

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

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

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

## Inhaltsverzeichnis

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

---

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

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

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

## I. Einführung

Die Pre-Trial Chamber (Vorverfahrenskammer) II des IStGH hatte im Rahmen ihrer Kompetenz aus Art. 15 des Statuts des IStGH<sup>1</sup> über die Genehmigung weiterer Ermittlungen durch den Ankläger des IStGH betreffend der Situation in der Republik Kenia zu entscheiden.<sup>2</sup> Voraussetzung für eine solche

---

<sup>1</sup> Deutscher Text online verfügbar unter:

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

Der englische Originaltext ist online verfügbar unter:

[http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome\\_Statute\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf).

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

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

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

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

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

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

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

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

In den Formulierungen der Tatbestände im Romstatut finden sich Anhaltspunkte für eine solche Betroffenheit im sog. „Chapeau“-Teil<sup>9</sup> des jeweiligen Tatbestandes. Der Völkermord (Art. 6 des Romstatuts) muss in einer bestimmten, auf Vernichtung einer nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Gruppe gerichteten Absicht verübt werden. Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 des Romstatuts) müssen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden.<sup>10</sup> Kriegsverbrechen (Art. 8 des Romstatuts) sind durch ihren Bezug zu einem bewaffneten Konflikt gekennzeichnet.

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

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

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

<sup>8</sup> So auch *Vest*, *ZStW* 113 (2001), 459 (464).

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

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

<sup>3</sup> Vgl. dazu zunächst Art. 5 Romstatut.

<sup>4</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter:

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

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

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

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

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

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

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

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

- Die „Schwere und Gefährlichkeit der Tat“<sup>18</sup> einerseits,
- die „Verletzung internationaler Rechtsgüter“ durch das Verbrechen<sup>19</sup> andererseits,
- sowie drittens die „Bedeutsamkeit des Unrechts für den globalen Rechtsfrieden“<sup>20</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 10.

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

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

### 1. Schwere und Gefährlichkeit der Tat

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

### 2. Verletzung internationaler Rechtsgüter

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

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

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

Diesen Definitionen und Konkretisierungsversuchen<sup>26</sup> ist gemein, dass sie nur dann Aussagekraft besitzen, wenn die „Interessen“ der Menschheit bzw. der „besondere Wert“ für die Staatengemeinschaft inhaltlich bestimmt werden. Hier nun liegt aber gerade das Problem, wenn es sich um einen Rechtsbegriff der Betroffenheit handeln soll, also einer aus dem Rechtsprinzip abgeleiteten, nicht bloß beliebigen begrifflichen Erfassung gesamtgesellschaftlicher Belange.<sup>27</sup> Die Behauptung, dass es diese gibt, und die exemplarische Nennung einzelner solcher „Interessen“ entbinden nicht von der Aufgabe, sie rechtlich herzuleiten.

### 3. Bruch globaler Rechtsfriedensbedingungen

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>21</sup> Ähnlich *Manske* (Fn. 17), S. 291-297.

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

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

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

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

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

recht<sup>33</sup>) zukommt, welches sich in der Rechtsgemeinschaft mit anderen zwar in eine gesetzliche Freiheit wandelt, sich aber nicht verliert.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>37</sup> Vgl. dazu Art. 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen.

Über die Existenz freiheitlicher Staaten und ihren Verbund hinaus, muss das Weltrecht schließlich die Stellung des einzelnen Individuums im Verhältnis zum Staat und zur Staatengemeinschaft regeln – die dritte Bedingung eines Weltrechtsfriedens. Dem Einzelnen muss gewährleistet sein, dass er weltweit als Rechtssubjekt geachtet wird – wenn auch nicht überall mit dem Anspruch auf Staatsbürgerschaft, so doch mit dem Anspruch auf lebens- und würdeerhaltendem Respekt. Dies ist von den Einzelstaaten sowohl im Umgang mit ihren eigenen Bürgern – im Inneren der verfassten Rechtseinheit, also zunächst als innere Angelegenheit – als auch im Falle der Ankunft von Fremden zu gewährleisten. Letzteres muss Gegenstand eines Weltbürgerrechts<sup>38</sup> sein, das dem Einzelnen erlaubt, sich jeder Rechtsgemeinschaft als Mitglied anzubieten, ohne befürchten zu müssen, deswegen in seiner Rechtssubjektivität verletzt zu werden.<sup>39</sup>

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

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

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

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

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

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>43</sup> ist die genaue Bestimmung des universalen Moments umstritten.<sup>44</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Im Zentrum der (einigermaßen verwirrend) beschriebenen Ereignisse lag die nationale Präsidentschaftswahl Kenias am 30.12.2007.<sup>47</sup> Als Resultat der Wahl hatte die Wahlkommission Kenias kundgegeben, dass Präsident Mwai Kibaki von der PNU gegen den Oppositions-Kandidaten Raila Odinga vom ODM gewonnen hatte und wieder gewählt worden war. Dies löste die Eruption von Gewalt in sechs von acht kenianischen Regionen aus, innerhalb derer es zu Tötungen, Vergewaltigungen, Verletzungen, ausgedehnten Plünderungen und willkürlichen Zerstörungen kam, die dazu führten, dass ca. 350.000 Menschen flüchten mussten. Der größte Teil der Gewalt wurde zwischen dem 29.12.2007 und dem 28.1.2008 verübt. Sowohl die ursprünglichen Gewaltakte als auch die Vergeltungsschläge wurden von „gangs“ junger Männer ausgeführt, die in unterschiedlicher Weise durch Führungspersonal der beiden großen politischen Parteien bzw. durch Geschäftsleute, die mit diesen Parteien in Verbindung standen, unterstützt wurden.

---

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

### 2. Die Entscheidung des IStGH zum Kontext-Element

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

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

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

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

#### a) Definitionsmerkmale des Kontext-Elements

##### aa) Angriff gegen eine Zivilbevölkerung

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

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

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

##### bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>51</sup> Vgl. dazu auch *Werle* (Fn. 44), Rn. 756.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *cc) Ausgedehnter oder systematischer Angriff*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

andererseits des ICTY, welches folgende Merkmale für notwendig hält:

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

*dd) Nexus zwischen Einzelakten und Angriff*

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

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

*aa) Angriff gegen die Zivilbevölkerung*

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

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

*bb) Politischer Plan eines Staates oder einer sonstigen Organisation*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*3. Die abweichende Meinung Richter Kauls*

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

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

die Delikte zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit mache und die Zuständigkeit des internationalen Gerichts eröffne.<sup>72</sup>

*a) Zur Methodik der Rechtsfindung des IStGH*

Bei der Auslegung dieses Merkmals sei die Mehrheitsentscheidung zunächst methodisch zweifelhaft vorgegangen, indem sie auf vorausgegangene Judikatur der ad-hoc-Tribunale zurückgegriffen habe. Dies sei nur mit besonderer Vorsicht möglich: Die ad-hoc-Tribunale wendeten ihre eigenen rechtlichen Grundlagen an, die mit dem Romstatut nicht übereinstimmten. In Art. 21 des Romstatuts<sup>73</sup> sei das anwendbare Recht für den IStGH abschließend geregelt und auf die Urteile anderer Gerichtshöfe oder Tribunale werde dort gerade nicht verwiesen; einen Hinweis auf eine Rechtsbindung von Präzedenzfällen gebe es nicht. Urteile der ad-hoc-Tribunale könnten folglich für den IStGH kein Recht kreieren und keine Bindungswirkung entfalten. Es gebe ferner keinerlei institutionellen Zusammenhang zwischen den Tribunalen und dem IStGH, der es rechtfertigen würde, ihre Urteile als beachtlich zu behandeln. Da aber auch der IStGH nicht isoliert existiere, dürfe er sich auf die Judikatur der Tribunale im Rahmen der Vorgaben von Art. 21 stützen und zwar, um „die principles and rules of international law“ identifizieren zu können, die sich in solchen Urteilen zeigen könnten. Das könne den IStGH aber nicht von der Aufgabe entbinden, sich selbst zu versichern, ob die entscheidenden Voraussetzungen

<sup>72</sup> Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 25, 26.

<sup>73</sup> Art. 21 des Romstatuts lautet:

„(1) Der Gerichtshof wendet Folgendes an:

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

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

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

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

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

<sup>71</sup> Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), para. 4.

von Gewohnheitsrecht (namentlich Staatenpraxis und *opinio iuris sive necessitatis*) vorliegen.<sup>74</sup>

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

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

#### b) Zum Inhalt des Kontextelements<sup>77</sup>

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

<sup>74</sup> Vgl. *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 29, 30.

<sup>75</sup> *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 31.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### aa) Das Merkmal „organizational“

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

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

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

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

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

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

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

<sup>78</sup> Vgl. dazu Art. 128 Romstatut.

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

<sup>80</sup> Hervorhebung bei *Kaul*.

<sup>81</sup> *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 42.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sein Verständnis und seine Herleitung aus der Historie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wird im Folgenden<sup>87</sup> genauer ausgeführt:

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

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

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

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

<sup>85</sup> *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 51.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### c) Zur Situation in der Republik Kenia

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

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

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

---

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

<sup>89</sup> Kaul, dissenting opinion (Fn. 5), paras. 71 ff.

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

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

In seiner Zusammenfassung<sup>91</sup> hält *Kaul* fest, dass es an einem „einheitlichen Angriff“ gefehlt habe. Es habe viele gewaltsame Aktionen von unterschiedlichen und gegen unterschiedliche Gruppen über das ganze Land verteilt gegeben. Die Gründe für den Gewaltausbruch scheinen seines Erachtens weit über den Zusammenhang der (manipulierten) Wahlen hinauszugehen, vielmehr lägen sie in lang andauernden und ungelösten Problemen des Landes selbst (wie z.B. Landverteilung, Armut, Arbeitslosigkeit, u.a.). Die Bekanntgabe der Wahlergebnisse sei dann nur eine Gelegenheit gewesen, schon vorherige Gewaltbereitschaft in die Tat umzusetzen; dabei hätten sich neue Gruppen geformt; andere hätten das Chaos für ihre eigenen Zwecke genutzt. Hinter all dem sei aber keine „Organisation“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 des Statuts erkennbar. Er schreibt:

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

Sein Resümee lautet:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>91</sup> *Kaul*, dissenting opinion (Fn. 5), para. 148.

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

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

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

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

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

Denn erst der inhaltliche Zielpunkt gibt dem systematischen Angriff seine Richtung und bildet seinen geistigen Hintergrund. Im Fall der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist das Ziel die Verletzung, Ausrottung, gewaltsame Vertreibung u.Ä. einer Zivilbevölkerung<sup>100</sup>. Die „Systematik“

des Angriffs setzt ein ihm vorgängiges Prinzip voraus;<sup>101</sup> und das Prinzip hinter einer systematischen Verletzung einer bestimmten Zielgruppe ist die grundsätzliche Missachtung ihrer Rechtspersönlichkeit, der eigentlich Anerkennung gebührt.

Das bedeutet, dass es bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit um Taten geht, deren Prinzip – und zwar politisches Prinzip – die Aberkennung des Menschenrechts einer gesamten Bevölkerungsgruppe ist. Das Spezifische liegt dabei darin, dass sich die Täter von einem politischen Grundsatz leiten lassen, der das allem Recht überhaupt zugrunde liegende und jedem Menschen kraft seines Menschseins zukommende Menschenrecht für eine von ihm näher bestimmte Gruppe als solches verleugnet. Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit lässt also eine Maxime erkennen, bei deren Verallgemeinerung eine bestimmte Bevölkerungsgruppe prinzipiell rechtlos gestellt würde.<sup>102</sup>

Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist dann wörtlich zu nehmen als eine Negation der Grundbestimmung des (und das heißt: eines jeden) Menschen als rechtlich-frei. Damit bricht die Basis jedes rechtlichen Umgangs miteinander weg, und zwar nicht nur als Ausnahmeerscheinung, sondern grundsätzlich und nicht nur für einzelne Opfer, sondern für die Allgemeinheit der angegriffenen Zivilbevölkerung.

Da es sich um ein politisches Ziel handelt, weist die Dimension einer ihm entsprechenden Systematik sowohl auf Täterseite als auch auf Seiten der Opfer über Einzelfälle (selbst über massenhafte) hinaus. Im Begriff der „Politik“ bzw. des „politischen Plans“ ist ein Allgemeinbezug angelegt,<sup>103</sup> der die Negation des Menschenrechts einer bestimm-

<sup>101</sup> Ähnlich *Dixon/Hall* (Fn. 92), Art. 7 Rn. 11: „[...] the term ‚systematic‘ indicates a ‚pattern or methodical plan‘, which is ‚thoroughly organised and following a regular pattern‘.“ (mit Verweis auf das Tadić-Urteil [ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T], para. 648 und das Akayesu-Urteil vor dem ICTR [ICTR, Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu)], para. 580).

<sup>102</sup> So auch *Manske* (Fn. 17), S. 368 ff. Die beiden deutlichsten historischen Beispiele für diese Qualität von Verbrechen sind die prinzipiellen Rechtslosstellungen einzelner Volks- bzw. Bevölkerungsgruppen unter der Herrschaft der Nationalsozialisten in Deutschland einerseits sowie der Stalinisten in der ehemaligen Sowjetunion andererseits: Im ersten Fall die systematische Entrechtung von „Nicht-Ariern“, insbesondere der Juden, ihre generelle Bezeichnung und Behandlung als „Untermenschen“, die Zwangsdeportationen und schließlich ihre systematische Ermordung in Konzentrationslagern. Im zweiten Fall das umfassende Repressionssystem von Unterdrückung, Verfolgung, Deportation, Internierung in Zwangsarbeits- und Straflagern unter menschenverachtenden Bedingungen („Gulag“) und Ermordung sog. „Klassenfeinde“ bzw. sonstiger (vermeintlicher) Gegner des sowjetischen Regimes.

<sup>103</sup> Vgl. zum Wortsinn von „politisch“ bzw. „Politik“ *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995, S. 309: „allgemeine Angelegenheiten der Gesellschaft betreffend“, „die Polis betreffend, bürgerlich, staatlich“.

dient es doch der Definition des „Angriffs“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1.

<sup>95</sup> ICTY, Judgement v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić), para. 203.

<sup>96</sup> Genauer bezieht es sich hier auf die Tadić-Entscheidung (ICTY, Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T), para. 648 und u.a. auf die Entscheidung im Akayesu-Fall (ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T [Prosecutor v. Akayesu]), para. 580.

<sup>97</sup> Dutch Supreme Court International Law Report 75 (1987), 362 (The Prosecutor v. Menten; hier zitiert nach der Blaškić-Entscheidung).

<sup>98</sup> Art. 7, Introduction, para. 3, Elements of Crimes.

<sup>99</sup> In diese Richtung auch *Manske* (Fn. 17), S. 298-303.

<sup>100</sup> Zum Begriff der Zivilbevölkerung siehe *Werle* (Fn. 44), Rn. 756 ff.

ten Bevölkerungsgruppe zur allgemeinen Angelegenheit der bürgerlichen Gesellschaft macht. Eine Teilgruppe der Rechtsgemeinschaft wird aus ihr ausgegliedert und „von Staats wegen“ rechtlos gestellt; sie büßt in ihrer Gesamtheit ihre Rechtsstellung ein.

Die Systematik der Verfolgung<sup>104</sup> ist dann Konsequenz aus dem vorgängigen Plan prinzipieller Entrechtung einer bestimmten Gruppe.<sup>105</sup> Diese prinzipielle Entrechtung ist es, die den Gegenstand der zugrunde liegenden Politik bilden muss; und in der Systematik, deren Herzstück die innere Ausrichtung an dem menschen-(rechts-)verachtenden politischen Plan ist, liegt die Universalität eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit begründet.<sup>106</sup>

Ein solches Verbrechen betrifft die Gesamtheit der Weltgemeinschaft vernünftiger und freier Subjekte und damit globale allgemeine Rechtsgeltung, indem es das sie formende Prinzip negiert: Dem allgemeinen Weltrecht liegt wesentlich die Freiheit der einzelnen Weltsubjekte zugrunde (sie ist das „Fundament der Völkerrechtsgemeinschaft“<sup>107</sup>). Seine Bestandteile (Freiheit der Primäreinheiten [Staaten], ihre gegenseitige Anerkennung, die Rechtsverwirklichung im Staats-, Völker- und Weltbürgerrecht) sind nur erklärbar, wenn das Konstitutionsprinzip menschlicher Freiheit stets gedanklich gegenwärtig ist; zugespitzt formuliert: das Recht auf Weltenebene steht und fällt mit der Geltung des Menschenrechtsprinzips.

<sup>104</sup> Zur systematischen oder groß angelegten Tatbegehung siehe zudem *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtparade, 2002, S. 92 ff.

<sup>105</sup> Vgl. auch dazu *Manske* (Fn. 17), S. 298 ff. (insbesondere S. 301): „Das Erfordernis der systematischen Begehungsweise legt somit den Bezug zu einer entsprechenden Politik zur Begehung unmenschlicher Handlungen dar.“ (mit Verweis auf *Ferringer*, Crimes against Humanity, A legal Problem in War and Peace, 1980, S. 128 f.).

<sup>106</sup> In diesem Sinne wurden die Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch ursprünglich, im Zusammenhang mit den Nürnberger Prozessen, verstanden. Vgl. dazu z.B. *Robinson* (Fn. 10), S. 48 f. Gut zum Ausdruck kommt dies in der Eröffnungsrede des amerikanischen Hauptanklägers Telford Taylor zum sog. „Flick“-Verfahren: „Auf der anderen Seite stehen große, sich über das ganze Volk erstreckende Kampagnen, die offen von der Regierung unterstützt oder stillschweigend geduldet werden, um das Leben für große Gruppen der Zivilbevölkerung unerträglich zu machen, sie zu vertreiben, zu erniedrigen, zu versklaven oder auszurotten.“ (zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 299) Ähnlich auch die Äußerung des Anklagevertreters im sog. „Juristenprozess“: Die Verbrechen des Mordes, der Versklavung und der Freiheitsberaubung, „die normalerweise nationalen Charakter haben“, würden dann zu „internationalen Verbrechen“, wenn „sie ein durchgearbeitetes Schema der Verfolgung aus rassistischen, politischen oder religiösen Gründen befolgen oder wenn sie [...] im Zusammenhang mit einem nationalen Plane [...] begangen werden, der darauf gerichtet ist“ (wiederum zitiert bei *Manske* [Fn. 17], S. 302).

<sup>107</sup> Formulierung von *Manske* (Fn. 17), S. 357.

Dass sich ein solcher systematischer Charakter eines Angriffs in bestimmten Kriminalitätsmustern, d.h. in der nicht nur zufälligen Wiederholung, sondern in planvoller Begehung bestimmter Taten, zeigen kann,<sup>108</sup> hat der IStGH in der hier besprochenen Entscheidung zutreffend herausgestellt. Auch durch den Verweis auf die Formulierungen des ICTR im Akayesu-Fall („gründliche Organisation“, „einem regelmäßigen Muster folgend“, „auf der Basis eines gemeinsamen Plans ausgeführt“) und des ICTY im Fall Blaškić („ein politisches Ziel oder einen politischen Plan“, „Delikte in großem Ausmaß oder immer wiederkehrender Begehung, die miteinander verbunden sind“) wird das Phänomen der Systematik zutreffend umschrieben.

*Kaul* konzentriert sich bei seinen Überlegungen darauf, dass diese Dimension von Unrecht historisch nur von staatlichen Unrechtssystemen ausgehen konnte:

„Crimes of this nature and magnitude were made possible only by virtue of an existing State policy followed in a planned and concerted fashion by various segments of public power targeting parts of the civilian population who were deprived totally and radically of their basic fundamental rights.“

Auch er betont dabei, dass die Besonderheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit weniger in der großen Zahl von Verbrechen liegt, sondern vielmehr in der Tatsache, dass sie in Ausföhrung einer bestimmten inhumanen Politik begangen wurden. Dies wiederum sei in der Regel nur dann der Fall, wenn der Staat selbst hinter dem Angriff gegen die Zivilbevölkerung steht. Für die Auslegung des Merkmals „Organisation“ folgert er daraus die Notwendigkeit einer Staatsähnlichkeit.

Die Urhebererschaft durch einen Staat ist historisch gewiss der Regelfall. Auch muss hinter einer „entrechtenden Politik“ eine wirkmächtige Einheit stehen, die mehr als nur eine gesellschaftliche Randerscheinung darstellt, um tatsächlich die beschriebene grundsätzliche Aussagekraft zu erreichen.<sup>109</sup> Insofern ist *Kaul* mit seiner Forderung der einschränkenden Auslegung des Begriffs „Organisation“ zuzustimmen. Allerdings ist es nicht schon das Faktum der historisch häufigen staatlichen Urhebererschaft solcher Verbrechen selbst, welches aus nationalem Unrecht internationales Unrecht macht – es bildet nur eine typische Phänomenologie.<sup>110</sup> Der Grund für den Qualitätswechsel muss – wie beschrieben – in der Systematik des Vorgehens liegen.

<sup>108</sup> Vgl. zu dieser „Indizwirkung“ auch *Kuschnik* (Fn. 9), S. 233.

<sup>109</sup> Vgl. dazu *Triffterer* (Fn. 41), S. 169 (S. 201): Kennzeichnendes Merkmal aller völkerstrafrechtlichen Tatbestände sei ein „Machtmißbrauch, der typischerweise durch Staatsorgane oder deren Vertreter beziehungsweise mit deren Duldung“ ausgeübt wird (*Herv. der Verf.*). Ähnlich *Lehmle* (Fn. 44), S. 195.

<sup>110</sup> Die Tatsache, dass staatliche Stellen das Unrecht ausüben, kann ein Grund dafür sein, dass eine innerstaatliche Bewältigung des Unrechts nicht stattfindet – ihrerseits begründen, warum dies ein Strafrecht der Völkergemeinschaft entstehen lässt, kann sie nicht.

Vor diesem Hintergrund lassen sich dann auch die weiteren Formulierungen von Art. 7 des Romstatuts inhaltlich erfassen und auslegen. Sprachlich dem Tatbestandsmerkmal „systematisch“ durch ein „oder“ gleichgestellt ist im Text das Attribut „ausgedehnt“.<sup>111</sup> Dieser Begriff verweist primär auf eine quantitative Komponente des Angriffs.<sup>112</sup> Die alternative Formulierung („oder“) wurde bei den Vertragsverhandlungen durchgesetzt unter der Bedingung, dass das Politikelement in Art. 7 Abs. 2 lit. a in das Statut aufgenommen wurde.<sup>113</sup> Dies führt zu einer gewissen Widersprüchlichkeit in der Tatbestandsfassung: Es genüge eine ausgedehnte Begehungsweise, wenn sie nur in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat, erfolgt. Die Zielgerichtetheit macht aber, wie oben ausgeführt, aus der ausgedehnten Begehung eine systematische.

Wird – wie hier – das Kontextelement als Verortung des internationalen Bezugs des Verbrechenstatbestands (und damit als Grund für die Eröffnung der Zuständigkeit internationaler Strafgerichtsbarkeit) verstanden, so liegt in dem „oder“ der Formulierung im Romstatut also ein Problem: Die Zahl der Opfer alleine macht – wie gezeigt – nicht schon das Spezifische am Menschlichkeitsverbrechen aus. Dann kann aber ein Tatbestand, der das Merkmal des „ausgedehnten“ Angriffs für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausreichen lässt, für die Begründung internationalen Kriminalunrechts nicht hin reichen. Wird das Merkmal „ausgedehnt“ hingegen zusammen gelesen mit dem „policy“-Element, so verliert es seine Bedeutung als rein quantitative Komponente des Angriffs.

Aus diesem Grunde ist die Verknüpfung der beiden Elemente „systematisch“ und „ausgedehnt“ mit der Konjunktion „oder“ im Hinblick auf den Unrechtsgehalt des Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht schlüssig.<sup>114</sup> Die Systematik eines bestimmten Angriffs kann – bei bestimmter inhaltlicher

Ausrichtung – internationale Betroffenheit auslösen; die „Ausgedehntheit“ hat dagegen bloß phänomenologische Bedeutung.<sup>115</sup> Wegen dieser Ungleichheit in der Kategorie beider Merkmale hätte es einer Kodifikationsform bedurft, die die Systematik des Angriffs als begriffsbestimmend und die Ausgedehntheit als eine typische Erscheinungsform hervorhebt.

Für das Verständnis der Legaldefinition des „Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ in Art. 7 Abs. 2 lit. a Romstatut lässt sich nun abschließend folgendes sagen: Dass die einzelnen Tatbestandsalternativen „mehrfach“ und „in Ausführung oder zur Unterstützung einer vom Staat oder sonstigen Organisation ausgehenden Politik“ begangen werden müssen, stellt eine Ausgestaltung des Systematik-Erfordernisses dar. Das mehrfache Begehen ermöglicht es überhaupt erst, eine Systematik hinter einem Angriff zu erkennen, denn erst eine Vielzahl von Einzelhandlungen kann einen systematischen Zusammenhang bilden. Das Moment der Politik gibt der Systematik ihren geistigen Hintergrund, indem es die Richtung weist, die der einzelne durch seine Ausführungshand-

<sup>115</sup> Wie hier *Ambos*, in: Kirsch (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, S. 139 (S. 172). A.A. *Robinson* (Fn. 10), S. 50: „It must be emphasized that recognition of the policy element does not reintroduce the ‚systematic‘ criterion as mandatory requirement in all cases. The term ‚systematic‘ requires a very high degree of organization or orchestration, and has been interpreted by the ICTR as meaning ‚thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources.‘ In contrast, the term ‚policy‘ is more flexible; for example, in the Tadić opinion and judgement, the ICTY noted that a policy need not be formalized. Thus, it is likely that, for example, proof of radio broadcasts advocating mass murder would be adequate proof of a ‚policy‘. In addition, the Tadić opinion and judgement suggests that the existence of a policy can in some circumstances reasonably be deduced from the manner in which the acts take place.“ (Fn. weggelassen). Die Begründung *Robinsons* kann indes nicht überzeugen. Das zitierte Urteil des ICTR spricht für die Notwendigkeit eines qualifizierenden „policy“-Elements, da es dort als Definitionsbestandteil der „Systematik“ auftaucht („on the basis of“). Die Tatsache, dass die Politik nicht formalisiert zu sein braucht (wie es im Tadić-Urteil heißt), bedeutet keinesfalls, dass sie gar nicht erforderlich ist. Und die beiden folgenden Argumente betreffen nicht die Frage, ob das Merkmal materiell vorliegen muss und die „Systematik“ des Angriffs näher umschreibt, sondern ausschließlich Beweisfragen: Dass Radionachrichten, die zum Massenmord aufrufen, als Beweis für eine entsprechende Politik ausreichen können (was im Übrigen zweifelhaft ist), hat argumentativ mit dem Erfordernis des „policy“-Elements gar nichts zu tun (oder spräche dann sogar für eine solches Erfordernis, denn ohne ein solches stellte sich die Beweisfrage schon nicht). Dass das Vorliegen einer Politik geschlossen werden kann aus der Art, wie die Verbrechen begangen werden, ist ebenfalls kein Argument dafür, die Bedeutung des „policy“-Elements zu schmälern.

<sup>111</sup> Vgl. zum Zustandekommen dieser alternativen Verknüpfung von „ausgedehnt“ und „systematisch“ im Romstatut *Robinson* (Fn. 10), S. 47; *Werle* (Fn. 44), Rn. 765 (m.w.N. zur Verhandlungsgeschichte des Romstatuts). Siehe auch *Werle/Burchards* (Fn. 10), § 7 VStGB Rn. 28.

<sup>112</sup> Die Auslegung in der Rechtsprechung des ICTY (dort bezogen auf das Merkmal „population“ in Art. 5 des ICTY-Statuts) hat die quantitative Bedeutung hervorgehoben: „[...] the acts are directed against a multiplicity of victims“ (ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T [Prosecutor v. Tadić], para. 648, den „commentary to the I.L.C. Draft Code“ zitierend). Im hier besprochenen Urteil des IStGH heißt es: „the large scale nature of the attack, which should be massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims“ (ICC [Pre-Trial Chamber II], Entscheidung v. 31.3.2010 – ICC-01/09, para. 95). Vgl. ferner *Kuschnik* (Fn. 9), S. 231 f. m.w.N.

<sup>113</sup> Vgl. *Robinson* (Fn. 10), S. 47.

<sup>114</sup> A.A. der ICTY z.B. in: ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić), paras. 645 ff.; seine Ansicht bestätigend, in: ICTY, Ur. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreskić et al.), paras. 543 ff.

lungen einzuschlagen hat. Ist dieser geistige Hintergrund gerade durch die oben herausgearbeitete besondere Ausrichtung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – der Rechtlosigkeit der gesamten Zielgruppe – gekennzeichnet, so begründet er den Unrechtskern der Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

#### VI. Zusammenfassung

Die Unterscheidung zwischen nationalem und völkerrechtlichem Kriminalunrecht ist eine kategoriale, von der die materielle Legitimation der internationalen Strafgerichtsbarkeit abhängt. Das differenzierende Kriterium kann deshalb nicht allein auf quantitative Aspekte (beispielsweise die Zahl der Opfer, die Größe des betroffenen Gebietes) abstellen, sondern muss eine qualitative Unterscheidung ermöglichen. Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich der notwendige Bezug zur Völkergemeinschaft darin zeigen, dass mit Begehung der Straftat gleichzeitig fundamentale Bedingungen des Weltrechtsfriedens angegriffen werden.

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die Betroffenheit der Völkergemeinschaft an dem Merkmal eines „systematischen Angriffs auf eine Zivilbevölkerung“ festzumachen. In der Systematik muss sich eine prinzipielle, angemaßte Entrechtung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ausdrücken, die einem entsprechenden politischen Plan entspringt. Einem Bedeutungsverlust des sog. „policy“-Elements durch die jüngere Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte ist deswegen entgegenzutreten. Die Notwendigkeit einer relativ restriktiven Auslegung des Gesamtatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erwächst daraus, dass es nicht nur praktische Fragen der Kapazität des IStGH sind, die eine Zurückhaltung bei Eröffnung seiner sachlichen Zuständigkeit in Fällen von Massenverbrechen sinnvoll machen. Stärker ist das Argument, dass der IStGH materiell nur legitimiert ist, Strafe auszusprechen, wenn das zugrunde liegende Unrecht tatsächlich die Dimension eines Weltrechtsfriedensbruchs erreicht. Dies wird bei innerstaatlichen Ausschreitungen und Gewaltausbrüchen nur dann der Fall sein, wenn eine grundsätzliche, ganze Bevölkerungsgruppen entrechtende Politik hinter den Taten steht.

Im Fall der Republik Kenia scheint dies – nach dem in der Entscheidung des IStGH vom 13.3.2010 und in der abweichenden Meinung *Kauls* dargestellten Sachverhalt – nicht der Fall gewesen zu sein. Das Bild, das sich bei Betrachtung der einzelnen Gewaltwellen, der verschiedenen beteiligten Gruppierungen und Parteien, der zeitlichen Abfolge der Geschehnisse und der diffusen Beschreibung der Opfergruppen ergibt, ist nicht eines, das auf eine prinzipielle Entrechtung bestimmter Volksgruppen durch eine systematische Verfolgung hindeutet.