhinderung in verschiedenen Menschenrechtsverträgen und Konventionen bezogen auf transnationale Verbrechen. Auf diese Instrumente und das Urteil des IGH im „Genocide case“ abstellend nahm die ILC im Jahr 2015 den Entwurf für einen Art. 4 an, der eine Verpflichtung zur Verhütung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit enthält, die von einer spezifischeren Verpflichtung ergänzt wird, nach der Staaten Maßnahmen zur Verhinderung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit in ihrer Hoheitsgewalt unterstehendem Gebiet zu ergreifen haben.⁴¹ Die Unterscheidung in diesem Entwurf eines Art. 4 zwischen Verpflichtungen von jenen Territorialstaaten und anderen Staaten ist mit der Rechtsprechung des IGH vereinbar. Bis eine Vorschrift ähnlich der des Entwurfs zu Art. 4 in eine Konvention Eingang gefunden hat, muss die Verpflichtung zur Verhinderung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ihre Grundlage in Völkergewohnheitsrecht oder in spezifischeren Instrumenten, wie den von Sonderberichterstatter Murphy benannten, finden. Auch im Falle von Verbrechen gegen die Menschlichkeit muss der Gehalt einer solchen Verpflichtung noch konkretisiert werden.

Das Fehlen einer eigenen Konvention, die hinsichtlich Verbrechen gegen die Menschlichkeit die staatliche Verpflichtung zur Bestrafung der Täter näher definiert, wird in gewissem Umfang durch das Römische Statut relativiert. Die meisten Signatarstaaten haben die Definition von Verbrechen gegen die Menschlichkeit in ihr nationales Strafrecht aufge-

³⁹ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro, Rn. 429.

⁴⁰ First Report on Crimes Against Humanity, UN Doc. A/CN.4/680, 17.2.2015, Teil V.

⁴¹ ILC Report, UN Doc. A/70/10, 24.8.2015, Rn. 108-117.

nommen und zum Teil das sogenannte Weltrechtsprinzip insoweit für anwendbar erklärt, ähnlich wie beim Verbrechen des Völkermords. Die Niederlande haben dies mit dem Gesetz über internationale Verbrechen (*Wet internationale misdrijven*, WIM) umgesetzt. Wie oben bereits erwähnt, kommt die größte Verantwortung für die Erfüllung der Verpflichtung zu bestrafen den Staatsanwaltschaften und Gerichte zu. Zur Rolle der Staatsanwaltschaften gehört es, strafrechtliche Ermittlungen anzustellen und die Strafverfolgung zu initiieren. Zudem gehört es zum Strafrecht, dass die individuelle Verantwortung für Straftaten von einem Gericht auf Grundlage bestimmter Verfahrensgarantien festgestellt wird. Andere staatliche Organe können auch Verantwortung dafür tragen, dass der Staat seiner Verpflichtung nachkommen kann, z.B. indem das Verfahren unterstützt wird.

3. *Handelt es sich bei Völkermord um ein schwereres Verbrechen als bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit?*

Eine Frage, die sich aus dem Vorhergehenden ergibt, ist, ob es sich bei der Verpflichtung, Völkermord zu verhüten, um die gleiche Verpflichtung handelt oder handeln sollte wie bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ob es einen Grund gibt, diesbezüglich verschiedene Herangehensweisen zu wählen. Ein Argument, dass für eine Gleichstellung der beiden Verpflichtungen hinsichtlich ihres Inhalts und dafür spricht, dieselbe Herangehensweise zu wählen, ist, dass die beiden Verbrechenarten eng miteinander verwandt sind hinsichtlich ihres Gehalts und ihrer Natur sowie hinsichtlich der Entwicklung des zugehörigen Rechts. Ein Argument, das für verschiedene Herangehensweisen spricht, wäre, dass Völkermord ein schwereres Verbrechen sei und daher ein rigideres rechtliches Regime erfordere. Der nachfolgende Abschnitt untersucht die Frage, ob es tatsächlich einen Unterschied hinsichtlich der Schwere der beiden Verbrechen gibt.

Völkermord wird mitunter als „crime of crimes“⁴² bezeichnet, was suggeriert, dass es sich dabei um das schwerste internationale Verbrechen handle, das es gibt. Emotional und intuitiv tendieren Menschen dazu, anzunehmen, dass Völkermord schwerwiegender sei. Dies schlägt sich in einem starken Bedürfnis danach wieder, diese Bezeichnung zu verwenden, um bestimmte Verbrechen zu verurteilen. Der Begriff „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ ist allgemeiner und ruft deshalb nicht dieselben unmittelbaren Assoziationen und Emotionen hervor wie der Begriff „Völkermord“. Ob Akte des Völkermords tatsächlich als schwerwiegender betrachtet werden als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, hängt vom Referenzpunkt ab. Wenn die Intention hinter dem Verbrechen der Referenzpunkt ist, könnte argumentiert werden, dass Völkermord das schwerere Verbrechen ist, weil es darauf abzielt, eine Gruppe zu zerstören; diese Intention ist kein notwendiges Tatbestandsmerkmal für die Ein-

ordnung einer Handlung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Wenn das Ausmaß an Brutalität der fraglichen Handlung den Referenzpunkt darstellt, muss festgestellt werden, dass in bestimmten Fällen Verbrechen gegen die Menschlichkeit schwerwiegender sein können als Völkermord-Handlungen. Dies macht es unmöglich, generalisierend festzustellen, dass ein Verbrechen sei schwerwiegender als das andere. Ein weiteres Argument, das gegen die hierarchische Klassifizierung der beiden Verbrechenarten spricht, ist, dass dies zur Folge hätte, dass die beiden Gruppen von Opfern dieser Verbrechen in eine hierarchische Ordnung gebracht würden: diejenigen, die Opfer von Verbrechen gegen die Menschlichkeit geworden sind, würden als Opfer eines weniger schlimmen Verbrechens betrachtet werden. Dies ist kein wünschenswertes Ergebnis; die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda (ICTR) hat wiederholt und sehr deutlich festgestellt, dass es sich bei Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit um gleichermaßen schwerwiegende Verbrechen handelt.⁴³

Auch die internationale Untersuchungskommission für Darfur äußerte sich sehr deutlich zu dieser Frage:

„Völkermord stellt nicht notwendigerweise das schwerwiegendste internationale Verbrechen dar. Abhängig von den Umständen können internationale Verbrechen wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder groß angelegte Kriegs-

⁴³ ICTR, Urt. v. 1.6.2001 – ICTR-95-1 (*The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*), Rn. 367: „[...] there is no hierarchy of crimes under the Statute, and [...] all of the crimes specified therein are ‘serious violations of international humanitarian law’, capable of attracting the same sentence.“ („[...] zwischen den im Statut benannten Verbrechen gibt es keine Hierarchie und [...] alle darin aufgeführten Verbrechen stellen ‘schwerwiegende Verletzungen des Völkerrechts’ dar, die zum selben Urteil führen können.“); ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20 (*Prosecutor v. Semanza*), Rn. 555: „All of the crimes in the Statute are crimes of an extremely serious nature, rising to the level of international prohibition.“ („Alle im Statut benannten Verbrechen sind von extrem schwerwiegender Natur und sind daher auf Ebene des internationalen Rechts verboten.“); ICTY, *Opinion of Judge Cassese v. 26.1.2000 – IT-94-1 (The Prosecutor v. Tadić)*, Rn. 7: „[...] one cannot say that a certain class of international crimes encompasses facts that are more serious than those prohibited under a different criminal provision. In abstracto all international crimes are serious offences and no hierarchy of gravity may a priori be established between them.“ („[...] es kann nicht gesagt werden, dass eine bestimmte Klasse internationaler Verbrechen Fakten beinhaltet, die schwerwiegender sind als diejenigen, die nach einer anderen Strafvorschrift verboten sind. In abstracto sind alle internationalen Verbrechen schwerwiegende Straftaten und a priori kann zwischen ihnen keine Hierarchie hinsichtlich ihrer Schwere festgestellt werden.“).

⁴² *Schabas, Genocide in International Law – The Crime of Crimes*, 2. Aufl. 2009. Siehe hierzu auch ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (*The Prosecutor v. Akayesu*), Rn. 8; ICTR, Urt. v. 27.1.2000 – ICTR 96-13 (*The Prosecutor v. Musema*), Rn. 981; ICTR, Urt. v. 6.12.1999 – ICTR-96-3 (*The Prosecutor v. Rutaganda*), Rn. 451.

verbrechen ebenso schwerwiegend und abscheulich wie Völkermord sein.⁴⁴

Vor dem Hintergrund des emotionalen Wertes, der für viele Menschen mit der Bezeichnung Völkermord zusammenhängt, erachtete es die Darfur-Kommission für notwendig, Folgendes hinzuzufügen:

„Die Schlussfolgerung, dass seitens der Regierung keine völkermörderische Agenda in Darfur verfolgt und umgesetzt wurde, in direkter Weise oder durch die Milizen unter ihrer Kontrolle, sollte nicht zum Anlass genommen werden, die Schwere der in der Region begangenen Verbrechen in irgendeiner Weise herabzusetzen oder zu schmälern.“⁴⁵

Folglich wird die Frage, ob der Völkermord rechtlich betrachtet ein schwerer wiegendes Verbrechen als das Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellt, regelmäßig negativ beantwortet. In Einzelfällen ist es jedoch möglich, zwischen den beiden zu differenzieren, zum Beispiel bei der Strafzumessung. Dabei werden jedoch die zugrundeliegenden Fakten wahrscheinlich eher die entscheidende Rolle spielen als die Einordnung dieser Fakten als solche.

4. Unterscheidung in der Verhütungsphase nicht notwendig oder wünschenswert

Auf der Grundlage der obig beschriebenen Analyse stellten EVA und CAVV fest, dass Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in enger Beziehung zueinander stehen und sich sogar in großem Umfang überschneiden. Sie kamen daher zu dem Schluss, dass die Verpflichtung, jedes der beiden Verbrechen zu verhüten, hinsichtlich ihrer Natur, ihres Gehalts und ihres Umfangs gleich sein sollte. Wenn nun angenommen wird, dass die Verpflichtung zur Verhütung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit dieselbe ist, dann gibt es keinen Grund, in der Verhütungsphase zwischen beiden zu differenzieren. Diese gemeinsame Ansicht von EVA und CAVV stimmt mit der Art und Weise, in der die R2P-Doktrin formuliert ist, überein. Die sogenannte „Responsibility to Protect“ ist auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit anwendbar. Zudem ist an dieser Stelle erwähnenswert, dass der kürzlich von Frankreich und Mexiko eingebrachte (und von den Niederlanden unterstützte) Vorschlag, das Vetorecht im Sicherheitsrat einzuschränken, auch nicht zwischen den beiden Verbrechenarten unterscheidet. Der Vorschlag verwendet den nicht-technischen Begriff „mass atrocities“ und betont damit, dass im Hinblick auf die Verhinderung einer Unterscheidung zwischen internationalen Verbrechen keine besondere Bedeutung zukommt.⁴⁶ In diesem Sinne kamen EVA und CAVV zu dem Schluss, dass es vorzuzugwürdig wäre, in der Phase der Verhütung konsequent die Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ zu verwenden. Dann

⁴⁴ Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights in Darfur, UN Doc. S/2005/60, Rn. 522.

⁴⁵ Siehe Fn. 44.

⁴⁶ Siehe hierzu auch: Code of Conduct of the Accountability, Coherence and Transparency Group, UN Doc. A/70/621-S/2015/978 v. 14.12.2015.

könnte die Aufmerksamkeit darauf gerichtet werden, den Gehalt und den Umfang der Verpflichtung – beide zu verhindern – weiter anzugleichen und zu spezifizieren. EVA und CAVV richteten diese Empfehlung an die Regierung und das Parlament. Sie erkannten an, dass nur Gerichte im Hinblick auf die Feststellung strafrechtlicher Verantwortung zwischen beiden Begriffen unterscheiden; in der Phase der Verhütung ist diese Art der Unterscheidung von nachrangiger Bedeutung.

VI. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Auf Grundlage der beschriebenen Analyse erarbeiteten CAVV und EVA für ihr Gutachten Empfehlungen, die mit den folgenden zehn Aussagen zusammengefasst werden können:

1. Die Behauptung, dass nur Gerichte Feststellungen dazu treffen können, ob bestimmte Handlungen die rechtliche Definition von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfüllen, bedarf der Differenzierung.

2. Als oberste Vertretung des Staates in den internationalen Beziehungen obliegt es hauptverantwortlich der Regierung festzustellen, ob in einem anderen Staat Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen wurden oder werden.

3. Einem Parlament steht es frei, eine eigene Position zu dieser Frage einzunehmen, allerdings kommt dieser Position im Völkerrecht keine besondere Bedeutung zu. Das Parlament kann die Regierung anhalten, die Position einzunehmen, dass Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen wurden oder werden.

4. Obwohl sowohl Regierungen als auch Parlamente die Freiheit haben, über Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu sprechen, ist Zurückhaltung geboten.

a) Eine umfassende Untersuchung hinsichtlich der Fakten ist von essentieller Bedeutung und in Abwesenheit von ausreichenden und belastbaren Fakten ist Zurückhaltung vorzuziehen.

b) Vor dem Hintergrund des Engagements der Niederlande für die Fortentwicklung der völkerrechtlichen Ordnung stellt die Unterstützung internationaler Entschließungen die bevorzugte Handlungsweise dar; dies muss jedoch nationalen Entschließungen nicht im Wege stehen.

5. Die Feststellung, dass Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen werden oder wurden, ist der notwendige erste Schritt für das Auslösen von Verpflichtungen, wie etwa der Verpflichtung, diese Verbrechen zu verhüten.

6. Der genaue Inhalt der Verpflichtung zur Verhütung und die genauen Maßnahmen, die von Staaten erwartet werden, sind bisher nicht eindeutig identifiziert worden. Dies trifft auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu.

7. Weil Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eng miteinander in Verbindung stehen, sich hinsichtlich ihrer Natur und Schwere gleichen und sich in großem Umfang überschneiden, sollte der Gehalt der Verpflichtung zur Verhütung für beide gleich sein.

8. EVA und CAVV empfehlen, dass in der Phase der Verhütung keine Unterscheidung zwischen Völkermord und

Verbrechen gegen die Menschlichkeit getroffen werden sollte. Sie empfehlen außerdem, beide Begriffe standardmäßig gemeinsam zu verwenden, damit sich die Aufmerksamkeit nicht auf terminologische Auseinandersetzungen konzentriert, sondern auf die wichtigere Frage, welche Maßnahmen zu Verhinderung ergriffen oder fortgeführt werden sollten.

9. Regierungen und Parlamente können dazu beitragen, die Entwicklung der Verpflichtung, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verhindern, voranzutreiben, indem sie zu konkreten präventiven Maßnahmen aufrufen oder Entscheidungen dazu treffen.

10. EVA und CAVV empfehlen, dass die Regierung die ILC in ihren Bemühungen, eine eigene Konvention bezogen auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu erarbeiten, unterstützen sollte. Auch in diesem Kontext kann die Verpflichtung zur Verhütung ausgearbeitet und spezifiziert werden, womit ein echter Beitrag zur Verhinderung geleistet wäre.

Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court – Part 1*

By Eleni Chaitidou, The Hague**

The period 2016-2017 was busy for the International Criminal Court (“ICC”). Three judgments convicting six persons in total (Al Mahdi, Arido, Babala, Bemba, Kilolo, Mangenda) and two reparations orders against two convicted persons were delivered (Al Mahdi, Katanga). Trial proceedings in the Gbagbo/Blé Goudé case, Ntaganda case, and the Ongwen case commenced or were ongoing. Besides interlocutory appeals, various appellate proceedings in relation to the judgments of convictions, decisions on sentencing and reparations orders were initiated. In comparison, it has been rather quiet in the Pre-Trial Division, until the moment the Prosecutor approached Pre-Trial Chamber III to open an investigation in two situations (Afghanistan, Burundi). From the plethora of decisions and judgments, only a selection of judicial rulings will be presented in this article.

As always, the “appetizers” presented in this short overview do not cover all developments that deserve to be discussed here. It is hoped that the interested reader will take this overview as an incentive to seek out further information on the Court’s website. The selection of decisions and proposed key findings reflect the *author’s* personal choice and preference – any misrepresentation or inaccuracy rests with the *author* alone. A factsheet introduces the situation or case discussed thus informing the reader of relevant basic facts.

I. Situation in the Democratic Republic of the Congo (Pre-Trial Chamber I)¹

No proceedings at the *situation* level took place during the review period. To date, six cases emanated from this situation. The Lubanga and Katanga cases are in the reparation phase, the Ngudjolo case was concluded with the Appeals

* Previous overviews of the Court’s jurisprudence are available at ZIS 2008, 367; 2008, 371; 2010, 726; 2011, 843; 2013, 130; 2015, 523; 2016, 813. This contribution is based on a presentation of the latest jurisprudential developments at the International Criminal Court given at the annual meeting of German-speaking international criminal lawyers in The Hague on 12.5.2017. It considers jurisprudential developments until 15.11.2017. The second part of this article will be published in ZIS 1/2018.

** The *author* is a legal officer in the Pre-Trial and Trial Division of the Court. The views expressed in this paper are those of the *author* alone and do not reflect the views of the International Criminal Court. All decisions discussed in this paper can be accessed on the Court’s website or the Legal Tools Database (<http://www.legal-tools.org> [4.12.2017]). The *author* wishes to thank her colleagues Adeline Bedoucha, Andreanne Charpentier-Garant and Teodora Jugrin for their valuable comments on parts of the paper.

¹ The record carries the situation number ICC-01/04; ICC, Decision of 21.8.2015 – ICC-01/04-639 (Decision Re-assigning the Situation in the Democratic Republic of the Congo).

Chamber’s confirmation of his acquittal in 2015, the charges had not been confirmed in the Mbarushimana case and the warrant of arrest against Mudacumura is yet to be executed. The Ntaganda case is in the trial phase.

1. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Trial Chamber III/ Presidency)²

- Warrant of arrest: 10 February 2006 (public on 17 March 2006)
- Surrender to the Court: 17 March 2006
- Confirmation of charges: 29 January 2007
- Trial: 26 January 2009-26 August 2011
- Victims participating: 146 (trial)
- Conviction: 14 March 2012
- Sentencing: 10 July 2012
- Appeal Judgment: 1 December 2014
- Transfer Lubanga to DRC: 19 December 2015
- Current status: Reparations

It is recalled that on 22 September 2015, a Panel of three Judges appointed by the Appeals Chamber, determined that it was not appropriate to reduce Lubanga’s sentence of 14 years’ imprisonment, pursuant to article 110 of the Rome Statute³ and rule 224 of the Rules of Procedure and Evidence,⁴ and decided that it would review his sentence two years from the issuance of the decision.⁵ On 7 August 2017 (as amended on 5 September 2017), the Panel issued a scheduling order for the second review of the sentence.⁶ Since 19 December 2015 Lubanga spends the remainder of his sentence in prison facilities in the Democratic Republic of the Congo (“DRC”).

² The record carries the case number ICC-01/04-01/06.

³ Rome Statute of the International Criminal Court (UN [ed.], Treaty Series, vol. 2187, p. 3). All articles mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the Rome Statute.

⁴ The Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3 and Corr.1, as amended by resolutions ICC-ASP/11/Res. 2, ICC-ASP/12/Res. 7 and ICC-ASP/15/Res. 5). All rules mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the ICC’s Rules of Procedure and Evidence.

⁵ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo [“Lubanga First Sentence Review Decision”]). See also Chaitidou, ZIS 2016, 813 (814 s.).

⁶ ICC, Order of 7.8.2017 – ICC-01/04-01/06-3346 (Scheduling Order for the second review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo); Order of 5.9.2017 – ICC-01/04-01/06-3355 (Order modifying the “Scheduling Order for the second review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo”).

The Panel reviewed Lubanga's sentence with a view to deciding whether to reduce it. To this end, it recalled the guiding considerations it had established in its First Sentence Review Decision and added that "the second review would be limited to the Panel's consideration of whether there has been any significant change in circumstances since the date of the First Sentence Review Decision".⁷ Having considered all submissions, the Panel determined that there has been no significant change in circumstances regarding the factors⁸ entertained in the First Sentence Review Decision and declined to reduce the sentence. Perhaps of interest is the Panel's consideration, already espoused in the First Sentence Review Decision, that a reduction of sentence as a remedy for human rights violations does not find a basis in article 110 or rule 223.⁹ Lastly, the Panel found that since Lubanga's sentence expires on 15 March 2020, there is no need for a further review of his sentence, unless Lubanga applied for a review under rule 224 (3).¹⁰

2. *Prosecutor v. Germain Katanga (Trial Chamber II)*¹¹

- Warrant of arrest: 2 July 2007
- Surrender to the Court: 17 October 2007
- Confirmation of charges: 26 September 2008
- Trial: 24 November 2009-23 May 2012 (together with Ngudjolo Chui)
- Severance from Ngudjolo case: 21 November 2012
- Victims participating: 364 (trial)
- Conviction: 7 March 2014
- Sentencing: 23 May 2014
- Transfer Katanga to DRC: 19 December 2015
- Current status: Reparations

On 4 March 2014, Katanga was convicted by Trial Chamber II in its previous composition, by majority, as an accessory, within the meaning of article 25 (3) (d), to the crime against humanity of murder and war crimes of murder, destruction of enemy property, pillaging, and attack against a civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities, committed on 24 February 2003 in Bogoro.¹² On 23 May 2014, the Judges of Trial

⁷ ICC, Decision of 3.11.2017 – ICC-01/04-01/06-3375 (Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo ["Lubanga Second Sentence Review Decision"]), para. 30.

⁸ The factors are to be found in article 110 (4) and rule 223.

⁹ ICC, Decision of 3.11.2017 – ICC-01/04-01/06-3375 (Lubanga Second Sentence Review Decision), para. 92.

¹⁰ ICC, Decision of 3.11.2017 – ICC-01/04-01/06-3375 (Lubanga Second Sentence Review Decision), para. 95.

¹¹ The record carries the case number ICC-01/04-01/07.

¹² ICC, Judgment of 4.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436-tENG (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) with six annexes; Opinion of 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436-AnxI (Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert).

Chamber II, by majority, sentenced him to 12 years' imprisonment.¹³

a) Reparations Order

Almost three years later, on 24 March 2017, a newly composed Trial Chamber II delivered the reparations order against Katanga.¹⁴ Therein, it entertained 341 applications for reparations by victims of which 297 have shown that they were victims of Katanga.¹⁵ The most important findings are summarised hereinafter.

At the outset, the Chamber recalled the purpose of and nature of reparation proceedings: the Chamber recalled that they aim at "deliver[ing] justice to victims by alleviating, as far as possible, the consequences of the wrongful acts" and are intrinsically connected with the criminal proceedings, yet distinct from them.¹⁶

As regards the principles to be applied, the Chamber pronounced to adopt the principles as enunciated in the Lubanga case and to address the five elements of a reparations order the Appeals Chamber established in the same case.¹⁷ The Trial Judges opined that in order to satisfy the five elements of reparations, it is necessary to analyse all 341 applications individually; this analysis would also "inform the Chamber's assessment of the total extent of the harm caused to the Applicants".¹⁸

As regards the element that the "Chamber must identify the victims eligible to benefit from the awards for reparations or set out the criteria of eligibility based on the link between the harm suffered by the victims and the crimes of which the person was convicted", the Trial Chamber set forth its understanding of the relevant rule 85 criteria for the victims who suffered harm as a result of the crimes for which Katanga was convicted.¹⁹ The Chamber also set out the criteria, evidentiary principles and evaluation method according to which it assessed the applications and supporting documentation that victims brought forward in order to substantiate their claims.²⁰ Accordingly, in the annex to the Reparations Order, the Chamber set out its assessment of whether the

¹³ ICC, Decision of 23.5.2014 – ICC-01/04-01/07-3484-tENG (Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute); Opinion of 23.5.2014 – ICC-01/04-01/07-3484-AnxI (Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert).

¹⁴ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute ["Katanga Reparations Order"]).

¹⁵ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 168.

¹⁶ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 15-16.

¹⁷ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 30-31.

¹⁸ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 33.

¹⁹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 35-43.

²⁰ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 45-73.

341 applicants qualify, “on a balance of probabilities”,²¹ as “victims” for the purposes of reparations. Worthy of note is the Chamber’s appraisal that the applications “do not, at first sight, seem to contain exaggerated or extravagant allegations and appear credible, including vis-à-vis the findings of fact entered by Trial Chamber II, sitting in its previous composition, in its Judgment”.²²

As regards the element that the order must “define the harm caused to direct and indirect victims as a result of the crimes for which the person was convicted”, the Chamber set forth its understanding of the relevant rule 85 criteria for the victims who suffered harm as a result of the crimes for which Katanga was convicted. The Chamber assessed, against the findings contained in the Judgment on conviction, the following: (i) material harm,²³ such as destruction of houses, outbuildings of houses and business premises; destruction or pillaging of furniture, personal effects and wares; pillaging of livestock, destruction of fields and harvest, and pillaging of harvest (as to the extent of the harm, the Chamber presumed the harm sustained, in general, to be equivalent to consumption per capita);²⁴ destruction or pillaging of family property; (ii) physical harm;²⁵ (iii) psychological harm either connected to the death of a relative or to the experience of the attack on Bogoro;²⁶ and harm *sui generis*, such as, loss of living standard, loss of opportunity and forced departure.²⁷ In its consideration of the harm, the Chamber did not consider physical or psychological harm occasioned by rape or sexual slavery, for which Katanga was not found guilty.²⁸ Equally, former child soldiers were declared ineligible for reparations since Katan-

ga was not found guilty for those crimes.²⁹ In this regard, the Chamber invited the Trust Fund for Victims “to give consideration as part of its assistance mandate, wherever possible, to the harm suffered by the Applicants in the attack on Bogoro upon which the Chamber has not been in a position to act in the case”.³⁰

Upon assessment of the applications in the light of the aforementioned, the Chamber summarised the concrete harm, including the destruction of 230 houses and six outbuildings, the destruction and pillaging of three business premises made of durable material and 18 business premises made of other material, pillaging of 150 cows and eight goats, physical harm in two instances (bullet wounds), psychological harm in connection to the death of a close relative (spouses, parents, children, grandparents and grandchildren) in 201 instances, psychological harm in connection to the death of a distant relative in 284 instances, and psychological harm in connection to the attack in Bogoro in all 297 instances.³¹

As regards the extent of the harm, the Chamber ruled that the monetary value must be assessed at the time of the award.³² For the purpose of material harm, the Chamber took into account the “economic context of the Ituri region and that of the village of Bogoro in particular”.³³ The economic context was considered immaterial for other types of harm.³⁴ In the following, the Chamber set forth its calculation of the monetary value for each head of harm and summarised it in a table. Where the Chamber could not identify any reference to consult, it made an *ex aequo et bono* assessment of the harm.³⁵ The monetary value of the extent of the harm thus identified was considered to amount to USD 3.752.620.³⁶

As regards Katanga’s personal liability, the Chamber’s starting point was Katanga’s conviction as an accessory within the meaning of article 25 (3) (d). That said, the Chamber did pay heed to the specific factual and legal elements of that

²¹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 50.

²² ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 66.

²³ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 76-107.

²⁴ The Chamber determined that “consumption of livestock per capita amounts to the value of the total livestock kept – one cow, two goats and three hens – and consumption of fields or harvests per capita amounts to the price fetched by ten piquets of the commonest crops in Bogoro”, ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 101.

²⁵ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 108-111.

²⁶ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 112-135; “transgenerational harm” (i.e. a phenomenon whereby social violence is passed on from ascendants to descendants with traumatic consequences for the latter) was not accepted. However, the Chamber recommended that children be monitored and afforded particular attention.

²⁷ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 136-139.

²⁸ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 146-152.

²⁹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 157-161.

³⁰ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 344 (footnote omitted).

³¹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 169, 171, 174, and 175.

³² ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 185.

³³ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 188.

³⁴ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 189.

³⁵ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 191. Accordingly, the Chamber set psychological harm connected to the death of a near relative *ex aequo et bono* at USD 8.000, psychological harm connected to the death of a distant relative *ex aequo et bono* at USD 4.000 and psychological harm connected to the experience of the attack *ex aequo et bono* at USD 2.000, ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 232 and 236.

³⁶ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 239.

participation.³⁷ Lastly, against the backdrop that the crimes, for which Katanga was held responsible, had been committed by a plurality of persons, the Chamber held that “the justification advanced to order against the convicted person an award for reparations for the totality of the harm suffered by the victims [...] cannot be imported into the particular context of cases before this Court”.³⁸ Having had regard to all factors, as described above, the Chamber set the total amount of Katanga’s liability for reparation at USD 1.000.000.³⁹

As regards the type of reparations, the Chamber opted for a combination of individual and collective reparations.⁴⁰ “Individual reparation” was defined as a benefit to which the person is exclusively entitled;⁴¹ “collective reparation” must benefit a group or category of persons who – in their perception – have suffered shared harm.⁴² In relation to collective reparations, the Chamber differentiated further between “community reparations” (e.g. school, hospital),⁴³ and reparations focusing on individual members of the group (e.g. special healthcare).⁴⁴ As regards the modalities of reparations, the Chamber determined that each victim the Chamber has identified receive a symbolic award of USD 250 compensation.⁴⁵ The Chamber also made an award of collective reparations in the form of “support for housing, support for an income-generating activity, support for education and psychological support”.⁴⁶ It is worthy of mention that a number of victims “specifically rejected certain modalities, such as commemorative events, broadcasts of the trial, the erection of monuments or the tracing of missing persons”.⁴⁷

As regards the implementation of the Reparations Order, the Chamber directed the Trust Fund for Victims “to prepare a draft plan for the implementation of the present order for reparations” and laid down the procedure for approval of the draft plan.⁴⁸ In addition, the Trust Fund for Victims was in-

ited to consider providing resources for the funding and implementation of individual and collective reparations.⁴⁹ In a second decision, the Chamber will decide whether to approve the draft plan and enjoin the Trust Fund for Victims to carry it out. Lastly, the Defence was directed to discuss with the Trust Fund for Victims Katanga’s contribution to the modalities, should he so wish to partake, such as a “letter of apology, public apologies, or the holding of a ceremony of reconciliation once he has served his sentence”.⁵⁰

b) Implementation of Reparations Order and Appellate Proceedings

On 17 May 2017, the Trust Fund for Victims notified the Trial Chamber of its decision to complement the payment of the individual and collective awards for reparations for 297 victims in the amount of USD 1.000.000.⁵¹ In addition, the Trust Fund for Victims submitted on 25 July 2017 a draft implementation plan, as ordered by Trial Chamber II.⁵²

Furthermore, the Reparations Order was appealed by the Defence, the legal representatives of victims and the Office of Public Counsel for victims (“OPCV”).⁵³ Subsequently, the Appeals Chamber gave directions on the conduct of the appeal proceedings.⁵⁴

*3. Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Trial Chamber VI)*⁵⁵

- First warrant of arrest: 22 August 2006 (public on 28 April 2008)
- Second warrant of arrest: 13 July 2012

³⁷ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 251-263.

³⁸ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 263.

³⁹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 264.

⁴⁰ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 293.

⁴¹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 271.

⁴² ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 275.

⁴³ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 279.

⁴⁴ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 280.

⁴⁵ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 300.

⁴⁶ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 304.

⁴⁷ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 301.

⁴⁸ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 307-314.

⁴⁹ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), paras 330-342.

⁵⁰ ICC, Order of 24.3.2017 – ICC-01/04-01/07-3728-tENG (Katanga Reparations Order), para. 318.

⁵¹ ICC, Filing of 17.5.2017 – ICC-01/4-01/07-3740 (Notification pursuant to regulation 56 of the TFV Regulations regarding the Trust Fund Board of Director’s decision relevant to complementing the payment of the individual and collective reparations awards as requested by Trial Chamber II in its 24.3.2017 order for reparations).

⁵² ICC, Filing of 25.7.2017 – ICC-01/04-01/07-3751-Red (Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II’s order for reparations of 24.3.2017 [ICC-01/04-01/07-3728]) with five confidential annexes.

⁵³ ICC, Filing of 29.6.2017 – ICC-01/04-01/07-3747-Red (Defence Document in Support of Appeal against the Reparations Order); OPCV, Filing of 27.6.2017 – ICC-01/04-01/07-3746-Red (Public Redacted Version of Document in Support of the Appeal against Trial Chamber II’s “Ordonnance de réparation en vertu de l’article 75 du Statut”); Legal Representatives of Victims, Filing of 27.6.2017 – ICC-01/04-01/07-3745-tENG (Document in Support of the Appeal against the Order for Reparations under Article 75 of the Statute with its Annex II).

⁵⁴ ICC, Decision of 7.8.2017 – ICC-01/04-01/07-3752 (A3, A4, A5, Directions on the conduct of appeal proceedings).

⁵⁵ The record carries the case number ICC-01/04-02/06.

- Surrender to the Court: 22 March 2013
- Confirmation of charges: 9 June 2014
- Trial: since 2 September 2015
- Victims participating: 2.131
- Current status: presentation of evidence by the Defence

Trial Chamber VI, assigned with this case,⁵⁶ has taken a series of interesting decisions prior to and during the trial which was set to commence on 2 September 2015.⁵⁷ The case is, at present, very advanced and it may be expected that the judgment will be rendered next year.

a) War Crimes Committed Against Child Soldiers

After the charges had been confirmed in June 2014, trial preparations started before Trial Chamber VI. One of the contested issues, already at the pre-trial stage, had been the confirmation of charges 6 and 9 involving rape and sexual slavery of child soldiers under the age of 15 years which had been members of the armed group Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (“UPC/FPLC”). The Defence had alleged that the crimes against child soldiers are not foreseen in the Statute since international humanitarian law (“IHL”) does not protect persons taking part in hostilities from crimes committed by other persons taking part in hostilities on the same side of the armed conflict. The Pre-Trial Chamber approached this issue by first enquiring whether the children had lost the protection under IHL by taking direct/active part in hostilities at the time they were victims of acts of rape and/or sexual slavery. The Judges acknowledged that the children were members of the armed group but considered that this alone could not be seen as determinative proof of direct/active participation in hostilities, considering that their presence in the armed group is specifically proscribed under international law in the first place. They then assessed the children’s status from a practical point of view, noting that the children could not be considered to have taken active part in hostilities during the specific time when they were subject to acts of sexual nature. Drawing upon common article 3 of the 1949 Geneva Conventions and article 4 of Additional Protocol II to the Geneva Conventions, the Pre-Trial Chamber clarified that the child soldiers enjoyed protection under IHL from acts of rape and sexual slavery, as reflected in article 8 (2) (e) (vi). As a result, the charges were confirmed.

Shortly before the commencement of trial, the Defence raised the issue again. On 1 September 2015, it requested that the Trial Chamber finds that the Court lacks material jurisdiction over the charges 6 and 9 arguing that child soldiers could

not be victims of rape and sexual slavery as war crimes committed by members of their own armed group.⁵⁸ As a consequence, it requested that no evidence be presented in relation to these charges until the matter is decided.

The Trial Chamber responded, first, that the crimes concerned were part of the Statute in article 8 (2) (e) (vi), allowing the Court to exercise jurisdiction over the charges. The Judges also observed that the provision did not specify the category of victims but related to all persons.⁵⁹ Responding to the Defence argument that prosecuting Mr. Ntaganda on the basis of charges 6 and 9 would violate the principle of *nullum crime sine lege*, the Chamber held that charging Mr. Ntaganda separately for the rape and sexual slavery of child soldiers (in contrast to other persons) did not unduly broaden the scope of article 8 (2) (e) (vi) but was simply a manner to denote the different groups of victims.⁶⁰ In closing the matter, the Chamber clarified that it would not address, at this stage, whether such children can be victims of rape and sexual slavery when committed by members of the same group but that it would address this question of substantive law in the judgment.⁶¹ Accordingly, the request was rejected in its entirety and the presentation of evidence at trial continued as planned. The Defence appealed the decision directly under article 82 (1) (a) requesting that the Appeals Chamber determines that the Trial Chamber is barred from exercising jurisdiction over charges 6 and 9.

The Appeals Chamber first addressed the admissibility of the appeal since the Defence had actually filed an article 19 challenge to the *ratione materiae* jurisdiction of the Court which the Trial Chamber had entertained as a question of substantive law. In this particular instance, the Appeals Chamber confirmed the admissibility of the appeal arguing that decisions rejecting article 19 challenges on the grounds that they do not challenge the jurisdiction of the Court must be considered to be “decisions with respect to jurisdiction” within the meaning of article 82 (1) (a).⁶²

As to the merits of the appeal, it is worth mentioning that the Appeals Chamber accepted that the question whether or not article 8 (2) (e) (vi) covers factual allegations involving child soldiers having been raped or held in sexual slavery by members of their own armed group was jurisdictional in

⁵⁶ ICC, Decision of 18.7.2014 – ICC-01/04-02/06-337 (Decision constituting Trial Chamber VI and referring to it the case of *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*).

⁵⁷ ICC, Transcript of Hearing, 3.7.2015, ICC-01/04-02/06-T-22-Red-ENG, p. 5, lines 10-16. A leave to appeal this decision was rejected, ICC, Decision of 4.8.2015 – ICC-01/04-02/06-760-Red (Decision on Defence request for leave to appeal the Chamber’s decision on postponement of the trial commencement date).

⁵⁸ ICC, Filing of 1.9.2014 – ICC-01/04-02/06-804 (Application on behalf of Mr. Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9).

⁵⁹ ICC, Decision of 9.10.2015 – ICC-01/04-02/06-892 (Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9 [“First Jurisdiction Decision”]), para. 25.

⁶⁰ ICC, Decision of 9.10.2015 – ICC-01/04-02/06-892 (First Jurisdiction Decision), para. 27.

⁶¹ ICC, Decision of 9.10.2015 – ICC-01/04-02/06-892 (First Jurisdiction Decision), para. 28.

⁶² ICC, Judgment of 22.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1225 (OA2, Judgment on the appeal of Mr. Bosco Ntaganda against the “Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect to Counts 6 and 9” [“First Appeals Judgment on Jurisdiction”]), para. 20.

nature. This is the case because the question is legal in nature, the resolution of which may result in the crime charged falling outside the *ratione materiae* jurisdiction of the Court; no further factual or evidentiary assessment is necessary.⁶³ The Chamber went at great length distinguishing its approach in this case from that taken in the Kenya cases by highlighting that in those cases the Appeals Chamber was confronted with the question of whether an “organisational policy” within the meaning of article 7 (2) (a) existed as a matter of law *and* fact and whether any challenge to these findings, legal or factual, is necessarily jurisdictional in nature.⁶⁴ Nevertheless, it acknowledged that in certain circumstances some verification as to whether the facts alleged correspond in law to the crimes charged may be necessary.⁶⁵ Accordingly, where the challenge would, if successful, eliminate the legal basis for a charge on the facts alleged by the Prosecutor, it may be considered to be a jurisdictional challenge.⁶⁶ As a result, the Appeals Chamber determined that the Trial Chamber had erred in rejecting the Defence challenge on the basis that it was a matter for determination at trial and remanded the challenge to the Trial Chamber for it to address the challenge properly under article 19.

In considering the matter again, the Trial Chamber determined that the Defence had already challenged the *ratione materiae* jurisdiction at the pre-trial stage before the commencement of trial⁶⁷ but accepted the existence of exceptional circumstances meriting the adjudication of a second jurisdictional challenge.⁶⁸ As regards the merits of the challenge, the Trial Chamber clarified that neither article 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) nor the corresponding Elements of Crimes contained a particular victim status requirement (“protected person”).⁶⁹ The Chamber further was unable to identify any limitations from the broader international legal framework,

such as (inter)national instruments and case-law,⁷⁰ the Martens Clause⁷¹ and rationale of IHL,⁷² the ICRC commentary,⁷³ and general principles of international law.⁷⁴ The Chamber went one step further and declared the prohibition of rape and sexual slavery to be peremptory norms entailing that this prohibition applied both in times of peace and war, irrespective of the status of the victims.⁷⁵ As a result, the Chamber determined that “members of the same armed force are not per se excluded as potential victims of the war crimes of rape and sexual slavery” under the statutory framework and confirmed that the Court had jurisdiction over the conduct as described in charges 6 and 9.⁷⁶

The Defence appealed the second decision anew under article 82 (1) (a) requesting the Appeals Chamber to scrutinise whether the Trial Chamber had erred in law when determining that victims of war crimes of rape and sexual slavery do not have to be protected persons in terms of the 1949 Geneva Conventions or common article 3. The Appeals Chamber approached the issue by confirming that, in contrast to other provisions, neither the plain wording of articles 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) and the *chapeau* of articles 8 (2) (b) or (e), nor the drafting history or context provide that the victims must be protected persons in terms of the 1949 Geneva Conventions or common article 3.⁷⁷ The Chamber then enquired whether the specific *chapeau* reference “within the established framework of international law” in articles 8 (2) (b) and (2) (e) allowed the introduction of an additional status requirement. As a matter of principle, the Chamber agreed that this element, when viewed in light of article 21, “permits recourse to customary and conventional international law regardless of whether any lacuna exists, to ensure an interpretation of article 8 of the Statute that is fully consistent with, in particular, international humanitarian law”.⁷⁸ Indeed, this is one of the rare occasions in which the Court may have recourse to customary law when interpreting or applying the Statute – a source that is otherwise not resorted to due to its

⁶³ ICC, Judgment of 22.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1225 (First Appeals Judgment on Jurisdiction), paras 36, 40-41.

⁶⁴ ICC, Judgment of 22.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1225 (First Appeals Judgment on Jurisdiction), paras 35-38.

⁶⁵ ICC, Judgment of 22.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1225 (First Appeals Judgment on Jurisdiction), para. 39.

⁶⁶ ICC, Judgment of 22.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1225 (First Appeals Judgment on Jurisdiction), paras 3 and 39.

⁶⁷ The Chamber considered the term “commencement of the trial” within the meaning of article 19 (4) to pertain to the start of the hearing “during which the Article 64 (8) (a) procedure is followed and any opening statements are made”, and thus aligned its interpretation with that of other chambers, ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 [“Second Jurisdiction Decision”]), para. 17.

⁶⁸ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), paras 22-26.

⁶⁹ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), paras 40-44. In this regard, the Chamber explained that the term “also” in articles 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) pertains to the catch-all crime “any other form of sexual violence”, para. 41.

⁷⁰ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), paras 45-50.

⁷¹ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), para. 47.

⁷² ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), paras 48-49.

⁷³ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), para. 50.

⁷⁴ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), para. 53.

⁷⁵ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), paras 51-52.

⁷⁶ ICC, Decision of 4.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1707 (Second Jurisdiction Decision), para. 54.

⁷⁷ ICC, Judgment of 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1962 (OA5, Judgment on the appeal of Mr. Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9” [“Second Appeals Judgment on Jurisdiction”]), paras 46-51.

⁷⁸ ICC, Judgment of 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1962 (Second Appeals Judgment on Jurisdiction), para. 53.

applicability “in the second place”.⁷⁹ In other words, the Court may resort to customary law because the Statute allows it expressly. As to the question whether this text element indeed introduces a status requirement to the war crimes of rape and sexual slavery, the Appeals Chamber clarified that IHL in general and in respect to the crimes of rape and sexual slavery provides protection for persons irrespective of their affiliations and, therefore does not categorially exclude members of an armed group from protection.⁸⁰ With a view to ensuring a proper delineation of war crimes from ordinary crimes and avoiding an undue expansion of the application of the Rome Statute, the Chamber emphasised that the nexus requirement must be rigorously ascertained in each instance.⁸¹

b) Restrictions of Contacts and Ntaganda’s Hunger Strike

Prior to the commencement of the trial, suspicion arose that confidential information may have been passed on from within the ICC detention centre and prosecution witnesses in the Ntaganda case interfered with. As a result, the Prosecutor sought to receive non-privileged list of contacts, call logs and visitation logs, as well as the imposition of restrictive measures on communications between any person at the detention centre and certain persons in the field. In turn, the Chamber ordered certain restrictive measures on Ntaganda’s contacts in order to protect witnesses, such as the post-factum review of Ntaganda’s phone conversations, the imposition of certain restrictions on his non-privileged contacts, restrictions on his visiting regime, the active monitoring of Ntaganda’s non-privileged phone calls, and prohibition of use of coded language.⁸² These restrictions were kept under review by the Chamber. On 7 September 2016, it ruled to maintain them, with some minor adjustments, as they remained, in the view of the Judges, necessary.⁸³

⁷⁹ Article 21 (1) (b).

⁸⁰ ICC, Judgment of 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1962 (Second Appeals Judgment on Jurisdiction), paras 60-66.

⁸¹ ICC, Judgment of 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1962 (Second Appeals Judgment on Jurisdiction), para. 68.

⁸² ICC, Decision of 18.8.2015 – ICC-01/04-02/06-785-Red (Decision on Prosecution requests to impose restrictions on Mr. Ntaganda’s contacts), paras 3, 6, 43, 60 and 69. The measures date back to 8.12.2014.

⁸³ ICC, Decision of 7.9.2016 – ICC-01/04-02/06-1494-Red3 (Decision reviewing the restrictions placed on Mr. Ntaganda’s contacts [“Ntaganda Restrictions Review Decision”]); a lesser redacted version of the decision was made available on 21.11.2016 – ICC-01/04-02/06-1494-Red4. Leave by the Defence to appeal this decision was partially granted, namely in respect to whether the restrictions were “necessary and proportionate” and the role of regulation 101 (2) of the Regulations of the Court, see Decision of 16.9.2016 – ICC-01/04-02/06-1513 (Decision on Defence request for leave to appeal the “Decision reviewing the restrictions placed on Mr. Ntaganda’s contacts”). The Appeals Chamber confirmed the decision, ICC, Judgment of 8.3.2017 – ICC-01/04-02/06-1817-Red (OA4, Judgment on Mr. Bosco

The following day, on 8 September 2016, Ntaganda went on hunger strike, refused to appear in the courtroom and did not give his counsel a mandate to represent him during his absence. His counsel stated that Ntaganda “is not in either a psychological or a physical condition, or due to his psychological and physical condition at the present time, he is not able to attend the proceedings”.⁸⁴ After a short adjournment of the hearing during which counsel consulted with Ntaganda, the Majority of the Chamber continued hearing witnesses in the absence of the accused, ordered his counsel to represent Ntaganda’s interests in his absence and considered that Ntaganda had waived his right to be present voluntarily.⁸⁵ At the same time, the Chamber made arrangements to appoint a medical expert who would assess Ntaganda’s fitness, pursuant to rule 135 of the Rules.⁸⁶ Approximately one week later, this decision was reconsidered and no medical expert was appointed since Ntaganda terminated his hunger strike and re-engaged with the Chamber.⁸⁷

On 19 May 2017 – the restrictive measures had been in place for approximately two and a half years – the Chamber reviewed the necessity and proportionality of the measures ordered.⁸⁸ By that time, the presentation of evidence by the Prosecutor and the victims’ legal representatives had been concluded; the presentation of evidence by the Defence was imminent.⁸⁹ Noting, *inter alia*, that a risk of interference with witnesses and witness coaching still existed, the Chamber maintained the restrictions on contacts with modifications, loosened, in part, the restrictions on telephone calls and visits but maintained the restriction as to language used and discussions of case-related matters.

Ntaganda’s appeal against the decision reviewing restrictions on contacts of 7.9.2017).

⁸⁴ ICC, Transcript of Hearing, 8.9.2016, ICC-01/04-02/06-126-ENG, p. 14, lines 7-9.

⁸⁵ ICC, Transcript of Hearing, 8.9.2016, ICC-01/04-02/06-126-ENG, p. 22, lines 1-25; Opinion of 14.9.2016 – ICC-01/04-02/06-1504 (Partially dissenting opinion of Judge Robert Fremr on the oral rulings on Mr. Ntaganda’s absence and request for adjournment). Despite the Chamber’s decision to continue with the proceedings in his absence, it nevertheless underscored the principle that “that in the absence of an excusal having been granted by the Chamber, the accused is under an obligation to be present”, ICC, Transcript of Hearing, 8.9.2016, ICC-01/04-02/06-126-ENG, p. 10, lines 10-11.

⁸⁶ ICC, Transcript of Hearing, 13.9.2016, ICC-01/04-02/06-T-130-Red-ENG, p. 18, lines 18-23.

⁸⁷ ICC, Decision of 28.10.2016 – ICC-01/04-02/06-1598 (Decision on Defence request for independent medical evaluation and related matters).

⁸⁸ ICC, Decision of 19.5.2017 – ICC-01/04-02/06-1913-Red2 (Public redacted version of “Further decision reviewing the restrictions placed on Mr Ntaganda’s contacts” [“Ntaganda Further Review Restrictions Decision”]).

⁸⁹ ICC, Decision of 19.5.2017 – ICC-01/04-02/06-1913-Red2 (Ntaganda Further Review Restrictions Decision), paras 20 and 23.

In an effort to mitigate further any possible risk of witness interference, the Judges had also imposed certain temporary restrictions on contacts of other ICC detainees with certain individuals, ordered the removal of certain persons from their non-privileged contact lists, ordered active monitoring of non-privileged phone calls and granted the Prosecutor access to this material.⁹⁰ Of interest to the reader may be in this context the Chamber's affirmation that regulation 101 (2) of the Regulations of the Court and articles 64 (2) and 68 (1) vest the Chamber with the power to impose measures on any detained persons within the Court's jurisdiction, even those of whose case the Chamber is not seized, "as long as any restrictive measures imposed have a nexus to the case with which the Chamber is seized and are lawful, necessary and proportionate".⁹¹

c) Procedural Decisions

Other noteworthy procedural decisions concerned the adoption of a series of protocols that facilitate the efficient conduct of the proceedings, such as on redactions,⁹² handling confidential information and contacts between a participant

and witnesses of the opposing participant,⁹³ dual status witnesses and vulnerable witnesses,⁹⁴ and witness familiarisation.⁹⁵ The Chamber also rendered directions on the conduct of proceedings,⁹⁶ organising in general the presentation of evidence (Prosecutor; victims; Defence; Prosecutor in rebuttal, if applicable; Defence in rejoinder, if applicable) and providing directions on a variety of issues, such as no case to answer motions,⁹⁷ hostile witnesses,⁹⁸ scope, order and mode of questioning,⁹⁹ the submission of evidence other than

⁹⁰ ICC, Decision of 18.8.2015 – ICC-01/04-02/06-786-Red4 (Decision on restrictions in relation to certain detainees ["Ntaganda Restriction Decision"]), paras 8-9, 12, 41-42. The restrictions on Katanga's contacts were lifted the moment Katanga left the Court's detention centre and was transferred to the DRC on 19.1.2016. However, he was reminded of his obligation of confidentiality and that the Court has jurisdiction over acts of corruptly influencing witnesses, ICC, Decision of 21.1.2016 – ICC-01/04-02/06-1058-Red (Public redacted version of "Decision on second Katanga Defence request for permanent lifting of restrictions on contact", 16.12.2015, ICC-01/04-02/06-1058-Conf-Exp). With Lubanga's transfer to the DRC for the remainder of his sentence of imprisonment on 19.12.2015, the Chamber decided that the restrictions should only remain in place for a specific time and entrusted the Registry with ensuring that no confidential material other than those strictly required for the reparation proceedings are permitted to be transferred from the ICC detention centre, ICC, Decision of 26.1.2016 – ICC-01/04-02/06-1061-Corr-Red2 (Public redacted version of "Corrected version of 'Decision on Lubanga Defence request for lifting of certain restrictions on contacts' (ICC-01/04-02/06-1061-Conf-Exp)", 21.1.2016, ICC-01/04-02/06-1061-Conf-Exp-Corr). The restrictive measures concerning Lubanga's communications and visits were lifted after the presentation of evidence of the Prosecutor in the Ntaganda case concluded, Decision of 15.8.2017 – ICC-01/04-02/06-2000-Red2 (Public redacted version of "Second decision reviewing the restrictions in place for Mr Lubanga", 21.7.2017, ICC-01/04-02/06-2000-Conf-Exp). At that time, the measures for Lubanga had been in place for approximately 24 months.

⁹¹ ICC, Decision of 18.8.2015 – ICC-01/04-02/06-786-Red4 (Ntaganda Restriction Decision), para. 46.

⁹² ICC, Decision of 12.12.2014 – ICC-01/04-02/06-411 (Decision on the Protocol establishing a redaction regime), with annex A.

⁹³ ICC, Decision of 12.12.2014 – ICC-01/04-02/06-412 (Decision on adoption of a 'Protocol on the Handling of Confidential Information During Investigations and Contact Between a Party or Participant and Witnesses of the Opposing Party or a Participant'), with annex A; see also Decision of 4.4.2017 – ICC-01/04-02/06-1849 (Decision on the Defence request regarding the application of certain protocols).

⁹⁴ ICC, Decision of 18.2.2015 – ICC-01/04-02/06-464 (Decision adopting the Protocol on dual status witnesses and the Protocol on vulnerable witnesses).

⁹⁵ ICC, Decision of 17.6.2015 – ICC-01/04-02/06-656 (Decision on the protocol on witness familiarisation), with two annexes.

⁹⁶ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Decision on the conduct of proceedings ["Ntaganda Conduct of Proceedings Decision"]); the decision on the conduct of proceedings was further supplemented by Decision of 27.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1342 (Supplemental decision on matters related to the conduct of proceedings ["Supplement to Ntaganda Conduct of Proceedings"]); Decision of 30.1.2017 – ICC-01/04-02/06-1757 (Decision supplementing the Decision on the Conduct of Proceedings [ICC-01/04-02/06-619] and providing directions related to the preparations for the presentation of evidence by the Defence); Decision of 11.5.2017 – ICC-01/04-02/06-1900 (Decision on further matters related to the presentation of evidence by the Defence).

⁹⁷ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), para. 17.

⁹⁸ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), para. 47-49.

⁹⁹ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), paras 21-30. See also ICC, Decision of 12.10.2015 – ICC-01/04-02/06-897-Red2 (Decision on Prosecution's request to hear P-0039's testimony by way of video-link), para. 12. As to the Chamber's understanding of "leading questions", see Transcript of Hearing, 29.1.2016, ICC-01/04-02/06-T-59-ENG, p. 29, lines 2-4, 11-17 (the Presiding Judge defined leading question as "a question that suggests the answer to the person being interrogated that may be answered by a mere yes or no"); leave to appeal this oral decision was rejected, Decision of 19.2.2016 – ICC-01/04-02/06-1184 (Decision on Defence request for leave to appeal the Chamber's decisions overruling objections to certain questions put to Witness P-0017). Rather than exercising its powers under rule 140 (2) (c) of the Rules, the Chamber, tabled for discussion with the parties the mode of questioning while the trial was already ongoing, as the order

through a witness,¹⁰⁰ and the modalities of participation of victims through their counsel.¹⁰¹ It also requested Ntaganda to declare that he understood the charges previously confirmed by the Chamber.¹⁰² As the Kenya chamber before, the Chamber also authorised, on the basis of article 64, witness preparation by the calling party prior to their testimony.¹⁰³ It opined that this mechanism would enhance the efficiency and expeditiousness of testimony and adopted a protocol in this regard. On 22 June 2015, the Chamber acknowledged the parties' joint submission on agreed facts.¹⁰⁴ As regards the admission of documentary evidence other than through a witness, the Chamber follows the traditional and arduous approach of admitting evidence as adopted in some other cases.¹⁰⁵ This means the Judges admit the evidence after

dated 8.3.2016 demonstrates ("Whether some witnesses should first provide a narrative about the events before the calling party starts asking set of more specific and narrow questions; whether background information should be elicited by way of leading questions"), Order of 8.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1198 (Order requesting submissions on certain matters related to the conduct of proceedings), para. 3 (vi). Later on the Judges "encourage[d]" the parties, where appropriate, to continue to enable witnesses to provide a narrative account of particular topics", see Decision of 27.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1342 (Supplement to Ntaganda Conduct of Proceedings), para. 19.

¹⁰⁰ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), paras 52-53.

¹⁰¹ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), paras 63-70.

¹⁰² ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Ntaganda Conduct of Proceedings Decision), para. 9. Such declaration was submitted by the Defence, as ordered, on 29.6.2015, see ICC (Defence of Ntaganda), Submission of 26.6.2015 – ICC-01/04-02/06-678-AnxA (Déclaration attestant de la compréhension des charges par l'accusé).

¹⁰³ ICC, Decision of 16.6.2015 – ICC-01/04-02/06-652 (Decision on witness preparation ["Ntaganda Witness Preparation"]), including annex A. Further directions are contained in ICC, Decision of 27.3.2016 – ICC-01/04-02/06-1342 (Supplement to Ntaganda Conduct of Proceedings), paras 10-11.

¹⁰⁴ ICC, Decision of 22.6.2015 – ICC-01/04-02/06-662 (Decision on Prosecution and Defence joint submission on agreed facts).

¹⁰⁵ The item-by-item assessment of evidence was adopted in the Lubanga case, Katanga/Ngudjolo case, Bemba case, and Ruto/Sang case. It is only with the arrival of Trial Chamber VII in the Bemba et al. case, that this trend was interrupted when it decided that the evidence be considered "submitted" before and during trial and assessed only at the time the judgment is deliberated. In the following, the trial chambers in the Gbagbo/Blé Goudé case and Ongwen case followed suit. Pre-Trial Chambers regularly do not assess the "relevance" and "admissibility" of evidence, save for the application of article 69(7), see, for example, ICC, Decision of

having assessed each piece of evidence individually and according to the three-step test, as enshrined in article 69 (4), on a prima facie basis ("relevance", "probative value", "outweighing any prejudicial effect").¹⁰⁶

The Prosecutor sought notice of possible re-characterisation of the facts underlying the modes of liability on two occasions.¹⁰⁷ The two requests, lodged under regulation 55 of the Regulations of the Court, were rejected by the Chamber by majority.¹⁰⁸

Like other chambers before, Trial Chamber VI recommended to the Presidency, pursuant to rule 100 (2) of the Rules, to hold the opening statements in Bunia, DRC, with a view to "bringing the judicial work of the Court closer to the affected communities".¹⁰⁹ Considering, inter alia, the security situation on the ground, estimated costs, and the impact on victims, the Presidency declined to accede to this proposal and decided that the opening statements be held in The Hague.¹¹⁰ Meanwhile, the Prosecutor also proposed to conduct a judicial site visit to the Ituri district prior to the commencement of the hearings for a greater appreciation of the evidence. This request was rejected orally during a status conference on 22 April 2015.¹¹¹ A renewed proposal was later rejected again for the Prosecutor had failed to identify any concrete disputed facts that would require verification on the ground and failed to present new arguments; however, the Chamber recalled its earlier pronouncement to revisit the

8.6.2014 – ICC-01/04-02/06-308 (Decision on Admissibility of Evidence and Other Related Matters), paras 25-28.

¹⁰⁶ ICC, Decision of 19.2.2016 – ICC-01/04-02/06-1181 (Decision on Prosecution's first request for the admission of documentary evidence); Decision of 28.3.2017 – ICC-01/04-02/06-1838 (Decision on Prosecution's request for admission of documentary evidence).

¹⁰⁷ ICC, Filing of 9.3.2015 – ICC-01/04-02/06-501 (Prosecution request for notice to be given of a possible recharacterisation pursuant to regulation 55 [2]); Filing of 15.6.2015 – ICC-01/04-02/06-646 (Prosecution second request for notice to be given of a possible recharacterisation pursuant to regulation 55 [2]).

¹⁰⁸ ICC, Transcript of Hearing, 16.2.2017 – ICC-01/04-02/06-T-197-Red-ENG, p. 73, line 16 to p. 74, line 6. The Chamber, while highlighting the chamber-led nature of the regulation 55 notification, found that "[a]t this stage of the proceedings the Chamber finds it appropriate to inform the parties that the majority of the Chamber, Judge Fremr disagreeing, does not consider that the appearance of any possible re-characterisation of the facts arises at this time, either with respect to the two aforementioned requests or on any other issue".

¹⁰⁹ ICC, Recommendations of 19.3.2015 – ICC-01/04-02/06-526 (Recommendation to the Presidency on holding part of the trial in the State concerned), para. 21.

¹¹⁰ ICC, Decision of 15.6.2015 – ICC-01/04-02/06-645-Red (Decision on the recommendation to the Presidency on holding part of the trial in the State concerned).

¹¹¹ ICC, Transcript of Hearing, 22.4.2015, ICC-01/04-02/06-T-19-ENG, p. 9, lines 1-7.

matter either proprio motu or upon application at the end of the presentation of evidence by the Prosecutor and again after the closing of the presentation of evidence by the Defence.¹¹² On 8 February 2017, the Defence requested again the Chamber to consider favourably the holding of a judicial site visit in locations that are relevant to nine areas of facts that are disputed between the parties. Once more, the Chamber rejected such request for lack of specificity, or because the issues were not actually in dispute.¹¹³

d) Updated Document Containing the Charges

One procedural question merits particular attention as it concerns a controversial issue that has put a strain on the first trials before the Court. In the decision dated 6 February 2015, the Chamber ordered the submission of an updated document containing the charges (“Updated DCC”),¹¹⁴ a decision that still follows the “old” approach taken in the first trials.¹¹⁵ Labelling it an “operative document”, the Updated DCC was considered to be necessary to inform the accused of the nature and content of the charges, including the underlying facts and circumstances.¹¹⁶ Upon submission of a draft Updated DCC by the Prosecutor and further submissions of the parties on principal points of disagreements, the Chamber resolved any outstanding disagreements between the parties over the charges and ordered the Prosecutor to submit an updated DCC. Worth mentioning is the Chamber’s appreciation of the nature of the confirmation proceedings: “the Pre-Trial Chamber is not required to consider each factual allegation in detail but rather only to determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the crimes charged were committed”.¹¹⁷ The Prosecutor’s request for reconsideration or, in the alternative, leave to appeal this decision was rejected by the Chamber.¹¹⁸ In addition to the Updated DCC, the Prosecutor was ordered to provide a so-called “pre-trial brief” three months before the start of the trial.¹¹⁹

The Trial Chamber’s determination that the Pre-Trial Chamber is not required to consider each factual allegation is erroneous; actually, Pre-Trial Chambers have always scrutinised *each and every* factual allegation presented by the Prosecutor against the applicable evidentiary standard in order to determine whether or not to confirm the charges in part or in full. The Trial Chamber fails to differentiate between the evidentiary threshold, on the one hand, and the facts to be assessed, on the other hand. The arduous and lengthy litigation between the parties and the Chamber at trial over the draft Updated DCC also illustrates rather clearly the risks of putting a judicial decision of the pre-trial chamber at the disposal of the parties.

e) No Case to Answer Motion

Another interesting procedural issue arose when the Defence, encouraged by the Chamber,¹²⁰ on 25 April 2017 submitted a “no case to answer motion” in respect to selected charges for a partial judgment of acquittal. The Chamber rejected the request orally on 29 May 2017, immediately prior to the commencement of the presentation of the evidence by the Defence. The Chamber provided its reasoning in writing on 1 June 2017. While it noted that it enjoyed “broad discretion” to entertain such a motion, it also briefly touched upon the advantages (judicial economy and efficiency) and disadvantages (lengthy litigation) of such a procedural step.¹²¹ It therefore concluded that a no case to answer motion “ought to be entertained only if it appears sufficiently likely to the Chamber that doing so would further the fair and expeditious conduct of the proceedings”.¹²² Importantly, the Chamber affirmed its prerogative to initiate no case to answer proceedings proprio motu.¹²³ In the present case, adjudicating the motion was considered not appropriate and the request was

¹¹² ICC, Decision of 10.1.2016 – ICC-01/04-02/06-1096 (Decision on Prosecution’s request to conduct a site visit).

¹¹³ ICC, Decision of 24.2.2017 – ICC-01/04-02/06-1801 (Decision on the Defence’s request to conduct a site visit before the presentation of the case for the Defence).

¹¹⁴ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-450 (Decision on the updated document containing the charges [“Decision on Updated DCC”]).

¹¹⁵ See *Chaitidou*, ZIS 2013, 130 (150 s.); *Chaitidou*, ZIS 2010, 726 (728 s., 731).

¹¹⁶ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-450 (Decision on Updated DCC), paras 17-18.

¹¹⁷ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-450 (Decision on Updated DCC), para. 28.

¹¹⁸ ICC, Decision of 18.3.2015 – ICC-01/04-02/06-519 (Decision on the Prosecution’s request for reconsideration or, in the alternative, leave to appeal).

¹¹⁹ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-450 (Decision on Updated DCC), para. 89; the Chamber recalled that the pre-trial brief “albeit of potentially significant assistance to the Defence, is not a statutory document [...]. [I]t is one of

several supplementary documents designed to provide additional assistance and notice to the Defence of the nature of the Prosecution’s case and how the intended evidence relates to the charges”, Decision of 19.2.2015 – ICC-01/04-02/06-467 (Decision on “Prosecution’s request pursuant to regulation 35 to vary the time limit for disclosure of the Pre-Trial Brief”), para. 11.

¹²⁰ ICC, Decision of 2.6.2015 – ICC-01/04-02/06-619 (Decision on the conduct of proceedings), para. 17. In this decision, the Chamber had instructed the Defence to lodge such a motion no later than five days after the end of the presentation of evidence by the Prosecutor, or, if applicable, the legal representatives of victims.

¹²¹ ICC, Decision of 1.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1931 (Decision on Defence request for leave to file a “no case to answer” motion [“Decision on no case to answer”]), paras 25-26.

¹²² ICC, Decision of 1.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1931 (Decision on no case to answer), para. 26.

¹²³ ICC, Decision of 1.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1931 (Decision on no case to answer), para. 27.

rejected. The Defence sought leave to appeal this decision under article 82 (1) (d) which was granted by the Chamber.¹²⁴

One of the questions the Appeals Chamber addressed was whether such a procedural step was permissible under the Court's statutory framework. While acknowledging that such a procedure is not expressly foreseen in the Court's documents, it nevertheless considered that it is within the Chamber's discretion and permissible on the basis of article 64 (6) (f) and rule 134 (3).¹²⁵ In this regard, the Appeals Chamber confirmed the formulation devised by the Trial Chamber. Mindful of article 21 (3), the Appeals Chamber also confirmed that the Trial Chamber's decision not to conduct the "no case to answer" procedure did not infringe Ntaganda's fair trial rights, in particular the right to remain silent.¹²⁶ It is disappointing that the Appeals Chamber did not assess more broadly whether this procedure is compatible with the overall structure of the Rome Statute. For example, the purpose of the confirmation of charges stage was only mentioned when discussing available statutory safeguards for the accused.

f) Ntaganda's Testimony

Ntaganda agreed to testify before Trial Chamber VI under oath. Prior to his testimony, the Chamber ruled, *inter alia*, that (i) the Witness Preparation Protocol applied in his case;¹²⁷ (ii) he could maintain "appropriate" contact with his counsel during the entirety of his testimony;¹²⁸ and (iii) rule 74 assurances are not applicable.¹²⁹ His testimony started on 14 June 2017 and concluded on 13 September 2017, with the summer recess in between. In total, he remained at the disposal of his counsel, the Prosecutor and the legal representatives of victims for 33 days (127 hours and 2 minutes in total). His testimony also extended to one agreed fact ("Agreed Fact 69") that he, during his testimony, denied having knowledge of. With decision of 9 October 2017, the

¹²⁴ ICC, Transcript of Hearing, 14.6.2017, ICC-01/04-02/06-T-209-Red-ENG, p. 24, lines 23-25, p. 25, lines 3-4 and p. 26, lines 11-13.

¹²⁵ ICC, Judgment of 5.9.2017 – ICC-01/04-02/06-2026 (OA6, Judgment on the appeal of Mr. Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion" ["Judgment No Case To Answer"]), para. 44.

¹²⁶ ICC, Judgment of 5.9.2017 – ICC-01/04-02/06-2026 (Judgment No Case To Answer), paras 46-56.

¹²⁷ ICC, Decision of 8.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1945 (Decision on further matters related to the testimony of Mr Ntaganda ["Ntaganda Testimony Decision"]), paras 14-16.

¹²⁸ ICC, Decision of 8.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1945 (Ntaganda Testimony Decision), para. 20 ("The Chamber therefore finds that communication between the accused and the Defence may be maintained during the entirety of his testimony, noting that any such communication should always be appropriate, in the sense that counsel is not permitted to advise Mr. Ntaganda as to how he ought to respond to a question or line of questioning").

¹²⁹ ICC, Decision of 8.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1945 (Ntaganda Testimony Decision), para. 24.

Chamber allowed the Prosecutor, who would have otherwise presented evidence during trial, to request the tendering of evidence in relation to Agreed Fact 69.¹³⁰

g) Victims Participation

As regards victims' participation, the Chamber adopted a newly designed admission procedure.¹³¹ In this decision, the Chamber, *inter alia*, delegated essentially the *prima facie* assessment of the victims' applications to the Registry which would conduct such assessment following the guidelines by the Chamber;¹³² ordered that the applications of victims admitted by the Pre-Trial Chamber be reviewed again;¹³³ determined that victims' applications, unless introduced as evidence, cannot be relied upon in the trial judgment;¹³⁴ and instructed the Registry to enquire with the victims on the continued representation of the legal representatives appointed by the Pre-Trial Chamber.¹³⁵ In a second decision, the Chamber decided, by majority, to maintain the legal representation system.¹³⁶ In its fourth decision concerning victims, the Chamber accepted that "any closely-connected individual, such as a close relative of a participating victim who is now deceased, may seek leave to continue the action initiated by the participation victim, but may do so on behalf of the deceased victim".¹³⁷ To this end, the applicant must submit

¹³⁰ ICC, Decision of 9.10.2017 – ICC-01/04-02/06-2058 (Decision on parties' submissions concerning Agreed Fact 69).

¹³¹ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-449 (Decision on victims' participation in trial proceedings ["Ntaganda Victims' Decision"]).

¹³² ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-449 (Ntaganda Victims' Decision), paras 30, 32.

¹³³ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-449 (Ntaganda Victims' Decision), para. 24 (iii).

¹³⁴ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-449 (Ntaganda Victims' Decision), para. 36.

¹³⁵ ICC, Decision of 6.2.2015 – ICC-01/04-02/06-449 (Ntaganda Victims' Decision), para. 54.

¹³⁶ ICC, Decision of 16.6.2015 – ICC-01/04-02/06-650 (Second decision on victims' participation in trial proceedings); the Chamber admitted further victims to participate in the proceedings or accepted resumption of action on behalf of deceased victims, Decision of 2.7.2015 – ICC-01/04-02/06-696 (Third decision on victims' participation in trial proceedings); Decision of 16.11.2015 – ICC-01/04-02/06-1011 (Fifth decision on victims' participation in trial proceedings); Decision of 17.12.2015 – ICC-01/04-02/06-1059 (Sixth decision on victims' participation in trial proceedings); Decision of 1.7.2016 – ICC-01/04-02/06-1427 (Seventh decision on victims' participation in trial proceedings); Decision of 27.10.2016 – ICC-01/04-02/06-1597 (Eighth decision on victims' participation in trial proceedings); see also Decision of 20.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1970 (Decision on withdrawal of a victim's application for participation).

¹³⁷ ICC, Decision of 1.9.2015 – ICC-01/04-02/06-805 (Fourth decision in victims' participation in trial proceedings ["Fourth Victims' Decision"]), para. 8.

evidence of (i) the death of the victim; (ii) his/her relationship to the deceased victim; and (iii) in case entitlement to continue the action cannot be presumed, the appointment by the deceased victim's family members.¹³⁸ In this context, the Chamber instructed the Registry to develop a so-called "resumption of action application form" and adopted a procedure according to which applicants may continue action initiated before the Court by deceased victims.¹³⁹

Finally, it is worth mentioning that three victims were authorised to testify while five other victims were authorised to present their views and concerns at trial via video link.¹⁴⁰ The Chamber established criteria according to which victims may present evidence, namely (i) the presentation of evidence by victims must be consistent with the rights of the accused; (ii) the hearing of the victims' evidence must be considered appropriate, taking into account its relevance; and (iii) victims are not allowed to testify anonymously.¹⁴¹ However, it is unclear what quality the Chamber attributes to the two different modes of victims actively taking part in the evidentiary hearings and whether or how it would be used for the purposes of the judgment, if at all.

h) Article 70 Investigation

The suspected leaking of information in the Ntaganda case from the ICC detention centre and alleged interference with

¹³⁸ ICC, Decision of 1.9.2015 – ICC-01/04-02/06-805 (Fourth Victims' Decision), para. 8.

¹³⁹ ICC, Decision of 1.9.2015 – ICC-01/04-02/06-805 (Fourth Victims' Decision), paras 12-13. The same approach was also adopted by Trial Chamber III in the Bemba case, ICC, Decision of 24.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3346 (Decision on "Requête relative à la reprise des actions introduites devant la Cour par des victimes décédées"); Trial Chamber II in the Katanga case, ICC, Decision of 20.5.2016 – ICC-01/04-01/07-3691-tENG (Decision on the applications for resumption of action lodged by the family members of deceased victims a/0015/09, a/0032/08, a/0057/08, a/0166/09, a/0192/08, a/0225/09, a/0281/08, a/0282/09, a/0286/09, a/0298/09, a/0354/09, a/0361/09, a/0391/09, a/2743/10 and a/30490/15); Trial Chamber VIII, Decision of 2.6.2017 – ICC-01/12-01/15-223 (Decision on LRV Request for Resumption of Action for Deceased Victim a/35084/16).

¹⁴⁰ ICC, Decision of 15.2.2017 – ICC-01/04-02/06-1780-Red (Public redacted version of "Decision on the request by the Legal Representative of the Victims of the Attacks for leave to present evidence and victims' views and concerns" [10.2.2017, ICC-01/04-02/06-1780-Conf, "Ntaganda Victim Evidence Decision"]). Judge Ozaki disagreed with the Majority's calling of victims to testify or present their views and appended a partly dissenting opinion to the Ntaganda Victims Evidence Decision, Opinion of 15.2.2017 – ICC-01/04-02/06-1780-Anx-Red (Partly Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki). Initially, the Chamber had authorised six victims to present their views, but one victim was withdrawn from the list.

¹⁴¹ ICC, Decision of 15.2.2017 – ICC-01/04-02/06-1780-Red (Ntaganda Victim Evidence Decision), para. 11.

witnesses led to the opening of investigative measures at the DRC situation level that had some repercussions on the Ntaganda trial proceedings. On 13 August 2015, the Prosecutor approached on an ex parte basis Pre-Trial Chamber I, assigned with the DRC situation, and requested judicial assistance to obtain evidence for investigating article 70 offences in the context of the Ntaganda case. More specifically, she requested that the Pre-Trial Chamber authorise access to Ntaganda's and Lubanga's non-privileged call and visitor logs, and recordings of non-privileged phone conversations from 22 March 2013 onwards (the date of Ntaganda's arrival at the ICC detention centre).¹⁴² For the Pre-Trial Chamber to be fully apprised of the facts, the Ntaganda Trial Chamber ordered the transfer of relevant parts of the case record to Pre-Trial Chamber I.¹⁴³ At the time of writing, there is no decision publically available that indicates how the Pre-Trial Chamber entertained the request. However, the fact that the Pre-Trial Chamber acceded to the Prosecutor's request may be deduced from another subsequent decision of 4 November 2016 in which the Pre-Trial Chamber granted Ntaganda access by electronic means to the material obtained, namely his and Lubanga's ICC detention centre call records and recordings.¹⁴⁴

All the while proceedings in the Ntaganda trial unfolded without any information as to the progress of the investigation. The Trial Chamber, in the context of its review of the restrictive measures placed on Ntaganda's contacts, reminded the Prosecutor that "Article 70 investigations cannot be permitted to continue indefinitely in a manner which could impact proceedings in the Ntaganda case" and encouraged her "to conclude relevant portions of [the] investigations as promptly as possible".¹⁴⁵ On 7 November 2016, the Prosecu-

¹⁴² The request is not publically available. The information is taken from ICC, Decision of 28.4.2017 – ICC-01/04-02/06-1883 (Decision on Defence request for stay of proceedings with prejudice to the Prosecution ["Ntaganda Stay Decision"]), para. 4.

¹⁴³ ICC, Decision of 19.8.2015 – ICC-01/04-02/06-788 (Decision on request for transfer of part of the case record to Pre-Trial Chamber II).

¹⁴⁴ ICC, Decision of 4.11.2016 – ICC-01/04-738 (Decision on the "Prosecution's request to provide Bosco Ntaganda with access to evidence obtained pursuant to article 70). This can also be deduced from the disclosure note that the Prosecutor submitted in the Ntaganda case record shortly when disclosing the material obtained under article 70, see ICC, Filing of 7.11.2016 – ICC-01/04-02/06-1616 (Prosecution's Communication of the Disclosure of Evidence obtained pursuant to Article 70 ["Ntaganda Disclosure Note"]), para. 8.

¹⁴⁵ ICC, Filing of 7.11.2016 – ICC-01/04-02/06-1616 (Ntaganda Disclosure Note), para. 10. This reminder was repeated by Trial Chamber VI on 7.9.2016, as summarised in ICC, Decision of 7.9.2016 – ICC-01/04-02/06-1494-Red3 (Ntaganda Restrictions Review Decision), para. 24 ("The Chamber also takes this opportunity to recall its prior guidance to the Prosecution that any Article 70 investigations should be concluded as expeditiously as possible, and that any related

tor indicated by way of a notice submitted in the Ntaganda case record the disclosure of voluminous evidence consisting of copies of the non-privileged contact and visitor logs and (over 20,000 audio) recordings of Ntaganda and Lubanga since 22 November 2013 onwards.¹⁴⁶ She argued that the “review of approximately 450 of these telephone conversations reveals Ntaganda’s involvement in a broad scheme to pervert the course of justice, including by coaching potential Defence witnesses, obstructing Prosecution investigations and interfering with Prosecution witnesses”.¹⁴⁷ The material was disclosed on the basis that it was material for the preparation of the defence, as foreseen in rule 77 of the Rules. These allegations and disclosure of voluminous evidence prompted the Defence to request a stay of the proceedings on 14 November 2016 in order to assess the disclosed material and the prejudice resulting therefrom. Two days later, prior to the start of the hearing on 16 November 2016, the Chamber clarified that it understood the Defence request to be a request for “immediate adjournment” and rejected it as unwarranted.¹⁴⁸ In the following, the Prosecutor sought to introduce the evidence obtained and applied that it be admitted from the bar table. On 23 February 2017, the Chamber declined to admit the evidence arguing that its “probative value at this stage, due to its nature and lack of direct materiality to the charges in the case, is low when balanced with the potential prejudice to the accused”.¹⁴⁹

On 20 March 2017, the Defence requested anew that the proceedings against Ntaganda be stayed permanently with prejudice to the Prosecutor. It alleged that “[t]he acquisition by the Prosecution team in this case of 4,684 conversations of Mr. Ntaganda, concurrent with trial proceedings, given the high relevance of those conversations to Defence strategy as well as to Mr. Ntaganda’s personal knowledge of the case amounts to an abuse of the Court’s process, as a result of which Mr. Ntaganda cannot receive a fair trial”.¹⁵⁰ On

28 April 2017, the Chamber rejected the request stating that there was no abuse of process and that, accordingly, “it is possible to continue conducting a fair trial in the present case”.¹⁵¹ Nevertheless, as a measure to ensure the fair and expeditious conduct of the proceedings, the Chamber decided “that the Prosecution shall not be allowed to use the material obtained in the context of the Article 70 proceedings during the Defence’s presentation of evidence unless specifically authorized by the Chamber [...] upon receipt of a substantiated request to be filed sufficiently in advance”.¹⁵² It also anticipated taking additional measures, if requested, such as “allowing the Defence to recall Prosecution witnesses, and/or disregarding certain evidence”.¹⁵³

Article 70 was also invoked by the Defence when requesting to initiate proceedings against a prosecution witness because he had purportedly lied in Court. This request was rejected by the Chamber on the basis that this matter pertained to the credibility of the witness and that, in any event, it lacked the power to direct the Prosecutor and that.¹⁵⁴ This ruling is in accordance with previous rulings of Trial Chamber III in the Bemba case.

applicable disclosure of information to the Defence be made as soon as possible”).

¹⁴⁶ ICC, Filing of 7.11.2016 – ICC-01/04-02/06-1616 (Ntaganda Disclosure Note), para. 15.

¹⁴⁷ ICC, Filing of 7.11.2016 – ICC-01/04-02/06-1616 (Ntaganda Disclosure Note), para. 3.

¹⁴⁸ ICC, Transcript of Hearing, 16.11.2016, ICC-01/04-02/06-T-159-Red-ENG, p. 3, line 14 to p. 7, line 24; on the same day, the Chamber also rejected an oral Defence request for suspensive effect of the decision, ICC-01/04-02/06-T-159-Red-ENG, p 17, lines 1-18. Leave by the Defence to appeal the decision rejecting the “adjournment” request was rejected by the Chamber, Decision of 12.12.2016 – ICC-01/04-02/06-1677 (Decision on request for leave to appeal the Chamber’s decision rejecting the Defence request for a stay of proceedings).

¹⁴⁹ ICC, Decision of 23.2.2017 – ICC-01/04-02/06-1799 (Decision on Prosecution’s request pursuant to Regulations 35 for an extension of time to submit evidence), para. 6.

¹⁵⁰ ICC, Filing of 21.3.2017 – ICC-01/04-02/06-1830-Red (Public redacted version of “Defence Request for stay of

proceedings with prejudice to the Prosecutor”, 20.3.2017, ICC-01/04-02/06-1830-Conf), para. 2.

¹⁵¹ ICC, Decision of 28.4.2017 – ICC-01-02/06-1883 (Decision on Defence request for stay of proceedings with prejudice to the Prosecution [“Ntaganda Stay Proceedings Decision”]), para. 61. Leave by the Defence to appeal this decision as rejected by the Majority of the Chamber, Decision of 13.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1955 (Decision on Defence request for leave to appeal the “Decision on Defence request for stay of proceedings with prejudice to the Prosecution”); Opinion of 13.6.2017 – ICC-01/04-02/06-1955-Anx (Dissenting Opinion of Judge Robert Fremr).

¹⁵² ICC, Decision of 28.4.2017 – ICC-01-02/06-1883 (Ntaganda Stay Proceedings Decision), para. 61.

¹⁵³ ICC, Decision of 28.4.2017 – ICC-01-02/06-1883 (Ntaganda Stay Proceedings Decision), para. 62.

¹⁵⁴ ICC, Decision of 13.10.2016 – ICC-01/04-02/06-1580-Red (Public redacted version of “Decision on Defence request seeking the Chamber to order the Prosecution to conduct an investigation into the testimony of Witness [REDACTED] under Article 70”), paras 3 and 5.

Die Verfahrens- und Beweisregeln der Kosovo Specialist Chambers

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

I. Hintergrund

Die Besonderen Kammern Kosovos oder das Kosovo Sondertribunal, die Kosovo Specialist Chambers („KSC“), wurden am 3.8.2015 nach einer Verfassungsänderung und durch ein Gesetz des kosovarischen Parlaments im Rechtssystem Kosovos geschaffen.¹ Die Grundlage ist ein Bericht des Rechts- und Menschenrechtsausschusses der Parlamentarischen Versammlung des Europarats zu Verbrechen der kosovarischen Befreiungsarmee (UÇK) vor, während und nach dem Kosovokrieg in den Jahren 1998 bis 2000.² In diesem Bericht werden hochrangige Mitglieder der UÇK der Kriegsverbrechen und des organisierten Organhandels beschuldigt. Nachdem ein staatsanwaltschaftlicher Arbeitsstab (Special Investigative Task Force) unter dem Mandat der EULEX Rechtsstaatsmission im Kosovo die Anschuldigungen im Wesentlichen bestätigte,³ wurden Eckpunkte einer gemeinsamen Aufarbeitung dieser mutmaßlichen Verbrechen zwischen Kosovo und der EU vereinbart.⁴ Hierbei wurde betont, dass die Rechtsgrundlage für eine solche strafrechtliche Aufarbeitung in einem kosovarischen Gesetz liegen sollte.⁵ Die

* Die im Beitrag dargestellten Meinungen des *Autors* können nicht den Kosovo Specialist Chambers zugerechnet werden. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag auf der Jahrestagung 2017 des Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Den Haag (Niederlande). Der *Autor* war als Experte des KSC „Court Planning Teams“ mit der Ausarbeitung eines ersten Entwurfs der Verfahrensregeln betraut.

¹ Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo, Amendment No. 24 (No. 05-D-139) v. 3.8.2015 („Verfassungszusatz Nr. 24“); Law No. 05/L-053 on the Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor’s Office v. 3.8.2015 („KSC-Gesetz“). Alle KSC Dokumente und Entscheidungen sind unter www.scp-ks.org (4.12.2017) abrufbar.

² Europarat, Parlamentarische Versammlung, AS/Jur (2010) 46, v. 12.12.2010.

³ Special Investigative Task Force (SITF), Stellungnahme v. 29.4.2014, abrufbar unter <http://www.recom.link/wp-content/uploads/2014/07/Download-full-statement-here.pdf> (4.12.2017).

⁴ Briefwechsel zwischen Präsidentin Jahjaga und der EU-Außenbeauftragten Ashton v. 14.4.2014, Law No. 04/L-274 on Ratification of International Agreement between the Republic of Kosovo and the European Union on the European Rule of Law Mission in Kosovo („EU-Kosovo Briefwechsel“). Zur Verfassungsmäßigkeit der KSC siehe Verfassungsgericht Kosovo, Urte. v. 15.4.2015 – AGJ788/15 (Case No. KO26/15) m.w.N. Zur Gründung und Zuständigkeit der KSC siehe *Eckelmans*, ZIS 2016, 810; *Williams*, JICJ 14 (2016), 25; *Muharremi*, ZaöRV 76 (2016), 967; *Korenica/Zhubi/Doli*, European Constitutional Law Review 12 (2016), 474; *Holvoet*, CLF 28 (2017), 35.

⁵ EU-Kosovo Briefwechsel v. 14.4.2014, Law No. 04/L-274 on Ratification of International Agreement between the Re-

finanzierung hingegen sollte alleine aus EU-Mitteln stammen. Ebenso wurde vereinbart, dass Richter und Mitarbeiter der Sonderkammern alleine aus EU-Mitgliedstaaten und den mitwirkenden Staaten (sog. Contributing States)⁶ stammen sollten und nicht aus dem Kosovo.⁷

Materiell zuständig sind die KSC für Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, einzelne Verbrechen der jeweils anwendbaren strafrechtlichen Vorschriften Kosovos und des ehemaligen Jugoslawiens zum Tatzeitpunkt sowie für ausgewählte Straftaten gegen die Rechtspflege des Strafgesetzbuchs Kosovos.⁸ Zeitlich zuständig sind die Kammern für die Kernverbrechen, die zwischen dem 1.1.1998 und dem 31.12.2000 begangen wurden.⁹ Nicht von diesem Zeitrahmen umfasst sind Straftaten gegen die Rechtspflege nach Art. 15 Abs. 2 KSC-Gesetz (Offences against the Administration of Justice). Die *ratione temporis* Gerichtsbarkeit bezüglich dieser Straftaten ist nicht eindeutig normiert, ergibt sich jedoch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, da Straftaten gegen die Rechtspflege der KSC naturgemäß alleine nach der Aufnahme von Ermittlungen und Verfahren der Anklagebehörde und der KSC begangen werden können. Örtlich ist die Zuständigkeit auf Verbrechen begrenzt, die auf dem kosovarischen Territorium „begonnen oder begangen“ (commenced or committed) wurden.¹⁰ Die persönliche Zuständigkeit ist auf natürliche Personen begrenzt.¹¹ Das KSC-Gesetz normiert das aktive wie das passive Personalitätsprinzip.¹² Hiernach begründen die KSC im Zusammenspiel mit der territorialen Zuständigkeit in Art. 8 ihre Gerichtsbarkeit, wenn sowohl der Täter als auch das Opfer eine „Person des Kosovo bzw. Staatsangehörige der ehemaligen Föderalen Republik Jugoslawiens“ zum Zeitpunkt der Taten waren („persons of Kosovo/FRY citizenship“).¹³

Das KSC-Gesetz etabliert zwei Institutionen: die Besonderen Kammern (Specialist Chambers) und die Besondere

public of Kosovo and the European Union on the European Rule of Law Mission in Kosovo.

⁶ Die mitwirkenden Staaten sind Kanada, Norwegen, Schweiz, Türkei und die USA.

⁷ EU-Kosovo Briefwechsel v. 14.4.2014, Law No. 04/L-274 on Ratification of International Agreement between the Republic of Kosovo and the European Union on the European Rule of Law Mission in Kosovo. Die Entscheidungen zur Finanzierung der KSC werden vom Europäischen Rat getroffen, siehe 2016/947/GASP (ABl. EU 2017 Nr. L 146/141) v. 8.6.2017.

⁸ Art. 6, 12-16 KSC-Gesetz.

⁹ Art. 7 KSC-Gesetz.

¹⁰ Art. 8 KSC-Gesetz.

¹¹ Art. 9 Abs. 1 KSC-Gesetz.

¹² Art. 9 Abs. 2 KSC-Gesetz.

¹³ Das KSC-Gesetz verwendet die Abkürzung „FRY“ ohne diese zu definieren. Bei der Abkürzung FRY handelt es sich um die anerkannte und gebräuchliche Abkürzung für die Föderale Republik Jugoslawien.

Anklagebehörde (Specialist Prosecutor's Office).¹⁴ Die Besonderen Kammern bestehen aus zwei Organen: den Kammern und der Gerichtskanzlei.¹⁵ Die Kammern spiegeln den kosovarischen strafrechtlichen Instanzenzug wider und bestehen aus einer Tatsacheninstanz (Basic Court Chamber) sowie einer ersten und zweiten Rechtsmittelkammer (Court of Appeal Chamber und Supreme Court Chamber).¹⁶ Der verfassungsrechtlich garantierte Zugang zum Verfassungsgericht gem. Kapitel VIII der Kosovo-Verfassung wird durch eine Besondere Verfassungsgerichtskammer (Specialist Chamber of the Constitutional Court) gewährleistet (hiernach KSC-Verfassungsgerichtskammer oder KSC-VerfGK).¹⁷ Der Gerichtshof hat Sitze in Kosovo und Den Haag.¹⁸ Verfahren können auf Antrag durch den KSC-Gerichtspräsidenten nach Den Haag verlegt werden.¹⁹

Die internationalen Richter wurden von einer „Ernennungsbehörde“ (Appointing Authority) zur Aufnahme auf eine Richterliste (roster of international judges) ernannt.²⁰ Diese Ernennungsbehörde ist in Personalunion der Leiter der EULEX Rechtsstaatsmission im Kosovo. Im ersten Auswahlverfahren wurden die Richter in einem kompetitiven, dreistufigen Bewerbungs- und Auswahlverfahren durch einen Auswahlausschuss der Ernennungsbehörde vorgeschlagen. Der Auswahlausschuss bestand aus drei Personen, von denen zwei, wie vorgeschrieben, internationale Richter waren.²¹ Von den durch jeden Mitgliedstaat und mitwirkenden Staat in einem nationalen Auswahlverfahren vorgeschlagenen Richtern, wählte der Auswahlausschuss die geeignetsten (most suitable) Kandidaten zu Bewerbungsgesprächen aus.²² 20 Richter wurden durch das Auswahlkomitee vorgeschlagen, darunter die Präsidentin, der Vize-Präsident und vier Verfassungsrichter. Die KSC-Gerichtspräsidentin, Richterin Ekaterina Trendafilova, wurde am 14.12.2016,²³ die restlichen 19 Richter, darunter vier Deutsche, wurden am 7.2.2017 ernannt.²⁴

¹⁴ Art. 24 Abs. 1 und 2 KSC-Gesetz.

¹⁵ Art. 24 Abs. 1 KSC-Gesetz.

¹⁶ Art. 24 Abs. 1 lit. a KSC-Gesetz.

¹⁷ Art. 162 Abs. 3 Kosovo Verfassung; Art. 24 Abs. 1 lit. a KSC-Gesetz.

¹⁸ Art. 3 Abs. 6 KSC-Gesetz; siehe auch Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Kosovo concerning the Hosting of the Kosovo Relocated Specialist Judicial Institution in the Netherlands (NL-Kosovo-Abkommen) v. 15.2.2016, in: Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 4 (2016) Nr. 1, abrufbar unter <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-2016-27.html> (4.12.2017).

¹⁹ Art. 3 Abs. 8 lit. d KSC-Gesetz.

²⁰ Art. 26 KSC-Gesetz; Art. 28 Abs. 4 S. 2 KSC-Gesetz.

²¹ Art. 28 Abs. 2 KSC-Gesetz.

²² Art. 28 Abs. 3 S. 1 KSC-Gesetz.

²³ KSC Presseerklärung v. 14.12.2016, Dr. Ekaterina Trendafilova appointed President of the Specialist Chambers.

²⁴ KSC Presseerklärung v. 7.2.2016, Appointment of Kosovo Specialist Chambers Judges. Die deutschen Richter sind Prof.

II. Die Verfahrensordnung

Die Strafprozessordnung Kosovos (Kosovo-StPO) findet vor den KSC keine Anwendung.²⁵ Art. 162 Abs. 6 der Kosovo-Verfassung und Art. 19 Abs. 1 S. 1 KSC-Gesetz sehen vor, dass eine Verfahrens- und Beweisordnung (Rules of Procedure and Evidence) von den Richtern im Richterplenum schnellstmöglich nach ihrer Ernennung erlassen werden soll.²⁶ Die KSC-Verfahrensregeln sollen sich an den Regeln der Kosovo-StPO orientieren („shall be guided by“).²⁷ Die Richter der KSC-Verfassungsgerichtskammer nehmen an dem Richterplenum zum Erlass der Verfahrensregeln nicht teil.²⁸ Sie erlassen gem. Art. 49 Abs. 6 KSC-Gesetz ihre eigene Verfassungsgerichtsordnung (Rules of Procedure). Das Richterplenum erließ am 27.3.2017 die Verfahrens- und Beweisordnung (KSC-Verfahrensregeln).²⁹

Dass Richter in einer Rechtssetzungsfunktion eine Verfahrensordnung erlassen, ist im Völkerstrafrecht nicht ungewöhnlich und lehnt sich an die Regelungen der Statuten der Ad-hoc-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (JStGH), Ruanda (RStGH) und Sierra Leone (SLStGH) an. Diese Statuten ermächtigten die Richter ebenfalls dazu, Verfahrensordnungen zu erlassen.³⁰ Bei den internationalen Strafgerichtshöfen wird eine so delegierte Rechtsetzungsbefugnis allgemein akzeptiert und wegen der hierdurch gewährten Flexibilität für notwendig erachtet.³¹ Bei Strafgerichten, die wie die KSC im nationalen Verfassungsgefüge operieren,³² bedarf eine solche Ermächtigung einer besonderen Begründung, da grundsätzlich ein formelles Parlamentsgesetz zum Erlass einer Verfahrensordnung notwendig erscheint. Die folgenden vier Erwägungen sind im Zusammenhang mit den KSC zu beachten:

Erstens: Die Ermächtigung der Richter, die Verfahrensordnung zu erlassen, steht formal mit der Kosovo-Verfassung im Einklang. Art. 162 Abs. 6 S. 1 der Kosovo-Verfassung i.V.m. Art. 19 Abs. 1 KSC-Gesetz ermächtigt von Verfassungs wegen die Richter zum Erlass der Verfahrensregeln. Die Ausnahme vom Parlaments- und Gesetzesvorbehalts ist damit verfassungsrechtlich autorisiert. Diese Abweichung vom Parlaments- und Gesetzesvorbehalt wurde in der Ent-

Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, StABGH Dr. Christoph Barthe, Dr. Michael Bohlander und VRVG Dr. Thomas Laker.

²⁵ Art. 3 Abs. 4 KSC-Gesetz.

²⁶ Art. 19 Abs. 1 S. 1 KSC-Gesetz.

²⁷ Art. 19 Abs. 2 S. 2 KSC-Gesetz.

²⁸ Art. 162 Abs. 6 S. 2 Kosovo-Verfassung; Art. 19 Abs. 1 S. 2 KSC-Gesetz.

²⁹ KSC-Presseerklärung v. 28.3.2017, Judges adopt Rules of Procedure and Evidence.

³⁰ Siehe Art. 15 JStGH-Statut; Art. 14 RStGH-Statut; Art. 14 Abs. 2. SLStGH-Statut; Art. 28 Abs. 1 STL-Statut.

³¹ Siehe nur *Schabas*, The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, 2006, S. 85 (86); kritisch *Haveman*, in: *Haveman/Kavran/Nicholls* (Hrsg.), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, 2003, S. 73.

³² Art. 1 Abs. 2 S. 1 KSC-Gesetz („Specialist Chambers within the Kosovo justice system [...]“).

scheidung des Verfassungsgerichts zum Verfassungsänderungsentwurf zu Art. 162 der Kosovo-Verfassung weder in Frage gestellt noch im Detail begründet.³³ Darüber hinaus werden, mit Ausnahme von verdeckten und anderen Ermittlungsmaßnahmen, die zumindest nicht ausdrücklich im KSC-Gesetz genannt sind, durch die Verfassung garantierte Grund- und Freiheitsrechte bereits durch das KSC-Gesetz eingeschränkt. Die Verfahrensregeln bestimmen damit lediglich das Verfahren und können keine Rechtsgrundlage zur Einschränkung fundamentaler Grund- und Freiheitsrechte liefern.

Zweitens: Das KSC-Gesetz bestimmt in Art. 3 Abs. 4, dass Gesetze Kosovos keine Anwendung finden, soweit keine konkrete Gesetzesverweisung vorliegt. Die Kosovo-StPO ist damit, abgesehen von konkreten Verweisungen, nicht vor den KSC anwendbar. Der Erlass von besonderen Prozessregeln für die Verfahren vor den KSC ist somit notwendig.

Drittens: Völkerstrafrechtsverbrechen verlangen konkrete Verfahrensregeln, um effiziente und effektive Verfahren zu gewährleisten.³⁴ Dieser Gedanke ergibt sich auch aus Art. 19 Abs. 2 S. 1 KSC-Gesetz. Er bestimmt, dass die Verfahrensregeln sowohl die „Art und Lage der Verbrechen“, als auch die „Besonderheiten der Verfahren“ beachten sollen. So beinhaltet das KSC-Gesetz bereits eine Vielzahl von Regelungen, die den Rahmen einer Prozessordnung vorgeben und in der Kosovo-StPO nicht vorgesehen sind.³⁵

Viertens: Art. 162 Abs. 6 der Kosovo-Verfassung und Art. 19 Abs. 5 KSC-Gesetz gewähren eine vorbeugende abstrakte Normenkontrolle vor der KSC-Verfassungsgerichtskammer und erhöhen damit die Legitimität der Verfahrensregeln. Damit wird die Abweichung vom Prinzip des Gesetzesvorbehalts durch eine besondere verfassungsgerichtliche Kontrolle gleichsam kompensiert. Eine abstrakte Normenkontrolle war vor dem Verfassungszusatz Nr. 24 in Art. 162 der Kosovo-Verfassung lediglich in zwei Fällen vorgesehen. Einmal kann jeder Verfassungsänderungsentwurf dem Verfassungsgericht im Wege einer abstrakten Normenkontrolle zugeleitet werden, um diesen auf die Vereinbarkeit mit den in der Verfassung garantierten fundamentalen Grundfreiheiten und -rechten zu prüfen. Zum anderen ist eine präventive abstrakte Normenkontrolle, ähnlich wie im Grundgesetz, bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen möglich.³⁶ Damit soll vor dem völkerrechtlichen Inkrafttreten dieser Verträge eine Kollision zwischen völkerrechtlichen Pflichten und verfassungsrechtlichen Grundsätzen vermieden werden.³⁷

Ob die Verfahrensregeln den Rechtscharakter eines förmlichen Gesetzes annehmen oder nur eine Rechtsverordnung darstellen, wird noch zu klären sein. Art. 19 Abs. 2. S. 2 KSC-Gesetz bestimmt, dass die Richter bei dem Erlass der Verfahrensregeln „die höchsten internationalen Menschenrechtsstandards“ gewährleisten sollen, einschließlich die der EMRK und der IPBPR. Ein solcher Standard ist widersprüchlich, denn die EMRK und die IPBPR sehen nur einen Mindeststandard vor. Dieser Widerspruch wirft die Frage auf, ob die Verfahrensordnung über die Standards der EMRK hinausgehen oder lediglich ihre Mindeststandards einhalten soll. Sie wurde in der KSC-Verfassungsgerichtskammerentscheidung nicht thematisiert, jedoch implizit zugunsten eines Mindeststandards beantwortet.³⁸

Art. 19 Abs. 2. S. 2 KSC-Gesetz bestimmt zudem, dass die Verfahrensregeln sich an der Kosovo-StPO orientieren sollen („shall be guided by“). Die erlassenen Verfahrensregeln folgen jedoch eher den Verfahrensordnungen der Ad-hoc-Tribunale und des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) als der Kosovo-StPO. Dies ist bei einer genauen Betrachtung des KSC-Gesetzes wenig überraschend, da es bereits die Grundlage für mehrere prozessuale Eigenheiten und für einen Verfahrensgang legt, der den Ad-hoc-Tribunalen ähnelt. So wird beispielsweise eine wichtige Weichenstellung in Art. 37 Abs. 2 KSC-Gesetz getroffen, der von einer adversatorischen Struktur der Beweisaufnahme ausgeht. Ebenso werden in Art. 40 Abs. 6 lit. b KSC-Gesetz die Offenlegungspflichten (disclosure) der Parteien geregelt, was gegen ein inquisitorisches Dossier- oder Strafaktensystem spricht.³⁹

Zwar enthält die junge Strafprozessordnung des Kosovo mehrere adversatorische Elemente, ihre eindeutige Zuordnung zum adversatorischen oder inquisitorischen Strafprozess ist jedoch nicht möglich.⁴⁰ Eine Anlehnung der KSC-Verfahrensregeln an die Prozessordnungen der internationalen Tribunale ist auch deshalb vorzuzugewürdigt, weil viele der internationalen Richter, aber auch Anklagevertreter, Verteidiger und Opferanwälte, mit diesem Prozessrecht vertrauter sein werden als mit der Kosovo-StPO. Dies wiederum sollte die Verfahren beschleunigen, da eine konsolidierte Rechtsprechung zu vielen prozessualen Fragen vorliegt.

Die Verfahrensregeln umfassen 13 Kapitel und 211 Regeln. In Kapitel 1 werden einleitend generelle Regeln, unter anderem zur Interpretation und zu den Arbeitssprachen festgelegt; Kapitel 2 definiert die Funktion und die Rolle der KSC, der jeweiligen Kammern und der Gerichtskanzlei; die

³³ Verfassungsgericht Kosovo, Urt. v. 15.4.2015 – AGJ788/15 (Case No. KO26/15).

³⁴ Siehe nur zur Kritik an der StPO im ersten deutschen völkerstrafrechtlichen Verfahren v. *Wistinghausen*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts*, 2014, S. 199-210.

³⁵ Siehe z.B. Art. 37 Abs. 3 lit. a KSC-Gesetz, der die Möglichkeit, Mitschriften und Tatsachenfeststellungen anderer Gerichte in die Verfahren einzuführen, eröffnet.

³⁶ Siehe BVerfGE 1, 396 (413); 36, 1 (15).

³⁷ Siehe BVerfGE 1, 396 (413); 36, 1 (15).

³⁸ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Judgment on the Referral of the Rules of Procedure and Evidence Adopted by Plenary on 17 March 2017 to the Specialist Chamber of the Constitutional Court Pursuant to Article 19 (5) of Law no. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, Ziff. 11.

³⁹ Kritisch *Heinze*, EJIL Talk v. 17.8.2017, abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/the-kosovo-specialist-chambers-rules-of-procedure-and-evidence> (4.12.2017).

⁴⁰ OSCE (Hrsg.), *Review of the Implementation of the New Criminal Procedure Code of Kosovo*, 2006, S. 5 (7).

Modalitäten möglicher Ermittlungsmaßnahmen werden in Kapitel 3 bestimmt; die Vorladungen und die Haft von Personen regelt Kapitel 4; Kapitel 5 befasst sich mit den Regeln, die in allen Verfahrensabschnitten anzuwenden sind, insbesondere zum Zeugenschutz; Kapitel 6 regelt die Anforderungen an die Anklageschrift und das Zwischen- und Vorverfahren durch den Vorverfahrensrichter (Pre-Trial Judge); die Regeln zu den Offenlegungspflichten des Beweismaterials durch die Parteien werden in Kapitel 7 dargelegt; Kapitel 8 regelt die Opferbeteiligung; Kapitel 9 beschreibt das Hauptverfahren mit detaillierten Vorschriften zum Beweisrecht; Kapitel 10 die Rechtsmittelinstanzen; Kapitel 11 regelt die außerordentlichen Rechtsmittel, wie die Wiedereinsetzung, die Strafmaßreduzierung sowie das verfassungsrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip (Protection of Legality); die Strafmilderung findet sich im 12. Kapitel und schließlich wird im 13. Kapitel die Rechtshilfe mit Kosovo und Drittstaaten geregelt.

Der Strafverfahrensgang vor den KSC lässt sich verkürzt wie folgt darstellen. Herr des Ermittlungsverfahrens sind der Ankläger und seine Anklagebehörde (Specialist Prosecutor's Office),⁴¹ die, soweit ein Anfangsverdacht (reasonable suspicion) besteht, gegen verdächtige Personen ermitteln.⁴² Ergeben die Ermittlungen einen begründeten Tatverdacht (well-grounded suspicion) erhebt die Anklagebehörde eine Anklage.⁴³ Die Anklageschrift muss von einem Vorverfahrensrichter (Pre-Trial Judge) bestätigt werden.⁴⁴ Bereits vor Anklagebestätigung kann ein Einzelrichter oder der Ankläger einen Haftbefehl erlassen oder Ermittlungsmaßnahmen anordnen.⁴⁵ Soweit die Anklage bestätigt wurde, bereitet der Vorverfahrensrichter die Hauptverhandlung vor und gewährleistet unter anderem, dass die Offenlegung des Beweismaterials durch die Anklagebehörde vorgenommen wird und dass die Opfer als Verfahrensbeteiligte zugelassen werden.⁴⁶ Die Hauptverhandlung findet vor einer Strafkammer statt, die mit drei internationalen Richtern besetzt ist.⁴⁷ Die Richter werden, wie alle KSC-Richter, gemäß den Geschäftsverteilungsregeln (Rules of Assignment) durch die Gerichtspräsidentin ernannt (assigned).⁴⁸ Die Schuld des Angeklagten muss von der Ver-

fahrenskammer jenseits vernünftiger Zweifel (beyond reasonable doubt) festgestellt werden.⁴⁹ Bezüglich des Rechtsfolgenausspruchs steht es im Ermessen der Kammer, ein separates Verfahren durchzuführen oder die Strafe bereits zusammen mit dem Schuldspruch zu verhängen.⁵⁰ Auch können den Opfern im Urteil Entschädigungen (reparations) zugesprochen werden.⁵¹ Der Angeklagte und die Anklagebehörde können gegen das Urteil Rechtsmittel einlegen; Opfer jedoch nur im Hinblick (in respect) auf das Urteil zur Entschädigung.⁵² Die Rechtsmittel werden von der ersten Rechtsmittelkammer (Court of Appeal Chamber) geprüft.⁵³ Diese ist mit drei Richtern besetzt, die wiederum von der Gerichtspräsidentin ernannt werden.⁵⁴ Rechtsmittel sind gegen fehlerhafte Tatsachenfeststellungen und Rechtsirrtümer zulässig.⁵⁵ Das Urteil der ersten Rechtsmittelkammer kann in einem zweiten Rechtsmittel vor der Obersten Gerichtskammer bzw. zweiten Rechtsmittelkammer (Supreme Court Chamber) angefochten werden.⁵⁶ Dieses Rechtsmittel steht dem Angeklagten und der Anklagebehörde jedoch nur eingeschränkt zur Verfügung. Ein Rechtsmittel ist vor dieser Kammer nur zulässig, wenn anstelle eines erstinstanzlichen Freispruchs durch die erste Rechtsmittelkammer ein Schuldspruch erfolgt oder wenn eine lebenslange Freiheitsstrafe von der Verfahrenskammer oder der ersten Rechtsmittelkammer ausgesprochen wird.⁵⁷

Soweit Verfassungsrechte durch Akte der KSC betroffen sind, kann die KSC-Verfassungsgerichtskammer angerufen werden.⁵⁸ Das Verfassungsgerichtsverfahren ist in separaten Verfahrensregeln normiert.⁵⁹ Diese Verfahrensregeln wurden durch die drei internationalen Richter der KSC-Verfassungsgerichtskammer und dem Ersatzrichter dieser Kammer erlas-

Zuordnungsermessen und berücksichtigen die Verfügbarkeit der einzelnen Richter, da diese nicht hauptamtlich an den KSC tätig sind.

⁴⁹ Art. 21 Abs. 3 KSC-Gesetz; Regel 140 Abs. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁵⁰ Regel 159 Abs. 6 KSC-Verfahrensregeln.

⁵¹ Art. 22 Abs. 8 KSC-Gesetz; Regeln 167, 168 KSC-Verfahrensregeln.

⁵² Regel 173 Abs. 2 KSC-Verfahrensregeln.

⁵³ Art. 46 Abs. 3-5 KSC-Gesetz.

⁵⁴ Art. 33 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. c KSC-Gesetz; Regel 172 Verfahrensregeln.

⁵⁵ Art. 46 Abs. 1 KSC-Gesetz.

⁵⁶ Art. 47 Abs. 1 KSC-Gesetz.

⁵⁷ Art. 47 Abs. 1 KSC-Gesetz; Regel 186 KSC-Verfahrensregeln. In diesem Punkt folgt das KSC-Gesetz Art. 407 Kosovo-StPO und unterscheidet sich wesentlich von den Ad-hoc-Tribunalen, die im Rechtsmittelverfahren ohne nochmalige Prüfung einer Verfahrenskammer das Strafmaß erhöhen oder einen Freispruch in einen Schuldspruch ändern können, siehe RStGH, Urt. v. 26.5.2003 – IT-96-3-A (Prosecutor v. Rutaganda); kritisch JStGH, Urt. v. 30.1.2015 – IT-05-88-A (Prosecutor v. Popović u.a., Sondervotum Pocar).

⁵⁸ Art. 49 Abs. 3 KSC-Gesetz i.V.m. Art. 113 Abs. 7 Kosovo-Verfassung.

⁵⁹ 2. Teil der Verfahrensordnung.

⁴¹ Art. 35 Abs. 1 und 2 KSC-Gesetz.

⁴² Regel 43 Abs. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁴³ Art. 38 Abs. 4 KSC-Gesetz; Regel 86 Abs. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁴⁴ Art. 39 Abs. 2 KSC-Gesetz; Regel 86 Abs. 4 KSC-Verfahrensregeln.

⁴⁵ Art. 41 Abs. 6 KSC-Gesetz; Regeln 52 f. KSC-Verfahrensregeln.

⁴⁶ Art. 39 Abs. 13; Art. 22 Abs. 6 KSC-Gesetz; Regeln 95, 113 KSC-Verfahrensregeln.

⁴⁷ Art. 33 lit. b i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. b KSC-Gesetz.

⁴⁸ KSC, Rules on the Assignment of Specialist Chambers Judges from the Roster of International Judges v. 14.3.2017. Die Rules of Assignment können nicht mit einem Geschäftsverteilungsplan eines deutschen Gerichts verglichen und an dem Recht auf den gesetzlichen Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gemessen werden. Die Rules of Assignment gewähren dem Gerichtspräsidenten ein weites

sen und hiernach gem. Art. 49 Abs. 6 KSC-Gesetz in die allgemeinen Verfahrensregeln eingefügt. Die KSC-Verfassungsgerichtskammer kann in fünf verschiedenen Angelegenheiten angerufen werden: Erstens ist dies der Fall im Zusammenhang mit der bereits erwähnten vorbeugenden abstrakten Normenkontrolle nach der Verabschiedung der Verfahrensregeln.⁶⁰ Zweitens kann eine Kammer eine KSC-Verfassungsgerichtskammerentscheidung herbeiführen, wenn sie eine Rechtsnorm für verfassungswidrig hält (konkrete Normenkontrolle).⁶¹ Drittens kann jedes Individuum, das durch Rechtsakte der KSC beschwert wird, eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Akte einlegen, soweit Rechtsmittel erschöpft wurden.⁶² Viertens kann die KSC-Ombudsperson generelle Rechtsakte und Rechtsnormen der KSC vor dem Verfassungsgericht überprüfen lassen.⁶³ Fünftens kann das ordentliche Verfassungsgericht in Pristina der KSC-Verfassungsgerichtskammer Rechtsfragen zu den KSC vorlegen.⁶⁴

III. Einzelne Verfahrensregeln

Einige Besonderheiten der Verfahrensregeln verdienen besondere Beachtung. Die Regeln sehen nicht nur konkrete Fristen für die Parteien vor, sondern auch für die Richter. So muss die Zulassung einer Beschlussanfechtung (certification of an interlocutory appeal) zur Rechtsmittelkammer durch die Richter der Verfahrenskammer innerhalb von sieben Tagen entschieden werden. Ist dies nicht der Fall, wird das Rechtsmittel von Rechts wegen zugelassen.⁶⁵ Die Verfahrensrichter müssen außerdem innerhalb von 90 Tagen nach dem Ende der Hauptverhandlung ein Strafurteil erlassen.⁶⁶ Nur in begründeten Ausnahmefällen dürfen sie hierfür weitere 60 Tage für den Erlass eines Urteils in Anspruch nehmen.⁶⁷ Eine ähnlich strikte Regelung ist auch für die Rechtsmittelkammer vorgesehen.⁶⁸

Darüber hinaus werden Maßnahmen bestimmt, die das Verfahren insgesamt beschleunigen sollen. Von der Anklagebehörde wird deutlicher als in anderen völkerstrafrechtlichen Prozessordnungen verlangt, dass sie die Anklageschrift klar und bestimmt umgrenzt, insbesondere die strafrechtlichen Handlungen des Angeklagten (acts and conduct of the accused).⁶⁹ Eine solch klare Umgrenzung der Anklageschrift

kann effizientere Verfahren gewährleisten.⁷⁰ Zusätzlich sind die Richter sowohl im Vorverfahren als auch im Hauptverfahren ausdrücklich dazu ermächtigt, den adversatorischen Verfahrensverlauf maßgeblich zu steuern.⁷¹ So bestimmt Regel 116 der Verfahrensregeln, dass die Richter fortlaufend Maßnahmen für eine Verfahrensbeschleunigung implementieren können und, nach Beratungen mit den Verfahrensparteien und gegebenenfalls der Opfervertretung, einen Arbeitsplan mit Fristen für bestimmte Prozesshandlungen aufstellen sollen. Abschnitt 1 des 9. Kapitels bietet den Richtern eine Vielzahl von Möglichkeiten, die Verfahren effektiv und effizient zu gestalten.⁷²

Die Inhaftierung eines Tatverdächtigen oder Angeklagten ist nur aufgrund konkreter Haftgründe möglich, die zweimonatlich richterlich überprüft werden müssen.⁷³ Die Untersuchungshaft eines Tatverdächtigen darf ein Jahr nicht überschreiten.⁷⁴ Wenn bis zu diesem Zeitpunkt keine Anklageschrift eingereicht wurde, ist der Tatverdächtige zwingend aus der Haft zu entlassen.⁷⁵

Der Ankläger muss der Verteidigung seine Beweise und jedes andere, sich in seinem Besitz befindende Material, detailliert offenlegen.⁷⁶ Die Verfahrensregeln normieren hier strengere Anforderungen an den Ankläger, als die Verfahrensregeln der Ad-hoc-Tribunale.⁷⁷ Eine solche Offenlegungspflicht zu Beginn des Verfahrens kann dieses beschleunigen. Von der Offenlegungspflicht sind auch die staatsanwaltlichen Aussagen von intendierten Zeugen umfasst, die „so bald wie möglich“ (as soon as possible) oder innerhalb von 30 Tagen offengelegt werden müssen.⁷⁸ Die Anklagebehörde muss die Verteidigung über Beweismaterial und anderes Material, das sich in ihrem Besitz befindet, „detailgenau unterrichten“ (detailed notice). So soll verhindert werden,

⁶⁰ Art. 19 Abs. 5 S. 1 KSC-Gesetz.

⁶¹ Art. 49 Abs. 4 KSC-Gesetz.

⁶² Art. 49 Abs. 3 KSC-Gesetz.

⁶³ Art. 49 Abs. 5 KSC-Gesetz. Dieses Verfassungsrecht der Ombudsperson wurde durch Regel 26 KSC-VerfGO eingeschränkt, da die Ombudsperson nur ein „Gesetz“ (law) im Wege der Normenkontrolle anfechten kann. Vgl. jedoch Art. 113 Abs. 2 Kosovo-Verfassung, in der eine Normenkontrolle von untergeordneten Rechtsnormen möglich ist.

⁶⁴ Art. 49 Abs. 2 KSC-Gesetz.

⁶⁵ Regel 77 Abs. 3 KSC-Verfahrensregeln.

⁶⁶ Regel 159 Abs. 1 S. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁶⁷ Regel 159 Abs. 1 S. 2 KSC-Verfahrensregeln.

⁶⁸ Regel 183 Abs. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁶⁹ Regel 86 Abs. 3 KSC-Verfahrensregeln.

⁷⁰ RStGH, Entsch. v. 12.2.2004 – ICTR-99-50-AR50 (Prosecutor v. Bizimungu u.a.), Rn. 19.

⁷¹ Bzgl. des grds. adversatorischen Verfahrensablaufs siehe nur Regel 127 KSC-Verfahrensregeln.

⁷² So können die Richter die Anzahl der Zeugen einschränken (Regel 118 Abs. 1 lit. a), den Ankläger auffordern die Anklagepunkte zu reduzieren (Regel 118 Abs. 1 lit. b) und Fristen für die Beweisaufnahme setzen (Regel 118 Abs. 1 lit. d und e). Ähnliche Maßnahmen können die Richter der Verteidigung auferlegen, siehe Regel 119 KSC-Verfahrensregeln. Siehe auch bereits die Maßnahmen die ein Vorverfahrensrichter in Regel 95 KSC-Verfahrensregeln ergreifen kann.

⁷³ Regel 56 Abs. 2 KSC-Verfahrensregeln.

⁷⁴ Regel 56 Abs. 2 S. 3 KSC-Verfahrensregeln.

⁷⁵ Regel 56 Abs. 2 S. 4 KSC-Verfahrensregeln.

⁷⁶ Regeln 102 ff. KSC-Verfahrensregeln.

⁷⁷ Siehe nur Regel 102 Abs. 2 S. 1 KSC-Verfahrensregeln, der über die Offenlegungspflichten der Ad-hoc Tribunale hinausgeht („The Specialist Prosecutor shall, pursuant to Article 21 [6] of the Law, provide detailed notice to the Defence of any material and evidence in his possession.“).

⁷⁸ Regel 102 Abs. 1 lit. a KSC-Verfahrensregeln. Andere Prozessordnungen verlangen lediglich eine Offenlegung innerhalb von 30 Tagen, siehe Regel 66 JStGH- und RStGH-Verfahrensregeln.

dass ein Prüfungsantrag der Verteidigung bzgl. Materialien, die nicht als Beweismittel genutzt werden sollen, an einer fehlenden Spezifizierung scheitert.⁷⁹ Grundsätzlich ist bei einer solchen Offenlegungspflicht die Identität des Zeugen mitzuteilen.⁸⁰ Diese Regelung der grundsätzlichen Offenlegung von staatsanwaltlichen Zeugenaussagen kann in Bezug auf eine angeordnete Zeugenschutzmaßnahme, wie der verzögerten Offenlegung der Zeugenidentität in Regel 105 KSC-Verfahrensregeln, eingeschränkt werden. In Ausnahmefällen (exceptional circumstances) kann die Identität eines Zeugen gem. Regel 105 der Verteidigung vorenthalten werden.⁸¹ Die Offenlegung der Identität erfolgt in diesem Fall zeitlich verzögert und hinreichend vorab der Zeugenaussage in der Hauptverhandlung, damit die Verteidigung ausreichend Zeit zur Vorbereitung hat.⁸² Von Bedeutung ist zudem, dass die Richter bei Verstößen gegen Offenlegungspflichten Sanktionen erlassen können, die den Ausschluss von belastendem Beweismaterial und die Aussetzung des Verfahrens zur Folge haben können.⁸³ Darüber hinaus kann eine Verfahrenskammer Tatsachenfeststellungen anderer Gerichte in das Verfahren einführen, soweit diese nicht strafrechtliche Handlungen des Angeklagten betreffen, die in der Anklageschrift bestimmt sind.⁸⁴ Hierdurch können beispielsweise Tatsachenfeststellungen des JStGH oder von Gerichten Kosovos zu den Kontextelementen der internationalen Kernverbrechen in das Verfahren ohne weitere Beweisaufnahme eingeführt werden. Solche Möglichkeiten werden die KSC-Verfahren wesentlich beschleunigen.

Der Zeugenschutz ist ein zentrales Thema der KSC. Der JStGH und die von der EU Rechtsstaatsmission EULEX unterstützten Gerichte im Kosovo haben negative Erfahrungen gemacht, da Zeugen bedroht und eingeschüchtert wurden. Die Verfahrensregeln reagieren darauf mit einer Reihe möglicher Zeugenschutzmaßnahmen, wie etwa der Anonymisierung des Zeugen gegenüber der Öffentlichkeit oder sogar gegenüber den Verfahrensbeteiligten.⁸⁵ Darüber hinaus kann auch die Gerichtskanzlei Zeugenschutzmaßnahmen ergreifen, um Zeugen außerhalb eines Verfahrens zu schützen.⁸⁶

Opfer können sich durch die ihnen beigeordnete Anwälte grundsätzlich am Verfahren beteiligen, sofern dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint.⁸⁷ Das KSC-Gesetz spricht Opfern einen Beteiligungsanspruch mit Blick auf die Unterrichtung über das Verfahren, die Anerkennung der Rechtsverletzung und Entschädigung zu („notification, acknowledgment, reparations“).⁸⁸ Die Verfahrensregeln setzen

diese Vorgabe so um, dass den Richtern ein weites Ermessen in der Frage der Verfahrensbeteiligung gewährt wird und damit die direkte Beteiligung an den Verfahren eingeschränkt werden kann, soweit ein Verfahrensabschnitt nicht einen dieser drei Themenbereiche tangiert. Die Opferbeteiligung liegt damit im Ermessen der jeweiligen Kammer. Bei einer solchen Ermessensentscheidung wird zu beachten sein, dass – soweit Opfern eine Beteiligung zur Anerkennung der ihnen zugefügten Rechtsverletzung oder eine Entschädigungszahlung gewährt wird – sie zur effektiven Wahrung dieser Rechte und Ansprüche am Verfahren in seiner Gänze oder zumindest an wesentlichen Teilen teilnehmen können sollten.⁸⁹ Andernfalls nehmen nicht die Opfer, sondern die Richter die Opferrechte wahr, nicht zuletzt, weil bei diesbezüglichen Ermessensentscheidungen kein Rechtsschutz gewährt wird.⁹⁰

Die Verfahrensregeln sehen konkrete Zwangsmaßnahmen für die Ermittlungshandlungen der Anklagebehörde vor. Diese Regelungen sind die einzigen Normen, die ohne Ermächtigung des KSC-Gesetzes Freiheits- und Grundrechtseinschränkungen bewirken. Unter dem Gesichtspunkt, dass Art. 55 der Kosovo-Verfassung ein „Gesetz“ (law) für Einschränkungen der Grund- und Freiheitsrechte verlangt, stellt sich die Frage, ob die Verfahrensregeln den Anforderungen eines „Gesetzes“ genügen. Diese Frage behandelt die sogleich zu besprechende KSC-Verfassungsgerichtsentscheidung nicht. Sie erwähnt lediglich, mit Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung, die notwendigen Voraussetzungen eines Gesetzes nach Art. 8 Abs. 2 der EMRK.⁹¹ Damit wird impliziert, dass die KSC-Verfahrensregeln den Anforderungen eines Gesetzes im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK genügen. Unter anderem werden die folgenden Ermittlungsmaßnahmen bestimmt: Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, Durchsuchung und Beschlagnahme, Exhumierungen und medizinische Untersuchungen.⁹² In diesem Bereich unterscheiden sich die KSC-Verfahrensregeln wesentlich von Prozessordnungen der Ad-hoc-Strafgerichtshöfe und des IstGH, die solche Ermitt-

⁷⁹ Andere Ansicht *Heinze*, EJIL Talk v. 17.8.2017.

⁸⁰ Andere Ansicht *Heinze*, EJIL Talk v. 17.8.2017.

⁸¹ Regel 105 Abs. 1 KSC-Verfahrensregeln.

⁸² Regel 105 Abs. 3 KSC-Verfahrensregeln.

⁸³ Siehe nur Regel 110 KSC-Verfahrensregeln.

⁸⁴ Regel 157 Abs. 2 KSC-Verfahrensregeln; siehe auch Art. 37 Abs. 3 lit. a KSC-Gesetz.

⁸⁵ Regel 80 KSC-Verfahrensregeln.

⁸⁶ Art. 23 Abs. 2, Art. 34 Abs. 8 KSC-Gesetz; Regel 27 KSC-Verfahrensregeln.

⁸⁷ Regel 114 Abs. 2 KSC-Verfahrensregeln.

⁸⁸ Art. 22 Abs. 3 KSC-Gesetz.

⁸⁹ *Ochoa*, *The Rights of Victims in Criminal Proceedings for Serious Human Rights Violations*, 2013, S. 4.

⁹⁰ Eine Beschwerde („interlocutory appeal“) ist gem. Regel 170 nur bei einem Zulassungsbeschluss der Kammer („certification“), deren Entscheidung angefochten wird (iudex a quo), oder von Rechts wegen bei der nächsthöheren Instanz (iudex ad quem) möglich. Einen Antrag eines Zulassungsbeschlusses können gem. Regel 77 nur die Prozessparteien beantragen, wozu die Opfervertreter gem. Regel 2 nicht gehören. Ein gesondertes Rechtsmittel wird den Opfern in den Verfahrensregeln nicht gewährt. Siehe aber Art. 31 Kosovo-Verfassung, der gegen administrative und gerichtliche Akte Rechtsschutz gewährt.

⁹¹ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 62 ff.

⁹² Regeln 34 ff.; 37 ff.; 40 f. KSC-Verfahrensregeln.

lungsmaßnahmen nur ungenügend oder nicht hinreichend bestimmt normieren.⁹³

IV. Die Entscheidungen der KSC-Verfassungsgerichtskammer

Am 26.3.2017 wurden die Verfahrensregeln an die KSC-Verfassungsgerichtskammer verwiesen.⁹⁴ Die Zuständigkeit für eine solche vorbeugende abstrakte Normenkontrolle ergibt sich wie bereits erwähnt aus Art. 162 Abs. 6 der Kosovo-Verfassung und Art. 19 Abs. 5 KSC-Gesetz. Die Normenkontrolle ist auf die Überprüfung der in Kapitel 2 der Verfassung gewährten Rechte, insbesondere Art. 55 der Kosovo-Verfassung, begrenzt, also die fundamentalen Grundfreiheiten und -rechte eines Individuums, unter anderem die Rechte auf Leben, Menschenwürde, körperliche Integrität, die Rechte des Angeklagten und das Recht auf ein faires Verfahren.⁹⁵ Die KSC-Verfassungsgerichtskammer hatte für diese Prüfung gem. Art. 19 Abs. 5 KSC-Gesetz eine Frist von 30 Tagen. Das Urteil erging am 26.4.2017.⁹⁶ Die KSC-Verfassungsgerichtskammer stellte in ihrem Urteil fest, dass neun Regeln verfassungswidrig seien.⁹⁷

1. Allgemeine Bemerkungen

Nachdem die KSC-Verfassungsgerichtskammer die Verweisung der Verfahrensregeln für zulässig erachtet,⁹⁸ bestimmen die Richter zunächst den Prüfungsmaßstab der Entscheidung (scope of review) und die anwendbaren Grundprinzipien (guiding principles).

Die Richter der KSC-Verfassungsgerichtskammer stellten fest, dass die Verfahrensregeln nur im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a „und“ e KSC-Gesetz angewendet und ausgelegt werden.⁹⁹ Art. 3 Abs. 2 lit. a KSC-Gesetz verweist auf die Verfassung des Kosovo, Abs. 2 lit. e auf internationale Menschenrechtsstandards. Es bleibt offen, warum nicht auch auf die weiteren in Art. 3 Abs. 2 KSC-Gesetz aufgezählten Normen – insbesondere das KSC-Gesetz, Rechtsfolgenverweisungen und Völkergewohnheitsrecht – verwiesen wird.¹⁰⁰

In Bezug auf die Grundprinzipien der Verfassungsprüfung bestimmen die Richter, dass die Verfassungswidrigkeit

einer Regel offenkundig (clear) sein muss.¹⁰¹ Eine einzelne Regelung wird hierbei zunächst dem Wortlaut entsprechend ausgelegt. Widerspricht der Wortlaut dem Tenor eines Verfassungsgrundsatzes, so wird die Verfassungswidrigkeit der Norm festgestellt.¹⁰² Jede einzelne Norm wird zudem im Gesamtkontext der Verfahrensregeln, d.h. systematisch, ausgelegt.¹⁰³

Zu erwähnen ist, dass Art. 22 der Kosovo-Verfassung die direkte Anwendung der EMRK vorsieht. Art. 53 der Kosovo-Verfassung bestimmt, dass die garantierten Menschen- und Freiheitsrechte im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR zu interpretieren sind.¹⁰⁴ Hierauf hat die KSC-Verfassungsgerichtskammer in ihrer Entscheidung hingewiesen.¹⁰⁵ Die KSC-Verfassungsgerichtskammer verweist dementsprechend auf eine Vielzahl von EGMR Entscheidungen. Auf Entscheidungen des Kosovo Verfassungsgerichts wird nicht verwiesen.

Da sowohl die Verfassung des Kosovo als auch die EMRK einen Gesetzesvorbehalt für die Einschränkung der Menschen- und Freiheitsrechte vorsehen, stellt sich die Frage, ob die Verfahrensregeln den Anforderungen eines formellen Gesetzes genügen. Wie bereits besprochen, wird der Rechtscharakter der Verfahrensregeln nicht erläutert. Dennoch scheint die KSC-Verfassungsgerichtskammer implizit vom Gesetzescharakter der Verfahrensregeln auszugehen, da sie die Anforderungen eines einschränkenden Gesetzes anhand der EGMR Rechtsprechung auf die Verfahrensregeln anwendet.¹⁰⁶

2. Die verfassungswidrigen Verfahrensregeln

Die folgenden neun Regelungen wurden durch die KSC-Verfassungsgerichtskammer für verfassungswidrig erklärt.¹⁰⁷

Die KSC-Verfassungsgerichtskammer beanstandete, dass Regel 19 Abs. 3 a.F. KSC-Verfahrensregeln die temporäre Abwesenheit eines Richters bis zu fünf Tagen während der Beweisaufnahme erlaubte.¹⁰⁸ Da die jeweiligen Kammern von Gesetzes wegen mit drei Richtern besetzt sein müssen,

⁹³ *de Meester*, in Vasiliev/Sluiter, *International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law*, 2008, S. 273 (308).

⁹⁴ KSC, *Entsch. v. 27.3.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, *Referral of the Rules of Procedure and Evidence to the Specialist Chamber of the Constitutional Court*.

⁹⁵ Siehe 2. Kap. Kosovo-Verfassung.

⁹⁶ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*.

⁹⁷ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, S. 57.

⁹⁸ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 9.

⁹⁹ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 11.

¹⁰⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. b, c und d KSC-Gesetz.

¹⁰¹ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 12.

¹⁰² KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 13.

¹⁰³ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 14. Hier verweist die KSC Verfassungsgerichtskammer auf die „doctrine of harmonious interpretation“, die von der Kammer innerhalb desselben Normtexts der Verfahrensregeln verwendet wird und damit im Grunde einer systematischen Auslegung entspricht.

¹⁰⁴ Siehe auch *de Hert/Korenica*, *ZaöRV* 76 (2016), 143.

¹⁰⁵ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 16.

¹⁰⁶ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 62 f.

¹⁰⁷ Da die Verfahrensregeln nach der zweiten Überarbeitung des Richterplenums neu nummeriert wurden, wird die vorherige Nummerierung mit „alte Fassung“ (a.F.) gekennzeichnet.

¹⁰⁸ KSC-VerfG, *Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01*, Rn. 40.

stehe eine solche Abwesenheit dem von der Verfassung garantierten Recht eines auf einem Gesetz beruhenden Gerichts entgegen.¹⁰⁹ Diese Feststellung ist insofern von Bedeutung, als viele internationale Strafgerichtshöfe eine ähnliche Verfahrensregelung haben.¹¹⁰ Eine Fortführung der Hauptverhandlung trotz kurzzeitiger Abwesenheit eines Richters wird damit begründet, dass nur so der Beschleunigungsgrundsatz verwirklicht werden könne.¹¹¹ Ansonsten würden die ohnehin aufwändigen und langen Verfahren, bei denen Zeugen zum Sitz des Gerichts aus den betroffenen Ländern und Regionen eingeflogen werden, unnötig verzögert.¹¹² Andererseits gerät die Abwesenheit eines Richters mit dem Unmittelbarkeitsprinzip in Konflikt, weil der abwesende Richter einen Teil der Beweisaufnahme verpasst.¹¹³ Er kann sich insoweit lediglich auf die Mitschriften oder die Videoaufzeichnung der Zeugenaussagen berufen.¹¹⁴ Bei den Ad-hoc-Gerichtshöfen ist eine Entwicklung dahingehend zu erkennen, dass diese Abwesenheitsregel für Aktivitäten außerhalb der offiziellen Richtertätigkeit, z.B. der Teilnahme an Konferenzen und anderen Veranstaltungen, genutzt, und daher zweckentfremdet wird.¹¹⁵ Im Ergebnis wird daher zu prüfen sein, ob sich

nicht auch die Ad-hoc-Tribunale mit der Begründung der Verfassungsgerichtsentscheidung auseinandersetzen sollten, da hier nicht nur ein Verfassungsprinzip des Kosovo tangiert wird, sondern ein fundamentaler, menschenrechtlich verankerter Verfahrensgrundsatz.¹¹⁶

Im Widerspruch dazu steht die Feststellung der KSC-Verfassungsgerichtskammer darüber, dass Art. 19 Abs. 5 und 6 a.F. KSC-Verfahrensregeln mit der Verfassung im Einklang stehen.¹¹⁷ Diese erlauben einem neuen Richter einen permanent abwesenden Richter im laufenden Verfahren zu ersetzen, sollte kein Ergänzungsrichter verfügbar sein.¹¹⁸ Hier argumentieren die Verfassungsrichter, dass das Unmittelbarkeitsprinzip durch alternative Formen der Kenntnisnahme gewährleistet werden kann, etwa dadurch, dass der neue Richter die Mitschriften liest und Videoaufzeichnungen ansieht.¹¹⁹ Gerade diese Alternativen wollten die Verfassungsrichter bei einem kurzfristig abwesenden Richter aber nicht gelten lassen. Damit wird eine kurzfristige Abwesenheit eines Richters für verfassungswidrig erklärt, die Abwesenheit bzw. Nichtteilnahme eines neuen, zuvor unbeteiligten Richters, an wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung jedoch nicht.

Die in den Verfahrensregeln normierten Zwangsmaßnahmen, insbesondere die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, Durchsuchungsanordnungen und die medizinischen Untersuchungen von Personen, wurden von der KSC-Verfassungsgerichtskammer als zu unbestimmt erachtet. Zudem seien nicht genügend Schutzmaßnahmen für die hiervon betroffenen Personen vorgesehen. Nicht zuletzt fehlte den Verfassungsrichtern eine explizite Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einklang mit den Anforderungen nach Art. 8 EMRK, so dass sechs Regeln des 3. Kapitels für verfassungswidrig erklärt wurden.¹²⁰

Ähnlich der Regeln anderer Ad-hoc-Tribunale und des IStGH, normierten die Verfahrensregeln, dass die Entlassung einer inhaftierten Person in einen Drittstaat nur mit Zustimmung dieses Staates erfolgen dürfe.¹²¹ Die KSC-Verfassungsgerichtskammer stellte hier einen Verstoß gegen Artikel 29 der Kosovo-Verfassung fest, da eine solche Zustimmung die Entlassung und damit die Freiheitsrechte der Person gefährde.¹²² Die Freiheit des Einzelnen könne nicht von der Zu-

¹⁰⁹ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 38 f. Siehe auch das Sondervotum von Richter Stensland, KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Partly Dissenting Opinion of Judge Vidar Stensland.

¹¹⁰ Siehe nur Regel 15^{bis} lit. a JStGH-Verfahrensregeln; Regel 15^{bis} lit. a RStGH-Verfahrensregeln; Regel 16 lit. a SLStGH-Verfahrensregeln; Regel 26 lit. a STL-Verfahrensregeln; Regel 77 ECCC-Verfahrensregeln, die entgegen der Ad-hoc-Tribunale eine noch unorthodoxere Praxis eines temporären Ersatzes durch den Ersatzrichter zulässt. Das IStGH-Statut und die IStGH-Verfahrensregeln enthalten keine Abwesenheitsregel. Zur Praxis des IStGH siehe *Triffterer/Kiss*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 13-15. Zu Änderungsverschlüssen siehe IStGH v. 28.11.2014 – ICC-ASP/13/28, S. 14 Rn. 18.

¹¹¹ *Boas/Bischoff/Reid*, *International Criminal Law Practitioner Library*, Bd. 3, 2011, S. 159 f.

¹¹² *Triffterer/Kiss* (Fn. 110), Rn. 13.

¹¹³ *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Volume III: *International Criminal Procedure*, 2016, S. 370 (371); Entscheidungen nach dieser Regel werden zudem kaum ausreichend begründet, siehe *Boas/Bischoff/Reid* (Fn. 111), S. 160 Fn. 48.

¹¹⁴ Siehe RStGH, *Entsch. v. 24.9.2003 – ICTR-98-42-A15bis* (*Prosecutor v. Nyiramasuhuko*), *Decision in the Matter of Proceedings under Rule 15^{bis} lit. d*, *Dissenting Opinion of Judge David Hunt*, Rn. 26.

¹¹⁵ Zu nennen ist hier beispielsweise die Abwesenheit eines Richters während eines Abschlussplädoyers in einem Verfahren vor dem SLStGH. Diese Abwesenheit wurde nicht begründet, siehe *Entsch. v. 6.12.2006 – SCSL-2004-16-T* (*Prosecutor v. Brima u.a.*), *Order under Rule 16 to Continue Trial in the Absence of a Judge*. Der SLStGH-Jahresbericht erwähnt jedoch, dass der Richter an einer Veranstaltung der Universität Florenz vom 7.-9.12.2006 teilgenommen hat,

siehe SLStGH, *Fourth Annual Report of the President of the Special Court for Sierra Leone*, S. 25.

¹¹⁶ Siehe nur EGMR, Urt. v. 27.10.2009 30323/02 (*Pandjigidzé u.a. v. Georgien*), Rn. 104.

¹¹⁷ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 41-46.

¹¹⁸ Der Ergänzungsrichter nimmt an den Gerichtsverhandlungen und Beratungen wie jeder ordentliche Richter teil, siehe Regel 18 KSC-Verfahrensregeln.

¹¹⁹ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 46.

¹²⁰ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 78, 81, 82, 86, 103, 105.

¹²¹ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 120, 121.

¹²² KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 122.

stimmung eines Staates abhängen.¹²³ Die Verfassungsgerichtskammer legte diesbezüglich Regel 54 a.F. KSC-Verfahrensregeln strikt nach ihrem Wortlaut aus. Dass die KSC in die Niederlande verlegt wurden und damit völkerrechtliche Bestimmungen, insbesondere die Staatensouveränität, bei einer Haftentlassung zu beachten sind, wurde nicht thematisiert.¹²⁴ Zudem wurde nicht beachtet, dass eine Entlassung durch Regel 54 a.F. KSC-Verfahrensregeln nicht grundsätzlich verhindert wurde, sondern nur eine Entlassung in den Wunschstaat der zu entlassenen Person. Die Staatensouveränität wird von den KSC unabhängig vom Wortlaut der Verfahrensregeln bei der Entlassung einer Person in einen Drittstaat zwingend zu beachten sein.

Die Verfahrensregeln sahen entsprechend der Praxis anderer Ad-hoc-Tribunale vor, dass ein freigesprochener Angeklagter auf Antrag sowie nach der Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urteil durch den Ankläger weiterhin in Untersuchungshaft gehalten werden konnte.¹²⁵ Auch diese Regelung wurde für verfassungswidrig erklärt.¹²⁶ Die Kammer stellte fest, dass die fortgesetzte Inhaftierung einer freigesprochenen Person gesetzlich nicht normiert und eine weitere Freiheitsentziehung ohne gesetzliche Grundlage nicht möglich sei, da bereits durch den Freispruch kein hinreichender Tatverdacht bestünde.¹²⁷ Eine entgegenstehende Norm in den Verfahrensregeln widerspräche Artikel 29 der Kosovo-Verfassung.¹²⁸ Auch in diesem Punkt stellt sich die KSC-Verfassungsgerichtskammer gegen die prozessrechtliche Praxis internationaler Strafgerichtshöfe.¹²⁹

Die nicht mit den Freiheitsrechten im Einklang stehenden Regeln wurden von den Richtern in einem zweiten Richterplenum überarbeitet und erneut an die KSC-Verfassungsgerichtskammer verwiesen.¹³⁰ Diese befand nach erneuter

Prüfung alle Verfahrensregeln für verfassungskonform.¹³¹ Die KSC-Verfahrensregeln traten am 5.7.2017 in Kraft und ermöglichen nunmehr eine Anklageerhebung und die Durchführung von Strafverfahren vor den KSC.¹³²

V. Fazit

Insgesamt ist die Verfassungsprüfung der Verfahrensregeln zu begrüßen, erhöht sie doch die Legitimität von Normen, die nicht durch einen demokratischen Gesetzgeber, sondern durch Richter erlassen werden. Die KSC-Verfahrensregeln betonen die Effizienz und Beschleunigung der Verfahren und die Verteidigungsrechte des Angeklagten gerade in Bezug auf die Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift und die detaillierten Offenlegungspflichten der Anklagebehörde. Die Richter verwirklichen in bisher erst- und einmaliger Weise den Beschleunigungsgrundsatz durch Bestimmungen genauer Fristen, insbesondere auch zur Urteilsverkündung.

Die KSC-Verfassungsgerichtskammer hat in ihrem ersten Urteil die Verteidigungsrechte in den Mittelpunkt der Verfassungsprüfung gestellt und durch eine strikte Auslegung Defizite bei den Bestimmungen zu Ermittlungsmaßnahmen offengelegt. Während die Verfassungskammer in ihrem ersten Urteil die Verteidigungsrechte betonte, hob sie in ihrem zweiten Urteil hervor, dass staatsanwaltliche Ermittlungsmaßnahmen nicht durch eine zu strikte Auslegung der Regeln behindert werden dürften.¹³³

Insgesamt ist festzustellen, dass die Überprüfung der Verfahrensregeln durch die KSC-Verfassungsgerichtskammer unverzichtbar ist, um sicherzustellen, dass gemäß der Verfassung des Kosovo die höchsten Menschenrechtsstandards durch die KSC angewendet werden. Im Vergleich zu anderen völkerstrafrechtlichen Gerichten stellt dies einen innovativen Schritt dar.¹³⁴

¹²³ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 120. Im Kontext der internationalen Strafgerichte siehe *de Meester/Pitcher/Rastan/Sluiter*, in *Sluiter/Friman/Linton/Vasiliev/Zappalà*, *International Criminal Procedure*, 2013, S. 334 (341).

¹²⁴ Siehe auch *Ambos* (Fn. 113), S. 412 („the release depends on the voluntary cooperation of a State“).

¹²⁵ Siehe nur Art. 81 Abs. 3 lit. c IStGH-Statut; Regel 99 lit. b JStGH-Verfahrensregeln; Regel 99 lit. b RStGH-Verfahrensregeln; Regel 99 SLStGH-Verfahrensregeln; Regel 170 STL-Verfahrensregeln; Regel 123 lit. b MICT-Verfahrensregeln.

¹²⁶ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 205.

¹²⁷ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 204.

¹²⁸ KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 201 f.

¹²⁹ Kritisch Partly Dissenting Opinion of Judge Vidar Stensland, KSC-VerfG, Urt. v. 26.4.2017 – KSC-CC-PR-2017-01, Rn. 15 ff.

¹³⁰ KSC, Entsch. v. 31.5.2017 – KSC-CC-PR-2017-03, Referral of Revised Rules of the Rules of Procedure and Evidence to the Specialist Chamber of the Constitutional Court.

¹³¹ KSC-VerfGK, Urt. v. 28.6.2017 – KSC-CC-PR-2017-03, Judgment on the Referral of Revised Rules of the Rules of Procedure and Evidence Adopted by Plenary on 29.5.2017 to the Specialist Chamber of the Constitutional Court Pursuant to Article 19 (5) of Law no. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office.

¹³² KSC Presseerklärung v. 5.7.2017, Specialist Chambers fully judicially operational.

¹³³ KSC-VerfGK, Urt. v. 28.6.2017 – KSC-CC-PR-2017-03, Rn. 20.

¹³⁴ KSC Presseerklärung v. 26.4.2017, Statement by President Trendafilova on the Judgement of the Specialist Chamber of the Constitutional Court.

Aus der Praxis des Generalbundesanwalts im Völkerstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen

Von Dr. Lars BünGENER, Karlsruhe/Frankfurt a.M.*

I. Einführung¹

Das Referat S 4 (Völkerstrafrecht) hat seit seiner Einrichtung als eigenständiges Referat innerhalb des Gefüges des Generalbundesanwalts im Jahr 2009, mithin sieben Jahre nach Inkrafttreten des VStGB 2002, eine beachtliche Entwicklung genommen. Lag der Hauptfokus der Ermittlungen zunächst geografisch auf Zentralafrika, insbesondere Ruanda und der Demokratischen Republik Kongo, hat sich dies durch die weltpolitischen Entwicklungen, allen voran die bewaffneten Konflikte in Syrien und im Irak, sowie die Auswirkungen der Flüchtlingskrise, drastisch verändert. Die Zahl der Ermittlungsverfahren schnellte in die Höhe; gleichzeitig hat sich ihre Struktur zum Teil geändert: Die (im Vergleich zu heute wenigen) Verfahren in den frühen Jahren des Referats waren außerordentlich umfangreich und entsprechend komplex;² in jüngster Zeit ist zu den weiterhin geführten Großverfahren eine große Zahl von vergleichsweise „kleineren“ Verfahren hinzugesetzt, die die Arbeitsbelastung erheblich haben anwachsen lassen. Der folgende kurze Beitrag soll die Entwicklungen in der Praxis des Generalbundesanwalts hinsichtlich der geführten Ermittlungs- und Strafverfahren der vergangenen etwa zwei Jahre schlaglichtartig beleuchten und dabei auf einige der praktischen sowie rechtlichen Herausforderungen eingehen.

II. Ermittlungsverfahren

1. Derzeitiger Schwerpunkt: Syrien und Irak

Der weit überwiegende Teil der derzeit vom Generalbundesanwalt geführten Ermittlungsverfahren betrifft die Situation in den Konfliktgebieten auf den Territorien Syriens und des Iraks. Wie es in der Praxis des Generalbundesanwalts auch in sonstigen Ermittlungsverfahren, insbesondere im Bereich des Terrorismus, üblich ist, werden die Ermittlungsverfahren nach sog. Strukturermittlungs- oder kurz: „Strukturverfahren“³ und personenbezogenen Ermittlungsverfahren geordnet.

Hinzu kommen sog. Beobachtungs- oder Prüfungsvorgänge („ARP-Vorgänge“), die einen völkerstrafrechtlichen Bezug haben, aber deren Inhalt (noch) keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte (§ 152 StPO) dafür bietet, ein personenbezogenes Ermittlungsverfahren einzuleiten. Im Zusammenhang mit Syrien und dem Irak führt der Generalbundesanwalt derzeit zwei Strukturverfahren, nämlich das „Strukturverfahren Syrien“ sowie das „Strukturverfahren Islamischer Staat“.

a) Strukturverfahren „Syrien“

Das Strukturverfahren „Syrien“ befasst sich mit auf syrischem Staatsgebiet begangenen Völkerstraftaten. Es wurde bereits 2011 eingeleitet, damals im Hinblick auf die gewaltsame Niederschlagung der Oppositionsbewegung durch die Regierung des Machthabers Baschar al-Assad, zunächst unter dem Blickwinkel der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 VStGB. Seit dem Ausbruch des Bürgerkrieges im Jahr 2012 ist in weiten Teilen des syrischen Staatsgebiets allerdings von einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des VStGB auszugehen.⁴ Daher wurde der Fokus des Verfahrens entsprechend erweitert und umfasst nunmehr für den Zeitraum ab Anfang 2012 alle in Syrien tätigen Akteure, seien sie auf Seiten der Regierung oder einer der zahllosen Oppositionsgruppen. Auch rechtlich hat sich der Blick entsprechend geweitet; die meisten der in diesem Zusammenhang geführten personenbezogenen Ermittlungsverfahren werden inzwischen wegen des Verdachts der Begehung von Kriegsverbrechen geführt. Die Geschehnisse in Syrien seit 2011 haben den Generalbundesanwalt allerdings nicht nur an sich, sondern auch gleichsam „indirekt“ auf den Plan gerufen. Seit Beginn der Auseinandersetzungen, in besonderem Maße aber seit Mitte 2015, haben sie zu einer massiven Flüchtlingsbewegung geführt, deren Ziel insbesondere Deutschland war und ist. Dies hat zur Folge, dass zum einen eine große Anzahl von (potenziellen) Zeugen für Völkerstraftaten in den Zugriffsbereich deutscher Ermittlungsbehörden gelangt ist. Zum anderen halten sich aber auch Personen, die ihrerseits im Verdacht stehen, entsprechende Straftaten begangen zu haben, in Deutschland auf. Dies stellt die Ermittlungsbehörden vor besondere Herausforderungen. Es gilt, geeignete Zeugen zu finden und ihre Aussagen sowie von ihnen gegebenenfalls mitgebrachte Beweismittel, etwa Vi-

on oder eines Konflikts laufend ermittelt und dokumentiert wird. Die hierin enthaltenen Informationen werden für die Ergänzung personenbezogener Ermittlungsverfahren verwendet bzw. bringen diese hervor. Des Weiteren dienen sie dazu, gleichsam „antizipierte“ Rechtshilfe zu leisten. Dem Generalbundesanwalt stehen in solchen Verfahren alle nicht spezifisch beschuldigtenbezogenen Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung; insbesondere die Vernehmung von Zeugen, aber beispielsweise auch Durchsuchungen nach § 103 StPO.

⁴ Vgl. insoweit BGH, Beschl. v. 6.4.2017 – AK 14/17, Rn. 23 ff.

* Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main, derzeit abgeordnet zum Generalbundesanwalt. Der Autor war von Juli 2015 bis Juni 2017 als Wiss. Mitarbeiter beim Referat S 4 (Völkerstrafrecht) des Generalbundesanwalts tätig. Die in diesem Beitrag vertretenen Positionen sind die des Autors und entsprechen nicht notwendigerweise denen des Generalbundesanwalts. Der Beitrag basiert auf einem Kurzvortrag, den der Autor anlässlich des Arbeitskreises Völkerstrafrecht im Mai 2017 in Den Haag gehalten hat.

¹ Für eine ausführliche Einführung in die Arbeit des Generalbundesanwalts im Völkerstrafrecht siehe *Frank/Schneider-Glockzin*, NSStZ 2017, 1.

² Es sei nur an die Verfahren gegen Onesphore R. (OLG Frankfurt a.M.) sowie gegen Ignace M. und Straton M. (OLG Stuttgart) erinnert.

³ Hierbei handelt es sich um Ermittlungsverfahren gegen unbekannte Personen, in denen die Struktur einer Organisati-

deoaufnahmen, zu sichern und zu systematisieren, nicht zuletzt im Hinblick auf Rechtshilfeersuchen anderer Länder oder eines internationalen Gerichts, sollte sich ein solches in der Zukunft mit dem Konflikt in Syrien beschäftigen. Gleichzeitig müssen verdächtige Personen, die sich im Bundesgebiet aufhalten, ausfindig gemacht und der Sachverhalt ermittelt werden; dem Generalbundesanwalt steht in diesem Fall kein Strafverfolgungsermessen gemäß § 153f StPO zu. Bei alledem ist stets zu bedenken, dass Verbrechen nach dem VStGB nicht verjähren (§ 5 VStGB); der frühzeitigen und insbesondere umfassenden Beweissicherung kommt insoweit herausgehobene Bedeutung zu. Ermittlungsansätze bieten jedoch auch Erkenntnisse, die im Rahmen der internationalen strafrechtlichen Zusammenarbeit gewonnen werden. Als Beispiel mögen die sogenannten „Caesar“-Dateien dienen, die einen Schwerpunkt der derzeitigen Ermittlungsarbeit des Generalbundesanwalts im Strukturverfahren „Syrien“ bilden. Hierbei handelt es sich um mehrere zehntausend Bilddateien, die durch syrische Militär Fotografen angefertigt und von einem von ihnen mit dem Decknamen „Caesar“ gesammelt und außer Landes geschmuggelt wurden. Die Bilder liegen der Bundesanwaltschaft vor und zeigen die Leichen von mehr als 6.000 Personen, die augenscheinlich Spuren von Folter und Mangelernährung aufweisen. Sie sind Gegenstand des „Caesar-Reports“⁵ und der Berichte von Menschenrechtsorganisationen⁶; es besteht der Verdacht, dass die gezeigten Personen Opfer systematischer Menschenrechtsverletzungen des syrischen Regimes geworden sind. Der Generalbundesanwalt lässt die Bilder derzeit rechtsmedizinisch untersuchen, um die wahrscheinliche Todesursache zu ermitteln sowie Folterungen und sonstige Misshandlungen der Opfer wissenschaftlich und gerichtsverwertbar zu dokumentieren.

b) Strukturverfahren „Islamischer Staat“

Das Strukturverfahren „Islamischer Staat“ wurde im Jahr 2014 eingeleitet. Anders als das Strukturverfahren „Syrien“ ist es nicht auf Verbrechen auf syrischem Staatsgebiet beschränkt, sondern befasst sich organisationsbezogen und staatenübergreifend mit der ausländischen terroristischen Vereinigung⁷ „Islamischer Staat“. Den Schwerpunkt der

Ermittlungen in diesem Verfahren bildet bereits seit 2015 die sukzessive Vernehmung jesidischer Zeuginnen, die im Rahmen eines Flüchtlings-Sonderkontingents der baden-württembergischen Landesregierung aus dem Nordirak nach Baden-Württemberg gelangt sind. Die Verbrechen des „Islamischen Staates“ an der jesidischen Bevölkerung im Nordirak, insbesondere die Tötung mehrerer tausend Männer und Jungen, die Versklavung tausender Frauen und Mädchen sowie die Vertreibung von mehr als 400.000 Menschen aus ihrem Siedlungsgebiet, weisen aus Sicht der Bundesanwaltschaft neben Anhaltspunkten für die Begehung von Kriegsverbrechen auch Elemente eines Völkermordes nach § 6 VStGB sowie von Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 VStGB auf. Das Strukturverfahren „Islamischer Staat“ zeigt im Übrigen exemplarisch die Verschränkung von Terrorismus- und Völkerstrafrecht in (vornehmlich nichtinternationalen) bewaffneten Konflikten. Regelmäßig wird sich etwa ein Mitglied des „Islamischen Staates“, welches eine Völkerstraftat begeht, tateinheitlich hierzu wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gemäß §§ 129a, 129b StGB strafbar machen;⁸ in der Begehung der Völkerstraftat liegt insoweit auch eine entsprechende Betätigungshandlung im Sinne der §§ 129a, 129b StGB, insbesondere wenn Zwecke oder Tätigkeit der Vereinigung (auch) auf die Begehung von Völkerstraftaten gerichtet sind.⁹

2. Weitere Verfahren

Auch andere Konfliktherde der Welt beschäftigen die Bundesanwaltschaft. Weiterhin gibt es offene (Struktur-)ermittlungsverfahren hinsichtlich der Demokratischen Republik Kongo und Ruanda, ebenfalls zum ehemaligen Jugoslawien. Zu diesen gleichsam „alten“ Verfahren treten jedoch neue hinzu. Die Flüchtlingssituation hat dazu geführt, dass auch andere Länder in den Fokus der Ermittler rücken. Ein wiederkehrendes Phänomen sind etwa Flüchtlinge aus Nigeria, die gegenüber den Ausländerbehörden angeben, als Mitglieder der insbesondere im Nordosten Nigerias aktiven Terrorgruppe „Boko Haram“ Kriegsverbrechen begangen zu haben. Gleiches gilt in noch weit größerem Umfang hinsichtlich afghanischer Flüchtlinge, die bekunden, Mitglieder der „Taliban“ und an Kriegsverbrechen beteiligt gewesen zu sein.

II. Gerichtliche Praxis

Auch an den gerichtlichen Verfahren ist die strukturelle Veränderung der Arbeit des Generalbundesanwalts ablesbar; das subsaharische Afrika liegt nicht länger im Hauptfokus der gerichtlichen Praxis. Das langwierige Stuttgarter FDLR-Verfahren war mit dem erstinstanzlichen Urteil des Oberlandesgerichts vom 28.9.2015 vorläufig zu Ende gegangen; das Urteil wurde zwischenzeitlich abgesetzt.¹⁰ Das Verfahren

⁵ Hierbei handelt es sich um einen durch die katarische Regierung in Auftrag gegebenen Bericht dreier ehemaliger Ankläger internationaler Strafgerichtshöfe, der im Januar 2014 veröffentlicht wurde. Im April 2014 wurde er durch Frankreich an den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen übermittelt. Er ist online abrufbar unter http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/244 (4.12.2017).

⁶ Vgl. etwa den 2015 von Human Rights Watch herausgegebenen Bericht „If the Dead Could Speak – Mass Deaths and Torture in Syrian Detention Facilities“, online abrufbar unter https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/syria1215web_0.pdf (4.12.2017).

⁷ Siehe hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des „Islamischen Staates“ als terroristische Vereinigung im Ausland gem.

§§ 129a, 129b StGB z.B. BGH, Beschl. v. 6.4.2017 – AK 20-24/17, Rn. 6 ff., 15.

⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 21.

⁹ Siehe ausführlich zu diesem Themenkomplex bereits *Frank/Schneider-Glockzin*, NSZ 2017, 1.

¹⁰ OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10.

liegt, nachdem sowohl die beiden Angeklagten Ignace M. und Straton M. wie auch die Bundesanwaltschaft Revision eingelegt haben, seit Kurzem dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs vor. Das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt gegen Onesphore R. vom 29.12.2015 wegen (nunmehr täterschaftlicher) Beteiligung am Völkermord 1994 in Ruanda¹¹ war bereits im August 2016 rechtskräftig geworden.¹² Nunmehr beschäftigt die Situation in Syrien und im Irak die Oberlandesgerichte auch in völkerstrafrechtlicher Hinsicht. Derzeit läuft eine Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf; ein Urteil könnte noch in diesem Jahr fallen. Bereits im vergangenen Jahr sind zwei Verfahren durch (erstinstanzliches) Urteil abgeschlossen worden,¹³ ein weiteres im Frühjahr dieses Jahres, letzteres ist bereits rechtskräftig.¹⁴ Jüngst verurteilte zudem das Oberlandesgericht Stuttgart einen syrischen Flüchtling wegen Beihilfe zu einem Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme nach § 10 VStGB.¹⁵ Im Folgenden sollen – in aller Kürze – zwei rechtliche Aspekte beschrieben werden, die die Bundesanwaltschaft im Rahmen ihrer Ermittlungsverfahren wie auch vor Gericht beschäftigt und zum Teil auch bereits im Schrifttum Widerhall gefunden haben. Es handelt sich zum einen um die Frage, ob auch Verstorbene vom Begriff der vom humanitären Völkerrecht zu schützenden Person im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB (schwerwiegende entwürdigende oder erniedrigende Behandlung) umfasst sind, und zum anderen um die Frage der Bestimmung der „gegnerischen Partei“ im Sinne von § 8 Abs. 6 Nr. 2 und 3 VStGB im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.

1. Verstorbene als Personen im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB

Das Phänomen der Verstümmelung und Schändung von Leichen getöteter Feinde ist nicht neu, aufgrund der Medienaffinität „moderner“ Terrororganisationen wie dem „Islami-

¹¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15.

¹² BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – 3 StR 160/16. Der Angeklagte war durch das OLG Frankfurt a.M. im Mai 2014 zunächst nur wegen Beihilfe zum Völkermord verurteilt worden. Der BGH hatte das Urteil auf die Revision des Generalbundesanwalts aufgehoben und zurückverwiesen, siehe BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14. Kritisch hierzu äußern sich *Grzywotz/Safferling*, JR 2016, 86.

¹³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, Strafsache gegen Aria L.; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.11.2016 – 5-3 StE 4/16-4-3/16, Strafsache gegen Abdelkarim El-B.

¹⁴ KG, Urt. v. 1.3.2017 – 2A 172 OJs 26/16 (3/16), Strafsache gegen Rami K.

¹⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 20.9.2017 – 5-3 StE 5/16, Strafsache gegen Suliman Al-S.; die Pressemitteilung des Oberlandesgerichts ist online abrufbar unter

http://www.olg-stuttgart.de/pb/_Lde/4801270/?LISTPAGE=1178276 (4.12.2017). Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig; die schriftlichen Urteilsgründe lagen bei Fertigstellung dieses Beitrags noch nicht vor.

schen Staat“ jedoch inzwischen über das Internet für die breite Öffentlichkeit jederzeit in Bild und Ton eindrucksvoll erfahrbar. Es hat die Bundesanwaltschaft bereits in drei Strafverfahren im Zusammenhang mit Syrien und dem Irak unter dem Blickwinkel der Strafbarkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB beschäftigt, welche im Folgenden dargestellt werden.

a) Aria L.

Im Jahr 2015 gab es insoweit den ersten „Vorstoß“ der Bundesanwaltschaft im Verfahren gegen Aria L. Der aus Offenbach stammende Islamist war im Jahr 2014 nach Syrien aufgebrochen, um dort in den „heiligen Krieg“ gegen das Regime von Baschar al-Assad zu ziehen. Nach einigen Wochen kehrte er nach Deutschland zurück. Zwischenzeitlich waren auf einem Facebook-Profil eines Bekannten des Beschuldigten, der sich ebenfalls in Syrien aufhielt, Bilder aufgetaucht, die den Beschuldigten in Begleitung des besagten Bekannten zeigten, auf dem Boden hockend, in einer Art „Fußballerpose“ mit links und rechts neben ihm auf kurzen Eisenstangen aufgespießten Köpfen. Deren Gesichter waren, wenn auch in furchtbarer Weise entstellt, ohne Weiteres identifizierbar und, wie später ermittelt wurde, syrischen Regierungssoldaten zuzuordnen. Das Ermittlungsverfahren wurde zunächst wegen des Verdachts eines Kriegsverbrechens gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (Tötung einer vom humanitären Völkerrecht zu schützenden Person) geführt; dieser Verdacht ließ sich jedoch ebenso wenig erhärten wie der Verdacht der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung. Die Bundesanwaltschaft sah jedoch bereits aufgrund der Bilder, die den Beschuldigten mit den abgeschnittenen Köpfen zeigen, ein Kriegsverbrechen nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB verwirklicht, und erwirkte beim Bundesgerichtshof einen entsprechenden Haftbefehl. Die Anklage wurde zum Oberlandesgericht Frankfurt am Main erhoben, welches sich der Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts anschloss. Es verurteilte Aria L. am 12.7.2016 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren.¹⁶ Der Bundesgerichtshof verwarf die Revision des Angeklagten durch Urteil vom 27.7.2017. Die schriftlichen Urteilsgründe lagen bei Fertigstellung dieses Beitrags noch nicht vor.

b) Abdelkarim El-B.

Das Verfahren gegen Abdelkarim El-B., einen ebenfalls aus dem Rhein-Main-Gebiet stammenden Dschihadisten, wurde zunächst wegen des Verdachts der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat vor dem Landgericht Frankfurt am Main geführt. Im Wege der Rechtshilfe gelangten jedoch sodann Bild- und Videoaufnahmen in den Besitz deutscher Ermittlungsbehörden, die den Verdacht der Mitgliedschaft beim „Islamischen Staat“ nahelegten. Das Landgericht legte das Verfahren daher nach § 209 Abs. 2 StPO dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main vor, welches es wegen § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG übernahm. Unter den Videodateien befanden sich drei Sequenzen von insgesamt einigen

¹⁶ Vgl. nochmals OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16.

Minuten Länge, die der Beschuldigte selbst mit seinem Mobiltelefon aufgenommen hatte. Diese zeigen die Schändung einer auf dem Boden liegenden Leiche durch Kameraden des Beschuldigten und ihn selbst. Die Männer schneiden dem Leichnam Nase und Ohren ab, treten ihm in das entstellte Gesicht und schießen ihm schließlich in den Kopf, wobei sie ihn fortwährend verhöhnen und verfluchen. Aufgrund dieser Aufnahmen wurde seitens der Bundesanwaltschaft eine weitere Anklage wegen Kriegsverbrechen nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB und Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung („Islamischer Staat im Irak und Großsyrien“) sowie wegen Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz erhoben; durch das Oberlandesgericht wurden die beiden anhängigen Verfahren verbunden. Der Angeklagte wurde am 8.11.2016 zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt;¹⁷ er hat Revision eingelegt, über die der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrags noch nicht entschieden hatte. Der Senat hat sich allerdings in diesem Verfahren im Rahmen einer Haftfortdauerentscheidung bereits zur Frage des humanitär-völkerrechtlichen Schutzes von Leichen getöteter Gegner geäußert und diese – im Einklang mit der im Schrifttum bislang herrschenden Meinung¹⁸ – bejaht.¹⁹

c) *Rami K.*

Das dritte in dieser Reihe von Verfahren richtete sich gegen den irakischen Asylbewerber Rami K. Als Offizier der irakischen Armee nahm er an den Kämpfen zur Rückeroberung Tikrits vom „Islamischen Staat“ im Frühjahr 2015 teil. Nach der Einnahme der Stadt entstand eine Fotografie, auf der der Beschuldigte zu sehen ist, wie er zwei Köpfe getöteter mutmaßlicher „IS“-Kämpfer in die Kamera hält; auf einem später gesicherten Video war zu sehen, wie Kameraden des Beschuldigten die Köpfe unmittelbar vorher mittels Macheten abhacken. Im Rahmen einer Auseinandersetzung in einer Asylbewerberunterkunft geriet das Bild neben weiteren Mitte 2016 in den Besitz der Ermittlungsbehörden. Das Ermittlungsverfahren wurde beim Generalbundesanwalt eingeleitet und ein Haftbefehl erwirkt; vor Anklageerhebung wurde das Verfahren gemäß § 142a Abs. 2 Nr. 2 GVG wegen minderer Bedeutung an die Generalstaatsanwaltschaft Berlin abgegeben. Aus Sicht der Bundesanwaltschaft war dies insofern konsequent, als zum Abgabezeitpunkt im Herbst 2016 das erstinstanzliche Urteil in Sachen Aria L. wie auch die Haftfortdauerentscheidung des BGH in Sachen Abdelkarim El-B. bereits vorlagen; die Rechtslage war mithin gleichsam geklärt. Das Verfahren war zudem einfach gelagert – der Beschuldigte war auf dem verfahrensgegenständlichen Bild klar zu erkennen und im Übrigen geständig;²⁰ er wurde zu einer

Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten zur Bewahrung verurteilt. Eine gewisse symbolische Bedeutung kommt dem Verfahren dennoch zu: es handelt sich um die erste rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat nach dem VStGB seit dessen Einführung.

d) *Bewertung*

Die Entscheidung, getötete Personen dem Schutz des humanitären Völkerrechts und des VStGB zu unterstellen, ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen, die allerdings anerkennt, dass ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, solcherlei Handlungen unter Strafe zu stellen.²¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Kritik kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erfolgen; aus Sicht des Rechtsanwenders ist die grundsätzliche Frage durch das Urteil des Bundesgerichtshofs im Verfahren gegen Aria L. zudem geklärt. Angemerkt seien lediglich folgende Punkte:

Die Kritik hinsichtlich der völkergewohnheitsrechtlichen Verankerung der Strafbarkeit der Leichenschändung als Kriegsverbrechen²² erscheint nach der hier vertretenen Auffassung als zu streng. Es ist zwar richtig, dass das VStGB bei seinem Erlass nur diejenigen Verhaltensweisen unter Strafe stellen sollte, deren Strafbarkeit gewohnheitsrechtlich abgesichert war.²³ Gleichzeitig soll durch das VStGB aber auch „zweifelsfrei“ sichergestellt sein, dass „im Hinblick auf die Komplementarität der Verfolgungszuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs [...] Deutschland stets in der Lage ist, in die Zuständigkeit des IStGH fallende Verbrechen selbst zu verfolgen“, zudem ging der Gesetzgeber des VStGB ersichtlich davon aus, dass das IStGH-Statut seinerseits nur Strafnormen enthielt, die bereits völkergewohnheitsrechtlich abgesichert waren (und deswegen das VStGB im Einzelfall über das IStGH-Statut hinausgehen kann).²⁴ Der BGH zieht für die Auslegung von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB unter anderem die Fußnoten 49 und 57 der IStGH-Verbrechenselemente heran, die sich auf den Tatbestand von Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxi) IStGH-Statut bzw. Art. 8 Abs. 2 lit. c (ii) IGHSt-Statut²⁵ beziehen und lapidar feststellen: „For this crime, ‚persons‘ can include dead persons.“²⁶ Hiernach kann kein Zweifel daran bestehen, dass der IStGH Taten wie die drei oben genannten aburteilen könnte.²⁷ Es ist zwar richtig, dass die

²¹ Berster, ZIS 2017, 264.

²² Berster, ZIS 2017, 264 (266).

²³ Berster, ZIS 2017, 264 (265), unter Berufung auf BT-Drs. 14/8524.

²⁴ Siehe auch für dieses Zitat BT-Drs. 14/8524, S. 12.

²⁵ Diese stellen jeweils die „Beeinträchtigung der persönlichen Würde, insbesondere entwürdigende und erniedrigende Behandlung“ im internationalen bzw. nichtinternationalen bewaffneten Konflikt als Kriegsverbrechen unter Strafe.

²⁶ Hinzu tritt jeweils der Hinweis, dass die entsprechend behandelte Person die Erniedrigung nicht wahrnehmen muss.

²⁷ Dass die konkreten oben genannten Verfahren aufgrund mangelnder Schwere an der Zulässigkeitschwelle von Art. 17 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut scheitern könnten, tut dem keinen Abbruch. Soweit Berster (ZIS 2017, 264 [268]) die Vermutung äußert, dem Rechtsgut der Totenehre könne an-

¹⁷ Vgl. nochmals OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.11.2016 – 5-3 StE 4/16-4-3/16.

¹⁸ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 1238; Zimmermann/Geiß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 8 VStGB Rn. 204.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 22.

²⁰ KG, Urt. v. 1.3.2017 – 2A 172 OJs 26/16 (3/16), Rn. 51.

Verbrechenselemente nach Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut ihrerseits lediglich Auslegungshilfen für die durch das Rom-Statut niedergelegten Verbrechenstatbestände sind. Gleichzeitig bestimmt jedoch Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut, dass sie für das Gericht zunächst einmal geltendes Recht darstellen. Sie sind, einschließlich der Fußnoten, durch die Staatenversammlung, mithin den „Gesetzgeber“ des IStGH, erlassen worden – einstimmig. Ihnen trotzdem aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte als politischer Kompromiss²⁸ keinerlei „gewohnheitsrechtsbildende Kraft“²⁹ durch Ausdruck einer *opinio juris* der Vertragsstaaten zuzumessen, erscheint nach hier vertretener Auffassung zu eng. Zwischenzeitlich spielen die Verbrechenselemente im Übrigen auch in der Spruchpraxis des IStGH eine wichtige Rolle. Im Bashir-Verfahren entschied die zuständige Vorverfahrenskammer hinsichtlich des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut und Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut mehrheitlich, dass die Verbrechenselemente, sofern sie nicht explizit im Widerspruch mit dem Statut stehen, bindend sind,³⁰ wobei auch dem Minderheitsvotum³¹ nicht zu entnehmen ist, dass nach der dort vertretenen Ansicht den Verbrechenselementen keinerlei normative Kraft zukäme. Die Verbrechenselemente wurden in den letzten Jahren durch den IStGH standardmäßig angewendet; dies gilt im Übrigen auch für die Fußnoten.³² Was die über die *opinio juris* hinaus für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht erforderliche Staatenpraxis angeht, so ist zu bemerken, dass nicht wenige Länder in ihrer Militärgesetzgebung entsprechende Strafvorschriften erlassen haben.³³ Und letztlich ist auch Deutschland mit der vorlie-

genden nunmehr gefestigten Rechtsprechung gerade dabei, eine entsprechende Staatenpraxis zu bilden – dies gilt auch für andere europäische Länder wie Schweden und Finnland, die sich hinsichtlich der Flüchtlingssituation in einer ähnlichen Lage wie Deutschland befinden.³⁴

Was das Wortlautargument (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG) betrifft, so lässt sich zweifellos darüber streiten, ob eine „verstorbene Person“ eine „Person“ im Sinne des VStGB sein kann. Nach hier vertretener Ansicht ist dies ohne Weiteres vertretbar. In der deutschen Rechtswissenschaft ist ein postmortaler Achtungsanspruch, auch wenn dessen Herleitung im Einzelnen strittig sein mag,³⁵ allgemein anerkannt; das Bundesverfassungsgericht jedenfalls geht auch davon aus, dass dieser Achtungsanspruch seine Wurzel in der Menschenwürde findet, die wiederum mit der Person des Menschen als Rechtsträger verknüpft ist.³⁶ Insofern ist es auch konsequent, dass der Bundesgerichtshof die „Totenehre bzw. [die] über den Tod hinaus fortwirkende Würde des Menschen“³⁷ als verletztes Schutzgut anführt.³⁸ Die Begriffskombination „verstorbene Person“, die ja letztlich nur dem Begriff der „Person“ ein Attribut hinzufügt, ist zudem nicht unüblich oder würde als paradox verstanden. Die von der Kritik vertretene Differenzierung zwischen der „verstorbenen Person“ einerseits und dem „verstorbenen Menschen“ andererseits³⁹ erweist sich nach hiesiger Ansicht als nicht zielführend. Zweifellos spielt für die Begrifflichkeit gerade im internationalen Kontext eine Rolle, dass die regelmäßig englisch- oder französischsprachigen Originaltexte von „person“ bzw. „personne“ sprechen; der Begriff „Mensch“⁴⁰ hingegen taucht in der

gesichts seines per se geringen Gewichts niemals eine hinreichende Schwere zukommen, kann dem bereits wegen der Existenz der genannten Fn. nicht gefolgt werden.

²⁸ Vgl. hierzu Koch, ZIS 2007, 150.

²⁹ Berster, ZIS 2017, 264 (266).

³⁰ IStGH (Vorverfahrenskammer I), Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09 (Al Bashir, Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), Rn. 128 ff.; vgl. auch IStGH (Hauptverfahrenskammer II), Entsch. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Bemba, Judgment pursuant to article 74 of the Statute), Rn. 68: „The Chamber is of the view that the Elements of Crimes form an integral part of the primary sources of applicable law provided for in Article 21 (1) (a) and, as such, in accordance with the principle of strict legality provided for in Article 22, should be applied subject to any conflict with the provisions of the Statute.“

³¹ IStGH, Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09 (Al Bashir, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka), Rn. 128 ff.

³² Vgl. z.B. IStGH (Hauptverfahrenskammer II), Entsch. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute), Rn. 906, 982, sowie zahlreiche Verweise in dortigen Fn.; vgl. auch IStGH (Hauptverfahrenskammer II), Entsch. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Bemba, Judgment pursuant to article 74 of the Statute), Rn. 87, 107, 123 f., sowie zahlreiche Verweise in dortigen Fn.

³³ Vgl. die Nachweise auf der Website des IKRK, online abrufbar unter

https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule113#Fn_93_22 (4.12.2017).

³⁴ Vgl. Amtsgericht Kanta-Häme (Kanta-Hämeen käräjäoikeus), Urte. v. 22.3.2016 – R16/214; Amtsgericht Pirkanmaa (Pirkanmaan käräjäoikeus), Urte. v. 18.3.2016 – R16/1304; Appellationsgericht Malmö (Hovrätten över Skåne och Blekinge), Urte. v. 11.4.2017 – B 3187-16.

³⁵ Vgl. etwa Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 1 Abs. 1 Rn. 57.

³⁶ Vgl. BVerfGE 30, 173 (194, „Mephisto-Urteil“): „Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.“

³⁷ BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 22.

³⁸ Kritisch hierzu Berster, ZIS 2017, 264 (268).

³⁹ Berster, ZIS 2017, 264 (268).

⁴⁰ Es bereitet insoweit bereits gewisse Probleme, den deutschen Begriff „Mensch“ seinerseits adäquat ins Englische oder Französische zu übersetzen; des Weiteren dürften bei der Formulierung von Rechtstexten inzwischen Gender-Aspekte eine nicht unerhebliche Rolle spielen.

deutschen Übersetzung des Genfer Rechts praktisch nicht auf.⁴¹ Zwar ist richtig, dass § 168 StGB sich auf einen „verstorbenen Menschen“ bezieht und der Begriff „verstorbene Person“ im StGB nicht enthalten ist.⁴² Ein weiterer Blick durch das StGB zeigt jedoch eine ganz überwiegend synonyme Verwendung der Begriffe „Mensch“ und „Person“.⁴³ Eine begriffliche Differenzierung würde zu merkwürdigen Ergebnissen führen: Während sich die Tötungsdelikte nach §§ 211 ff. StGB auf „Menschen“ beziehen, haben die Körperverletzungsdelikte nach §§ 223 ff. StGB „Personen“ zum Gegenstand. Tatbestandsobjekte des Menschenhandels und Menschenraubs nach § 233 bzw. § 234 StGB sind ebenfalls Personen. Ähnliches gilt hinsichtlich des Raubes (§ 249 StGB) und der Erpressung (§ 253 StGB): Bei konsequenter sprachlicher Differenzierung könnte man Personen berauben, erpressen hingegen nur Menschen (vergewaltigen wiederum nur Personen). Der brandenburgische Landtag schließlich hat, wie andere Landesgesetzgeber auch,⁴⁴ die sprachlich geläufigere der beiden Varianten⁴⁵ gewählt, wie § 1 Abs. 1 des brandenburgischen Bestattungsgesetzes beweist: „Die würdige Bestattung von verstorbenen Personen ist eine öffentliche Aufgabe.“ Die von der Kritik geforderte einschränkende Auslegung des § 8 Abs. 9 VStGB durch den deutschen Rechtsanwender auf lebende Personen als „weltweit konsensfähig[s] Begriffsverständnis“⁴⁶ rekurriert letztlich auf die dort vertretene These, dass die Strafbarkeit der Leichenschändung als Kriegsverbrechen gerade nicht völkergewohnheitsrechtlich abgesichert ist.

Der von der Kritik angesichts der rechtspolitisch als wünschenswert erachteten Pönalisierung der Leichenschändung im bewaffneten Konflikt geäußerte Vorschlag, diese stattdessen als Beihilfehandlung zu strafbaren Anschlussstaten zu bewerten, analog etwa zur jüngsten Rechtsprechung des BGH zu Tätigkeiten in Konzentrationslagern,⁴⁷ erscheint dagegen wenig praxistauglich und, gerade eingedenk der auch von der Kritik anerkannten Tatsache, dass sich die „internationale Bewertung [...] auf eine künftige Anerkennung [der Leichen-

schändung] als eigenständiges Kriegsverbrechen zubelegt“,⁴⁸ vergleichsweise umständlich.

2. Der Begriff der „gegnerischen Partei“ im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

Eine weitere in der Praxis der Bundesanwaltschaft wiederkehrende Rechtsfrage betrifft ebenfalls den Problemkomplex der vom humanitären Völkerrecht zu schützenden Personen. Derzeit wird vor dem OLG Düsseldorf der Fall des syrischen Staatsangehörigen Ibrahim Al-F. verhandelt. Diesem wird unter anderem vorgeworfen, im Jahr 2012 in der umkämpften nordsyrischen Stadt Aleppo als Anführer einer Miliz improvisierte Gefängnisse betrieben zu haben, in denen durch ihn und auf sein Geheiß Menschen gefoltert worden sein sollen, die seiner Gruppe bei ihren Tätigkeiten im Wege waren. Dabei soll Ibrahim Al-F. zum Teil auch rein finanzielle Interessen verfolgt haben, indem er willkürlich Menschen gefangen nahm und von ihnen und ihren Familien Lösegeld erpresste. Es stellt sich hinsichtlich einer Strafbarkeit wegen Kriegsverbrechen (insbesondere § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) die Frage, ob es sich bei den gefangenen Personen jeweils um solche handelte, die vom humanitären Völkerrecht zu schützen waren. Für den nichtinternationalen Konflikt werden diese in § 8 Abs. 6 Nr. 2 und 3 VStGB definiert. Beiden Bestimmungen ist gemein, dass aus Sicht des Opfers der Täter „der gegnerischen Partei“ angehören muss. Der Ausdruck „gegnerische Partei“ entstammt dabei dem humanitären Völkerrecht.⁴⁹ Als problematisch erweist sich der Begriff insbesondere in komplexen nichtinternationalen Konflikten wie dem syrischen Bürgerkrieg. Dort kämpfen aberhunderte von bewaffneten Gruppen bald mit-, bald gegeneinander, gründen sich neu und lösen sich wieder auf. Das macht es, zumal aus der Ferne, ungemein schwierig, festzustellen, wer an einem bestimmten Tag an einem bestimmten Ort eigentlich gegen wen kämpfte. An diese Frage schließt sich eine weitere, häufig noch schwierigere, an: Wird man einen Kämpfer häufig noch einer bestimmten bewaffneten Gruppe zuordnen können, sieht dies beim Tatopfer allzu oft anders aus. „Gewöhnliche Menschen“, die, soweit das im Krieg möglich ist, ihren alltäglichen Geschäften nachgehen und dabei Opfer von kriegsbedingten Gewalttaten werden, müssten sich nach dem Wortlaut von § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB „in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden“, um dem Schutz des humanitären Völkerrechts zu unterfallen. Welches aber ist aus der Sicht des Opfers, das sich gegebenenfalls überhaupt keiner Konfliktpartei zugehörig fühlt, die gegnerische Partei? Es erschiene widersinnig, gerade diesen Personen den Schutz des humanitären Völkerrechts zu versagen. Die Bundesanwaltschaft geht in ihren Verfahren von einem weiten Begriff der „gegnerischen Partei“ aus, was insbesondere aus dem Schutzzweck der Norm und der historischen Entwicklung begründet wird. Das humanitäre Völkerrecht stellte in internationalen Konflikten ursprünglich auf die Staatsangehörig-

⁴¹ Vgl. aber die Präambel des ZP II, in welcher von „menschlichen Personen“ die Rede ist.

⁴² Berster, ZIS 2017, 264 (268).

⁴³ Ausnahmen bilden insoweit die auch von Berster, ZIS 2017, 264 (268), angeführten Vorschriften, in denen „Person“ eher die „Persönlichkeit“ eines Menschen bezeichnet, z.B. § 54 Abs. 1 StGB, oder die Identität eines Menschen, vgl. etwa § 78b Abs. 2 Nr. 1 StGB.

⁴⁴ Vgl. z.B. § 2 Nr. 3 des schleswig-holsteinischen Bestattungsgesetzes. In einem Erlass des badischen Innenministeriums vom 31.3.1802 ist übrigens ebenfalls von „verstorbenen Personen“ die Rede, allerdings auch von „gestorbenen Menschen“, vgl. Grosherzoglich-Badisches Regierungsblatt, Siebenter Jahrgang, Nr. I. bis LIV., 1809, S. 105 f.

⁴⁵ Eine Internetsuche nach der Begriffskombination „verstorbene Person“ liefert 64.000 Treffer, eine nach der Kombination „verstorbener Mensch“ hingegen nur knapp 2.500.

⁴⁶ Berster, ZIS 2017, 264 (268).

⁴⁷ Berster, ZIS 2017, 264 (269 ff.).

⁴⁸ Berster, ZIS 2017, 264 (273 ff.).

⁴⁹ Die Formulierung „in der Gewalt der gegnerischen Partei“ gem. § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB gleicht derjenigen des Art. 11 ZP I.

keit des Opfers im Vergleich zu der kriegführenden Partei bzw. Besatzungsmacht ab, in deren Gewalt sich das Opfer befand.⁵⁰ Dies wurde später durch das Jugoslawientribunal (IStGH) insofern ausgeweitet, als nunmehr auch die unterschiedliche ethnisch-religiöse Zugehörigkeit als taugliches Abgrenzungskriterium angesehen wurde.⁵¹ Diese Ansicht wurde sowohl vom BGH als auch vom Gesetzgeber des VStGB unter dem Gesichtspunkt des größtmöglichen Schutzes für die betroffene Zivilbevölkerung ausdrücklich anerkannt.⁵² Insofern als der Gesetzgeber auch Angehörige humanitärer Hilfsmissionen und friedenserhaltender Missionen vom Schutzbereich umfasst sehen wollte,⁵³ entfernte er sich (gleichsam „innerlich“) bereits von einer engen Auslegung des Begriffs „gegnerisch“, da solche Missionen per definitionem zunächst einmal keiner Konfliktpartei zuzuordnen sind. Für einen Konflikt wie den syrischen Bürgerkrieg hilft jedoch auch diese Auslegung nur bedingt weiter. Insbesondere in der Anfangsphase des Konflikts war dieser – im Unterschied zu denen im ehemaligen Jugoslawien – weder ethnisch noch religiös in besonderer Weise geprägt; vielmehr handelte es sich zunächst um einen eher politischen Konflikt. Es ist hier im Einzelfall kaum möglich, eine bestimmte Person nach objektiven äußeren Kriterien einer bestimmten Konfliktpartei zuzurechnen, sofern diese Person nicht ersichtlich für eine bestimmte Gruppe kämpft. Einer nicht an Kampfhandlungen teilnehmenden Person aber aus eben diesem Grund den humanitär-völkerrechtlichen Schutz zu versagen, wäre absurd, denn es würde Menschen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt indirekt dazu zwingen, selbst zu den Waffen zu greifen oder sich sonst aktiv und nach außen erkennbar mit einer bestimmten Konfliktpartei zu solidarisieren. Konsequenterweise könnte eine Person ansonsten etwa durch einseitige Erklärung oder gar bloße Einnahme einer inneren Haltung ihren humanitär-völkerrechtlichen Schutz herbeiführen oder auch verlieren. Dies widerspräche dem Schutzzweck des Konfliktvölkerrechts. Der IStGH hat sich in jüngster Zeit von dem Prinzip, dass Kriegsverbrechen nicht gegen Mitglieder der eigenen Gruppe begangen werden können,⁵⁴ gelöst.⁵⁵

⁵⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 des Genfer Abkommens vom 12.8.1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV. Genfer Abkommen von 1949), in diesem Sinne auch noch JStGH (Verfahrenskammer), Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-t (Tadic), Rn. 584 ff.

⁵¹ JStGH (Berufungskammer), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Tadic), Rn. 164-166, st. Rspr.

⁵² BGH NJW 2001, 2728 (2730); BT-Drs. 14/8524, S. 30.

⁵³ BT-Drs. 14/8524, S. 30.

⁵⁴ So SCSL (Verfahrenskammer), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao), Rn. 1453.

⁵⁵ IStGH (Berufungskammer), Entsch. v. 15.6.2017 – ICC-01/04-02/06 OA5 (Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the „Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9“), Rn. 56 ff. Die Berufungskammer bestätigte eine Entscheidung der Hauptverfahrenskammer, wonach die Kriegsverbrechen der Vergewaltigung und sexueller Sklave-

Der Anwender des VStGB ist allerdings insoweit durch dessen Wortlaut beschränkt. Nach hier vertretener Ansicht muss es für den Begriff „gegnerisch“ jedoch ausreichen, wenn das Opfer objektiv nicht der Partei des Täters angehört, also dessen Partei keine Gefolgschaft schuldet, und der Täter das Opfer angreift, weil er es der gegnerischen Partei zurechnet, das Opfer also subjektiv gleichsam als „Feind“ behandelt, unabhängig davon, ob die Person sich innerlich tatsächlich mit der vom Täter als Konfliktgegner behandelten Gruppe identifiziert.⁵⁶ Eine solche „objektiv-subjektive“ Auslegung ist mit dem Wortlaut von § 8 Abs. 6 VStGB vereinbar. Dieser Ansicht scheint sich der BGH in einer Haftfortdauerentscheidung in dem genannten Verfahren im Grundsatz angeschlossen zu haben.⁵⁷ Er stellt im konkreten Fall darauf ab, dass die Opfer nicht der Gruppe des Angeklagten angehört und deren Absichten entgegenstehende Ziele verfolgten, sowie darauf, dass der Angeklagte sie als „der Regierung nahestehend und deshalb als Gegner“ betrachtete.⁵⁸

III. Ausblick

Der Bundesanwaltschaft ist die Arbeit im Völkerstrafrecht seit dem Jahre 2002 nicht ausgegangen; im Gegenteil ergab sich in den letzten Jahren die Notwendigkeit einer deutlichen Personalaufstockung. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass die gewaltsam ausgetragenen Konflikte in den letzten Jahren weltweit zugenommen haben und weiter zunehmen werden.⁵⁹ Jedenfalls aber sind die globalen Migrationsbewegungen in den vergangenen Jahren stärker, die Grenzen durchlässiger geworden. Hierdurch gelangen mutmaßliche Opfer ebenso wie mutmaßliche Täter in den Zugriffsbereich der deutschen Ermittlungsbehörden, was diese zum Handeln zwingt. Viele werden dauerhaft in Deutschland bleiben. Die Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch verjähren nicht. Es ist daher davon auszugehen, dass bereits die gegenwärtig auf der Welt stattfindenden Konflikte die deutsche Justiz noch auf Jahrzehnte beschäftigen werden.

rei auch gegen Mitglieder der eigenen bewaffneten Gruppe begangen werden können, ohne dass es hierfür auf einen Schutzstatus („status requirement“) der Opfer ankäme.

⁵⁶ So wohl auch *Cassese*, Journal of International Criminal Justice 2012, 1395 (1396): „Here, in addition to the fact that governments face rebels having the same nationality as government officials, civilians sometimes engage in fighting and attack other civilians – despite the fact that they have the same nationality – on the assumption that the latter ‘belong to’ the opposed faction (i.e. owe allegiance to the military and political structure of the opposed faction)“.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16.

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, Rn. 26.

⁵⁹ Vgl. etwa die jährlich erscheinenden „Konfliktbarometer“ des Heidelberger Instituts für Internationale Konfliktforschung (HIK), online abrufbar unter <https://www.hiik.de/de/konfliktbarometer/> (4.12.2017).

Die Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (ZBKV)

Von Erster Kriminalhauptkommissar **Klaus Zorn**, Meckenheim bei Bonn

I. Einleitung

Bereits seit Anfang der 1990er Jahre führt das Bundeskriminalamt (BKA) im Auftrag des Generalbundesanwaltes polizeiliche Ermittlungen gegen Straftäter, die für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verantwortlich sind.

Meine Kolleginnen und Kollegen – die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (ZBKV) – arbeiten mit daran, dass ein Teil dieser Gräueltaten – der „schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“, wie es in der Präambel des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes niedergeschrieben steht – aufgeklärt wird und die Täter sich vor Gericht verantworten müssen.

In diesem Bericht über die Arbeit des BKA im Phänomenbereich Völkerstrafrecht werden die Zentralstellenaufgaben der ZBKV vorgestellt sowie die Ermittlungstätigkeit der ZBKV im Zusammenhang mit einzelnen Konfliktsituationen (Bürgerkrieg im ehemaligen Jugoslawien, Völkermord in Ruanda, Straftaten der FDLR im Kongo [DRC], die Kriegsgeschehen in Syrien und im Irak, insbesondere durch die Milizen des sog. Islamischen Staates) präsentiert. Abschließend wird ein Ausblick auf zukünftige Ermittlungen durch BKA und Landeskriminalämter (LKÄ) gegeben.

II. Die Zentralstellenaufgaben der ZBKV

Die „Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen“ im BKA gibt es bereits seit 2003. Sie wurde 2009 strukturell erneuert und trägt seitdem die erweiterte Bezeichnung „Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ (ZBKV).

Die ZBKV im BKA arbeitet eng mit dem Generalbundesanwalt (GBA), dem Bundesamt für Justiz (BfJ), den ZBKV-Ansprechstellen bei den Staatsschutzdienststellen der Landeskriminalämter (LKÄ) und bei der Bundespolizei (BPol), dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) sowie dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) zusammen.

Im Rahmen der polizeilichen Analyse von Verstößen gegen das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) und vergleichbaren Straftatbeständen kooperiert die ZBKV u.a. mit spezialisierten europäischen und außereuropäischen Ermittlungsstellen (War Crimes Units), mit den ad-hoc-Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und für Ruanda (ICTR) bzw. deren Nachfolgeorganisation: The Mechanism for International Criminal Tribunals (MICT), mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH/ICC), mit INTERPOL und EUROPOL sowie mit dem EU-Genocide-Network und vielen Nicht-Regierungs-Organisationen (NGO).

Die Hauptaufgabe der ZBKV liegt in der Zentralstellentätigkeit mit einem Schwerpunkt auf der ermittlungsinizierenden Auswertung von VStGB-relevanten Sachverhalten sowie

in der Durchführung phänomenbezogener Ermittlungsverfahren.

Mutmaßliche Verstöße gegen das VStGB und vergleichbare Straftatbestände werden in der ZBKV aufbereitet und dem GBA zur rechtlichen Prüfung vorgelegt. Das BKA ist gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 BKAG für die Verfolgung von VStGB-Verstößen originär polizeilich zuständig. Mit der Bearbeitung neuer Ermittlungsverfahren aus diesem Phänomenbereich werden sowohl die ZBKV im BKA als auch vergleichbare Ermittlungseinheiten bei den LKÄ beauftragt.

III. Die Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg im ehemaligen Jugoslawien

Schon in den 1990er Jahren ermittelte das BKA im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg im ehemaligen Jugoslawien gegen Kriegsverbrecher. Als damals mehr als eine halbe Million Menschen aus Bosnien vor dem Bürgerkrieg nach Deutschland flüchteten, gab es auch Hinweise auf mutmaßliche Täter, die mit dem Flüchtlingsstrom nach Deutschland gekommen sein sollten, um sich der strafrechtlichen Verfolgung im ehemaligen Jugoslawien zu entziehen.

Der Generalbundesanwalt beauftragte das Bundeskriminalamt in den Folgejahren mit mehr als 140 Ermittlungsverfahren wegen Völkermordes oder Beihilfe zum Völkermord im ehemaligen Jugoslawien.

Zur damaligen „Ermittlungsgruppe Völkermord“ gehörten bald rund 20 Beamtinnen und Beamte, die schwerpunktmäßig in Deutschland, aber auch in vielen europäischen Ländern, in den USA und in Kanada, viele Opferzeugen befragten.

Nicht alle Ermittlungsverfahren führten zu Anklagen, aber in mehreren Urteilen sprachen zuständige deutsche Oberlandesgerichte lebenslange Haftstrafen wegen Völkermordes im ehemaligen Jugoslawien aus.

Die durch unsere Arbeit gewonnenen Erkenntnisse in einem für die deutschen Strafverfolgungsbehörden bis dahin neuen Kriminalitätsfeld offenbarten schwer zu beschreibende Grausamkeiten, Folter und Tötungen, die an den Opfern – an unschuldigen Frauen, an Kindern sowie jungen und alten Männern – im Balkankonflikt verübt wurden und haben dabei auch berufserfahrene Kriminalbeamte zum Teil tief erschüttert.

So ermittelte die ZBKV im Auftrag der Bundesanwaltschaft in den 1990er Jahren beispielsweise gegen den bosnischen Serben Dusko Tadic, der in dem Lager Omarska in Zentral-Bosnien viele Menschen auf brutalste Weise gefoltert und umgebracht hatte. Fast zwei Jahre lang wurden die Tatsachen minutiös zusammengetragen, die der GBA im Prozess vor dem ehemaligen Bayerischen Obersten Landesgericht zur Anklage brachte.

Seit 1993 hatte der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (IStGHJ/ICTY) in Den Haag seine Arbeit aufgenommen, nach dessen Statuten die Möglichkeit einer Übernahme eines nationalen Verfahrens bestand. Die

gesetzliche Möglichkeit der Überstellung an den ICTY wurde im Fall Dusko Tadic angewendet. Der Angeklagte wurde nur einen Tag vor Prozessöffnung in München nach Den Haag überstellt.

Später erhielt er dort eine zwanzigjährige Haftstrafe, die er dann wiederum in der Justizvollzugsanstalt Straubing in Bayern verbüßte, da es bis heute keine UN-Haftanstalten gibt.

Nicht zuletzt in dem in Deutschland gegen Dusko Tadic geführten Ermittlungsverfahren und in den vielen weiteren Völkermordverfahren wurde uns die Wichtigkeit der internationalen Kooperation mit den internationalen Strafgerichten, hier mit dem ICTY, und den anderen internationalen Ermittlungseinheiten bewusst. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit aller War Crimes Units und der gegenseitige Informations- und Erfahrungsaustausch ist ein sehr wichtiger Faktor bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Kriegsverbrechen und wird durch die ZBKV bis heute aktiv vorangetrieben.

IV. Die Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Völkermord in Ruanda

Die Schwerpunktländer der ZBKV-Ermittlungen seit 2009 waren Ruanda (RWA) und die Demokratische Republik Kongo (DRC).

Durch umfangreiche Ermittlungen der ZBKV im Auftrag der Bundesanwaltschaft wurde einem ehemaligen Bürgermeister aus Ruanda, Onesphore Rwabukombe, der sich seit vielen Jahren in Deutschland aufhielt, eine aktive Tatbeteiligung an dem sogenannten Kirchenmassaker von Kiziguru in Ruanda 1994 nachgewiesen. Hutu hatten dort mindestens 400 Menschen der Volksgruppe der Tutsi getötet. In Ruanda brachten Hutu-Milizen seinerzeit mehr als 500.000 Menschen um.

Die Ermittlungsdienstreisen in das zentralafrikanische Land waren für die ZBKV-Ermittler, zum Teil in Begleitung von Vertretern des GBA, eine große Herausforderung, insbesondere durch die schwierigen Vernehmungssituationen, oftmals in heruntergekommenen Räumen oder Haftanstalten, die mit deutschen Maßstäben nicht vergleichbar waren. Wir arbeiteten in einem gänzlich fremden Kulturkreis unter extremen klimatischen Bedingungen. Vor den Dienstreisen war eine Gelbfieberimpfung nötig, vor und während der Aufenthalte sehr umfassende Malariaphylaxen.

Es gab das permanente Problem, gute Dolmetscher für die fremde Landessprache Kinyarwanda zu finden. Und auch dem ständigen Vorwurf der Anwälte, die BKA-Ermittler hätten nur mit „präparierten“ Zeugen zu tun gehabt, mussten wir uns, neben vielen anderen Problemen, bei den Ermittlungsdienstreisen stellen.

Notwendige beweishebliche Tatortaufnahmen von Kiziguru und anderen Tatorten mit 3D-Sphären-Video-Technik mussten organisiert werden und wurden bei einer gesonderten Dienstreise nach Ruanda mit Unterstützung der Kollegen eines BKA-Fachreferates für Videotechnik gefertigt.

Mit Hilfe dieser Aufnahmen konnte „der Tatort in den deutschen Gerichtssaal“ gebracht werden, was sich vielfach

bei der Befragung von Zeugen durch die Richter als hilfreich erwies.

Möglich war dies alles nur auf freiwilliger Basis, mit einem sehr hohen persönlichen Engagement und der Überzeugung der Kriminalbeamtinnen und -beamten der ZBKV, „das Richtige“ zu tun.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main verurteilte Onesphore Rwabukombe im Februar 2014 zu 14 Jahren Haft. Ende Mai 2015 urteilte der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren, der Verurteilte sei Mittäter beim Genozid in Ruanda gewesen. Das neu festgelegte Strafmaß führte daher zu einer lebenslangen Haftstrafe mit gesonderter Feststellung der Schwere der Schuld des Verurteilten.

V. Die Ermittlungen im Zusammenhang mit den Straftaten der FDLR im Kongo

Die Ermittlungen gegen den in Deutschland lebenden Präsidenten der Rebellenorganisation FDLR (Forces Démocratiques de Libération du Rwanda), Ignace Murwanashyaka, und seinen Vizepräsidenten, Straton Musoni, hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit für die durch FDLR-Milizen im Kongo begangenen Gräueltaten und die hierzu durch sie von Deutschland aus erteilten Befehle, stellten sich zum Teil noch schwieriger dar.

Nach langen nationalen und europäischen Ermittlungen in diesem ersten nach dem VStGB geführten Ermittlungsverfahren führte uns der Weg erneut nach Ruanda, dann auch nach Goma, der Provinzhauptstadt der Nord-Kivu-Provinz der Demokratischen Republik Kongo.

Dort galt es, zusammen mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der BKA-Zeugenschutzseinheit, traumatisierte Opfer schwerster FDLR-Übergriffe gegen die Zivilbevölkerung der DRC – besonders gegen Frauen – zu vernehmen. Ein vom BKA zusammengestelltes reines „Frauen-Team“, in dem auch eine GBA-Staatsanwältin mitarbeitete, musste täglich mit weiteren ZBKV-Mitarbeitern die Grenze von Ruanda zum Kongo überschreiten, um möglichst abgeschottet Vergewaltigungsoffer aus den Kivu-Gebieten zu vernehmen. Ein nicht immer ungefährliches Unterfangen sowie eine überaus belastende Situation für die Opfer und auch für die vernehmenden Beamtinnen. Zwar erhielten wir Unterstützung von einigen Mitarbeitern der UN-Mission MONUSCO (Mission der Vereinten Nationen für die Stabilisierung in der Demokratischen Republik Kongo) und fuhren mit Eskorte durch Goma, aber als Gäste konnten wir uns dort nicht fühlen. Wir mussten uns insbesondere vor FDLR-Sympathisanten und -Kämpfern in Acht nehmen. Schließlich waren die ZBKV-Beamtinnen und Beamte diejenigen, die in Deutschland die FDLR-Führungsspitze verhaftet hatten. Der abendliche Grenzwechsel zurück nach Ruanda war daher immer beruhigend.

Die komplexen Ermittlungsergebnisse dieses Verfahrens brachte der GBA in den Stuttgarter „FDLR-Prozess“ ein, der nach fast fünfjähriger Prozessdauer mit dem erstinstanzlichen Urteil und einer Haftstrafe von 13 Jahren für den ehemaligen FDLR-Präsidenten sowie acht Jahren für seinen Stellvertreter vorläufig zu Ende ging. Das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofes steht noch aus.

Nach den sehr umfangreichen Ermittlungen im Stuttgarter „FDLR-Verfahren“ folgten für die ZBKV die sogenannten „FDLR-Unterstützer-Verfahren“. Unter Beteiligung einiger ZBKV-Ansprechstellen der Bundesländer sowie der Bundespolizei wurden Ermittlungen gegen 15 Beschuldigte in der eigens innerhalb der ZBKV im BKA eingerichteten „Ermittlungsgruppe FDLR“ geführt.

Im Dezember 2014 verurteilte das Oberlandesgericht Düsseldorf drei dieser Personen wegen Mitgliedschaft in der Rebellenorganisation FDLR und Unterstützung dieser Organisation zu Haftstrafen von zwei bis vier Jahren.

Die FDLR kann nach diesem Richterspruch offiziell als terroristische Vereinigung im Ausland bezeichnet werden.

VI. Die Ermittlungen im Zusammenhang mit dem aktuellen Kriegsgeschehen in Syrien und im Irak, insbesondere durch die Milizen des sog. Islamischen Staates

Die aktuellen Schwerpunkte der ZBKV liegen diesbezüglich in personenbezogenen Ermittlungsverfahren und in Strukturverfahren mit Bezügen zum Syrien-Konflikt sowie zu den Straftaten der Milizen des sogenannten Islamischen Staates (IS).

Im Rahmen des Strukturverfahrens Syrien werden Beweise für mögliche Straftaten von Angehörigen des syrischen Regimes von Staatspräsident Baschar al-Assad erhoben. Wir verdichten durch polizeiliche Arbeit anfängliche Hinweise auf Täter, insbesondere durch viele Vernehmungen von sich in Deutschland aufhaltenden syrischen Opferzeugen, die dezidierte Hinweise auf Massenmorde, systematische Vergewaltigungen als Kriegsmittel, Vertreibungen und Folter geben können. Die durch die polizeilichen Ermittlungen gewonnenen Erkenntnisse und Beweise über die Geschehnisse in Syrien stellen die Grundlage für zukünftige personenbezogene Ermittlungsverfahren in Deutschland dar. Sie können aber auch an einen anderen ermittelnden Staat oder an einen möglicherweise zukünftigen Internationalen Strafgerichtshof übermittelt werden.

Oftmals werden erste Informationen über ein Tatgeschehen durch Mitarbeiter von Nichtregierungsorganisationen (NGO) vor Ort erhoben. Durch die seit vielen Jahren bestehenden guten Kontakte der ZBKV mit solchen NGO, wie „Human Rights Watch“, „African Rights“, „Amnesty International“, der „Gesellschaft für bedrohte Völker“, dem ECCHR in Berlin u.v.a.m., gelangen diese Hinweise zu uns und werden durch die polizeiliche Arbeit und die strafprozessuale Sicherung dieser Erkenntnisse für weitere Strafverfahren in möglichen späteren Prozessen, in denen der GBA die Anklage vertritt, aufbereitet.

Als ein Beispiel hierfür kann ich auf die Ermittlungsarbeit der ZBKV im Zusammenhang mit den sogenannten „Caesar“-Fotos hinweisen. Die forensische Auswertung und Aufarbeitung der ca. 50.000 Fotos von in syrischen Foltergefängnissen umgebrachten Opfern, die durch einen ehemaligen syrischen Militärphotografen unter Lebensgefahr außer Landes gebracht wurden, ist eines unserer bedeutenden Auswerteprojekte. Gestützt wird dies durch die vielen damit zusammenhängenden Vernehmungen überlebender Opfer, um verantwortliche Täter dieser Gräueltaten, die sich vielleicht sogar in

Deutschland aufhalten, festzustellen und durch den Generalbundesanwalt anklagen zu lassen.

In enger Abstimmung mit den BKA-Ermittlern, die für die Bekämpfung des islamistischen Terrorismus zuständig sind, bewerten die ZBKV-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter neben den menschenverachtenden Grausamkeiten des Assad-Regimes an den eigenen Landsleuten auch die durch syrische oppositionelle Gruppen begangenen Völkerstraftaten sowie die äußerst brutalen und medienwirksam aufbereiteten Straftaten des IS unter völkerstrafrechtlichen Gesichtspunkten.

Der bisher nur medial angezeigte „Völkermord an den Jesiden im Nord-Irak“ durch die Milizionäre des IS wird ebenfalls durch ZBKV-Ermittlungen beweisfest für zukünftige Strafverfahren aufgearbeitet. Hierfür gesondert zusammengestellte und geschulte „Frauen-Teams“ des BKA vernehmen seit zwei Jahren mit Unterstützung durch Kolleginnen einiger Landeskriminalämter jesidische Opfer, überwiegend Frauen und Kinder, die im Rahmen eines Sonderkontingents als Flüchtlinge in Baden-Württemberg und zum Teil auch in Niedersachsen aufgenommen wurden.

Es bestehen durchweg Parallelen zu unserer Arbeit im „FDLR-Verfahren“ und den Opfervernehmungen im Kongo durch die eigens hierfür zusammengestellten „Frauen-Teams“. Diese Vorgehensweise wird von uns bewusst so eingesetzt, um der notwendigen Sensibilität im Umgang mit den vielen Vergewaltigungsopfern und insbesondere mit den schwer traumatisierten Opferzeuginnen Rechnung zu tragen.

Der GBA hat in diesem Zusammenhang mehrfach den Willen geäußert, das Völkerstrafgesetzbuch mit dessen hohen Strafandrohungen auch bei der Bekämpfung des islamistischen Terrorismus einzusetzen.

VII. Ausblick: Die zukünftigen Ermittlungen durch BKA und LKÄ

Die bereits 2003 durch die ZBKV im BKA begonnene Kooperation mit den sogenannten ZBKV-Ansprechstellen bei den Staatsschutzdienststellen der Landeskriminalämter und bei der Bundespolizei hat sich langfristig bewährt.

Nach anfänglich nur ermittlungsunterstützender Tätigkeit der LKÄ bei den durch das BKA geführten VStGB-Verfahren ist es zwischenzeitlich zur Normalität geworden, dass der GBA im Phänomenbereich Völkerstrafrecht entsprechende Ermittlungsverfahren auch durch die ZBKV-Ansprechstellen der LKÄ bearbeiten lässt. Alle personengebundenen Ermittlungsverfahren werden von der Zentralstelle der ZBKV im BKA aktiv begleitet.

Ein Großteil der anfänglichen Erkenntnisse zu mutmaßlichen Kriegsverbrechern, die zwischenzeitlich als „Flüchtlinge“ ihren Weg nach Deutschland gefunden haben, stammt aus den Erstbefragungen des BAMF.

Das Aufkommen dieser völkerstrafrechtlich relevanten Hinweise ist nach wie vor auf einem hohen Niveau. Seit 2015 sind weit mehr als 4.000 Hinweise auf völkerstrafrechtlich zu würdigende Sachverhalte bei der ZBKV eingegangen. Diese wurden und werden gesichtet, bewertet, kategorisiert und bei konkreten Täterhinweisen schnellstmöglich dem GBA zur rechtlichen Würdigung und möglichen Einleitung eines völkerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens vorgelegt.

Ein Großteil dieser Hinweise bezog sich bisher auf die Krisenregion Syrien und Irak. Es zeichnet sich jedoch ab, dass sich das Feld der bisherigen Tatortstaaten mit aktiven Täterbezügen nach Deutschland kontinuierlich erweitert. Standen bisher Kriegsverbrecher aus Ex-Jugoslawien, Ruanda, Syrien und dem Irak im Fokus der Ermittlungen, so verzeichnen wir zwischenzeitlich Ermittlungsverfahren mit Bezügen zu vielen anderen Kriegs- und Krisenregionen weltweit. Insgesamt stellt dies eine große Herausforderung für die eingesetzten Ermittler und auch für die Vertreter der Bundesanwaltschaft dar.

Wir erwarten dabei niemals den „schnellen Erfolg“. Ermittlungen im Umfeld von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen können nicht „mal eben nebenbei“ erfolgen. Es bedarf eines hohen persönlichen Engagements, oftmals weit über das normale Maß hinausgehend, und auch eines gewissen „Durchhaltevermögens“ bei den oft langjährigen Ermittlungen.

Die im Phänomenbereich Völkerstrafrecht eingesetzten Kriminalbeamtinnen und -beamten des BKA und der LKÄ haben neben der strafrechtlichen Verantwortung schon lange auch die ethische und moralische Verpflichtung zur Aufklärung dieser abscheulichen Verbrechen erkannt und sind von der Notwendigkeit der Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die deutschen Ermittlungsbehörden überzeugt. Gemeinsam verfolgen wir das allen völkerstrafrechtlichen Ermittlungen übergeordnete Ziel: No safe haven for the perpetrators and no impunity! Wir wollen durch unsere Arbeit dazu beitragen, dass Deutschland kein „sicherer Hafen“ für Kriegsverbrecher ist, die Täter nicht straflos davonkommen und darüber hinaus den Opfern in Deutschland die Möglichkeit einer rechtskonformen strafrechtlichen Aufarbeitung des ihnen zugefügten Unrechts ermöglicht wird.

Die Zerstörungsabsicht bei dem völkerstrafrechtlichen Verbrechen des Genozids Zugleich eine Anmerkung zur deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R.

Von Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.Eur., Leipzig*

I. Einleitung

Das Verfahren gegen Onesphore R., den ehemaligen Bürgermeister der ruandischen Gemeinde Muvumba, hat den 1994 in Ruanda verübten Genozid an den Tutsi zum Gegenstand. Der zugrunde liegende Fall bezieht sich auf das im Rahmen dieses Genozids am 11.4.1994 stattfindende „sog. Kirchenmassaker von Kiziguro“.¹ Der Angeklagte ist zunächst am 18.2.2014 vom 5. Strafsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. wegen Beihilfe zum Völkermord zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt worden.² Dieses Urteil hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs auf die Revisionen des Generalbundesanwaltes und der Nebenkläger am 21.5.2015 teilweise aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Strafsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.³ Hinsichtlich des objektiven Tatgeschehens bleiben nach Ansicht des BGH die Feststellungen des OLG zwar aufrechterhalten,⁴ jedoch belegen die Feststellungen entgegen der Ansicht des OLG nicht lediglich die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes der Beihilfe zum Völkermord, sondern „die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes eines mittäterschaftlich vom Angeklagten begangenen Völkermordes“.⁵ Hinsichtlich der im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des Völkermordes erforderlichen Zerstörungsabsicht – welche der 5. Strafsenat des OLG Frankfurt a.M. bei dem Angeklagten verneint hatte⁶ – liegt nach Ansicht des BGH eine rechtsfehlerhafte tatrichterliche Beweiswürdigung vor,⁷ weshalb ergänzende Feststellungen zum subjektiven Tatbestand des Völkermor-

des und hier zum Vorliegen der Zerstörungsabsicht in der Person des Angeklagten durch das neue Tatgericht erforderlich sind. Im anschließenden Urteil des 4. Strafsenates des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 29.12.2015 kam das OLG zu der Überzeugung, dass „der Angeklagte mit Zerstörungsabsicht handelte“⁸ und verurteilte den Angeklagten wegen mittäterschaftlich begangenen Völkermordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe.⁹

Der folgende Beitrag konzentriert sich auf das zum subjektiven Tatbestand des Genozidstraftatbestandes gehörende Merkmal der Zerstörungsabsicht. In einer Auseinandersetzung mit der deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R. sollen die Ausführungen des BGH und des OLG Frankfurt a.M. mit dem bestehenden wissenschaftlichen Diskussions- und Streitstand zu den verschiedenen Inhaltselementen der genozidalen Zerstörungsabsicht in Beziehung gesetzt sowie auf zu befürwortende und/oder kritisch zu würdigende Argumentationslinien untersucht werden.

II. Der Absichtsbegriff und die Frage des Vorsatzgrades für die genozidale Zerstörungsabsicht

1. Die Zerstörungsabsicht und deren Vorsatzgrad in der deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R.

Hinsichtlich der (umstrittenen) Frage, welcher Vorsatzgrad für die genozidale Zerstörungsabsicht erforderlich ist, ist die Begründungsführung des 4. Strafsenates des OLG Frankfurt a.M. im Verfahren gegen Onesphore R. durch ungenaue, zu offen und vage gehaltene und innerlich widersprüchliche Argumentationslinien gekennzeichnet. Einerseits spricht sich das OLG (wie auch der BGH) in Bekräftigung der früheren deutschen Rechtsprechung für ein Verständnis der Zerstörungsabsicht im Sinne eines zielgerichteten Wollens aus, d.h. verlangt – im Sinne der als purpose-based approach¹⁰ be-

* Bei dem Beitrag handelt es sich um eine inhaltlich erweiterte und mit Fußnoten versehene Schriftfassung meiner für die 13. Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht im Mai 2017 in Den Haag vorgesehenen Stellungnahme.

¹ BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 4 (juris).

² Siehe hierzu im Einzelnen OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10.

³ Siehe hierzu im Einzelnen BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14.

⁴ Siehe BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Tenor unter 1 (juris).

⁵ BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 9 (juris).

⁶ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 635 (juris): „Der Senat hat indes nicht festgestellt, dass der Angeklagte selbst in der Absicht handelte, die durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe der Tutsi als solche ganz oder teilweise zu zerstören“; siehe zudem Rn. 635: „Auch wenn er wusste, dass G. und die Angreifer mit dem Ziel handelten, die Tutsi körperlich und als soziale Gruppe auszurotten, kann doch aus seiner festgestellten Beteiligung am Kirchenmassaker von Kiziguro nicht mit einer zur Verurteilung wegen (Mit-)Täterschaft hinreichenden Sicherheit geschlossen werden, dass auch er selbst diese Absicht hatte“.

⁷ Siehe BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 9, 13-15 sowie 16-18 (juris).

⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 239 (juris); siehe zudem die Ausführungen zur rechtlichen Würdigung des subjektiven Tatbestandes Rn. 265 ff. und insbesondere der Zerstörungsabsicht Rn. 270-275.

⁹ Siehe hierzu im Einzelnen OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Tenor (juris); siehe zudem die Ausführungen von *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760, zum Tathergang und Verfahrensablauf; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186.

¹⁰ Siehe zum Diskussionsstand zum purpose-based approach und knowledge-based approach näher und mit weiteren Nachweise *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 146 ff.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 875 f.; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 6 Rn. 36; *Berster*, ZIS 2016, 72 (72). Zur den purpose-based approach befürwortenden Ansicht siehe u.a. *Werle/Jeßberger* (a.a.O.), Rn. 875 f.; *Roßkopf*, Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens, 2007, S. 111 ff.; *Lüders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, 2004, S. 112 ff.; *Hüb-*

zeichneten Ansicht und ihrer Betonung der voluntativen/wollensbezogenen Komponente in Form eines zielgerichteten Erfolgswillens – für die Zerstörungsabsicht den *dolus directus* 1. Grades.¹¹ Andererseits greift das OLG in seiner Begründungsführung in der Sache und im Schwerpunkt auf Kriterien zurück, die der als knowledge-based-approach bezeichneten Ansicht¹² mit ihrer Betonung der kognitiven/wissensbezogenen Komponente eigen sind. Das OLG stellt auf das Wissen/Bewusstsein des Angeklagten vom genozidalen Gesamtplan und gemeinsamen Aktionszusammenhang und vom Eingordnet-Sein seines Handelns in diesen kollektiven Gesamtplan und Aktionszusammenhang ab und führt aus, dass sich der Angeklagte bewusst in den Dienst dieses kollektiven Zerstörungsziels gestellt und unter innerer Bejahung dieses Ziels gehandelt habe.¹³ Trotz des

ner, Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht, 2004, S. 138 ff., 152 ff. Aus der internationalen und deutschen Rechtsprechung ICTY, Urt. v. 5.7.2001 – IT-95-10 (Jelusic, Appeals Chamber), Rn. 41 ff.; ICTY, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33 (Krstic, Trial Chamber), Rn. 549 f., 571; ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 498, 518 ff.; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT 95-5/18 (Radovan Karadzic, Trial Chamber), Rn. 2595 ff.; BGHSt 45, 64 (81); BGH NJW 2001, 2732 (2733). Zur den knowledge-based-approach befürwortenden Ansicht siehe u.a. Greenawalt, Columbia Law Review 99 (1999), 2259 (2265 ff.); van der Wilt, JICJ 4 (2006), 239 (241 ff.); Gil Gil, ZStW 112 (2000), 381 (395); Paul, Kritische Analyse und Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention, 2008, S. 255, 259 f.

¹¹ Siehe BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 (juris): „die nach § 220a Abs. 1 StGB aF erforderliche Völkermordabsicht, das heißt das *zielgerichtete Wollen* der teilweisen oder vollständigen Zerstörung einer von der Vorschrift geschützten Gruppe [...] zumindest in deren sozialer Existenz“ (*Hervorhebung durch Verf.*); OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 271, 275 (juris): „Diese den Tatbestand des Völkermordes erst begründende Absicht setzt voraus, dass es dem Täter im Sinne eines *zielgerichteten Wollens* auf die Zerstörung der von § 220a StGB a. F. geschützten Gruppe zumindest in deren sozialer Existenz ankommt“ (Rn. 271, *Hervorhebung durch Verf.*). „All dies lässt es als fernliegend erscheinen, der Angeklagte habe als einziger aller gemeinschaftlich handelnder Tatbeteiligter nicht mit Völkermordabsicht im Sinne eines *zielgerichteten Wollens* gehandelt“ (Rn. 275, *Hervorhebung durch Verf.*).

¹² Siehe dazu bereits die Hinweise in Fn. 10.

¹³ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 226, 228, 268, 273, 274 (juris): „vorliegend hat sich der Angeklagte mit seinem Tatbeitrag *bewusst* in den Dienst des von staatlicher Seite realistisch formulierten Zerstörungsziels gestellt und *unter innerer Bejahung* dieses Ziels gehandelt“ (Rn. 226); „stellte sich [...] *bewusst* in den Dienst des kollektiven Vernichtungsziels“ (Rn. 228); „Ihm war *bewusst*, dass sich sein Handeln im Rahmen eines genozidalen Gesamtplans und eines gemeinsamen Aktionszusammenhangs im gesamten Land wie auch im Gemeindegebiet Mu-

wiederholten¹⁴ Bezugs des OLG innerhalb seiner Begründungsführung auf damit in der Sache angesprochene wissensbezogene Kriterien des knowledge-based-approach bekennt sich das OLG dennoch im Ergebnis nicht eindeutig zu diesem knowledge-based-approach, d.h. nicht eindeutig zu einer Erweiterung der genozidalen Zerstörungsabsicht auf den *dolus directus* 2. Grades. Vielmehr versucht das OLG über den prozessualen Weg¹⁵ wieder zum Erfordernis des *dolus directus* 1. Grades zurück zu gelangen,¹⁶ indem es – in Bestätigung der entsprechenden früheren deutschen Rechtsprechung – auf ein Schließen aus dem äußeren Erscheinungsbild des Verhaltens des Angeklagten im Rahmen der genozidalen Gesamttat und aus der Kenntnis des Angeklagten von dieser Gesamttat auf seine innere Haltung zurückgreift und hierbei auf eine für den *dolus directus* 1. Grades sprechende Indizienwirkung des äußeren Verhaltens des Angeklagten im Rahmen der Gesamttat und seiner Kenntnis von der Gesamttat abstellt.¹⁷ Im vorliegenden Fall sind nach Ansicht des OLG bei dem Angeklagten an keiner Stelle innere Vorbehalte gegen das oder gar eine Missbilligung des genozidale[n] Gesamtgeschehen[s] erkennbar gewesen, was das OLG unter Bejahung der Indizienwirkung zum Ergebnis der Annahme der Zerstörungsabsicht des Angeklagten in der Form des *dolus directus* 1. Grades führt.¹⁸

Hervorzuheben ist, dass nicht der prozessuale Weg des Schließens unter Rückgriff auf die Indizienwirkung als solcher zu kritisieren ist (und auch von der *Verf.* nicht kritisiert wird), stellt sich dieser prozessuale Weg für nationale und

rambis vollzog [...]. Sein Vorsatz erstreckte sich in Anbetracht des Ausmaßes der gegen die Tutsi gerichteten Gewalttaten, die allen in Ruanda lebenden Personen und damit auch G., den Angreifern und *dem Angeklagten bekannt* waren bzw. von diesen miterlebt wurden, auf die tatsächliche Gefahr der Zerstörung der durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe der Tutsi“ (Rn. 268), „Vorliegend hat sich der Angeklagte mit seinen Tatbeiträgen *bewusst* in den Dienst des von staatlicher Seite realistisch formulierten Zerstörungsziels gestellt und unter innerer Bejahung dieses Ziels gehandelt“ (Rn. 273); „stellte sich damit *bewusst* und mit entsprechender Außenwirkung in den Dienst des kollektiven Vernichtungsziels“ (Rn. 274); *Hervorhebung durch Verf.*

¹⁴ Zu den Wiederholungen in den Ausführungen des OLG u.a. zum sich „*bewusst* in den Dienst“-Stellen siehe die Hinweise in Fn. 13.

¹⁵ Siehe zum prozessualen Weg unter Anknüpfung an den Indizienbeweis mit weiteren Hinweisen *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 148, § 8 Rn. 47; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 875, 886; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 40.

¹⁶ Siehe hierzu auch den Hinweis auf „[...] die „prozessuale Hintertür“ [...]“ (Rn. 81) von *Kreß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 6 VStGB Rn. 81.

¹⁷ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 225, 236, 239, 272 (juris); siehe zudem BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 18 (juris).

¹⁸ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 230, 275 (juris).

internationale Strafgerichte bei einer mangels direkter Beweise schwierigen Beweislage hinsichtlich insbesondere subjektiver Strafbarkeitsvoraussetzungen doch als notwendig und unverzichtbar dar, um überprüfen zu können, ob im konkreten Einzelfall vorliegende Indizien Ableitungen hinsichtlich der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen erlauben (oder nicht erlauben).¹⁹ Kritisiert wird aber die konkrete Umsetzung dieses prozessualen Weges durch das OLG im Verfahren gegen Onesphore R. Das OLG verlangt für die genozidale Zerstörungsabsicht den zielgerichteten Erfolgswillen (dolus directus 1. Grades), hätte dann aber im Rahmen seiner Beweis- und rechtlichen Würdigung mit einer noch größeren Genauigkeit gerade auch dieses eigene zielgerichtete Wollen des Angeklagten mit Blick auf die angestrebte Gruppenzerstörung – bzw. das Schließen und die Gründe für das Schließen auf diese vom Angeklagten in eigener Person gewollte Gruppenzerstörung – aufzeigen müssen. Eine (und auch, wie vorliegend, eine mehrfache bzw. sich wiederholende²⁰) explizite und hierbei etwas (zu) einseitig bleibende Betonung u.a. von wissensbezogenen Komponenten ist allein noch kein Ersatz für das Vorliegen des – sowie bedeutet auch allein noch kein automatisches und zwingendes Schließen auf das Vorliegen des – für den dolus directus 1. Grades erforderlichen gerade eigenen Willens des Täters bezüglich der Gruppenzerstörung.²¹ Vielmehr besteht ein Unterschied zwischen dem Wissen einer Person von der kollektiven genozidalen Zerstörungsabsicht einerseits und der von dieser Person selbst gewollten Gruppenzerstörung andererseits. Und eben diese Unterscheidung sowie das Schließen auf das hier nach Ansicht des OLG vorliegende eigene Wollen der Gruppenzerstörung in der Person des Angeklagten zum Tatzeitpunkt hätte das OLG noch etwas präziser aufzeigen und tiefergehender begründen müssen.

¹⁹ Siehe dazu u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 148; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 875, 886 m.w.N.; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 40; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 16 Rn. 17; *Werle/Burghardt*, ZIS 2015, 46 (55): „kann sich diese Absicht allein aus dem erkennbaren Verhalten des Angeklagten ergeben“; *Lüders* (Fn. 10), S. 117.

²⁰ Zu den Wiederholungen in den Ausführungen des OLG siehe bereits die Hinweise in Fn. 13.

²¹ Siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 875, wonach das bezüglich der Teilnahme an einem Vernichtungsangriff auf eine Gruppe vorhandene „[...] Wissen des Täters [...] die Völkermordabsicht nicht ersetzen, aber ihr Vorliegen indizieren [kann]“ sowie „[S]tets [...] die Feststellung getroffen werden [muss], dass der Täter selbst in Zerstörungsabsicht gehandelt hat“; *Burghardt*, JZ 2016, 106 (107 f.) im Zusammenhang mit Ausführungen zum Zwischenziel: „[...] nicht darauf beschränken kann, Feststellungen zur kognitiven Tatseite zu treffen, sondern auch die voluntative Dimension untersuchen muss“; *Lüders* (Fn. 10), S. 152 ff.: „sagt allein noch nichts Endgültiges darüber aus [...]“ (S. 156), kein „zwangsläufig[es]“ (S. 157) Teilen der Zerstörungsabsicht des Haupttäters bei einem wissentlichen Beitrag-Leisten zu einem Völkermord.

Zum Ersten sind ein (vom OLG aufgeführtes²²) mit Bezug auf das kollektive genozidale Gesamtgeschehen und Zerstörungsziel vorhandenes „Bewusst-Sein“, „in den Dienststellen“ und „inneres Bejahen“ mit oder ohne eigenes Wollen der Gruppenzerstörung in der Person des Angeklagten denkbar. Dies (zum Zweiten) erst recht, wenn sich, wie vorliegend, die Gruppenzerstörung nicht selbst als das Endziel, sondern als „notwendiges Mittel“²³ zur Erreichung eines anderen Endziels des Angeklagten – hier in Gestalt des Aufrechterhaltens seiner „Stellung im staatlichen System Ruandas“²⁴ und seiner „Machtposition als Bürgermeister und Autoritätsperson“²⁵ – darstellt. Wird zum einem von der Gruppenzerstörung als einem „notwendige[n] Mittel [...]“, um²⁶ bzw. „notwendige[n] Mittel für einen dahinter liegenden weiteren Zweck“²⁷ und zum anderen von einem „Zwischenziel des Täters“²⁸ gesprochen, so hätte es auch hier näherer Präzisierungen dazu bedurft, dass sich das zielgerichtete Wollen als voluntative Komponente des dolus directus 1. Grades auch auf die Gruppenzerstörung an sich erstrecken muss (sowie, inwieweit und aus welchen Gründen im vorliegenden Fall nach Ansicht des OLG auf diese hinsichtlich der Gruppenzerstörung an sich erforderliche voluntative Komponente des dolus directus 1. Grades mittels Indizien geschlossen werden kann).²⁹ Zum Dritten wären präzisere Ausführungen zum eigenen Wollen bzw. zu den Gründen für das über Indizien Schließen-Können auf das eigene Wollen der Gruppenzerstörung in der Person des Angeklagten zum – aufgrund des Koinzidenzprinzips hierfür entscheidenden³⁰ – Tatzeitpunkt auch deshalb nötig gewesen, weil gerade auch (wie das OLG selbst feststellt) die Zerstörung der „Volksgruppe der Tutsi kein durchgehend beherrschendes bzw. besonderes eigenes Anliegen des Angeklagten gewesen sein mag [...]“, sein Vor- und Nachtatverhalten „[...] nicht eindeutig bzw.

²² Siehe hierzu bereits die Hinweise in Fn. 13 zu OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 226, 228, 268, 273, 274 (juris).

²³ OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 227 (juris); ebenso BGH, Urte. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris).

²⁴ OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 227 (juris); ebenso BGH, Urte. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris).

²⁵ OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 227 (juris); ebenso BGH, Urte. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris).

²⁶ OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 227 (juris).

²⁷ BGH, Urte. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris).

²⁸ BGH, Urte. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris); siehe zudem OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 271 (juris).

²⁹ Siehe zur diesbezüglichen Kritik auch u.a. *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (764), wonach das OLG im vorliegenden Fall „keine Feststellungen zur voluntativen Seite getroffen“ hat; *Berster*, ZIS 2016, 72 (73).

³⁰ Siehe hierzu auch u.a. *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (190); *Werle/Burghardt*, ZIS 2015, 46 (55).

einheitlich, sondern ambivalent und kontextabhängig [...]“ war und „[...] es für sich auch keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Vorstellung und die innere Motivlage des Angeklagten zur Tatzeit (erlaubt)“.³¹

2. Die Befürwortung eines zukünftig erweiterten Verständnisses der genozidalen Zerstörungsabsicht und ihrer Vorsatzgrade

a) Der prozessuale Weg des Schließens unter Abstellen auf die Indizienwirkung

Neben diese Kritik an der zu ungenau und vage gehaltenen Umsetzung des prozessualen Weges des Schließens unter Abstellen auf die Indizienwirkung durch das OLG tritt der Kritikpunkt, dass sich die Rechtsprechung bei einem „Rückzug“ auf diesen prozessualen Weg zudem einer grundsätzlichen Stellungnahme zur Frage des Ausreichens von *dolus directus* 2. Grades für die genozidale Zerstörungsabsicht entzieht. Dieser prozessuale Weg des Schließens unter Abstellen auf die Indizienwirkung, um unter Rückgriff auf (u.a.) wissensbezogene Kriterien des knowledge-based-approach von diesen dann doch wieder zum Ergebnis einer Zerstörungsabsicht im Sinne eines *dolus directus* 1. Grades mit dem hierfür erforderlichen zielgerichteten Erfolgswillen zu gelangen, kann aber wiederum nur gelingen, wenn in einem konkreten Fall (wie hier z.B. vom 4. Strafsenat des OLG) die Indizienwirkung tatsächlich bejaht wird. Ist im Fall einer solchen bejahten Indizienwirkung – mit der in Folge dessen bejahten Zerstörungsabsicht mit (über die Indizienwirkung bejahtem) *dolus directus* 1. Grades – eine grundsätzliche Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage des Ausreichens auch von *dolus directus* 2. Grades zwar an sich nicht nötig, so wäre aber auch in diesem Fall einer bejahten Indizienwirkung eine solche Stellungnahme zumindest wünschenswert – gerade aufgrund der bereits länger anhaltenden umstrittenen Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum über den Vorsatzgrad der genozidalen Zerstörungsabsicht.

Spätestens jedoch, wenn in einem konkreten Fall hinsichtlich der Gruppenzerstörung zwar wissensbezogene Kriterien in der Person des Angeklagten vorliegen, eine Indizienwirkung auf das eigene Wollen der Gruppenzerstörung in der Person des Angeklagten aber verneint wird – d.h. wenn man infolge Ablehnung der Indizienwirkung nicht mehr über den prozessualen Weg des Schließens zur Bejahung des *dolus directus* 1. Grades gelangt und man damit auf der Grundlage einer (hier dann fehlenden) sich auf das eigene Wollen stützenden Zerstörungsabsicht nicht wegen täterschaftlich begangenen Völkermordes, sondern nur wegen Teilnahme am Völkermord bestrafen kann³² –, dann ist es mehr als nur wünschenswert, dass sich die Rechtsprechung eindeutig zur Frage des Vorsatzgrades der Zerstörungsabsicht äußert, d.h. dazu,

ob für die Zerstörungsabsicht auch *dolus directus* 2. Grades ausreichend ist und dann auf dieser Basis eine Strafbarkeit wegen täterschaftlich begangenen Völkermordes möglich wäre. Dies ist mehr als nur wünschenswert nicht nur deshalb, weil sich innerhalb der bereits lange anhaltenden kontroversen Diskussion zum Vorsatzgrad der Zerstörungsabsicht jeweils gut begründete Ansichten zum Ausreichen des *dolus directus* 2. Grades³³ oder zu einer diesbezüglich vorzunehmenden vorsatzgradbezogenen Differenzierung zwischen verschiedenen Täterhierarchieebenen³⁴ entwickelt haben. Mehr als nur wünschenswert ist eine solche in der Herleitung und im Ergebnis klare und gut begründete Stellungnahme der deutschen Rechtsprechung unter Auseinandersetzung mit der internationalen Rechtsprechung und den im Schrifttum vertretenen Ansichten zudem für die hiermit für die deutsche Rechtsprechung selbst einhergehende Möglichkeit entweder einer Bekräftigung ihrer bisherigen Ansicht (vom Erfordernis des *dolus directus* 1. Grades) oder einer Änderung ihrer bisherigen Ansicht mit Öffnungen über den *dolus directus* 1. Grades hinaus.³⁵

b) Zur zukünftigen Erweiterung des Verständnisses der genozidalen Zerstörungsabsicht in Form des *dolus directus* 1. und 2. Grades

Es ist das teleologische Moment des Rechtsgüterschutzes des Genozidstraftatbestandes mit seinem Schutz des überindividuellen Rechtsgutes des Existenzrechts einer Gruppe,³⁶ das sich als das entscheidende Moment in Hinblick auf eine Erweiterung des Vorsatzgrades der Zerstörungsabsicht über den *dolus directus* 1. Grades hinaus auf den *dolus directus* 2. Grades erweist.³⁷ Dieses auf den Schutzzweck des Genozidstraftatbestandes abstellende erweiterte Verständnis der genozidalen Zerstörungsabsicht hat hierbei für alle in den kollektiven Aktionszusammenhang eingebundenen täterbezogenen Hierarchieebenen gleichermaßen zu gelten, d.h. unter Ablehnung einer Differenzierung zwischen oberster,

³¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 237 (jur.); siehe hierzu zudem Werle/Burghardt, ZIS 2015, 46 (55).

³² Siehe auch den Hinweis von Ambos/Penkuhn, StV 2016, 760 (763), auf die „Beihilfe“ bei „bloße[r] Kenntnis“ der Zerstörungsabsicht.

³³ Siehe hierzu bereits die Hinweise zu der den knowledge-based-approach befürwortenden Ansicht in Fn. 10.

³⁴ Siehe hierzu die Hinweise zur eine vorsatzgradbezogene Differenzierung in Anknüpfung an unterschiedliche Hierarchieebenen befürwortenden Ansicht in Fn. 64.

³⁵ Siehe hierzu auch Berster, ZIS 2016, 72 (73).

³⁶ Siehe hierzu u.a. Demko, SZIER/RSDIE 2009, 223 (225); Drost, The Crime of State, Book II, Genocide, 1959, S. 81 ff.; Fronza, in: Lattanzi/Schabas (Hrsg.), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Volume I, 1999, S. 105 (118 f.).

³⁷ Siehe hierzu auch näher u.a. Vest, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, S. 104 ff.; siehe auch der Hinweis von Werle/Jeßberger (Fn. 10), Rn. 866, auf das „Schutzgut“ im Zusammenhang mit der Frage nach einer auf objektiver Tatseite vorliegenden Gesamttat bei dem Genozidstraftatbestand; Triffterer, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1415 (1440): „rechtzeitige[r] und effektive[r] Rechtsgüterschutz“.

mittlerer und unterer Führungs-, Organisations- und Ausführungsebene.³⁸

Für diese zu befürwortende Erweiterung der genozidalen Zerstörungsabsicht auf den *dolus directus* 2. Grades für alle täterbezogenen Hierarchieebenen spricht, dass es bei dem Genozidstraftatbestand mit Blick auf die Zerstörungsabsicht nicht um eine Strafbarkeitseinschränkung geht, bei welcher für eine zu bejahende Strafbarkeit zusätzlich zum geschützten Rechtsgut noch eine sich nicht auf dieses Rechtsgut beziehende Absicht des Täters als überschießende Innentendenz in Form des *dolus directus* 1. Grades hinzutreten muss.³⁹ Vielmehr geht es beim Genozidstraftatbestand umgekehrt um einen vorverlagerten und damit verstärkten im Sinne von erweiterten Rechtsgüterschutz,⁴⁰ indem eine „Gruppe“ bezüglich ihrer Existenz nicht erst vor einer objektiv-tatsächlich eintretenden Rechtsgutverletzung (durch eine objektiv-tatsächliche Zerstörung der Gruppenexistenz), sondern bereits vor einer (abstrakten) Rechtsgutgefährdung zu schützen ist.⁴¹ Diese abstrakte Rechtsgutgefährdung wird hierbei – unter zu befürwortender Anknüpfung an die Verankerung des internationalen Elements bei dem Genozidstraftatbestand nicht auf der objektiven, sondern auf der subjektiven Tatbestandsebene⁴² – durch die in Hinblick auf die Gruppenzerstö-

rung bestehende subjektive Tätersicht vermittelt im Sinne von durch diese sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtende subjektive Tätersicht zum Ausdruck gebracht.⁴³ Mit Blick auf die Frage, welche Vorsatzgrade man als von der genozidalen Zerstörungsabsicht erfasst ansehen möchte, bleibt dabei zu beantworten, wie weit diese Vorverlegung der Strafbarkeit zu reichen hat. D.h., es ist zu beantworten, ob die Bejahung der Strafbarkeit wegen Genozids bereits an eine jede, durch die subjektive Tätervorstellung vermittelte Form einer (abstrakten) Rechtsgutgefährdung anzuknüpfen ist (mit der Folge, dass auch der Eventualvorsatz von der genozidalen Zerstörungsabsicht erfasst werden könnte) oder ob eine bestimmte über die subjektive Tätervorstellung vermittelte „Intensivierung“ einer (abstrakten) Rechtsgutgefährdung zu verlangen ist (mit der Folge, dass der *dolus directus* 1. und 2. Grades, nicht aber der Eventualvorsatz von der genozidalen Zerstörungsabsicht erfasst werden könnten).

Mit dem mit dem Genozidstraftatbestand verbundenen erweiterten, weil bereits an eine abstrakte Rechtsgutgefährdung ansetzenden Rechtsgüterschutz geht die Vorstellung einher, den Genozidstraftatbestand (trotz seiner – mit der tatbestandsmäßigen Verwirklichung der mit Zerstörungsabsicht begangenen genozidalen Einzeltaten – eingetretenen Vollendung) von seinem Rechtsgut her betrachtet in materieller Hinsicht mit Bezug auf die Gruppenzerstörung – die nicht objektiv-tatsächlich vorliegen, sondern vom Täter nur subjektiv „beabsichtigt“ sein muss – als einen materiellen Versuchstatbestand anzusehen.⁴⁴ In einer Zuordnung des Genozidstraftatbestandes zu den sog. „erfolgskupierten Delikte[n]“⁴⁵ stellt die Begehung der genozidalen Einzeltaten von Art. 6 lit. a-e IStGH-Statut das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung der Gruppenzerstörung dar, wobei der Täter die Einzeltaten mit einer über diese hinausreichenden und sich auf die Rechtsgutverletzung in Gestalt der Zerstörung der Gruppe ausrichtenden subjektiven Vorstellung als überschießender

³⁸ Siehe hierzu näher unter II. 2. d).

³⁹ Siehe hierzu auch die Ausführungen von *Gehrig*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 45 ff., 79, 163, zum Absichtsmerkmal bei bestimmten Tatbeständen, in welchen dem Absichtsmerkmal eine „strafbarkeitseinschränkende Funktion“ (S. 79) zukomme und das Absichtsmerkmal einen Bezug „auf außerhalb des geschützten Rechtsgutes liegende Umstände“ (S. 45, *Hervorhebung* im Original) habe; siehe zudem *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 16.

⁴⁰ Siehe u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 866: „Vorverlagerung des völkerrechtlichen Strafschutzes“; *Lüders* (Fn. 10), S. 170; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 85; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1424, 1440 f.; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (394 f.).

⁴¹ Siehe auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 866; *Lüders* (Fn. 10), S. 170: „typischerweise gefährlich“; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 85: „Der Sache nach [...] eine Vorverlagerung der Tatvollendung auf das Stadium der bloßen Gefährdung des Rechtsguts „Bestand der Gruppe“ [...]“; nach *Triffterer* (Fn. 37), S. 1424, tritt eine vorverlagerte Strafbarkeit „bereits ein, bevor eine Gefährdung der Gruppe oder eines ihrer Teile auch nur in das Versuchsstadium gelangt ist“; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (394 f.); siehe im Zusammenhang mit Fragen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 165: kein Abwarten der „eigentliche[n] Rechtsgutsverletzung [...]“, sondern Genügen einer „[...] darauf gerichtete[n] „Absicht“ [...]“ (S. 165); *Roxin* (Fn. 39), § 12 Rn. 16.

⁴² Siehe hierzu u.a. *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (488); *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 140: spezifische Vernichtungsabsicht „als Träger des systematischen bzw. internationalen Elements des Tatbestands“; *Demko*, SZIER/RSDIE 2009, 223 (228 f.); *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 860 ff., und mit dem Hinweis, dass bei einer Ausgestaltung des internationalen Elements als

überschießende Innentendenz dies „zumindest auf Tatbestandsebene von Feststellungen zu der unter Umständen höchst intrikaten Frage, ob eine potentielle Eignung der einzelnen Tat besteht, den Fortbestand der geschützten Gruppe zu gefährden“ (Rn. 866) enthebt.

⁴³ Siehe auch die Ausführungen von *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 866: „[...] die tatbestandsmäßige Betätigung der Zerstörungsabsicht [wird] stets als [abstrakte] Gefahr für den Fortbestand einer [...] geschützten Gruppe und daher als Weltfriedensstörung bewertet“; *Lüders* (Fn. 10), S. 170; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1422 ff., 1440 f.); *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (394 f.).

⁴⁴ Siehe hierzu u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 100: „[...] vom betroffenen Rechtsgut her gesehen reicht ein in genozidaler Absicht vorgenommener Versuch [...]“; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (480); *Lüders* (Fn. 10), S. 170; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (394 f.); zudem im Zusammenhang mit den sog. erfolgskupierten Delikten *Gehrig* (Fn. 39), S. 41 ff., zu Fragen der Kennzeichnung als „materielle Versuchstatbestände“ (S. 41).

⁴⁵ *Gehrig* (Fn. 39), S. 33, siehe hierzu auch die weiteren Ausführungen auf den S. 41 ff.; siehe zudem *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (480): „verkümmert-zweiaktige[s] Delikt“.

Innentendenz begeh.⁴⁶ Diese sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtende subjektive Vorstellung des Täters ist hierbei ihrerseits zu bewerten als eine bzw. stellt sich dar als eine durch sie gleichsam stets mitausgesprochene abstrakte Gefahr für die (Fort-)Existenz der geschützten Gruppe.⁴⁷ D.h., die sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtende subjektive Vorstellung des Täters ist ihrerseits als ein durch sie vermittelter Ausdruck für die abstrakte Gefahr für die Gruppen(fort-)existenz anzusehen. Sowohl (zum Ersten) der Bezug zu dem vom Genozidstraftatbestand geschützten Rechtsgut der Gruppenexistenz als auch (zum Zweiten) das vom Genozidstraftatbestand in Hinblick auf dieses geschützte Rechtsgut der Gruppenexistenz beinhaltete abstrakte Rechtsgutgefährdungsmoment⁴⁸ werden mithin gerade durch die sich auf die Rechtsgutverletzung in Gestalt der Gruppenzerstörung ausrichtende subjektive Sicht des Täters bei seiner (genozidalen Einzel-)Tatbegehung vermittelt,⁴⁹ wobei diese subjektive Tätersicht ihrerseits stets mit der durch sie zum Ausdruck gebrachten abstrakten Gefahr für die Gruppen(fort-)existenz verknüpft ist.⁵⁰ Hierbei mit zu beachten ist, dass sich als Voraussetzung für ihre Bewertung als abstrakte Gefahr für die Gruppen(fort-)existenz die sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtende subjektive Tätersvorstellung als eine überhaupt realistische subjektive Tätersvorstellung darzustellen hat, was sowohl für die genozidale Zerstörungsabsicht in

Form des *dolus directus* 1. Grades als auch für die genozidale Zerstörungsabsicht in (der hier befürworteten erweiterten) Form des *dolus directus* 2. Grades gilt. Angesprochen ist damit das Erfordernis einer sich auf der subjektiven Tatseite widerzuspiegeln zu habenden überhaupt realistischen Gefahr für die Zerstörung der Gruppenexistenz: Danach verlangt die Bejahung der genozidalen Zerstörungsabsicht (in Form des *dolus directus* 1. und 2. Grades⁵¹) nach einer sich in der subjektiven Tätersvorstellung zeigen müssenden überhaupt realistischen/überhaupt „potenziell realisierbare[n]“⁵² genozidalen Zerstörungsabsicht, unter Beachtung des Gesichtspunkts der für die Bejahung der genozidalen Zerstörungsabsicht nicht genügenden irrationalen realitätsfernen bloßen Wunschvorstellungen, Ahnungen oder Hoffnungen des Täters.⁵³

⁴⁶ Siehe u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 100: „[...] Vorschrift mit „überschießender Innentendenz“ [...] spezifische Ausgestaltung als mit einem vorsätzlichen objektiven „Grundtatbestand“ verknüpftes Absichtsdelikt“.

⁴⁷ In diesem Sinne ebenso *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 866: „[...] stets als [abstrakte] Gefahr für den Fortbestand einer [...] geschützten Gruppe [...] bewertet wird“; *Lüders* (Fn. 10), S. 170: „Die Gefahr für das geschützte Rechtsgut erwächst aus dem Umstand [...]“ einer vom Täter verwirklichten Einbeziehung weiterer sich gegen den Bestand der Gruppe richtender Taten „[...] in seine Vorstellung von der Gesamttat“ bereits bei Vornahme seiner ersten Tathandlung; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1439 ff.

⁴⁸ Siehe im Zusammenhang mit Fragen zur vorverlagerten Strafbarkeit den Hinweis von *Gehrig* (Fn. 39), S. 31: „Gefährdungsmoment im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut“.

⁴⁹ Siehe auch u.a. *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 85: „Der Sache nach bewirkt das Absichtsmerkmal eine Vorverlagerung der Tatvollendung auf das Stadium der bloßen Gefährdung des Rechtsguts „Bestand der Gruppe“ [...]“.

⁵⁰ Siehe auch die Ausführungen von *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 866: „[...] die tatbestandsmäßige Betätigung der Zerstörungsabsicht [wird] stets als [abstrakte] Gefahr für den Fortbestand einer [...] geschützten Gruppe und daher als Weltfriedensstörung bewertet“; siehe im Zusammenhang mit Fragen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 31, 165; *Lüders* (Fn. 10), S. 170: „Mit der ersten Handlung hat der Täter seinen Willen manifestiert und deutlich gemacht, dass er es dabei nicht belassen wird“; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1424, 1441; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (394).

⁵¹ Siehe dazu auch *Triffterer* (Fn. 37), S. 1422 f.: „erscheint die Frage, mit welcher Intensität der Täter dieses Ziel verfolgt haben muß, zweitrangig“ (S. 1423, *Hervorhebung* im Original), „daß ein erweiterter Vorsatz mit einem Bezugspunkt außerhalb der Realität nicht für eine Bestrafung wegen Völkermordes ausreicht, unabhängig davon, in welcher Form er vorliegt“ (S. 1423).

⁵² *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 78, mit dem zutreffenden Hinweis: „nur wenn eine potenziell realisierbare Zerstörungsabsicht besteht, ist der Täter so gefährlich, dass sein Verhalten für das Völkerstrafrecht Relevanz erhält“ (Rn. 78); *Triffterer* (Fn. 37), S. 1422 f., 1441 f.: „muß der Täter in seinen (Tat-)Vorsatz aufgenommen haben“ (S. 1423), „Realisierbarkeit, auch nach der Vorstellung des Täters“ (S. 1441 f., *Hervorhebung* im Original).

⁵³ Zu dem Gesichtspunkt der sich auf der subjektiven Tatseite widerspiegeln müssenden überhaupt realistischen Gefahr für die Zerstörung der Gruppenexistenz siehe u.a. *Triffterer* (Fn. 37), S. 1422 f.: „nur dann als strafwürdig anzusehen, wenn diese überschießende Innentendenz nicht auf etwas Irrationales gerichtet ist“ (S. 1422); *Berster*, ZIS 2016, 72 (72), im Zusammenhang mit Ausführungen zum nach täterbezogenen Hierarchieebenen differenzierenden Verständnis der Zerstörungsabsicht: „[...] Wissen des Täters [...], durch sein Verhalten einen Beitrag zu einer auf die Zerstörung einer geschützten Gruppe abzielenden und mit der realistischen Gefahr zumindest teilweiser Zerstörung einhergehenden makrokriminellen Kampagne zu leisten“; siehe auch den Hinweis von *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 13, zur vertretenen Ansicht einer „wenigstens theoretisch möglich“ sein müssenden Verwirklichung der Vernichtungsabsicht; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 78, 82: „realistische Möglichkeit der Zerstörung der (Teil-)Gruppe“ (Rn. 78), „realistische[n] Absicht und nicht bloß [...] ein irreal[e]r Wunsch des Täters“ (Rn. 78), „wenn der Täter weiß, dass das Kollektiv, in dessen Zusammenhang er tätig wird, das realistische Ziel der (Teil-)Gruppenzerstörung verfolgt“ (Rn. 82, *Hervorhebung* im Original); *Paul* (Fn. 10), S. 260: „allerdings in der Vorstellung handeln, dass es realistischerweise tatsächlich [...]“. Auch aus den Ausführungen des OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 185, 187, 218, 268 (juris) lässt sich das Erfordernis der sich auf subjektiver Ebene widerspiegeln müssenden überhaupt realistischen Gefahr für die Zerstörung

Auch die (oben bereits kurz angesprochene) „Intensivierung“ der Rechtsgutgefährdung im Sinne einer „erhöhten“ abstrakten Rechtsgutgefährdung wird über die bei der Tatbegehung vorhandene subjektive Sicht des Täters, und zwar über eine bezüglich der Gruppenzerstörung bestehende „gesteigerte“ im Sinne von dominante bzw. „starke“ subjektive Tätersicht vermittelt, indem der Täter seine objektiven Tat handlungen (die genozidalen Einzeltaten im Sinne von Art. 6 lit. a-e IStGH-Statut) mit einer hinsichtlich der Gruppenzerstörung „gesteigerten“ subjektiven Vorstellung – sei es in Form des zielgerichteten Wollens (dolus directus 1. Grades) oder in Form des sicheren Wissens (dolus directus 2. Grades) der Gruppenzerstörung – begeht. Mit dieser subjektiv „gesteigerten“ wollens- und/oder wissensbezogenen Ausrichtung des Täters auf die Gruppenzerstörung bei seiner (genozidalen Einzel-)Tatbegehung findet wertungsmäßig stets eine damit einhergehende „intensivere“, „erhöhte“ abstrakte Rechtsgut-

der Gruppenexistenz herauslesen, wenn von dem Bewusstsein des Angeklagten („bewusst“, Rn. 218, siehe auch Rn. 185) von der „ernst zu nehmende[n] Möglichkeit der Zerstörung der durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe der Tutsi in Ruanda“ (Rn. 218; siehe auch Rn. 185), von dem sich „bewusst in den Dienst des von staatlicher Seite realistisch formulierten Zerstörungsziels“ (Rn. 187) Stellen sowie von dem sich „auf die tatsächliche Gefahr der Zerstörung der durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe der Tutsi“ (Rn. 268) erstreckenden *Vorsatz* („Vorsatz erstreckte sich [...]“, Rn. 268) die Rede ist. Der Gesichtspunkt der sich auf der subjektiven Tatseite widerspiegeln müßenden überhaupt realistischen Gefahr für die Zerstörung der Gruppenexistenz betrifft den nicht nur im Völkerstrafrecht, sondern allgemein im Strafrecht zu beachtenden Aspekt der Anforderungen für die Bejahung des subjektiven Tatbestandes eines Vorsatzdelikts, wonach für die Bejahung z.B. des dolus directus 1. oder 2. Grades keine irrealen realitätsfernen bloßen Wunschvorstellungen oder Ahnungen oder Hoffnungen genügen, siehe hierzu u.a. *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 7, § 30 Rn. 16: „Der Täter muss [...] die *Realisierung des von ihm gesetzten tatbestandsmäßigen Risikos* im Erfolg aufgrund der Tatumstände konkret für möglich halten“ (§ 14 Rn. 7, *Hervorhebung* im Original); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, § 7 Rn. 320, zur Notwendigkeit bei Ungewissheit des Erfolgseintritts, dass „der Täter sich überhaupt eine Einwirkungsmöglichkeit auf das reale Geschehen zuschreibt“; *Roxin* (Fn. 39), § 12 Rn. 8; *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 8, 1998, S. 81 f.: „Vorausgesehen und gewollt werden kann nur das Voraussehbare, wo nicht Voraussehbares dennoch „vorausgesehen“ und „gewollt“ wird [...] liegt weder Voraussicht noch Wille im Sinne des Vorsatzbegriffes vor, vielmehr nur Ahnung und Wunsch“ (S. 81), „[...] weil es auch hier an Vorsatz fehlt, weil in Wirklichkeit Nicht-Voraussehbares nicht „vorausgesehen“ und „gewollt“, sondern nur gewünscht und geahnt wurde“ (S. 82); *Roxin*, JuS 1973, 329 (331); siehe auch bereits RGSt 33, 321 (322 f.); *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1982, S. 431.

gefährdung mit Blick auf die Gruppenexistenz ihren Ausdruck. Diese über die subjektive Tätervorstellung vermittelte „erhöhte“ abstrakte Rechtsgutgefährdung für die Gruppenexistenz besteht hierbei nun in gleicher Weise sowohl wenn der Täter mit dolus directus 1. Grades als auch wenn der Täter mit dolus directus 2. Grades bezüglich der Gruppenzerstörung handelt,⁵⁴ da beide Vorsatzgrade jeweils durch ein subjektiv „gesteigertes“ im Sinne von dominantes bzw. starkes Element charakterisiert sind, einmal in Form des zielgerichteten Erfolgswillens und das andere Mal in der Form des sicheren Wissens hinsichtlich der Gruppenzerstörung.⁵⁵ Diese beim dolus directus 1. und 2. Grades in gleicher Weise gegebene „Intensivierung“ des abstrakten Gefährdungsmoments für die Gruppenexistenz spricht unter Schutzzweckaspekten für die Befürwortung eines erweiterten, den dolus directus 1. und 2. Grades umfassenden Verständnisses der genozidalen Zerstörungsabsicht.⁵⁶

c) Der Eventualvorsatz als der für die genozidale Zerstörungsabsicht ausreichende/nicht ausreichende Vorsatzgrad

Mit Blick auf den teleologischen Aspekt des Schutzzwecks des Genozidstrafatbestandes ließe sich für einen größtmöglich zu gewährenden Schutz der Gruppenexistenz mit guten Gründen an eine Öffnung der genozidalen Zerstörungsabsicht für den Eventualvorsatz denken.⁵⁷ Für ein insoweit jedoch restriktiveres, den Eventualvorsatz nicht einschließendes Verständnis im Sinne zwar einer Erweiterung, aber zugleich auch einer Einschränkung der Zerstörungsabsicht auf den

⁵⁴ Siehe auch u.a. *Paul* (Fn. 10), S. 259: „[...] kann es wertungsmäßig keinen wesentlichen Unterschied machen [...]“; siehe zudem *Jescheck* (Fn. 53), S. 239, wonach dolus directus 1. und 2. Grades in ihrem „Unrechts- und Schuldgehalt gleichzuachten“ sind.

⁵⁵ Über diese (jedenfalls) in gleicher Weise gegebene „erhöhte“ abstrakte Rechtsgutgefährdung für die Gruppenexistenz sowohl bei einem mit dolus directus 1. Grades als auch bei einem mit dolus directus 2. Grades handelnden Täter hinausgehend könnte zudem gedacht werden an einen für das geschützte Rechtsgut u.U. sogar noch gefährlicheren Täter, welcher sicheres Wissen hat, dass durch seine Tatbegehung die Gruppe zerstört wird, im Vergleich zu dem für das geschützte Rechtsgut u.U. weniger gefährlichen Täter, der die Gruppenzerstörung zwar zielgerichtet will, aber kein sicheres Wissen hat, ob er sein Zerstörungsziel verwirklichen kann. Siehe hierzu auch die Hinweise bei *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 876; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1441.

⁵⁶ Siehe im Zusammenhang mit Fragen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 85 f., 92, 165: „[...] zwischen direktem Vorsatz ersten und zweiten Grades [ist] eine Abstufung im Unrechts- und Schuldgehalt im Regelfall nicht möglich [...], so daß eine wertende Betrachtung grundsätzlich deren Gleichstellung erfordert“ (S. 165); siehe zudem die Ausführungen von *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 85.

⁵⁷ Siehe zum Erfassen auch des Eventualvorsatzes durch die genozidale Zerstörungsabsicht u.a. *Triffterer* (Fn. 37), S. 1440 f.; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (395).

dolus directus 1. und 2. Grades lässt sich der die „Wie-Ebene“ betreffende Gesichtspunkt der Stärke/des Ausmaßes⁵⁸ der Intensität der sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtenden subjektiven Tätersicht anführen. Hiernach zeigt sich bei der Zerstörungsabsicht in Form des dolus directus 1. und 2. Grades mit ihren „starken“ Wissens- und/oder Wollenskomponenten eine – im Vergleich zum Eventualvorsatz – größere Intensität, d.h. eine Intensivierung der sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtenden subjektiven Tätersicht mit einem sich hier widerspiegelnden größeren Unrechtsgehalt⁵⁹ und es kommt durch diese Intensivierung der subjektiven Tätersicht bezüglich der Gruppenzerstörung zugleich wertungsmäßig auch eine „Intensivierung“ der abstrakten Rechtsgutgefährdung in Hinblick auf die Gruppenexistenz zum Ausdruck. D.h., im Fall einer Tatbegehung mit genozidaler Zerstörungsabsicht in Form von dolus directus 1. oder 2. Grades erhöht sich durch den sozusagen „subjektiv-gefährlicheren“ Täter, welcher bezüglich der Gruppenzerstörung mit einer erhöhten Wissens- und/oder Wollensintensität handelt, wertungsmäßig auch die abstrakte Rechtsgutgefahr in ihrem Intensitätsausmaß.⁶⁰

Zwar besteht in Hinblick auf das Rechtsgut der Gruppenexistenz das die „Dass“-Ebene betreffende abstrakte Rechtsgutgefährdungsmoment als solches auch, wenn der Täter bei seiner Tatbegehung mit genozidaler Zerstörungsabsicht in Form des Eventualvorsatzes handelt,⁶¹ d.h. auch bereits bei einer Tatbegehung mit der Intensität der subjektiven Tätersicht in Gestalt einer genozidalen Zerstörungsabsicht in Form des Eventualvorsatzes ist eine abstrakte Gruppenzerstörungsgefahr als solche gegeben. Jedoch sind, nimmt man zusätzlich die „Wie-Ebene“ hinzu, die Stärke/das Ausmaß der Intensität der sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtenden subjektiven Tätervorstellung und der durch diese vermittelten abstrakten Gruppenzerstörungsgefahr sowie des sich hier zugleich widerspiegelnden Unrechtsgehaltes der Vorsatzgra-

de bei der genozidalen Zerstörungsabsicht in Form des dolus directus 1. und 2. Grades – mit ihren jeweils „starken“/dominanten⁶² Wissens- und/oder Wollenskomponenten – größer als bei der genozidalen Zerstörungsabsicht in Form des Eventualvorsatzes mit seinen beiden „abgeschwächten“ Wissens- und Wollenskomponenten.⁶³ Unter der Voraussetzung, dass man nicht allein die „Dass-Ebene“, sondern auch die „Wie-Ebene“ mit ihrem Gesichtspunkt der Stärke/des Ausmaßes der Intensität der bezüglich der Gruppenzerstörung bestehenden subjektiven Tätersicht eine Relevanz für die Frage des vorsatzgradbezogenen Umfangs der genozidalen Zerstörungsabsicht zukommen lassen möchte, spräche diese bei dem dolus directus 1. und 2. Grades bestehende (bei dem Eventualvorsatz aber fehlende) wollens- und/oder wissensbezogene „intensivere“ subjektive Tätersicht bezüglich der Gruppenzerstörung für ein Erfassen von (nur, aber jedenfalls) dolus directus 1. und 2. Grades durch die genozidale Zerstörungsabsicht.

d) Die Öffnung des zukünftig erweiterten Verständnisses der genozidalen Zerstörungsabsicht für alle täterbezogenen Hierarchieebenen

Wie oben bereits kurz angeführt, ist dieses von der Verf. befürwortete Verständnis der dolus directus 1. und 2. Grades umfassenden Zerstörungsabsicht für alle in den genozidalen kollektiven Aktionszusammenhang eingebundenen täterbezogenen Hierarchieebenen gleichermaßen zu bejahen, d.h. abzulehnen ist eine vorsatzgradbezogene Differenzierung in Anknüpfung an die unterschiedlichen Hierarchieebenen der obersten, mittleren und unteren Führungs-, Organisations-

⁵⁸ Siehe hierzu auch *Triffterer* (Fn. 37), S. 1441: „wie intensiv“ (*Hervorhebung* im Original).

⁵⁹ Siehe im Zusammenhang mit Fragen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 165 f., mit dem Hinweis auf den „typischerweise gegenüber dem direkten Vorsatz geringeren Unrechtsgehalt[s]“ des bedingten Vorsatzes (S. 165); *Jeschek* (Fn. 53), S. 239 f., wonach der „Unrechts- und Schuldgehalt des bedingten Vorsatzes [...] geringer als der der beiden anderen Vorsatzarten“ (S. 240) ist.

⁶⁰ Siehe auch die Ausführungen von *Triffterer* (Fn. 37), S. 1440, wonach „die Intensität des Willens [...] ein Indiz für die Stärke der kriminellen Energie sein (kann), die der Täter aufgewendet hat“ (*Hervorhebung* im Original).

⁶¹ Diese „Dass-Ebene“, nicht hingegen die „Wie-Ebene“ hält *Triffterer* für entscheidend, siehe *Triffterer* (Fn. 37), S. 1440 f.: „Entscheidend ist [...] das Vorhandensein einer solchen Zukunftsorientierung und deren Verknüpfung mit einer vorsätzlichen Verhaltensweise, nicht dagegen, wie intensiv die Umsetzung dieser Tendenz vom Täter *gewollt* wird und nach der Vollendung betrieben werden *soll*“ (S. 1441, *Hervorhebung* im Original).

⁶² Siehe hierzu auch u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 107 zum Erfassen des direkten Vorsatzes 1. und 2. Grades: „Die Position des Angeschildigten ist noch immer stark genug, wenn *specific intent* als direkter Vorsatz jeglichen Grades aufgefasst wird“ (*Hervorhebung* im Original).

⁶³ Zu den dominanten und abgeschwächten Wissens- und Wollenskomponenten bei den drei Vorsatzformen siehe u.a. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 14 Rn. 5 ff., 13; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (485): „noch immer ausgesprochen stark“; siehe im Zusammenhang mit Fragen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 43, 91, wonach es „nicht nur auf die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts, sondern auch auf die Art und Weise der Erfolgsherbeiführung“ (S. 43) ankommt sowie „die Gefährdung des Rechtsguts noch nicht so evident zutage [tritt]“ (S. 91). Zwar weist auch *Triffterer* (Fn. 37), S. 1440 ff., auf den Gesichtspunkt der „Intensität des Willens“ (S. 1440, *Hervorhebung* im Original) und der Stärke der Intensität des Willens („wie intensiv“ [S. 1441, *Hervorhebung* im Original]) hin, sieht diese „Wie-Ebene“ aber im Ergebnis nicht als entscheidend an, sondern spricht sich unter Abstellen auf die für ihn im Ergebnis entscheidende „Dass-Ebene“ für ein weites Verständnis der Zerstörungsabsicht unter Einschluss des Eventualvorsatzes aus.

und Ausführungsebene.⁶⁴ Für die Erweiterung der Zerstörungsabsicht auf den *dolus directus* 2. Grades für alle Täter-Hierarchieebenen spricht auch hier erneut der Aspekt des Schutzzwecks des Genozidstraftatbestandes.

Die Verwirklichung des Straftatbestandes des Genozids – bei dem es sich wie bei den anderen *core crimes* um ein makrokriminelles völkerstrafrechtliches Verbrechen mit individuellen-kollektiven/systemischen Zurechnungsstrukturen handelt⁶⁵ – ist (faktisch wohl in den überwiegenden Fällen⁶⁶) dadurch kennzeichnet, dass die Festlegung und (In-Gang-)Setzung des genozidalen Zerstörungsziels sowie die Entscheidung und Planung zur Verwirklichung dieses genozidalen Zerstörungsziels von der obersten Täter-Hierarchieebene ausgehen und dass sich diese oberste Führungsebene zur sicheren Verwirklichung ihres Zerstörungsziels einen „funktionierenden“ genozidalen kollektiven Aktionszusammenhang in Form „funktionierender“ Hierarchie-, System- und Organisationsstrukturen unter Einschluss von u.a. Befehls- und Kontrollelementen schafft und/oder aufrechterhält.⁶⁷ Die Täter der obersten Führungsebene werden hierbei (faktisch wohl überwiegend) mit einer durch *dolus directus* 1. Grades gekennzeichneten Zerstörungsabsicht, d.h. mit einem zielgerichteten Willen der Gruppenzerstörung handeln und diese von ihnen zielgerichtet gewollte Gruppenzerstörung in Kenntnis und unter vorsätzlicher Ausnutzung der von ihnen geschaffenen und/oder aufrechterhaltenen „funktionierenden“ Hierarchie-, System- und Organisationsstrukturen durch die Täter der mittleren und unteren Organisations- und Ausführungs-

ebenen umsetzen und durchführen (lassen). Die für die (Fort-)Existenz der Gruppe bestehende (abstrakte) Gefahr ist nun aber nicht geringer, wenn die Täter der obersten Führungsebene in Kenntnis und unter vorsätzlicher Ausnutzung dieser von ihnen geschaffenen und/oder aufrechterhaltenen „funktionierenden“ Hierarchie-, System- und Organisationsstrukturen mit Bezug auf die Gruppenzerstörung „nur“ mit *dolus directus* 2. Grades handeln, d.h. von der sich mittels der in ihren Händen liegenden und „funktionierenden“ Hierarchie-, System- und Organisationsstrukturen verwirklichen lassenden Gruppenzerstörung sicher wissen.⁶⁸

Auch mit Blick auf die Täter der mittleren und unteren Organisations- und Ausführungsebene ist diese für die Gruppenexistenz bestehende über die subjektive Tätervorstellung vermittelte (abstrakte) Gefahr in gleicher Weise bei einem hinsichtlich der Gruppenzerstörung vorliegenden entweder „nur“ sicheren Wissen oder sogar zielgerichteten Willen gegeben. D.h. das über die subjektive Tätersicht zum Ausdruck gebrachte Gefährdungsmoment liegt vor sowohl bei einer „nur“ durch *dolus directus* 2. Grades als auch bei einer sogar durch *dolus directus* 1. Grades gekennzeichneten Zerstörungsabsicht des – hinsichtlich der kollektiven genozidalen Zerstörungsabsicht, den „funktionierenden“ Hierarchie-, System- und Organisationsstrukturen und auch seines eigenen Tatbeitrags im Rahmen dieses genozidalen kollektiven Aktionszusammenhangs – vorsätzlich handelnden Täters der mittleren und unteren Organisations- und Ausführungsebene.⁶⁹

Nicht zuletzt kommt hinzu, dass ein erweitertes, den *dolus directus* 1. und 2. Grades für alle Täter-Hierarchieebenen erfassendes Verständnis der genozidalen Zerstörungsabsicht etwaige Abgrenzungsschwierigkeiten vermeidet, die sich (zwar nicht in allen, aber doch in einigen Fällen) stellen könnten mit Blick auf die Zuordnung des konkreten Täters zur obersten oder zur mittleren oder zur unteren Hierarchieebene.

In Hinblick auf eine für alle täterbezogenen Hierarchieebenen zu befürwortende Erweiterung des Verständnisses der genozidalen Zerstörungsabsicht lässt sich zusammenfassend sagen: Die Zerstörungsabsicht (im erweiterten Verständnis) hat sich auf die Rechtsgutverletzung in Gestalt der Gruppenzerstörung auszurichten. Für die Bejahung der Strafbarkeit wegen vollendeten Genozids ist zwar keine objektiv-tatsächliche Gruppenzerstörung erforderlich, aber es ist vom Rechtsgut des Genozidstraftatbestandes her betrachtet eine „materiell versuchte“ Gruppenzerstörung (in Gestalt der mit genozidaler Zerstörungsabsicht verwirklichten genozidalen Einzeltatbegehung) erforderlich, in welcher sich – vermittelt und zum Ausdruck kommend durch die sich auf die Gruppenzerstörung ausrichtende „gesteigerte“ subjektive Täter-

⁶⁴ Siehe zur vorsatzgradbezogenen Differenzierung in Anknüpfung an unterschiedliche Hierarchieebenen die Ausführungen von u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 146, 150; *ders.*, IRRC 91 (2009), 833 (854 ff.); *Berster*, ZIS 2016, 72 (72); *van der Wilt* (Fn. 10), S. 242 ff.; *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (763).

⁶⁵ Siehe zur völkerstrafrechtlichen Zurechnung und den Zurechnungsmodellen mit weiteren Hinweisen *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 10 ff.; *Vest* (Fn. 37), S. 106: „Makroverbrechen“.

⁶⁶ Siehe auch *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 140: „in den meisten Fällen *faktisch* gegeben sein wird“ (*Hervorhebung* im Original); *Vest* (Fn. 37), S. 105 f.: „[...] im Regelfall nur mit vereinten Kräften verwirklichen lassen [...]“ (S. 105); *Werle/Jeffberger* (Fn. 10), Rn. 882, wonach an der Begehung von Völkermord „[...] – wie im Völkerstrafrecht allgemein – regelmäßig eine Vielzahl von Personen beteiligt“ ist; *Roßkopf* (Fn. 10), S. 112 f., zur Völkerstraftat und ihrer „geradezu typisch [...] systematische[n] Begehungsweise“ (S. 112); *Vest*, SchZStR 117 (1999), 351 (354).

⁶⁷ Siehe dazu auch u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 26 ff., 105 ff.: „kollektive[r] Aktionenszusammenhang“ (S. 105), „auf Genozid gerichtete[r] kollektive[r] Handlungszusammenhang“ (S. 106); S. 107 ff.: „arbeitsteiliges und organisiertes Zusammenwirken [...]“ (S. 107), „Systemaspekt[s]“ (S. 108); „An der Festlegung der Ziele wirken nur die *Entscheidungsträger* [...] mit. Die *praktische Umsetzung* und Durchführung der Entscheidung erfolgt dagegen innerhalb des von dieser Führungselite gesteckten Rahmens [...]“ (S. 108), *Hervorhebungen* im Original; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (482 f.).

⁶⁸ Siehe hierzu auch u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 106 f., 108; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (485 f.).

⁶⁹ Siehe hierzu auch u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 108: „Es muss [...] genügen, dass der einzelne bewusstweise in diesem *ihm bekannten kollektiven Muster* der ganzen oder teilweisen Zerstörung einer geschützten Gruppe agiert“ (*Hervorhebung* im Original); *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (485 f.).

sicht in Form des *dolus directus* 1. oder 2. Grades – zugleich die „erhöhte“ abstrakte Gefahr für die Zerstörung der Gruppenexistenz widerspiegelt. Ist die „Intensivierung“ der Rechtsgutgefährdung im Sinne eines „erhöhten“ abstrakten Gefährdungsmoments für das Rechtsgut der Gruppenexistenz in gleicher Weise gegeben, wenn der Täter (der obersten, mittleren und unteren Hierarchieebene) bei seiner (genozidalen Einzel-)Tatbegehung hinsichtlich der Gruppenzerstörung entweder mit *dolus directus* 1. Grades oder mit *dolus directus* 2. Grades handelt, dann spricht dies unter Abstellen auf den Schutzzweck des Genozidstraftatbestandes für eine Erweiterung des Verständnisses der (überhaupt realistischen) genozidalen Zerstörungsabsicht unter Aufnahme der beiden Vorsatzgrade des *dolus directus* 1. und 2. Grades.

Die zu befürwortende Verankerung des internationalen Elements bzw. der Gesamttat auf der subjektiven Tatbestandsebene mit Zuordnung zu der genozidalen Zerstörungsabsicht unter Verzicht auf eine auf objektiver Tatbestandsebene vorliegende Gesamttat⁷⁰ bedeutet zudem, dass der Genozidstraftatbestand auch durch einen allein handelnden Einzeltäter verwirklicht werden kann.⁷¹ Selbstverständlich setzt auch dies in Hinblick auf die durch die subjektive Tätersicht vermittelte abstrakte Gefahr für die Zerstörung der Gruppe(nexistenz) voraus, dass der Alleintäter bei seiner genozidalen Einzeltatbegehung mit einer auf die Gruppenzerstörung ausgerichteten (überhaupt realistischen⁷²) Zerstörungsabsicht in Form von *dolus directus* 1. oder 2. Grades handelt.

III. Die genozidale Zerstörungsabsicht und die Frage des Zwischenziels/Zwischenerfolges

Ist es zwar zu begrüßen, dass sich die deutsche Rechtsprechung einer Erweiterung der Zerstörungsabsicht auf die Zerstörung einer Gruppe als Zwischenziel des Täters geöffnet hat,⁷³ so hätte es hierzu jedoch – wie oben bereits kurz angeführt⁷⁴ – weiterer Präzisierungen bedurft. Damit der beabsichtigten Gruppenzerstörung eine die Strafbarkeit wegen Genozids begründende Bedeutung zukommen kann, müssen für die Bejahung der Zerstörungsabsicht die jeweiligen Wissens- und Wollenskomponenten des von der Zerstörungsabsicht umfassten Vorsatzgrades (entweder von *dolus directus* 1. oder 2. Grades) stets und in allen Ziel-/Erfolgskonstellationen (zumindest auch) in Bezug auf die Gruppenzerstörung an sich erfüllt sein. Dies gilt sowohl bei der Grup-

penzerstörung als dem aus subjektiver Tätersicht alleinigen Ziel/Erfolg oder Endziel/Enderfolg oder Hauptziel/Haupterfolg als auch – was als ausreichend anzusehen ist –⁷⁵ wenn die Gruppenzerstörung aus subjektiver Tätersicht „nur“ ein Ziel/Erfolg von mehreren gleichrangigen Zielen/Erfolgen oder „nur“ ein Zwischenziel/Zwischenerfolg für das/den Endziel/Enderfolg oder „nur“ ein Nebenziel/Nebenerfolg neben dem Hauptziel/Haupterfolg ist. Dies bedeutet, dass in allen Ziel-/Erfolgskonstellationen kumulativ die Wissens- und die Wollenskomponente des jeweiligen Vorsatzgrades – d.h. bei dem *dolus directus* 1. Grades (das abgeschwächte Wissen und) auch das zielgerichtete Wollen sowie bei dem *dolus directus* 2. Grades (das abgeschwächte Wollen und) auch das sichere Wissen – in Bezug auf die Gruppenzerstörung an sich bei dem Täter vorliegen und im Falle ihres gleichzeitigen Vorliegens in Bezug auf andere Ziele/Erfolge zumindest auch in Bezug auf die Gruppenzerstörung an sich bei dem Täter gegeben sein müssen.⁷⁶

Wenn sich die Gruppenzerstörung aus Sicht des Täters nicht als Endziel/Enderfolg, sondern „nur“ als Zwischenziel/Zwischenerfolg darstellt, ist hier dann hinsichtlich des Verhältnisses zwischen End- und Zwischenziel bzw. End- und Zwischenerfolg das Erfordernis einer auf der Ebene der subjektiven Tätersicht bestehenden „festen Verbindung“ zwischen End- und Zwischenziel bzw. End- und Zwischenerfolg in den Blick zu nehmen.⁷⁷ Hinsichtlich dieser „festen Verbindung“ zwischen End- und Zwischenziel ist für die Bejahung der genozidalen Zerstörungsabsicht in Form des *dolus directus* 1. Grades und für die hierfür nötige Bejahung auch der voluntativen Komponente des zielgerichteten Wollens erforderlich,⁷⁸ dass die Gruppenzerstörung von dem Täter als ein für die Erreichung des Endziels notwendiges Zwischenziel angestrebt wird und hierzu die Gruppenzerstörung aus Sicht des Täters ein für die Endzielerreichung unabdingbar nötiger Zwischenschritt bzw. eine unverzichtbar nötige Vorbedingung darstellt.⁷⁹ Bei einer (hier befürwor-

⁷⁰ Siehe dazu bereits die Hinweise in Fn. 42.

⁷¹ Zu denken ist z.B. an den Einsatz einer Massenvernichtungswaffe durch einen Alleintäter, siehe hierzu *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 78; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1434; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 13 Fn. 41; *Paul* (Fn. 10), S. 261.

⁷² Siehe dazu bereits die Ausführungen unter II. 2. b); siehe zudem *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 78; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1434; *Paul* (Fn. 10), S. 261.

⁷³ Siehe hierzu OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 227, 271 (juris); BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 16 (juris); siehe zudem u.a. *Berster*, ZIS 2016, 72 (73); *Burghardt*, JZ 2016, 106 (107 f.); *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 224 ff.

⁷⁴ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter II. 1.

⁷⁵ Siehe zu einem (anscheinend) engeren Verständnis *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (188 f., 192).

⁷⁶ Siehe hierzu auch *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (764), wonach das OLG im vorliegenden Fall „keine Feststellungen zur voluntativen Seite getroffen“ hat sowie „der Angeklagte das Zwischenziel auch nur – im Sinne eines *dolus eventualis* – in Kauf genommen haben könnte. Nach dem in-dubio-Grundsatz muss bei Zweifeln davon ausgegangen werden“ (*Hervorhebung* im Original).

⁷⁷ Siehe hierzu ähnlich *Roxin* (Fn. 39), § 12 Rn. 10 f., 13 mit Fn. 9, 14 f., 18: „sicher verbunden ist“ (§ 12 Rn. 18).

⁷⁸ Siehe auch der Hinweis von *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (764) zu im vorliegenden Fall vom OLG nicht getroffenen Feststellungen „zur voluntativen Seite“.

⁷⁹ Siehe hierzu u.a. *Berster*, ZIS 2016, 72 (73); siehe zudem *Rengier* (Fn. 63), § 14 Rn. 8: „als notwendiges Zwischenziel, d.h. gleichsam als eine unentbehrliche Plattform anstrebt, um das Endziel erreichen zu können“ (*Hervorhebung* im Original); *Gehrig* (Fn. 39), S. 79: „[...] notwendige Vorbedingung für das eigentliche Ziel des Täters darstellt. Dann muß der

ten) Erweiterung der Zerstörungsabsicht auf den *dolus directus* 2. Grades bedeutet diese auf der Ebene der subjektiven Tätersicht notwendige „feste Verbindung“, dass der Täter sicheres Wissen von der untrennbaren Verknüpfung zwischen (der Gruppenzerstörung als) dem Zwischenerfolg und dem (anderen) Enderfolg hat, d.h. sicher weiß, dass der Eintritt des von ihm mit sicherer Kenntnis vorausgesehenen Enderfolgs zugleich auch zwingend zum Eintritt des mit dem Enderfolg untrennbar verknüpften Zwischenerfolgs (der Gruppenzerstörung) führen wird.⁸⁰ In diesen Fällen der auf der subjektiven Willens- und Wissensebene bestehenden „festen Verbindung“ zwischen der Gruppenzerstörung als einem „nur“ Zwischenziel/Zwischenerfolg und einem anderen Endziel/Enderfolg ist die Gruppenzerstörung als das/der aus Tätersicht „nur“ Zwischenziel/Zwischenerfolg dann notwendigerweise in das sich auf das/den Endziel/Enderfolg beziehende Willen und Wissen des Täters mit aufgenommen.⁸¹

IV. Die soziale Existenz der Gruppe als Gegenstand der genozidalen Zerstörungsabsicht

Ebenso in der Sache zu begrüßen ist die von der deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R. bejahte Ausrichtung der Zerstörungsabsicht auf die Zerstörung der Gruppe nicht nur in ihrer physisch-biologischen Existenz, sondern in ihrer sozialen Existenz.⁸² Zu kritisieren ist aber (insbesondere dann, wenn die deutsche Rechtsprechung der internationalen Rechtsprechung nicht folgt, wie es mit Blick auf die Frage nach der physisch-biologischen und/oder sozialen Existenz der Gruppe der Fall ist⁸³), dass sich BGH und

Täter den Zwischenerfolg notwendigerweise mit erstreben, sofern er sich dessen Bedeutung für sein Ziel bewußt ist“.

⁸⁰ Siehe hierzu auch die Ausführungen von *Roxin* (Fn. 39), § 12 Rn. 18: direkter Vorsatz in Bezug auf solche Nebenfolgen, deren Eintreten „mit einer Hauptfolge sicher verbunden ist“.

⁸¹ *Gehrig* (Fn. 39), S. 79: „[...] muß der Täter den Zwischenerfolg notwendigerweise mit erstreben, sofern er sich dessen Bedeutung für sein Ziel bewußt ist“.

⁸² Siehe BGH, Urt. v. 21.5.2015 – 3 StR 575/14, Rn. 13 (juris): „zumindest in deren sozialer Existenz“; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 184, 271 (juris): „Die Ausrottung jedenfalls der in Ruanda lebenden Tutsi und damit die Beendigung der sozialen Existenz der Tutsi als Volksgruppe war Endziel ihres Handelns“ (Rn. 184); „zumindest in deren sozialer Existenz“ (Rn. 271); zur Anknüpfung an die soziale Existenz der Gruppe bereits in der früheren deutschen Rechtsprechung siehe BVerfG NJW 2001, 1848 (1850), BGHSt 45, 64 (80 f.); siehe zudem EGMR, Urt. v. 12.7.2007 – 74613/01 (*Jorgic v. Germany*), Rn. 104 ff.; siehe hierzu ausführlich *Werle*, in: *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 675 (681 ff.).

⁸³ Zu der auf die physisch-biologische Zerstörung abstellenden Ansicht in der internationalen Rechtsprechung und im Schrifttum siehe u.a. ICTY, Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33 (*Krstic*, Trial Chamber), Rn. 574 ff., 580; ICTY, Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33 (*Krstic*, Appeals Chamber), Rn. 24 ff.;

OLG – und zwar nicht nur bezüglich der Frage der sozialen Existenz, sondern überhaupt hinsichtlich der verschiedenen einzelnen Inhaltselemente der genozidalen Zerstörungsabsicht – argumentativ nicht hinreichend mit der Rechtsprechung der internationalen Gerichte auseinandergesetzt haben.⁸⁴

In der Sache sind ein extensives Verständnis der Gruppe als einer sozialen (Identitäts-)Einheit und ein damit einhergehender Bezugspunkt der genozidalen Zerstörungsabsicht, welcher nicht nur allein die physisch-biologische Zerstörung, sondern die Zerstörung der Gruppe als sozialer (Identitäts-) Einheit umfasst, zu bejahen.⁸⁵ Denn der Schutz des Existenzrechts bestimmter Gruppen als des überindividuellen Schutzguts des Genozidstraftatbestandes und der damit verbundene Schutz der durch ihre Gruppen zum Ausdruck kommenden Vielfalt der Menschheit lassen sich nur durch den Schutz gerade auch der sozialen Existenz einer Gruppe erreichen.⁸⁶

ICTR, Urt. v. 28.4.2005 – ICTR-95-1B (*Muhimana*, Trial Chamber), Rn. 497, ICTY, Urt. v. 9.5.2007 – IT-02-60 (*Blagojevic/Jokic*, Appeals Chamber), Rn. 123 Fn. 337; siehe hierzu auch *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 72; *Schabas*, *Genocide in International Law, The Crimes of Crimes*, 2009, S. 271 f.; *ders.*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 16; *Tournaye*, ICLQ 52 (2003), 447 (454); *Paul* (Fn. 10), S. 289 ff., 296 ff.

⁸⁴ Siehe hierzu auch u.a. *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (189, 191 f.); *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (763).

⁸⁵ Ebenso siehe u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 152; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 819 f., 881; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 38; *Berster*, ZIS 2016, 72 (73); *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (763); *Demko* (Fn. 36), SZIER/RSDIE 2009, 223 (243 ff.); *Werle* (Fn. 82), S. 681 ff.; *Fronza* (Fn. 36), S. 118 f.; *Hübner* (Fn. 10), S. 208 ff.; *Lüders* (Fn. 10), S. 45, 49 ff. Zu beachten ist die Unterscheidung zwischen der Frage, was Schutzgut des Genozidstraftatbestandes ist, und der Frage, vor welchen objektiven Tathandlungen der Genozidstraftatbestand dieses Schutzgut schützt: Art. 6 IStGH-Statut schützt das Rechtsgut der (nach hier befürworteter Ansicht nicht nur physisch-biologischen, sondern sozialen) Existenz der Gruppe nicht vor einer Verletzung durch alle Angriffshandlungen, sondern nur vor einer Verletzung durch bestimmte ausgewählte und tatbestandlich festgelegte, in Art. 6 lit. a-e IStGH-Statut geregelte objektive Tathandlungen, siehe hierzu auch *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 124; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 820; *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (763).

⁸⁶ Siehe hierzu u.a. *Demko* (Fn. 36), SZIER/RSDIE 2009, 223 (224 ff.); *Berster*, ZIS 2016, 72 (73); *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 124, 161, sowie Rn. 152 zur Stützung u.a. „auf den Schutzzweck des Völkermordtatbestandes“; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 818 ff., 881: „Existenzrecht bestimmter Gruppen“ (Rn. 818), „[...] für die Völkergemeinschaft zu erhalten“ (Rn. 881); *Vest* (Fn. 37), S. 99: „[...] die gruppenmässige Vielfalt und damit mittelbar die Zusammensetzung der Menschheit [...]“; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 72; siehe zudem Resolution 96 (I) 1946 der Generalversammlung der Vereinten Nationen: „[...] such denial of the right of existence

Sichtbar sind hier die engen Beziehungslinien zwischen der die soziale Existenz der Gruppe einschließenden Zerstörungsabsicht einerseits und der kombiniert-subjektiv-objektiven Gruppenkonstitution, einschließlich der für diese Gruppenkonstitution relevanten Kriterien des sozialen Zuschreibungsprozesses und der für eine Gruppe(nkonstitution) wichtigen Elemente der (sozialen) Identität und des Zusammengehörigkeitsgefühls und -bewusstseins andererseits.⁸⁷ Versteht man den Schutz einer Gruppe vor „Zerstörung“ als Schutz einer Gruppe vor Nicht-mehr-Existenz der Gruppe als einer sozialen (Identitäts-)Einheit, so zeigt sich bei der Frage, wann von einer solchen Gruppenzerstörung gesprochen werden kann, die Verknüpfung zu den für die jeweilige Gruppe maßgebenden, sie gerade als soziale (Identitäts-)Einheit konstituierenden Merkmalen, welche der Gruppe durch die vom Täter beabsichtigte Zerstörung entzogen werden und der Gruppe damit ihre Existenz als soziale (Identitäts-)Einheit entzogen werden soll(en).

V. Die beabsichtigte Zerstörung der Gruppe „als solcher“ und die Einzeltat-Begehung an den Opfern „gerade wegen“ ihrer Gruppenzugehörigkeit

Auf das Merkmal der beabsichtigten Zerstörung der Gruppe „als solcher“ – welches insbesondere entstehungsgeschichtlich in die kontroverse Diskussion zur Bedeutung dieses Merkmals als Motiv bzw. Beweggrund eingestellt ist⁸⁸ – ist das OLG nur (und viel zu) kurz eingegangen und hat dieses im Ergebnis bejaht.⁸⁹ Zu kritisieren ist, dass nähere Ausführungen (sowohl des BGH als auch des OLG) zur umstrittenen

Frage nach der Bedeutung von Motiven im Zusammenhang mit dem Merkmal „als solche“ fehlen.⁹⁰

Nach zu befürwortender Ansicht ist für die Auslegung des Merkmals „als solche“ auf die erforderliche Unterscheidung zwischen der Dass-Ebene und der Warum-Ebene zu achten, wobei nur die Dass-Ebene, nicht hingegen die Warum-Ebene für den subjektiven Tatbestand und hier auch für die genozidale Zerstörungsabsicht relevant ist.⁹¹ Entscheidend für das Merkmal der beabsichtigten Zerstörung der Gruppe „als solcher“ ist, dass sich die Zerstörungsabsicht des Täters ausrichtet auf die Zerstörung der Gruppe gerade als *Einheit* (als „soziale supra-individuelle Einheit“⁹²) mit der Begehung der genozidalen Einzeltaten an den Opfern gerade wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit.⁹³ Anknüpfend an dieses Erfordernis der Ausrichtung der Zerstörungsabsicht auf den sozialen Einheitscharakter der Gruppe und auf die Gruppenzugehörigkeit bzw. die Eigenschaft der von den Einzeltaten betroffenen Opfer als Gruppenangehörige genügt daher im Umkehrschluss (etwa mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Massenmord und Völkermord) für die Zerstörungsabsicht nicht eine sich nicht auf die Gruppenzugehörigkeit der Opfer beziehende (sondern die Opfer der Einzeltaten z.B. wahllos, willkürlich und beliebig oder wegen bestimmter individueller Merkmale auswählende) subjektive Ausrichtung des Täters.⁹⁴ Ist für das Merkmal der beabsichtigten Zerstörung der Gruppe „als solcher“ entscheidend, dass der Täter die Zerstörung der Gruppe (welche als eine soziale Einheit zu verstehen ist) beabsichtigt und hierzu die Einzeltaten an gerade wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit ausgewählten Opfern begeht, dann formt sich mit diesem Merkmal „als solche“ zugleich eine innere Beziehungs- und Verbindungslinie zwischen genozidaler Gesamttat und genozidalen Einzeltaten aus.

Nicht entscheidend für das Merkmal der beabsichtigten Zerstörung der Gruppe „als solcher“ ist hingegen, warum der Täter diese Gruppenzerstörung unter Einzeltatbegehung an gerade wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit betroffenen Opfern beabsichtigt.⁹⁵ Für ein insoweit klares und hierbei zwi-

Menschheit [...]“; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 72; siehe zudem Resolution 96 (I) 1946 der Generalversammlung der Vereinten Nationen: „[...] such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups [...]“, UN Doc. A/RES/1/96 (1946); *Eser*, in: *Eser/Goydke/Maatz/Meurer* (Hrsg.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 3 (16 ff.); zur Diskussion zum Rechtsgüterschutz beim Genozid siehe auch u.a. *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 9 f.

⁸⁷ Siehe hierzu u.a. *Demko* (Fn. 36), SZIER/RSDIE 2009, 223 (226 f., 229 ff., 232 ff., 240 ff.); *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 819: „Gruppenidentität“, S. 374 Fn. 37: „Zusammengehörigkeitsbewusstsein[s]“, Rn. 824 ff.: „soziale Zuschreibungsprozesse“ (Rn. 825); *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 21; *Werle* (Fn. 82), S. 683 ff.

⁸⁸ Siehe dazu u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 153; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 89; *Vest*, SchZStR 117 (1999), 351 (355 f.); *Lüders* (Fn. 10), S. 143 ff.; *Hübner* (Fn. 10), S. 164 ff.

⁸⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 184 f., 187, 229, 230, 231, 266, 268, 271, 274 (juris): „gerade wegen ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe der Tutsi“ (Rn. 185), „allein wegen ihrer Eigenschaft als Mitglied der durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe der Tutsi“ (Rn. 187).

⁹⁰ Siehe hierzu u.a. *Berster*, ZIS 2016, 72 (74); *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (764).

⁹¹ Hierzu näher *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 153: „[...] entscheidend ist, dass der Täter den tatbestandlichen Erfolg vorsätzlich verwirklicht und nicht, warum er dies tut“ (*Hervorhebung* im Original); *Ambos/Penkuhn*, StV 2016, 760 (764); *Vest* (Fn. 37), S. 109: „abzugrenzen“; siehe auch die Ausführungen von *Gehrig* (Fn. 39), S. 63 ff.; *Behrens*, JICJ 10 (2012), 501 (503 ff.); *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (395, Fn. 51); *Lüders* (Fn. 10), S. 116, 145.

⁹² *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 161 (*Hervorhebungen* im Original).

⁹³ Siehe hierzu u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 877; *Berster*, ZIS 2016, 72 (74); *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 89 ff.

⁹⁴ Siehe hierzu auch u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 877, wonach es dem Täter auf die Zerstörung der Gruppe, „nicht auf die Individualität der Opfer“ ankommen muss; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 91.

⁹⁵ Siehe hierzu u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 109 f.: „der Beweggrund [ist] [...] für die Qualifikation des Völkermordes praktisch

schen der Dass- und der Warum-Ebene differenzierendes Verständnis des Merkmals der beabsichtigten Zerstörung der Gruppe „als solcher“ sollte dieses Merkmal daher auch nicht in begriffliche Verbindungen mit einem (z.B.) Motiv, Motivmerkmal oder Beweggrund gebracht werden, ist mit den Begriffen „Motiv“ und „Beweggrund“ doch die Warum-Ebene angesprochen. Diese Frage des Warum betrifft innere, einmal mehr und einmal weniger bewusste und unbewusste Motive und Beweggründe, die abhängig von den jeweiligen Tätern und ihrer u.a. Täterpersönlichkeit und Einbindung in das genozidale Gesamtgeschehen unterschiedlich und vielfältig sein können und jeweils auf der Schuld- und Strafzumessungsebene zu berücksichtigen sind,⁹⁶ jedoch von der (Dass-Ebene der) subjektiven Tatbestandsebene und dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Zerstörungsabsicht zu trennen und daher auch nicht mit dem Merkmal „als solche“ in Verbindung zu bringen sind.

VI. Die „ganze oder teilweise“ Gruppe als Gegenstand der genozidalen Zerstörungsabsicht

1. *Das Merkmal der „ganzen oder teilweisen“ Gruppe in der deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R.* Mit dem Merkmal „ganz oder teilweise“ ist bezogen auf den vorliegenden Fall das Verhältnis zwischen den sich zum Tatzeitpunkt auf dem Kirchengelände befindenden Angehörigen der Gruppe der Tutsi und den im gesamten Land Ruanda lebenden Angehörigen der Gruppe der Tutsi angesprochen. Gerade aufgrund sich im Verfahren gegen Onesphore R. stellender Fragen zu diesem Verhältnis sowie vor dem Hintergrund der umstrittenen Diskussion zum Verständnis des „Teils“ der Gruppe wären auch hierzu präzisere und vollständigere Ausführungen der deutschen Rechtsprechung wünschenswert gewesen.

Zwar wird – insoweit in der Sache zutreffend – die erforderliche Unterscheidung als solche zwischen den sich auf dem Kirchengelände befindenden Tutsi einerseits und den Tutsi im gesamten Land Ruanda andererseits auch vom OLG gesehen. Dies ist etwa daran zu erkennen, dass das OLG von dem Kirchenmassaker von Kiziguro und dem ruandischen Genozid und ihrer Verknüpfung⁹⁷ sowie von der Tötung der sich auf dem Kirchengelände befindenden Tutsi „als Schritt“⁹⁸ zur angestrebten Gruppenzerstörung spricht sowie

nicht von Belang“ (S. 110); *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 153; *Gehrig* (Fn. 39), S. 63 ff.; *Behrens*, JICJ 10 (2012), 501 (503 ff.); *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (395, Fn. 51); *Lüders* (Fn. 10), S. 116, 145.

⁹⁶ Siehe hierzu auch die Ausführungen von *Bung* (Fn. 73), S. 229 f.

⁹⁷ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 279 (juris): „Die beim Kirchenmassaker von Kiziguro begangenen Einzelaten waren mit dem ruandischen Genozid verknüpft [...]. Wie die Gesamttat des ruandischen Genozids geschah auch das Kirchenmassaker von Kiziguro in Befolgung der Propaganda [...].“

⁹⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 274 (juris): „[...] damit möglichst sämtliche der auf

darin, dass in den Ausführungen des OLG von der Tötungsabsicht des Angeklagten bezüglich der Tutsi auf dem Kirchengelände⁹⁹ zum einen und von der Kenntnis des Angeklagten von der sich auf die in Ruanda lebenden Tutsi beziehenden kollektiven Zerstörungsabsicht¹⁰⁰ zum anderen die Rede ist. Ebenso – und auch insoweit in der Sache zutreffend – erkennt das OLG den im vorliegenden Fall für die Zerstörungsabsicht maßgebenden Bezugspunkt in Gestalt der in Ruanda lebenden Gruppe der Tutsi. Dass es auch nach Ansicht des OLG für die Zerstörungsabsicht nicht allein auf die sich auf dem Kirchengelände befindenden Tutsi, sondern dass es auf die in Ruanda lebenden Tutsi ankommt, lässt sich daran erkennen, dass das OLG über seinen prozessualen Weg mittels Indizienwirkung von der Kenntnis des Angeklagten von der kollektiven Zerstörungsabsicht bezüglich der in Ruanda lebenden Gruppe der Tutsi auf eine entsprechende eigene Zerstörungsabsicht des Angeklagten bezüglich der Gruppe der Tutsi in Ruanda zu schließen versucht.¹⁰¹

das Kirchengelände und den Bereich des Krankenhauses geflohenen Personen allein ihrer Gruppenzugehörigkeit wegen und als Schritt zur angestrebten Zerstörung der Gruppe getötet wurden [...].“

⁹⁹ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 229-231 (juris): „Dem Angeklagten kam es auch darauf an, möglichst viele der auf dem Kirchengelände wie auch in den Bereich des Krankenhauses geflohenen Personen [...] töten zu lassen“ (Rn. 229), „das Ziel, möglichst viele der in seinem Zugriffsbereich befindlichen Tutsi umbringen zu lassen“ (Rn. 230), „vollständige Tötung aller auf das Kirchengelände geflohener Personen“ (Rn. 231).

¹⁰⁰ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 185, 217 (juris): „Ebenso wusste der Angeklagte darum, dass G. und die Angreifer entsprechend der staatlich gelenkten [...] Propaganda mit dem Ziel der Ausrottung jedenfalls der in Ruanda lebenden Tutsi handelten [...]“ (Rn. 185), „Der Angeklagte kannte auch die Absicht G.s und der Angreifer, die durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe der Tutsi – wie überall im Land – zumindest teilweise, aber so weitgehend wie nur irgendwie möglich zu zerstören“ (Rn. 185), „und er auch um die Absicht G.s und der Angreifer wusste, die durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe der Tutsi als solche zumindest teilweise, aber so weitgehend wie nur irgendwie möglich zu zerstören“ (Rn. 217).

¹⁰¹ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014 – 5-3 StE 4/10-4-3/10, Rn. 185, 217 f., 224 f., 272, 274 f. (juris): „Der Angeklagte kannte auch die Absicht G.s und der Angreifer, die durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe der Tutsi – wie überall im Land – zumindest teilweise, aber so weitgehend wie nur irgendwie möglich zu zerstören. Dem Angeklagten, der sich diese Absicht zu eigen machte, war angesichts der allgegenwärtigen staatlich gelenkten Propaganda der gemeinsame Aktionszusammenhang in Murambi wie auch im gesamten Land sowie die damit verbundene ernst zu nehmende Möglichkeit der Zerstörung der durch ihr Volkstum bestimmten Gruppe der Tutsi in Ruanda bewusst“ (Rn. 185), „Im insoweit maßgeblichen [...] Tatzeitpunkt fügte sich das Handeln des Angeklagten [...] nahtlos und ohne Einschränkung

Hier nun ist aber zugleich mit zwei Kritikpunkten bezüglich der Ausführungen des OLG anzusetzen. Der erste (bereits zuvor angesprochene¹⁰²) Kritikpunkt bezieht sich auf die – vom OLG bei seiner Umsetzung des prozessualen Weges des Schließens über Indizien nicht hinreichend präzise berücksichtigte – voluntative Komponente des *dolus directus* 1. Grades als des von der deutschen Rechtsprechung für die genozidale Zerstörungsabsicht verlangten Vorsatzgrades. Gerade weil zum Ersten das Vor- und Nachtatverhalten keine eindeutigen Schlüsse zur zum Tatzeitpunkt vorliegenden Zerstörungsabsicht erlauben, zum Zweiten sich zudem die Gruppenzerstörung für den Angeklagten nur als notwendiges Mittel für sein eigentliches Endziel des Erhaltens seiner Stellung im staatlichen System Ruandas darstellte sowie zum Dritten aus einer selbst wiederholten¹⁰³ Betonung („kannte“, „bewusst“, „wusste“, „bekannt“) der Kenntnis des Angeklagten von der kollektiven Zerstörungsabsicht bezüglich der Gruppe der Tutsi in Ruanda nicht automatisch und zwingend auf ein eigenes zielgerichtetes Wollen des Angeklagten hinsichtlich der Zerstörung der Gruppe der Tutsi in Ruanda zu schließen ist,¹⁰⁴ hätte das OLG für die Bejahung der aus seiner Sicht *dolus directus* 1. Grades erfordernden Zerstörungsabsicht mit noch größerer Genauigkeit aufzeigen müssen, dass zum Tatzeitpunkt des Kirchenmassakers in der Person des Angeklagten selbst ein zielgerichtetes Wollen (nicht nur hinsichtlich der Tötung der Tutsi auf dem Kirchengelände, sondern) hinsichtlich der Zerstörung der Gruppe der Tutsi in Ruanda vorgelegen hat bzw. aus welchen Gründen nach Ansicht des OLG auf diese voluntative Komponente des zielgerichteten Wollens der Zerstörung der Gruppe der Tutsi

gen in die offizielle gegen die Volksgruppe der Tutsi gerichtete Propaganda und das staatlich geförderte genozidale Gesamtgeschehen [...] ein. Bei seinen Befehlen an die Angreifer machte er sich gerade das Vokabular und den euphemisierenden und die Tötungen verharmlosenden Sprachgebrauch der staatlichen Agitation zu eigen und stellte sich damit bewusst und mit entsprechender Außenwirkung in den Dienst des kollektiven Vernichtungsziels“ (Rn. 274), „All dies lässt es als fernliegend erscheinen, der Angeklagte habe als einziger aller gemeinschaftlich handelnder Tatbeteiligter nicht mit Völkermordabsicht im Sinne eines zielgerichteten Wollens gehandelt [...], nachdem auch an keiner Stelle ein innerer Vorbehalt des Angeklagten oder gar eine Missbilligung der Ereignisse ablesbar ist. Vielmehr trug er, unbeirrt, eigeninitiativ und konsequent handelnd, das staatlich vorgegebene Zerstörungsziel innerlich mit und handelte insbesondere auch nicht lediglich gelegentlich des kollektiven genozidalen Geschehens“ (Rn. 275).

¹⁰² Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter II. 1.

¹⁰³ Siehe u.a. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 185, 217, 218, 268, 280 (juris): „kannte“ (Rn. 185), „bewusst“ (Rn. 218), „wusste“ (Rn. 185), „wusste“ (Rn. 217), „wussten“ (Rn. 280), „bekannt“ (Rn. 280); siehe zudem bereits die Hinweise in Fn. 100.

¹⁰⁴ Siehe hierzu bereits die Hinweise in Fn. 21.

in Ruanda in der Person des Angeklagten geschlossen werden kann.¹⁰⁵

Es kommt als zweiter Kritikpunkt hinzu, dass es wünschenswert gewesen wäre, dass sich BGH und OLG ausführlicher zur Frage des inhaltlichen Verständnisses des Merkmals des „Teils“ der Gruppe geäußert hätten und hierbei in Konkretisierung für den vorliegenden Fall auch präziser aufgezeigt und begründet hätten, warum die Tutsi auf dem Kirchengelände im vorliegenden Fall nicht als ein „Teil“ der Gruppe im Sinne des Genozidstraftatbestandes anzusehen sind, sondern für den für die Zerstörungsabsicht maßgebenden Bezugspunkt im vorliegenden Fall auf die Gruppe der Tutsi in Ruanda abzustellen ist. Eine solche gründliche Auseinandersetzung von BGH und OLG mit dem Merkmal „teilweise“ bzw. „Teil der Gruppe“ hätte gerade auch in diesem Fall nahegelegen, in welchem zwischen den Tutsi auf dem Kirchengelände zum einen und den Tutsi in Ruanda zum anderen zu unterscheiden war (und vom BGH und OLG auch unterschieden wurde¹⁰⁶) und mit Blick auf die Zerstörungsabsicht zu erkennen war (und ebenfalls vom BGH und OLG erkannt wurde¹⁰⁷), dass im vorliegenden Fall der für die Zerstörungsabsicht mit Blick auf die „Gruppe“ entscheidende Bezugspunkt nicht die Tutsi auf dem Kirchengelände, sondern die Tutsi in Ruanda sind.¹⁰⁸ Für die notwendige genauere Begründung, warum die Tutsi auf dem Kirchengelände im vorliegenden Fall nicht als ein „Teil“ der Gruppe im Sinne des Genozidstraftatbestandes anzusehen sind und warum für die Zerstörungsabsicht des Angeklagten auf die Tutsi in Ruanda abzustellen ist, hätte (wie nachfolgend im Einzelnen erläutert wird¹⁰⁹) von der deutschen Rechtsprechung näher dargelegt werden müssen, dass es unter Einbeziehung auch der Vorstellungen des Angeklagten bei den Tutsi auf dem Kirchengelände – es waren zur Tatzeit mindestens 400 Menschen, unter ihnen größtenteils Tutsi, jeden Alters und Geschlechts auf dem Kirchengelände¹¹⁰ – an den für den „Teil“ der Gruppe im Sinne des Genozidstraftatbestandes erforderlichen quantitativen und qualitativen Elementen fehlte und einhergehend damit auch die erforderlichen Auswirkungen der Tötung der Tutsi auf dem Kirchengelände mit Blick auf die Verhinderung der (Fort-)Existenz der Gruppe der Tutsi in Ruanda als sozialer Einheit nicht gegeben waren.

2. Zum Verständnis des Merkmals „Teil“ der Gruppe im Sinne des Genozidstraftatbestandes

Für die Frage, wie der Begriff „teilweise“ inhaltlich zu verstehen und auf welchem Wege zu ermitteln ist, ob ein solcher

¹⁰⁵ Siehe hierzu auch die Ausführungen von u.a. *Berster*, ZIS 2016, 72 (74); *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (190).

¹⁰⁶ Siehe hierzu bereits die Hinweise in den Fn. 97-100.

¹⁰⁷ Siehe hierzu bereits die Hinweise in den Fn. 101, 103.

¹⁰⁸ Siehe hierzu auch u.a. *Berster*, ZIS 2016, 72 (74), mit dem Hinweis, dass „0,09 % der Gesamtgruppe [...] keinesfalls als ‚substanzialer Teil‘ betrachtet werden können“; *Safferling/Grzywotz*, JR 2016, 186 (190).

¹⁰⁹ Siehe hierzu näher unter VI. 2.

¹¹⁰ Siehe u.a. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15, Rn. 157 (juris).

für den Genozidstraftatbestand erforderlicher „Teil“ der Gruppe im konkreten Fall vorliegt, ist auf den eine Gruppe kennzeichnenden (sozialen) Einheitscharakter, d.h. auf die Existenz und auf das auch zukünftige Fortexistieren der Gruppe als sozialer Einheit abzustellen.¹¹¹ Bei dem Genozidstraftatbestand ist die „Gruppe“ und ihr Existenzrecht das zentrale und maßgebende Schutzgut¹¹² und diese „Gruppe“ bildet zugleich den entscheidenden Gegenstand und Bezugspunkt der Zerstörungsabsicht des Täters. Versteht man eine „Gruppe“ unter Zugrundelegung des sie konstituierenden und kennzeichnenden Charakters nach zu befürwortender Ansicht als (nicht nur physisch-biologische, sondern) soziale Einheit,¹¹³ dann ist dieser (soziale) Einheitsbezug der „Gruppe“ auch für die Beurteilung des Vorliegens von „ganz“ und „teilweise“ von Bedeutung. Zwar ist auf der objektiven Tatbestandsebene keine tatsächliche Zerstörung einer (ganzen oder teilweisen) Gruppe als sozialer Einheit nötig,¹¹⁴ aber die Absicht des Täters (verstanden im hier befürworteten erweiterten Sinne als entweder dolus directus 1. oder 2. Grades) muss sich auf die Zerstörung der „Gruppe“ als sozialer Einheit beziehen.¹¹⁵ Für die Beurteilung des Vorliegens der Absicht des Täters, die Gruppe „teilweise“ zu zerstören, sind quantitative und qualitative Elemente in den Blick zu nehmen, einhergehend mit der Frage, auf wie viele (Anzahl) Gruppenangehörige und auf welche Gruppenangehörige (z.B. die Anführer der Gruppe oder alle Männer/alle Frauen) sich die vom Täter beabsichtigte Zerstörung im konkreten Einzelfall bezieht.¹¹⁶ Eingestellt in eine fallbezogenen zu konkretisie-

rende wertende Gesamtbetrachtung¹¹⁷ hat diese Berücksichtigung der vom Täter (im Sinne von dolus directus 1. oder 2. Grades) beabsichtigten Zerstörung einer bestimmten Anzahl von Gruppenangehörigen und/oder von bestimmten Gruppenangehörigen (erster Prüfungsschritt) sodann (in einem sich anschließenden zweiten Prüfungsschritt) mit einer Berücksichtigung der vom Täter (im Sinne von dolus directus 1. oder 2. Grades) beabsichtigten Auswirkungen/Konsequenzen der beabsichtigten Zerstörung der bestimmten Anzahl von Gruppenangehörigen und/oder der bestimmten Gruppenangehörigen für die (Fort-)Existenz der Gruppe als sozialer Einheit einherzugehen.¹¹⁸

Verlangt man für den „Teil“ der Gruppe (wie auch für die „ganze“ Gruppe) im Sinne des Genozidstraftatbestandes einen Bezug zum sozialen Einheitscharakter der Gruppe und stellt man auch für den „Teil“ der Gruppe auf seine Relevanz mit Blick auf seine Auswirkungen/Konsequenzen für die (Fort-)Existenz der Gruppe als sozialer Einheit ab, dann lässt sich die Absicht des Täters (verstanden im hier befürworteten erweiterten Sinn als dolus directus 1. und 2. Grades), die Gruppe „teilweise“ zu zerstören, dann bejahen, wenn in dem konkret zu beurteilenden Fall die (im Sinne von dolus directus 1. oder 2. Grades) beabsichtigte Zerstörung der bestimmten Anzahl der Gruppenangehörigen und/oder von bestimmten Gruppenangehörigen in ihren Auswirkungen/Konsequenzen mit dem (im Sinne von dolus directus 1. oder 2. Grades) beabsichtigten Nichtfortbestehen der Gruppe als sozialer Einheit verbunden ist. Zu denken ist z.B. an die Fallkonstellation, dass der Täter seine Tat mit der Vorstellung ausübt, dass die von ihm zielgerichtet gewollte/sicher gewusste Zerstörung der Führungspersönlichkeiten der Gruppe (nicht nur eine isolierte Tat ohne Folgen für die Fortexistenz der Gruppe

¹¹¹ Zu dieser in der Sache gegebenen, wenn auch teils unterschiedlich formulierten Ausrichtung an dem und Bezugnahme auf das Moment der sozialen Einheit siehe mit weiteren Verweisen u.a. *Vest* (Fn. 37), S. 115 ff.: „Zusammengehörigkeitsgefühl“ (S. 115), „die den Zusammenhalt wahrende Führungsschicht“ (S. 115 Fn. 122), „lebensfähige Einheit“ (S. 116 Fn. 128), „soziale Einheit“ (S. 118).

¹¹² Siehe u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 822: „das primäre Schutzgut der Existenz der Gruppe“; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 9; *Gil Gil*, ZStW 112 (2000), 381 (393 f.): „kollektives Rechtsgut“ (393); *Eser* (Fn. 86), S. 16 ff.; *Satzger* (Fn. 19), § 16 Rn. 7.

¹¹³ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter IV.

¹¹⁴ Siehe hierzu u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 880, wonach „[N]icht vorausgesetzt [...]“ wird, dass ein „[...] substantieller Teil der Gruppe auch tatsächlich zerstört wird“; *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 11.

¹¹⁵ Siehe auch der Hinweis von *Safferling* (Fn. 10), § 6 Rn. 39, wonach die Frage des substantiellen Gruppenteils „ein Bestandteil der Vernichtungsabsicht“ ist und „im Rahmen einer Gesamtabwägung zu ermitteln [ist], ob der Täter eine objektiv geschützte Gruppe ganz oder teilweise zerstören wollte“ (*Hervorhebung* im Original).

¹¹⁶ Siehe zur Heranziehung von quantitativen und/oder qualitativen Elementen näher u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 154 ff.; *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 879 f.; *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 73 ff.; *Paul* (Fn. 10), S. 308 ff., 312 ff.

¹¹⁷ *Paul* (Fn. 10), S. 315; siehe ebenso u.a. *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 160: „fallbezogene Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der entwickelten quantitativen und qualitativen Kriterien“ (*Hervorhebung* im Original).

¹¹⁸ Siehe zu den zu berücksichtigenden beabsichtigten Auswirkungen u.a. *Werle/Jeßberger* (Fn. 10), Rn. 880: „Entscheidend ist, welche Wirkung die beabsichtigte Vernichtung der Teilgruppe für den Bestand der Gruppe haben soll“; *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 157 f.: „Es müssen [...] die [beabsichtigten] Folgen der Tat für die Gruppe als solche berücksichtigt werden“ (Rn. 157), „dauerhafte Wirkung auf die ganze Gruppe“ (Rn. 158), siehe auch den zutreffenden Hinweis, dass die Zerstörungsabsicht zweifelhaft sei bei der Absicht der Vernichtung der Führer einer bestimmten Gruppe, „wenn es sich dabei nur um eine isolierte Tat handelt, die nicht das Ende der ganzen Gruppe mit sich bringen soll“ (Rn. 157), siehe zudem den zutreffenden Hinweis darauf, dass der Angriff auf die Führung „im Zusammenhang mit dem Schicksal der restlichen Gruppe gesehen werden muss“ (Rn. 157); *Kreß* (Fn. 16), § 6 Rn. 75 f.: „in der Folge der Zerstörung des betreffenden Gruppenteils zu befürchtende spürbare Schwächung der Gesamtgruppe“ (Rn. 75), „den Fortbestand der Gesamtgruppe ernsthaft gefährdet“ (Rn. 76).

als sozialer Einheit sein soll,¹¹⁹ sondern) zur Verhinderung der (Fort-)Existenz der Gruppe als sozialer Einheit führen soll (dolus directus 1. Grades)/führen wird (dolus directus 2. Grades).¹²⁰ Wie bei anderen subjektiven Tatbestandsmerkmalen auch ist bei einer schwierigen Beweislage für den erforderlichen Beweis der Absicht des Täters, eine Gruppe „teilweise“ zu zerstören, der prozessuale Weg des Schließens mittels Indizienwirkung in den Blick zu nehmen. Hierbei kann u.a. aus der sicheren Kenntnis des Täters, dass die Führungspersönlichkeiten der Gruppe für die Existenz der Gruppe zentral und unverzichtbar sind, geschlossen werden, dass mit seiner zielgerichtet gewollten/sicher gewussten Zerstörung der Führungspersönlichkeiten der Gruppe notwendigerweise auch die zielgerichtet gewollte/sicher gewusste Zerstörung der Gruppe in ihrer Fortexistenz als sozialer Einheit einhergeht.

VII. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Zerstörungsabsicht bei dem völkerstrafrechtlichen Verbrechen des Genozids stellt sich eine Vielzahl an kontrovers diskutierten Fragen zur genauen Bedeutung der zur genozidalen Zerstörungsabsicht gehörenden einzelnen Inhaltselemente. Wünschenswert wäre es gewesen, wenn die deutsche Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R. in einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte und mit dem Schrifttum ausführlicher und tiefgehender auf den bestehenden Diskussions- und Streitstand zu diesen Fragen eingegangen wäre. Dies hätte der deutschen Rechtsprechung zugleich die Möglichkeit gegeben, die von ihr bisher vertretenen Ansichten zum Verständnis und zur Auslegung der einzelnen Inhaltselemente der genozidalen Zerstörungsabsicht zu überprüfen und unter gründlicherem Einbezug der in der internationalen Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Ansichten entweder zu bestätigen oder zu ändern.

¹¹⁹ Siehe zu diesem Beispiel mit zutreffenden Hinweisen *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 157; siehe zudem *Triffterer* (Fn. 37), S. 1434.

¹²⁰ Siehe hierzu u.a. *Lüders* (Fn. 10), S. 169; *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (488); *Ambos* (Fn. 10), § 7 Rn. 157, wonach der Angriff nur dann einen bedeutenden Teil der Gruppe betrifft, „wenn damit deren Fortbestehen verhindert werden soll“; *Lüders* (Fn. 10), S. 50 f.; *Triffterer* (Fn. 37), S. 1434: „in der begründeten Annahme, dadurch [...]“, „daß die Gruppe sich in der Folge auflösen und so selbst zerstören werde“.

Witness Preparation und historische Wahrheit im Völkerstrafprozess

Probleme der Zeugenvorbereitung vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des Völkerstrafprozesses

Von Dipl.-Jur. **Lea Babucke**, Hamburg

I. Einführung

Witness Preparation ist eine im anglo-amerikanischen Raum vieldiskutierte und überwiegend akzeptierte Praxis zur Vorbereitung von Zeugen auf die gerichtliche Hauptverhandlung im Strafverfahren.¹ Im kontinental-europäischen Rechtsraum ist die Vorbereitung von Zeugen dagegen weit weniger verbreitet und wird weitaus kritischer beurteilt.²

Im Völkerstrafrecht, wo bekanntlich anglo-amerikanische und kontinentaleuropäische Rechtstraditionen aufeinander treffen,³ wurde die Frage der Zulässigkeit und der Grenzen der Witness Preparation bislang im Zusammenhang mit einzelnen Strafverfahren vor internationalen Gerichten erörtert; auch im englischsprachigen Schrifttum zum Völkerstrafrecht finden sich vereinzelt Stellungnahmen.⁴ Neben der rechtsystematischen und -dogmatischen Bewertung der Zulässigkeit von Witness Preparation wurde bis dato allerdings noch nicht hinreichend kritisch untersucht, ob eine solche Vorbereitungspraxis tatsächlich zielführend oder aber, vor allem unter Berücksichtigung von Erkenntnissen gedächtnis- sowie rechts- und aussagepsychologischer Forschung,⁵ auch kontraproduktiv sein kann, u.a. mit Blick auf zentrale Ziele des Völkerstrafrechts. Die bedeutsame Frage nach der Zulässigkeit, Nützlichkeit oder sogar Notwendigkeit der Zeugenvorbereitung verlangt indessen eine Auseinandersetzung, die auch Erkenntnisse aus anderen wissenschaftlichen Zweigen als der Rechtswissenschaft zu Rate zieht, um eine evidenzba-

sierte und zugleich praxisorientierte Lösung für Prozesse im völkerstrafrechtlichen Kontext zu finden.

Im Folgenden werden diese Fragen aufgegriffen. Es wird dargelegt, dass die Grundkonzeption des Völkerstrafrechts bzw. -strafprozessrechts kein hinreichendes rechtliches Fundament für die Integration von Witness Preparation bietet. Dazu wird erläutert, welche Schwierigkeiten im Hinblick auf verschiedene Varianten von Witness Preparation in den nationalen Rechtsordnungen sowie auch im Völkerstrafrecht bestehen. Insbesondere wird darauf eingegangen, dass Erkenntnisse aus psychologischer Forschung negative Wirkungen der Zeugenvorbereitung in Bezug auf eine möglichst akkurate, unbeeinflusste Darlegung von Erinnerungen nahelegen. Im Ergebnis wird die Position vertreten, dass ein Verbot der Witness Preparation im IStGH-Statut normiert werden sollte.

II. Ausgangslage im Völkerstrafprozessrecht

Für die Analyse der Zulässigkeit wie auch der Probleme von Witness Preparation im völkerstrafrechtlichen Prozess bedarf es zunächst einer Klärung zentraler Merkmale des Völkerstrafrechts und der diesbezüglichen Verfahrensregelungen.

Obschon bereits Ende des 19. Jahrhunderts über die nationalen Grenzen hinwegreichende strafrechtliche Regulationsmechanismen und Institutionen diskutiert wurden,⁶ wird gemeinhin die Errichtung des Internationalen Militärgerichtshofs im Jahr 1945 als die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts bezeichnet.⁷ Damit ist das kodifizierte Völkerstrafrecht noch keine 100 Jahre alt.

Von zahlreichen Seiten wird mit guten Argumenten die Auffassung vertreten, die Grundkonzeption des Völkerstrafrechts sei die eines Hybrides aus verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und Rechtssystemen.⁸ Eine solche Hybridkonstruktion sei ein Weg, eine transnational-akzeptable, internationale strafrechtliche Grundordnung zu schaffen, indem nationenübergreifend verschiedene bewährte Traditionen aufgegriffen und einbezogen werden.

Diese beiden Merkmale, die vergleichsweise kurze Geschichte sowie der nationale Traditionen aufnehmende, integrative Hybridcharakter des Völkerstrafrechts, haben zur Folge, dass sich dessen materiell- und verfahrensrechtliche Regelungen in einem ständigen dynamischen Wandel befinden. Das Völkerstrafrecht muss als Hybrid Veränderungen auf

¹ *Applegate*, Texas Law Review 1989, 278; *Lewis*, Litigation 2010, 41; *Freedman*, Litigation 1976, 35.

² Dies haben in Deutschland zuletzt die Debatten über die Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung im Zuge des 3. Opferrechtsreformgesetzes gezeigt, vgl. BT-Drs. 18/4621.

³ Vgl. *Ambos*, International Criminal Law Review, 2003, 1; ICTY, Entsch. v. 1.5.1997 – IT-96-21 (Prosecutor v. Delalic u.a.), Rn. 15.

⁴ Siehe hierzu *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. III: International Criminal Procedure, 2016, S. 478; *Laurel Baig* fokussiert hingegen eher die ethischen Fragestellungen in Zusammenhang mit Witness Preparation: *Baig*, American Society of International Law Proceedings 2009, 256; *Wayne Jordash* argumentiert zu Gunsten eines teilweisen Verbots von der Zeugenvorbereitung am IStGH: *Jordash*, Leiden Journal of International Law 2009, 501; gegen ein Verbot argumentieren *Karemaker u.a.*, Leiden Journal of International Law 2008, 683. Aus der deutschen Literatur *Ambos*, in: Hassemer/Kempff/Dörr/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 1.

⁵ Vgl. *Ridley u.a.*, Suggestibility in Legal Contexts, Psychological Research and Forensic Implications, 2013; Siehe ferner *Loftus*, Learning & Memory 2005, 361; *Howe*, Memory 2015, 633.

⁶ *McCormack*, in: McCormack/Simpson (Hrsg.), The Law of War Crimes, National and International Approaches, 1997, S. 31.

⁷ *Cryer u.a.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3. Aufl. 2014, S. 115; *Bassiouni*, Harvard Human Rights Journal 1997, 11.

⁸ *Ambos*, International Criminal Law Review, 2003, 1; sowie ICTY, Entsch. v. 1.5.1997 – IT-96-21 (Prosecutor v. Delalic u.a.), Rn. 15.

nationalrechtlichen Ebenen aufgreifen bzw. diesen zugänglich sein. Diese Offenheit für Veränderungen hat sich im Völkerstrafrecht in der Vergangenheit auch tatsächlich manifestiert, wie u.a. die Unterschiede der Statuten der verschiedenen internationalen völkerstrafrechtlichen Tribunale der letzten Jahrzehnte belegen.⁹ Diese hatten stets leicht veränderte Ausrichtungen; waren teilweise stärker orientiert am adversatorischen, teilweise stärker am inquisitorischen Verfahrenstypus. Die Entwicklungen erfolgten vor dem Hintergrund von Erfahrungen mit der Rechtsanwendung durch die Tribunale, ihrer politischen wie wissenschaftlichen Reflexion.

So positiv eine integrative Konzeption ist, welche Elemente aus verschiedenen Rechtsordnungen aufgreift und flexibel grenzüberschreitende Akzeptanz und Legitimation zu erzeugen vermag, so problematisch kann dies in Hinblick auf die interne Konsistenz des Gesamtkonzeptes werden.¹⁰ Damit verbundene Probleme und Herausforderungen stellen sich unter anderem im Hinblick auf die Regelung der (Re-)konstruktion völkerstrafrechtlich relevanter Lebenssachverhalte durch das Beweisrecht. Im Zentrum dessen stehen verfahrensrechtliche Normen zum Zeugenbeweis, der auch im Völkerstrafprozess faktisch das wohl bedeutsamste Beweismittel darstellt.¹¹ Generell ist diesbezüglich die Frage der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der Aussagen von Zeugen im Rahmen der Sachverhalts(re-)konstruktion zu stellen, was u.a. Risiken ihrer Beeinflussung und der Verzerrung ihrer Erinnerungen und Angaben betrifft. Eine wesentliche Quelle solcher Verzerrungen kann die vorprozessuale Vorbereitung sein, die mit dem Begriff der Witness Preparation bezeichnet wird.

III. Nationale Traditionen und Divergenz

Das Konzept der Witness Preparation stammt aus dem adversatorischen Rechtssystem und ist vor allem im anglo-amerikanischen Strafverfahren als Parteienprozess verankert.¹² Grundgedanke ist, dass der Parteienanwalt seinen bzw. die Anklage ihren Zeugen angemessen auf den Strafprozess vorbereiten können muss, um die Jury von seinem/ihrer Fall, seiner/ihrer Wahrheit überzeugen zu können.¹³

In den stärker inquisitorisch ausgerichteten Systemen des Civil Law ist Witness Preparation nicht derartig etabliert. Dies liegt in Systemdivergenzen begründet: Während im adversatorischen Verfahren die gerichtliche Wahrheitssuche über den Widerstreit der Parteien betrieben wird, steht im inquisitorischen Verfahren der ermittelnde Richter im Fokus. Dementsprechend treten im inquisitorischen Verfahren auch Zeugen nicht als solche einer Partei auf. Sie sind vielmehr

Zeugen des Gerichtes, bzw. der Wahrheit und als solche keiner Partei „verpflichtet“.¹⁴

Witness Preparation ist allerdings auch in adversatorischen Systemen unterschiedlich stark ausgeprägt und wird dort z.T. kritisch betrachtet.¹⁵ So wird die Zeugenvorbereitung in Großbritannien in bestimmten Aspekten deutlich kritischer bewertet als in den USA. Vorbehalte bestehen in Großbritannien vor allem in Bezug auf Risiken der inhaltlichen Veränderung von Zeugenaussagen durch Einübung und Beratung.¹⁶ Im US-amerikanischen Kontext wird demgegenüber von einem guten Strafverteidiger eine umfassende Zeugenvorbereitung als professionelle Pflichterfüllung geradezu erwartet.¹⁷

1. Begriffsklärung: Varianten der Witness Preparation

Witness Preparation bezeichnet die Vorbereitung von Zeugen auf ein Strafverfahren. Es handelt es sich um eine Art Generalbegriff, der verschiedene Praktiken umfasst.¹⁸ Die Abgrenzungen sind indessen auch Gegenstand von Kontroversen.¹⁹

Als Witness Familiarisation wird ein Vorgehen beschrieben, bei dem Zeugen strafprozessuale Abläufe erklärt werden, um sie mental vorzubereiten. So werden strafprozessuale Begrifflichkeiten erläutert, die Gerichtsgebäude und andere relevante Räumlichkeiten im Vorfeld eines Prozesses besichtigt und Aufgaben der involvierten Akteure nachvollziehbar dargestellt.²⁰

Witness Proofing ist in Abgrenzung dazu eine Praxis, bei der eine Partei des Strafprozesses (Anklage oder Verteidigung) Zeugen vor der öffentlichen gerichtlichen Verhandlung in einem nicht öffentlichen Zusammenhang befragt. Ziel ist u.a. zu prüfen, ob die Zeugen auch das angeben, was die Partei annimmt und was ihr Anlass zur Aufrufung gerade dieser Zeugen ist.²¹

Witness Coaching schließlich, beschreibt die gezielte Einübung einer bestimmten Aussage.²² Ziel eines solchen „Trainings“ ist es, eine inhaltlich den Interessen der Partei

⁹ Internationaler Militärgerichtshof (Nürnberg, IMG); Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH); Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda (RStGH); Internationaler Strafgerichtshof (IStGH).

¹⁰ Robinson, Leiden Journal of International Law 2008, 925.

¹¹ Combs, Fact-Finding without Facts, 2010, S. 12.

¹² Ambos (Fn. 4 – FS Volk), S. 8.

¹³ Schüttpelz, Witness Preparation in International and Domestic Criminal Proceedings, 2014, S. 15 f.

¹⁴ Ambos, in: Stahn/Sluiter (Hrsg.), The Emerging Practice of the International Criminal Court, Legal Aspects of International Organization, Bd. 48, 2009, S. 600 (605).

¹⁵ Roberts, in: Hunter/Roberts/Young/Dixon (Hrsg.), The Integrity of Criminal Process, From Theory into Practice, 2016, S. 163 (165); Soanes, The Law Teacher 2014, 196 (197).

¹⁶ Padfield, Criminal Law Review 2015, 309; Schüttpelz (Fn. 13), S. 30; Roberts, Texas Law Review 1989, 166.

¹⁷ Schüttpelz (Fn. 13), S. 39; Applegate, Texas Law Review 1989, 278; Hodes, Texas Tech Law Review 1999, 1343 (1350). Bisweilen wird sich auch kritisch zur Praxis der Verteidiger geäußert, vgl. Ambos, Leiden Journal of International Law 2008, 911 (914).

¹⁸ Applegate, Texas Law Review 1989, 278; Ambos (Fn. 14), S. 609.

¹⁹ Schüttpelz (Fn. 13), S. 24 f.

²⁰ Lewis, Litigation 2010, 42.

²¹ Lewis, Litigation 2010, 42.

²² Roberts, Texas Law Review 1989, 165.

entsprechende und möglichst überzeugend wirkende Zeugenaussage zu sichern.

Der Oberbegriff Witness Preparation kann all diese Aktivitäten umfassen oder aber so verwendet werden, dass nur zulässige, also zumindest vom Witness Coaching abzugrenzende, Formen der Zeugenvorbereitung darunter verstanden werden.²³

2. Praktische Abgrenzungsprobleme nationaler Rechtsordnungen

Neben theoretisch-begrifflichen Divergenzen gibt es auch Abgrenzungsschwierigkeiten mit Blick auf die Praxis. Dies betrifft unter anderem die Frage, unter welchen Bedingungen eine rechtlich zulässige Zeugenvorbereitung zu einem nicht mehr zulässigen Witness Coaching wird.²⁴ In England und Wales wird eine unzulässige Zeugenvorbereitung unzweifelhaft dann angenommen, wenn die Zeugenaussage inhaltlich verändert wird, so dass partiell auch ihre Richtigkeit beeinflusst wird. Durch den Court of Appeal wurde explizit darauf hingewiesen, dass eine solche Beeinflussung von Zeugen durch ein „Training“ verboten sei.²⁵ In den USA hingegen werden andere Standards für maßgeblich erachtet. So wurde bis 1991 durch die District of Columbia Bar festgehalten, dass ein detaillierter und substantiierter Austausch zwischen Zeuge und Anwalt ein zu erwartender Bestandteil des Strafverfahrens sei. Formulierungsvorschläge hinsichtlich der Aussage eines Zeugen seitens seines Anwalts, und damit auch die inhaltliche Veränderung des Wortlautes der ursprünglichen Aussage, seien üblich.²⁶ Es müsse nur darauf geachtet werden, dass die endgültige Zeugenaussage wahrheitsgemäß und nicht irreführend sei.²⁷

Sowohl im amerikanischen als auch im englisch-walisischen Strafprozess ist die bloße Information von Zeugen über die sie erwartenden Geschehnisse während einer Zeugenvernehmung, d.h. die Erörterung des formalen Prozessablaufes, auch die Vertrautmachung mit den Räumlichkeiten, als zulässig anerkannt.²⁸

Im Common-Law wird weiter allgemein die Auffassung geteilt, dass es im Sinne einer sachgerechten Verfahrens- und Verhandlungsführung sowie zur Sicherung eines fairen Verfahrens möglich sein muss, dass die Parteien Kenntnis dar-

über erhalten, zu welchen Tatsachen Zeugen Auskunft geben können. Dies ist in der Logik des adversatorischen Verfahrens unausweichlich notwendig, um Erkenntnisse dazu zu sammeln, ob sich ein Zeuge als solcher für eine der Parteien im Strafprozess eignet und aufgerufen werden soll.

Differenzierungen finden sich aber schon hinsichtlich der sogenannten „Auffrischung“ der Erinnerung von Zeugen. Solche Versuche der Stützung von Erinnerungen werden bisweilen dem Witness Proofing zugeordnet; deren Einordnung als Coaching käme aber im Einzelfall ebenfalls in Betracht.²⁹ Im englischen Strafprozessrecht wird insoweit problematisiert, dass die Schwelle der Zulässigkeit überschritten werde, sobald der Inhalt der Zeugenaussage Teil des vorbereitenden Gespräches wird.³⁰ Eine „Erinnerungsauffrischung“ ohne inhaltliche Auseinandersetzung scheint kaum realisierbar. Das Auffrischen der Erinnerungen bei Zeugen wäre danach prozessrechtlich problematisch.³¹

Die Grundidee der Befürworter einer solchen Praxis ist recht klar: Je besser Zeugen sich erinnern, desto eher können für den Prozess wertvolle Informationen zu Tage gefördert werden.³² Ein Zeuge, der unterstützt wurde, seine Erinnerungen umfassend und präzise abzurufen und wiederzugeben, kann, so das Argument, zur Steigerung der Effizienz des Strafprozesses beitragen. Welche Formen aber diese Erinnerungsunterstützung annehmen darf, wird kontrovers diskutiert.

Als hochproblematisch werden sog. Preparation Sessions eingestuft.³³ Hier wird die Zeugenaussage gemeinsam mit dem Anwalt, weiteren Zeugen und ggf. Fachpersonen (trial consultants) angehört, besprochen oder auch trainiert.³⁴ Vordergründig können eine möglichst flüssige Erzählweise und die Steigerung der Verständlichkeit als Ziele im Zentrum stehen. Ein weiterer Aspekt kann sein, Zeugen in einem solchen Setting zu vermitteln, dass auch andere Zeugen Aufregung verspüren, diese Emotionen mithin nichts Ungewöhnliches sind. Es können aber auch durch geschickte Fragen Aussagen geformt, gefestigt und so neue, veränderte Zeugenaussagen produziert werden.³⁵

Abseits der Regelungen über zulässige oder unzulässige Formen der Zeugenvorbereitung gibt es weitere praktische Probleme. So bestehen erhebliche Schwierigkeiten, ex post Feststellungen darüber treffen zu können, ob eine unzulässige Zeugenvorbereitung stattgefunden hat. Die Zeugenvorbereitung findet vor dem Prozess, meist in einem inoffiziellen, privaten Setting statt, ist also nicht transparent.³⁶ Eine förmliche, institutionalisierte Kontrolle bzw. eine nachträgliche

²³ Schüttpelz (Fn. 13), S. 24; Lewis, *Litigation* 2010, 42.

²⁴ Ambos (Fn. 14), S. 609.

²⁵ Court of Appeal, Urt. v. 2.2.2005 (R v. Momodou), [2005] EWCA Crim 177 (61).

²⁶ District of Columbia Bar, *Legal Ethics Comm.*, Op. Nr. 79, S. 138. Zur Witness Preparation sind Hinweise auf verschiedene Rules verteilt, u.a. Rule 1.1 (a) (Competence); Vgl. auch <https://www.dcbbar.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/september-2014-speaking-of-ethics.cfm#ftn1> (4.12.2107).

²⁷ District of Columbia Bar, *Legal Ethics Comm.*, Op. Nr. 79, S. 138.

²⁸ Applegate, *Texas Law Review* 1989, 301; Soanes, *The Law Teacher* 2014, 199; Wheatcroft/Ellison, *Behavioral Sciences and the Law* 2012, 821; Horn/Charters/Vahidy, *International Journal of Transitional Justice* 2009, 135 (149).

²⁹ Schüttpelz (Fn. 13), S. 24; Ambos (Fn. 14), S. 611.

³⁰ Roberts, *Texas Law Review* 1989, 170.

³¹ Kim u.a., *Applied Cognitive Psychology* 2017, 128 (129).

³² Schüttpelz (Fn. 13), S. 38.

³³ Lewis, *Litigation* 2010, 42 (44), spricht von einer „Witness Class“.

³⁴ Roberts, *Texas Law Review* 1989, 172; Lewis, *Litigation* 2010, 42 (44).

³⁵ Roberts, *Texas Law Review* 1989, 172.

³⁶ Applegate, *Texas Law Review* 1989, 279.

effektive Überprüfung von Einflussnahmen ist damit nicht oder nur begrenzt möglich.

Um diesen Problemen zu begegnen, wurden auf nationaler Ebene einige Anstrengungen unternommen. So gibt es im amerikanischen Strafrecht Regelungen über unzulässige und strafbare Zeugenbeeinflussung.³⁷ Im Berufsrecht und in berufsethischen Selbstverpflichtungen sind ebenfalls Bemühungen um Kontrolle erkennbar.

Im Model Code of Professional Responsibility der American Bar Association wurden zur Witness Preparation klare Kriterien formuliert. Für Anwälte soll so eindeutig erkennbar werden, was zulässige und was verbotene Methoden sind. Zwar sollen diese Regelungen sicherstellen, dass Zeugenaussagen den Prozess fördern und fehlerhafte Aussagen unterbleiben. Aus diesen Regeln kann indessen, in Kombination mit der Grundstruktur des amerikanischen Strafprozesses, auch eine Verpflichtung zur Zeugenvorbereitung abgeleitet werden: Wenn sowohl die Verteidigung als auch die Anklage sicherstellen müssen, dass keine falschen Beweise in den strafrechtlichen Prozess gelangen, so die Logik, dann müssen sie selbst auch Zeugen zuvor eingehend überprüfen können und mithin Witness Preparation durchführen dürfen.³⁸ Das Problem der Kontrolle von unzulässigen Einflussnahmen konnte jedenfalls bislang so nicht gelöst werden.

Auch in England wurde versucht, durch Regelungen unzulässigen Formen der Zeugenvorbereitung Einhalt zu gebieten.³⁹ Gleichwohl kann bis dato auch im englischen Recht eine Überprüfung der tatsächlichen Praxis nicht hinreichend gewährleistet werden.

Festzuhalten ist, dass innerhalb der Common Law Rechtsordnungen noch Vieles bezogen auf die Abgrenzung von zulässiger und unzulässiger Zeugenvorbereitung offen bleibt. Einheitliche oder effiziente Regelwerke zur Regulierung der Anwendungsmodalitäten und der Kontrolle der Grenzen von Witness Preparation liegen somit in jenen nationalen Rechtsordnungen, in denen die Witness Preparation beheimatet ist, bis heute nicht vor.⁴⁰

IV. Völkerstrafrechtliche Tradition und Divergenz

Im völkerstrafrechtlichen Kontext ist zwischen verschiedenen Institutionen mit je unterschiedlichen prozessualen Regelungen und Verfahrensweisen zu differenzieren. Besonders relevant sind insoweit die Ad-hoc-Tribunale.⁴¹ Sie waren die

ersten völkerstrafrechtlichen Institutionen nach dem IMG und sind historische Meilensteine in der Entwicklung des Völkerstrafrechts. Ihre Rechtsprechung hat das Verständnis und die Auslegung völkerstrafrechtlicher Normen maßgeblich geprägt.

Aktuell hat der IStGH eine besonders bedeutsame Rolle. Der IStGH ist das erste ständige Tribunal im völkerstrafrechtlichen Zusammenhang, das potenziell weltweit und über singuläre Ereignisse hinaus tätig werden kann.

Obschon es bereits in der Zeit vor dem IStGH genereller Anspruch des Völkerstrafrechts war, verschiedene Rechtsordnungen zu berücksichtigen und ein „gemischtes“, wobei gleichzeitig eigenes System zu entwickeln, ist dieses Vorhaben bei den Ad-hoc-Tribunalen im Hinblick auf das Verfahren noch nicht umfassend gelungen. Die Ad-hoc-Tribunale haben eine stark adversatorische Ausrichtung.⁴² Dies könnte die grundsätzliche Zulässigkeit von Witness Preparation als einer vor allem in diesem Rechtssystem beheimateten Praxis nahelegen. Gleichwohl findet sich auf Ebene der Statuten keine explizite Regelung: Witness Preparation wurde bei den Ad-hoc-Tribunalen weder ausdrücklich gestattet noch explizit ausgeschlossen.

Die Kodifikation beim IStGH ist wesentlich umfangreicher. Viele Bereiche, die bei den Ad-hoc-Tribunalen noch ausgeklammert wurden, sind im Rahmen des IStGH-Statuts positivrechtlich verankert. Zur Witness Preparation gibt es aber auch dort keine spezifische spezialgesetzliche Grundlage: Es ist weder explizit geregelt, was Witness Preparation ist, noch inwieweit diese stattfinden darf oder nicht.

Teilweise wird vertreten, dass gerade wegen der fehlenden expliziten Kodifikation auf Ebene des IStGH-Statutes Witness Preparation unzulässig sei.⁴³ Ausgangsbasis dieser Argumentation ist die konzeptionelle Grundausrichtung des IStGH. Stärker als bei den Ad-hoc-Tribunalen sei es beim IStGH gelungen, adversatorische und inquisitorische Elemente zu verschmelzen und ein gemischtes System bzw. ein System sui generis zu entwickeln.⁴⁴ Weil die Witness Preparation im adversatorischen System beheimatet ist, dem inquisitorischen System aber fremd sei, bedürfe es im Rahmen eines Hybrides einer expliziten Anordnung ihrer Zulässigkeit. Andernfalls sei von einer Unzulässigkeit auszugehen.⁴⁵

Zwar ist eine positive explizite Kodifikation der Witness Preparation als zulässiges Vorgehen dem IStGH-Statut nicht zu entnehmen. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass es keinen Weg gäbe, eine derartige Praxis der Zeugenvorbereitung normativ zu integrieren. Eine Möglichkeit besteht zumindest theoretisch über die Regelung des Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut. Hier wird festgelegt, dass Rechtsgrundlage des IStGH zunächst 1. das Statut sowie die Verfahrens- und Be-

³⁷ U.S. Code § 1512 lit. b no. (1).

³⁸ Schüttpelz (Fn. 13), S. 35.

³⁹ Paragraph 705a und 705b des Code of Conduct of the Bar Council.

⁴⁰ Ambos, Leiden Journal of International Law 2008, 912 (913), mit Verweis auf intensive Kontroversen in den USA. Dieser Zustand besteht bereits seit Jahren, vgl. Hodes, Texas Tech Law Review 1999, 1349; Lewis, Litigation 2010, 42.

⁴¹ Zwar ist zwischen dem RStGH und dem JStGH zu differenzieren. Die Ähnlichkeit hinsichtlich Kodifikation und Praxis der Tribunale ist nicht nur historisch begründbar, sie wurde auch normativ in Art. 14 RStGH-Statut verankert, wonach eine Orientierung der Richter des RStGH an der

JStGH-Verfahrensordnung unter Berücksichtigung notwendiger Änderungen festgehalten wurde.

⁴² Ambos, Leiden Journal of International Law 2008, 912.

⁴³ Ambos, Leiden Journal of International Law 2008, 912 (913).

⁴⁴ Ambos, International Criminal Law Review, 2003, 1.

⁴⁵ Ambos, Leiden Journal of International Law 2008, 912 (913).

weisordnung (IStGH-Verfahrensordnung) sind (lit. a). Sofern erforderlich und angemessen werden zudem 2. generelle Prinzipien und Regeln des internationalen Strafrechts herangezogen (lit. b). Schließlich können auch 3. generelle Rechtsprinzipien herangezogen werden, die aus den nationalen Rechtsordnungen abgeleitet werden (lit. c). Damit könnte grundsätzlich über einen Verweis auf nationales Recht auch eine normative Integration von Witness Preparation erwogen werden.

Es muss aber wohl festgehalten werden, dass zumindest der Verweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze im Hinblick auf Witness Preparation recht schwierig erscheint.⁴⁶

So ist diese zwar im adversatorischen Verfahren beheimatet, aber sowohl die diesbezüglichen Regelungen als auch die Praxis sind dort, wie bereits gezeigt wurde, keinesfalls gleichartig und zudem auch nicht ohne Kontroversen. Den inquisitorischen Systemen wiederum ist Witness Preparation in einer über Witness Familiarisation hinausgehenden Form fremd. Eine Qualifizierung der Witness Preparation als allgemeines Rechtsprinzip dürfte damit ausscheiden.⁴⁷

In rechtstatsächlicher Hinsicht ist es schwer empirisch eindeutig festzustellen, in welchen Formen und in welchem Umfang im Völkerstrafrecht Witness Preparation stattfindet. Wie auch in den nationalen Rechtsordnungen bestehen im völkerstrafrechtlichen Kontext erhebliche Schwierigkeiten der Nachvollziehbarkeit etwaiger Vorbereitungshandlungen. An einer empirischen Untersuchung dazu fehlt es bislang.⁴⁸ Dennoch ist es möglich, einige Aussagen über die Handhabung von Witness Preparation durch die Tribunale zu treffen. So kann auf Entscheidungen zum Thema Witness Preparation zurückgegriffen werden, die durch die Tribunale gefällt wurden. Dies kann zumindest einen ersten Eindruck von der Realität der Zeugenvorbereitung im Völkerstrafrecht vermitteln.

Eine der ersten Entscheidungen in diesem Zusammenhang wurde im Zuge des Limaj-Verfahrens am JStGH getroffen. 2004 kam es zu einem Antrag der Verteidigung, die eine „Proofing Session“ seitens der Anklagebehörde unterbinden

wollte.⁴⁹ Für den Fall, dass ein Unterbinden dieser „Proofing Session“ nicht möglich sei, wurde von der Verteidigung angeregt, dass ein Mitglied der Verteidigung im Rahmen der „Session“ anwesend sein dürfe bzw. eine Videoaufnahme erstellt und der Verteidigung zur Verfügung gestellt werden sollte.⁵⁰

Die Verteidigung hatte in ihrem Antrag betont, Witness Preparation werde nicht grundsätzlich beanstandet, allerdings stünde die Vorbereitung seitens der Anklage in der Gefahr, über die zulässige Vorbereitung des Zeugen hinauszugehen und auch Coaching zu enthalten.⁵¹

Die Anklagebehörde erklärte daraufhin, sog. „Proofing Sessions“, in welchen Zeugen hinsichtlich ihrer Aussage befragt und angehört werden, seien gängige Praxis am JStGH. Erfahrungen aus nationaler Praxis hätten gezeigt, dass mit einer derartigen „Preparation“ Vorteile für die Zeugen und das Verfahren einhergingen.⁵² Dieser Ansicht schloss sich die JStGH Trial Chamber (TC) an und betonte, eine Unterstützung des Zeugen bezogen auf seine Erinnerungen sei im völkerstrafrechtlichen Prozess notwendig.⁵³ Die TC ging konkret auf Notwendigkeit und Umfang der Zeugenvorbereitung ein und nahm zu der Sorge der Verteidigung Stellung, es könne ein unzulässiges „Zeugentraining“ stattfinden. Sie verwies auf klare Standards im Rahmen der „Proofing procedure“, die von der Anklage auch eingehalten würden. Es bedürfe daher keiner Intervention von Seiten der TC.⁵⁴

Weiteren Aufschluss gibt ein Verfahren des IStGH. Im Oktober 2006 informierte die Prosecution die Pre-Trial Chamber (PTC) I des IStGH, dass mehrere Zeugen im Verfahren gegen Lubanga Dyilo geladen wurden, um diese einem „Proofing“ zu unterziehen.⁵⁵ Hiernach wurde die Anklage aufgefordert darzulegen, was unter „Proofing“ verstanden werde und wie dies ablaufe.⁵⁶ Die Anklage erklärte, „Witness Proofing“ sei eine anerkannte Praxis im Strafrecht, bei der es sich um eine Vorbereitung handle, die das Gericht bei der Wahrheitsfindung unterstütze.⁵⁷ Weiter wurde beantragt, die geplanten „Proofing Sessions“ zuzulassen. Die Verteidigung

⁴⁶ Ambos (Fn. 14), S. 606.

⁴⁷ Es gibt noch weitere Ansätze einer Herleitung der Zulässigkeit der Witness Preparation am IStGH, so z.B. über Regel 16 (2) in Kombination mit Regel 17 (2) der IStGH-Verfahrensordnung sowie durch einen Umkehrschluss aus Art. 70 Abs. 1 IStGH-Statut.

⁴⁸ Es wurden Studien zur Situation von Zeugen vor internationalen Tribunalen durchgeführt, die Hinweise bieten. So wurde durch die VWU beim Sondergerichtshof für Sierra Leone (SLSGH) eine empirische Untersuchung über Zeugen durchgeführt, vgl. *Horn/Charters/Vahidy*, International Journal of Transitional Justice 2009, 135; *dies.*, Best-Practice Recommendations for the Protection & Support of Witnesses: An Evaluation of the Witness and Victims Section, 2008. Eine ähnliche Studie wurde auch bezogen auf Zeugen vor dem JStGH durchgeführt, vgl. *Stover*, The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in the Hague, 2005.

⁴⁹ ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 1.

⁵⁰ ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 1.

⁵¹ ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 1.

⁵² ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 2.

⁵³ ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 2.

⁵⁴ ICTY, Entsch. v. 10.12.2004 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj u.a.), S. 3.

⁵⁵ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 1.

⁵⁶ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 2.

⁵⁷ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 4.

hingegen wollte die vorherige Vorbereitung der Zeugen durch „Proofing“ verboten wissen.⁵⁸

Es erfolgte dazu eine Stellungnahme durch die PTC I des IStGH. Die PTC I stellte auf Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut ab und erklärte, dass zum Proofing eine rechtliche Regelung im Rahmen des Statutes oder der IStGH-Verfahrensordnung nicht auffindbar sei. Sie sah sich weiter dazu veranlasst, angesichts verschiedener Begrifflichkeiten und Definitionen,⁵⁹ genauer herzuleiten, was Inhalt des Witness Proofing sei. Das Gericht sah Witness Familiarisation, die Vertrautmachung mit Räumen, Personen oder auch Fachvokabular, als ein Element des Witness Proofing an. Sie stellte weiter fest, diese Familiarisation sei zulässig, allerdings als Aufgabe der VWU und gerade nicht einer der Parteien.⁶⁰ Sie begründete diese institutionelle Zuständigkeit damit, dass durch die Übertragung auf eine dritte Institution unzulässige Einflussnahmen auf Zeugen verhindert werden könnten.⁶¹ In dieser Hinsicht sei die Auffassung der Anklage, sie habe ein Recht auf eine eigene Zeugenvorbereitung, verfehlt.⁶²

Die PTC I präparierte ferner noch ein weiteres Element des von der Anklage angestrebten Prozesses des Witness Proofing heraus. Die von der PTC I ausgemachten Zwecke des anklägerischen Witness Proofing waren die Erinnerungsunterstützung des Zeugen und die zur Effizienz des strafprozessualen Verfahrens beitragende Unterstützung bei der sinnvollen Darstellung dieser Erinnerungen.⁶³ Diese Elemente der Zeugenvorbereitung sah die PTC I nicht als nicht durch etwaige Institutionen übernommen, nicht als Familiarisation und nicht durch Kodifikation im IStGH-Statut oder in den IStGH-Verfahrensordnung geregelt an. Von daher sei zu prüfen, ob über Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut deren normative Integration möglich sei.⁶⁴ Hierbei kam die PTC I zu der Überzeugung, es gebe keinen Grund, davon auszugehen, dass „Witness Proofing“ – unter besonderer Berücksichtigung der damit laut Anklage verfolgten Ziele – als ein allgemeiner Grundsatz des Völkerstrafrechts anerkannt werden könne.⁶⁵ Die Kammer stellte weiter fest, „Witness Proofing“ oder „Witness Preparation“ seien auf nationalen Ebenen keinesfalls einheitlich anerkannt bzw. praktiziert.⁶⁶ Im Ergebnis kam die PTC I zu

dem Schluss, dass eine etwaige zulässige Zeugenvorbereitung im Sinne einer Familiarisation durch die VWU durchzuführen sei. Ein gleichartiges oder darüber hinausgehendes „Witness Proofing“ durch die Anklage sei unzulässig.⁶⁷

Dieser deutliche Unterschied zu den Entscheidungen der Ad-hoc-Tribunale führte dazu, dass JStGH und RStGH herausgefordert wurden, ihrerseits erneut Stellung zu beziehen.

Im Verfahren Milutinović beim JStGH bezog sich die Verteidigung explizit auf die Entscheidung der PTC I am IStGH und ersuchte die TC um ein Verbot des Witness Proofing durch die Anklage.⁶⁸ Die TC erklärte dazu, dass sich JStGH und IStGH in bedeutenden Aspekten voneinander unterschieden.⁶⁹ Einer der wesentlichen Unterschiede zwischen den Tribunalen sei, dass der IStGH nationales Recht berücksichtigen müsse. Teile dieser nationalen Rechtsordnungen würden Witness Proofing als Element der Witness Preparation untersagen. Beim JStGH hingegen gebe es keine Aufzählung von Quellen, die berücksichtigt werden müssten. Daher sei es dem JStGH zwar möglich nationales Recht heranzuziehen, es bestehe jedoch keine Verpflichtung dazu.⁷⁰ Letztlich wurde festgehalten, dass die Fairness des Verfahrens durch Witness Proofing erhöht und die Verfahrensdauer damit verkürzt werden könne. Es bestünden daher keine Bedenken gegen diese Praxis.⁷¹

Kurze Zeit später ging die TC III des RStGH im Verfahren Karemera ebenfalls auf die Entscheidung der PTC I am IStGH zum Witness-Proofing ein. Hier wurde betont, dass „Witness Proofing“ gängige Praxis bei den Ad-hoc-Tribunalen und im adversatorischen Strafverfahren üblich sei.⁷² Außerdem wurde, rückanknüpfend an die Entscheidung des JStGH im Verfahren Milutinović, betont, dass die Sachlage beim IStGH eine andere und eine Veränderung der Praxis bei den Ad-hoc-Tribunalen daher nicht angezeigt sei.⁷³

Im Anschluss daran musste die TC I am IStGH über die Frage der Witness Preparation befinden. Dabei wurde erneut die Differenzierung zwischen Witness Proofing und Witness Familiarisation hervorgehoben.⁷⁴ Witness Familiarisation sei in vielen nationalen Rechtsordnungen Teil des strafrechtlichen Prozesses, so dass die Entscheidung der PTC I dahingehend, dass Witness Familiarisation ermöglicht werden sollte,

⁵⁸ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 6.

⁵⁹ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 12.

⁶⁰ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 20 ff.

⁶¹ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 27.

⁶² ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 18 ff.

⁶³ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 16.

⁶⁴ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 28.

⁶⁵ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 31 ff.

⁶⁶ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 35 ff.

⁶⁷ ICC, Urt. v. 9.11.2006 – ICC-01/04-01/06-679 (Prosecutor v. Dyilo), S. 21.

⁶⁸ ICTY, Entsch. v. 12.12.2006 – IT-05-87 (Prosecutor v. Milutinović u.a.), Rn. 2.

⁶⁹ ICTY, Entsch. v. 12.12.2006 – IT-05-87 (Prosecutor v. Milutinović u.a.), Rn. 11 ff.

⁷⁰ ICTY, Entsch. v. 12.12.2006 – IT-05-87 (Prosecutor v. Milutinović u.a.), Rn. 13 f.

⁷¹ ICTY, Entsch. v. 12.12.2006 – IT-05-87 (Prosecutor v. Milutinović u.a.), Rn. 16.

⁷² ICTR, Entsch. v. 15.12.2006 – ICTR-98-44 (Prosecutor v. Karemera), Rn. 13.

⁷³ ICTR, Entsch. v. 15.12.2006 – ICTR-98-44 (Prosecutor v. Karemera), Rn. 15 f.

⁷⁴ ICC, Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 28.

nicht zu beanstanden sei.⁷⁵ Zugestimmt wurde auch der Auffassung, dass diese Aufgabe der VWU obliegt. Hintergrund dessen sei ein Verständnis von dem Zeugen als „Zeuge des Gerichts“ bzw. „der Wahrheit“ und nicht als Zeuge einer Partei.⁷⁶

Die TC I nahm ebenfalls zu Frage eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf Grund entsprechender nationaler Regelungen Stellung. Hierbei kam auch sie zu dem Schluss, dass in Common-Law-Systemen Witness Preparation zwar integriert sei, sich diese Integration allerdings nicht in anderen Rechtssystemen finden lasse und damit der Rekurs auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht tragfähig sei.⁷⁷

Die TC I am IStGH bezog sich abschließend noch auf die Praxis bei den internationalen Ad-hoc-Tribunalen und erklärte, dass deren Festhalten an der Praxis des Witness Proofing keinerlei Bindung für den IStGH entfalte und nicht davon ausgegangen würde, dass eine solche Zeugenvorbereitung adäquat sei.⁷⁸ Letztlich übernahm die TC I damit die Ansicht der PTC I und ließ eine Vorbereitung im Sinne des Witness Proofing nicht zu.

Die Ausführungen der TC I waren dezidiert, eindeutig und ausführlich. Umso erstaunlicher ist es, dass trotz dieser eindeutigen Stellungnahme und systematischen Begründung der PTC wie TC am IStGH dennoch nur kurze Zeit später erneut eine mögliche Zeugenvorbereitung diskutiert wurde. Im Rahmen des Verfahrens gegen Ruto und Sang musste die TC V hinsichtlich einer möglichen Zeugenvorbereitung Stellung beziehen.⁷⁹ Auch hier hatte die Prosecution eine diesbezügliche Absicht kundgetan, auch hier stand die Verteidigung einer derartigen Vorbereitung der Zeugen ablehnend gegenüber und auch hier sah sich die TC genötigt, den Terminus „Witness Preparation“ zu erläutern und abzugrenzen, doch im Unterschied zur TC I verfolgte die TC V einen etwas anderen Ansatz.⁸⁰ So wurde auf den diesbezüglichen Ermessensspielraum der Richter am IStGH unter Verweis auf Art. 64 IStGH-Statut verwiesen und sodann erörtert, ob im konkreten Fall eine Zeugenvorbereitung sinnvoll wäre.⁸¹ Hierbei wurden die Vorteile von Witness Preparation in Sinne der Ermöglichung einer Unterstützung des Zeugen hinsichtlich einer möglichst akkuraten, vollständigen und flüssigen Darstellung seiner Erlebnisse betont.⁸² Der Zeuge solle darin unterstützt werden,

Vertrauen zu fassen, um auch Informationen sensibler Art preisgeben zu können.⁸³ Weiter wurde darauf hingewiesen, dass in der besonderen Situation von Kenia die VWU nicht als geeigneter Akteur für eine solche Vorbereitung anzusehen sei. Sie könne diese Notwendigkeit einer vertrauensvollen Beziehung zwischen der befragenden und befragten Person nicht ersetzen.⁸⁴ Die TC V entschied letztlich, dass eine Witness Preparation im konkreten Fall möglich sei und im Einklang mit dem sogenannten „Witness Preparation Protocol“ stattfinden solle, einer Auflistung sämtlicher zulässiger und unzulässiger Maßnahmen sowie logistischer Regularien.⁸⁵ Eine ähnliche Entscheidung wurde durch die TC VI im Verfahren gegen Ntaganda getroffen.⁸⁶

Diese Ausführungen stehen der Idee, einen unbeteiligten Akteur einzubringen und diesem die Arbeit mit dem Zeugen zu überlassen, diametral gegenüber. Gerade die Möglichkeit der Übertragung der Vorbereitung und Unterstützung auf die VWU soll jegliche parteiliche Vorbereitung, also auch die Familiarisation durch eine Partei, obsolet werden lassen. Die Entscheidung der TC V ist damit gänzlich anderer Natur als die der TC I, das Verständnis der Aufgaben und Möglichkeiten der VWU sowie der Bedürfnisse von Zeugen und Gefahren für die Zeugenaussage ist ein völlig anderes.

Weitere Entscheidungen orientierten sich erneut an den Ausführungen der TC I im Verfahren gegen Lubanga Dyilo und ließen eine Witness Preparation aus den dort ausgeführten Gründen nicht zu.⁸⁷

Dies führt letztlich zu der Frage, ob es nicht einer Klärstellung durch eine explizite Kodifikation bedarf, um die Frage der Witness Preparation eindeutig, unmissverständlich und endgültig zu beantworten. Die Frage der Zulässigkeit, die Frage nach der verantwortlichen Institution für deren Durchführung und die Frage nach dem Umfang und Inhalt einer solchen Zeugenvorbereitung kommen offenkundig immer wieder auf. Auch im aktuellen Ongwen-Verfahren wurde neuerlich der Wunsch nach einer Zeugenvorbereitung durch die Anklage geäußert. Die Anklage erklärte hierbei, dass diese Vorbereitung für einen effektiven und effizienten Prozess essentiell und daher zu genehmigen sei.⁸⁸ Die Anklage ist in ihrem Antrag zwar darauf eingegangen, dass nicht alle Formen der Zeugenvorbereitung als akzeptiert gelten. Sie

⁷⁵ ICC, Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 29.

⁷⁶ ICC, Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 33 f.

⁷⁷ ICC, Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 41.

⁷⁸ ICC, Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049 (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 43 ff.

⁷⁹ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang).

⁸⁰ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 3 ff.

⁸¹ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 26 ff.

⁸² ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 31 ff.

⁸³ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 37.

⁸⁴ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang).

⁸⁵ ICC, Entsch. v. 2.1.2013 – ICC-01/09-01/11-524 (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 51.

⁸⁶ ICC, Entsch. v. 16.6.2015 – ICC-01/04-02/06-652 (Prosecutor v. Ntaganda), Rn. 13 ff.

⁸⁷ ICC, Entsch. v. 15.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1252 (Prosecutor v. Bemba u.a.), Rn. 20 ff.; ICC, Entsch. v. 2.12.2015 – ICC-02/11-01/15-355 (Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé), Rn. 15 ff.

⁸⁸ ICC, Urt. v. 17.6.2016 – ICC-02/04-01/15-480 (Prosecutor v. Ongwen), Rn. 1.

insistierte jedoch, dass eine Vorbereitung der Zeugen durch die Anklage notwendig sei.⁸⁹

V. Argumente für die Kodifikation eines Verbots

Die eindeutige Stellungnahme sowohl der PTC I als auch der TC I legen die Kodifikation eines Verbotes nahe. Zwar könnte grundsätzlich auch die Kodifikation eines Verfahrens mit der Erlaubnis einer parteilichen Zeugenvorbereitung diskutiert werden, dies erscheint allerdings angesichts der bisherigen Entscheidungen verfehlt. Darüber hinaus gibt es verschiedene weitere Gründe, die für eine Ablehnung der Witness Preparation – mit Ausnahme der Familiarisation – beim IStGH streiten.

1. Strukturelle Ausrichtung des IStGH-Statuts

Einer dieser Gründe basiert auf der strukturellen Ausrichtung und Grundkonzeption des IStGH-Statutes. Wie bereits unter Rekurs auf Ausführungen von *Ambos*⁹⁰ zu diesem Thema dargestellt, spricht die Einordnung des IStGH als „Mischkonzeption“ von adversatorischem und inquisitorischem Verfahren gerade gegen eine Integration von Witness Preparation.

Witness Preparation mag im adversatorischen Verfahren ihre Berechtigung haben. Wenn es den Parteien in einem Verfahren obliegt, die Beweismittel einzubringen, Zeugen zu präsentieren und diese für ihren Fall streiten zu lassen, so mag es vertretbar erscheinen, diese Zeugen nicht nur selbst auszuwählen, sondern auch vorzubereiten und zu „prüfen“. Sofern aber nicht der Widerstreit zweier Parteien im Fokus steht, sondern vielmehr die materielle Wahrheitsermittlung, die vor allem durch einen aktiven Richter vorangetrieben wird, bedarf es keiner solchen Vorbereitung. Es gibt nur eine Zuordnung von Zeugen. Diese müssen nicht von einer Partei instruiert oder vorab geprüft werden.

Etwas anderes gilt hingegen für Witness Familiarisation. Diese ist durchaus systemübergreifend verbreitet. Sie ist aus Opferschutzgesichtspunkten aber auch bezogen auf eine möglichst gute Zeugenaussage, und zwar unabhängig von der Rolle des Zeugen im Rahmen der Straftat und seiner Beziehung zum Täter oder zum Opfer, sinnvoll und sollte ermöglicht werden.

Es besteht indessen keine Veranlassung, der Verteidigung oder Anklage diese Aufgaben zu übertragen. Vielmehr sollte explizit hierfür geschultes Personal diese Rolle übernehmen.⁹¹ Dies sichert nicht nur die Qualität der vor allem psychologischen Betreuung, sondern kann darüber hinaus durch den Umstand, dass eine dritte, nicht unmittelbar in den Prozess involvierte Partei die Vorbereitung des Zeugen übernimmt, dem möglichen Eindruck bei Zeugen, sie seien Zeuge einer Partei, entgegenwirken. Eine solche geschulte, unab-

hängige Institution ist am IStGH mit der VWU etabliert worden. Es ist sinnvoll, diese Aufgabe der VWU zu überlassen. Die strukturelle Ausrichtung des IStGH streitet mithin für eine generelle Untersagung der parteilichen Vorbereitung von Zeugen.

2. Sicherung der übergeordneten Ziele des Völkerstrafprozesses – psychologische Erkenntnisse

Ein weiterer Aspekt geht über diese Erwägungen hinaus und bezieht sich auf die allgemeinen Ziele und Zwecke des völkerstrafrechtlichen Verfahrens.

Ein bedeutendes Ziel des völkerstrafrechtlichen Prozesses ist die rechtsförmige Wahrheitsermittlung.⁹² Es soll im völkerstrafrechtlichen Prozess nicht nur individualisiert Schuld zugeschrieben, sondern es soll vor allem auch herauspräpariert werden, was sich historisch zugetragen hat. Die in diesem Sinne „materielle Wahrheit“ des historischen Geschehens soll herausgestellt werden. Dies geschieht nicht nur im Interesse der Opfer, die durch die öffentliche Darstellung der Wahrheit in ihrem Verarbeitungsprozess unterstützt werden sollen.⁹³ Die gesamte Bevölkerung, die sich mit den Völkerrechtsverbrechen auf die eine oder andere Weise konfrontiert und als Gemeinschaft betroffen sehen kann, hat ein Interesse herauszufinden, was sich tatsächlich ereignet hat. So heißt es im Erdemović-Urteil:

„Discovering the truth is a cornerstone of the rule of law and a fundamental step on the way to reconciliation: for it is the truth that cleanses the ethnic and religious hatreds and begins the healing process.“⁹⁴

Dass Wahrheitsermittlung ein essentieller Bestandteil des Strafprozessrechts ist, ist nicht neu. Im völkerstrafrechtlichen Kontext hat die, die einzelnen Individuen und deren Rechtsgüterverletzungen übersteigende, historische Wahrheit aber eine größere, über die unmittelbar Prozessbeteiligten hinausgehende politische Dimension. Völkerrechtsverbrechen schreiben Geschichte und das Völkerstrafrecht kann als ein Instrument verstanden werden, die korrekte Darstellung und normative Wertung dieser Geschichte zu stützen.⁹⁵

Um tatsächlich den Opferinteressen gerecht zu werden, historische Abläufe zu dokumentieren – aber auch um „gerechte“ Strafen für begangenes Unrecht aussprechen zu können –, muss die materielle Wahrheit sowohl als historische als auch als rechtliche Tatsache festgestellt werden. Insofern geht es nicht nur um die Entwicklung einer formellen prozessualen Wahrheit, sondern um Feststellung des tatsächlich Geschehenen.⁹⁶

⁸⁹ ICC, Urte. v. 17.6.2016 – ICC-02/04-01/15-480 (Prosecutor v. Ongwen), Rn. 2 f.

⁹⁰ *Ambos*, Leiden Journal of International Law 2008, 912 (913).

⁹¹ Ähnliches wurde als Konsequenz aus den Zeugenstudien angeregt von *Stover* (Fn. 48), S. 150; *Charters/Horn/Vahidy* (Fn. 48 – Evaluation), S. 2.

⁹² Vgl. auch *Safferling*, Towards an International Criminal Procedure, 2. Aufl. 2003, S. 18; *Cryer u.a.* (Fn. 7), S. 38.

⁹³ *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 203; *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 5. Aufl. 2017, S. 321.

⁹⁴ ICTY, Urte. v. 5.3.1998 – IT-96-22 (Prosecutor v. Erdemović), Rn. 21.

⁹⁵ *Cassese*, European Journal of International Law 1998, 2 (9 f.).

⁹⁶ *Schüttpelz* (Fn. 13), S. 14.

Im Völkerstrafrecht geht es zumeist um Konstellationen von Massengewalt, in denen nur wenige eindeutige schriftliche Beweismittel und nur selten Augenscheinsobjekte vorhanden sind. Anweisungen werden in vielen Fällen mündlich erteilt. Viele Vorgänge im Rahmen organisierter Massenverbrechen sind abseits individueller Erinnerungen nicht dokumentiert.⁹⁷ Es handelt es sich häufig um Verbrechen, die durch politisch Mächtige und einflussreiche Personengruppen begangen werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese Gruppen in der Lage sind, sachliche Beweismittel, die existieren, zu vernichten oder unbrauchbar zu machen, ist nicht gering. Nur äußerst selten sind Umstände wie in den Nürnberger Prozessen gegeben, in denen umfassend dokumentierte Vorgänge verhandelt werden konnten.⁹⁸ Umso bedeutender wird der Zeugenbeweis, die Aussage von Beobachtern und Opfern. Der insofern zentrale Zeugenbeweis ist andererseits fehleranfällig. Dies gilt bezogen auf internationale Kontexte wie im Völkerstrafrecht sogar ganz besonders.⁹⁹ So finden die Prozesse im Völkerstrafrecht zumeist erst Jahre nach den maßgeblichen Taten statt. Erinnerungen, z.B. an Gespräche, aber auch an Gesichter und örtliche Gegebenheiten, verblassen mit der Zeit.¹⁰⁰

Weiter gibt es Erkenntnisse aus psychologischer Forschung, dass Menschen, die als Opfer Zeuge von gewalttätigen Ereignissen wurden, eine höhere Wahrscheinlichkeit der Wahrnehmungsverzerrung wie auch Schwierigkeiten bei Erinnerungsprozessen haben, als solche, die von nicht-gewalttätigen Ereignissen betroffen waren.¹⁰¹ Auch dies ist ein Umstand, der gerade im Völkerstrafrecht angesichts der dort verhandelten Vorkommnisse vermehrt zum Tragen kommt.

Zusätzlich wirken weitere Faktoren gerade in völkerstrafrechtlich relevanten Geschehenskontexten abträglich auf die Fähigkeit von Zeugen, brauchbare genaue Aussagen abzugeben. Dazu gehören u.a. nachträgliche Informationen, die Zeugen unter anderem aus der Presse über die sie betreffende Massengewalt erfahren.¹⁰²

Zum überwiegenden Teil werden sich Zeugenaussagen durch diese genannten, natürlichen, teilweise unvermeidbaren Faktoren von der materiellen Wahrheit entfernen, was als problematisch für übergeordnete Anliegen des Völkerstrafrechts zu bewerten ist. Umso wichtiger ist es, dass weitere Faktoren, die zusätzlich abträglich für die Qualität von Zeugenaussagen sind, soweit möglich vermieden werden.

⁹⁷ Combs (Fn. 11), S. 6 f. (12 f.).

⁹⁸ Schüttpelz (Fn. 13), S. 13; Combs (Fn. 11), S. 6 f. (12 f.).

⁹⁹ Combs (Fn. 11), S. 4 ff., welche auf kulturelle Probleme im Rahmen der Zeugenbefragung eingeht.

¹⁰⁰ Shepherd u.a., Identification Evidence: A Psychological Evaluation, 1982, S. 80. Zum Gist-Effekt Kim u.a., Applied Cognitive Psychology 2017, 128.

¹⁰¹ Shepherd u.a., (Fn. 100), S. 80; Herlihy u.a., Applied Cognitive Psychology 2012, 661 (663 f.); Volbert, Forensische Psychiatrie, Psychologie und Kriminologie 2011, 18; ders., Beurteilung von Aussagen über Traumata, 2004; ders., Praxis der Rechtspsychologie, 2006, S. 249.

¹⁰² Combs (Fn. 11), S. 16 f.

Hier wird die kritische Wertung der Witness Preparation, des Witness Coaching, aber auch des Proofing relevant. So ist ein weiterer Einflussfaktor auf die Zeugenaussage der direkte Austausch mit anderen.¹⁰³

Aussagen können schon durch einfache Gespräche im privaten Umfeld verändert und damit ihr Wert für das Strafverfahren verringert werden. Eine Unterredung mit Freunden, die Konsultation eines Anwalts oder Therapeuten können leichte bis massive Veränderungen der Erinnerung hervorrufen und spätere Aussagen kontaminieren.¹⁰⁴ Eine besondere Qualität und Wirkung geht insbesondere vom Austausch über Zeugenaussagen mit anderen Zeugen aus. Es treffen hierbei mehrere ggfs. klar erlebnisbasierte Aussagen aufeinander, die sich wechselseitig beeinflussen können.¹⁰⁵ Bemerkenswerterweise gibt es gerade in der Praxis der Witness Preparation genau diesen „begleiteten“ Austausch, der gerade solche Effekte provoziert: Angesprochen sind damit die Preparation Sessions, in denen mehrere Zeugen gleichzeitig hinsichtlich ihrer Aussage „beraten“ werden. Zeugen, die in diesen Settings mit neuen Informationen von Seiten anderer konfrontiert werden und so neue Informationen erhalten, werden regelmäßig versuchen, diese mit eigenen Erinnerungen abzugleichen und divergente Wahrnehmungen zu integrieren, notfalls durch Modifikation.¹⁰⁶

Ein anderes Problem kann auftreten, wenn Zeugen die Darstellung verschiedener anderer Zeugen hören, die Vorgänge ggfs. anders wahrgenommen haben und dabei in ihrer Aussage sehr sicher wirken. Hier ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass sich einzelne Personen der Mehrheit anschließen und eigene Erlebnisse als falsche Erinnerung einstufen.¹⁰⁷ Gerade bei einer größeren Anzahl involvierter Personen können Zeugen einen Konformitätsdruck verspüren, welcher sie veranlasst, angepasstes Verhalten zu zeigen.¹⁰⁸

Preparation Sessions stellen in diesem Sinne ein großes Risiko hinsichtlich der Beeinträchtigung einer möglichst realitätsnahen Zeugenaussage dar.¹⁰⁹

Gezielte Suggestionen können darüber hinaus bei Zeugen dazu führen, dass diese Geschehnisse, die nicht erlebnisbasiert sind, selbst als erlebnisbasiert „erinnern“. Der Zeuge weiß nicht, dass seine Aussage nicht mehr länger seiner selbst erlebten Wahrheit entspricht, sondern nunmehr das Produkt externer Suggestion ist.¹¹⁰ Dieser Umstand wiederum

¹⁰³ Combs (Fn. 11), S. 16 f.; Soanes, The Law Teacher 2014, 204.

¹⁰⁴ Roberts, Texas Law Review 1989, 172; Wright u.a., Psychology, Crime & Law 2015, 1 (2 f.).

¹⁰⁵ Kim u.a., Applied Cognitive Psychology 2017, 128.

¹⁰⁶ Roberts, Texas Law Review 1989, 172.

¹⁰⁷ Roberts, Texas Law Review 1989, 172; Ash, in: Guetkow (Hrsg.), Groups, Leadership and Men, 1951, S. 177.

¹⁰⁸ Blum, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Suggestive Prozesse bei der Zeugenbetreuung, 2. Aufl. 2014, S. 344 (370 f.); Kim u.a., Applied Cognitive Psychology 2017, 128.

¹⁰⁹ Roberts, Texas Law Review 1989, 172.

¹¹⁰ Hierzu gibt es diverse Feldstudien, vgl. u.a. Shaw, The Memory Illusion, Remembering, Forgetting, and the Science

führt dazu, dass der Zeuge nicht im herkömmlichen Sinne „lügt“, er kann die ihm vermittelte, suggerierte Wahrheit, nicht mehr von seiner selbst erlebten Wahrheit trennen. Seine Zeugenaussage ist nun zur Ermittlung der materiellen Wahrheit unbrauchbar. Eine derartige Suggestion kann unproblematisch auch im Rahmen von Settings zur Zeugenvorbereitung erfolgen.

Es ist festzuhalten, dass zusätzlich zu den „natürlichen“ Umständen, die die Zeugenaussage in Mitleidenschaft ziehen, mit der Witness Preparation weitere Faktoren hinzugefügt werden, die den Aussagewert schmälern können, ohne dass diese Wirkungen im Einzelfall in ihren Effekten klar zu bemessen wären.

Dementsprechend kann Witness Preparation eine Gefahr für den völkerstrafrechtlichen Prozess darstellen, da jedwede Zeugenvorbereitung negativen Einfluss auf die Zeugenaussage und damit auf die materielle Wahrheitsermittlung haben kann.

Die „kontaminierte“ Zeugenaussage ist für einen Strafprozess, der sich der Suche nach materieller und historischer Wahrheit verschrieben hat, ggfs. wertlos und im Extremfall schädlich. Eine modifizierte Aussage, ob mutwillig, fahrlässig oder unverschuldet, kann die Zielerreichung in diesem Sinne kaum fördern.

Es ist zwar richtig, dass die menschliche Wahrnehmung als konstruktiver Prozess zu kennzeichnen und als solcher interindividuell unterschiedlich, gefärbt durch Erfahrungswerte und Kontexte ist. Es ist daher wahrscheinlich, dass letztlich keine individuelle, subjektive Wahrnehmung vollständig der materiellen Wahrheit entspricht.¹¹¹ Dementsprechend ist nicht davon auszugehen, dass durch eine einzelne unbeeinflusste Zeugenaussage auch unweigerlich die materielle Wahrheit stets auch zureichend ermittelt werden könnte. Dennoch ist das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung nicht schon deshalb obsolet, weil nicht umfassend realisierbar. Es gilt das tatsächliche Geschehen so weit wie möglich zu erfassen, sich der materiellen Wahrheit also bestmöglich anzunähern.

Insbesondere wenn die Möglichkeit besteht, von einer Mehrzahl verschiedener Zeugen Schilderungen zu erhalten, kann eine solche Annäherung an die materielle Wahrheit erreicht werden. Wenn aber diese Zeugenaussagen zuvor durch Vorbereitung und externe Intervention einander angeglichen werden, um eine intern konsistente, „runde“ Geschichte im Sinne eines stimmigen Ablaufs zu erhalten, wird dieses Bemühen konterkariert und das Ziel letztlich verfehlt. Bei einer solchermaßen konstruierten, extern „beeinflussten Wahrheit“, handelt es sich dann schlicht um ein Artefakt im Sinne einer Ansammlung externer Erwartungen, dortiger Verständnisse und in Teilen auch persönlichen Erfahrungen eines Zeugen. Diese Form der Sachverhaltsherstellung ent-

spricht unzweifelhaft nicht den Zielen des völkerstrafrechtlichen Prozesses.

Dass Witness Preparation, wie hier dargestellt, eine Gefahr für den völkerstrafrechtlichen Prozess darstellen kann, scheint auch bereits durch den IStGH erkannt worden zu sein. So wurde im Verfahren Lubanga Dyilo durch die TC erklärt, dass keine höhere Effizienz oder bessere Wahrheitsermittlung nach Zeugenvorbereitung erwartet würde. Vielmehr gehe man davon aus, dass durch einen Verlust von „Spontaneität“ die Wahrheitsermittlung und die zutreffende richterliche Würdigung von Aussagen beeinträchtigt würden.¹¹²

Es wurde insoweit explizit konstatiert, dass auf völkerstrafrechtlicher Ebene eine Gefahr für die Wahrheitsermittlung gesehen wird, sofern Zeugen inhaltlich auf den Prozess vorbereitet werden. Weiter wurde klar zum Ausdruck gebracht, dass die eigenständige – auch spontane – Erinnerung eines Zeugen für die Trial Chamber vorzuzugswürdig ist, was mit Blick darauf, dass dies eine eigenständige Wertung durch die Trial Chamber in valider Form überhaupt erst gestattet, nur konsequent ist.

Dass dies nicht nur für den Prozess am IStGH gelten kann, ist offensichtlich. Auch bei den Ad-hoc-Tribunalen, mögen sie auch eher eine systematische Verortung im adversatorischen Verfahren haben, ist es ein wichtiges Ziel, die materielle historische Wahrheit zu ermitteln. Unter Beachtung dessen ist auch hier das Witness Proofing abträglich und abzulehnen.

Für alle juristischen Verfahren gilt insoweit: Je unbeeinflusster und damit unveränderter Zeugenaussagen sind, desto besser sind die Optionen, sich über dieses Beweismittel den subjektiven Wahrheiten der Einzelnen, deren eigenen Erinnerungen, anzunähern und mit einer Mehrzahl von Aussagen auch Optionen zu erhalten, möglichst nahe an die materielle Wahrheit zu gelangen.¹¹³

Diese Aspekte legen die explizite Kodifikation eines Verbots des Witness Proofing nahe. Das bedeutet jedoch nicht, dass um des Zieles der materiellen Wahrheitsfindung willen ein gänzlich Verbot der Zeugenvorbereitung oder des Austauschs von Zeugen über Erlebtes geschaffen werden müsste. So sollte, aus Gründen der Wahrung von Verfahrensrechten und des Schutzes möglicher Opfer, auch im Völkerstrafrecht Zeugen der Zugang u.a. zu einem eigenen Anwalt, einer Beratung oder Unterstützung möglich sein.¹¹⁴ Zeugen sollten auch das Recht haben, über traumatische Erlebnisse mit Therapeuten zu sprechen. Weiter gilt, dass eine Zeugenvorbereitung, die sich auf Informationen über den Prozessablauf, das Vertrautmachen mit Örtlichkeiten und Ähnliches bezieht,

of False Memory, 2016; Shaw/Porter, *Psychological Science*, 2015, S. 291; Smeets u.a., *Applied Cognitive Psychology* 2017, 26; Scorobia u.a. haben eine diesbezügliche Metaanalyse durchgeführt, Scorobia u.a., *Memory*, 2017, S. 146.

¹¹¹ Herlihy u.a., *Applied Cognitive Psychology* 2012, 662.

¹¹² ICC, *Entsch. v. 1.12.2007 – ICC-01/04-01/06-1049* (Prosecutor v. Dyilo), Rn. 51 f.

¹¹³ Soanes, *The Law Teacher* 2014, 197 (201); Schüttpelz (Fn. 13), S. 162.

¹¹⁴ Obschon diese bereits erheblichen (negativen) Einfluss auf die Zeugenaussage haben können, vgl. Ost, in: Ridley/Gabbert/La Rooy (Hrsg.), *Suggestibility in legal contexts, Psychological research and forensic implications*, 2013, S. 107; Shaw (Fn. 110).

um z.B. Ängste zu nehmen, dazu beitragen kann, dass Zeugenaussagen freier und ungestörter erfolgen.

Es sind aber ganz offenkundig klar normierte Grenzziehungen erforderlich, um eine interessegeleitete Veränderung der Angaben und eine über normale Gedächtnisprozesse hinausgehende Verzerrung von Erinnerungen zu vermeiden.

3. Eindeutigkeit des anwendbaren Rechts

Ein weiterer Gesichtspunkt, der für eine explizite Kodifikation eines Verbots spricht, ist, dass ein im Rahmen des Statutes bzw. auf Ebene der IStGH-Verfahrensordnung normiertes Verbot nach Art. 21 Abs. 1 lit. a) IStGH-Statut maßgeblich wäre. Es gäbe keinerlei Zweifel mehr in Bezug auf das geltende Recht und es könnte auch nicht unter Verweis auf eine weite Diskretion aus Art. 64 IStGH-Statut eine Zulässigkeit hergeleitet werden.

Es bestünde nicht mehr länger die Gefahr, durch Verweis auf komplexe, uneinheitliche einzelstaatliche Vorschriften letztlich doch zu Lücken mit dem Resultat einer weiter bestehenden Möglichkeit der Witness Preparation im Sinne einer inhaltlichen Vorbereitung der Zeugen durch die Parteien im völkerstrafrechtlichen Prozess am IStGH zu kommen. Dies wäre auch in Hinblick auf eine effiziente Gestaltung des Prozesses am IStGH nützlich, der sich nicht erneut mit entsprechenden Anträgen von Anklage oder Verteidigung befassen müsste.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Witness Preparation bzw. insbesondere die inhaltliche Vorbereitung von Zeugen in Form des Proofing sowie Coaching ist mit dem Risiko der systematischen Verzerrung von Erinnerungen und deren Wiedergabe und, darüber vermittelt, auch mit der Gefahr einer Beeinträchtigung der Rekonstruktion völkerstrafrechtsrelevanter Sachverhalte verbunden. Aus diesem Grund kann Witness Preparation eine Gefahr für den völkerstrafrechtlichen Prozess darstellen. Dies ergibt nicht nur eine theoretische Analyse des einschlägigen Verfahrensrechts. Viele der theoretisch ermittelbaren Probleme sind in der völkerstrafrechtlichen Verfahrenswirklichkeit bereits angekommen. Einige Akteure – hierzu zählt die PTC I und TC I am IStGH – sind sich dabei der besonders kritischen Implikationen von Witness Preparation gerade im Völkerstrafrecht durchaus bewusst. Andere Institutionen – wie zum Beispiel am JStGH und RStGH – legen diesbezüglich aber andere Maßstäbe zu Grunde und halten Witness Preparation deshalb für sinnvoll und notwendig. Dies zeugt davon, dass das Thema völkerstrafrechtlich nach wie vor kontrovers behandelt und nicht klar genug geregelt ist.

All dies spricht dafür, ein eindeutiges Verbot der Witness Preparation jenseits der von unabhängigen Stellen durchzuführenden Witness Familiarisation einzuführen. Witness Preparation durch eine der Prozessparteien, sei es die Verteidigung oder Anklage, sollte klar und unmissverständlich als unzulässig eingeordnet werden.

Dass auch ein positiv-rechtlich normiertes Verbot von Witness Proofing bzw. der parteilichen Zeugenvorbereitung nicht automatisch dazu führt, dass die Zeugenaussagen vollständig wahrheitsgemäß und präzise sind, ist zwar offenkun-

dig. Ein solches Verbot ändert nichts an den natürlichen Schwierigkeiten des Zeugenbeweises, etwa an den Schwächen der menschlichen Erinnerung und Kommunikation. Schon deshalb bleibt eine sachkundige richterliche Würdigung dringend erforderlich; insoweit gilt nichts anderes als in den nationalen Rechtsordnungen. Ferner ist durch ein Verbot des Witness Proofing bzw. parteilicher Zeugenvorbereitung noch nicht festgelegt, wie im Blick auf die Überprüfung und Kontrolle der im Einzelfall zulässigen Zeugenvorbereitung zu verfahren ist. Es spricht freilich Einiges dafür, dass die Zahl der Anträge von Seiten der Anklage oder Verteidigung, Zeugen vorzubereiten, zurückgehen wird und dass auf Seiten von Verteidigung wie Anklage Hemmungen bestehen werden, bewusst gegen explizit niedergelegte Verbote – wie sie hier vorgeschlagen werden – zu verstoßen.

Letztlich wäre ein kodifiziertes Verbot von Witness Preparation ein wichtiger Baustein einer möglichst akkuraten, sich der materiellen Wahrheit so weit wie möglich annähernden Sachverhaltsrekonstruktion, die auf den (problematischen) Zeugenbeweis nicht verzichten kann und will. Dies ist ein in seiner Relevanz nicht zu unterschätzender Aspekt des Versuchs, den Zweck der materiellen Wahrheitsfindung zu verwirklichen und damit den Zielen des Völkerstrafrechts auch im Beweisverfahren gerecht zu werden.

Was war und was bleibt? Zur Tätigkeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofes – ein Diskussionsbericht

Von Wiss. Mitarbeiterin **Annegret Hartig**, LL.M., Maître en droit,
Wiss. Mitarbeiterin **Swantje Maecker**, LL.M., Hamburg

Im Rahmen der 13. Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht am 12. und 13.5.2017 wurde auch eine Bilanz der Tätigkeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofes gezogen. Unter Leitung von Prof. Dr. Stefanie Bock (Universität Marburg) diskutierten auf dem Podium Chefankläger Dr. Serge Brammertz (Jugoslawien-Strafgerichtshof), Prof. Dr. Claus Krefß (Universität Köln) und Richter Prof. Dr. Bertram Schmitt (Internationaler Strafgerichtshof).

In seinem einleitenden Statement „Achievements, Failures, Legacy: Die Sicht der Anklagebehörde“ wies *Serge Brammertz* zunächst darauf hin, dass es eigentlich nicht seiner Stellung als Chefankläger des Jugoslawien-Strafgerichtshofes entspreche, über die Erfolge des eigenen Gerichtshofes zu berichten. Die Bewertung der Arbeit des Gerichts hänge vor allem von den anfänglich gehegten Erwartungen ab. *Madeleine Albright* habe anlässlich der Eröffnung des „The Hague Institute for Global Justice“ hervorgehoben, ihre Mitwirkung an der Errichtung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes sei einer ihrer größten beruflichen Errungenschaften. Als 1993/1994 die Gründung des Gerichtshofes diskutiert worden sei, habe es Zweifel gegeben, ob das Gericht überhaupt jemals zur Entstehung gelangen und Verurteilungen aussprechen werde. Auch sei bezweifelt worden, die mit Haftbefehl gesuchten Personen je fassen zu können. Die Bewertung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes bei Bosniern und Serben sei sehr unterschiedlich und meist abhängig von ihrer Rolle als Opfer, Politiker, Akademiker und ihrer ethnischen Zugehörigkeit. Auseinander gingen die Meinungen beispielsweise im Hinblick auf die vierzigjährige Freiheitsstrafe des siebzehnjährigen *Radovan Karadžić*.

Mit 161 angeklagten Personen habe der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Vergleich zu anderen internationalen Gerichten sehr viele Fälle bearbeitet, tatsächlich mehr als bei allen anderen internationalen Straftribunalen zusammengekommen. Zugleich seien auf nationaler Ebene noch Verfahren gegen weitere 5.000 Personen anhängig. Hieraus folge als „lesson learned“, dass sich ein internationales Strafgericht damit abfinden müsse, nur einen Bruchteil aller Fälle abarbeiten zu können. Das gelte gerade auch für den Internationalen Strafgerichtshof, der mit viel mehr Situationen als der Jugoslawien-Strafgerichtshof konfrontiert sei.

Als weiteres wichtiges Thema sah *Brammertz* die Zusammenarbeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofes mit den Staatsanwaltschaften vor Ort an. In Anbetracht der 2004 beschlossenen „completion strategy“ habe sich eine rege Zusammenarbeit entwickelt, obwohl eine Verpflichtung hierzu nicht bestanden habe. So sei etwa die nationale Gesetzgebung in den Ländern des ehemaligen Jugoslawiens angepasst und es seien Verfahren an nationale Strafverfolgungsorgane abgegeben worden. Zur Intensivierung der Zusammenarbeit gebe es seit 2009 Verbindungsstaatsanwälte, die durch die EU finanziert und zum Teil in das Büro der Anklagebehörde

in Den Haag integriert worden seien. Weiterhin könnten nationale Stellen die digitalisierten Unterlagen des Jugoslawien-Strafgerichtshofes abrufen und es würden Fortbildungsveranstaltungen mit Interessenten über die Region hinaus durchgeführt. In erheblichem Umfang sei von der Rechtshilfe Gebrauch gemacht worden. Bei einem Gericht mit einer begrenzten „Lebensdauer“ müsse man eine Strategie entwickeln, nationale Behörden zu unterstützen und die Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung durch sie vorzubereiten. Dies betonte *Brammertz* deswegen, weil seiner Ansicht nach auch der Internationale Strafgerichtshof eine „completion strategy“ für die einzelnen Situationen entwickeln müsse. Er verfolge nur eine geringe Anzahl von Tätern. Wichtig sei es daher, zu fragen, ob sich vor Ort die Lage der Justiz verbessert habe. Insofern seien „capacity building“ und die Unterstützung der nationalen Behörden auch für den Internationalen Strafgerichtshof wichtige Themen. Bereits in Kampala seien diese Punkte kontrovers diskutiert worden. Er meine, dass diese Aufgaben – wenn nicht durch den Internationalen Strafgerichtshof – dann doch durch andere Institutionen übernommen werden müssten.

Weiterhin sei, so *Brammertz*, bemerkenswert, dass – anders als beim Ruanda-Strafgerichtshof oder Libanontribunal – alle durch den Jugoslawien-Strafgerichtshof gesuchten Personen gefasst worden seien. Warum aber habe dies beim Jugoslawien-Strafgerichtshof trotz der noch 2008 niedrigen Erwartungen funktioniert? Entscheidend für den Erfolg sei die „Konditionalitätspolitik“ der EU gewesen, die die vollständige Zusammenarbeit mit dem ICTY zur Beitrittsbedingung für die Länder der Konfliktregion gemacht habe. Heute sei der Unterstützungswille wegen anderer Prioritäten der EU, wie etwa die Bewältigung der Flüchtlingskrise, abgeflaut. Der Erfolg der internationalen Justiz stehe und falle mit dem entsprechenden politischen Willen. So halte er es auch für passender, von einer „Krise der Unterstützung der internationalen Justiz“ als von einer „Krise der internationalen Justiz“ zu reden. Auch im Fall des Sudans habe es nach der zunächst überraschenden Überweisung der Situation an den Internationalen Strafgerichtshof durch den UN-Sicherheitsrat an der Unterstützung der Länder gefehlt, die durch den Gerichtshof erlassenen Haftbefehle zu vollstrecken. Es bestehe die Tendenz, politisch nicht lösbare Krisen an internationale Strafgerichte zu übermitteln, ohne dass diese das Mandat und die Macht hätten, diese Krisen zu lösen. Es bleibe festzuhalten, dass die internationale Strafjustiz ohne internationalen Konsens und Unterstützung nicht erfolgreich sein könne.

Darüber hinaus betonte *Brammertz* die im Vergleich mit nationalen Strafverfahren deutlich größere Gestaltungsmacht, die die Anklagebehörde vor dem ICTY habe. Obwohl es natürlich gelte, die Personen mit der größten Verantwortung strafrechtlich zu belangen, habe sich die anfängliche und mitunter kritisierte Praxis am ICTY, zunächst „mid-level perpetrators“ anzuklagen, im Rückblick als sinnvoll und

richtig erwiesen. Aufgrund der größeren Tatnähe der „mid-level perpetrators“ sei es einfacher, ihre Verbrechen nachzuweisen. Diese Verfahren hätten die Etablierung einer Beweiskette gegen die höherrangigen Täter und den Nachweis einer „chain of command“ erleichtert. Mit der Zeit habe man zu den schwerer wiegenden Fällen übergehen und die weniger schweren Fälle abgeben können. Diese Strategie sei in Ansätzen auch beim ICC zu beobachten. Die Gestaltungsmacht äußere sich auch darin, wie viele Anklagepunkte in die Anklageschrift aufgenommen würden. Welchen Umfang der Anklageschrift gegeben werden solle, hänge auch vom Sinn und Zweck der Strafjustiz ab. Gehe es darum, eine schnelle Aburteilung und Strafvollstreckung zu erreichen, eine Plattform für Opfer zu bieten oder eine historische Aufarbeitung des Geschehens zu erreichen? Nach Ansicht *Brammertz* müsse hier ein Kompromiss gefunden werden. Eine schnelle Aburteilung dürfe aber nicht im Vordergrund stehen. Während es der ICTY anfänglich mit dem Umfang seiner Anklagepunkte wohl übertrieben habe, wie etwa im Fall *Milosević*, habe der ICC zunächst zu wenige Taten angeklagt. Wenn man die Anklage jedoch zu stark begrenze, laste die Beweisführung auf den Schultern von wenigen Zeugen.

Abschließend wies *Brammertz* darauf hin, dass der Jugoslawien-Strafgerichtshof weiterhin ein Akzeptanzproblem in der Region habe. Dies Sorge am Gericht für Frustration, da die Glorifizierung von Kriegsverbrechen in der Region nach wie vor weit verbreitet sei, innerhalb der Europäischen Union aber nur geringes Interesse an diesem Umstand bestehe.

Stefanie Bock eröffnete die Podiumsdiskussion mit der Frage, welche Bedeutung der Jugoslawien-Strafgerichtshof für die Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes habe.

Bertram Schmitt ergriff als Erster das Wort und betonte, dass der Jugoslawien-Strafgerichtshof dem Internationalen Strafgerichtshof den Weg bereitet habe. Er habe gezeigt, dass eine internationale Strafgerichtsbarkeit funktionieren *könnte*. Dies sei 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen nicht selbstverständlich gewesen. Es handele sich – und hierbei nahm *Schmitt* auf Hannah Arendt Bezug – um ungeheuerliche und der Schuld nach unfassbare Verbrechen. Wie Hannah Arendt im Hinblick auf den Eichmann-Prozess aber später eingeräumt habe, gebe es nichts anderes als das Rechtliche, um mit diesen Ungeheuerlichkeiten fertig zu werden. In diesem Sinne habe der Jugoslawien-Strafgerichtshof gezeigt, dass es möglich sei, mit dem Ungeheuerlichen im ehemaligen Jugoslawien umzugehen. Dies sei auch der Auftrag des Internationalen Strafgerichtshofes für die ihm zugewiesenen Situationen.

Bezüglich des konkreten rechtlichen Erbes des Jugoslawien-Strafgerichtshofes unterschied *Schmitt* zwischen dem materiellen und prozessualen Völkerstrafrecht. Das Erbe im materiellen Völkerstrafrecht empfinde er als beachtlich, was nicht zuletzt durch die Verweise auf Entscheidungen des Gerichtshofes in den Urteilen des Internationalen Strafgerichtshofes deutlich werde. Dies sei aber nicht verwunderlich, da es oftmals um die gleichen Verbrochenselemente gehe. Zudem arbeiteten einige Mitarbeiter und Richter des Jugoslawien-Strafgerichtshofes mittlerweile am Internationalen Strafgerichtshof und gäben insofern die Rechtstraditionen

weiter. Aufgrund des hybriden Systems des Internationalen Strafgerichtshofes sei das prozessrechtliche Erbe jedoch geringer. Es habe aber dennoch Versuche gegeben, einige prozessuale Konzepte aus der Praxis des Jugoslawien-Strafgerichtshofes zu übernehmen, die im Römischen Statut nicht vorgesehen sind. Beispielsweise sei vom Internationalen Strafgerichtshof die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung mit der Begründung „no case to answer“¹ übernommen worden. Dagegen sei die Praxis der Vorbereitung von Zeugen („witness preparation“) zwar zunächst auch beim Internationalen Strafgerichtshof gepflegt worden, die neuere Rechtsprechung lehne diese aber mittlerweile ab.

Eine weitere Parallele zwischen den Gerichtshöfen ergebe sich aus dem Agieren der Gerichte im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik. Die Sensibilität dafür habe der Jugoslawien-Strafgerichtshof bereits in einer seiner ersten Entscheidungen gezeigt, bei der seine Legitimität in Frage gestellt worden sei. Die Richter der Revisionskammer hätten dabei das Primat des „Rule of Law“ über die Politik postuliert, indem sie zum Schluss gekommen seien, dass der Jugoslawien-Strafgerichtshof rechtmäßig und unter Beachtung des „Rule of Law“ durch den Sicherheitsrat errichtet worden sei.² Das Problemfeld Recht und Politik betreffe auch den Internationalen Strafgerichtshof, da er in einem politisierten Umfeld arbeite und gerade deshalb versuchen müsse, das Primat des „Rule of Law“ durchzusetzen und Distanz zur Politik zu wahren.

Bezüglich der Geschichtsschreibung durch Gerichtsverfahren könne der Jugoslawien-Strafgerichtshof ebenfalls als Referenz dienen. Ein Gerichtshof sei im Kern dazu da, die individuelle Schuld von Angeklagten festzustellen. Zwar führten Gerichtsprozesse auch zu historischen Erkenntnissen. Diese seien aber lediglich ein „by-product“. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof habe insofern durchaus dazu beigetragen, Geschichtsmymen zu zerstören. Daran könne der Internationale Strafgerichtshof nun anknüpfen.

Eine Fortentwicklung des Erbes des Jugoslawien-Strafgerichtshofes sieht *Schmitt* in der Opferbeteiligung am Internationalen Strafgerichtshof. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof habe den Opfern durch ihr Auftreten als Zeugen eine Stimme gegeben, was dem Internationalen Strafgerichtshof jedoch noch nicht weit genug gehe. Dem österreichischen Essayisten und Widerstandskämpfer *Jean Améry* zufolge sei es ein leeres Gedankenspiel, die Würde des Individuums zu postulieren, ohne das Opfer als Individuum der Gemeinschaft anzuerkennen. Diesen Gedanken habe der Internationale Strafgerichtshof weiterentwickelt und verfestigt, indem er den Opfern die Möglichkeit gebe, sich am Verfahren zu beteiligen und eventuell Wiedergutmachung zu erlangen.

Claus Kreß knüpfte an die von *Brammertz* beschriebene Überraschung von Madeleine Albright angesichts des Erfolges des Jugoslawien-Strafgerichtshofes an. Bestimmte politische Akteure seien nicht nur skeptisch gewesen, sondern

¹ Siehe IStGH, Beschl. v. 5.4.2016 – ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr (Prosecutor v. Ruto/Sang), Rn. 143.

² Siehe JStGH, Beschl. v. 2.10.1995 – IT-94-1 (Prosecutor v. Tadić), Rn. 22, 48.

hätten den Erfolg des Gerichts gar nicht gewollt. Die Gründung des Gerichts sei für manche nur ein Feigenblatt gewesen, weil der politische Wille, Gewalt zum Schutz bedrohter Zivilbevölkerungen auf dem Balkan anzuwenden, zunächst lange Zeit gefehlt habe. Daher sei es umso bemerkenswerter, was dann aus dem Gerichtshof geworden sei. Man möge bei der Einordnung auch noch einmal den Ausgangspunkt bedenken: *Cherif Bassouni* etwa habe noch zum Zeitpunkt der Errichtung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes die Befürchtung geäußert, der Völkerstrafatbestand der Menschlichkeitsverbrechen könnte sich auf eine *Desuetudo* zubewegen, also mangels Praxis außer Geltung geraten. Dies habe man zu diesem Zeitpunkt für das Völkerstrafrecht insgesamt befürchten können, da sich dieses seit etwa vier Jahrzehnten im Dornröschenschlaf befunden habe. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof habe maßgeblich zu einer Renaissance des Völkerstrafrechts und auch dazu beigetragen, dass sich das Völkerstrafrecht als eine Teildisziplin des Völkerrechts fest etabliert habe. Insgesamt habe die Völkerstrafgerichtsbarkeit, den ehrwürdigen Internationalen Gerichtshof mitunter herausfordernd, die Stellung des Individuums in der Völkerrechtsordnung vorsichtig gegenüber dem klassischen Verständnis staatlicher Souveränität akzentuiert.

Als eine große Errungenschaft des Jugoslawien-Strafgerichtshofes sei es anzusehen, dass das Gericht der zweiten Generation des materiellen Völkerstrafrechts zum Durchbruch verholfen habe. Die Kernelemente der zweiten Generation seien die Kristallisation von Bürgerkriegsverbrechen und die Emanzipation der Verbrechen gegen die Menschlichkeit vom Angriffskrieg und Kriegsverbrechen. Die Überwindung der Junktimklausel sei zwar im Kontrollratsgesetz Nr. 10 bereits angelegt gewesen, jedoch habe erst die *Tadić*-Rechtsprechung die Weichen endgültig in diese Richtung gestellt.³ Auch bei der Entwicklung des Besonderen Teils des materiellen Völkerstrafrechts habe der Gerichtshof – im Verein mit dem Ruanda-Tribunal – wichtige Pflöcke eingeschlagen. Dazu zähle etwa die Beschäftigung mit Sexualstraftaten.

Ein deutlich schwächeres Vermächtnis des Jugoslawien-Strafgerichtshofes erkennt *Kreß* dagegen im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Hier seien dem Internationalen Strafgerichtshof nicht wenige Fragen ungelöst hinterlassen worden. Dort, wo ein Schwerpunkt gesetzt wurde, wie beispielsweise bei der Beteiligungslehre, sei das Vermächtnis fragil geblieben. Dies zeige sich darin, dass sich in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofes hierzu ein anderer Weg abzeichne.

Im Anschluss kam *Kreß* auf die Kontrolle des Jugoslawien-Strafgerichtshofes in der Konturierung des materiellen Rechts zu sprechen, die einerseits durch den Dialog mit den Staaten erfolge, andererseits von der Völkerstrafrechtswissenschaft zu leisten sei. Der Dialog mit den Staaten habe indessen eine abweichende Rechtsüberzeugung erkennen lassen. Der Gerichtshof habe auf entsprechende Signale wiederholt nicht eben aufgeschlossen reagiert. Dies sei etwa beim Politikelement der Verbrechen gegen die Menschlich-

keit und beim Kontextelement des Völkermordtatbestandes zu beobachten gewesen. Hier habe der Jugoslawien-Strafgerichtshof die auf der Romkonferenz bzw. bei der Formulierung der Verbrechenselemente von den Staaten getroffenen Entscheidungen apodiktisch als Abweichung des von ihm selbst angeblich zutreffend festgestellten Völkergewohnheitsrechts bezeichnet.⁴

Neben den Staaten stelle *Kreß* zufolge die Völkerstrafrechtswissenschaft eine weitere Kontrollinstanz dar. Zunächst sei es dem Jugoslawien- und dem Ruanda-Strafgerichtshof zu verdanken, dass sich eine ernstzunehmende Völkerstrafrechtswissenschaft überhaupt entwickelt habe. Zur vollen Entfaltung der Kontrollwirkung der Wissenschaft wünschte sich *Kreß* jedoch eine noch stärkere Auseinandersetzung mit der Völkerstrafrechtswissenschaft in den Urteilen. Als Beispiel nannte er die Anforderungen an die Zerstörungsabsicht beim Völkermord. Mit dem in der Literatur von zahlreichen Autoren vertieft entfaltetem „knowledge-based-approach“ habe sich der Jugoslawien-Strafgerichtshof in *Krstić*⁵ nur äußerst oberflächlich und in späteren Entscheidungen überhaupt nicht mehr beschäftigt. *Kreß* gab dabei allerdings zu, dass es Gerichten, die sich nur mit einer Situation beschäftigten, schwerer fallen müsse, einen einmal betretenen Pfad wieder zu verlassen. In der Frühzeit des Gerichtshofs sei hinzugekommen, dass die Rechtsprechung von Wissenschaftlern wie *Antonio Cassese* und *Georges Abi-Saab* betrieben worden sei. Diese hätten vor allem die Gelegenheit genutzt, zentrale eigene wissenschaftliche Thesen in der Judikatur zu verankern.

Schmitt stimmte *Kreß* insoweit zu. Der Internationale Strafgerichtshof habe die Verpflichtung, seine Entscheidungen nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht zu begründen. Allerdings bat er auch um Verständnis bei den Akademikern, da richterliche Entscheidungsfindungen oftmals Ergebnis eines Aushandlungsprozesses, ein Kompromiss, seien. Der Öffentlichkeit könne man diese Entscheidungen wegen des Beratungsgeheimnisses dann kaum verständlich machen.

Auf *Schmitt* Bezug nehmend erklärte *Kreß*, er wünsche sich aber zumindest bei Grundsatzentscheidungen eine stärkere Auseinandersetzung mit Argumenten, die in der Literatur formuliert seien. Dabei sei ihm bewusst, dass andere internationale Gerichte insoweit nicht unbedingt ein Vorbild abgaben. Als Beispiel führte er hierzu den Internationalen Gerichtshof an, der bei seinem aus der französischen Tradition entlehnten Urteilsstil häufig eine Tendenz zum Apodiktischen erkennen lasse.

Bock öffnete hierauf die Diskussion für das Publikum. Zum Verfahrensrecht des Jugoslawien-Strafgerichtshofes bemerkte ein Teilnehmer der Diskussion, er lehne ein adversatorisches Verfahren zwar nicht grundsätzlich ab. Allerdings gebe es einen Gesichtspunkt, bei dem die „Vermischung“ beider Systeme nicht möglich sei und bei dem man sich ent-

³ JStGH, Beschl. v. 7.5.1997 – IT-94-1 (Prosecutor v. *Tadić*), Rn. 627.

⁴ JStGH, Urte. v. 14.1.2000 – IT-95-16 (Prosecutor v. *Kupreškić*), Rn. 580.

⁵ JStGH, Urte. v. 2.8.2001 – IT-98-33 (Prosecutor v. *Krstić*), Rn. 571.

scheiden müsse. Dieser betreffe die Frage, ob den Richter, ähnlich wie nach § 244 Abs. 2 StPO, die Verpflichtung treffe, die Beweisaufnahme auf alles zu erstrecken, was für die Entscheidung relevant sei (Amtsaufklärungspflicht). Gebe es eine solche Pflicht nicht, liege es am Verteidiger, den Sachverhalt zu ermitteln. Aufgrund von fehlenden Ressourcen und kooperationsunwilligen Zeugen sei dieser hierzu aber häufig nicht in der Lage. So führe das adversatorische System dazu, dass die der jeweiligen Seite zustehenden Mittel über das Ergebnis entschieden. Dies betreffe neben der Strafverteidigung auch die Anklage. Der gute Wille der Richter in Form eines Bemühens um Aufklärung reiche nicht aus. Denn Bemühen sei etwas anderes als eine Rechtspflicht. Nach Meinung dieses Teilnehmers sei daher das adversatorische System schon an sich zur Ermittlung wahrer Sachverhalte nicht geeignet, da Verteidigung und Anklagebehörde „ausschacherten“, was die Wahrheit sei. Als ersten Schritt zur Verbesserung dieser Situation schlage er deshalb ein Beweisantragsrecht vor.

Kai Ambos (Universität Göttingen; Richter Kosovo Specialist Chambers) regte daraufhin an, die beim Arbeitskreis Völkerstrafrecht vorhandene reiche Praxiserfahrung für die Diskussion der Rolle des Richters im Völkerstrafverfahren fruchtbar zu machen. Hinsichtlich des Vorschlags, eine dem deutschen Amtsaufklärungsgrundsatz ähnliche Praxis im Völkerstrafrecht einzuführen, frage er sich, ob dies wirklich auf internationaler Ebene machbar sei. Denn die Ermittlungs- und damit Aufklärungsressourcen lägen eindeutig bei den Parteien, vor allem der Staatsanwaltschaft. Letztlich müssten diese vom Richter zur Ermittlung bzw. Aufklärung angeregt werden. *Schmitt* verwies auf den Text des Römischen Statuts, namentlich auf Art. 69 Abs. 3.⁶ Hiernach sei eine Form von Amtsermittlung nicht ausgeschlossen. In der Praxis des Internationalen Strafgerichtshofes legten sowohl Staatsanwaltschaft als auch Strafverteidigung eine Zeugenliste vor, die im Einzelfall durch das Gericht gekürzt werden könne. Dies erfolge durchaus nach Aufklärungsgesichtspunkten, die sich auch im deutschen System wiederfänden. Seiner Erfahrung nach würden vor dem Internationalen Strafgerichtshof mehr Beweise erhoben, als dies in deutschen Strafverfahren üblich sei. Er stehe der Durchsetzung einer strengen Aufklärungspflicht vor dem Internationalen Strafgerichtshof aus praktischen Gründen kritisch gegenüber, da dies die – nicht vorhandene – Herrschaft des Gerichts über die Beweise voraussetzen würde. Seinem Eindruck nach lehnten sowohl Staatsanwaltschaft als auch Strafverteidigung eine Einmischung in „ihren Fall“ durch den Richter ab. Weiterhin sehe er das im deutschen System geltende Postulat, die materielle Wahrheit zu ermitteln, mit Rücksicht auf die vielfältigen rechtlichen und tatsächlichen Beschränkungen im Strafprozess zunehmend differenzierter. Realistischer scheine ihm, die Ermittlung einer forensischen Wahrheit anzustreben.

⁶ Art. 69 Abs. 3 Römisches Statut: „Die Parteien können in Übereinstimmung mit Artikel 64 die Beweismittel beibringen, die für die Sache erheblich sind. Der Gerichtshof ist befugt, die Beibringung sämtlicher Beweismittel zu verlangen, die er für die Wahrheitsfindung für erforderlich hält.“

Die ehemalige Anklägerin *Hildegard Uertz-Retzlaff* (Jugoslawien-Strafgerichtshof) sah kein Problem in der Aufklärungsaufgabe der Strafverteidigung. Auch die Anklage habe Probleme mit kooperationsunwilligen Zeugen. Diese könnten durch die Gerichte, etwa in Form von „subpoenas“, zur Mitwirkung verpflichtet werden. Sie gehe auch von einer Überlastung des Richters aus, sollte diesem die Aufklärungsherrschaft überantwortet werden. *Brammertz* wies darauf hin, dass sich die Anklage bemühe, neben belastenden Umständen auch entlastende Umstände zu berücksichtigen. Im Hinblick auf das Verfahrensrecht vertrete er einen eher pragmatischen Standpunkt. Wichtiger als die Vorgaben des Verfahrensrechts sei, ob das Verfahren durch gute oder schlechte Richter geleitet werde, die Herkunft des Richters aus einem common law- oder civil law-System spiele hierfür keine Rolle. Richter *Cuno Tarfusser* (Internationaler Strafgerichtshof) sah dagegen sehr wohl einen Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung des Verfahrens und der jeweiligen Rechtstradition, aus der der Richter stamme. Er selbst plädiere für eine aktive Rolle des Richters. *Schmitt* stimmte *Tarfusser* insofern zu, als er die Rolle eines „informierten Richters“, der auch die Arbeit der Strafverteidigung unterstütze, befürworte. *Tatjana Dawson* (Kanzlei, Jugoslawien-Strafgerichtshof) meinte, die strukturelle Benachteiligung der Verteidigung, die kein Organ der internationalen Strafgerichte sei, werde bereits in der Praxis durch Unterstützung der Gerichte aufgefangen und so Waffengleichheit hergestellt. Praktisch würde es auch die Arbeit der Verteidigung verbessern, Teams mit lokalen Experten zu bilden. Die anfänglich sehr schwache Position der Strafverteidigung im internationalen Strafprozess habe sich über die Jahre deutlich verbessert. Richter *Alphonsus Orije* (Jugoslawien-Strafgerichtshof) gab zu bedenken, dass im Ergebnis jede Form der Verfahrensgestaltung „imperfekt“ sei.

Ein neues Thema aufnehmend betonte *Elisabeth Baumgartner* (Mitarbeiterin, Swiss Peace), wie wichtig die Diskussion des „knowledge transfer“ bei internationalen Strafgerichten sei. Sie forderte auf, kritisch zu prüfen, ob die Strafgerichtshöfe ausreichend Bezug zu den Situationsstaaten nehmen und „outreach“ betreiben würden. Insbesondere bei dem in Den Haag angesiedelten Kosovo-Tribunal sehe sie ein solches Problem, da er ohne Einbindung nationalen Personals arbeite. *Brammertz* wies daraufhin erneut auf die vielfältigen Bemühungen des Jugoslawien-Strafgerichtshofes im Bereich des „capacity-building“ hin. Dies finde etwa durch die Einbindung von Praktikanten aus der Region statt. Die Zusammenarbeit mit den Regionen sei seiner Ansicht nach eine logische Fortsetzung der Arbeit des Gerichts, um eine möglichst vollständige Strafverfolgung zu bewirken. Dieser Prozess sei zwar zeitintensiv, aber eine notwendige Ergänzung. Beim Internationalen Strafgerichtshof sei dies jedoch angesichts der unterschiedlichen Situationen, mit denen das Gericht konfrontiert sei, schwieriger.

Bock nahm die Anmerkung von *Baumgartner* auf und fragte *Schmitt* direkt, was der Internationale Strafgerichtshof für die Situationsländer getan habe. *Schmitt* wies zum einen auf die symbolische Wirkung internationaler Strafverfolgung hin. Zum anderen könne der Internationale Strafgerichtshof

den Opfern möglicherweise etwas Gerechtigkeit und Anteilnahme geben, beispielsweise durch Partizipation am Verfahren und mittels des Treuhandfonds. Die Länder an sich könne er aber nicht „heilen“. Er warnte davor, den Gerichtshof mit Erwartungen und Aufgaben zu überfrachten.

Philipp Ambach (Leiter der Abteilung für Opferbeteiligung und Reparationen, Internationaler Strafgerichtshof) teilte die Sorge um eine zu starke Beanspruchung des Internationalen Strafgerichtshofes im Bereich des „outreach“ und im Hinblick auf das von verschiedenen Stellen geforderte „capacity building“. Das Gericht sei mit der bereits vorgesehenen Opferbeteiligung und -entschädigung schon stark belastet und ein ausdrückliches Mandat zum „capacity building“ von Seiten der Mitgliedstaaten bestehe nicht. Er sehe auch andere staatliche und nicht-staatliche Akteure in der Pflicht, in diesem Bereich tätig zu werden.

Auch *Dawson* sah in der „Outrecharbeit“ einen Erfolg des Jugoslawien-Strafgerichtshofes, da viele Informationszentren in der Region geschaffen worden seien. Dies erhoffe sie sich auch vom MICT⁷, um die Urteile der Bevölkerung zugänglich zu machen. *Stefan Waespi* (Staatsanwalt des Bundes, Schweiz), der viele Jahre am Jugoslawien-Strafgerichtshof als Trial Attorney gearbeitet hat, ergänzte, dass die „legacy“ des Gerichtshofes vor allem in der quantitativen und qualitativen Dimension der Aufklärung zu sehen sei. Er habe gezeigt, dass schwierige und komplexe Völkerrechtssachverhalte mit Erfolg und gegen alle Widerstände aufgeklärt werden könnten. Als Beispiel führte er hierzu Srebrenica an. Aufgrund des umfassenden und vielgestaltigen Beweismaterials könnte zumindest die Tatsachengrundlage des Massakers von Srebrenica im Juli 1995 nicht mehr geleugnet werden. So habe der serbische Bürgermeister von Srebrenica, in einem kürzlichen Interview die Geschehnisse an sich nicht mehr abgestritten, sondern ihnen mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit statt Genozid „lediglich“ eine andere juristische Qualifikation gegeben. Immerhin beziehe sich die Auseinandersetzung nunmehr nur auf das „labelling“.

Prof. *Stefan Oeter* (Universität Hamburg) lobte einerseits den Jugoslawien-Strafgerichtshof für die Entwicklung des Völkerstrafrechts. Gleichzeitig warnte er aber auch vor einer Fragmentierung des Völkerrechts. Das Völkerstrafrecht drohe aufgrund strafrechtlichen Denkens zu selbstreferentiell zu werden. Dies werde beim ICC durch die eigenständige Normierung des Römischen Statuts begünstigt. *Kreß* sah ebenfalls eine solche Gefahr der Fragmentierung. Beispielsweise bestehe die Gefahr, den Anwendungsbereich des Völkerstrafrechts ohne die vollständige Berücksichtigung der Folgen auszudehnen. Eine solche Folge könne in der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Kampfführungsrechts der bewaffneten Konflikte bestehen, die sich Staaten zunutze machen könnten, um – etwa bei gezielten Tötungen – von Menschenrechtsstandards abzuweichen.

Christoph Burchard (Universität Frankfurt am Main) nahm daraufhin den Podiumsdiskussionsbeitrag von *Schmitt* auf, wonach sich dieser manchmal mehr Verständnis bei den

Akademikern für die Schwierigkeiten der richterlichen Entscheidungsfindung wünsche: *Burchard* fragte, was sich die Justiz von der Wissenschaft wünsche, wenn die Wissenschaft die Urteile nicht „zerlegen“ dürfe. *Schmitt* entgegnete, es sei selbstverständlich die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtsprechung zu kritisieren, verwies aber noch einmal auf die Besonderheiten des gerichtlichen Entscheidungsprozesses, die eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der Wissenschaft manchmal verhinderten. Im Vergleich mit dem nationalen Rechtsraum beobachte er dennoch im Völkerstrafrecht bereits einen intensiveren Dialog mit der Rechtswissenschaft. Dies beziehe sich allerdings eher auf das materielle Völkerstrafrecht. Von der Wissenschaft wünsche er sich eine größere Auseinandersetzung mit dem Prozessrecht, in dem sich die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens manifestiere.

Als weitere „legacy“ des Jugoslawien-Strafgerichtshofes benannte *Burchard* die immer noch bestehende Unsicherheit über Grundvoraussetzungen, etwa die Ziele des Völkerstrafrechts. *Kreß* stimmte *Burchard* zu, dass es bei völkerstrafrechtlichen Grundfragen, etwa den Strafzwecken, nach wie vor keinen Konsens gebe. Dies sei aber auf nationaler Ebene nicht anders. Die Rechtsprechung nehme verständlicherweise nicht im Sinn einer bestimmten Theorie Stellung, solange der wissenschaftliche Grundsatzstreit andauere. Hiervon abgesehen riet *Kreß* der Rechtsprechung zur Vorsicht bei der Formulierung von wohlklingenden, aber kaum erfüllbaren Strafzielen wie insbesondere einer dauerhaften Befriedung und Versöhnung innerhalb der vom Konflikt betroffenen Gesellschaften. *Brammertz* bemerkte ergänzend zu den Strafzwecken des Völkerstrafrechts, dass sie am Internationalen Strafgerichtshof immer den Standpunkt vertreten hätten, dass die internationale Justiz keine Versöhnung bewirken könne. Dennoch sei er persönlich überzeugt, dass die gerichtliche Aufarbeitung und die Verantwortlichmachung des Täters eine grundlegende Voraussetzung für eine spätere Versöhnung sei.

Als abschließenden Diskussionspunkt brachte *Christian Rohde* (Mitarbeiter, UN Office of Administration of Justice) die Frage auf, ob der Internationale Strafgerichtshof gerade deswegen ein „Akzeptanztal“ durchlaufe, weil der Jugoslawien-Strafgerichtshof so erfolgreich in der Formulierung von Völkerstrafrecht war. *Schmitt* hingegen glaubt nicht, dass der Internationale Strafgerichtshof aufgrund des Erfolgs des Jugoslawien-Strafgerichtshofes eine schlechtere Bilanz aufweise. Vielmehr seien die beiden Gerichte mit unterschiedlichen Grundvoraussetzungen konfrontiert. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof habe unter ganz anderen Bedingungen gearbeitet, etwa militärischer Präsenz vor Ort und der Festnahme aller mit Haftbefehl Gesuchten. Der Internationale Strafgerichtshof sei dagegen auf die bisweilen unzulängliche Kooperation der Staaten angewiesen und müsse mit einer Vielzahl von sehr unterschiedlichen Situationen umgehen.

⁷ United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals.