

Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga)*

Eine kritische Analyse der Rechtsfragen

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen

Am 14.3.2012 erließ die Verfahrenskammer I des Internationalen Strafgerichtshofs das lange erwartete erste Urteil des Gerichtshofs, das 624 Seiten umfasst; am 10.7. wurde Lubanga zu 14 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der folgende Aufsatz analysiert die aufgeworfenen Rechtsfragen anhand von fünf Problemkreisen: Begriffsbestimmung und Beteiligung von Opfern (sub I.); Beweisfragen, insbesondere Beweispräsentation und -würdigung (II.); die Art des bewaffneten Konflikts (III.); das Kriegsverbrechen der Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten (Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut; IV.); die Beteiligungsform der Mittäterschaft in objektiver und subjektiver Hinsicht und das zugrundeliegende Beteiligungsmodell von Art. 25 IStGH-Statut (V.). Um die Argumentationsweise der Kammer besser nachvollziehen zu können, orientiert sich der Beitrag an der Urteilsstruktur; Umfang bzw. Tiefgang der Analyse richten sich nach der Bedeutung der betreffenden Rechtsfrage für zukünftige Verfahren vor dem IStGH und der Überzeugungskraft des von der Kammer gewählten Lösungsansatzes. Der Aufsatz schließt mit allgemeinen Anmerkungen zur Urteils- und Argumentationsstruktur sowie zur Arbeitsmethode der Kammer.

I. Opfer: Begriffsbestimmung, Beteiligung und Opferzeugen

Erstmals in der Geschichte der internationalen Strafgerichtsbarkeit gewährt das IStGH-Statut den Opfern umfassende Beteiligungsrechte (Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut¹) und erkennt sie damit als eigenständige Rechtssubjekte an, die über die passive Zeugenrolle hinaus aktiv Einfluss auf das Verfahren nehmen können. Dies ist jedoch keineswegs unumstritten.

* Die zügige Fertigstellung dieses Beitrags wäre ohne die Vorarbeiten durch meine Habilitandin Dr. Stefanie Bock (Teil I) und Wiss. Mit. Alexander Heinze (Teil II) nicht möglich gewesen. Mein Dank gilt zudem meiner Mitarbeiterin RA Sabine Klein (Unterstützung bei der Bearbeitung des Teils IV) sowie stud. iur. Stephanie Kern, Tanja Anina Timmermann und Franziska Wolf für ihre sorgfältige Recherche und die technische Bearbeitung des Beitrags.

Der Aufsatz beruht auf der englischen Originalfassung, ICLR 12 (2012), 115-153. Für eine Vorübersetzung ins Deutsche danke ich Alexander Heinze.

¹ A/CONF.183/9, abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm> (zugegriffen am 25.6.2012). Deutsche Übersetzungen des Statuts finden sich auf:

<http://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html> sowie http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0_312_1.html (zuletzt zugegriffen am 25.6.2012). Wörtliche deutsche Zitate, die auf englischsprachige Quellen verweisen, sind Übersetzungen des Autors.

Die potentielle Beteiligung tausender Opfer erhöht die Komplexität der Verfahren, führt zu Verzögerungen und wirkt damit letztlich kostensteigernd. Vor diesem Hintergrund drängt sich die grundsätzliche Frage auf, ob Strafverfahren vor internationalen Gerichten überhaupt einen angemessenen Rahmen zur Befriedigung von Opferinteressen bieten können.² Dies gilt umso mehr, als die Opferbeteiligung im Strafverfahren immer auch in einem Spannungsverhältnis zu dem Recht des Angeklagten auf ein zügiges und faires Verfahren steht.³ Das IStGH-Statut trägt dem Rechnung und verlangt, dass die Opferbeteiligung „die Rechte des Angeklagten sowie die Fairness und Unparteilichkeit des Verfahrens nicht beeinträchtigt“ (Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut). Die Ausgestaltung der konkreten Beteiligungsmodalitäten setzt damit stets eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Rechten des Angeklagten und den Interessen der Opfer voraus.⁴

1. Der Opferbegriff

Bevor auf Detailfragen der Opferbeteiligung eingegangen werden kann, ist zunächst die Vorfrage zu klären, welcher Opferbegriff dem IStGH-Statut zugrunde liegt. Mit Verweis auf die van Boven/Bassiouni-Grundsätze⁵ definiert die Kammer „Opfer“ als jedermann, der persönlich geschädigt wurde („experienced personal harm“), wobei die Verletzung individuell oder im Kollektiv mit anderen, direkt oder indirekt erfolgen kann. Die Art der erlittenen Schädigung spielt allenfalls eine untergeordnete Rolle. Körperliche, physische, psychische und emotionale Schäden werden von der Kammer gleichgestellt.⁶ Nach diesem weiten Begriffsverständnis sind nicht nur die rekrutierten Kindersoldaten selbst,⁷ sondern

² Die Frage wurde zu Recht von IStGH-Richterin van den Wyngaerts auf der Abschlusskonferenz des „International Criminal Procedure Expert Framework“, Den Haag, 27.-28. 10.2011, gestellt; siehe auch van den Wyngaert, Case Western Reserve J. of Int.L. 44 (2011), 1 (13 ff.); Safferling, ICLR 11 (2011), 183 (215).

³ Siehe nur Safferling, ICLR 11 (2011), 183 (213); ders., International Criminal Procedure, 2012, S. 529.

⁴ Vgl. Bock, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 464 f.

⁵ Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, erlassen und verkündet durch die Resolution 60/147 v. 16.12.2005.

⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 14 lit. ii.

⁷ Die bloße Tatsache, dass Kindersoldaten möglicherweise selbst Kriegsverbrechen begangen haben könnten, ist nicht ausreichend, um ihnen den Opferstatus zu verweigern, vgl. Bock (Fn. 4), S. 447 f.

auch ihre Eltern und Angehörigen,⁸ nicht jedoch die durch die Taten der Kindersoldaten Geschädigten⁹ als Opfer anzusehen. Diese großzügige Einbeziehung *mittelbar* Geschädigter führt zwar zu einer signifikanten Erhöhung der Anzahl an Opfern und damit an potentiellen Verfahrensbeteiligten, ist aber unter Berücksichtigung der teils massiven Auswirkungen internationaler Verbrechen auf Drittbetroffene¹⁰ grundsätzlich angemessen. Aus Gründen der Prozessökonomie und der Verfahrensfairness scheint es allerdings unumgänglich, den Kreis der beteiligungsberechtigten mittelbaren Opfer – beispielsweise auf nahe Angehörige des direkt Geschädigten – zu begrenzen.¹¹ Die Kammer hat es allerdings versäumt, eine sinnvolle Gesamtstrategie zur prozessualen Beteiligung mittelbar Geschädigter zu entwickeln.

Nach IStGH-Regel 85¹² – einer Norm, die ausdrücklich vor jeder Art von Soft Law, wie die genannten *van Boven/Bassiouni*-Grundsätze, angewandt werden muss (Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut) – müssen Personen, die sich als Opfer am Verfahren beteiligen wollen, einen Schaden durch ein in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fallendes Verbrechen erlitten haben, scil., zwischen den mutmaßlichen Verbrechen und dem erlittenen Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Da die Anklagebehörde sich auf das Phänomen der Rekrutierung von Kindersoldaten konzentrierte, wurde es insbesondere Opfern von – nicht angeklagten – Sexualdelikten¹³ versagt, am Verfahren teilzunehmen.¹⁴ Hieran zeigt sich exemplarisch der umfassende Ermessensspielraum der Anklagebehörde und die sich daraus ergebenden, nicht immer beabsichtigten Konsequenzen.¹⁵

Entscheidet die Kammer über die beantragte Zulassung zum Verfahren,¹⁶ muss die Opfereigenschaft i.S.v. IStGH-Regel 85 prima facie nachgewiesen werden.¹⁷ Dieser vergleichsweise niedrige Beweisgrad – die für die Verurteilung notwendige Überzeugung der Kammer jenseits jeglichen vernünftigen Zweifels wird gerade nicht verlangt – ist der Tatsache geschuldet, dass in diesem Verfahrensstadium dem Angeklagten die ihm zur Last gelegten Verbrechen noch nicht nachgewiesen werden konnten.¹⁸ Kommt die Kammer aber im Rahmen der Hauptverhandlung zu dem Schluss, dass ihre prima facie Beurteilung falsch war, kann sie den Betroffenen die Verfahrenszulassung entziehen.¹⁹ Grundsätzlich erweist sich diese Vorgehen als angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse der Geschädigten, ihre Beteiligungsrechte nicht durch unüberwindbare Zulassungsvoraussetzungen desavouiert zu sehen und dem Recht des Angeklagten, nicht mit „falschen Opfern“ konfrontiert zu werden. Die Umsetzung dieses Ansatzes durch die Kammer sieht sich hingegen Bedenken ausgesetzt. So betont Richterin Odio Benito in ihrem abweichenden Votum, dass die Widersprüchlichkeiten in den Aussagen der betreffenden Opferzeugen,²⁰ die letztlich zu ihrem mehrheitlichen Ausschluss vom Verfahren führten, nicht notwendigerweise ihre Viktimisierung ausschließen. Nach ihrer Vernehmung war es lediglich zweifelhaft, ob diese Personen tatsächlich Opfer der *angeklagten* Straftaten waren.²¹ In solchen Fällen sollte die Kammer jedoch von einer Aberkennung des Opferstatus absehen, weil damit möglicherweise zu Unrecht die erlittene Viktimisierung geleugnet wird und die Opfer unnötigen Belastungen oder einer sekundären Traumatisierung ausgesetzt werden. Zur Wahrung der Rechte der Verteidigung erscheint es völlig ausreichend, aus den betreffenden Aussagen keine Rückschlüsse auf die Schuld des Angeklagten zu ziehen, d.h. diese insoweit bei der Beweiswürdigung nicht zu berücksichtigen.²²

⁸ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 17.

⁹ ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 8.4.2009 – ICC-01/04-01/06-1813 (Redacted version of „Decision on ‚indirect victims‘“), para. 52.

¹⁰ Näher *Bock* (Fn. 4), S. 158-164 m.w.N.

¹¹ Vgl. z.B. den Ansatz von *Bock* (Fn. 4), S. 446 f., die eine Berücksichtigung der Nähebeziehung zwischen dem Antragsteller und dem direkten Opfer sowie des Ausmaßes der vom mittelbaren Opfer erlittenen psychischen und emotionalen Schäden befürwortet.

¹² Verfahrens- und Beweisregeln des IStGH, ICC-ASP/1/3 (Part. II-A), abrufbar auf:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rules+of+Procedure+and+Evidence.htm> (zugegriffen am 21.3.2012); im Folgenden: „Verfahrensregeln“ bzw. „IStGH-Regel(n)“.

¹³ ICC (Office of the Prosecutor), Information v. 28.6.2006 – ICC-01/04-01/06-170 (Prosecutor’s Information on Further Investigations), para. 7. Zum Versäumnis auch wegen Sexualstraftaten anzuklagen s.u. Fn. 156.

¹⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 16.

¹⁵ Krit. *Ambos/Bock*, in: Reydamas u.a. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 2012, S. 488 (S. 538).

¹⁶ Näher zum komplexen Prozess der Antragsstellung *Bock* (Fn. 4), S. 466-495; *McGonigle Leyh*, *Procedural Justice? – Victim Participation in International Criminal Proceedings*, 2011, S. 240-257.

¹⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 15.

¹⁸ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 17.1.2006 – ICC-01/04-101 (Decision on the Application for Participation in the Proceedings of [...]), paras. 97 f.; näher zum Beweisgrad und zur Beweislast in dieser Hinsicht *Bock* (Fn. 4), S. 444-446.

¹⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 484, 502.

²⁰ Dieser Doppelstatuts (das Opfer als Beteiligter und zugleich als Zeuge) war stets umstritten, zur Diskussion *Bock* (Fn. 4), S. 551 f.; *McGonigle Leyh* (Fn. 16), S. 312-314.

²¹ *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, attached to the Judgment, paras. 22-35.

²² *Odio Benito Sondervotum* (Fn. 21), para. 23.

2. Beteiligungsmodalitäten

Das Fehlen einer abschließenden Aufzählung der Opferrechte sowohl im Statut als auch in anderen Rechtsquellen hat zur Folge, dass Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut den Kammern einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich Art, Umfang und Zeitpunkt der Opferbeteiligung einräumt.²³ Im Folgenden soll auf entsprechende Ausführungen der Kammer näher eingegangen werden.

a) Rechtsbeistand

Nach IStGH-Regel 90 Abs. 1 haben die Opfer das Recht auf einen Rechtsbeistand. Die Kammer teilte die 129 beteiligten Opfer in zwei Gruppen ein, die jeweils durch einen gemeinsamen Rechtsbeistand vertreten wurden.²⁴ Auch wenn diese Herangehensweise mit Blick auf die zügige und faire Durchführung des Verfahrens sinnvoll ist, darf nicht übersehen werden, dass Opfer keine homogene Gruppe sind. Soweit möglich muss daher bei der Zusammensetzung der Opfergruppen auf ggf. divergierende Einzelinteressen Rücksicht genommen werden.²⁵ Die Kammer hat zudem das Opferbüro des Gerichtshofs (Office of Public Counsel for Victims, „OPCV“)²⁶ mit der Vertretung von vier weiteren Opfern beauftragt.²⁷ Obwohl diese Möglichkeit ausdrücklich in Regulation 80 Abs. 2 der IStGH-Geschäftsordnung vorgesehen ist, ist ihre Anwendung in diesem Fall fragwürdig. Die Hauptaufgabe des OPCV liegt darin, die Opfer selbst sowie deren Rechtsbeistände zu unterstützen (Regulation 81). Die direkte Teilnahme eines OPCV-Mitarbeiters am Verfahren als Opfervertreter verringert angesichts der beschränkten Ressourcen des OPCV dessen Fähigkeit, seine allgemeine Unterstützungsfunktion angemessen wahrzunehmen.²⁸

b) Recht auf Einsicht in das Verfahrensprotokoll

Wie in IStGH-Regel 131 Abs. 2 vorgesehen, billigt die Kammer den Opfern ein Recht auf Einsicht in das Verfahrensprotokoll zu, beschränkt dieses Recht aber grundsätzlich auf öffentliches Material.²⁹ Diese Beschränkung erscheint nachvollziehbar, insbesondere wenn man bedenkt, dass die Er-

mittlungen oder die Sicherheit von Zeugen durch die Preisgabe schutzwürdiger Informationen gefährdet werden könnten. Man darf jedoch nicht übersehen, dass die Opfer in Folge ihrer Viktimisierung ein im Vergleich zur Öffentlichkeit gesteigertes Interesse an der Strafverfolgung sowie das legitime Bedürfnis haben, über das Verfahren informiert zu werden.³⁰ Diese Unterscheidung zwischen der Öffentlichkeit und den Opfern wird von der Kammer selbst anerkannt, indem sie die Opfer berechtigt „diejenigen vertraulichen Informationen zu erhalten, die sie (wie von den Prozessparteien angegeben) betreffen, soweit dies in Einklang mit aktuellen Schutzmaßnahmen steht.“³¹ Problematisch ist hierbei wiederum, dass damit die Entscheidung, welche Informationen den Opfern zugänglich gemacht werden, in der Hand der Prozessparteien liegt und es sehr fraglich ist, ob diese stets willens oder in der Lage sind, die Opferinteressen richtig einzuschätzen. Alternativ böte es sich an, den Opfern grundsätzlich Einsicht in vertrauliche Materialien zu gewähren (Ex Parte-Material ist davon ausgenommen)³² oder ihnen das komplette, unbearbeitete Verfahrensprotokoll zugänglich zu machen, damit sie selbst feststellen können, welche Dokumente für sie von Bedeutung sind.³³

c) Beibringung von Beweisen

Die Kammer gestattet es den Opfern außerdem, zusätzliche Beweise zu beantragen oder selbst Beweise beizubringen.³⁴ Damit erkennt sie implizit das eigenständige Recht der Opfer an, die Wahrheit über ihre Viktimisierung zu erfahren.³⁵ Dabei ist sich die Kammer ihrer Verantwortung bewusst, die Wahrung der Rechte des Beschuldigten trotz aktiver Beteiligung der Opfer an der Beweiserhebung sicherzustellen. In soweit überrascht es allerdings, dass nach Ansicht der Kam-

³⁰ Bock (Fn. 4), S. 525.

³¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para 14 lit. vi: „those confidential filings which concern them (as identified by the parties), insofar as this does not breach any protective measures that are in place.“

³² ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 13.5.2008 – ICC-01/04-01/07-474 (Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case), paras. 105-112; vgl. auch Bock (Fn. 4), S. 525-527, 536 f.

³³ Bock (Fn. 4), S. 512 f.

³⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 14 lit. vii.

³⁵ Zum Kriterium des persönlichen Interesses ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 13.5.2008 – ICC-01/04-01/07-474 (Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case), paras. 30-44; Bock (Fn. 4), S. 448-452; Vasiliev, in: Stahn/Sluiter (Fn. 26), S. 635. Zum restriktiveren Ansatz der Anklagebehörde vgl. ICC (Office of the Prosecutor), Dok. v. 10.3.2008 – ICC-01/04-01/06-1219 (Prosecution's Document in Support of Appeal against Trial Chamber I's 18 January 2008 Decision on Victims' Participation), paras. 20 f.

²³ ICC (Trial Chamber II), Entsch. v. 22.1.2010 – ICC-01/04-01/07-2288 (Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial), para. 46; siehe auch Bock (Fn. 4), S. 442 m.w.N.

²⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 14 lit. ix, 20; vgl. auch die Rspr.-Analyse in McGonigle Leyh (Fn. 16), S. 326-329.

²⁵ Bock (Fn. 4), S. 497 f.

²⁶ Näher zur Rolle des OPCV Massidda/Pellet, in: Stahn/Sluiter (Hrsg.), The Emerging Practice of the International Criminal Court, 2009, S. 691; Bock (Fn. 4), S. 501-504.

²⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 20.

²⁸ Bock (Fn. 4), S. 502 f.

²⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para 14 lit. vi.

mer *die Opfer* ihren „Offenlegungspflichten nachkommen müssen.“³⁶ Weder das Statut noch die Verfahrensregeln sehen derartige Offenlegungspflichten seitens der Opfer vor. Offenlegung („Disclosure“) findet vielmehr – ggf. unter Einbeziehung der Kammer – zwischen den Parteien, also zwischen Anklage und Verteidigung, statt (dazu näher unten II. 2.). Daher liegt es nicht in der Verantwortung der Opfer, sondern der Kammer, einzelfallabhängig alle Maßnahmen zu treffen, die zur Gewährleistung der Rechte des Angeklagten notwendig sind.³⁷ Das betrifft insbesondere sein Recht, rechtzeitig alle relevanten Beweise zu erhalten, damit eine hinreichende Vorbereitung auf die Verhandlung möglich ist (Art. 64 Abs. 3 lit. c. IStGH-Statut).³⁸

d) *Gesonderte schriftliche Anträge*

Will das allgemein zum Verfahren zugelassene Opfer eine konkrete Verfahrenshandlung vornehmen, verlangt die Kammer hierfür einen „gesonderten schriftlichen Antrag“ („discrete written application“), in dem das Opfer „Art und Einzelheiten der gewünschten Intervention“ genau bezeichnen soll.³⁹ Es wird also nun von dem Opfer neben dem generellen schriftlichen Antrag auf Beteiligung (IStGH-Regel 89) ein zusätzlicher Antrag verlangt, der sich auf die konkrete Verfahrenshandlung beziehen soll. Dieser zweite Antrag ist überflüssig und bedeutet eine ungebührliche zusätzliche Belastung der Opfer.⁴⁰ Zudem wird dieses doppelte Antragsersfordernis der Dynamik des Verfahrens, die ggf. eine sofortige Intervention der Opfer notwendig macht, nicht gerecht. Darüber hinaus erhöht es völlig unnötig die Länge des Verfahrens. Das gilt umso mehr, als sowohl der Ankläger als auch die Verteidigung berechtigt sind, auf den Antrag zu erwidern (vgl. Regulation 24 Abs. 1 der IStGH-Geschäftsordnung). Es wäre daher im Sinne aller Prozessbeteiligten, wenn die Kammer über Unstimmigkeiten bezüglich Art und Angemessenheit der Opferbeteiligung sofort, ggf. im Anschluss an eine kurze mündliche Anhörung, entscheiden würde.⁴¹

³⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 14 lit. vii): „[...] with their disclosure obligations [...].“

³⁷ ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 11.7.2008 – ICC-01/04-01/06-1432 (Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victim’s Participation of 18 January 2008), para. 100.

³⁸ ICC (Trial Chamber II), Entsch. v. 22.1.2010 – ICC-01/04-01/07-2288 (Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial), para. 107; vgl. auch *Bock* (Fn. 4), S. 540 f. m.w.N.

³⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 14 lit. v): „set out [...] the nature and the detail of the proposed intervention.“

⁴⁰ ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 18.1.2008 – ICC-01/04-01/06-1119 (Decision on Victims’ Participation, Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann), para. 22.

⁴¹ *Bock* (Fn. 4), S. 542 f., 533 f.

3. *Recht auf Anonymität*

Die meisten Opfer fürchten Vergeltungsmaßnahmen, wenn ihre Zusammenarbeit mit dem IStGH bekannt werden sollte. Daher wünschen sie häufig die Verheimlichung ihrer Identität. So wollten im Lubanga-Verfahren 106 der 129 beteiligten Opfer anonym bleiben. Dieser Bitte kam die Kammer zwar nach, gleichzeitig hat sie jedoch die Beteiligungsrechte dieser Opfer beschränkt.⁴² Diese Vorgehen der Kammer war notwendig und richtig. Auf der einen Seite konterkarierte es die ratio von Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut, würde man die Opfer vor die Wahl zwischen ihrer eigenen Sicherheit und ihrem Recht auf Beteiligung stellen. Auf der anderen Seite hat die Verteidigung ein Recht darauf, nicht mit anonymen Anklägern konfrontiert zu werden. Insbesondere wenn sie belastendes Beweismaterial ins Verfahren einbringen wollen, muss zumindest die Verteidigung die Identität der Opfer kennen.⁴³ Die Entscheidung der Kammer stellt damit einen guten Kompromiss dar, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Rechten der Verteidigung und den Interessen der Opfer herzustellen.

II. *Beweispräsentation, -offenlegung und -würdigung*

Von den zahlreichen komplexen prozessualen Fragen des gesamten Lubanga-Verfahrens, die in der Literatur umfassend diskutiert wurden,⁴⁴ sollen hier nur zwei herausgegriffen werden, weil sie auch zum Gegenstand des Urteils wurden: die Rolle einer Verfahrenskammer (Trial Chamber), insbesondere mit Blick auf die Beweiserhebung, sowie das Problem der Offenlegung (disclosure) und Vertraulichkeit von Beweisen.

1. *Die Rolle einer Verfahrenskammer*

Das Urteil demonstriert eindrucksvoll, wie unterschiedlich die Rolle einer Verfahrenskammer verstanden werden kann. Einerseits stellt die Kammer fest, dass die Prozessparteien selbst für die Identifizierung erheblicher Beweise verantwortlich sind.⁴⁵ Andererseits behält sie sich ein Interventionsrecht

⁴² ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 14 lit. xi), 18.

⁴³ Näher *Bock* (Fn. 4), S. 523 f., 536 m.w.N.

⁴⁴ Siehe z.B. *Ambos*, NCLR 12 (2009), 543; *Gallmetzer*, in: *Stahn/Sluiter* (Fn. 26), 501; *Whiting*, UCLA J. Int’l L. Foreign Aff. 14 (2009), 207; *Ciampi*, Law & Prac. Int’l Cts. & Tribunals 5 (2006), 325; *Anoushirvani*, Pace Int’l L. Rev. 22 (2010), 213; *Katzman*, NorthwJIHR 8 (2009), 77; *Schabas/Stahn*, CLF 19 (2008), 431.

⁴⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 95; siehe auch para. 96 (unter Berufung auf eine Entscheidung v. 12.4.2011: „For the documents that have been admitted into evidence without having been introduced during the examination of a witness (viz. the bar table documents) [...] the parties and participants are to identify the documents, or parts thereof, that are relied on, and to provide a sufficient explanation of relevance.“).

vor, das sie jederzeit nach eigenem Ermessen ausüben kann.⁴⁶ Diese Herangehensweise mag in den Rechtsquellen des IStGH (insbesondere dem Statut sowie den Verfahrens- und Beweisregeln) eine Stütze finden,⁴⁷ es darf jedoch bezweifelt werden, ob sie den praktischen Anforderungen an internationale Strafverfahren, die von einer immensen Komplexität und langen Verfahrensdauer geprägt sind, gerecht wird.⁴⁸ Der im angloamerikanischen Verfahrensrecht übliche *two case approach* – mit jeweils getrenntem Beweisvortrag der Anklage und der Verteidigung⁴⁹ – erweist sich oftmals als sehr zeitintensiv. Deshalb sollten die Richter an internationalen Tribunalen – trotz der grundsätzlich adversatorischen Struktur des Strafverfahrens – das Verfahren und insbesondere die Beweisaufnahme aktiv gestalten.⁵⁰ Das bedeutet nicht notwendigerweise, dass die lange Verfahrensdauer vor internationalen Tribunalen auf ein zu passives Verhalten der Richter zurückzuführen ist. Ein Blick auf das Lubanga-Verfahren beweist das Gegenteil. So hat etwa der französische Richter Claude Jorda immer sehr proaktiv agiert und seine Befugnisse auch während des Vorverfahrens – ganz im Stile eines französischen *juge d'instruction* – weit ausgelegt. Er hat etwa die Pflicht der Kammer zur Wahrheitsfindung hervorgehoben und den Zweck des Verfahrens zur Bestätigung der Anklage („confirmation hearing“)⁵¹ als „Ergänzung des adversatorischen Parteiverfahrens“ definiert.⁵² Mag dies auch bei Richtern mit common law-Hintergrund auf Unverständnis stoßen,⁵³ so sehen auch sie durchaus die Notwendigkeit einer

aktiveren Rolle. So verwies der englische Richter Adrian Fulford im Lubanga-Verfahren auf „das im Statut festgeschriebene Recht eine zusätzliche Beweiserhebung zu verlangen, solange dies der Wahrheitsfindung dient [...]“;⁵⁴ an anderer Stelle mahnte er jedoch die Kürze von Schriftsätzen aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung an.⁵⁵ Natürlich muss man wissen, dass englische Richter zu den aktiveren innerhalb der adversatorischen Systeme gehören und über mehr Befugnisse als etwa ihre U.S.-amerikanischen Kollegen verfügen.⁵⁶

Wie dem auch sei: verglichen mit dem eher passiven Richterverständnis des englischen Verfahrens⁵⁷ tendiert das IStGH-Verfahrensrecht eher zu einem aktiven Richter. Das Urteil scheint diese aktive Rolle aber nicht zu ernst zu nehmen; vielmehr sieht die Kammer sie eher – ganz im Sinne der oben wiedergegebenen Stellungnahme zur Beweiserhebung⁵⁸ – als Ausnahme an, auf die man sich nur im Notfall berufen können soll. Dass diese Frage – aktive Pflicht zur Wahrheitsfindung versus passives Interventionsrecht – nicht nur eine dogmatische Feinheit ist, sondern durchaus auch Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens haben kann, zeigt das Sondervotum von Richterin Odio Benito. Sie bemängelt, dass die Kammer bestimmtes (zusätzliches) Videomaterial unbeachtet gelassen hat, dass bewiesen hätte, dass „der Angeklagte in Aktivitäten involviert war, die auf [...] die Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte gerichtet waren [...]“⁵⁹. Dieses Material, so Odio Benito weiter, „beweist, dass es der Angeklagte als angemessen ansah, Kinder unter fünfzehn Jahren zu rekrutieren, wenn er öffentlich über die die UPC [Union des Patriotes Congolais] betreffenden Probleme, einschließlich

⁴⁶ Siehe Anhörung v. 1.4.2011, das im Urteil zitiert wurde, ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 95 („Now, it may be that the Bench will consider some of the evidence that you have not identified. That, of course, is a matter entirely for us if we choose to do so.“).

⁴⁷ Siehe z.B. Art. 64 Abs. 6 lit. b und d, Abs. 8 lit. b und Abs. 9 lit. a IStGH-Statut; IStGH-Regeln 140, 141.

⁴⁸ Siehe allgemein *Boas*, *The Milošević Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Proceedings*, 2007, S. 131 ff. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Kammer fast ein Jahr Vorbereitung bis zur Verfahrenseröffnung benötigte (vgl. ICC [Trial Chamber I], *Entsch. v. 9.11.2007 – ICC-01/04-01/06 [Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial]*, para. 29, wo der Beginn des Verfahrens auf den 31.3.2008 datiert wird).

⁴⁹ Vgl. *Ambos*, *ICLR* 3 (2003), 1 (4); *ders.*, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 32.

⁵⁰ *See Langer*, *AmJCompL* 53 (2005), 835 (840); *Ohlin*, *UCLA J. Int'l L. Foreign Aff.* 14 (2009), 77 (80); *Heinsch*, in: *Stahn/Sluiter* (Fn. 26), S. 479 (S. 487).

⁵¹ Vgl. *Safferling* (Fn. 3), S. 316 ff.; *Ambos* (Fn. 49), § 8 Rn. 28 f.

⁵² ICC (Pre-Trial Chamber I), *Anhörung v. 27.11.2006 – ICC-01/04-01/06-T-45-EN* (Transcript), S. 19 Z. 7-10 (nur am Rande sei bemerkt, dass Jorda seine Ausführungen regelmäßig und sicher auch bei dieser Anhörung in seiner Muttersprache Französisch machte).

⁵³ *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4. Aufl. 2011, S. 313.

⁵⁴ ICC (Trial Chamber I), *Entsch. v. 13.6.2008 (Corrigendum v. 20.1.2011) – ICC-01/04-01/06-1399-Corr* (Decision on the admissibility of four documents), para. 24 (zitiert auch im Urteil ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 107): „statutory authority to request any evidence that is necessary to determine the truth [...]“.

⁵⁵ Diese Aussage machte er auf der Konferenz „The ICC's Emerging Practice: The Court at Five Years“, Den Haag, 4.10.2007 (im Panel 4 zu „Fairness and expeditiousness of ICC proceedings“). Siehe auch *Heinsch* (Fn. 50), S. 479 (S. 481).

⁵⁶ *Van Kessel*, *Notre Dame L.Rev.* 67 (1992), 403; *Spencer*, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *European Criminal Procedure*, 2002, S. 1 (S. 26); *Doran*, in: *Doran/Jackson* (Hrsg.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, 2000, S. 3 (S. 6).

⁵⁷ Vgl. *Spencer* (Fn. 55), S. 1 (S. 25 f.); *Pakes*, *Comparative Criminal Justice*, 2. Aufl. 2010, S. 92; *Merryman/Pérez-Perdomo*, *The Civil Law Tradition*, 3. Aufl. 2007, S. 128; *Hodgson*, *French Criminal Justice*, 2005, S. 72.

⁵⁸ S.o. Fn. 45.

⁵⁹ Odio Benito Sondervotum (Fn. 21), para. 43 („the accused was involved, in activities that resulted [...] in the recruitment of children below the age of 15 [...]“).

der Rekrutierung, sprach.“⁶⁰ Auf den ersten Blick scheint – anders als die Ausführungen Odios vermuten lassen – dieses Videomaterial keine neuen Erkenntnisse zu bringen, denn die Kammer war ohnehin davon überzeugt, dass Lubanga „aktiv an Mobilisierungs- und Rekrutierungskampagnen beteiligt war, die Hema-Familien dazu bringen sollten, ihre Kinder der UPC/FPLC [Forces Patriotiques pour la Libération du Congo] zur Verfügung zu stellen.“⁶¹ Die Kammer stützt sich sogar auf Teile des von Odio Benito genannten Videomaterials.⁶² Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass der Einwand der Richterin durchaus seine Berechtigung hat: Die von der Kammer als erheblich erachteten Beweise zeigen lediglich, dass Lubanga Kinder unter 15 Jahren „verwendet“ („used“) hat und in irgendeiner Weise an ihrer Rekrutierung und Mobilisierung beteiligt war; sie zeigen jedoch nicht, dass er *selbst* Kinder rekrutiert und mobilisiert hat.⁶³ Odio Benitos Einwand ist also in zweierlei Hinsicht nachvollziehbar: Zum einen hätte die von ihr genannte Videosequenz eben diese von der Kammer als nicht erwiesen angesehene direkte Rekrutierungs- und Mobilisierung beweisen können;⁶⁴ zum anderen wäre dadurch der Sachverhalt weiter aufgeklärt und damit ein größerer Teil der „Wahrheit“ zu Tage getreten.

2. Beweisoffenlegung („disclosure“), Vertraulichkeit von Informationen und Zeugenschutz

Hinsichtlich der das gesamte Verfahren durchziehenden Problematik der Verletzung von Offenlegungspflichten ging die Kammer insbesondere näher auf die unvollständige Offenlegung („incomplete disclosure“) und die verspätete Offenlegung („late disclosure“) ein.⁶⁵ Die unvollständige Offenlegung resultiert insbesondere aus der in Art. 54 Abs. 3 lit. e

ISTGH-Statut⁶⁶ normierten Beschränkung der Offenlegungspflicht aufgrund von Vertraulichkeitszusagen,⁶⁷ die von der Anklagebehörde im Lubanga-Verfahren zu exzessiv genutzt wurde; insoweit kann auf eine frühere Untersuchung verwiesen werden.⁶⁸ Die verspätete Offenlegung spielte unter anderem im Rahmen der Offenlegung von für die Zeugenvernehmung relevanten Dokumenten nach Abschluss der Vernehmung eine Rolle.⁶⁹ Eine weitere (dritte) Form der Verletzung von Offenlegungspflichten, der nun im Urteil eine sehr große Bedeutung zukam, ist die (Nicht-)Offenlegung der Identität sogenannter Mittelspersonen („intermediaries“),⁷⁰ d.h. örtlicher Organisationen und/oder Privatpersonen, die den Kontakt mit potentiellen Zeugen herstellen und sonst bei der

⁶⁶ Die Vorschrift lautet in ihrer deutschen Übersetzung: „Der Ankläger kann [...] einwilligen, in keiner Phase des Verfahrens Dokumente oder Informationen offen zu legen, die er unter der Bedingung der Vertraulichkeit und ausschließlich zum Zweck der Erlangung neuer Beweismittel erhält, sofern nicht der Informant sein Einverständnis erklärt, [...].“

⁶⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 121.

⁶⁸ Ambos, NCLR 12 (2009), 543 (548 f.); s. auch *ders.* (Fn. 49), § 8 Rn. 31.

⁶⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 122.

⁷⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 178-477. Die Kammer gebraucht hier zu Recht den Begriff „non-disclosure“ anstelle von „incomplete disclosure“ (siehe ICC [Trial Chamber I], Entsch. v. 21.5.2010 – ICC-01/04-01/06-2434-AnxA-Red2 [Annex A Decision on intermediaries]). Die Pflicht zur Offenlegung der Identität von Informanten oder Zeugen stellt eine eigene Disclosure-Kategorie dar, von der die Pflicht zur Offenlegung entlastenden Beweismaterials zu trennen ist (siehe ISTGH-Regel 81 Abs. 4; vgl. *Khan/Dixon*, Archbold International Criminal Courts, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 338, 369, § 8 Rn. 240). Wird die Identität bestimmter Personen nicht offengelegt, fehlt es überhaupt an der Offenlegung. Legt die Anklagebehörde allerdings gewisse entlastende Beweise offen, andere aber nicht – wie es in casu unter Berufung auf Vertraulichkeitsgesichtspunkte und Absprachen mit Informanten geschehen ist –, so liegt hier (nur) eine „incomplete disclosure“ vor (insbesondere bzgl. der Offenlegungspflicht entlastender Beweise siehe auch *Epp*, Building on the Decade of Disclosure in Criminal Procedure, 2001, S. 78). Im Übrigen ist es ziemlich bemerkenswert, dass das Problem der intermediaries (d.h. nicht nur die Geheimhaltung ihrer Identität, sondern auch die generelle Problematik ihrer Rolle im Rahmen der Ermittlungen der Anklagebehörde) im Urteil beinahe 300 (!) Absätze einnimmt, während die Nichtoffenlegung von Dokumenten unter Berufung auf Art. 54 Abs. 3 lit. e ISTGH-Statut, die immerhin zur ersten Aussetzung des Verfahrens führte (Fn. 44), in gerade einmal zwei Absätzen (einschließlich der Verfahrensgeschichte) abgehandelt wird.

⁶⁰ Odio Benito Sondervotum (Fn. 21), para. 41 („demonstrates that the accused considered it appropriate to include children under the age of 15 when he spoke publicly about issues concerning the UPC, including recruitment.“).

⁶¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1354 („active in mobilisation and recruitment campaigns aimed at persuading Hema families to send their children to join the UPC/FPLC.“).

⁶² Siehe ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 713, 1255, 1256.

⁶³ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1234 („[T]he Chamber is persuaded Thomas Lubanga was actively involved in the exercise of finding recruits. The Chamber cannot determine, however, whether he was directly and personally involved in recruitment relating to individual children below the age of 15.“).

⁶⁴ Leider geht Odio Benito nicht näher darauf ein, wie sich das zusätzliche Videomaterial im Ergebnis ausgewirkt hätte.

⁶⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 121.

Beweisgewinnung behilflich sein können.⁷¹ Das Urteil bietet eine gute Gelegenheit, sich zwei Problemen der Offenlegung zu widmen, die aufgrund ihrer generellen Natur oftmals hinter die konkreten Fragen der Offenlegung zurücktreten: Zum einen die Nicht-Offenlegung aus Gründen der Vertraulichkeit und/oder des Zeugen- bzw. Opferschutzes; zum anderen das Fehlen einer wirksamen Sanktion für Offenlegungsverstöße.

a) *Vertraulichkeit und Zeugenschutz*

Hinsichtlich der Vertraulichkeit von Informationen sah sich die Kammer mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, die Rechte des Angeklagten mit denen der Zeugen und Opfer in Einklang zu bringen. Dabei ging es u.a. um Fragen der Anonymität von Opfern,⁷² der Unverwertbarkeit von Zeugenaussagen aufgrund der fehlenden vorherigen Belehrung über die Absicht der Verwertung⁷³ sowie Fragen des Zeugenschutzes.⁷⁴ Die Frage der Vertraulichkeit wurde insbesondere relevant, wenn ein Sicherheitsrisiko für die Zeugen bestand oder Informanten eine im Rahmen von Art. 54 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut durch die Anklagebehörde gegebene Vertraulichkeitszusage geltend machten.⁷⁵ Die Kammer stellte insoweit klar, dass trotz des Versuchs „vertrauliche Informationen in größtmöglichem Umfang in das Urteil aufzunehmen, bei gleichzeitiger Vermeidung der Schaffung von Sicherheitsrisiken, [...] in manchen Fällen lediglich die Einlassungen der Prozessparteien statt die relevanten Protokollauszüge zitiert werden konnten.“⁷⁶ Redigierte (geschwärzte) Textfassungen wurden „von der Kammer überprüft und während des Verfahrens zu einem gewissen Grad wieder kenntlich gemacht“ bis zu dem Punkt, an dem „unter den gegebenen Umständen“ eine weitergehende Offenlegung nicht verantwortbar war.⁷⁷ Dieser

Ansatz der Kammer steht im Einklang mit der Rechtsprechung des IStGH, nach der Zeugenschutzmaßnahmen erforderlich und verhältnismäßig sein müssen und das Recht des Angeklagten auf ein faires und unabhängiges Verfahren nicht beeinträchtigen dürfen.⁷⁸

Angesichts der prominenten Rolle der Opfer im Verfahren vor dem IStGH und der dringenden Schutzwürdigkeit von Zeugenaussagen besteht jedoch die Gefahr, dass die Kammer im Zweifel dem Zeugen- und Opferschutz Vorrang vor den Rechten des Angeklagten einräumt. Dabei besteht die Gefahr, dass ein generell (abstrakt) existierendes Risiko für Zeugen und Opfer zu vorschnell zur Beschränkung der Offenlegungspflicht angesehen und damit auf den Nachweis eines konkret bestehenden Risikos verzichtet wird. Zwar geht es zu weit, die von einem Angeklagten für Zeugen und Opfer drohende Gefahr als, in den Worten eines New Yorker Gerichts, „einseitig, auf unbewiesener Folklore beruhend“⁷⁹ zu bezeichnen, gibt es doch durchaus Fälle, in denen die volle Offenlegung sämtlicher Beweise und Dokumente zur Einschüchterung oder gar Tötung von Zeugen geführt hat.⁸⁰ Doch können diese realen Gefahren nicht ohne Weiteres auf das IStGH-Verfahren übertragen werden, denn in einem adversatorischen Verfahrensmodell wie dem der USA kann die Zeugenvernehmung nicht durch die Einführung von Vernehmungsprotokollen ersetzt werden, es sei denn, die ursprüngliche Vernehmung wurde zuvor in einem gerichtlichen Verfahren mit der Möglichkeit eines Kreuzverhörs durchgeführt.⁸¹ Können (richterliche) Vernehmungsprotokolle aber in die Hauptverhandlung, insbesondere durch Verlesung, eingeführt und somit zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden,⁸² so ist der Anreiz zu einer Einschüchterung von Zeugen wesentlich geringer. Der Umgang mit einer sog. vorher protokollierten Zeugenaussage („prior recorded testimony“) im IStGH-System ist zwischen diesen beiden Extremen einzuordnen: die Kammer kann Vernehmungsprotokolle durchaus als Beweis zulassen, solange den Prozessparteien zuvor die Möglichkeit der Zeugenbefragung – nicht notwendigerweise vor einem Richter – gegeben wurde. Sie kann dann die vorliegenden Beweise in ihrer Gesamtheit frei würdigen, wobei etwa auch die Bestätigung („corroboration“) des relevanten

⁷¹ Näher zur Rolle der intermediaries (v.a. im Rahmen der Offenlegungspflichten) *Ambos* (Fn. 49), § 8 Rn. 27 Fn. 123, Rn. 31 Fn. 168.

⁷² Siehe schon oben I. 3.

⁷³ Siehe *Ambos*, in: Klip/Sluiter, Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, Bd. 23, The International Criminal Court 2005-2007, 2010, S. 736 (auch in: Kotsalis/Courakis/Mylonopoulos [Hrsg.], Essays in honour of Argýrios Karras, 2010, S. 979; ich zitiere hier die in Klip/Sluiter veröffentlichte Fassung).

⁷⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 115.

⁷⁵ Siehe allgemein *Caianiello*, ICLR 10 (2010), 23 (31 ff.).

⁷⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 116 („[c]onfidential information has been included to the greatest extent possible in this Judgment, whilst avoiding creating any security risks, and in some instances it has been necessary to cite the parties' submissions rather than the relevant transcript references.“).

⁷⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 117 („These redactions were reviewed by the Chamber and some were lifted during the course of the trial. The

Chamber is satisfied that no further disclosure is possible under the present circumstances.“).

⁷⁸ Vgl. *Kuschnik*, ICLR 9 (2009), 157 (164).

⁷⁹ Siehe *United States v. Irving Projansky u.a.*, United States District Court S. D. New York, 44 F.R.D. 550, 556 (22.5.1968): „built one-sidedly of untested folklore“.

⁸⁰ Siehe *Kocieniewski*, New York Times v. 21.12.2007 (Kocieniewski berichtet über den Mord an einem wichtigen Zeugen in Rahmen eines Verfahrens wegen Drogenkriminalität), abrufbar auf:

<http://www.nytimes.com/2007/12/21/nyregion/21witness.html?pagewanted=all> (zugegriffen am 21. März 2012).

⁸¹ *Ingram*, Criminal Evidence, 10. Aufl. 2009, S. 477 ff.

⁸² Siehe z.B. § 251 Abs. 2 StPO und *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003, S. 360 f.

Beweismaterialien verlangt werden kann.⁸³ Im Ergebnis kann also, jedenfalls aus struktureller Sicht, das einem streng adversatorischen Verfahrensmodell immanente Risiko der Einschüchterung von Zeugen nicht ohne weiteres auf den IStGH übertragen werden.⁸⁴

Ein weiteres Problem der Nichtoffenlegung der Zeugenidentität besteht darin, dass der darin gegenüber dem Angeklagten zum Ausdruck kommende Generalverdacht der Zeugeneinschüchterung die Unschuldsvermutung in ihr Gegenteil verkehrt, denn nur ein Schuldiger würde doch wohl zu solchen Maßnahmen greifen.⁸⁵ Eine Ablehnung der Offenlegung sollte deshalb nicht nur aufgrund einer sorgfältigen Einzelfallprüfung erfolgen,⁸⁶ sondern auch so transparent und konkret wie möglich begründet werden. Der nebulöse Verweis der Kammer auf die „gegebenen Umstände“, unter denen „eine weitergehende Offenlegung nicht möglich ist“,⁸⁷ wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

b) Sanktionen bei Verstößen gegen Offenlegungspflichten

Weder das Statut noch die Verfahrensregeln enthalten Sanktionen für Verstöße gegen Offenlegungspflichten.⁸⁸ So bleibt der Kammer nicht mehr als „in jedem Stadium des Verfah-

rens Maßnahmen zur Milderung jeglicher Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte“ vorzunehmen.⁸⁹ Sowohl im Fall der Nicht-Offenlegung der Identität bestimmter intermediaries⁹⁰ als auch bei der unvollständigen Offenlegung im Rahmen von Art. 54 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut⁹¹ führte dies zu einer Aussetzung des Verfahrens („stay of proceedings“). Die verspätete Offenlegung von für die Zeugenvernehmung relevanten Beweisen wurde mit der Anordnung einer erneuten Vernehmung des Zeugen geahndet.⁹²

Die Kammer muss also, mangels eines klaren rechtlichen Rahmens, einzelfallabhängig auf Verletzung der Offenlegungspflichten reagieren. Diese Rechtsunsicherheit schafft einen Anreiz für die Prozessparteien, nachteilige wichtige Beweise zunächst einmal in der nicht unbegründeten Hoffnung zurückzuhalten, dafür nicht sanktioniert zu werden. Die insoweit permanenten Verfahrensverstöße der Anklagebehörde erklärt das Urteil mit einem „gewissen internationalen und regionalen Druck, sobald bekannt geworden ist, dass Mitarbeiter des Gerichtshofs die Ermittlungen vor Ort aufgenommen haben.“⁹³ Dieser Druck wird verstärkt durch die Erwartungshaltung der internationalen und nationalen Öffentlichkeit sowie der Opfer und Opferverbände, die den Erfolg des Gerichts weniger an der Einhaltung der Angeklagtenrechte als vielmehr an der Anzahl von Anklagen und – besser noch

⁸³ Combs, in: Schabas/Bernaz (Hrsg.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, 2011, S. 323 (S. 327); *Calvo-Goller*, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court*, 2006, S. 272.

⁸⁴ Andererseits darf natürlich nicht übersehen werden, dass die Möglichkeiten eines mächtigen warlord, Zeugen einzuschüchtern oder gar zu töten, um ein Vielfaches größer sind als die eines Angeklagten in einem nationalen Mordprozess; siehe *Bibas/Burke-White*, *DukeLJ* 53 (2010), 637 (697).

⁸⁵ Aus der Sicht nationaler Strafverfolgung könnte man sogar argumentieren, dass der (undifferenziert vorgenommene) Zeugenschutz eine Präventivmaßnahme darstellt (wenn weniger der Schutz der Aussage, als vielmehr das Ziel der Verhinderung einer Straftat durch den Angeklagten im Vordergrund steht), die in den Anwendungsbereich des Polizeirechts fällt, siehe *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl. 2011, § 1 Rn 9 ff. Die Aufgabe eines internationalen Tribunals oder Strafgerichtshofs ist es jedoch, in der Vergangenheit liegende Straftaten anzuklagen und abzuurteilen, d.h. repressiv und nicht präventiv zu agieren (siehe *Pieroth u.a.*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl. 2010, § 2 Rn. 7). Präventive Zeugenschutzmaßnahmen fallen also nicht in seine Zuständigkeit.

⁸⁶ ICC (Trial Chamber I), *Entsch. v. 13.6.2008 – ICC-01/04-01/06-1401* (Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54 (3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008), para. 89: „a thorough assessment will need to be made by the Pre-Trial Chamber of the potential relevance of the information to the Defence on a case by case basis.“ Siehe auch *Kuschnik*, *ICLR* 9 (2009), 157 (165).

⁸⁷ S.o. Fn. 76 und Haupttext.

⁸⁸ Zum Ganzen *Caianiello*, *ICLR* 10 (2010), 23 (36 ff.).

⁸⁹ ICC (Trial Chamber I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 120 („[T]he Chamber took measures throughout the trial to mitigate any prejudice to the defence whenever these concerns were expressed.“).

⁹⁰ ICC (Trial Chamber I), *Entsch. v. 8.7.2010 – ICC-01/04-01/06-2517-RED* (Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU).

⁹¹ ICC (Trial Chamber I), *Entsch. v. 13.6.2008 – ICC-01/04-01/06-1401* (Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008). Ebenso *Whiting*, *UCLA J. Int'l L. Foreign Aff.* 14 (2009), 207; *Katzman*, *NorthwJIHR* 8 (2009), 77; *Ambos*, *NCLR* 12 (2009), 543. Zudem setzte die Kammer die Anklagebehörde darüber in Kenntnis, dass gewissen intermediaries vorgeworfen wird, Zeugen zur Falschaussage gem. Art. 70 IStGH-Statut verleitet oder dazu Hilfe geleistet zu haben (ICC [Trial Chamber I], *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842* [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 483, 1361).

⁹² ICC (Trial Chamber I), *Anhörung v. 11.10.2010 – ICC-01/04-01/06-T-316* (Transcript), S. 9 Z. 13-19; ICC (Trial Chamber I), *Anhörung v. 17.11.2010 – ICC-01/04-01/06-T-326-ENG* (Transcript), S. 3 Z. 3 bis S. 4 Z. 5.

⁹³ ICC (Trial Chamber I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 142 („There was a degree of international and local pressure, once it was known that officials from the Court had arrived in the country.“ [Fußnote weggelassen]).

– Verurteilungen messen. Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass sich die Anklagebehörde eher auf die Suche belastender Beweise konzentriert und nicht – wie vom Statut vorgeschrieben – gleichermaßen⁹⁴ entlastenden Beweisen nachgeht. Wenn schon nationale Ermittlungsbehörden kaum dafür Verständnis aufbringen, im Rahmen eines Verfahrens wegen Mordes entlastende Beweise offenlegen zu müssen,⁹⁵ wird man kaum erwarten können, dass die Ermittler des IStGH im Rahmen des Vorwurfs eines groß angelegten Massenmords anders denken. Aus der Sicht der Prozessparteien ist es daher leicht nachvollziehbar, dass sie angesichts der fehlenden rechtlichen Vorgaben „auf gut Glück“ entweder wichtige Beweise zurückhalten oder – gleichsam als Kehrseite der Medaille – beharrlich auf die systematischen und konstanten Offenlegungspflichtverletzungen der Gegenseite verweisen. Dies mag wie eine Übertreibung anmuten, entsprach jedoch durchaus der Realität im Lubanga-Verfahren, wie der folgenden Zusammenfassung der Kammer zu entnehmen ist:

„In its final submissions, the defence asserts that the prosecution failed to fulfil its obligations as regards disclosure and to investigate exculpatory circumstances, arguing that these suggested failures ‚impair the reliability of the entire body of evidence presented at trial by the Prosecution‘ to such an extent that it cannot support findings ‚beyond all reasonable doubt‘. The prosecution argues that it met its disclosure and investigative obligations, and it is submitted that the proceedings have not been vitiated in the manner complained of.“⁹⁶

Im Ergebnis kann also nicht bestritten werden, dass Verstöße gegen die Offenlegungspflichten zu Verzögerungen aufgrund der dadurch hervorgerufenen Reaktionen der Kammer führen.⁹⁷ Diese Verzögerungen können nur durch struk-

turelle Reformen vermieden werden, die auf eine größere Transparenz des Offenlegungsregimes⁹⁸ und ein effektives Sanktionensystem abzielen müssten.⁹⁹

III. Art des bewaffneten Konflikts

Bereits während des Zwischenverfahrens war die Einordnung des bewaffneten Konflikts als international, nicht-international oder gemischt im tatrelevanten Zeitraum (Anfang September 2002 bis 13.8.2003)¹⁰⁰ umstritten. Während die Anklagebehörde von einem nicht-internationalen Konflikt ausging,¹⁰¹ sah Vorverfahrenskammer I den Konflikt teilweise als international – solange die Ituri Region von ugandischen Streitkräften besetzt war (bis zum 2.6.2003) – und teilweise als nicht-international – nach Abzug Ugandas (2.6. bis Ende Dezember 2003) – an.¹⁰² Die Kammer wich nun – auf Grundlage von Regulation 55 der IStGH-Geschäftsordnung¹⁰³ – von

⁹⁸ Heinsch (Fn. 50), S. 479 (S. 486, 488).

⁹⁹ Leider gibt es ein solches ideales Sanktionensystem, das ohne Weiteres auf den IStGH übertragen werden könnte, nicht. Die Sanktionsnorm des ICTY (Regel 68*bis*) ist zu unbestimmt („The pre-trial Judge or the Trial Chamber may decide *proprio motu*, or at the request of either party, on sanctions to be imposed on a party which fails to perform its disclosure obligations pursuant to the Rules.“) und daher kein brauchbarer Ausgangspunkt. Zur Rechtslage in England und den USA siehe *Ambos* (Fn. 49), § 8 Rn. 31 Fn. 173. Das US-Recht enthält die wohl konkretesten und umfassendsten Sanktionsnormen, doch auch insoweit besteht Reformbedarf, wie ein kürzlich durch Senatorin Lisa Murkowski (R-Ala.) veröffentlichter Entwurf des „Fairness in Disclosure of Evidence Act 2012“ deutlich macht. Dort heißt es in § 3014 (h) (1) (B): „A remedy under this subsection may include (i) postponement or adjournment of the proceedings; (ii) exclusion or limitation of testimony or evidence; (iii) ordering a new trial; (iv) dismissal with or without prejudice; or (v) any other remedy determined appropriate by the court.“, siehe <http://www.govtrack.us/congress/bills/112/s2197> (zugriff am 26.6.2012).

¹⁰⁰ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 156 f. (auch zitiert im Urteil ICC [Trial Chamber I], Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 1 Fn. 2 und 3 mit Verweis auf paras. 157-158). Von diesem Zeitraum geht auch die Anklage aus, was für die Kammer bindend ist (vgl. Art. 74 Abs. 2 Nr. 2 IStGH-Statut).

¹⁰¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 28.8.2006 – ICC-01/04-01/06 (Submission of the Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) and of the List of Evidence Pursuant to Rule 121(3)).

¹⁰² Vgl. ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 205-226, insb. 220 (international conflict) v. 227-237, insb. 236 (non-international conflict). Zur Diskussion und m.w.N. siehe *Ambos* (Fn. 73), S. 737-739.

¹⁰³ Diese Vorschrift ist Konsequenz des *iura novit curia*-Prinzips und besagt: „the Chamber may change the *legal* charac-

⁹⁴ Art. 54 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut.

⁹⁵ Bzgl. der geltenden Offenlegungspflichten in England und Wales, siehe *Quirk*, E&P 10 (2006), 42 (47, 53).

⁹⁶ ICC (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 119 (Fn. weggelassen).

⁹⁷ Die Verletzungen von Offenlegungspflichten waren so zahlreich, dass sie hier nicht im Einzelnen aufgeführt werden können; siehe u.a. ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 13.6.2008 – ICC-01/04-01/06-1401 (Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008); ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 12.11.2010 – ICC-01/04-01/06-2624 (Decision on the scope of the prosecution’s disclosure obligations as regards defence witnesses); ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 3.12.2010 – ICC-01/04-01/06-2597-RED (Public Redacted Decision on the Prosecution’s Requests for Non-Disclosure of Information in Witness-Related Documents) sowie ICC (Trial Chamber I), Entsch. v. 2.3.2011 – ICC-01/04-01/06-2690-Red. (Redacted Decision on the „Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings“).

dieser rechtlichen Beurteilung ab und erklärte den gesamten tatrelevanten Zeitraum zu einem nicht-internationalen Konflikt.¹⁰⁴ Zutreffend ging die Kammer dabei davon aus, dass – was von der Vorverfahrenskammer wohl übersehen wurde – innerhalb eines Gebiets zeitgleich parallele Konflikte unterschiedlicher (rechtlicher) Art bestehen können.¹⁰⁵ Aus Sicht der Kammer war dies die Situation in Ituri und der näheren Umgebung während des betreffenden Zeitraums.¹⁰⁶ Im Fall solch gemischter (simultaner oder paralleler) bewaffneter Konflikte muss klar herausgearbeitet werden, welchem Konflikt die dem Angeklagten vorgeworfenen Straftaten zuzuordnen sind und wie dieser Konflikt einzuordnen ist.¹⁰⁷ Konkret stellte sich die Frage, ob und inwieweit der bewaffnete Konflikt, an dem Lubangas Truppen (die UPC/FPLC) teilnahmen,¹⁰⁸ durch die Beteiligung der Nachbarstaaten Uganda und Ruanda internationalisiert wurde.¹⁰⁹ Mit anderen Worten: kämpften die UPC/FPLC „im Auftrag oder als Repräsentanten

eines oder mehrerer Staaten (namentlich Ugandas, Ruandas oder der DRC)“?¹¹⁰ Dies verneint die Kammer unter Hinweis darauf, dass keiner der genannten Staaten umfassende Kontrolle¹¹¹ über die UPC/FPLC hatte.¹¹² Insbesondere hinsichtlich des direkten Eingreifens von Uganda in den Konflikt¹¹³ stellt die Kammer klar, dass

„this intervention would only have internationalised the conflict between the two states concerned (viz. the DRC and Uganda). Since the conflict to which the UPC/FPLC was a party was not ‚a difference arising between two states‘ but rather protracted violence carried out by multiple non-state armed groups, it remained a non-international conflict notwithstanding any concurrent international armed conflict between Uganda and the DRC.“¹¹⁴

Als unmaßgeblich wurde insofern erachtet, dass die ugandischen Truppen Teile Bunias besetzt und damit möglicherweise – als Besatzungsmacht – den Konflikt zu einem internationalen gemacht hatten.¹¹⁵ Dies stünde nicht im Zusam-

terization of facts [...]“ (*Hervorhebung* durch den *Autor*; vgl. *Ambos/Miller*, ICLR 7 [2007], 335 [358-360]). Entsprechend belehrte die Kammer die Prozessparteien (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 527), die dieser rechtlichen Neubewertung nicht widersprochen haben (para. 530).

¹⁰⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 523-567 (insb. 540, 542, 543, 551, 566 f.).

¹⁰⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 540 m.w.N. in Fn. 1643 und 1644, insb. mit Verweis auf die Tadic Interlocutory Appeal Decision des UN-Jugoslawientribunals (ICTY), paras. 72-77 und das Nicaragua-Urteil des IGH, para. 219. Diese Möglichkeit wird auch von einem Teil der Literatur anerkannt, siehe *Palomo Suárez*, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht*, 2009, S. 128 f.; *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, Bd. 6/2, 2009, Vorb. zu §§ 8 ff. VStGB Rn. 33 m.w.N. Siehe auch *Milanovic/Hadzi-Vidanovic*, in: *White/Henderson* (Hrsg.), *Research Handbook of International Conflict and Security Law*, 2012 (im Erscheinen), abrufbar auf ssrn.com/abstract=1988915 („the fact a conflict erupts in an occupied territory between the occupying state and a non-state actor does not mean that this prima facie NIAC becomes internationalized. [...] As with cases of mixed or parallel armed conflicts, IHL can allow for the possibility of the simultaneous existence of occupation and of a NIAC in occupied territory.“).

¹⁰⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 543 („number of simultaneous armed conflicts“).

¹⁰⁷ Vgl. *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 129; *Ambos* (Fn. 105).

¹⁰⁸ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 550 passim.

¹⁰⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 551.

¹¹⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 552: „[T]he relevant inquiry is whether between September 2002 and 13 August 2003, the UPC/FPLC, the APC and the FRPI were used as agents or ‚proxies‘ for fighting between two or more states (namely Uganda, Rwanda, or the DRC).“

¹¹¹ Die Kammer und die Vorverfahrenskammer (paras. 210 f.) ziehen dies dem „effective control test“ des IGH vor (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 540); vgl. *Ambos* (Fn. 73), S. 737 f.

¹¹² ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 553, 561. Zum selben Ergebnis kommt *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 129 f. (die Kammer verweist auf diese Untersuchung an anderer Stelle, übersieht sie aber offensichtlich hier).

¹¹³ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 563 („there is evidence of direct intervention on the part of Uganda“).

¹¹⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 563.

¹¹⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 542 mit Verweis auf Fn. 34 der *Elements of Crimes* (ICC-ASP/1/3 (part II-B), abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm> (zugegriffen am 13.7.2012) im Folgenden „Verbrechenselemente“); siehe auch ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 205. Krit. zum „occupation argument“ *Weber*, *HuV-I* 22 (2009), 75 (78-82), wonach zwischen einem internationalen bewaffneten Konflikt und einer Besatzung ein rechtlicher Unterschied bestehe und letztere keine Spezialform des ersten sei, sondern in den Anwendungsbereich der Genfer Kon-

menhang mit dem hier alleine maßgeblichen Konflikt zwischen der UPC/FPLC und anderen bewaffneten Gruppen:¹¹⁶

„Focus[s]ing solely on the parties and the conflict relevant to the charges in this case, the Ugandan military occupation of Bunia airport does not change the legal nature of the conflict between the UPC/FPLC, RCD [Rassemblement Congolais pour la Democratie]/APC [Action Permanente pour le Congo] and FRPI [Force de Résistance Patriotique en Ituri] rebel groups since this conflict, as analysed above, did not result in two states opposing each other, whether directly or indirectly, during the time period relevant to the charges. In any event, the existence of a possible conflict that was ‚international in character‘ between the DRC and Uganda does not affect the legal characterisation of the UPC/FPLC’s concurrent non-international armed conflict with the APC and FRPI militias, which formed part of the internal armed conflict between the rebel groups.“¹¹⁷

Natürlich ist eine fundierte Stellungnahme zu den tatsächlichen Feststellungen der Kammer ohne Kenntnis der Beweise und der Situation direkt vor Ort kaum möglich, doch gibt die Art der Darlegung dieser Feststellungen¹¹⁸ Anlaß zu Zweifeln. Wie bereits gesagt,¹¹⁹ verneint die Kammer eine umfassende Kontrolle der DRC, von Ruanda oder Uganda über die UPC/FPLC. Ungeachtet dessen stellt sie jedoch fest, dass „einige Beweise“ für die Unterstützung der APC (die gegen die UPC/FPLC kämpfte)¹²⁰ durch die DRC sprächen¹²¹ und dass (anfangs) Uganda¹²² und (später auch) Ruanda¹²³ die

ventionen falle; Fn. 34 der Verbrechenselemente sollte daher unberücksichtigt bleiben und Art. 8 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut – internationaler bewaffneter Konflikt – sei per se nicht anwendbar auf eine Besatzung).

¹¹⁶ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 564, der auf paras. 543 f. verweist, wo die Kammer auf den Konflikt zwischen der UPC/FPLC und anderen Gruppen Bezug nimmt.

¹¹⁷ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 565.

¹¹⁸ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 543-567.

¹¹⁹ Oben Fn. 111 und Haupttext.

¹²⁰ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 544, 561.

¹²¹ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 553.

¹²² ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 554, 558. Aufgrund der Allianz zwischen der UPC und Ruanda zog Uganda diese Unterstützung jedoch offensichtlich zurück (ICC [Pre-Trial Chamber I], Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 [Decision on the Confirmation of Charges], para. 221 in fine); einzelne Befehlshaber der bewaffneten Truppen Ugandas unterstützten zudem die FRPI in

UPC/FPLC unterstützt hätten. Dies entspricht auch der Zeugenaussage Gérard Pruniers, wonach diese drei Länder „den Konflikt über ‚proxies‘ [Stellvertreter] austragen“.¹²⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint die Ablehnung der Schlussfolgerung der Vorverfahrenskammer durch die Kammer, wonach (zumindest) bis zum Rückzug der Ugandas ein internationaler (oder internationalisierter) Konflikt vorlag, nicht überzeugend;¹²⁵ tatsächlich dauerte selbst nach dem Rückzug der ugandischen Truppen deren Konfliktbeteiligung, und noch mehr diejenige Ruandas, weiter an.¹²⁶

IV. Das Kriegsverbrechen der Zwangsrekrutierung von Kindern unter fünfzehn Jahren (Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut)

Die Kriegsverbrechen der Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten (Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxvi und lit. e sublit. vii IStGH-Statut) wurde erst in jüngster Zeit zum Gegenstand internationaler Strafverfahren.¹²⁷ Insoweit

ihrem Kampf gegen die UPC/FPLC (ICC [Trial Chamber I], Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 559).

¹²³ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 554; siehe auch ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 221-225.

¹²⁴ ICC (Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 560 („Gérard Prunier [P-360] testified that the DRC, Uganda, and Rwanda fought through ‚proxies‘.“ [Fn. weglassen]).

¹²⁵ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 220; zust. *Ambos* (Fn. 73), S. 738. Der Kammer jedoch zust. *Akande*, „ICC delivers its first judgment: The Lubanga case and classification of conflicts in situations of occupation“, 16.3.2012, abrufbar auf EJIL: Talk!:

<http://www.ejiltalk.org/icc-delivers-its-first-judgment-the-lubanga-case/>.

¹²⁶ *Dr. Phil Clark*, ein internationaler Experte für die Region der (afrikanischen) Großen Seen, nahm auf meine Nachfrage per email am 22.3.2012 wie folgt Stellung: „Even after Uganda officially withdrew from Bunia in June 2003, some remnants of the Ugandan armed forces remained behind and continued assisting the UPC (mainly in Bunia but also elsewhere in Ituri). The Ugandan government also continued supporting the UPC from Kampala (with intelligence, finance, equipment etc.) thereafter, and it’s a problematic interpretation of the nature of the DRC conflict to ignore the international use of proxy forces on Congolese soil.“

¹²⁷ Zu Verfahren wegen der Rekrutierung von Kindersoldaten vor dem ICTY und ICTR vgl. *Kuper*, in: *Arts/Popovski* (Hrsg.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, 2006, S. 155 (S. 157 ff.). Zu ähnlichen Verfahren, insb. vor dem Special Court for Sierra Leone („SCSL“),

stellt sich zunächst die (zu verneinende) Frage, ob bewaffnete Gruppen mit paramilitärischer Struktur (wie z.B. die UPC) „nationale Streitkräfte“ i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxvi IStGH-Statut darstellen, wie es wenig überzeugend die Vorverfahrenskammer vertreten hat.¹²⁸ Die Kammer ist dieser Frage durch die Annahme eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts mit der daraus folgenden Anwendung von Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut ausgewichen, denn nach dieser Vorschrift ist auch die Rekrutierung („Zwangsverpflichtung oder Eingliederung“)¹²⁹ von Kindern in nicht-staatliche „bewaffnete Gruppen“ erfasst.¹³⁰

vgl. *Smith*, JICJ 2 (2004), 1141 (1148); *Novogrodski*, San Diego ILJ 7 (2005-2006), 421; *McKnight*, AJICL 18 (2010), 113 (122 ff.); *Sivakumaran*, 8 (2010), 1009. Allgemein zu Kindersoldaten im Völkerrecht: *Webster*, Geo Wash Intl L Rev 39 (2007), 227; *Drumbl*, Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy, 2012.

¹²⁸ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 275-285; krit. *Ambos* (Fn. 73), S. 740-742 (wonach die weite Auslegung der Vorverfahrenskammer gegen den *nullum crimen*-Grundsatz, insb. das Analogieverbot, verstößt). Für eine (zu) weite Auslegung der „national armed forces“ (ohne Rücksicht auf den *nullum crimen*-Grundsatz) im Sinne von „encompassing any type of armed group or force“ Odio Benito Sondervotum (Fn. 21), paras. 13 f.

¹²⁹ Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut lautet (in seiner dt. Übersetzung): „Im Sinne dieses Statuts bedeutet ‚Kriegsverbrechen‘ [...] andere schwere Verstöße gegen die innerhalb des feststehenden Rahmens des Völkerrechts anwendbaren Gesetze und Gebräuche im bewaffneten Konflikt, der keinen internationalen Charakter hat, nämlich jede der folgenden Handlungen: [...] die Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten; [...]“ „Rekrutierung“ ist hier der die „Zwangsverpflichtung“ und „Eingliederung“ umfassende Oberbegriff. Er kommt in Art. 77 Abs. 2 des Ersten Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen (zum Opferschutz in internationalen bewaffneten Konflikten, 8.6.1977, 1125 U.N.T.S. 3, [„ZP I“]) und in Art. 4 Abs. 3 lit. c des Zweiten Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen (zum Opferschutz in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, 8.6.1977, 1125 U.N.T.S. 609, [„ZP II“]) vor; siehe auch Art. 38 Abs. 2, 3 UN-Kinderrechtskonvention (20.11.1989, 1577 U.N.T.S. 3); vgl. ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 242-246; ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 604, 607. Die Begrifflichkeit änderte sich in Vorbereitung auf die Rom-Konferenz stetig, der Begriff „Rekrutierung“ setzte sich aber bis zur Konferenz durch (vgl. UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute for the International Criminal Court,

Was den Tatbestand des Verbrechens anbelangt, werden drei alternative Tathandlungen erfasst („Zwangsverpflichtung“, „Eingliederung“, „Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“). Für die Kammer stellen diese Tathandlungen drei „eigenständige Straftaten“ dar, was jedoch den Begriff der „Straftat“ (aus objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen einschließlich der Beschreibung der Tathandlung bestehend) mit demjenigen der Tathandlung als eines Merkmals des Tatbestands vermengt.¹³¹ Wie dem auch sei: Der Tatbestand des Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut enthält, wie das Wörtchen „oder“ deutlich macht,¹³² alternative (und eigenständige) Tathandlungen, so dass die Verwirklichung einer Tathandlung (bezüglich Kinder unter fünfzehn Jahren) zur Tatbestandserfüllung ausreicht. Die von der Verteidigung vorgebrachte Einschränkung, dass die „Eingliederung“ auf die aktive Teilnahme des betreffenden Kindes gerichtet sein müsse, wurde daher zu Recht von der

U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14.4.1998 [„Draft Statute“, S. 21]. Während der Rom-Konferenz wurde der Begriff dann durch „Zwangsverpflichtung oder Eingliederung“ ersetzt, vgl. v. *Hebel/Robinson*, in: Lee (Hrsg.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, 1999, S. 79 (S. 118: „At the Conference, [...] the word ‚recruiting‘ was replaced with ‚conscripting or enlisting‘. This was primarily done to meet the concerns of the United States. Whereas ‚recruiting‘ was understood to imply an active policy of the Government to have persons join the armed forces, the words ‚conscripting or enlisting‘ have a more passive connotation and relate primarily to the administrative act of putting the name of a person on a list.“). Für einen Überblick über die Verhandlungen siehe *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 110 ff. (historisch), 119 (Ablehnung des Wortes „recruiting“); *Cottier*, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008, Art. 8 Rn. 227; *Schabas*, *The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute*, 2010, Art. 8 S. 252 ff.

¹³⁰ Odio Benitos Sondervotum ([Fn. 21], paras. 9-14) ist in dieser Hinsicht nicht überzeugend. Die Tatsache, dass eine bestimmte Rechtsfrage irgendwann während des Verfahrens einmal diskutiert wurde, macht diese Rechtsfrage noch nicht zu einem „live issue“ (para. 12). Dies gilt umso mehr, wenn sich später herausstellt, dass die betreffende Rechtsnorm vor der zuständigen Kammer nicht mehr anwendbar ist. Ich werde auf Odio Benitos zu hohe Anforderungen an das Völkerstrafrecht im Allgemeinen und die internationale Strafgerichte im Besonderen zurückkommen (s.u. Fn. 252 und Haupttext).

¹³¹ Zur korrekten Terminologie Odio Benito Sondervotum (Fn. 21), para. 6 („three criminal conducts“).

¹³² Es bleibt deshalb unklar, warum die Vorschrift für die Kammer „potentially ambiguous“ ist (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 609).

Kammer abgelehnt.¹³³ Ein weiteres dogmatisch erwähnenswertes Merkmal des Tatbestands ist sein dauerdeliktischer Charakter, der schon von der Vorverfahrenskammer erkannt und nun durch die Kammer bestätigt wurde.¹³⁴ Dies bedeutet, dass der Tatbestand solange andauert wie das Kind in der Gruppe verbleibt bzw. nicht die Altersgrenze von 15 Jahren erreicht. Das besondere Problem solcher Dauerdelikte, insbesondere des Verschwindenlassens (Art. 7 Abs. 1 lit. i IStGH-Statut), besteht – wie bereits an anderer Stelle ausgeführt¹³⁵ – in ihrer möglichen Rückwirkung; sie wäre mit dem Willen der Vertragsparteien unvereinbar, wie sich insbesondere an Art. 11 und 22 IStGH-Statut zeigt.

Zwei Auslegungsfragen verdienen unsere besondere Aufmerksamkeit. Die erste, weniger umstrittene, betrifft die Bedeutung der Begriffe „Zwangsverpflichtung“ und „Eingliederung“ sowie die damit zusammenhängende Frage der Möglichkeit der Zustimmung eines unter 15-jährigen Kindes unter den Bedingungen eines bewaffneten Konflikts. Die zweite Frage betrifft die korrekte Auslegung der Tatalternative „Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“.

1. „Eingliederung“ v. „Zwangsverpflichtung“ und das Problem der Zustimmung

Die Definition der „Eingliederung“ als *freiwillige* Rekrutierung im Gegensatz zur „Zwangsverpflichtung“, die mit *Zwang* erfolgt, ist unbestritten.¹³⁶ Aufgrund der Tatalternative der „Eingliederung“ kann jede Rekrutierung, also auch eine solche ohne Zwang (als „freiwillige“ Eingliederung), den Tatbestand eines Kriegsverbrechens erfüllen.¹³⁷ Die autonome Ent-

scheidung eines Kindes (sofern eine solche überhaupt tatsächlich möglich ist, dazu unten), einer bewaffneten Gruppe beizutreten, ist also Tatbestandsmerkmal (jedenfalls in der Eingliederungs-Alternative).¹³⁸ Infolge dessen wird durch das Zusammenspiel von (freiwilliger) Eingliederung und Zwangsverpflichtung jegliche Strafbarkeitslücke vermieden, weil damit jede Form der Rekrutierung von Kindern – ob freiwillig oder zwangsweise – durch den Tatbestand erfasst wird.¹³⁹ Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass die Kammer beide Tathandlungen gleich behandelt¹⁴⁰ und alle weiteren Überlegungen hinsichtlich der Freiwilligkeit zu einer Frage der Strafzumessung erklärt.¹⁴¹ Leider vermischt die Kammer aber die Frage des Vorliegens der objektiven Tatbestandsmerkmale mit der strukturell anders gelagerten Frage der möglichen Zustimmung eines Kindes und der damit verbundenen Folgen. Eine derartige Zustimmung lässt den objektiven Tatbestand jedoch im Grundsatz unberührt, sofern es sich nicht um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis handelt. Der Unwert der Tathandlung leitet sich also gerade daraus her, dass die Tathandlung nach der gesetzlichen Verhaltensbeschreibung gegen oder ohne den Willen des Opfers erfolgt. Dies ist bekanntlich bei Straftaten gegen die persönliche Freiheit (wie die Fortbewegungsfreiheit, die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung etc.) der Fall, bei denen per definitionem die Tathandlung gegen den (freien) Willen des potentiellen Opfers gerichtet sein muss. Ist das Opfer also mit der tatbestandsmäßigen Handlung einverstanden, stimmt die Frau also etwa dem Geschlechtsverkehr zu, so fehlt es an einem objektiven Tatbestandsmerkmal und damit an der Erfüllung des Tatbestands.¹⁴² Anders wird dies in den eher prozessorientierten Rechtssystemen in der Tradition des Common Law gelöst. Das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals wird beweisrechtlich, als eine sog. „failure

¹³³ ICC (Trial Chamber I), Ur t. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 610.

¹³⁴ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 248; ICC (Trial Chamber I), Ur t. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 618, 759.

¹³⁵ *Ambos* (Fn. 73), S. 739 f.; zum Verschwindenlassen siehe *Ambos* (Fn. 49), § 7 Rn. 217 Fn. 1013 und 1014; *ders./Böhm*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Desaparición forzada de personas, Análisis comparado e internacional*, 2009, S. 195 (S. 240 f., 250) (eine aktualisierte Version ist abrufbar unter:

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=novedades> [zugegriffen am 24.6.2012].

¹³⁶ Vgl. ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 246; ICC (Trial Chamber I), Ur t. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 608; *Ambos* (Fn. 73), S. 739.

¹³⁷ *Cottier* (Fn. 129), S. 231 („the act [or omission] of not refusing voluntary enlistment“); *Robinson*, in: *Cryer u.a.* (Hrsg.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Aufl. 2010, S. 310; *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 140 (wonach die Aufnahme der „Eingliederung“ in die Vorschrift klarstellen soll, dass die Rekrutierung von Kindersoldaten unabhängig vom Willen des Kindes tatbestandsmäßig ist); *Smith*, *JICJ* 2 (2004), 1141 (1148).

¹³⁸ Siehe auch ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 246 f.; SCSL, Appeals Judgment v. 28.5.2008 – SCSL-04-14-A (Prosecutor v. Fofana and Kondewa), para. 140.

¹³⁹ Ebenso SCSL, Appeals Judgment v. 28.5.2008 – SCSL-04-14-A (Prosecutor v. Fofana and Kondewa), para. 140; vgl. auch *Robinson* (Fn. 137), S. 310.

¹⁴⁰ ICC (Trial Chamber I), Ur t. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 618 („[...] the offences [sic!] of conscripting and enlisting are committed at the moment a child under the age of 15 is enrolled into or joins an armed force or group, with or without compulsion.“; siehe auch para. 759).

¹⁴¹ ICC (Trial Chamber I), Ur t. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 617.

¹⁴² *Robinson*, *Criminal Law Defenses*, Bd. 1, 1984, S. 72. In Deutschland unterscheidet die h.M bekanntlich zwischen „Einverständnis“ (vergleichbar mit der „failure of proof“ defence) und „Einwilligung“ (hier im Sinne eines Strafausschließungsgrunds), vgl. *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 371 ff.; a.A. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11.

of proof defence“, behandelt; sie kann vorgebracht werden, wenn es der Anklagebehörde nicht gelingt, das Vorliegen des betreffenden Tatbestandsmerkmals zu beweisen.¹⁴³ Im Gegensatz dazu wirkt sich bei Tatbeständen, deren Verwirklichung nicht von einer Willensäußerung des potentiellen Opfers abhängt, eine Zustimmung i.S.e. Einwilligung nur als Rechtfertigungsgrund bzw. – völkerstrafrechtlich – als Strafausschlussgrund aus.¹⁴⁴

Überträgt man diese Unterscheidung auf die Tatalternativen „Zwangspflichtung“ und „Eingliederung“, so würde jene grundsätzlich ein Einverständnis (i.S.e. „failure of proof defence“) erlauben, denn sie muss sich explizit (Zwangspflichtung) gegen den Willen des Opfers richten oder ohne diesen erfolgen, während die Freiwilligkeit bei der Eingliederung gerade umgekehrt zur Erfüllung der Tathandlung per definitionem – Eingliederung als freiwillige Rekrutierung – erforderlich ist. Dies scheinen sowohl die Kammer als auch schon die Vorverfahrenskammer zu verkennen, wenn sie feststellen, dass „die Zustimmung eines Kindes kein gültiger Strafausschlussgrund für die Eingliederung ist“.¹⁴⁵ Denn wie kann es möglich sein, dass eine Tathandlung (hier die Eingliederung) eine Zustimmung voraussetzt (und damit das Handeln mit dem Willen und nicht gegen den Willen), diese Zustimmung dann aber als Strafausschlussgrund nicht wirksam sein soll? Korrekt wäre die Feststellung der Kammer also nur, wenn sie statt von „Eingliederung“ von „Zwangspflichtung“ sprechen würde, denn diese setzt ein Handeln gegen den Willen voraus, weshalb auch eine (nachträgliche) Zustimmung ausgeschlossen werden kann. Um Missverständnisse zu vermeiden: Natürlich kann man mit guten Gründen, wie die Kammer es unter Berufung auf zwei Sachverständige tut,¹⁴⁶ die Ansicht vertreten, dass „Jungen und Mädchen unter

15 Jahren oftmals gar nicht in der Lage sein werden, die Tragweite ihrer Entscheidung zu übersehen, wenn sie der Eingliederung in eine bewaffnete Gruppe zustimmen.“¹⁴⁷ Das ist aber eine andere, die tatsächlichen Umstände der Zustimmung betreffende Frage, die das rechtlich-definitive Problem der Eingliederung als einer auf dem freien Willen beruhenden Tathandlung nicht löst. Da sie die Zustimmung ja bereits voraussetzt, macht die Aussage der Kammer nur hinsichtlich der Zwangspflichtung Sinn.

Abgesehen davon muss die Frage erlaubt sein, ob die Ansicht der Kammer – Unmöglichkeit einer Zustimmung eines Kindes im Rahmen eines bewaffneten Konflikts – in dieser Absolutheit richtig ist. Ist tatsächlich keine Situation denkbar, in der ein Kind „freiwillig“ einer bewaffneten Gruppe beitrifft? Angenommen, das Kind benötigt dringend das Salär für seine militärischen Dienste, um die medizinische Behandlung eines erkrankten Familienmitglieds finanzieren zu können. Natürlich stellt sich hier die Frage, ob man unter solchen Lebensumständen überhaupt noch von „Freiwilligkeit“ sprechen kann, aber diese philosophische Frage, die man ja so oder so beantworten kann, erledigt nicht den tatsächlichen Zweifel, ob es nicht auch unter den Umständen eines bewaffneten Konflikts – bei Zugrundelegung eines kontextabhängigen Freiwilligkeitsbegriffs – einen freiwilligen Eintritt eines Kindes in eine bewaffnete Gruppe geben kann. Wie anders ist es denn sonst zu erklären, dass die Vertragsstaaten sich für zwei Begriffe, von denen einer (Eingliederung) die Freiwilligkeit in sich trägt, statt für den Oberbegriff der „Rekrutierung“ entschieden haben?¹⁴⁸ Stellten sie sich nicht doch einen Fall vor, in dem das Kind einer Rekrutierung tatsächlich zugestimmt hat?

2. Das „Verwenden“ von Kindern „zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“

Das Erfordernis der „aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“ kann eng unter Bezugnahme auf Kampfhandlungen¹⁴⁹ oder weit unter Einbeziehung auch reiner Unterstützungshandlungen ausgelegt werden.¹⁵⁰ Klar und weitgehend unumstritten

¹⁴³ *Robinson* (Fn. 142), S. 72; Law Reform Commission, Report on Defences in Criminal Law, 2009, S. 13; *Cryer*, in: *Cryer u.a.* (Fn. 137), S. 403; *Gómez-Jara Díez/Chiesa*, in: *Heller/Dubber* (Hrsg.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, 2011, S. 507.

¹⁴⁴ An dieser Stelle stellt sich natürlich die Frage, inwiefern eine Einwilligung (die ja die Disponibilität des Rechtsgutes voraussetzt) bei völkerrechtlichen Verbrechen überhaupt möglich ist, betreffen diese doch auch immer Rechtsgüter der Weltgemeinschaft (wie Sicherheit, Frieden etc.); zur Diskussion siehe *Ambos*, in: *Brown* (Hrsg.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, S. 299 (S. 328).

¹⁴⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 616 f., unter Bezugnahme auf ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 248 („[T]he consent of a child to his or her recruitment does not provide an accused with a valid defence.“, para. 617). Siehe dazu auch *Schabas* (Fn. 129), S. 254 (Einwilligung als ungültiger Strafausschlussgrund, da Eingliederung eine freiwillige Handlung darstellt).

¹⁴⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 610-612.

¹⁴⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 613 („The Chamber endorses the conclusions of the expert witnesses, in the sense that it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force.“).

¹⁴⁸ *Laut v. Hebel/Robinson* (Fn. 129), S. 118 wurde „Rekrutierung“ bevorzugt, jedoch nur bis zur Rom-Konferenz, wo der Begriff wegen der bereits geschilderten Einwände der USA (Fn. 129) ersetzt wurde.

¹⁴⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 583-587 (laut Verteidigung beziehe sich „direct participation“ auf „acts of war“, was z.B. die Funktion eines Leibwächters ausschließe).

¹⁵⁰ So *Draft Statute* (Fn. 129), S. 21 Fn. 12 („The words ‚using‘ and ‚participate‘ have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participa-

ist zum einen, dass nicht im Zusammenhang mit den Feindseligkeiten stehende Aktivitäten wie das Anliefern von Lebensmitteln¹⁵¹ oder die Zugehörigkeit zum Hauspersonal¹⁵² nicht ausreichend sind; andererseits ist eine „unmittelbare“ Teilnahme „an den Feindseligkeiten“ i.S.v. Art. 77 Abs. 2 ZP I¹⁵³ nicht notwendig.¹⁵⁴ Diese Ansicht beruht jedoch nicht so „eindeutig“ auf der Unterscheidung zwischen den Begriffen „aktiv“ und „unmittelbar“, wie es uns die Kammer glauben machen will.¹⁵⁵ Eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten ist vielmehr aus zwei Gründen nicht nötig: Zum einen, weil Art. 4 Abs. 3 lit. c ZP II auf jede Art der Teilnahme Bezug nimmt, also sowohl auf eine „aktive“ als auch auf eine „direkte“;¹⁵⁶ zum anderen wegen des weiten Schutzzwecks der Kriminalisierung der Rekrutierung von Kindersoldaten.

tion in military activities linked to combat such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. [...] use of children in a direct support function such as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, would be included within the terminology.“); SCSL, Trial Judgment v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Brima, Kamara and Kamu), para. 737 („Any labour or support that gives effect to, or helps maintain, operations in a conflict [...]“); ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 576-578 (Prosecution: „broad interpretation of [...] direct support“). Siehe auch ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 621-628 (624-626 insb. mit Verweis auf das SCSL).

¹⁵¹ Als „delicate“ bezeichnet *Quénivet*, AJICL 16 (2008), 219 (233) den Transport von Lebensmitteln.

¹⁵² Draft Statute (Fn. 129), S. 21 Fn. 12 („It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase of the use of domestic staff in an officer’s married accommodation.“); zust. ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 262; ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 575 (Prosecution), 621, 623 (Kammer unter Berufung auf das Preparatory Committee und Vorverfahrenskammer).

¹⁵³ Art. 77 Abs. 2 ZP I lautet: „2. Die am Konflikt beteiligten Parteien treffen alle praktisch durchführbaren Massnahmen, damit Kinder unter fünfzehn Jahren nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen; sie sehen insbesondere davon ab, sie in ihre Streitkräfte einzugliedern. Wenn die am Konflikt beteiligten Parteien Personen einziehen, die bereits das fünfzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, bemühen sie sich, zuerst die Ältesten heranzuziehen.“

¹⁵⁴ Zu Beweisfragen insoweit *Quénivet*, AJICL 16 (2008), 219 (234).

¹⁵⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 627.

¹⁵⁶ Siehe schon *Ambos* (Fn. 73), S. 740.

Vor dem Hintergrund dieses Schutzzwecks – Schutz von unter 15-jährigen Kindern als besonders verwundbarer Gruppe mit Blick auf die einem bewaffneten Konflikt immanenten Risiken, einschließlich der in den bewaffneten Gruppen selbst wurzelnden¹⁵⁷ – sollten grundsätzlich alle Handlungen (direkt oder indirekt) vom Erfordernis der aktiven Teilnahme umfasst sein, soweit Kinder durch diese Handlungen den genannten typischen Gefahren eines bewaffneten Konflikts ausgesetzt werden.¹⁵⁸ Natürlich darf eine solche Auslegung im Lichte des Gesetzlichkeitsgrundsatzes nicht zu weit geraten.¹⁵⁹ Jedenfalls ist es überzeugend, wenn sich die Kammer

¹⁵⁷ Vgl. *Robinson* (Fn. 137), S. 309 („Primary purpose is to protect all children“); *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 168 (die spezielle Gefahren in Betracht zieht); *Cottier* (Fn. 129), S. 228 („protect children against their own authorities“).

¹⁵⁸ Ähnlich *Palomo Suárez* (Fn. 105), S. 121 f.; v. *Schorlemer*, Kindersoldaten und bewaffneter Konflikt, Nukleus eines umfassenden Schutzregimes der Vereinten Nationen, 2009, S. 315

¹⁵⁹ Daraus folgt zum Beispiel, dass in die Tathandlung der „Verwendung“ nicht „sexuelle Gewalt“ hineingelesen werden kann (so aber *Odio Benito Sondervotum* [Fn. 21], paras. 15-21), denn das verstößt gegen das Analogieverbot (Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut). Zudem weist „sexuelle Gewalt“ wohl eher auf ein strafrechtliches Phänomen hin, das in casu sicherlich aufgetreten sein mag (siehe z.B. ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 890-896), das völkerstrafrechtlich aber, wie *Odio Benito* selbst zugesteht, durch „distinct and separate crimes“ erfasst wird (Art. 7 Abs. 1 lit. g und Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxii, lit. e sublit. vi; genauer s. *Ambos*, ZIS 2011, 287). Diese Straftaten wurden jedoch nicht angeklagt (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 16, 630; siehe zudem o. Fn. 13), weshalb sie auch nicht Gegenstand des Verfahrens sein konnten (Art. 74 Abs. 2 IStGH-Statut; ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 36, 630). *Odio Benito* liefert im Übrigen keine Nachweise für ihre Position und scheint das Gesetzlichkeitsprinzip zu übersehen. Dieser Teil ihres Sondervotums scheint daher eher an „constituencies“ außerhalb des Gerichtshofs gerichtet zu sein, denen es weniger auf eine methodisch korrekte Auslegung der Tatbestände als auf eine ergebnisorientierte, kriminalpolitische Expansion ankommt. Die Ausführungen *Odio Benitos* rufen die „Neopunitivismus“-Debatte in Lateinamerika in Erinnerung (vgl. *Pastor*, Nueva Doctrina Penal 1/2005, 73; *Malarino*, in: *Ambos/Malarino* [Hrsg.], Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Bd. 1, 2011, S. 25). Was die Strategie der Anklagebehörde angeht, so muss darauf hingewiesen werden, dass diese an keiner Stelle im Verfahren eine (nachträgliche) Erweiterung der Anklage beantragt (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 629), sondern (wie *Odio Benito*) einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches der

auf die Risiken stützt, denen Kinder als Mitglieder bewaffneter Gruppen ausgesetzt sind:

„All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: the child concerned is, at the very least, a potential target. The decisive factor, therefore, in deciding if an ‚indirect‘ role is to be treated as active participation in hostilities is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target.“¹⁶⁰

V. Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit (Mittäterschaft) und subjektive Voraussetzungen (Art. 25, 30 IStGH-Statut)

Die Kammer verurteilt Lubanga wegen mittäterschaftlicher (Art. 25 Abs. 3 lit. a 2. Alt. IStGH-Statut) Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten gem. Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut.¹⁶¹ Nach umfassender Beweiswürdigung schlussfolgert sie:

„The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri. This resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities.“¹⁶²

Verwendungsalternative das Wort geredet hat (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 575, 577, 589, 598). Bedauerlicherweise haben (der ehem.) Chefankläger Moreno Ocampo und seine Stellvertreterin und Nachfolgerin Bensouda in einer Pressekonferenz einen Tag nach Urteilsverkündung diesen prozessualen Aspekt unerwähnt gelassen, weshalb ihre Kritik an der Kammermehrheit als unfair bezeichnet werden muss (abrufbar auf http://www.youtube.com/watch?v=eoj_qCwHePk [zugegriffen am 24.6.2012]). Wahrscheinlich wird uns das Thema erneut im Zusammenhang mit der Strafzumessungs- und Reparationsentscheidung beschäftigen (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], para. 631).

¹⁶⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 628 (Fn. weggelassen).

¹⁶¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1358.

¹⁶² ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1351 („The Chamber has concluded that between 1 September 2002 and 13 August 2003, a significant number of highranking members of the UPC/FPLC and other personnel conducted a large-scale recruitment exercise directed at young people, including children under the age of 15, whether voluntarily or by coercion.“; para. 1354). Dies sei das Resultat der „implementation of the common plan to build an army“ gewesen (para. 1355). Mit Blick auf die Kinder sagte die Kammer: „They were also used, during the relevant peri-

Die Kammer folgt damit der „confirmation decision“ der Vorverfahrenskammer;¹⁶³ die Richter Mehrheit (Richterin Odio Benito und Richter Blattmann; abweichendes Votum des Richters Fulford)¹⁶⁴ folgt der Vorverfahrenskammer auch in der beteiligungsrechtlichen Bewertung, insbesondere der Anwendung der Mittäterschaft auf der Grundlage der Tatherrschaftslehre.¹⁶⁵ Ich verzichte hier auf eine Wiedergabe der Argumente der Kammer und widme mich sogleich den aus meiner Sicht besonders problematischen und/oder für die zukünftige Rechtsprechung besonders relevanten Ausführungen, wobei natürlich die abweichenden Überlegungen von Richter Fulford unser besonderes Interesse verdienen. Hinsichtlich der Ansicht der Vorverfahrenskammer¹⁶⁶ sowie allgemeiner Ausführungen zum Verständnis von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut und den zugrundeliegenden Wertentscheidungen sei auf frühere Veröffentlichungen verwiesen.¹⁶⁷ Im Folgenden werde ich zum einen die objektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft samt der zugrundeliegenden strukturellen und theoretischen Fragen untersuchen, zum anderen aber auch auf deren subjektive Voraussetzungen eingehen.

1. Objektive Voraussetzungen der Mittäterschaft, Tatherrschaft und die Systematik von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut

Hinsichtlich des gemeinsamen Tatplans ist zunächst umstritten, ob er „immanent kriminell“ sein¹⁶⁸ oder nur ein „kriminelles Merkmal“ enthalten muss.¹⁶⁹ Die Kammer befürwortet

od, as soldiers and as bodyguards for senior officials, including the accused.“ (ibid.). Lubanga hätte als Präsident der UPC/FPLC „an overall coordinating role“ inne gehabt, war „closely involved“ in die Entscheidungen zur Rekrutierung und „personally used children [...] amongst his bodyguards“, d.h. er leistete wesentliche Tatbeiträge für den Tatplan (para. 1356). Er handelte zudem „with the intent and knowledge necessary“ i.S.v. Art. 30 IStGH-Statut (para. 1357).

¹⁶³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 317-348 (strafrechtliche Verantwortlichkeit, insb. Mittäterschaft) sowie paras. 349-367 (subj. Anforderungen); für eine Diskussion siehe *Ambos* (Fn. 73), S. 744-748.

¹⁶⁴ Sondervotum des Richters Adrian Fulford, das dem Urteil (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842) beigelegt ist.

¹⁶⁵ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 976-1018 (siehe auch paras. 918-933, in denen die Kammer die Ansicht der Vorverfahrenskammer systematisch aufbereitet).

¹⁶⁶ *Ambos* (Fn. 73), S. 744-748.

¹⁶⁷ Vgl. *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl. 2004, S. 543 ff.; *ders.* (Fn. 49), § 7 Rn. 10 ff., 17 ff.; *ders.*, in: Triffterer (Fn. 129), S. 743 ff.

¹⁶⁸ So die Ansicht der Verteidigung, siehe ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 955, 983 („intrinsically criminal“).

¹⁶⁹ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges),

letzteres und schließt sich damit der Vorverfahrenskammer an. Zusätzlich verlangt sie jedoch „als Mindestanforderung“ „ein kritisches kriminelles Merkmal“, d.h. der Tatplan müsse „ein ausreichendes Risiko der Verbrechenbegehung bei gewöhnlichem Tatverlauf“ enthalten.¹⁷⁰ Die Kammer beruft sich dabei auf eine „Zusammenschau der Artikel 25 Abs. 3 lit. a und 30 IStGH-Statut“, ¹⁷¹ wobei allerdings unklar bleibt, was damit genau gemeint ist. Einerseits soll der „Statutumfang“ des Tatplans durch seine Spiegelung in der subjektiven Tatseite (Art. 30 IStGH-Statut) „festgelegt“ werden; andererseits führe die besagte Zusammenschau der Vorschriften dazu, dass „die Begehung der Tat nicht das übergeordnete Ziel der Mittäter darstellen“ müsse.¹⁷² Wird man den Tatplan, im Lichte seiner gemischt objektiv-subjektiven Struktur, auch unter Rückgriff auf den ursprünglichen Willen der Mittäter, ihren gemeinsamen Tatentschluss, bestimmen können,¹⁷³ so bleibt doch unklar, wie der Rückgriff auf die subjektive Seite (die „Zusammenschau“) demonstrieren kann, dass ein Tatplan immer ein über die schlichte Tatbegehung hinausgehendes übergeordnetes Ziel enthält. Ich bin nicht einmal überzeugt, dass ein bloßes „kritisches kriminelles Merkmal“ zur Annahme eines mittäterschaftlichen Tatplans ausreichen soll. Denn schließlich geht es hier nicht um irgendeinen Plan (z.B. den „Plan“ eines Kurzwochendurlaubs in London), sondern um einen Plan, der die Grundlage einer gemeinschaftlichen Verbrechenbegehung und damit der gegenseitigen Zurechnung der verschiedenen Tatbeiträge darstellt.¹⁷⁴ Ein solcher Plan kann nicht überwiegend nicht-kriminell sein, sondern muss – das wäre meine „Mindestanforderung“ – eine mehr oder weniger konkrete Straftat zum Gegenstand haben; andernfalls liegt nichts vor, was gegenseitig zugerechnet werden

könnte.¹⁷⁵ Vielleicht ergibt sich diese Ansicht ja auch aus den folgenden, allerdings nicht sehr klaren Worten der Kammer: „die subjektive Voraussetzung, dass der gemeinsame *Tatplan* die Begehung einer *Straftat einschloß* [sic!], ist dann erfüllt, wenn die Mittäter wussten, dass nach gewöhnlichem Tatverlauf die Ausführung des Plans zur Begehung eben jener Straftat führen würde.“¹⁷⁶ Der Gerichtshof wird diesen Punkt jedenfalls in der zukünftigen Rechtsprechung klarstellen müssen.

Hinsichtlich der Anforderungen an den Tatbeitrag folgt die Kammer der bisherigen Rechtsprechung und fordert einen wesentlichen Tatbeitrag.¹⁷⁷ Eigentlich bedürfte dies keiner besonderen Erwähnung, hätte sich die Kammer nicht um eine grundsätzliche Begründung für diese Ansicht bemüht. Im Wesentlichen stellt die Mehrheit der Richter auf die hierarchische Struktur der in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut enthaltenen Beteiligungsformen ab. Daraus ergebe sich – mit Blick auf den Grad der Verantwortlichkeit und die persönliche Vorwerfbarkeit – ein Vorrang der in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut normierten Täterschaft gegenüber den in Art. 25 Abs. 3 lit. b bis d IStGH-Statut genannten Teilnahmeformen.¹⁷⁸ Würde man die Anforderungen an den Tatbeitrag

para. 344. Siehe auch ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 291 (bzgl. Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut); ICC (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 23.1.2012 – ICC-01/09-02/11 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 399 sowie ICC (Pre-Trial Chamber II), Entscheidung v. 23.1.2012 – ICC-01/09-02/11 (Decision on the Confirmation of Charges), para. 301.

¹⁷⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 984 („However, it is necessary, as a minimum, for the prosecution to establish the common plan included a critical element of criminality, namely that, its implementation embodied a sufficient risk that, if events follow the ordinary course, a crime will be committed.“); ebenso para. 987.

¹⁷¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 985 („A combined reading of Articles 25(3)(a) and 30 leads to the conclusion that committing the crime in question does not need to be the overarching goal of the co-perpetrators.“).

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Vgl. *Ambos*, LJIL 22 (2009), 715 (721).

¹⁷⁴ Zum wichtigen Merkmal der gegenseitigen Zurechnung bei der Mittäterschaft s.u. Fn. 191 und Haupttext.

¹⁷⁵ In der nationalen Strafrechtslehre ist es weitgehend unumstritten, dass der Plan mehr oder weniger konkrete Straftaten umfassen muss, siehe zur deutschen Rechtslage: *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 196; ebenso *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 176; *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 237; siehe zur englischen Rechtslage: *Simester/Spencer/Sullivan/Virgo*, *Simester and Sullivan's Criminal Law – Theory and Doctrine*, 4. Aufl. 2010, S. 234 („There must be [...] an agreement, or reciprocal understanding, between S and P to pursue crime A“; *Ormerod*, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13. Aufl. 2011, S. 218 („[...] in the case of joint enterprise based on joint principalship [*Hervorhebung im Original*], [...] it is necessary for there to be an agreement to commit crime X and for a shared common purpose to commit crime X“); *Card*, *Card, Cross and Jones Criminal Law*, 19. Aufl. 2010, S. 783: „A joint criminal venture exists where two (or more) people engage together with the common purpose that an offence be committed.“ (übrige *Hervorhebungen* durch den Verf.).

¹⁷⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 986 („[T]he mental requirement that the common plan included the commission of a crime will be satisfied if the co-perpetrators knew that, in the ordinary course of events, implementing the plan will lead to that result.“ (*Hervorhebungen* durch den Autor).

¹⁷⁷ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 999, 1006 (mit detaillierten Nachweisen in Fn. 2705).

¹⁷⁸ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 999.

reduzieren, so würde man „das Konzept der Täterschaft seiner Fähigkeit berauben, die persönliche Vorwerfbarkeit jener Personen zum Ausdruck zu bringen, die die höchste Verantwortlichkeit für die Begehung internationaler Verbrechen tragen.“¹⁷⁹ Die Mehrheit der Richter findet eine Stütze für die von ihr implizit zugrundegelegte, normativ begründete Abstufung der verschiedenen Beteiligungsformen insbesondere in den Anforderungen an den Tatbeitrag in Abs. 3 lit. a gegenüber Abs. 3 lit. c¹⁸⁰ und lit. d¹⁸¹, den Einschränkungen der Versuchsstrafbarkeit gemäß Abs. 3 lit. f gegenüber der Vollendungsstrafbarkeit (von täterschaftlichem Handeln gem. Abs. 3 lit. a)¹⁸² sowie der (tatsächlichen) Abhängigkeit der Teilnahme von der Täterschaft (Haupttat), wie sie sich aus dem Verweis auf das (versuchte) Verbrechen in Abs. 3 lit. b und lit. c ergibt.¹⁸³

Radikal anders sieht dies jedoch Richter Fulford. Er erkennt weder eine klare Trennung der Beteiligungsformen in Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut¹⁸⁴ noch eine Hierarchie unter

¹⁷⁹ Ibid. („It would be possible to expand the concept of principal liability [or ‚commission‘ or ‚perpetration‘], to make it more widely applicable, by lowering the threshold that the accused’s contribution be essential. Lowering that threshold would deprive the notion of principal liability of its capacity to express the blameworthiness of those persons who are the most responsible for the most serious crimes of international concern.“).

¹⁸⁰ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 997 („If accessories must have had ‚a substantial effect on the commission of the crime‘ to be held liable, then co-perpetrators must have had, pursuant to a systematic reading of this provision, more than a substantial effect.“ [Fn. weglassen]).

¹⁸¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 996 („[...] systematic reading of these provisions leads to the conclusion that the contribution of the co-perpetrator who ‚commits‘ a crime is necessarily of greater significance than that of an individual who ‚contributes in any other way to the commission‘ of a crime.“).

¹⁸² ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 998 („Only those individuals who attempt ‚to commit‘ a crime, as opposed to those who participate in a crime committed by someone else, can be held liable under that provision.“).

¹⁸³ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 998 („The same conclusion is supported by the plain language of Articles 25(3)(b) and (c), which require for secondary liability that the perpetrator at least attempt to commit the crime. As such, secondary liability is dependent on whether the perpetrator acts.“). Dasselbe gilt für lit. d, der Bezug nimmt auf „the commission or attempted commission of such a crime [...]“.

¹⁸⁴ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 7 („[...] often be indistinguishable in their application vis-à-vis a particular

situation, and by creating a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25(3) covers all eventualities. [...] not intended to be mutually exclusive.“).

ihnen an.¹⁸⁵ Zudem bezweifelt er, dass die „rigorose Unterscheidung“ zwischen den Beteiligungsformen irgendeinen Nutzen hat, insbesondere im Hinblick auf ihren mangelnden Einfluss auf die Strafzumessung.¹⁸⁶ Die Qualifikation des Tatbeitrags als „wesentlich“ finde keine Stütze im Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut, insbesondere sei Kausalität nicht erforderlich.¹⁸⁷ So sei es ausreichend, „dass eine Person zu einem Verbrechen durch die gemeinsame Begehung mit einem anderen oder mehreren beitrage“,¹⁸⁸ dass der Beitrag direkt oder indirekt mit der Tat in Verbindung stehe.¹⁸⁹ Damit würde auch „eine hypothetische Untersuchung, wie sich das Geschehen ohne das Eingreifen des Angeklagten entwickelt hätte, entbehrllich.“¹⁹⁰

Bevor ich mich zu diesen diametral entgegengesetzten Positionen äußere, sei klargestellt, dass Übereinstimmung sowohl in der Kammer¹⁹¹ also auch allgemein in der Rechtsprechung und Literatur¹⁹² dahingehend besteht, dass die auf einem gemeinsamen Tatplan oder einer gemeinsamen Absprache beruhende koordinierte oder gemeinsame mittäter-schaftliche Tatbegehung zu einer gegenseitigen Zurechnung der Tathandlungen führt. Daher ist es gerade nicht notwendig, dass der Mittäter persönlich und unmittelbar an der Ausführung der Tat beteiligt ist; insbesondere muss er nicht am Tatort anwesend sein, sondern die physische Präsenz des oder der anderen Mittäter wird ihm zugerechnet.¹⁹³ Doch auch

situation, and by creating a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25(3) covers all eventualities. [...] not intended to be mutually exclusive.“).

¹⁸⁵ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 8 (der sich auf den Vergleich zwischen den Unterabsätzen lit. a Alt. 3 [„through another person“] und lit. b sowie zwischen lit. c und d bezieht).

¹⁸⁶ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 9 („I am also unpersuaded that it will assist the work of the Court to establish a hierarchy of seriousness that is dependent on creating rigorous distinctions between the modes of liability within Article 25(3) of the Statute.“).

¹⁸⁷ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 15.

¹⁸⁸ Ibid. („[T]he prosecution must simply demonstrate that the individual contributed to the crime by committing it with another or others.“).

¹⁸⁹ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 17.

¹⁹⁰ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 17 („It avoids a hypothetical investigation as to how events might have unfolded without the accused’s involvement [...]“).

¹⁹¹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 994 und Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 16.

¹⁹² Vgl. Ambos, in: Triffterer (Fn. 129), Art. 25 Rn. 8 und 9a; ders. (Fn. 73), S. 744-746 (Auseinandersetzung mit der Entscheidung der Vorverfahrenskammer), jeweils m.w.N.

¹⁹³ Im Ergebnis ebenso ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 1003-1005 und Fulford Sondervotum (Fn. 164), paras. 12, 15. Anders („personal and direct participation“) jedoch die Ansicht der Verteidigung (paras. 949, 1002).

insoweit, ungeachtet dieser Übereinstimmungen im Ergebnis, besteht ein grundsätzlicher Unterschied in den Ansätzen der Mehrheit der Kammer einerseits und von Richter Fulford andererseits. Während die Mehrheit ihr Verständnis von Mittäterschaft auf die Tatherrschaftslehre stützt,¹⁹⁴ distanziert sich Fulford ganz explizit von dieser Lehre¹⁹⁵ und beruft sich dabei auf den Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut.¹⁹⁶ Deshalb handelt es sich bei dem Dissens zwischen der Mehrheit und Fulford auch weniger um eine Differenz im Detail – bezüglich der richtigen Auslegung eines konstatierenden Merkmals einer Beteiligungsform („Tatbeitrag“) – sondern um eine Grundsatzfrage, nämlich wieviel strafrechtliche Theorie oder Dogmatik das Völkerstrafrecht (hier: die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit) verträgt oder, aus strafrechtstheoriefreundlicher Sicht, wieviel es benötigt. Fulford neigt offensichtlich eher zu einem pragmatischen, aus Praktikersicht auch durchaus nachvollziehbaren Ansatz, indem er sein Rechtsverständnis ausschließlich auf eine Auslegung des Wortlauts der betreffenden Rechtsquellen stützen und auf ergänzende theoretische Überlegungen nur als ultima ratio zurückgreifen will.¹⁹⁷ Der Grund für die Ablehnung der Tatherrschaftslehre resultiert bei Fulford denn auch weniger aus einer gründlichen (theoretischen) Abwägung des Für und Wider dieser Lehre¹⁹⁸ (wie man sie in der

Literatur findet),¹⁹⁹ sondern aus dem deutschen Ursprung dieser Lehre sowie ihrer mangelnden Grundlage im IStGH-Statut.²⁰⁰ Mit solchen formalen Argumenten kann die Tatherrschaftslehre aber nicht widerlegt werden. Ihren geographischen Ursprung gegen diese Lehre anzuführen, ist augenscheinlich ein kaum ernstzunehmendes Argument, denn niemand kann ernsthaft behaupten, dass die Überzeugungskraft einer Theorie von ihrem geographischen Ursprung oder ihrer Urheberschaft abhängt;²⁰¹ vielmehr muss sie sich an normativen und praktischen Überlegungen messen lassen,²⁰² hier insbesondere an ihrer Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Abgrenzung der unterschiedlichen Beteiligungsformen von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut. Solange eine rechtliche Theorie einen gewissen Grad an Überzeugungskraft besitzt, kann sie grundsätzlich auch auf ausländische Rechtssysteme übertragen (wie dies in der Tat bei der Tatherrschaftslehre der Fall ist)²⁰³ und sogar zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz i.S.v. Art. 21 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut werden. Nimmt man Fulfords Kernaussage näher in den Blick, wird denn auch schnell deutlich, dass seine Ablehnung der Tatherrschaftslehre weniger auf der (deutschen) Herkunft dieser Lehre, sondern eher auf einem radikal rechtspositivistischen Ansatz beruht, der den Wortlaut einer Vorschrift zur einzig gültigen Auslegungsmethode erhebt und jeglichen theoretischen Überlegungen (von wo und wem auch immer sie stammen) eine Absage erteilt. Der Wortlaut alleine reicht jedoch zur Rechtsfindung praktisch nie aus, handelt es sich bei der Rechtswissenschaft doch um eine *normative*, keine empirische Wissenschaft und kann damit das Recht auch nicht im Wege rein empirisch-naturalistischer Methoden gefunden werden. Abstrakte Rechtsnormen sind voll von normativen und damit auslegungsbedürftigen Begriffen und schon deshalb bedarf es theoretischer Ansätze, um plausible und vernünftige Bedeutungen erken-

¹⁹⁴ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 1003-1005. Konkret stützte sich die Vorverfahrenskammer auf die funktionelle Tatherrschaftslehre, siehe ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 330-334, 342; *Ambos* (Fn. 73), S. 745.

¹⁹⁵ Fulford Sondervotum (Fn. 164), paras. 10-12.

¹⁹⁶ Fulford Sondervotum (Fn. 164), paras. 12 („plain reading of Article 25(3)(a)“, „unnecessary to invoke the control of the crime theory“), 13 („Court’s approach to this issue should be rooted in the plain text of the Statute“), 16.

¹⁹⁷ Siehe beispielsweise die Zitate o. Fn. 196.

¹⁹⁸ Fulford setzt sich lediglich in seiner Fn. 20 etwas mit der Tatherrschaftslehre auseinander (Sondervotum [Fn. 164], para. 10) und meint dort eine Abweichung der Vorverfahrenskammer von *Roxin*s Lehre erkennen zu können. Diese Auseinandersetzung ist aber mindestens aus drei Gründen unzureichend und teilweise auch unzutreffend: Erstens setzt sich Fulford nur mit wenigen Seiten (280-285) des insgesamt 820 S. umfassenden Werks von *Roxin* „Täterschaft und Tatherrschaft“ (8. Aufl. 2006) auseinander (wobei er die 6. Aufl. 1994 zitiert). Auf diesen Seiten geht es lediglich um die funktionale Tatherrschaftslehre, die ja bekanntlich die Grundlage des *Roxin*schen Entwurfs der Mittäterschaft darstellt und deren Grundlage die (allgemeine) Tatherrschaftslehre ist, die Fulford völlig ablehnt. Zweitens übersieht Fulford, dass der „frustration standard“, den die Vorverfahrenskammer u.a. anlegt, eine direkte Konsequenz der funktionalen Tatherrschaftslehre ist (s.o. Fn. 194) und damit ein zentrales Element von *Roxin*s Mittäterschaftsverständnis (siehe nur *Roxin* [Fn. 175], § 25 Rn. 188). Drittens verkennt Fulford, was die Anwendbarkeit des *dolus eventualis* Maßstabs angeht, dass sich

Roxin lediglich allgemein auf den Vorsatz i.S.v. § 16 StGB bezieht. Nichts anderes tun aber sowohl Fulford selbst als auch die Kammer (vgl. unten Fn. 231 ff. und Haupttext). Natürlich beziehen sie sich dabei auf Art. 30 IStGH-Statut, und nicht auf § 16 StGB. Beide Vorschriften unterscheiden sich jedoch hinsichtlich Wortlaut und Auslegung (auf S. 285 von „Täterschaft und Tatherrschaft“, auf die sich Fulford beruft, beginnt *Roxin* lediglich den gemeinsamen Tatenschluß, nicht jedoch den subjektiven Tatbestand im Allgemeinen zu diskutieren).

¹⁹⁹ Siehe unten Fn. 213.

²⁰⁰ Fulford Sondervotum (Fn. 164), paras. 10-12.

²⁰¹ Niemand würde z.B. ernsthaft behaupten, Einsteins Relativitätstheorie sei nur in der Schweiz gültig, da sie im Wesentlichen die Frucht seiner Schweizer Jahre ist.

²⁰² Vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2012, S. 331, 340.

²⁰³ Zu ihrem Einfluss außerhalb Deutschlands siehe *Schünnemann*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 799 f.; zum verbreiteten Einfluss der Organisationsherrschaftslehre, insb. in spanisch- und portugiesischsprachigen Ländern siehe *Muñoz-Conde/Olásolo*, JICJ 9 (2011), 113.

nen zu können.²⁰⁴ Konkreter gesprochen hält Fulford die Tatherrschaftslehre (wie wohl auch jede andere Theorie) für irrelevant, weil er die von der Vorverfahrenskammer zu ihren Gunsten angeführten Argumente ablehnt: zum einen „die als notwendig erachtete klare Trennlinie zwischen den einzelnen Strafbarkeitsformen in Art. 25 Abs. 3 lit. a bis d IStGH-Statut“,²⁰⁵ zum anderen die Begründung mittäterschaftlicher Verantwortung auch für am Tatort nicht anwesende Tatbeteiligte.²⁰⁶ Nach meinem Dafürhalten haben die Vorverfahrenskammer und die Mehrheit der Kammer jedoch mit beiden Argumenten recht.

Was die hierarchische Struktur von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut anbelangt, so übersieht Fulford, dass sich die Verfasser des IStGH-Statuts bewusst gegen das von den Ad Hoc-Tribunalen bekannte Einheitstätersystem zugunsten eines – jedenfalls terminologischen – Differenzierungs- bzw. Beteiligungssystems entschieden haben.²⁰⁷ Der klare Wortlaut zieht insoweit die – nicht nur „vermeintliche“, sondern reale – Notwendigkeit nach sich, theoretische Grundlagen zur Abgrenzung der Beteiligungsformen des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut zu entwickeln. Die Gefahr einer Überschneidung dieser Beteiligungsformen, die Fulford zu Recht feststellt,²⁰⁸ ist gerade der Grund dafür, dass sich Wissenschaftler in Rechtssystemen mit einem Differenzierungsmodell – und in sol-

chen, die ein Einheitstätersmodell favorisieren (wie dem Englischen Rechtssystem, dem auch Richter Fulford angehört)²⁰⁹ – um Theorien bemühen, die eine solche Überschneidung möglichst vermeidet. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die grundsätzliche Entscheidung des IStGH-Statuts für eine Differenzierung der Beteiligungsformen theoretische Überlegungen zu deren Abgrenzung unverzichtbar macht. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass das stetige Ringen um eine Verbesserung der bestehenden Theorien bzw. die Erfindung neuer Theorien letztlich von der Überzeugung geleitet ist, dass die bereits auf der Zurechnungsebene vorgenommene Unterscheidung zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen und die daraus resultierende Entscheidung für den „richtigen“ Zurechnungstitel ein gerechteres und faireres Strafrechtssystem garantiert. Es geht also keineswegs nur – wie Richter Fulford meint²¹⁰ – rein ergebnis- und rechtsfolgenorientiert um die konkrete Strafzumessung.²¹¹ Wäre dies der Fall, so hätte die Unterscheidung der Beteiligungsformen im IStGH-System in der Tat wenig Sinn, denn der „Grad der Beteiligung“ ist lediglich einer von vielen „relevanten Faktoren“ für die Strafzumessung.²¹² Natürlich bedeutet all dies noch nicht, dass im Fall der Tatherrschaftslehre das letzte Wort gesprochen ist. Bekanntlich wird diese Lehre selbst hierzulande stark kritisiert und es werden ihr alternative Theorien gegenübergestellt.²¹³ Doch statt diese Lehre ohne weite-

²⁰⁴ Vgl. die ähnlichen methodischen Überlegungen des Sondertribunals für den Libanon in seiner wegweisenden Berufungsentscheidung zum (internationalen) Verbrechen des Terrorismus an (Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.2011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, paras. 19-21, 29-30, 37; zur allgemeinen Diskussion m.w.N. siehe Ambos, LJIL 24 (2011), 655 (657-659). Über die Literatur als „residual third source“ des Rechts, siehe Fletcher, JICJ 9 (2011), 179 (180) sowie (detaillierter) ders., U.C.Davis L.Rev. 31 (1998), 745 (746, 750).

²⁰⁵ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 6 („[T]he Pre-Trial Chamber’s adoption of the control of the crime theory was founded, in the first place, on the perceived necessity to establish a clear dividing line between the various forms of liability under Article 25(3)(a)-(d) of the Statute and, in particular, to distinguish between the liability of ‘accessories’ under Article 25(3)(b) and that of ‘principals’ under Article 25(3)(a) of the Statute. I respectfully disagree with this view.“ [Fn. weggelassen])

²⁰⁶ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 12.

²⁰⁷ Vgl. Ambos (Fn. 192), Art. 25 Rn. 2. Daher bleibt unklar, warum Dubber, JICJ 5 (2007), 977 (1000) ohne nähere Begründung argumentiert, dass bezüglich Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut „the American approach [on complicity] would appear to be a better fit“.

²⁰⁸ Siehe die Zitate von Fulford o. Fn. 184. Im Übrigen stellt Fulford (Sondervotum [Fn. 164], para. 8) lediglich lit. a vs. lit. b und lit. c vs. lit. d gegenüber, die sich, was die Beteiligungsform anbelangt, sehr ähnlich sind. Die Kammer vergleicht jedoch lit. a mit den lit. c und d, siehe o. Fn. 180 sowie 181.

²⁰⁹ Die englische Strafrechtslehre setzt sich seit langer Zeit mit verschiedenen Formen der Beteiligung auseinander, wobei sie insbesondere zwischen principal and secondary/accessorial/derivative responsibility unterscheidet, siehe bspw. Williams, Criminal Law. The General Part, 1953, S. 175-237 (principal v. and accessorial liability); Ormerod (Fn. 175), S. 184-245 (principal offender vs. secondary participation); Ashworth, Principles of Criminal Law, 6. Aufl. 2009, S. 403-436 (principals v. accessories); Card (Fn. 175), S. 765-814 (perpetrators v. accomplices); Simester u.a. (Fn. 175), S. 203-262 (S. 205: „modes of participation“); ebenso Wilson, Central issues in criminal theory, 2002, S. 195-223 (secondary participation).

²¹⁰ Fulford Sondervotum (Fn. 164), paras. 9, 11. Nebenbei sei angemerkt, dass Fulford das deutsche System insoweit missversteht (para. 11 Fn. 21). Lediglich beim „aiding“, also bei der Beihilfe, ist eine Milderung der Strafnorm per Beteiligungsform vorgesehen. Das bedeutet, dass nicht generell, wie Fulford vermutet, der Strafraum durch die Beteiligungsform festgelegt wird. Der Grund liegt eben darin, dass, wie im Text ausgeführt, die Differenzierung vor allem aus grundsätzlichen Erwägungen schon auf der Zurechnungsebene vorgenommen wird.

²¹¹ Richtig ist aber auch, dass aus Sicht des Differenzierungsmodells gerade auch die schon frühe Bestimmung der Beteiligungsform auf der Zurechnungsebene Auswirkungen auf die Strafzumessung hat und damit letztlich eine gerechtere Strafzumessung garantiert.

²¹² Siehe IStGH-Regel 145 Abs. 1 lit. c.

²¹³ Siehe z.B. Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, 2011, S. 351 (S. 359), der das Konzept der Tatmacht der Tatherrschaft vorzieht und i.Ü. ein abgestuftes Modell der Mehrebe-

re Auseinandersetzung abzulehnen, sollten eben jene (alternativen) Theorien Gegenstand einer sachkundigen Debatte vor dem IStGH sein. Nur auf diese Weise kann das Rechtssystem des IStGH weiter entwickelt und verbessert werden. Fulfords Position bedeutet in letzter Konsequenz eine Rückkehr zu einem Einheitstätersystem. Dies kann zwar de lege ferenda Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung sein,²¹⁴ doch obliegt die Entscheidung darüber nicht den Richtern, sondern den Vertragsstaaten des IStGH.

Der Vorteil der Anwendung der Tatherrschaftslehre (oder auch einer anderen Lehre) gegenüber dem von Fulford verfolgten, hier sog. „radikalen Wortlautansatz“ wird auch durch das zweite Argument der Vorverfahrenskammer bestätigt, denn die Lehre liefert in der Tat eine überzeugende Begründung gegen das Erfordernis einer Anwesenheit jedes Mittäters am Tatort.²¹⁵ Für Fulford folgt dies schlichtweg daraus, dass „dass das Verb ‚begeht‘ einen Beitrag fordert“ und nirgendwo im Statut davon die Rede ist, dass „ein Beitrag die direkte, physische Anwesenheit im Ausführungsstadium erfordert [...]“.²¹⁶ Dies klingt auf den ersten Blick plausibel, verkennt aber, dass der reine Wortlaut der Vorschrift, wie es im Übrigen bei fast allen Strafnormen der Fall ist, keine positive Begriffsbestimmung für das Wort „begeht“ liefert, geschweige denn eine Aussage über die Beschaffenheit des erforderlichen Tatbeitrags trifft. Bei genauerer Betrachtung taucht das Wort „Beitrag“ („contribution“) in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut gar nicht auf, sondern nur in Art. 25 Abs. 3 lit. d IStGH-Statut. Die Anerkennung des „Beitrags“ als Voraussetzung mittäterschaftlicher Haftung ist daher eher das Ergebnis theoretischer Überlegungen, genaugenommen von Auslegungsmethoden, die über die reine grammatische Auslegung hinausgehen. So ist es auch wenig überraschend, dass angesichts der „Klarheit“ („plainness“) des Normtextes

mentäterschaft vorschlägt; siehe auch die Nachweise in *Ambos*, JICJ 9 (2011), 137 (147 f. Fn. 59, 60 bzgl. Organisationsherrschaft); *Schünemann* (Fn. 203), S. 802 sieht den Einfluss der Tatherrschaftslehre in Deutschland schwinden; krit. zur Organisationsherrschaftslehre jüngst *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (100 f.).

²¹⁴ S. jüngst *Stewart*, LJIL 25 (2012), 165 (dessen Argumente jedoch auf einigen fehlerhaften und unpräzisen Annahmen beruhen [insb. die „Hitler as accomplice“-Annahme, S. 167, die sich durch den kompletten Beitrag zieht], der das österreichische Modell als seine Vorlage für ein Einheitsmodell ansieht [S. 205; dessen Nähe zu Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut übersieht er aber] und, das ist wohl das entscheidende, der weder eine Analyse von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut vornimmt [offensichtlich aufgrund der Annahme, dass die Vorschrift auf einem Differenzierungsmodell beruht] noch seine [alternative] „Theorie“ näher entwickelt).

²¹⁵ Siehe schon oben Fn. 193.

²¹⁶ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 15 („[T]he verb ‚commits‘ requires a contribution to the commission of the crime. Nothing in the Statute requires that the contribution must involve direct, physical participation at the execution stage of the crime, and, instead, an absent perpetrator may be involved.“).

Fulford eine Erklärung darüber schuldig bleibt, warum die Anwesenheit des Mittäters im Ausführungsstadium nicht erforderlich sein soll. Für diese Erklärung bedarf es nun einmal einer Theorie; die Tatherrschaftslehre stellt eine solche dar und liefert eine zumindest plausible Begründung.²¹⁷ Sie geht von funktionaler Tatherrschaft aus und bejaht diese unter bestimmten Umständen auch im Fall des abwesenden Mittäters, etwa dann wenn er mit seinen tatusführenden Kollegen über technische Kommunikationsmittel, etwas sein Mobiltelefon, verbunden ist und auf diese Weise die Tatherrschaft behält oder wenn ein Bandenchef einen Tatplan entworfen hat und dessen Ausführung durch die übrigen Bandenmitglieder minutiös und in allen Einzelheiten festgelegt hat. In solchen Fällen entscheidender Vorbereitungsakte kann der Planungs- und Organisationsbeitrag im Vorbereitungsstadium dem physisch erbrachten Tatbeitrag im Ausführungsstadium gleichrangig und deshalb mittäterschaftsbegründend sein.²¹⁸

Die (zutreffende) Ansicht, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut ein hierarchisches Beteiligungssystem vorsieht und die besondere Vorwerfbarkeit täterschaftlicher Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut betont,²¹⁹ hat zur logischen Folge, dass der Tatbeitrag dieses Täters größer sein muss als der eines Teilnehmers i.S.v. Art. 25 Abs. 3 lit. b und d IStGH-Statut. Das ist allerdings hinsichtlich Abs. 3 lit. b weniger eindeutig – insofern ist Fulford zuzustimmen²²⁰ –,

²¹⁷ Aus diesem Grund steht es in Deutschland praktisch außer Streit, dass die Abwesenheit am Tatort eine Mittäterschaft nicht a limine ausschließt (*Jescheck/Weigend* [Fn. 142], S. 680; *Roxin* [Fn. 175], § 25 Rn. 200; *Schünemann* (Fn. 175), § 25 Rn. 184). In England ist dies jedoch durchaus umstritten. Dort wird in der Regel verlangt, dass beide Mittäter „together [...] satisfy the definition of the substantive offence“ oder „each of them by his own act“ beitragen „to the causation of the conduct element of the offence, if all their acts together fulfill all the conduct elements [...]“ (*Ashworth* [Fn. 209], S. 404) oder „each with the relevant mens rea does distinct acts which together constitute the sufficient act for the actus reus of an offence“ (*Card* [Fn. 175], S. 766). Die entscheidende Frage ist also, ob die Tatbestandsmerkmale und deren Erfüllung eine Anwesenheit am Tatort voraussetzen. Laut *Card* ist das zumindest im australischen Recht so vorgesehen.

²¹⁸ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 111. Das ist in der deutschen Strafrechtslehre umstritten, siehe *Roxin* (Fn. 175), § 25 Rn. 198-218; *Jescheck/Weigend* (Fn. 142), S. 680; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 90-94.

²¹⁹ Fn. 177 mit Haupttext.

²²⁰ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 8 und schon Fn. 207. Fulford, *ibid.*, hat zudem nicht Unrecht, wenn er den Unterschied zwischen den lit. c und d hinterfragt (siehe zu diesem Thema meinen Kommentar zu Art. 25 Rn. 25 in der Neuauflage von Triffterers Kommentar zum IStGH-Statut, insb. mit Bezug auf den durch die Mbarushimana Confirmation Decision aufgestellten „significance standard“, oben Fn. 168, para. 283), doch ist dies für den Vergleich von lit. a mit den lit. b bis d irrelevant.

insbesondere ist das dort normierte „anordnen“ strukturell und systematisch eher bei Abs. 3 lit. a einzuordnen.²²¹ Hinsichtlich der klassischen Formen der akzessorischen Teilnahme in Abs. 3 lit. c und d hat die These aber ihre Berechtigung. Es ist deshalb notwendig, ein Abgrenzungskriterium zwischen dem Tatbeitrag eines Täters gegenüber dem eines Teilnehmers zu finden. Folgt man der Rechtsprechung der Ad Hoc-Tribunale, so muss der Tatbeitrag des Teilnehmers „erheblich“ („substantial“) sein²²² und somit derjenige des Täters „mehr als erheblich“. Natürlich muss dies durch die Rechtsprechung weiter konkretisiert werden. Jedenfalls ist auch dieser Ansatz dem Fulfords überlegen, denn dieser fordert lediglich einen Tatbeitrag „zum Verbrechen“, eine „kausale Verbindung zwischen dem Tatbeitrag des Einzelnen und dem Verbrechen“.²²³ Das aber ist viel zu unpräzise, um eine Abgrenzung zwischen dem Tatbeitrag eines Täters und Teilnehmers zu ermöglichen. Solche unbestimmten Formulierungen stehen im Übrigen in eklatantem Widerspruch zu den ansonsten von Fulford zu Recht aufgestellten Fairnessmaßstab, der bekanntlich fast zur Aussetzung des des Lubanga-Verfahrens geführt hat.²²⁴ Schließlich ist Fulford hinsichtlich des Kausalitätserfordernisses nicht konsequent: Einerseits lehnt er es mit Verweis auf das Wesentlichkeitskriterium ab,²²⁵ andererseits fordert er, wie bereits zitiert, eine kausale Verbindung zwischen dem Tatbeitrag und dem Verbrechen.²²⁶ Letzteres ist offensichtlich zutreffend, schließlich ist die Kausalität ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal jedes Verbrechenstatbestands.²²⁷ Für Fulford ist die Kausalität jedoch implizit auch im Wesentlichkeitskriterium enthalten, womit er übersieht, dass dies nur eine weitere Folge der hierarchischen Struktur von Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut und dem Bedürfnis nach einer Abstufung der Beteiligungsformen ist.

2. Die subjektive Seite

Die Kammer schlägt folgende subjektive Voraussetzungen der Mittäterschaft vor:

- „(i) the accused and at least one other perpetrator *meant* to conscript, enlist or use children under the age of 15 to participate actively in hostilities or they were *aware* that in implementing their common plan this consequence, will occur in the ordinary course of events’; and
- (ii) the accused was *aware* that he provided an essential contribution to the implementation of the common plan.“²²⁸

Damit wendet die Kammer – einschließlich Richter Fulford²²⁹ – die allgemeine Vorschrift des Art. 30 IStGH-Statut auf die Mittäterschaft²³⁰ und das betreffende Kriegsverbrechen aus Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut an und lehnt die umstrittene (zusätzliche) Voraussetzung des „Bewusstseins der tatsächlichen Umstände der gemeinsamen Kontrolle“ („awareness as to the factual circumstances of the joint control“) ab.²³¹ Dies ist überzeugend, denn, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,²³² verlangt diese Voraussetzung zu viel von einem Mittäter, der ja – anders als der mittelbare Täter – die Tat nicht alleine, sondern nur gemeinsam mit anderen beherrscht, so dass eben nur eine horizontale – nicht vertikale – Form der Tatherrschaft besteht. Was die Anwendbarkeit von Art. 30 IStGH-Statut angeht, so ist diese ebenfalls grundsätzlich zu befürworten, doch wird nicht recht klar, welche Teile der Vorschrift die Kammer konkret anwendet. Art. 30 IStGH-Statut definiert die subjektiven Merkmale mit Blick auf drei unterschiedliche Bezugspunkte (Verhalten, Folge und äußere Begleitumstände).²³³ Die Kammer hätte

²²⁸ ICC (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1013 (*Hervorhebungen* durch den Autor).

²²⁹ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 17 lit. d. („Intent and knowledge as defined in Article 30 [...]“).

²³⁰ Siehe auch ICC (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1357 („Lubanga acted with the intent and knowledge [...] required by Article 30“); siehe schon Fn. 161.

²³¹ Diese Voraussetzung wurde von der Lubanga Vorverfahrenskammer eingeführt (ICC [Pre-Trial Chamber I], Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 [Decision on the Confirmation of Charges], para. 366), von der Bemba Vorverfahrenskammer übernommen (ICC [Pre-Trial Chamber II], Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 [Decision on the Confirmation of Charges], para. 351), aber von der Katanga/Chui Vorverfahrenskammer abgelehnt (ICC [Pre-Trial Chamber I], Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/05-01/08 [Decision on the Confirmation of Charges], paras 534 f.). Im Urteil ICC (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) wird sie in para. 1008 nur genannt.

²³² Ambos, LJIL 22 (2009), 715 (719 f.).

²³³ Vgl. grundlegend Clark, CLF 12 (2001), 291 (305-307); siehe auch Ambos (Fn. 167 – AT), S. 762-772; ders., La parte general del derecho penal internacional, 2. Aufl. 2006, S. 389-399. Zur konkreten Anwendbarkeit auf die Verbrechen siehe Ambos (Fn. 167 – AT), S. 772 ff.; ders., in: Voh-

²²¹ Ambos (Fn. 192), Art. 25 Rn. 14.

²²² Ambos (Fn. 192), Art. 25 Rn. 17; ICC (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 997.

²²³ Siehe die Zitate oben Fn. 187 sowie 188 und Haupttext („A contribution to the crime, which may be direct or indirect, provided either way there is a causal link between the individual’s contribution and the crime.“).

²²⁴ Abgesehen von seiner strengen Lesart von Art. 54 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut und der daraus resultierenden Disclosure Problematik (o. Fn. 90 und passim) sind es auch Gerechtigkeitserwägungen, die Fulford dazu bewegen, seinen abweichenden Beteiligungsmaßstab nicht auf den Angeklagten zu übertragen (Fulford Sondervotum [Fn. 164], paras. 2, 19-21).

²²⁵ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 15.

²²⁶ Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 16.

²²⁷ Vgl. Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, 1998, S. 59-73.

daher klarstellen müssen, auf welche dieser Bezugspunkte sie sich bezieht. Nimmt man den Vorschlag der Kammer beim Wort, so ergibt sich eindeutig nur aus dem Begriff „consequence“ in der zweiten Alternative von sublit. i, dass sich dieser Teil auf Art. 30 Abs. 2 lit. b Alt. 2 IStGH-Statut beziehen muss. Unklar ist hingegen, ob sich die erste Alternative dieses Absatzes („meant to conscript [...]“) auf Art. 30 Abs. 2 lit. a oder b Alt. 1 IStGH-Statut bezieht. Der Verweis auf den „conduct“ von Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut lässt die Inbezugnahme von Art. 30 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut vermuten, dem scheint aber die Disjunktion „or“ zu widersprechen, denn diese taucht nur in Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut auf. Eine alternative Lesart von sublit. i scheint also die Anwendbarkeit von Art. 30 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut auszuschließen, weil dessen Buchstaben a und b kumulative (nicht alternative) Voraussetzungen bezüglich der jeweiligen Bezugspunkte aufstellen. Zwar existiert mit Art. 30 Abs. 3 IStGH-Statut ein weiterer alternativer („or“) Maßstab, diese Vorschrift bezieht sich jedoch auf die Folge („consequence“) und die Begleitumstände („circumstance“), nimmt also das Verhalten („conduct“), auf das sich sublit. i bezieht, gerade nicht in Bezug. Unklar ist auch, auf welchen Teil von Art. 30 sublit. ii IStGH-Statut Bezug nimmt, denn der dort verwendete Bewusstseinsmaßstab („aware“) ist im Rahmen von Art. 30 IStGH-Statut nur auf die Folge (Art. 30 Abs. 2 lit. b Alt. 2 IStGH-Statut) oder äußere Begleitumstände (Art. 30 Abs. 3 Alt. 1 IStGH-Statut) anwendbar. Gehört aber der mittäter-schaftliche Tatbeitrag nicht eher zur Verhaltensbeschreibung der Mittäterschaft, also zum „conduct“? Er kann sicherlich weder als Folge (Erfolg, Ergebnis)²³⁴ noch als Begleitumstand (eine tatbestandsrelevante Tatsache,²³⁵ etwa in casu das Alter der Kindersoldaten; dazu sogleich) angesehen werden.

Was den erforderlichen Vorsatzgrad angeht, so hält die Kammer einen *dolus eventualis*, in Übereinstimmung mit der *Bemba* Vorverfahrenskammer,²³⁶ nicht für ausreichend.²³⁷ Sie beruft sich dabei nicht nur auf die *travaux*, sondern auch auf den Wortlaut von Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut, wonach Vorsatz im Hinblick auf bestimmte Folgen vorliegt, wenn dem Täter bewusst ist, „dass diese im Verlauf der Ereignisse eintreten werden“ und nicht nur eintreten können.²³⁸ Für die

rah u.a. (Hrsg.), *Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Antonio Cassese*, 2003, S. 11.

²³⁴ Vgl. *Clark*, CLF 12 (2001), 291 (306).

²³⁵ Siehe z.B. *Williams*, *Textbook of Criminal Law*, 2. Aufl. 1983, S. 115.

²³⁶ ICC (Pre-Trial Chamber II), *Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Decision on the Confirmation of Charges)*, paras. 360-369.

²³⁷ ICC (Trial Chamber I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute)*, para. 1011.

²³⁸ ICC (Trial Chamber I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute)*, para. 1011. Diese Ansicht habe ich schon in CLF 10 (1999), 1 (21 f.) vertreten. Die Kammer zitiert in Fn. 2723 zitiert die einschlägige Studie des War Crimes Research Office der American University (*Modes of liability and the mental ele-*

Kammer beruht dieser Bewusstseinsmaßstab,²³⁹ nach meiner Lesart ihrer etwas komplizierten Ausführungen,²⁴⁰ auf einer Risikoprognose des betreffenden Beteiligten, d.h. auf der Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit, dass sein Verhalten zu einem bestimmten schädigenden Erfolg „im gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse“ führen wird: „At the time the co-perpetrators agree on a common plan and throughout its implementation, they must know the existence of a risk that the consequence will occur.“²⁴¹ Dieses vorgestellte Risiko „darf nicht weniger sein als ein Bewusstsein“ mit Blick auf das Eintreten des schädigenden Ereignisses, d.h. „ein geringes Risiko reicht dazu nicht aus.“²⁴² Auch hier hält Richter Fulford jegliche (theoretische) Untersuchung zur Feststellung der Bedeutung des Bewusstseinsmaßstabs für „nicht hilfreich“, denn der Wortlaut sei „klar und verständlich“ und der Gebrauch anderer Begriffe trage nur zur Verwirrung bei.²⁴³ Meines Erachtens hat Fulford hier erneut zu viel Vertrauen in den „reinen“ Wortlaut einer Vorschrift.²⁴⁴ Zwar ist ihm zuzugeben, dass die Formulierungen der Kammer etwas umständlich sind und daher Irritationen hervorrufen können,²⁴⁵ doch ändert dies nichts daran, dass die Erläuterung abstrakter rechtlicher Maßstäbe sinnvoll und hilfreich ist (der Leser möge selbst entscheiden, ob meine Umformulierung des von der Kammer vorgeschlagenen Maßstabs zu einem besseren Verständnis beiträgt).

Schließlich widmet sich die Kammer der Frage des Wissensmaßstabs in Bezug auf die Altersgrenze (Kinder unter fünfzehn Jahren) in Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-

ment, 2010), die sich jedoch ihrerseits auf andere Autoren beruft (siehe dort S. 70 Fn. 227).

²³⁹ Art. 30 Abs. 2 lit. b Alt. 2 IStGH-Statut: „person [...] is aware that it [the consequence] will occur in the ordinary course of events“. Die Wiedergabe der Kammer in para. 1012 ist ungenau.

²⁴⁰ Die Kammer sagt das so: „means that the participants anticipate, based on their knowledge of how events ordinarily develop, that the consequence will occur in the future“ (ICC [Trial Chamber I], *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute]*, para. 1012). Wenn im Übrigen „risk“ mit Bezug auf „danger“ definiert wird, dann kann letzteres kein autonomer Maßstab sein, wie die Kammer suggeriert („inherent to the notions of ‚risk‘ and ‚danger‘“).

²⁴¹ ICC (Trial Chamber I), *Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute)*, para. 1012.

²⁴² *Ibid.* („As to the degree of risk, and pursuant to the wording of Article 30, it must be no less than awareness on the part of the co-perpetrator that the consequence ‚will occur in the ordinary course of events‘. A low risk will not be sufficient.“)

²⁴³ Fulford *Sondervotum* (Fn. 164), para. 15 („unhelpful“ weil „the words are plain and readily understandable, and it is potentially confusing to reformulate or to interpret this test using other words.“).

²⁴⁴ Siehe schon oben Fn. 203 und Haupttext.

²⁴⁵ Siehe oben Fn. 241.

Statut.²⁴⁶ Soweit – wie soeben ausgeführt – das Alter des Opfers einen äußeren Begleitumstand i.S.v. Art. 30 Abs. 3 Alt. 1 IStGH-Statut darstellt, muss der Täter sich des Alters bewusst sein. Nach den zu Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vii IStGH-Statut entwickelten Verbrechenselemente reicht es jedoch aus, wenn der Täter das Alter des Kindes „hätte kennen sollen“ („should have known“).²⁴⁷ Daraus ergeben sich zwei Fragen, nämlich zum einen ob die Verbrechenselemente überhaupt vom Statut abweichende Maßstäbe vorsehen dürfen und zum anderen, sollte man dies bejahen, was mit dem „should have known“ Maßstab in unserem Zusammenhang genau gemeint ist. Die Kammer ließ beide Fragen offen, weil sich die Parteien (auch die Anklagebehörde)²⁴⁸ ohnehin für den strengeren Wissensmaßstab aussprachen und es schließlich nicht um die Entscheidung abstrakter Rechtsfragen geht.²⁴⁹ Auch wenn dieser minimalistische Ansatz aus Gründen der Verfahrensökonomie nachvollziehbar ist, so überzeugt er in diesem Zusammenhang nicht. Verfahrensrechtlich ist, wie schon oben erläutert (II. 1.), eine Kammer nicht an die Anträge der Prozessparteien gebunden. Zwar *kann* sie den Parteien die Verantwortlichkeit zur Beweispräsentation überlassen – in casu hat sie das tatsächlich auch getan²⁵⁰ –, doch ist sie nicht dazu verpflichtet, denn das Verfahrensrecht des Gerichtshofs ist gerade kein rein adversatorisches. Der Kammer steht in Beweisfragen ein weites Ermessen zu,²⁵¹ weshalb sie über Rechtsfragen entscheiden kann, wann immer sie es für richtig und angemessen hält. Natürlich hat dieses Ermessen praktische Grenzen, weshalb auch die Ansicht von Richterin Odio Benito, dass die Kammer „unabhängig von ihrer Beurteilung der Beweislage“ und den Anklagepunkten auf alle relevanten Rechtsfragen, insbesondere mit Blick auf die Opferinteressen,²⁵² eingehen müsse, sicherlich zu weitgehend ist. Denn

dies würde einen Strafgerichtshof, der letztlich eben weder ein Menschenrechtsgerichtshof noch eine Wahrheitskommission ist, langfristig überfordern und damit der Sache des völkerstrafrechtlichen Schutzes der Menschenrechte einen Bärendienst erweisen. Dennoch hätte die Kammer auf die Frage des Wissensmaßstabs eingehen sollen und zwar schon deshalb, weil sich die Vorverfahrenskammer noch zu Ungunsten des Angeklagten auf den „should have known“ Maßstab der Verbrechenselemente berufen und dies damit begründet hatte, dass dies eine zulässige Abweichung von Art. 30 IStGH-Statut im Sinne der dort normierten Öffnungsklausel („sofern nichts anderes bestimmt ist“) darstelle.²⁵³ Die entscheidende und grundsätzliche Frage ist also, ob in Abweichung von Art. 30 IStGH-Statut auf eine Rechtsquelle außerhalb des IStGH-Statuts, insbesondere die Verbrechenselemente, zurückgegriffen werden kann. Die Vorverfahrenskammer bejahte dies, begründete ihre Ansicht jedoch nicht. Damit ist sie, wie jetzt auch die Kammer, der Frage ausgewichen, wie Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut, der die Verbrechenselemente als subsidiär zum IStGH-Statut einstuft,²⁵⁴ mit Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut, der das Statut, die Verbrechenselemente sowie die Verfahrensregeln auf eine Stufe stellt, in Einklang gebracht werden kann.²⁵⁵ Die Al-Bashir-Vorverfahrenskammer schlug insoweit einen Test des „unversöhnlichen Widerspruchs“ („irreconcilable contradiction“) vor, wonach das Statut den Verbrechenselementen vorgehe, wenn andernfalls ein unversöhnlicher Widerspruch zwischen den betreffenden Normen bestehe.²⁵⁶ Dieser Vorschlag konterkariert meines Erachtens Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut, der die Vereinbarkeit der (subsidiären) Verbrechenselemente mit dem Statut verlangt. Die Kammer hätte die Gelegenheit nutzen und sich zu diesem Thema klarstellend äußern sollen.

²⁴⁶ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 1014 f.

²⁴⁷ Verbrechenselemente (Fn. 115).

²⁴⁸ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 942-944.

²⁴⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 1015 („it is unnecessary to approach the case on any other basis, and it would be inappropriate to rule on these substantive issues in the abstract.“). Fulford Sondervotum (Fn. 164), para. 16 lit. d. will aus Fairnessgründen auch den Wissensmaßstab anwenden. In casu kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass Lubanga sich des Alters der Kinder „voll bewusst“ („fully aware“) war (ICC [Trial Chamber I], Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 [Judgment pursuant to Article 74 of the Statute], paras. 1347-1348).

²⁵⁰ Siehe oben Fn. 45 und Haupttext.

²⁵¹ Siehe oben Fn. 47 sowie ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), para. 95 mit Fn. 224 wie o. Fn. 46 zitiert.

²⁵² Odio Benito Sondervotum (Fn. 21), paras. 6-8 (insbes. 6) („It would consequently be contrary to the ‚object and pur-

VI. Schlussbetrachtungen

Neben den behandelten substantiellen Rechtsfragen weist das Urteil auch einige weitere interessante Charakteristika auf, die zum Schluss kurz angesprochen werden sollen. Zunächst fällt auf, dass sich die Kammer in weiten Teilen auf die confirmation decision der Vorverfahrenskammer stützt, von ihrer ausführlichen Zitierung bis zur kompletten Übernahme der darin geäußerten Ansichten. Das zeigt, dass die Arbeit im Zwischenverfahren nicht vergeblich ist und ihm nicht nur

pose‘ of the Rome Statute, contrary to international recognised human rights and discriminatory under Article 21(3), not to define the legal concepts of enlistment, conscription and use to participate actively in the hostilities, independently of the evaluation of the evidence tendered during trial or the scope of the charges brought against the accused.“ [Fn. weggelassen]).

²⁵³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Decision on the Confirmation of Charges), paras. 356-359.

²⁵⁴ Vgl. Ambos (Fn. 135 – IntStR), § 6 Rn. 30 m.w.N.

²⁵⁵ Krit. Ambos (Fn. 73), S. 747.

²⁵⁶ ICC (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-1 (Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Al Bashir), paras. 127 f.

eine wichtige Filterfunktion zukommt,²⁵⁷ sondern es auch einen wichtigen Beitrag für das spätere Urteil hinsichtlich der bestätigten Anklagepunkte leistet.

Meine zweite Anmerkung betrifft die Redaktion des Urteils und die gelieferten Nachweise. Hinsichtlich der Redaktion ist bereits oben kritisiert worden, dass sie mitunter etwas verwirrend,²⁵⁸ an anderer Stelle auch etwas unsystematisch, oberflächlich und in Bezug auf die Subsumtion nicht immer plausibel ist. Insbesondere die Behandlung des bewaffneten Konflikts²⁵⁹ und die zu voreilige Ablehnung eines internationalen/internationalisierten Konflikts erscheint mir nicht vollends überzeugend (supra III.). In diesem Zusammenhang ist aber auch lobend hervorzuheben, dass die Offenlegung der komplexen Beweislage und damit des schwierigen Entscheidungsfindungsprozesses innerhalb der Kammer vielleicht eines der größten Verdienste des Urteils darstellt, wird es damit doch auch Außenstehenden möglich, ein Gefühl für die Schwierigkeiten der kammerinternen Entscheidungsfindung zu erhalten. Jeder, der einmal als Richter tätig war, weiß aus eigener Erfahrung, dass Beweise selten ein eindeutiges Bild des tatsächlichen Tatgeschehens liefern. Zweifel sind deshalb untrennbar mit der richterlichen Entscheidungsfindung verbunden. Die Kammer lässt den Leser an diesen Zweifeln teilhaben, anstatt sie hinter juristischer Fachtermini verschwinden zu lassen, wie es leider die übliche Routine vieler anderer, einflussreicher (internationaler) Gerichte ist. So gesehen trägt das Urteil zu einem Höchstmaß an Transparenz²⁶⁰ bei und kann insoweit als Modell für zukünftige Urteile dienen.

Leider fällt die Beurteilung der Art und des Inhalts der von der Kammer gelieferten Nachweise nicht so positiv aus. Zwar ist ein Urteil keine akademische Abhandlung, aber es sollte doch gewissen Mindestanforderungen hinsichtlich Angabe von Nachweisen und Zitiertechnik genügen. Zu diesen Anforderungen gehört etwa, dass bei Sammelwerken (insbesondere dem von *Triffterer* herausgegebenen IStGH-Kommentar) der oder die Bearbeiter und/oder der entsprechende Beitrag und nicht nur der oder die Herausgeber angegeben werden.²⁶¹ Diese Grundregel korrekter Zitierweise missachtet die Kammer mit erstaunlicher Regelmäßigkeit. Ebenso soll-

ten die relevanten Seitenangaben eines Beitrags geliefert werden.²⁶² Schließlich sollten wissenschaftliche Beiträge möglichst in ihrer Originalsprache zitiert werden.²⁶³ Es sei nur nebenbei bemerkt, dass beim Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien („JStGH“) all diese Regeln durch die Erstellung eines „Book of Authorities“ zur Unterstützung von Schriftsätzen der Parteien sichergestellt werden. Auch mit Blick auf die Erstellung eines Abkürzungsverzeichnisses für besonders wichtige und oft gebrauchte Abkürzungen kann das JStGH dem IStGH als Vorbild dienen. Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Einhaltung der besagten Mindeststandards ist kein Selbstzweck. Genauigkeit in diesen formalen Dingen, das zeigt sich eindeutig im Bereich wissenschaftlichen Arbeitens,²⁶⁴ korrespondiert mit inhaltlicher Genauigkeit und Seriosität. Das gilt auch umgekehrt: formale Ungenauigkeit kann inhaltliche Ungenauigkeit indizieren. Um solchen Zweifeln erst gar nicht den Boden zu bereiten, sollten die Kammern des IStGH daher auch und gerade auf die Einhaltung der formalen Mindeststandards größeren Wert legen als die Lubanga-Kammer.

²⁵⁷ Vgl. *Ambos/Miller*, ICLR 7 (2007), 335 (347 f.).

²⁵⁸ Siehe z.B. Fn. 241.

²⁵⁹ ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), paras. 523-542. Die Diskussion der Problematik erweist sich als wenig systematisch und fundiert, insbesondere hinsichtlich der entscheidenden Frage des Einflusses einer Besetzung auf die Art des bewaffneten Konflikts sowie einer möglichen Internationalisierung durch das Eingreifen von Uganda und Ruanda.

²⁶⁰ Bzgl. der Preisgabe vertraulicher Informationen „to the greatest extent possible“ siehe oben Fn. 75 und Haupttext.

²⁶¹ Darauf beschränkt sich die Kammer aber bei *Triffterers* Kommentar und den Sammelbänden von *Lee* (siehe u.a. Fn. 1628, 1635). Korrekt wird andererseits bei einem von *Wilmshurst* herausgegebenen Sammelband in Fn. 1646 *Pejić* als Autorin zitiert.

²⁶² Stattdessen zitiert die Kammer z.B. in Fn. 1640 nicht einmal die Anfangsseiten der Beiträge von *Stewart*, *Reisman* und *Silk*. Zudem gibt sie den zweiten Vornamen *Hans Peter Gassers* fälschlicherweise mit „Pieter“ an, was aber natürlich auch auf einen Tippfehler zurückzuführen sein könnte.

²⁶³ An fehlender Sprachkompetenz sollte das beim IStGH (u.a. internationalen Gerichten) gerade nicht scheitern. Abgesehen von einer Vielzahl Fachübersetzer arbeitet am IStGH auch eine große Anzahl von höchst sprachkompetenten und/oder aus unterschiedlichen Muttersprachen kommenden Personen. So werden in der Rechtsprechung des IStGH auch eine Vielzahl ausländischer Rechtsquellen zitiert. Es bleibt daher das Geheimnis der Kammer, warum sie z.B. meine Habilitationsschrift (Fn. 167 – AT) nicht in ihrer deutschen Originalfassung sondern in der spanischen Übersetzung zitiert (Fn. 2706), werden doch an anderen Stellen des Urteils deutsche Quellen zitiert.

²⁶⁴ In diesem Bereich kann die Übernahme von Gedanken- gängen und Ideen ohne Angabe der Originalquelle bekanntlich zum Vorwurf des Plagiats führen.