

AUSGABE 13/2007

S. 489 - 527

2. Jahrgang

### Inhalt

## Special issue on International Criminal Law

### *Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe*

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 489

### AUFSÄTZE

#### *Internationales Strafrecht*

#### **Building a Future on Peace and Justice The International Criminal Court**

By Chief Prosecutor of the ICC Luis Moreno Ocampo,  
The Hague 491

#### **Der Internationale Strafgerichtshof nach fünf Jahren – Ein Erfahrungsbericht aus richterlicher Sicht**

Von RiLG Hans-Peter Kaul, KDen Haag 494

#### **The Relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council**

Von Prof. Daniel D. Ntanda Nsereko, Gaborone (Botswana) 500

#### **Justice in the Name of All**

#### **Die praktische Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs aus der Sicht des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof**

Von Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Abteilungsleiter Rolf Hannich, Karlsruhe 507

#### **Nationale Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuches Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages**

Von Prof. Dr. Claus Kreß, Köln 515

### BUCHREZENSIONEN

#### *Internationales Strafrecht*

#### **Gideon Boas, The Milošević Trial, 2007**

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht  
Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.) 526

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd  
Schünemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai  
Ambos

International Advisory  
Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

# Vorwort/Foreword/Presentación

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen

## I. Vorwort zur Sonderausgabe zum Völkerstrafrecht

Völkerstrafrecht ist eine dynamische Rechtsordnung. Das gilt für die nationale und internationale Ebene gleichermaßen. Die Beiträge in dieser Sonderausgabe – drei davon (*Kaul*, *Nsereko*, *Hannich*) hervorgegangen aus einer an der Universität Göttingen von ELSA und dem *Verf.* organisierten Ringvorlesung – beziehen sich auf beide Ebenen:

Mit Blick auf den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) beschreibt zunächst *Luis Moreno Ocampo*, Chefankläger des IStGH, in seiner hier wiedergegebenen Rede auf der internationalen Nürnberger Konferenz zu Frieden und Gerechtigkeit<sup>1</sup> den IStGH und sein Statut aus Sicht der Verfolgungsbehörde als Teil eines weltweiten Kriminaljustizsystems, dessen Ziel der Kampf gegen die Straflosigkeit völkerrechtlicher Kernverbrechen ist. *Hans-Peter Kaul*, einer der Väter des IStGH-Statuts und derzeit Richter am IStGH sowie Präsident seiner Vorverfahrenskammer, liefert eine insgesamt positive Einschätzung der ersten fünf Jahre des IStGH aus richterlicher Sicht. *Daniel Nsereko*, Professor der Rechte an der Universität von Botswana, offizieller Kandidat für einen Richterposten am IStGH<sup>2</sup> und Mitglied des internationalen Beraterkreises dieser Zeitschrift, nimmt sich der komplizierten Beziehung zwischen dem IStGH und dem UNSicherheitsrat an, insbesondere hinsichtlich des Aggressionsverbrechens, über dessen genaue tatbestandliche Umschreibung immer noch verhandelt wird.

Mit *Rolf Hannich*, Bundesanwalt und Leiter der zuständigen Abteilung bei der Generalbundesanwaltschaft (GBA), die sich u.a. mit den völkerrechtlichen Kernverbrechen befasst, begeben wir uns auf die nationale (deutsche) Ebene. *Hannich* legt einen ersten „offiziellen“ Erfahrungsbericht fünf Jahre nach Inkrafttreten (1. Juli 2002) des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) vor. Dies kommt zu einer Zeit, in der sich die GBA gewissem politischen Druck ausgesetzt sieht, sichtbare Verfolgungsergebnisse zu produzieren. Vor einigen Wochen, am 24. Oktober 2007, hat der „Ausschuss für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe“ des Bundestags eine öffentliche Anhörung zur nationalen Umsetzung des VStGB veranstaltet und die eher restriktive Anwendung des Gesetzes durch die GBA ist einer beträchtlichen Kritik durch die eingeladenen Sachverständigen unterzogen worden.<sup>3</sup> Angesichts der Be-

<sup>1</sup> Siehe für weitere Informationen <http://www.frieden-gerechtigkeit-konferenz.info>.

<sup>2</sup> Die Wahl von drei (neuen) Richtern des IStGH wird während des sechsten Treffens der Vertragsstaatenversammlung (New York, 30. November bis 14. Dezember 2007) stattfinden, s. <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-15-English.pdf>.

<sup>3</sup> Neben *Rolf Hannich* waren folgende Sachverständige eingeladen (in alphabetischer Reihenfolge): Prof. Dr. *Horst Fischer* (Universitäten Bochum and Leiden), *Wolfgang Kalek* (Fachanwalt für Strafrecht, Berlin), Judge *Hans-Peter Kaul* (IStGH, Den Haag), Prof. Dr. *Claus Kreß* (Universität Köln), *Geraldine Mattioli* (Justice Advocate Human Rights Watch)

deutung dieser Anhörung haben wir uns entschlossen, die umfassendste Stellungnahme von Prof. Dr. *Claus Kreß*, Universität Köln, zu veröffentlichen; damit soll zugleich der von *Hannich* repräsentierten Sicht der (Verfolgungs-)Praxis eine unabhängige Stimme aus der Wissenschaft gegenübergestellt werden.

Wir schulden den Autoren und ihren Institutionen Dank für die Zustimmung, ihre – bisher noch unveröffentlichten – Beiträge in der ZIS zu veröffentlichen. Wir hoffen mit dieser Sonderausgabe, das Verständnis und die Entwicklung des Völkerstrafrechts auf internationaler und nationaler Ebene weiter zu fördern.

## II. Foreword to the special issue on International Criminal Law

International Criminal Law (“ICL”) is a dynamic legal order. This is true at the international and national level. The papers in this special issue, three of them (*Kaul*, *Nsereko*, *Hannich*) part of a lecture series at the University of Göttingen, co-organised by this *author* and ELSA, deal with both levels:

As to the international level (International Criminal Court, “ICC”) *Luis Moreno Ocampo*, Chief Prosecutor of the ICC, considers – in his speech delivered at the international Nuremberg Peace and Justice conference<sup>4</sup> – the ICC and its statute from a prosecution perspective as part of a global criminal justice system whose ultimate goal is to fight against the impunity for international crimes. *Hans-Peter Kaul*, one of the fathers of the ICC Statute and currently Judge and President of the Pre-Trial Division of the ICC, gives a generally positive account of five years of the ICC from a judge’s perspective. *Daniel Nsereko*, Professor of Law at the University of Botswana, judge candidate of the ICC<sup>5</sup> and member of the International Advisory Board of this Journal, takes issue with the complicated relationship between the ICC and the UN Security Council, in particular with regard to the crime of aggression still under negotiations.

With *Rolf Hannich*, Federal Prosecutor and Head of the respective Department of the Federal Prosecution Office (Generalbundesanwaltschaft), inter alia dealing with international crimes, we enter the national (German) level. *Hannich* presents a first “official” account after five years since the entry into force (1 July 2002) of the German Code of Crimes against International Law (Völkerstrafgesetzbuch, “VStGB”). This comes at a time when there exists some political

und dieser *Verf.* Alle schriftlichen Stellungnahmen finden sich bei <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoe-rungen/voelker-straengerichtshof/index.html>.

<sup>4</sup> See for the speech and further information on the conference: <http://www.frieden-gerechtigkeit-konferenz.info>.

<sup>5</sup> The election of three (new) judges of the ICC will take place during the sixth session of the Assembly of State Parties, to be held in New York from 30 November to 14 December 2007, cf. <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-15-English.pdf>.

pressure on the GBA to produce visible results with regard to the prosecution of international crimes. In fact, on 24 October 2007 the “Committee for Human Rights and Humanitarian Aid” (Ausschuss für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe) of the German Bundestag held a public hearing on the national implementation of the VStGB and the rather restrictive application of the law by the GBA has received considerable criticism by the invited experts.<sup>6</sup> Given the importance of this hearing we have decided to publish the most comprehensive statement of *Claus Kreß*, Professor of Law at the University of Köln, thereby using an independent voice from the academic community to confront the prosecution position, as presented by *Hannich*.

We are grateful to all authors and their institutions for their authorization to publish their – original – papers. We hope that this issue contributes to the further understanding and development of International Criminal Law at the international and national level.

### III. Presentación de la edición especial sobre Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional (“DPI”) es un orden jurídico dinámico, tanto a nivel internacional como nacional. Los documentos contenidos en este número especial (de los cuales tres corresponden a conferencias ofrecidas por sus autores – *Kaul*, *Nsereko* y *Hannich* – como parte de una serie organizada por mi Departamento conjuntamente con ELSA) dan cuenta de esta realidad.

A nivel internacional (Corte Penal Internacional, “CPI”), *Luis Moreno Ocampo*, desde su perspectiva como Fiscal Jefe de la CPI, afirmó en el discurso pronunciado en la Conferencia Internacional de Nuremberg sobre Paz y la Justicia que aquí reproducimos,<sup>7</sup> que tanto la Corte como su Estatuto son parte de un sistema de enjuiciamiento penal internacional cuyo objetivo último es luchar contra la impunidad de los crímenes internacionales. Por su parte, *Hans-Peter Kaul*, uno de los padres del Estatuto de la CPI y en la actualidad Magistrado y Presidente de la Sección de Cuestiones Preliminares de la CPI, entrega, desde su punto de vista, una cuenta más bien positiva de los cinco años primeros de funcionamiento de la Corte Penal Internacional. *Daniel Nsereko*, Profesor de Derecho en la Universidad de Botswana, candidato a Magistrado de la CPI<sup>8</sup> y miembro del

Comité Editorial Internacional de esta Revista, aborda el asunto de la compleja relación entre la CPI y el Consejo de Seguridad de la ONU, en particular con respecto al delito de agresión, cuya definición se encuentra todavía en negociaciones.

Y a nivel nacional (alemán), *Rolf Hannich*, Fiscal Federal y Jefe del Departamento respectivo de la Fiscalía Federal (Generalbundesanwaltschaft) encargado – entre otras cosas – de los crímenes internacionales, presenta la primera “cuenta oficial” después de cinco años desde la entrada en vigor (1 de julio de 2002) del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional (Völkerstrafgesetzbuch, “VStGB”). Esto se produce en un momento en que existe cierta presión política sobre la Fiscalía Federal para producir resultados visibles en relación con el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. De hecho, el 24 de octubre de 2007, el “Comité de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria” (Ausschuss für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe) del Parlamento alemán (Bundestag) celebró una audiencia pública sobre la aplicación del VStGB, en la cual la posición más bien restrictiva de la Fiscalía Federal recibió numerosas críticas por parte de los expertos invitados.<sup>9</sup> Dada la importancia de esta audiencia, hemos decidido publicar la completa exposición que en ella hiciera *Claus Kreß*, Catedrático en la Universidad de Köln, de manera de confrontar la perspectiva de la Fiscalía Federal, representada por *Hannich*, con una voz independiente proveniente de la comunidad académica.

Agradecemos a todos los autores y a sus instituciones la autorización para publicar sus contribuciones. Esperamos que este número especial contribuya a una mayor comprensión y desarrollo del Derecho penal internacional, tanto a nivel internacional como nacional.

Göttingen, November/noviembre de 2007

<sup>6</sup> Apart from *Rolf Hannich* himself, other experts were invited (in alphabetical order): Prof. Dr. *Horst Fischer* (Universities Bochum and Leiden), *Wolfgang Kalek* (Lawyer, Berlin), Judge *Hans-Peter Kaul* (ICC, The Hague), Prof. Dr. *Claus Kreß* (Universität Köln), *Geraldine Mattioli* (Justice Advocate Human Rights Watch) and this *author*. All written statements are available at: <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/index.html>.

<sup>7</sup> Véase para mayor información sobre la Conferencia: <http://www.frieden-gerechtigkeit-konferenz.info>.

<sup>8</sup> La elección de tres (nuevos) magistrados de la CPI tendrá lugar durante el sexto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes, que se celebrará en Nueva York del 30 de

noviembre al 14 de diciembre de 2007, cfr. [http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-15\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-15_English.pdf).

<sup>9</sup> Aparte de *Rolf Hannich*, los siguientes expertos (por orden alfabético) fueron invitados a esta sesión parlamentaria: Prof. Dr. *Horst Fischer* (Universidades de Bochum y Leiden), *Wolfgang Kalek* (Abogado penalista, Berlin), el Magistrado *Hans-Peter Kaul* (CPI, en La Haya), Prof. Dr. *Claus Kreß* (Universität Köln), *Geraldine Mattioli* (Justice Advocate Human Rights Watch) y este *autor*. Todas las exposiciones escritas se encuentran en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/index.html>.

# Building a Future on Peace and Justice

## The International Criminal Court\*

By Chief Prosecutor of the ICC **Luis Moreno Ocampo**, The Hague

Excellencies, Ladies and Gentlemen,

It is an honour to be here today and I wish to thank the foreign Ministers of Finland, Germany and Jordan for their invitation to address this Conference.

60 years ago with the Nuremberg Trials, for the first time, those who committed massive crimes were held accountable before the international community. For the first time, the victors of a conflict chose the law to define responsibilities. In the words of the Nuremberg Prosecutor Justice Robert H. Jackson:

“That four great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgement of law is one of the most significant tributes that power has ever paid to reason.”

Nuremberg was a landmark. However the world was not ready to transform such a landmark into a lasting institution. The Cold War produced massive crimes in Europe, Latin America, and Asia; Africa was still under the rule of colonialism and apartheid.

In the end, the world would wait for almost half a century after Nuremberg, and would again witness two genocides – first in the Former Yugoslavia, and then in Rwanda – before the Security Council decided to create the ICTY and the ICTR, thus connecting peace and international justice again.

The contribution of the *ad hoc* Tribunals is yet to be fully recognized and measured. They developed the law, prosecuted the worst perpetrators, Generals, members of Governments. They contributed to restore lasting peace in conflict-torn regions.

The *ad hoc* tribunals for Yugoslavia and Rwanda paved the way for the decision to establish a permanent criminal court.

Ladies and Gentlemen,

For centuries, conflicts were resolved through negotiations without legal constraints. In Rome in 1998, a new and entirely different approach was adopted. Lasting peace requires justice – this was the decision taken in Rome by 120 States.

They committed to put an end to impunity for the most serious crimes of concern to the international community and to contribute to the prevention of such crimes.

They created an International Criminal Court, a permanent court, with jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes. International Justice was not a moment in time any longer, neither an *ad hoc* post conflict solution: it became an institution.

The Rome Statute created a comprehensive and global criminal justice system:

Substantial law has been codified in one detailed text; the content of different international conventions such as the Genocide Convention and the Geneva Conventions have been incorporated; elements of crimes have been meticulously defined; based on the jurisprudence by the *ad hoc* tribunals the definition of sexual violence has been further elaborated; special emphasis has been put on crimes against children.

Different legal and procedural traditions have been integrated into a new international model; victims have been given the right to participate in proceedings; their voices and interests formally included at different stages of the process; a trust fund has been created for reparations or compensation in their favour.

The scope of ICC jurisdiction reaches beyond any national or regional boundary; where as its predecessors were each limited in scope to a particular territory, the ICC is a worldwide criminal justice system. Its jurisdiction extends over crimes committed on the territory or by the nationals of more than a 100 States Parties; it could extend to the entire world as the United Nations Security Council can refer any situations to the Court.

Even more important, and the object of strong debate in Rome was the decision of States to give the Prosecutor the ability to trigger the Jurisdiction of the Court. By establishing the *proprio motu* powers of the Prosecutor to open an investigation, the treaty creates a new autonomous actor on the international scene. Such a provision, which allows the Court to act without an additional trigger from States or the UN Security Council, ensures that the requirements of justice will prevail over any political decision. This is a key defining provision for the new legal framework.

Ladies and Gentlemen,

Again let me emphasize the Rome Treaty was not drafted overnight. It is a strong and consistent body of law; the drafters were well aware that rendering justice in the context of conflict or peace negotiations would present particular difficulties and they prepared our institution well to meet those challenges. Careful decisions were made: a high threshold of gravity for the jurisdiction of the Court was established; a system of complementarity was designed whereby the Court intervenes as a last resort, when States are unable or unwilling to act; the UN Security Council was given a role in cases of threats to peace and security.

States demonstrated their understanding and firm support to this new design by the tremendous speed of the ratification process; less than four years after its adoption in Rome, the Statute entered into force.

It is the new law.

The issue is no longer about whether we agree or disagree with the pursuit of justice in moral or practical terms.

---

\* Speech held at the Nuremberg Conference of Peace and Justice, 25-27 June 2007, <http://www.frieden-gerechtigkeit-konferenz.info>.

It is the law.

Ladies and Gentlemen,

The next challenge was to make this body of law operational, to transform ideas and concepts into a working system. This has been my objective during those first four years, as the Prosecutor of the ICC.

How to select the gravest situations to investigate? How to trigger the jurisdiction of the Court? How to protect witnesses and investigate in ongoing conflict situations?

These were the main issues to address.

As you know, over these four years, we have opened investigations in four situations – the Democratic Republic of Congo, Northern Uganda, Darfur and Central African Republic – all countries still engulfed at various degrees in conflict. We also analyzed the situation in Venezuela and the activities of nationals of 25 States Parties involved in Iraq. We are currently monitoring other situations in three different continents.

In each case, we collected evidence. The Court protected the witnesses. Victims started participating in the proceedings.

As of today, the Judges have issued eight arrest warrants.

Thomas Lubanga Dyilo, the leader of the most dangerous militia in Ituri, in the DRC, is in the custody of the Court, awaiting trial.

In Darfur, our evidence has unveiled an organised system of attacks against the civilian population coordinated by Ahmed Harun, then Minister of State for Interior.

In Northern Uganda, we proved that the top Commanders of the Lord's Resistance Army were personally responsible for conscripting and enslaving children, slaughtering their families, forcing the displacement of millions.

After four years, the Rome system is in motion.

And we are faced now with a new and even more complex challenge, that all of you are familiar with in a domestic context – the enforcement of the law.

How to ensure the enforcement of the Court's decisions? How to ensure, in particular, the arrest and surrender of individuals sought by the Court?

How to ensure the enforcement of the Court's decisions in situations where the international community is trying to achieve in parallel many objectives; re-establishing security, providing humanitarian assistance, promoting political dialogue between the parties to the conflict, and preparing for reconstruction and development.

As the Prosecutor of the ICC, I was given a clear judicial mandate. My duty is to apply the law without political considerations. I will present evidence to the Judges and they will decide on the merits of such evidence.

And yet, for each situation in which the ICC is exercising jurisdiction, we can hear voices challenging judicial decisions, their timing, their timeliness, asking the Prosecution to use its discretionary powers to adjust to the situations on the ground, to indict or withdraw indictments according to short term political goals. We also hear officials of States Parties calling for amnesties, granting of immunities and other ways to avoid prosecutions, supposedly in the name of peace; we

can hear voices portraying the ICC as an impediment to progressing further with Peace processes.

These proposals are not consistent with the Rome Statute. They undermine the law States Parties committed to. It is essential on the contrary to ensure that any conflict resolution initiative be compatible with the Rome Statute, so that peace and justice work effectively together. Arrest warrants are decisions taken by the judges in accordance with the law, they must be implemented. I call upon States Parties and other stakeholders to remain in all circumstances aware of the mandate given to the Court; there can be *no* political compromise on legality and accountability.

The challenges are immense for political leaders. In this new system, global standards have been established without a global police or enforcement apparatus; enforcement of Court's decisions is the responsibility of national states.

Dealing with the new legal reality is not easy. It needs political commitment; it needs hard and costly operational decisions: arresting criminals in the context of ongoing conflicts is a difficult endeavour. Individuals sought by the Court are often enjoying the protection of armies or militias, some of them are members of governments eager to shield them from justice.

Those difficulties are real. They can however not lead us to change the content of the law and our commitment to implement it. In all situations, more State cooperation in terms of securing arrests is needed. For the ultimate efficiency and credibility of the Court you created, arrests are required. The Court can contribute to galvanize international efforts, and support coalitions of those willing to proceed with such arrest. But ultimately, the decision to uphold the law will be the decision of States Parties. If States Parties do not actively support the Court, in this area as in others, then they are actively undermining it.

Ladies and gentlemen,

International justice, national justice, search for the truth, peace negotiations can and must work together; they are not alternative ways to achieve a goal; they can be integrated into one comprehensive solution. The Court, as I emphasized earlier, was created to investigate and prosecute the worst perpetrators, responsible for the worst crimes, those bearing the greatest responsibility, the organizers, the planners, the commanders; national proceedings and other accountability mechanisms remain essential for the purpose of achieving comprehensive solutions; they are not alternative but complementary processes; in Uganda, the Court has issued arrest warrants against four individuals; other national mechanisms can be useful for the other combatants, those who want to give up arms and rejoin their families, those who did not bear the greatest responsibility.

The tension I see in Uganda or Darfur is not between Peace and Justice. It is not the decisions of the International Criminal Court which undermine peace processes and conflict resolution initiatives.

On the contrary, the beneficial impact of the ICC, the value of the law to prevent recurring violence is clear: deterrence has started to show its effect as in the case of Cote d'Ivoire, where the prospect of prosecution of those using

hate speech is deemed to have kept the main actors under some level of control; in Colombia, legislation and proceedings against paramilitary were influenced by the Rome provisions; we also have examples of military officials incorporating the constraints of the Rome Statute in their operational planning; arrest warrants have brought parties to the negotiating table; have contributed to focus national debates on accountability and to reducing crimes; exposing the criminals and their horrendous crimes has contributed to weaken the support they were enjoying, to de-legitimizing them and their practices such as conscription of children; on the longer term, the Court will contribute to harmony or at least peaceful co-existence between former enemies as a sense of justice and reparation is achieved.

It is the lack of enforcement of the Court's decisions which is the real threat to enduring Peace. Allowed to remain at large, the criminals exposed are continuing to threaten the victims, those who took tremendous risks to tell their stories; allowed to remain at large, the criminals ask immunity under one form or another as a condition to stopping the violence. They threaten to attack more victims. I call this extortion, I call it blackmail. We cannot yield.

Ladies and Gentlemen,

The decisions taken in Rome must be respected.

Because it is the law.

Because this law was built upon the lessons of decades of massive violence and atrocities, when the international community failed, failed to protect the Jewish, Russians, members of different communities in Europe and the Balkans, Tutsis, Arabs.

Because experience has taught us that such a law is the only efficient way to prevent recurrent violence and atrocities.

Because in the real world, it is respect for the law that will protect our citizens.

Because in the real world of 2007, no State has sufficient power to guarantee the life and freedom of its citizens, if the international community is not upholding the rule of law.

We must learn at last: there is no safe haven for life and freedom if we fail to protect the rights of any citizen in any country of the world. To protect each of them we have to protect all of them.

Thank you.

# Der Internationale Strafgerichtshof nach fünf Jahren – Ein Erfahrungsbericht aus richterlicher Sicht

Von RiStGH Hans-Peter Kaul, Den Haag\*

## I. Einleitung

Vor fünf Jahren, am 1. Juli 2002, trat das in Rom 1998 beschlossene Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Kraft. Die tatsächliche Errichtung des neuen Weltgerichts konnte beginnen.

Der Anfang war mühsam und bescheiden. Genau an diesem Tag – der 1. Juli 2002 war ein besonders heißer Tag – betrat ein Vorausteam von fünf Personen, von mir als deutschem Verhandlungsführer mit größter Mühe durchgesetzt, erstmals ein völlig leeres, 15-stöckiges Bürogebäude in Den Haag, um dort die Aufbauarbeit für das Gericht aufzunehmen. Erste Tat: Anschaffung von fünf Telefonen, fünf PCs und einem Faxgerät, von ersten Büromöbeln usw.

Im September 2003 wurde ich von der Präsidentschaft des Gerichtshofs als erster Vollzeit-Richter nach Den Haag einberufen, um dort am Aufbau des Gerichtes – es zählte damals circa 40 Mitarbeiter – mitzuwirken. Seither habe ich in wechselnden Rollen – mal als Beobachter, mal als Akteur, so oft wie möglich auch als treibende Kraft – die Entwicklung unseres jungen Gerichtes mitverfolgen können, dabei auch seinen raschen Aufwuchs auf heute 800 Mitarbeiter.

Es gehört zu meinen Erfahrungen, dass einige Schlüsselfragen, ja Existenzfragen, für die Verantwortlichen des Gerichtes in den letzten Jahren fast unverändert geblieben sind. Etwa: wie schaffen wir es, mit den riesigen, ja enormen Erwartungen an unser kleines Gericht zurechtzukommen?

Auch: wie schaffen wir es, den weiterhin stattfindenden Aufbau des IStGH in einer solchen Weise durchzuführen, dass daraus ein möglichst kleines, nicht zu teures, aber dennoch funktionsfähiges neues Weltstrafergericht wird? Und keine neue VN-Bürokratie?

Wie schaffen wir es, der internationalen Öffentlichkeit immer wieder die Beschränkungen und Hindernisse zu verdeutlichen, die sich absehbar und dauerhaft einer wirksamen gerichtlichen Tätigkeit in den Weg stellen werden?

Bei meinem Bericht möchte ich auf vier Fragenkreise eingehen:

Erstens und nochmals: Was sind die wichtigsten Grundprinzipien des Internationalen Strafgerichtshofs?

Zweitens: Was sind wesentliche Hauptaufgaben, mit denen der Gerichtshof weiterhin befasst ist? Wie ist seine Lage heute?

Drittens: Welche spezifischen Erfahrungen gibt es bereits in Bezug auf die ersten Verfahren und Anhörungen und in Bezug auf strafrechtliche Zusammenarbeit?

Viertens: Zum Schluss ein Ausblick. Was sind bedeutsame Grenzen, wie sind die weiteren Perspektiven des Internationalen Strafgerichtshofs?

## II. Grundprinzipien

Als Richter werde ich oft gefragt, was der wichtigste Punkt, die wichtigste Eigenart des neuen Weltgerichts sei, die man kennen müsse. Meine Antwort ist immer dieselbe:

Um den IStGH wirklich zu verstehen, ist es nach meiner Meinung vor allem notwendig, dass man sich die begrenzte Reichweite seines Systems der Jurisdiktion und Zulässigkeit vor Augen führt und auch die Konsequenzen, die damit verbunden sind.

Ganz wichtig ist zunächst Folgendes: Der Strafgerichtshof ist keine umfassende, keine globale Superstrafinstanz mit Zuständigkeit für alle und jedes schwere Verbrechen.

Im Gegenteil sind Römisches Statut und Strafgerichtshof in ihrer Reichweite kompromisshaft begrenzt.<sup>1</sup> Gerade weil es so große, oft unrealistische Erwartungen an unser junges Gericht gibt, erscheint es richtig, die wichtigsten Beschränkungen noch einmal in Erinnerung zu rufen:

Entscheidende Voraussetzung für die Ausübung der Zuständigkeit des Gerichtshofs ist vor allem, dass kein Staat, der Gerichtsbarkeit über die Sache hat, willens oder in der Lage ist, die Strafverfolgung ernsthaft zu betreiben. Wenn ein Staat also seine Verpflichtung zur Verfolgung schwerster Verbrechen ernst nimmt, ist der Strafgerichtshof von vornherein nicht zuständig. Die Strafverfolgung durch nationale Gerichte hat Vorrang.<sup>2</sup> Anders ausgedrückt: Der Strafgerichtshof hat, anders als die ad hoc-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda, keine vorrangige oder konkurrierende, sondern nur nachrangige, ergänzende Gerichtsbarkeit. Der Internationale Strafgerichtshof ist damit eine Art Reserveinstitution, ein Gericht für den Notfall, dass nationale Strafrechtssysteme versagen.<sup>3</sup> Bei diesem sogenannten Prinzip der Komplementarität handelt es sich um das wichtigste Funktionsprinzip, ja die entscheidende Grundlage des Internationalen Strafgerichtshofs überhaupt.<sup>4</sup>

Darüber hinaus unterliegt die Gerichtsbarkeit anderen wichtigen Beschränkungen.

Der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes unterstehen nach Art. 5 Abs. 1 des Römischen Statuts in materieller Hinsicht,

---

\* Der *Verf.* dieses Beitrags war als Beamter im Auswärtigen Amt von 1996-2003 Leiter der deutschen Strafgerichtshofsdelegation. Er hat nach seiner Wahl zum Richter am Internationalen Strafgerichtshof im Februar 2003 seinen Sitz in Den Haag im September 2003 bezogen und die Arbeit als erster deutscher Richter am Internationalen Strafgerichtshof aufgenommen. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der *Verf.* am 10. Juli 2007 an der Universität Göttingen im Rahmen der Vortragsreihe Völkerstrafrecht „Justice in the Name of All“ gehalten hat. Einige Fußnoten wurden eingefügt. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des *Verf.* wieder.

<sup>1</sup> Siehe *Hunt*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 56; *Kaul*, VN 4 (2004), 144.

<sup>2</sup> Siehe Art. 17 des Römischen Statuts.

<sup>3</sup> Siehe *Kaul*, in: Reginbogin/Safferling (Hrsg.), *Die Nürnberger Prozesse – Völkerstrafrecht seit 1945*, 2006, S. 246.

<sup>4</sup> Siehe *Benzing*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003), 591.

*ratione materiae*, ausschließlich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen des Angriffskrieges. Letzteres muss allerdings noch tatbestandlich definiert werden, und es muss darüber hinaus auch im Verhältnis zum Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (siehe besonders Art. 39 der VN-Charta) geklärt werden, unter welchen Bedingungen der Internationale Strafgerichtshof seine Gerichtsbarkeit ausüben kann.<sup>5</sup>

In zeitlicher Hinsicht, *ratione temporis*, ist der Gerichtshof nur zuständig für Taten, die nach In-Kraft-Treten des Römischen Statuts begangen wurden, also nach dem 1. Juli 2002.<sup>6</sup> Insofern ist der Gerichtshof keine Institution, die historisches Unrecht aufarbeiten kann.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofes hinsichtlich des Personenkreises schließlich, die Gerichtsbarkeit *ratione personae*, ist ebenfalls nicht umfassend. Sie ist vielmehr – sieht man von der Überweisung einer „Situation“, in der anscheinend Kernverbrechen begangen wurden, durch den VN-Sicherheitsrat ab<sup>7</sup> – grundsätzlich nur in zwei Fällen eröffnet: Zum einen, wenn die genannten Verbrechen auf dem Gebiet eines Vertragsstaates begangen werden, und zum anderen, wenn sie durch eine Person verübt werden, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist.<sup>8</sup>

Zugleich hat diese Begrenzung der Gerichtsbarkeit *ratione personae* die Konsequenz, dass der Internationale Strafgerichtshof mittel- und langfristig universale Mitgliedschaft aller oder fast aller Staaten braucht, um ein Gericht mit wirklich weltweiter Zuständigkeit zu werden.

Eine weitere Beschränkung tatsächlicher Art stellt die vollkommene, 100-prozentige Abhängigkeit des Strafgerichtshofs von wirksamer strafrechtlicher Zusammenarbeit der Vertragsstaaten dar.<sup>9</sup> Ein absolut entscheidender Bereich ist die Frage der Durchführung von Festnahmen und Überstellungen nach Den Haag.<sup>10</sup> Der Strafgerichtshof hat keine eigene Polizei, keine Vollzugsgewalt, auch keine Soldaten.

<sup>5</sup> Siehe *Fixson/Westdickenberg*, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden/Negotiation for Peace – Festschrift für Tono Eitel*, 2003, S. 483 ff.; *Politi/Nesi* (Hrsg.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, 2004.

<sup>6</sup> Siehe Art. 11 des Römischen Statuts.

<sup>7</sup> Von dieser Möglichkeit hat der VN-Sicherheitsrat mit der Resolution 1593 vom 31. März 2005 erstmals in Bezug auf Darfur/Südsudan Gebrauch gemacht. Siehe dazu *Zimmermann*, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), *Völkerrecht als Weltordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, S. 681 ff.

<sup>8</sup> Siehe Art. 12 Abs. 2 des Römischen Statuts. Siehe dazu *Kaul*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, Bd. 1, S. 607 ff.; *Scharf*, *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 67.

<sup>9</sup> Siehe *Kaul/Kreß*, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2 (1999), 157 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu *Han Ru Zhou*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 208.

Wie sollen Festnahmen in fernen Ländern ohne die Hilfe von Staaten erfolgen?

Der entscheidende Punkt ist:

Der Gerichtshof kann nur so stark sein, wie ihn effektive, verzugslose und nachhaltige strafrechtliche Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten macht.<sup>11</sup> Daher ist das in Kapitel 9 des Römischen Statuts geregelte System strafrechtlicher Zusammenarbeit eine der Schwachstellen des Gerichts, eine Art Achilles-Ferse – und ich werde hierauf noch näher eingehen.

### III. Hauptaufgaben und aktuelle Lage

Auch fünf Jahre nach dem In-Kraft-Treten des Römischen Statuts ist deutlich, dass das Gericht auch heute noch und weiterhin mit mindestens vier bis sechs fortlaufenden Aufgaben und Herausforderungen konfrontiert ist, die zudem alle gleichzeitig bewältigt werden müssen.

Erstens: das Gericht muss seinen eigenen Aufbau zu voller Funktionsfähigkeit konsolidieren.<sup>12</sup>

Zweitens: vor allem die Anklagebehörde muss sich selbst zu einem noch wirksameren Strafverfolgungsapparat entwickeln.<sup>13</sup>

Drittens: die Kammern müssen beweisen, dass sie Strafverfahren nicht nur fair, sondern auch effizient durchführen können.

Viertens: das Gericht braucht noch mehr internationale Anerkennung, noch mehr Mitglieder, als die derzeit 105 Vertragsstaaten; erfreulich ist besonders, dass Japan am 18. Juli seine Beitrittsurkunde in New York hinterlegte<sup>14</sup> und dass andere ebenfalls beitreten wollen.

Fünftens: schließlich muss das Gericht weiterhin nüchtern unter Beweis stellen, dass die bekannten US-Vorwürfe und Kritiken (angebliches Risiko politisch motivierter Strafverfahren, angeblich unkontrollierbarer Ankläger, angeblich keine ausreichenden Verfahrensgarantien) haltlos sind.<sup>15</sup>

Wie ist nun die derzeitige Lage des Gerichtes, wie ist sein Aufbau seit 2003 fortgeschritten?

In der Zwischenzeit haben sich die vier Organe des Gerichtshofs nach Art. 34 des Römischen Statuts, d.h. die Präsidenschaft, die Kammern, die Anklagebehörde und die Kanzlei in eigenen Strukturen etabliert. Die Verfahren der gerichtlichen Zusammenarbeit spielen sich zunehmend ein. Vieles, noch nicht alles, funktioniert immer besser.

Für das Gericht noch bedeutsamer ist jedoch Folgendes: Der Schwerpunkt der Aktivitäten verschiebt sich derzeit immer mehr von der Aufbauarbeit zur konkreten strafverfol-

<sup>11</sup> Siehe *Cogan*, *Yale Journal of International Law* 27 (2002), 119; *Kaul*, in: Neubacher/Klein (Hrsg.), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts*, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 48, 2006, S. 93.

<sup>12</sup> Siehe *Kaul*, *VN* 4 (2004), 144.

<sup>13</sup> Siehe *Kaul*, *VN* 4 (2004), 143.

<sup>14</sup> Siehe ICC Press Release, *Accession of Japan to the Rome Statute*, 17. July 2007.

<sup>15</sup> Zur Problematik der Haltung der Bush-Administration zum Internationalen Strafgerichtshof, siehe *Zimmermann/Scheel*, *VN* 4 (2002), 137.



genden und gerichtlichen Tätigkeit. Derzeit wird in acht konkreten Fällen die Strafverfolgung betrieben. Wann sprechen wir von einem Fall? Als Richter trete ich dafür ein, dass man von einem Fall erst dann sprechen sollte, wenn eine konkrete Gerichtsakte existiert, das heißt, wenn eine bestimmte, namentlich bekannte Person vom Gericht verfolgt wird. Wenn Sie diesen Ansatz akzeptieren, dann ist der Gerichtshof derzeit befasst mit zwei hochrangigen Angeschuldigten aus dem Sudan, gegen die Haftbefehle erlassen worden sind<sup>16</sup>, einem Beschuldigten aus der Demokratischen Republik Kongo, der sich bereits im Gewahrsam des Gerichtes befindet, Thomas Lubanga Dyilo; und fünf angeschuldigten Führern der so genannten Lords Resistance Army aus Uganda, gegen die Haftbefehle erlassen worden sind<sup>17</sup>.

Weitere Stichworte:

Seit 2003 haben drei Vertragsstaaten die Lage auf ihrem Staatsgebiet dem Chefankläger überwiesen: Uganda<sup>18</sup>, Kongo<sup>19</sup> und die Zentralafrikanische Republik<sup>20</sup>.

Die Elfenbeinküste hat sich als erster Nichtvertragsstaat in einer Erklärung nach Art. 12 Absatz 3 des Römischen Statuts der Gerichtsbarkeit unterworfen.<sup>21</sup>

Der Sicherheitsrat der VN hat am 31. März 2005 die Lage in Darfur dem Gerichtshof überwiesen.<sup>22</sup>

Der Ankläger hat am 6. Juni 2005 förmliche Ermittlungen betreffend Darfur eingeleitet<sup>23</sup> und seither dem Sicherheitsrat regelmäßig Bericht erstattet. Der letzte Bericht an den Sicherheitsrat wurde am 7. Juni 2007 vorgelegt.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Siehe Warrant of Arrest for Ahmad Harun, ICC-02/05-01/07-2 und Warrant of Arrest for Ali Kusayb, ICC-02/05-01/07-3; [http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur/c0205/c0205\\_docPreTrial.html](http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur/c0205/c0205_docPreTrial.html).

<sup>17</sup> Siehe Warrants of arrest for Joseph Kony, Dominic Ongwen, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Vincent Otti, ICC 02/04-01/05-53 bis 57; [http://www.icc-cpi.int/cases/UGD/c0105/c0105\\_docPreTrial1.html](http://www.icc-cpi.int/cases/UGD/c0105/c0105_docPreTrial1.html); Erwähnenswert ist, dass mit seinem Tod das Verfahren gegen Raska Lukwiya mit der Entscheidung vom 11. Juli 2007 eingestellt worden ist (ICC-02/04-01/05-248).

<sup>18</sup> Siehe ICC Press Release, President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC, 29. Januar 2004.

<sup>19</sup> Siehe ICC Press Release, Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo, 19. April 2004.

<sup>20</sup> Siehe ICC Press Release, Prosecutor receives referral concerning Central African Republic, 7. Januar 2005.

<sup>21</sup> Siehe ICC Press Release, Registrar confirms that the Republic of Côte d'Ivoire has accepted the Jurisdiction of the Court, 15. Februar 2005.

<sup>22</sup> Siehe VN-Sicherheitsrats-Resolution 1593.

<sup>23</sup> Siehe ICC Press Release, The Prosecutor of the ICC opens investigation in Darfur, 6. Juni 2005.

<sup>24</sup> Siehe Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), siehe [http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP\\_ReportUNSC5-Darfur\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC5-Darfur_English.pdf).

Die Präsidentschaft hat alle vier Situationen den Kammern I, II und III der von mir geleiteten Vorverfahrensabteilung zugewiesen. Die für den Kongo, Darfur/Sudan und für Uganda zuständigen Vorverfahrenskammern I und II haben zahlreiche Anhörungen durchgeführt, viele Entscheidungen getroffen und insgesamt auch acht Haftbefehle erlassen. Die Entscheidungen können auf der Webseite des IStGH nachgelesen werden.<sup>25</sup> Die Haftbefehle betreffen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, massenhafte Tötung, Vergewaltigung, sexuelle Versklavung sowie Zwangsrekrutierung von Kindersoldaten. Vorausgesetzt, die Staaten unterstützen uns wirklich bei Festnahme und Überstellung nach Den Haag, so werden weitere Verfahren in Den Haag noch dieses Jahr beginnen.

Die Anklagebehörde hat bereits zahlreiche Untersuchungsmissionen unternommen, etwa 70 nach Uganda, 80 in den Kongo, zuletzt eine wachsende Zahl auch in Bezug auf Darfur in den Tschad und in die Zentralafrikanische Republik.

Anklagebehörde und Kanzlei haben darüber hinaus seit Jahresbeginn 2006 einen Aktionsplan und ein Konzept für so genannte Feldbüros (field offices) entwickelt, von denen aus Ermittlungen, opferbezogene Tätigkeiten und Informationsarbeit über die Tätigkeit des Strafgerichtshofs in den betroffenen Staaten realisiert werden. Die Feldbüros in Kampala und in Kinshasa sind seit längerem voll operativ, demnächst soll ein weiteres Feldbüro in der Zentralafrikanischen Republik errichtet werden. Die Feldbüros haben sich als notwendig erwiesen, damit die Untersuchungsteams wirksam arbeiten können. Weil die Arbeit unserer jungen Ermittler und Ermittlerinnen – Durchschnittsalter 30-35 Jahre – so absolut entscheidend ist, ist es auch notwendig, auf die großen Schwierigkeiten hinzuweisen, unter denen die Arbeit etwa in Uganda, im Kongo, in der Zentralafrikanischen Republik wie auch im Tschad, in Bezug auf Darfur, geleistet werden muss. Immer wieder gibt es Zwischenfälle, plötzlich wird gekämpft und geschossen. Die Sicherheitslage ist immer wieder prekär. Dazu keine Infrastruktur, keine Hygiene, Campieren in primitivsten Unterkünften – sehr schwierige Bedingungen für die Ermittlungen. Darüber hinaus hat mir ein ermittelnder Staatsanwalt berichtet, dass es schon gewöhnungsbedürftig ist, wenn aussagebereite Zeugen und Opfer plötzlich bewaffnet erscheinen. Unsere Gerichtshofsärztin hat ihrerseits festgestellt, dass viele der hoch motivierten jungen Leute nach ein paar Wochen Einsatz nahezu erschöpft, oder auch – trotz aller Impfungen und Schutzmaßnahmen – mit Malaria oder einer anderen Krankheit zurückkehren; sie müssen sich dann erst wieder regenerieren.

#### IV. Erste konkrete Erfahrungen

Was sind nun spezifische Erfahrungen aus den ersten Verfahren, besonders vor den Vorverfahrenskammern?

Hier möchte ich einige Beobachtungen auch kritischer Art hervorheben, die ich weiterhin für gewöhnungsbedürftig halte. Dies trotz der Tatsache, dass mir Kenner der Szene in

<sup>25</sup> Siehe <http://www.icc-cpi.int/cases.html>.

Den Haag immer wieder versichern, auch beim Jugoslawien-Tribunal sei es im Wesentlichen „immer schon so gelaufen“.

Vor internationalen Gerichten wird anscheinend buchstäblich alles, auch die harmloseste Aussage in einem Schriftsatz von der Gegenseite jeweils bestritten.<sup>26</sup>

Dies trägt dazu bei, dass immer wieder selbst einfache Verfahrens- oder Sachfragen durch förmliche, schriftliche Zwischenentscheidungen der Kammern entschieden werden müssen.<sup>27</sup>

Gegen einen Großteil dieser Zwischenentscheidungen wird regelmäßig Beschwerde nach Art. 82 Abs. 1d – ein so genannter interlocutory appeal – eingelegt, die durch die Berufungskammer entschieden werden muss.

Dies führt dazu, dass während des Vorverfahrens oder Hauptverfahrens parallel „kleine Berufungsverfahren“ laufen, oft mit entsprechendem Zeitverlust.

Beschuldigte vor Internationalen Gerichten sind anscheinend regelmäßig mittellos. Weil ihnen aber qualifizierte Verteidiger zustehen, spielen ein generöses System von Prozesskostenhilfe (legal assistance) und immer wieder aufflammende Meinungsverschiedenheiten/Streitereien über die Höhe dieser Prozesskostenhilfe und Leistungen für die Verteidigung eine erhebliche Rolle.

Auch am IStGH scheint sich ein nahezu mechanistisches Verständnis des aus dem Common Law kommenden „Prinzips der Waffengleichheit“ (equality of arms) durchzusetzen: wenn die Anklagebehörde zum Beispiel mit einem Team von vier bis fünf Staatsanwälten unterschiedlicher Anciennität agiert, beansprucht die Verteidigung regelmäßig Geldmittel für ein entsprechendes Team von vier bis fünf Verteidigern.

Die recht generöse Prozesskostenhilfe scheint ihrerseits dazu beizutragen, dass regelmäßig eine Flut von Schriftsätzen und Eingaben aller Art produziert wird (dabei wird man gelegentlich den Verdacht nicht los, dass so auch die ganz erheblichen Geldmittel für die Verteidigung gerechtfertigt werden).

Ein anderer Aspekt: nach Art. 67 Abs. 1c gehört es zu den wichtigsten Rechten des Angeklagten, dass das Verfahren „ohne unangemessene Verzögerung“ verläuft. Es erscheint aber bemerkenswert, dass Beschuldigte und Verteidiger vor internationalen Gerichten diesem Recht in der Praxis anscheinend nicht so große Bedeutung beimessen; sie scheinen eher bestrebt, den Status eines nicht verurteilten Untersuchungshäftlings so lange wie möglich zu halten.

Eine Möglichkeit besteht darin, dass häufig – aus welchen Gründen auch immer – die Notwendigkeit eines Verteidigerwechsels auftritt; der neue Verteidiger beansprucht abseh-

bar jeweils längere Zeit, um sich einzulesen und vorzubereiten.<sup>28</sup>

Eine weitere Besonderheit der Verfahren vor dem IStGH besteht darin, dass von der im Statut vorgesehenen Beteiligung von Opfern und Opfervertretern am Verfahren früh und umfangreich Gebrauch gemacht wird, sogar im Vorverfahren. Dies führt u.a. zu zahlreichen weiteren Schriftsätzen und Gegenstellungnahmen der Verteidigung.<sup>29</sup>

Wenn man alle diese Phänomene zusammen nimmt, wird die Verfahrensdauer vor internationalen Gerichten wie beim IStGH irgendwie verständlicher. Einige Fakten hierzu: Das Vorverfahren im Falle Thomas Lubanga Dyilo hat so bereits elf Monate gedauert. In diesem Fall hat die Vorverfahrenskammer I 206 Schriftliche Entscheidungen (mit 2.187 Seiten) erlassen. Alle Beteiligten des Verfahrens haben insgesamt 864 Schriftsätze (mit 17.602 Seiten) vorgelegt. Da ich die Kollegen dieser Kammer, darunter den sehr erfahrenen Vorsitzenden *Claude Jorda* aus Frankreich kenne und schätze, weiß ich zugleich, welche großen Anstrengungen sie unternommen haben, um das Verfahren unter Kontrolle zu halten und voranzubringen. In ähnlicher Weise ist derzeit die Vorverfahrenskammer II bemüht, mit einer Flut von derzeit ca. 150 Anträgen aus Uganda auf Opferbeteiligung fertig zu werden.

Es bleibt abzuwarten, ob es in Zukunft nicht möglich ist, die Verfahren effizienter und besser zu steuern. Dazu gehört auch die Bereitschaft von Richtern, sich intensiv dieser Aufgabe zu widmen und aktiv nach der Wahrheit zu suchen.

Andere Sorgen des Gerichtes hängen damit zusammen, dass es völlig, zu 100 Prozent, abhängig ist von effektiver, zuverlässiger und zügiger strafrechtlicher Zusammenarbeit durch die Vertragsstaaten, besonders in Bezug auf Festnahmen. Es ist dies eine Frage, die letztlich über Wohl oder Wehe, Erfolg oder Misserfolg des Gerichtes entscheiden kann.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Siehe etwa „Defence Motion for Clarification and Request for an Extension of the Page Limit“, vom 29. November 2006, in the Case of Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-735; „Prosecution’s Response to Defence Motion for Clarification and Request for an Extension of the Page Limit“, vom 30. November 2006, in the Case of Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-741.

<sup>27</sup> Siehe etwa „Decision on the Defence request for extension of time limit“, vom 8. Februar 2007, in the Case of Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-815.

<sup>28</sup> Siehe etwa „Demande d’extension de délai“, vom 14. Mai 2007, in the Case of Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-905; ICTY Case IT-00-39-T, Prosecutor vs. Momcilo Krajisnik; ICTY Case IT-02-60/1-A, Prosecutor vs. Momir Nolic; Special Court for Sierra Leone Case SCSL-03-01-T-311, Prosecutor against Charles Ghankay Taylor.

<sup>29</sup> Siehe etwa „Prosecution’s Observations on the Demande du représentant légal des victims a/0231/06 to a/0233/06 and a/0242/06 to a/0250/06“, vom 6. Juni 2007, in the situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-334; „Prosecution’s Observations on the Demande du représentant légal des victims a/0107/06 à a/0109/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0188/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06 à a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06 à a/0230/06 et a/0234/06 à a/0241/“, vom 11. Juni 2007, in the Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-335.

<sup>30</sup> Siehe dazu *Han Ru Zhou*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 208; Dies betonte auch der Chefankläger in seiner Ansprache „Building a Future on Peace and Justice“, vom 24./25. Juni in Nürnberg, [http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO\\_nuremberg\\_20070625\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf).

Es ist klar, dass das Regime der Zusammenarbeit, wie es im Neunten Teil des Statuts festgeschrieben ist, als Realität und als Faktum des Lebens aufgefasst werden muss, das nicht einfach geändert werden kann – und auch nicht bei der Überprüfungs-Konferenz im Jahre 2009. Dieses Regime muss vielmehr von allen Betroffenen akzeptiert werden, namentlich dem Gerichtshof selbst und vor allem der Anklagebehörde, den Vertragsstaaten, internationalen Organisationen und NGOs. All diese Akteure sind dazu aufgerufen, das Beste aus der Situation zu machen, das heißt diesem Kooperations-System Leben einzuhauchen und seine Möglichkeiten zu effektiver, zügiger, uneingeschränkter und nachhaltiger Zusammenarbeit auszuschöpfen.<sup>31</sup>

Eine primäre Verantwortung für diese Notwendigkeit trifft den Gerichtshof selbst, insbesondere die Anklagebehörde. Der Chef-Ankläger und seine Behörde tragen eine besondere Verantwortung sowohl für wirksame Untersuchungen als auch für effektive Zusammenarbeit. In diesem Zusammenhang möchte ich einen Spruch erwähnen, den ich von den jungen Leuten an unserem Gerichtshof aufgeschnappt habe. Sie sagen – und man hört das ziemlich oft: „Die Anklagebehörde ist der Motor, systematische Anstrengungen für effektive Ermittlungen und gleichermaßen effektive Zusammenarbeit sind das Benzin für den ganzen Gerichtshof.“

Was bedeutet dies konkret? Der Chef-Ankläger hat ein vitales Interesse an effektiver strafrechtlicher Zusammenarbeit. Der Chef-Ankläger und seine Behörde müssen daher die Möglichkeiten ausschöpfen, wirklich alles tun für:

Erstens: den dauerhaften Aufbau einer angemessenen organisatorischen Kapazität für Fragen der Zusammenarbeit, ausreichend groß und so leistungsfähig wie möglich.

Zweitens: die gemeinsame Entwicklung eines neuen Systems bester Praktiken wirksamer strafrechtlicher Zusammenarbeit: direkt, flexibel, frei von unnötiger Bürokratie, mit voller Nutzung moderner Informationstechnologie und einem schnellen Fluss von Informationen und unterstützender Maßnahmen.

Drittens: den fortschreitenden Aufbau eines verlässlichen Netzwerkes, effizienter Zusammenarbeit beruhend auf Vertrauen zwischen dem Gerichtshof und den Vertragsstaaten.<sup>32</sup>

Die Frage ist: Haben wir dies schon? Hat die Anklagebehörde diese Ziele bereits erreicht? Im Ideal-Fall sollte die Anklagebehörde als treibende Kraft fungieren, mit einem wirklich durchdachten Konzept, mit klaren Zielen und Prioritäten.

Derzeit wird immer deutlicher, dass die Frage, wer Festnahmen und Überstellungen für den Strafgerichtshof durchführt, ein fundamentales Dilemma, vielleicht *das* ungelöste Problem schlechthin für den Strafgerichtshof darstellt.<sup>33</sup> Im

ehemaligen Jugoslawien haben NATO- und Koalitionssoldaten die meisten Festnahmen für das Jugoslawientribunal durchgeführt. Wie sollen nun Festnahmen für unser Gericht, etwa im Kongo oder in Uganda, erfolgen? Hier sind die Vertragsstaaten, besonders die Territorialstaaten gefordert. Es wäre fatal, wenn die Vertragsstaaten den Gerichtshof in dieser Frage allein lassen würden, etwa nach dem Motto: „Wir haben Euch gegründet und das Geld für die ersten Haushalte gegeben, nun seht zu, wie ihr die Täter vor Euer Gericht bekommt!“

Das kann nicht funktionieren, hoffentlich ist dies allen klar. Die Vertragsstaaten und auch die Sicherheitsratsmitglieder, die uns die Darfur-Situation überwiesen haben, müssen ernsthaft überlegen, wie sie den Strafgerichtshof bei der entscheidenden Frage von Festnahmen und Überstellungen unterstützen können. Es kennzeichnet den Ernst der Lage, dass Chef-Ankläger *Ocampo* in jüngster Zeit mehrfach öffentlich erklärt hat: „Wenn die Vertragsstaaten uns nicht aktiv bei Festnahmen unterstützen, unterminieren sie aktiv das Gericht.“<sup>34</sup>

## V. Grenzen und Ausblick

Der Strafgerichtshof ist insgesamt ein neuartiger Versuch, in dem anscheinend ewigen, immer wieder von Rückschlägen gekennzeichneten Kampf zwischen brutaler Macht einerseits, dem Recht andererseits die universelle Geltung der Menschenrechte zu stärken. Es gilt dabei die erfahrungsgemäß am stärksten Gefährdeten zu schützen – vor allem Frauen und Kinder, die Zivilbevölkerung.

Zugleich gilt es, die Grenzen und Beschränkungen unseres jungen Gerichts klar zu sehen. Das Römische Statut selbst enthält, wie bereits erläutert, ein System restriktiver Gerichtsbarkeit und ein schwaches Kooperations-Regime. Andere Grenzen hängen mit faktischen Schwierigkeiten oder mit so genannter Realpolitik zusammen:

Eine solche Grenze ist die präzedenzlose, ja ungeheure Schwierigkeit, dass das Gericht notwendig komplexe Ermittlungen in fernen, schwer zugänglichen, oft unsicheren Regionen durchführen muss, um die notwendigen Beweismittel zu sichern.

Eine andere faktische Grenze ist eine erkennbar systemimmanente Schwerfälligkeit internationaler Strafgerichte. Diese Schwerfälligkeit beruht auf vielen Ursachen, etwa der Komplexität der Strafverfahren, der Tatsache, dass der Ankläger richtigerweise auf die Führungstäter, die Täter mit der größten Verantwortung abzielen muss, die jedoch meist fast unbegrenzte Machtmittel und Möglichkeiten haben, ihre Verantwortung zu verschleiern. Dazu beruht diese Schwerfälligkeit weiter auf fehlender Tatortnähe, einem sehr hohen logistischen Aufwand, sehr vielen Beteiligten, Sprach- und Übersetzungsproblemen und natürlich auch Obstruktion und Verschleppung, wie sie etwa in dem Milosevic-Verfahren vor dem Jugoslawien-Tribunal regelmäßig zu beobachten waren.

<sup>34</sup> Siehe dazu die Ansprache „Building a Future on Peace and Justice“, des Chefanklägers vom 24./25. Juni in Nürnberg, [http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO\\_nuremberg\\_20070625\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf).

<sup>31</sup> Siehe *Cogan*, Yale Journal of International Law 27 (2002), 119; *Kaul* (Fn. 11), S. 93 ff.

<sup>32</sup> Siehe ICC, Office of the Prosecutor, Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor (Sept. 2003), Teil I unter 2.; *Kaul* (Fn. 11), S. 93 ff.; *ders.*, VN 4 (2004), 149; *Kaul/Kreß* (Fn. 9), S. 143 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu *Han Ru Zhou*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 208.

Eine dritte Grenze sind immer wieder „realpolitische“ Faktoren, etwa weiterhin ungenügende Bereitschaft der Vertragsstaaten, uns bei Festnahmen zu unterstützen oder das Gericht angemessen zu finanzieren. Wenn aber z.B. kein Geld da ist, um Zahl und Personalstärke unserer Untersuchungsteams zu erhöhen, verringert dies zwangsläufig unsere Möglichkeiten und Effektivität.

Lassen Sie mich daher auch heute eine Mahnung bekräftigen, die ich schon oft vorgetragen habe und die mir sehr am Herzen liegt: Man muss weiterhin sehr nüchtern und realistisch hinsichtlich der Rolle des Strafgerichtshofs bleiben.<sup>35</sup> In besonderem Maße sollten wir überzogene Erwartungen vermeiden.

Im Verhältnis zu den Problemen und gewaltsamen Krisen dieser Welt wird der Gerichtshof immer klein und schwach sein, eher ein Symbol. Schon aus Kosten- und Kapazitätsgründen wird das Gericht immer nur einige wenige, exemplarische Strafverfahren durchführen können.

Es ist auch noch etwas Geduld notwendig. Der IStGH ist noch nicht einmal ein Teenager, mit fünf Jahren steckt er altersmäßig noch in den Kinderschuhen. Und wie fordernd und schwierig ist die Konsolidierung dieses präzedenzlosen Gerichts! Die Schlussfolgerung ist klar: Bedeutung und Erfolg des Strafgerichtshofs dürfen nicht mit der oft nur kurzen Aufmerksamkeitsspanne, mit der oft nur kurzen Geduldsspanne unserer Zeit gemessen werden.

Vielleicht darf ich mit einer Erfahrung schließen, die ich zusammen mit anderen in all diesen Jahren der Arbeit für den Strafgerichtshof immer wieder gemacht habe:

Die Idee eines Internationalen Strafgerichtshofs, auch das Römische Statut und die darin vorgesehenen Regelungen und Verfahren sind als solche keinerlei Garantie für Fortschritte. Erst recht sind sie keine Garantie für das Funktionieren des Gerichtes oder seinen Erfolg. Nichts kommt von allein, jeder Schritt vorwärts bleibt schwierig. Jeder Zentimeter Fortschritt erfordert harte Arbeit, erfordert zähe Anstrengungen.

Wenn man aber bedenkt, dass der Strafgerichtshof noch 1996 eine bloße Utopie war, wenn man bedenkt, was besonders in den letzten fünf Jahren erreicht werden konnte, dann wird deutlich: Es wird schon gelingen.

---

<sup>35</sup> Siehe *Kaul*, VN 4 (2004), 149.

# The Relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council

Von Prof. **Daniel D. Ntanda Nsereko**, Gaborone (Botswana)

## I. Introduction

The relationship between the International Criminal Court (hereinafter “the ICC”) and the United Nations (hereinafter “the UN”) Security Council is informed by the complementary mandates of the Court and of the United Nations. According to the preamble to the Rome Statute, the primary mandate of the ICC is “to put an end” to impunity for the perpetrators of “unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity.” These atrocities, which characterised the last century, are “grave crimes that threaten the peace, security and well-being of the world.” The Court attains its objectives through the prosecution and punishment of the perpetrators of these crimes.

By prosecuting and punishing the perpetrators, the Court does not only do justice to the immediate victims of those crimes, but it does also contribute to the cause of peace and justice in the world in two ways: deterring future commission of similar crimes, and averting self-help or retaliatory measures by the victims and their sympathizers. It should be noted that almost invariably, the crimes under the jurisdiction of the Court are committed in the context of war or armed conflict. If the architects of war or conflicts are left to roam the streets and alleys of the globe as if nothing happened, others of their ilk will be encouraged to behave like them and to menace and tyrannize fellow human beings undeterred. Victims of such tyranny, in exercise of their inherent right to rebel against injustice, will put up resistance, and an endless cycle of violence and suffering will be set in motion (as happened in Europe during World War II and in the Great African Lakes Region in the 1990s). Justice is thus an antidote to such a cycle of violence.

According to the preamble of the UN, one of the motivating forces behind the formation of the organisation was the determination of the founding fathers “to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in [their] lifetime has brought untold sorrow to mankind.” The sorrow they alluded to included indiscriminate destruction of property and human life and the heinous crimes and other barbarities of the Nazi regime. The Security Council is one of the four principal organs of the UN. Under the Charter, it is vested with the “primary responsibility for the maintenance of international peace and security.”<sup>1</sup> In the pursuit of this goal the Council has come to realize that there can be no peace without justice. It is for this reason that, following the Nuremberg precedent, it has in the past set up international tribunals, such as the ICTY, the ICTR and other hybrid bodies to prosecute and punish perpetrators “of the most serious crimes of concern to the international community.” The deterring effects of such prosecution and punishment and the accompanying appearance of justice help to advance the cause of peace.

---

<sup>1</sup> Article 24.

Thus both the ICC and the UN Security Council are ultimately concerned with the peace, security and wellbeing of the world. It is therefore not surprising that in the preamble to the Rome Statute, the States Parties reaffirm “the Purposes of the Charter of the United Nations.” And it is equally not surprising that they wanted the Court to be in relationship with the United Nations system without necessarily being dependent or subordinate to it.

In this article we consider the relationship between the ICC and the UN Security Council under three major headings: triggering the jurisdiction of the Court; delaying the Court’s action; and prosecuting the crime of aggression.

## II. Triggering the jurisdiction of the Court

One and probably the most important aspect of the relationship between the ICC and the Security Council is the Council’s ability to trigger the Court’s jurisdiction, or to get it seized with a matter. Article 39 of the UN Charter vests in the Security Council’s power to determine whether or not there exists a threat to peace, breach of peace or act of aggression. For purposes of preserving or restoring the peace, the Charter also authorizes the Council to make recommendations to states or to decide on enforcement action against the recalcitrant state. It lists the measures that the Council might recommend to states or decide to take: those that do not involve the use of armed force,<sup>2</sup> and those that involve the use of armed force.<sup>3</sup> The list of measures that involve no force is merely suggestive or illustrative and is not exhaustive.<sup>4</sup> This elastic or flexible rendition of the Council’s mandate has enabled the Council to adopt other measures that it deems appropriate in a given situation. It has enabled it to adopt prosecution and punishment of the perpetrators of international crimes as one of the means of restoring peace and concord in war-ravaged countries and regions.

---

<sup>2</sup> Article 41 of the Charter provides as follows: “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These *may include* complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.” [*Emphasis added*].

<sup>3</sup> Article 42 of the Charter provides that “Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.”

<sup>4</sup> See Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 35.

In establishing the ICTY and the ICTR, the Security Council acted under Chapter VII of the Charter. It considered that the situations in the former Yugoslavia and Rwanda were a threat to peace. It considered that prosecuting the architects of those peace-threatening situations would facilitate reconciliation and help restore and maintain peace in those countries. It has incrementally invoked this mechanism and established other, albeit slightly different in composition, tribunals in Sierra Leone, East Timor and Cambodia to deal with similar situations. One in Burundi is still under discussion. It might establish others when and as need arises – and given man's proneness to resort to violence, such need will soon or later arise.

However, now that a permanent International Criminal Court is in place, the Security Council need not resort to these *ad hoc* mechanisms. The Rome Statute makes the Court available to the Security Council, if it wants, for use to enable it to carry out its mandate of maintaining peace globally. If it considers judicial action appropriate, the Council may refer any peace-threatening situation to the Court for such action under Article 13(b) of the Rome Statute.<sup>5</sup> The advantages to the Security Council, to the international community and, ultimately to the taxpayer, of referring a situation to the ICC as opposed to the establishment of *ad hoc* tribunals are manifold.

First, from the Security Council perspective, a referral to the ICC is cost-effective. You don't have to expend money and time to construct new court buildings, draft and adopt new statutes and rules of procedure and evidence, elect special judges or appoint a prosecutor and a court bureaucracy. The ICC already has these facilities and personnel in place. It is also expeditious. The judges, prosecutors and a court bureaucracy are in place and are ever in the ready to act as soon as a situation is referred to them.

Secondly, from the point of view of the ICC, the greatest advantage of a Security Council referral is that when it commences its proceedings in respect of any given situation, it does so with the assurance that it is acting on behalf of the international community as a whole and has the support or is supposed to have the support of all states and not only of the States Parties to the Rome Statute. With a referral, you do not have to worry over whether the state on whose territory the situation arose is a State Party of the Rome Statute. You do not have to worry whether the individual perpetrators are nationals of a State Party to the Rome Statute. You also do not have to worry whether a given state has made a declaration under Article 12 (3) accepting the jurisdiction of the Court with respect to the particular crime. Most importantly, under Articles 2 (6) and 25 of the UN Charter, all states, whether or not they are members of the UN or are Parties to

---

<sup>5</sup> Article 13 provides in part as follows: "The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if: [...] (b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or [...]."

the Rome Statute, are bound to accept and to carry out Chapter VII decisions of the Security Council. They are therefore bound to fully co-operate with the ICC and its organs during the investigation and prosecution of cases arising out of the situations referred to the Court, by arresting and handing over to the Prosecutor suspects in respect of whom warrants of arrest have been issued, allow the Prosecutor's staff on its territory for purposes of carrying out investigations and providing them with all information pertinent to the investigation. Failure on the part of a state to co-operate exposes it to sanctions and other measures that the Security Council may deem appropriate.

Equally important, once the Security Council has made the referral, as it did in 2005 with respect to the Darfur situation,<sup>6</sup> the Prosecutor does not have to seek the authorization of the Pre-Trial Chamber to commence investigations or prosecutions, which he would otherwise be obliged to seek under Article 15 of the Statute if he acts *proprio motu*. He also does not have to defer to national jurisdiction, as he would ordinarily be required to do where a situation is referred to him by a state or where he acts *proprio motu*.<sup>7</sup> In the Darfur situation the Prosecutor initially deferred to the Sudan's national jurisdiction under the principle of complementarity. Before seeking the arrest warrants for State Minister Ahmed Harun and Janjaweed militia leader Ali Kushayb in February 2007, the Prosecutor allowed the Sudanese judicial authorities to prove themselves capable of delivering justice in accord with the requisite international standards.<sup>8</sup> Lastly, the Prosecutor also does not have to worry about the Council seeking deferral under Article 16 of the Statute. By referring a situation to the ICC, it means that the Council now deems judicial action against the alleged disturbers of the peace to be appropriate.

From the viewpoint of cost, Article 15(b) of the Statute envisages that where the Council refers a situation to the ICC for action, it must also provide or at least contribute to the funds that the Court will incur as a result of the referral. However, clear and reasonable as this may sound, the Council brushed these provisions aside, and in its Resolution 1593

---

<sup>6</sup> Security Council Resolution 1593 of 31 March 2005, S/RES/1593 (2005).

<sup>7</sup> Article 18 of the Rome Statute. See also *Nsereko*, in: Triffter (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 395.

<sup>8</sup> In his first report to the Security Council in 2005, the Prosecutor stated, at page 4, that "In mid-June 2005, after the decision by the Prosecutor to start an investigation, the Government of Sudan provided the OTP with information relating to the establishment of a new specialised tribunal to deal with some individuals considered to have been responsible for crimes committed in Darfur. As part of the ongoing admissibility assessment the OTP will follow the work of the tribunal in order to determine whether it is investigating, or has investigated or prosecuted, the cases of relevance to the ICC, and whether any such proceedings meet the standards of genuineness as defined by Article 17 of the Rome Statute."

(2005) referring the situation in Darfur to the ICC, specifically provided that:

“None of the expenses incurred in connection with the referral including expenses related to investigations or prosecutions in connection with that referral, shall be borne by the United Nations and that such costs shall be borne by the parties to the Rome Statute and those States that wish to contribute voluntarily.”

This provision in the Resolution was apparently part of the price that the international community had to pay in order to overcome the United States’ opposition to the referral. That aside, however, it should be pointed out that where, before a referral, the Council has been seized with a situation and, as in the Darfur case, carried out some investigations, the ICC Prosecutor benefits immensely from those investigations. Such investigations help to shorten his own investigation and to reduce the cost involved.

### III. Delaying or deferral of ICC action

The Security Council also has power to delay or suspend action of the ICC in a particular matter. Such delay was one of the prices that had to be paid for the acceptance by powerful and influential states at the Rome Conference of Plenipotentiaries of an independent, effective and credible Court, free from Security Council control. The permanent members of the Security Council, particularly the US, favoured the following provision in the International Law Commission Draft:

“No prosecution may be commenced under this Statute arising from a situation which is being dealt with by the Security Council as a threat to or a breach of the peace or an act of aggression under Chapter VII of the Charter, unless the Security Council otherwise decides.”

The basis for this provision was the assumption that the Security Council had exclusive jurisdiction in matters pertaining to the maintenance of international peace and security. Therefore the Court must not entertain cases arising from peace-threatening situations without the authorization of the Council. It was also assumed that for the Court to get involved in such matters without authorization would amount to a meddling in or thwarting of the Council’s political, diplomatic or military initiatives. The provision and the reasoning behind it were rejected by the Rome Conference.

First, the Security Council responsibility under Chapter VII is primary, but not exclusive. Where the Council fails to act, other organs of the International community may act.

Second, as the International Court of Justice has held in a number of cases, the Council and the Court have complementary functions – political and judicial. They may both simultaneously exercise them with respect to the same situation.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> See for example, Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Merits), *Nicaragua v. United States*, (1986) ICJ Reports 14. Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the Montreal Convention Arising out of the Aerial Incident at Lockerbie (Provisional Measures), *Libya v. U.K.*, (1992) ICJ Reports 3.

Third, the Security Council is notorious for keeping certain matters on its agenda for an indefinite period of time without doing anything about them. Additionally, it is within the Council’s prerogative to declare any situation to constitute a threat to peace, a breach of the peace or act of aggression under Chapter VII. Therefore, if the Rome Conference accepted the International Law Commission proposal, this would have resulted in the ICC never being able to take on any case arising out of such situations. To appease the permanent members of the Security Council, the Rome Conference adopted the current Article 16, known as the Singapore proposal. It reads:

“No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; the request may be renewed by the Council under the same conditions.”

There are four important points in respect of this provision that are noteworthy:

One, although the Council’s action is billed as a “request”, it is actually a command to the Court to suspend its activities with respect to a matter and to defer to the Security Council’s jurisdiction.

Two, the request must be made by way of a resolution; to be adopted the resolution requires the affirmative concurrence of all permanent members of the Council present and voting; it is subject to the veto and, therefore, as we shall see, it is not easy to adopt. This is the consolation of the provision.

Three, according to its context, Article 16 aims at suspending ICC action in cases arising out of specific or particular situations which the Security Council may be seized with. The article recognized the Council’s primary responsibility in the area of maintaining peace and allows it to act first, *Recht des ersten Zugriffs*. Untimely or precipitous investigations or prosecutions by the Prosecutor might undermine the Council’s diplomatic or other efforts to normalize a volatile situation.

Four, open-ended as it is, the provision is susceptible to abuse. This is so because the Council does not have to give reasons for its “request” to the Court to stay investigation or prosecution. Those unstated reasons may be purely political or intended to shield political allies from international justice. Also significant, the request may be repeated *ad infinitum*, and the Court’s action stayed indefinitely. In the meantime, valuable evidence may be destroyed and potential witnesses may disappear.

As was feared, Article 16 was abused a few days after the Rome Statute came into force. It so happened that the mandate of the UN Mission in Bosnia and Herzegovina (UNMIBH) was about to expire. The US, which made significant contributions to the Mission in the form of both human and material resources, threatened to cut off its contributions unless its nationals who were serving or who previously served on the Mission, were granted immunity from prosecution by the ICC for anything they did or omitted to do in relation to the Mission. Anxious not to forfeit the US contri-

tribution to the UNMIBH and other peacekeeping missions, other members of the Security Council acceded to the US demands and adopted Resolution 1422 of 12 July 2002. Purporting to act consistently with Article 16 of the Rome Statute, the resolution provided that:

“If a case arises involving *current or former officials or personnel* from a contributing state not a party to the Rome Statute over acts or omissions relating to a United Nations established or authorized operation, [the ICC] shall for a twelve-month period starting July 2002, not commence or proceed, with investigation or prosecution of any such case, unless the Security Council decides otherwise.”

The resolution also expressed the intention “to renew the request in paragraph 1 under the same conditions each July for further 12-month periods as may be necessary.” The resolution was renewed as a matter of course on 12 July 2003. A similar resolution was also adopted on 1 August 2003 in respect of personnel participating in the UN-Multinational Stabilisation Force for Liberia.

It is submitted that these resolutions amounted to an abuse of Article 16 for the following reasons:

1. The purpose of the resolutions, as stated in their preambles, was to *facilitate* or to make it easy for member states to contribute to operations established or authorized by the UN Security Council. The facilitation envisaged was the granting of immunity from ICC prosecutions to state officials or personnel in respect of future and non-existing situations. But this is at variance with the purpose of Article 16. The purpose of Article 16 is solely to enable the Security Council to exercise its functions under Chapter VII of the Charter in a particular and existing peace-threatening situation.

2. By exempting from ICC jurisdiction “current or former officials or personnel from a contributing state not party to the Rome Statute” the resolutions violate the letter and spirit of the Statute. Article 27 of the Statute declares as irrelevant any distinctions based on official capacity. They thus perpetuate impunity which the ICC was established to combat.

3. Before invoking Article 16, it must be shown or alleged that an actual situation that constitutes a threat to or breach of peace, exists and has been so declared and that the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter is seized with such a situation. The resolutions do not do that.

4. The resolutions were in any case not necessary, because individuals serving on UN peacekeeping missions remain under the jurisdiction of their sending states. Whenever a serviceman is alleged to have committed a crime whilst on mission, he is immediately sent home where he is dealt with. As long as the home state is dealing with him, the case will not be admissible before the ICC. It will only be admissible if it were shown that the state concerned was unable or unwilling to investigate or prosecute genuinely or effectively under Article 17.

5. The resolutions merely served to discredit the Security Council as a servile tool of the United States’ foreign policy towards the Court. Luckily, the United States’ attempts to renew Resolution 1422 for a third time in 2004 failed when a majority of the members of the Council, including France, indicated that they would oppose it. Credit also goes to mem-

bers of civil society who lobbied governments to oppose a renewal of the resolution.

#### IV. Prosecuting the crime of aggression<sup>10</sup>

Regarding aggression, the Rome Statute lists the crime among those that the Court has jurisdiction over. However, it does not define aggression. It assigns that task to the Assembly of States Parties. The Assembly has, in turn, assigned the task to a special Working Group, which will formulate proposals and adoption at a Review Conference. One of the key issues that the Assembly must resolve is the role that the Security Council will play in the process.

The issue of Security Council involvement stems from the binary nature of the definition of aggression. Until recently the terms “aggression”, “war of aggression”, “act of aggression”, “crime of aggression” and “crime against the peace” were used interchangeably to mean one and the same thing. However, the two terms that gained prominence during the discussions at the Preparatory Commission were the “act of aggression” and “crime of aggression.” “Act of aggression” is now used to refer to the conduct of the state. “Crime of aggression”, on the other hand, is used to refer to the role played by individuals in the commission of the “act of aggression.”<sup>11</sup> “Crime” is advisedly used to exclusively refer to individuals’ conduct since, under the current state of international law, a state cannot commit a crime. It must, however, be emphasised, that “individuals” in this sense is restricted to top political, military and other leaders, who are in a position to effectively exercise control over or to direct the political or military action of a state. It is generally agreed that aggression is a leadership crime.

According to the current view, then, an act of aggression by a state is a pre-condition that triggers individual criminal responsibility. In this sense, then, it is a predicate wrong or constitutive element of the crime.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> This part of the article is an adaptation of the author’s earlier piece “Bringing Aggressors to Justice: From Nuremberg to Rome”, 4 *University of Botswana Law Journal* 2005, 4.

<sup>11</sup> See for example the proposal by Bosnia and Herzegovina, New Zealand and Romania. It provides as follows: “1. A person commits the crime of aggression that, being in a position to exercise control over or direct the political or military action of a State intentionally and knowingly orders or participates actively in the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by that State. 2. For the purposes of the exercise of jurisdiction by the Court over the crime of aggression under the Statute, aggression committed by a state means the use of armed force to attack the territorial integrity or political independence of another State in violation of the Charter of the United Nations.” PINICC/2001/WGCA/DP.2, 27 August 2001.

<sup>12</sup> Thus, in justifying their proposal before the Preparatory Commission, Bosnia and Herzegovina, New Zealand and Romania explained as follows: “Article 5, paragraph 2, of the Rome Statute requires only that the crime of aggression be defined. However, because aggression by a State is a precondition to the prosecution of an individual for the crime, it is



However, the thorny issue is who determines whether a state has committed an act of aggression? Now, prosecuting aggressors is a judicial function. One would therefore have assumed that such determination is within the Court's exclusive jurisdiction. This is unfortunately not so. There is a proposal, supported mainly by the US and the other permanent members of the Security Council, which would give the Council a pre-eminent role in the matter.<sup>13</sup> The aim of the proposal is apparently to enable a permanent member of the Council to prevent the ICC to exercise its jurisdiction over an alleged act of aggression arising out of any situation referred to it. A permanent member would, by exercising its power of veto, be able to protect itself or its allies who engage in otherwise aggressive conduct from censure. This assertion is borne out by Ambassador *David Shaffer*, the US Chief negotiator, when he said:

"During the *Clinton* administration we held the line very effectively to ensure that the drafting of this crime included an acceptable definition and that only the Security Council could trigger it for the Court's attention.

Aggression is the one crime that other nations may seek to charge our globally deployed military with, regardless of the merits. It is a crime that invites political manipulation to serve the interests of whoever regards any projection of military power to be aggressive. It goes to the heart of why we intervene. Yet when truly committed, as during World War II and Iraq's invasion of Kuwait in 1990, its criminal character is undeniable."<sup>14</sup>

How, then, would the proposal serve to accomplish its proponents' objectives? It vests in the Security Council the exclusive responsibility to determine whether a state has committed an act of aggression before the Court can come into the picture. According to the proposal, the Court must not exercise its jurisdiction unless and until the Council has made a determination. And when the Court does exercise the jurisdiction, its role must be limited to determining the part played by individuals in the state's commission of acts of aggression; and, if it finds any individual guilty, to pass sentence on such individual. According to this scheme, if the Council does not act at all, the Court will also not act. However, if the Council acts and makes a determination, either implicating or exonerating a state, the determination is final and is binding on the Court regardless of its soundness in law.

---

necessary to make clear in the Statute itself what type of action on the part of a State will trigger individual criminal responsibility and open the way to a prosecution in the International Criminal Court.", *ibid.*

<sup>13</sup> See Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court Addendum, Part II „Proposals for a provision on the crime of aggression.“ PCNICC/2002/2 Add.2, 24 July 2002. The report contains the discussion paper proposed by the Coordinator, Part I of which deals with the "definition of the crime of aggression and conditions for the exercise of jurisdiction."

<sup>14</sup> See *Scheffer*, *op.cit.*

The proposal is apparently based on the admonition in the Rome Statute that the definition and the conditions for the Court's exercise of jurisdiction must be "consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations."<sup>15</sup>

Now, is the proposal consistent with the Charter? What does the Charter say? Two provisions are most pertinent. The first is Article 24, which vests in the Security Council "primary responsibility for the maintenance of international peace and security." The other is Article 39, which empowers the Security Council to determine the existence of any threat to peace, breach of the peace, or act of aggression with a view to deciding on enforcement measures against the recalcitrant state.

The proponents of the proposal interpret these provisions to mean that the very mention of the word "aggression" automatically triggers Security Council action. They assert, in effect, that no matter what the context in which the issue of "aggression" arises, it is the Council solely and exclusively that has the power to pronounce on its existence or to deal with it. It is submitted that this is an erroneous reading of the Charter.<sup>16</sup>

The Council's powers under the cited provisions of the Charter are *primary* and not *exclusive*. They are *exclusive* only when the Council is determining whether a State has committed an act of aggression for the purpose of and as a necessary prelude to making recommendations or taking coercive enforcement measures against the aggressor state. Short of this circumscribed compass, the provisions do not preclude other organs of the international community from making their own determinations for purposes falling within their respective mandate.<sup>17</sup> Thus, in the past, when the Council was paralysed by the use of the veto and was unable to act, the General Assembly which has residual powers in the matter of the maintenance of peace was able to act and to diffuse some explosive situations.<sup>18</sup> Again, in an ICJ case in which the Democratic Republic of the Congo sought, among other things, reparations from Uganda for Uganda's alleged acts of aggression, no one seriously questioned the competence of the ICJ to entertain the case on the ground that aggression was alleged and that the Security Council had not

---

<sup>15</sup> Article 5(2).

<sup>16</sup> *Nsereko*, 71 *Nordic Journal of International Law* 2002, 497.

<sup>17</sup> See for example the decision of the International Court of Justice in the *Certain Expenses Case of the United Nations Case*, (1962) ICJ Reports, 151 (163) when the Court opined thus: "The responsibility conferred [by Article 24] is "primary", not exclusive. This primary responsibility is conferred upon the Security Council, as stated in Article 24, "in order to ensure prompt and effective action." To this end, it is the Security Council which is given a power to impose an explicit obligation of compliance if for example it issues an order or command to an aggressor under Chapter VII. It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an aggressor."

<sup>18</sup> See also the *Uniting for Peace Resolution*, General Assembly Resolution 377 (V), 3 November 1950.

pronounced itself on the allegation. It is submitted that whether or not Uganda committed the alleged acts of aggression was clearly a matter for the ICJ alone to determine.<sup>19</sup>

The Security Council had nothing to do with it, unless, of course the alleged aggression was continuing and there was need for enforcement measures to stop it. Likewise, for purposes of trying and punishing individuals who mastermind acts of aggression, the International Criminal Court should be able to determine for itself whether a State has committed an act of aggression and if so, which individuals should be held criminally responsible for that act and be punished.

There are several other reasons why the Security Council should not be assigned a pre-eminent role in the prosecution of aggression.

The first reason is that the Council tends to be capricious, partial and selective in its approach to the problem. There are many instances when it failed to condemn as aggression a conduct that qualified for such condemnation or to take measures against the aggressor state.<sup>20</sup> In some of these in-

---

<sup>19</sup> There were attempts to oust the jurisdiction of the Court on the ground that the Security Council was still seized of the matter and had passed resolutions on it. The Court thwarted the attempts, holding that there was nothing in the Charter ousting its jurisdiction merely because the Council was simultaneously seized of the matter.

<sup>20</sup> During the Korean War in 1950 the Council could not adopt a resolution designating any country as aggressor because of the Soviet veto. Following their invasion of the Suez Canal in 1956, Britain and France vetoed the Council's resolutions that would have condemned them as aggressors. In 1960 the Congo called upon the Security Council "to protect the national territory of the Congo against the present external aggression" by Belgium. Acting under Chapter VII of the UN Charter the Council passed 3 resolutions calling upon Belgium to withdraw from the territory of the Congo, but in none of them did it condemn Belgium as aggressor. See *Rifaat*, Stockholm Almqvist & Wiksell International, 1979, 208-217. More recently, following a Banyumulenge-led armed rebellion against its government in August 1998, the Congo urged the Security Council "to strongly condemn the invasion of Congolese territory by Rwandan and Ugandan troops" and "to demand that Rwanda and Uganda withdraw their troops immediately from Congolese territory." (See UN Doc. S/1998/758, 14 August 1998). The Council did not adopt any resolution to that effect. The Council again failed to adopt any resolution condemning Israel as aggressor following her invasion of Egypt, Syria, and Jordan in 1967. Its ultimate Resolution 242 of 22 November 1967 merely required the "Withdrawal of Israeli armed forces from territories occupied in the recent conflict" without naming her as an aggressor. Following the US invasion of Grenada on 25 October 1983 the Council considered a resolution that "deeply deplores the armed intervention in Grenada, which constitutes a flagrant violation of international law and of the independence, sovereignty and territorial integrity of that State." The US vetoed the resolution which, when subsequently tabled before the General Assembly, was adopted in its enti-

stances, a Permanent Member of the Council or its allies was directly involved in the conduct. Thus, given this record and its current composition, the Council cannot be expected to behave any better in the future.

The second reason is that the Council is not a court of law. It is a political body, whose decisions are often driven by political rather than legal considerations. It does not have to follow the law. So, even when we have a definition of aggression in place, the Council will not be bound by it, thus rendering futile the efforts to formulate such a definition. In this connection, Judge *Schwebel* has aptly commented as follows:

"While the Security Council is invested with the authority to determine the existence of an act of aggression, it does not act as a court in making such a determination. It may arrive at a determination of aggression – or, as more often is the case, fail to arrive at a determination of aggression – for political rather than legal reasons. However compelling the facts which could give rise to a determination of aggression, the Security Council acts within its rights when it decides that to make such a determination will set back the cause of peace rather than advance it. In short, *the Security Council is a political organ, which acts for political reasons. It may take legal considerations into account but, unlike a court, it is not bound to apply them.*"<sup>21</sup>

The third reason is that in making the determinations, the Council will not follow the rules of natural justice or the due process of law. Individuals who will be tried on the basis of its determinations will not have an opportunity to appear before the Council and to be heard. Nor will they have an opportunity later on to challenge those determinations. Very important, too, given the capricious nature of the Council, the determinations will be uncertain and unpredictable, and contrary to the principle of legality, or *nullum crimen sine lege*, which is so basic to criminal law. It would be unfair to use them as the basis for trying anyone before the Court.

The last reason is that subjecting the Court's exercise of its jurisdiction to Security Council determinations will amount to a repudiation of its independence and will rob it of credibility.

For these reasons, therefore, it is urged that the Court be left to make its own determinations, both as to the act of aggression by a state and as to the crime of aggression by

---

rety. Generally see *Nanda*, 14 California Western International Law Journal 1984, 395. In the Nicaragua Case, *supra*, the International Court of Justice held the US responsible for certain acts amounted to threat or use of force against Nicaragua, contrary to Article 2(4) of the United Nations Charter. In 1986 Nicaragua tabled two resolutions before the Security Council calling for US full compliance with the ICJ decisions. The resolutions were not adopted because of the US veto. Generally see *Oosthuizen*, 12 Leiden Journal of International Law 1999, 549.

<sup>21</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, (1986) ICJ Reports 14, 290. (*Emphasis added*).

individuals. Unlike the Security Council, the Court will base its decisions solely on the law and evidence, and will observe the principles of legality, natural justice and the due process of law.<sup>22</sup> It is not true, as some have argued, that the Court is not competent to pronounce itself on the conduct of states or on issues of international law and that it is limited to individual conduct and the issues of criminal law. There is no basis for that argument in the Statute; the Statute does not forbid the Court to pass judgment on such conduct for the purpose of assigning individual criminal responsibility. Besides, it is practically impossible to extricate individual from state conduct.

As for the Court's alleged lack of competence to pronounce itself on issues of international law, it would suffice to point out that the very composition of the Court belies this argument. The Statute requires the Court to have a mix of Judges who are specialists in criminal trials and in international law. This mix envisages that the Court would, in the course of its work, have to pronounce itself on issues of international law that may be pertinent to matters before it. The *ad hoc* tribunals have on occasion had to do this and have acquitted themselves well.<sup>23</sup>

It may also be noted in passing that the Nuremberg Charter did not require a separate organ, let alone a political one, to make prior pronouncements as to the existence of a war of aggression before the Tribunal could determine the criminal responsibility of individuals. The Tribunal resolved all the pertinent issues, and did so very well. To argue, as some have argued, that World War II was obviously an aggressive war that needed no legal findings or pronouncements is, to say the least, flippant. What of the many other wars that have plagued our planet since World War II and which, to many, were "obviously aggressive" but have passed uncondemned?

There is also the argument that aggression is a political crime, in the sense that it involves state conduct, and that the Court should be spared from having to deal with political issues. It is submitted that all the crimes currently under the jurisdiction of the ICC are in this sense political. They involve state conduct. They are invariably committed in the name of and for the state as part of state policy. Indeed, some, such as war crimes, must by definition be "committed as part

of a plan or policy", invariably of the government. Additionally, as the roster of the defendants before the Nuremberg and Tokyo tribunals and, currently before the ICTY and ICTR reveals, the crimes are committed by high-ranking state officials and functionaries. More often than not, they are committed by means of the army, police, intelligence and other security agencies and the entire governmental apparatus. It is for these reasons that they are often referred to as "crimes of state". From this perspective, therefore, there is no justification for considering aggression as involving more state conduct than the other crimes and for curtailing the Court's jurisdiction over it.

Nonetheless, it is urged that in any case where the Council makes a determination, the Court should treat such a determination with due respect as a matter of courtesy. However, for reasons advanced above, the Court must not feel itself bound by the determination.

Regarding the conditions that should accompany the Court's exercise of jurisdiction as required under Article 5 of its Statute, it is suggested that the only condition should be compliance with Article 16 of the Statute. When, acting under that article, the Security Council requests the Court not to commence or to proceed with investigation or prosecution in respect of a situation it may be seized of, the Court must comply with the request. This condition is consonant with the Charter of the United Nations. It enables the Council to exercise its primary responsibility assigned to it under the Charter of maintaining international peace and security. It recognizes that the Court's untimely or precipitous exercise of jurisdiction with respect to alleged acts of aggression may be counterproductive. They may frustrate the Council's political, diplomatic, military or other efforts aimed at maintaining or restoring the peace. So, let the Council act first. The condition is at the same time in accord with the Rome Statute and affirms the independence and the integrity of the Court.

## V. Concluding remarks

The Court's coming into operation so soon after the adoption of the Rome Statute in 1998 is something that surprised many. Equally, the adoption of Resolution 1422 by the Security Council in 2002 to defer the Court's action just days after the Statute came into force is an event that the international community did not expect to happen so soon. Nevertheless, its non-renewal in 2004 also brought a sigh of relief and was also a noteworthy non-event. A more pleasant surprise, however, was the referral by the Security Council of the Darfur situation to the Court for investigation and action only within four years of the Court's existence. These events reveal a dynamic and growing, albeit delicate, relationship between the Court and the Council. They raise optimism that the apparently intractable issue of aggression will also be satisfactorily resolved, that law and power will be put in their rightful places, and the cause of peace will continue to advance.

---

<sup>22</sup> Like the International Court of Justice, the International Criminal Court is duty bound to use "juridical concepts, its criteria [must be] standards of legality and its method [...] that of legal proof." See dissenting Opinion of Judge *Weeramantry* in the Lockerbie case: Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the Montreal Convention Arising out of the Aerial Incident at Lockerbie (Provisional Measures), *Libya v. U.K.* (1992), ICJ Reports 3, 56.

<sup>23</sup> See, for example, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, 2 October 1995 and *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-T of 19 June 1997, in which the International Criminal Tribunal for Rwanda pronounced itself on the competence of the Security Council, acting under Chapter VII of the UN Charter, to establish the Tribunal.

# Justice in the Name of All\*

## Die praktische Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs aus der Sicht des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof

Von Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof als Abteilungsleiter **Rolf Hannich**, Karlsruhe

„Egal wie mächtig du bist, du bist nicht mächtiger als Recht und Gesetz.“

Christopher Staker, Stellvertretender Ankläger im Taylor-Prozess des Sondergerichtshofs für Sierra Leone.

### I. Einleitung

Ich möchte meinen Blick auf das Völkerstrafgesetzbuch gleich mit einer Frage beginnen: Was hat der vor ca. eineinhalb Wochen stattgefundenen G8-Gipfel in Heiligendamm mit dem Völkerstrafgesetzbuch zu tun? Bevor Sie sich über Gebühr den Kopf zerbrechen, will ich die Antwort gleich vorwegnehmen. Wir haben in der vergangenen Woche über den Generalstaatsanwalt in Rostock eine Anzeige gegen den russischen Staatspräsidenten zur Prüfung vorgelegt bekommen, ob ein Ermittlungsverfahren in der Zuständigkeit des Generalbundesanwalts einzuleiten ist. Der Anzeigersteller wirft dem Präsidenten der russischen Föderation vor, als oberster Entscheidungsträger der russischen Regierung für „Kriegsverbrechen und Menschenrechtsverletzungen während der Tschetschenien-Kriege“ und andere Straftaten verantwortlich zu sein. Der Angezeigte habe sich wegen Kriegsverbrechen gegen Personen nach § 8 VStGB schuldig gemacht und sei noch vor der Beendigung des Gipfels in Haft zu nehmen, weil wegen der beabsichtigten Ausreise nach Russland akute Fluchtgefahr bestehe.

Abgesehen davon, dass bei Eingang der Strafanzeige der Angezeigte Deutschland bereits wieder verlassen hatte, lagen schon aus offensichtlichen Gründen die Voraussetzungen für die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nicht vor. Nach § 20 Abs. 2 GVG erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf Personen, die nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts von ihr befreit sind. Eine solche allgemeine völkerrechtliche Regel besagt, dass amtierende Regierungschefs und Staatsoberhäupter Immunität vor der Gerichtsbarkeit fremder Staaten genießen. Das gilt auch dann, wenn die Vorwürfe wegen Völkerstraftaten erhoben werden. Damit sind Strafverfolgungsmaßnahmen durch deutsche Behörden – unabhängig davon, ob das Vorbringen des Anzeigerstatters überhaupt geeignet wäre, einen Anfangsverdacht zu begründen – von vornherein ausgeschlossen.

Ich erwähne diese Anzeige nur deshalb, um zu illustrieren, dass von den mehr als 70 Vorgängen, die seit dem Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs<sup>1</sup> am 30. Juni 2002 bei unserer Behörde angefallen sind, in den meisten Fällen die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für die Einleitung von Ermittlungsverfahren von vornherein nicht vorlagen. Dabei bin ich mir bewusst, dass wir uns als zuständige

Staatsanwaltschaft dem Vorwurf ausgesetzt sehen, dem geltenden Recht nicht ausreichend Geltung zu verschaffen. Diesen – aus meiner Sicht unberechtigten – Vorwurf möchte ich mit meinen Ausführungen auszuräumen versuchen.

### II. Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch

#### 1. Grundlagen

Bevor ich auf die Probleme der praktischen Erfahrungen mit dem Völkerstrafgesetzbuch eingehe, bedarf es eines Blickes auf Inhalt und Entstehungsgeschichte des Gesetzes, denn nur dadurch wird deutlich, dass wir in den letzten rund 15 Jahren Zeitzeugen einer rasanten Entwicklung sind. Noch nie waren humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht so stark in das Bewusstsein der Öffentlichkeit getreten, noch nie war der Gedanke vom Primat des Rechts so weit vorangebracht worden. Dabei hat die Idee, völkerstrafrechtliche Kernstraftaten wie Völkermord, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch von der Völkergemeinschaft legitimierte Gerichte aburteilen zu lassen, einen mehr als 130 Jahre alten Ursprung. Schon 1872 hatte einer der ersten Präsidenten des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, *Gustave Moynier*, den Vorschlag unterbreitet, einen ständigen Internationalen Gerichtshof zur Aburteilung solcher Taten einzurichten.<sup>2</sup> Gedauert hat die Umsetzung dieser Idee mehr als 120 Jahre, bis der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen in den Jahren 1993 den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien<sup>3</sup> und 1994 den Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda<sup>4</sup> einrichtete. Einen vorläufigen Abschluss hat diese Entwicklung mit der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofes in Den Haag am 1. Juli 2002 erfahren. Damit erfuhr die Fortschreibung des internationalen Rechts eine Dimension wie sie selbst Experten zehn Jahre zuvor noch nicht für möglich gehalten hätten. Grundlage der Errichtung des IStGH war das Römische Statut,<sup>5</sup> das am 17. Juli 1998 auf einer diplomatischen Bevollmächtigtenkonferenz von 120 Staaten angenommen wurde. In ihm verständigte sich die internationale Staatengemeinschaft erstmals darauf, einen unabhängigen ständigen Internationalen Strafgerichtshof zu schaffen, der nach der Präambel des Statuts „Gerichtsbarkeit über die schwersten Verbrechen hat, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“<sup>6</sup>. In diesem Kontext ist das deutsche Völkerstrafgesetzbuch zu

\* Es handelt sich um das um Fußnoten angereicherte Manuskript eines an der Universität Göttingen gehaltenen Vortrags. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 2254.

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 11. Für einen Überblick über die historische Entwicklung m.w.N. vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> UN Doc. S/Res/827, 25.5.1993.

<sup>4</sup> UN Doc. S/Res/955, 8.11.1994.

<sup>5</sup> Rome Statute of the International Criminal Court – UN Doc. A/CONF. 183/9; vgl. hierzu *Ambos*, ZStW 111 (1999), 175.

<sup>6</sup> So Art. 5 IStGH-Statut.

sehen, das einen bedeutenden Schritt in dieser Entwicklung nachvollzieht. Es dient der Anpassung des deutschen materiellen Rechts an das Römische Statut und der Erleichterung der innerstaatlichen Strafverfolgung.

## 2. Ausgangslage

Bevor ich auf das deutsche Recht näher eingehe, möchte ich nochmals einen kurzen Blick in die Geschichte werfen, weil sich daraus ablesen lässt, welche rasante Entwicklung das Völkerstrafrecht in den letzten Jahren genommen hat. Bis zum Versailler Vertrag vom Juni 1919 war es gängige Staatenpraxis, Kriegsverbrechen zu amnestieren. Der Vertrag legte Deutschland die Verpflichtung auf, mutmaßliche Kriegsverbrecher an die Alliierten auszuliefern, die in der Folge in eine Selbstverpflichtung umgewandelt wurde, mutmaßliche deutsche Kriegsverbrecher in Deutschland zu verfolgen.<sup>7</sup> Zuständig hierfür war das Leipziger Reichsgericht, dessen Verfahren allerdings von dem deutlichen Widerwillen der deutschen Strafjustiz zeugen, sich mit den alliierten Vorwürfen deutscher Kriegsverbrechen ernsthaft auseinanderzusetzen. Die Problematik lag dabei darin, dass es ausschließlich um die einseitige Verfolgung deutscher Kriegsverbrechen ging, obwohl im Ersten Weltkrieg auch auf der Seite der Kriegsgegner Deutschlands Kriegsverbrechen begangen worden waren.

Gerade diese Asymmetrie war und ist es vermutlich nach wie vor, welche letztlich den Gedanken befördert hat, nur eine internationale Strafgerichtsbarkeit könne gleiches Recht für alle gewährleisten.

## 3. Die Nürnberger Prozesse

Diese Asymmetrie hat nicht nur in Deutschland dazu geführt, dass nach dem Zweiten Weltkrieg im Kern keine grundsätzliche Haltungsänderung im Zuge der Nürnberger Prozesse eintrat. So ist in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1958<sup>8</sup> der Bundestagsabgeordnete Dr. von Merkatz mit der Äußerung zitiert, bei der „Nichtanerkennung der Nürnberger Urteile durch die Bundesregierung gehe es um ein Stück unserer deutschen Würde“. Dies zeigt ein Problem des Völkerstrafrechts auf, das sich nicht auf Deutschland beschränkt. Ähnliche Reaktionen riefen die Verurteilungen italienischer Kriegsverbrecher durch englische Militärgerichte hervor.<sup>9</sup> Und auch in jüngerer Zeit zeigt die in Serbien und in Kroatien teilweise anzutreffende Kritik an der Strafverfolgungstätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien eine im Kern entsprechende Haltung auf.

Im Zentrum der offiziellen Kritik der Bundesregierung an den Nürnberger Prozessen standen jedoch die justizgrundrechtlichen Errungenschaften des Grundgesetzes: die Verbote der Todesstrafe, der Ausnahmegerichtsbarkeit und der Rückwirkung materieller Strafnormen.<sup>10</sup> Vermutlich war es gerade der letztgenannte Gesichtspunkt, der dazu führte, dass

die Besatzungsmächte bis zum Jahre 1958 alle in den Nürnberger Nachfolgeprozessen Verurteilten vorzeitig aus der Haft entließen. Kritiker des Völkerstrafrechts sahen dies als Beleg der These, „dass das, was hochgemut als Völkerstrafverfolgung beginne, in apokrypher Amnestie zu enden pflege“<sup>11</sup>.

## 4. Die Zeit des Kalten Krieges

In der Nachkriegszeit waren angesichts des Kalten Krieges die Bemühungen um die Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts aus nachvollziehbaren Gründen auf Eis gelegt. Erst im Jahr 1978 nahm der Sechste Ausschuss der Generalversammlung der Vereinten Nationen die Arbeiten an einer Kodifikation wieder auf. Die Bundesrepublik zeigte sich erstaunlich zurückhaltend; als sie erstmals 1980 das Wort ergriff, fiel das Votum negativ<sup>12</sup> aus. Damit stand Deutschland allerdings nicht isoliert da, weil andere westliche Führungsmächte wie die USA, Kanada und Großbritannien ähnlich votierten.

Bis zum Ende des Kalten Krieges war damit im Wesentlichen Stillstand eingetreten.

## 5. Das Kriegsgeschehen im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda

Erste Erfolge bei der Wiederbelebung zeichneten sich bei der Aufarbeitung des Bürgerkriegsgeschehens im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda ab. Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen setzte in den Jahren 1993 und 1994 auf maßgebliches Betreiben der USA die Internationalen Strafgerichtshöfe für Jugoslawien und Ruanda ein. Prophezeit wurde den Gerichten ein Scheitern, weil es sich bei der Gründung „um eine nostalgische Geste symbolischer Politik handele, mit der lediglich der Enttäuschung über das Versagen der Weltorganisation und der europäischen Staaten begegnet werden solle“.<sup>13</sup> Darauf, dass Deutschland letztlich zum Wegbereiter der ersten Hauptverhandlung vor dem Jugoslawien-Tribunal wurde, werde ich noch eingehen, weil auch die Bundesanwaltschaft einen nicht unmaßgeblichen Beitrag geleistet hat. Bemerkenswert ist an dieser Stelle jedoch, dass sich gegenüber den Nürnberger Prozessen eine deutliche Haltungsänderung der Bundesregierung abzeichnete. Einwände gegen das ad hoc und ex post eingesetzte Gericht wurden nicht erhoben. Der Haager Gerichtshof wurde nach Kräften unterstützt. In der Sache bereitete der Jugoslawienstrafgerichtshof der Anerkennung von Verbrechen im Bürgerkrieg sowie von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Frieden den Weg. Damit wurde der Geltungsbereich des Völkerstrafrechts von der Beschränkung auf Kriege befreit und auf schwerste Erscheinungsformen verbrecherischer Innenpolitik erweitert.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Kreß, JZ 2006, 981.

<sup>8</sup> BGHSt 12, 36 (40).

<sup>9</sup> Kreß, JZ 2006, 981 (983).

<sup>10</sup> Jung, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, 1992.

<sup>11</sup> Nachweis bei Kreß, JZ 2006, 981 (984).

<sup>12</sup> U.N.Doc. A/C.6/35/SR.12, 7.10.1980.

<sup>13</sup> Quaritsch, in: ders./Schmitt (Hrsg.), Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskriegs und der Grundsatz nullum crimen, nulla poena sine lege, 1994, S. 219.

<sup>14</sup> Kreß, JZ 2006, 981 (986).

### 6. Der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag

Nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen der beiden Ad-hoc-Tribunale ging die Staatengemeinschaft das „Abenteuer Weltstrafgerichtshof“ wieder an. 1994 legte die Völkerrechtskommission der UN einen ersten Entwurf für ein Statut des Gerichtshofs vor.<sup>15</sup> Am 15. Dezember 1997 beschloss die Generalversammlung schließlich in der Resolution 52/160, die „Diplomatische Bevollmächtigungskonferenz zur Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs in Rom“ abzuhalten, die ein Statut ausarbeiten und verabschieden sollte. Prägend war dabei das große Engagement, mit dem die Bundesregierung seit Anfang 1997 an den Verhandlungen mitgewirkt hat.<sup>16</sup> Dabei galt es, die weit auseinander liegenden Vorstellungen über die Jurisdiktion zu einem tragfähigen Kompromiss zu führen. Die einen, darunter Deutschland und fast alle EU-Staaten, forderten ein weitgehend selbstständiges Gericht mit ausreichenden Befugnissen, um Einzelinteressen abhold zu sein und auch kein bloßes Anhängsel des Sicherheitsrats zu schaffen. Die anderen hatten eher einen Gerichtshof mit begrenztem Aufgabenfeld im Sinn, der vor allem auf Geheiß des höchsten UN-Gremiums in Aktion treten sollte, um befürchtete Anklagen gegen Staatsbürger einzelner Länder möglichst auszuschließen. Der virtuellen Diplomatie des deutschen Vertreters und jetzigen Richters am IStGH *Hans-Peter Kaul* ist es zu verdanken, dass sich deutsche Vorstellungen vielfach durchsetzen konnten.<sup>17</sup> Da er sicherlich das Highlight dieser Veranstaltungsfolge bildet und gewiss spannend aus seiner Tätigkeit berichten wird, kann ich mich insoweit kurz fassen. Die deutsche Verhandlungslinie zielte nicht auf eine unkritische Ausdehnung des Bereichs völkerstrafrechtlichen Verhaltens. Deutschland sprach sich für die Beschränkung der Zuständigkeit des Weltstrafgerichts auf die vier Kernverbrechen des Angriffskrieges, des Völkermords, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegs- und Bürgerkriegsverbrechen aus. Darüber hinaus drängte man auf den Ausbau rechtsstaatlicher Garantien im Völkerstrafrecht, wie die strenge Ausgestaltung des *nullum crimen-Grundsatzes*.<sup>18</sup>

Nicht durchsetzen konnte sich Deutschland mit dem Wunsch einer universellen Zuständigkeit des IStGH. Vor allem die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats widersetzten sich dieser Vorstellung.<sup>19</sup> Demgemäß zählen zu den entschiedensten Gegnern des IStGH die Vereinigten Staaten von Amerika, obwohl sie der Idee ursprünglich sehr zugetan waren. Schon am Tag nach der entscheidenden Abstimmung in Rom kündigte der amerikanische Chef-Unterhändler

*Scheffer* „aktiven Widerstand“ an.<sup>20</sup> Die Vereinigten Staaten würden politisch motivierte Anklagen gegen amerikanische Staatsbürger nicht dulden und sie niemals einem fremden Gericht überlassen. Eine Zeichnung des Statuts durch Präsident *Clinton* machte sein Nachfolger *Bush* 2002 wieder rückgängig. Zum Schutz der eigenen Soldaten verabschiedete der Kongress in Washington den *American Servicemembers Protection Act*.<sup>21</sup> Er untersagt jegliche Zusammenarbeit mit dem Strafgerichtshof, droht Verbündeten mit dem Verlust von Militärhilfe und befugt den Präsidenten, gegebenenfalls militärisch zu intervenieren, um amerikanische Staatsbürger aus Den Haag zu befreien. Außerdem versuchen die Vereinigten Staaten bilaterale Abkommen zu schließen, in denen sich beide Seiten wechselseitig verpflichten, die jeweils anderen Staatsangehörigen nicht an den Gerichtshof zu überstellen. Die Vereinigten Staaten stören sich vor allem an der Tatsache, dass auch Angehörige von Nichtvertragsparteien zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie in einem Mitgliedsland ein Verbrechen im Sinne des Statuts begehen.

Es bleibt zu hoffen, dass die Arbeit des IStGH die Befürchtungen der Gegner zerstreuen kann und ein Prozess des Umdenkens einsetzt, damit der Gerichtshof – wie es der frühere Generalsekretär *Kofi Annan* ausgedrückt hat, als „Bastion gegen Tyrannei und Gesetzlosigkeit“ fungieren und sich dabei von den Prinzipien der „Unabhängigkeit und Neutralität“ leiten lassen kann.<sup>22</sup>

### III. Das Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 (BGBl. I, S. 2254)

#### 1. Anpassungsbedarf durch das Römische Statut

Die „nach-römische Völkerstrafrechtslandschaft“ erforderte zwangsläufig ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers. Dem hat der Deutsche Bundestag durch mehrere Gesetze Rechnung getragen. Im Jahr 2000 wurde Art. 16 Abs. 2 des Grundgesetzes geändert, um die Überstellung Deutscher an den IStGH zu ermöglichen. Im Sommer 2002 folgten das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem IStGH und am 26. Juni 2002 das Völkerstrafgesetzbuch, das am 1. Juli 2002 in Kraft getreten ist.<sup>23</sup>

#### 2. Konzeption des VStGB

Die meisten der vom Völkerstrafrecht erfassten Verhaltensweisen waren bereits durch das deutsche Strafgesetzbuch mit Strafe bedroht. Daran hat sich durch die Einführung des VStGB nichts geändert.

Das Gesetz zeichnet sich durch einen schmalen Teil allgemeiner Regelungen (§§ 1 bis 5) aus und verzichtet soweit

<sup>15</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/51/10.

<sup>16</sup> *Kreß*, JZ 2006, 981 (987).

<sup>17</sup> *Kreß*, JZ 2006, 981 (987).

<sup>18</sup> *Kreß/Wannek*, in: Kirsch (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, 2005, S. 238 ff.

<sup>19</sup> *Kaul/Kreß*, Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court, Yearbook of International Humanitarian Law 2 (1999), 143.

<sup>20</sup> Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V., Der Internationale Strafgerichtshof, 2004, S. 5.

<sup>21</sup> Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. (Fn. 20), S. 5.

<sup>22</sup> Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. (Fn. 20), S. 6.

<sup>23</sup> *Kreß*, JZ 2006, 981 (988).

als möglich auf Sondervorschriften.<sup>24</sup> Insoweit findet der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches auch auf die Tatbestände des VStGB Anwendung. Sonderregelungen wurden nur insoweit getroffen, als sie zur Umsetzung des Römischen Statuts erforderlich waren.

Von den Regelungen des Allgemeinen Teils hervorheben möchte ich nur den § 1 VStGB, der den Anwendungsbereich bestimmt. Das IStGH-Statut bezeichnet die im Besonderen Teil beschriebenen Straftaten als „die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“<sup>25</sup>. Sie wurden daher dem Weltrechtsprinzip unterstellt. Das VStGB findet daher auch auf Taten Anwendung, die ausschließlich im Ausland begangen wurden und an denen Deutsche weder auf Täter- noch auf Opferseite beteiligt sind. Eines speziellen „Inlandsbezugs“ bedarf es nicht. Anders hatte dies der BGH bei der Auslegung des § 6 StGB gesehen, der für die Anwendbarkeit des früheren Völkermordtatbestands des § 220a StGB in ständiger Rechtsprechung einen „legitimierenden Anknüpfungspunkt“<sup>26</sup> verlangt hatte. Dieser Inlandsbezug lag in der Regel dann vor, wenn sich der Beschuldigte im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhielt. Insoweit stellt § 1 VStGB ausdrücklich klar, dass es jedenfalls für die Verbrechenstatbestände des VStGB eines besonderen Inlandsbezuges nicht bedarf.

Allerdings hat der Gesetzgeber für den am häufigsten auftretenden Fall, dass die Tat von einem Ausländer im Ausland begangen worden ist, mit der Vorschrift des § 153f StPO abgestufte Einschränkungen der Verfolgungspflicht vorgesehen. Ich werde darauf noch zurückkommen.

Im Zweiten Teil enthält das VStGB vergleichbar zum Besonderen Teil des StGB eigenständige Beschreibungen des strafbaren Verhaltens in spezifischen Tatbeständen. Diese Tatbestände orientieren sich inhaltlich an den Vorgaben des Römischen Statuts sowie sonstiger verbindlicher Instrumente des humanitären Völkerrechts. Erfasst werden die Kernverbrechen des Völkermordes (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) sowie Kriegsverbrechen (§§ 8 bis 12 VStGB). Die §§ 13 und 14 VStGB enthalten Regelungen über die Verletzung der Aufsichtspflicht und das Unterlassen der Meldung einer Straftat und sind lediglich als Vergehenstatbestände ausgestaltet.

Auf die einzelnen Tatbestände möchte ich nur in Grundzügen eingehen.

Der Tatbestand des Völkermordes entspricht im Wesentlichen dem früheren § 220a StGB und beruht auf der Definition des Artikels II der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes von 1948<sup>27</sup>. Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7) geht auf Artikel 7 des IStGH-Statuts zurück. Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit bilden eine gegenüber den Kriegsverbrechen selbstständige Tatbestandsgruppe zur Ahndung schwerer

Menschenrechtsverletzungen.<sup>28</sup> Sie können sowohl in Friedenszeiten als auch im bewaffneten internationalen oder nichtinternationalen Konflikt begangen werden. Beschrieben werden die Tathandlungen in zehn Tatbestandsalternativen, die ihren Charakter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und damit als Völkerrechtsverbrechen erst dadurch erhalten, dass sie „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung“ erfolgen, also mit einem solchen Angriff in einem funktionalen Zusammenhang stehen.<sup>29</sup> In diese „Gesamtat“ müssen sich die Einzeltaten einfügen. Die Gesamtat, der Angriff gegen die Zivilbevölkerung, setzt eine „Verhaltensweise voraus, die mit der mehrfachen Begehung der in Art. 7 Abs. 1 genannten Handlungen gegen eine Zivilbevölkerung verbunden ist, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat“.

Als Einzeltaten nennt § 7 VStGB die vorsätzliche Tötung, die Ausrottung, die Versklavung, die Vertreibung oder zwangsweise Überführung, Folter, sexuelle Gewalt, zwangsweises Verschwindenlassen, die Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden, die Freiheitsentziehung und die Verfolgung.

Der Abschnitt Kriegsverbrechen erfasst Verbrechen gegen das Völkerrecht, die im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt begangen worden sind. Im Einzelnen sind die Tatbestands-handlungen, die sich an den Genfer Abkommen sowie der Haager Landkriegsordnung orientieren, in den Einzelvorschriften präzisiert. Hier auf Einzelheiten einzugehen, verbietet sich aus zeitlichen Gründen.

#### IV. Strafverfolgung von Völkerstraftaten vor Inkrafttreten des VStGB

Bevor ich zur Befassung der Bundesanwaltschaft mit Vorgängen seit Inkrafttreten des VStGB komme, will ich noch auf die Mitwirkung der Behörde an der Verfolgung von Straftaten nach § 220a StGB a.F. eingehen. Ich hatte dies im Zusammenhang mit dem Jugoslawienstrafgerichtshof bereits angedeutet.

Praktisch relevant wurde der Völkermordtatbestand erstmals 1992 infolge des jugoslawischen Bürgerkriegs. Da sich seinerzeit viele Opfer aber auch Täter des serbischen Völkermordes in Deutschland aufhielten, ergaben sich sowohl legitimierende Anknüpfungspunkte für eine Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden als auch Ansätze für Erfolg versprechende Ermittlungen. Für solche Verfahren ist – wie im Übrigen auch für Straftaten nach dem VStGB – nach den Vorschriften des GVG<sup>30</sup> der Generalbundesanwalt ausschließlich zuständig.

Insgesamt wurden von der Bundesanwaltschaft im Zusammenhang mit dem jugoslawischen Bürgerkrieg 127 Ermittlungsverfahren gegen 177 Tatverdächtige eingeleitet. 117 dieser Verfahren wurden mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Grund hierfür war in aller Regel, dass die

<sup>24</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 12.

<sup>25</sup> Art. 17 IStGH-Statut.

<sup>26</sup> BGHSt 45, 64 (66); vgl. auch *Eser*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, S. 26.

<sup>27</sup> BGBI. 1954 II, S. 729.

<sup>28</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 20.

<sup>29</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 20.

<sup>30</sup> § 142a Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG.

von Einzelpersonen vorgebrachten Beschuldigungen, die oftmals lediglich auf dem Hörensagen beruhten, im Laufe der Ermittlungen nicht nachgewiesen werden konnten. 14 dieser Verfahren wurden im Hinblick auf andere Tatvorwürfe an Staatsanwaltschaften in den Bundesländern abgegeben. Ein Verfahren gegen zwei Beschuldigte wurde noch vor Anklageerhebung an den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien übermittelt. Vier Verfahren wurden im Hinblick auf eine Verfolgung durch andere nationale Strafverfolgungsbehörden oder durch den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien eingestellt.

In fünf Fällen erfolgte eine Anklageerhebung durch den Generalbundesanwalt. Das erste Anklageverfahren richtete sich gegen den bosnischen Serben Dusko Tadic wegen des Vorwurfs u.a. des Völkermordes an bosnischen Muslimen. Das Verfahren war ausermittelt, Anklage zum Bayerischen Obersten Landesgericht in München erhoben. Die Hauptverhandlung stand unmittelbar bevor, als Deutschland vom Jugoslawienstrafgerichtshof ersucht wurde, das Verfahren nach Den Haag abzugeben. Obwohl Tadic lediglich der mittleren Führungsebene des Bürgerkriegsgeschehens angehörte, entschloss sich seinerzeit der Präsident des Jugoslawientribunals zu diesem Schritt, weil das Gericht im Jahr 1995 auf Grund des zögerlichen Vorgehens der Friedenstruppen der Vereinten Nationen noch keinen der Haupttäter in seiner Gewalt hatte.<sup>31</sup> Tadic wurde überstellt und am 11. November 1999 vom Gericht in Den Haag wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren verurteilt, die im Wege der Vollstreckungshilfe in Deutschland vollstreckt wird. In den vier weiteren angeklagten Fällen wurden zwischen 1997 und 1999 zwei der Angeklagten unter anderem wegen Völkermordes vom Oberlandesgericht Düsseldorf und vom Bayerischen Obersten Landesgericht zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt, zwei weitere Angeklagte erhielten wegen Beihilfe zum Völkermord bzw. zum Mord zeitige Freiheitsstrafen von neun und fünf Jahren.

Diese Fälle belegen aus meiner Sicht zwei wesentliche Umstände: zum einen das veränderte Bewusstsein in Deutschland zur Idee des Völkerstrafrechts und zum anderen die Bereitschaft, diesem gewandelten Bewusstsein auch durch justizielles Handeln Rechnung zu tragen.

## V. Der Umgang mit dem VStGB seit Juli 2002

An dieser Bewertung ändert sich nach meinem Dafürhalten auch nichts durch die Tatsache, dass seit dem Inkrafttreten des VStGB – trotz auch weiter in den Krisenregionen dieser Welt anhaltender Völkerstraftaten – es zu keinen weiteren Anklagen in Deutschland gekommen ist. Ich bin damit bei der Anwendung des VStGB bei unserer Behörde angelangt.

### 1. Statistik

Beginnen möchte ich – bevor ich auf einige herausragende Vorgänge eingehe – mit der Bandbreite dessen, was uns in der praktischen Arbeit an Fällen begegnet. Seit Mitte 2002 haben wir bei der Bundesanwaltschaft 70 so genannte Beobachtungsvorgänge angelegt und zwei Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Das eine Ermittlungsverfahren bezog sich auf Folttervorwürfe im Mannheimer US-Militärgefängnis, in dem 2006 arabische Häftlinge illegal festgehalten und mit Elektroschocks misshandelt worden sein sollen. Bei unseren Ermittlungen haben wir nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür feststellen können, dass der vom Anzeigerstatter vorgebrachte Sachverhalt – den er von einem Augenzeugen erfahren haben will – einen realen Hintergrund hatte. Es konnte weder der Augenzeuge ermittelt werden noch haben andere Zeugen die Aussagen des Anzeigerstatters gestützt. Das Verfahren musste mangels zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden. Ein weiteres Ermittlungsverfahren betrifft den angeblichen politischen Führer der Demokratischen Kräfte zur Befreiung Ruandas und die Frage, ob dieser für mutmaßliche Völkerrechtsverbrechen an der kongolesischen Zivilbevölkerung der im Osten des Kongo operierenden Rebellenarmee FDLR verantwortlich ist. Das Ermittlungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Allerdings zeigt sich, dass angesichts der Vielzahl der im Kongo marodierenden Milizen und gewalttätigen Gruppierungen die dortige Situation selbst für Experten kaum zu überblicken ist. Erschwerend kommt hinzu, dass, ungeachtet der kaum lösbaren praktischen und sicherheitstechnischen Probleme, deutsche Strafverfolgungsbehörden im Ausland über keine Hoheitsbefugnisse verfügen, Aufklärungserfolge also nicht zu erwarten sind. Das Verfahren wird daher nach derzeitigem Erkenntnisstand wohl eingestellt werden müssen, weil sich die persönliche Verantwortlichkeit des Beschuldigten für die begangenen Völkerstraftaten nicht nachweisen lassen wird.

Die angelegten Beobachtungsvorgänge gehen überwiegend auf Strafanzeigen, Presseberichte oder Hinweise von Verwaltungsbehörden zurück. Sie betreffen – soweit sie nicht völlig abstrus sind, wie zum Beispiel eine Strafanzeige gegen die ehemalige baden-württembergische Justizministerin wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Duldung rechtswidriger Schutzimpfungen – vorwiegend die Lage in Palästina, den Irakkrieg, die Verfolgung der Falun-Gong-Bewegung in China oder Ereignisse im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg. Hervorzuheben sind auch Strafanzeigen wegen der Ereignisse in der Haftanstalt Abu Ghraib im Irak und in Guantanamo sowie eine Strafanzeige betreffend Folttervorwürfe und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Usbekistan. Hierauf werde ich etwas näher eingehen, weil sich in diesen Fällen die Problematik der Anwendung des VStGB auf rein ausländische Ereignisse offenbart.

Beschuldigt werden von den Anzeigerstattern überwiegend Personen, die exponierte politische oder militärische Funktionen innehaben oder hatten. Nennen möchte ich nur den israelischen Regierungschef Ariel Sharon, den amerikanischen Präsidenten Bush, den chinesischen Staatschef Yiang Zemin, nahezu die gesamte Bundesregierung, den iranischen Staatpräsidenten Ahmadinedschad, die israelische Regierung, aber auch den Generalinspekteur der Bundeswehr.

---

<sup>31</sup> *Kreß*, JZ 2006, 981 (986).



## 2. Sachbehandlung

Keine der bei der Bundesanwaltschaft eingegangenen Strafanzeigen hat – mit Ausnahme des genannten Falles US-Gefängnis Mannheim – bislang zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts einer Völkerstraftat nach dem VStGB geführt. Dies hatte, neben fehlender Tatbestandsmäßigkeit oder schlichter Unsubstantiiiertheit der Anzeige, im Wesentlichen folgende Gründe:

Gegenstand der Strafanzeigen waren vielfach Taten, die vor Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuches begangen wurden. Wegen des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots ist das VStGB auf solche Taten nicht anwendbar.

Soweit sich Strafanzeigen gegen amtierende Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister richteten, unterliegen diese nach dem Kongo-Urteil des IStGH vom 14. Februar 2002 wegen uneingeschränkter Immunität nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht der bundesdeutschen Gerichtsbarkeit (§ 20 Abs. 2 GVG).

Im Übrigen wurde nach § 153f StPO von einer Verfolgung abgesehen.

## 3. Einzelfälle

Zu der letztgenannten Fallgruppe möchte ich auf zwei oder genauer gesagt drei Einzelfälle eingehen, weil sie die Problematik des Zusammenspiels des Weltrechtsprinzips des § 1 VStGB und der das Legalitätsprinzip einschränkenden Vorschrift des § 153f StPO besonders deutlich machen.

### a) Der Fall Abu Ghraib

Der erste Fall betrifft die Strafanzeige des Center for Constitutional Rights vom November 2004 gegen den früheren US-Verteidigungsminister der Vereinigten Staaten Donald Rumsfeld und zehn weitere namentlich benannte Personen wegen der Vorfälle im irakischen Gefängniskomplex von Abu Ghraib. Die Strafanzeige warf den Angezeigten vor, sich als zivile und militärische Vorgesetzte der unmittelbar Handelnden wegen Völkerrechtsstraftaten schuldig gemacht zu haben. Sie sollen Untergebenen Weisungen zur Behandlung von Gefangenen erteilt haben, die gegen international geltende Schutzvorschriften, unter anderem die UN-Folterkonvention, verstießen. Trotz Kenntnis der Misshandlungen hätten sie keine Schritte zur Verhinderung weiterer Übergriffe ihrer Untergebenen und zur Ahndung bereits begangener Misshandlungen eingeleitet.

Die Bundesanwaltschaft hat unter Berufung auf § 153f StPO von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen, was auf Kritik nicht nur bei den Anzeigeerstattem, sondern auch in der Wissenschaft gestoßen ist.<sup>32</sup> Sie, Herr Prof. Ambos, haben sich mit dieser Entscheidung ebenfalls kritisch auseinandergesetzt.<sup>33</sup> Dass ich diese Kritik – wenigstens im Ergebnis – nicht für berechtigt halte, wird Sie nicht wundern.

Zunächst möchte ich darauf hinweisen, dass die materiellrechtliche Regelung des § 1 VStGB nichts über die Zustän-

digkeit deutscher Gerichte besagt. Sie besagt nicht mehr und nicht weniger als dass das deutsche Völkerstrafgesetzbuch auf Völkerstraftaten anwendbar ist, unabhängig vom Tatort, von der Nationalität des Täters oder des Opfers und ungeachtet eines vom BGH beim Völkermord noch geforderten „legitimierenden Anknüpfungspunkts“. Ob und unter welchen Voraussetzungen das Legalitätsprinzip durchbrochen wird, beantwortet ausschließlich das Verfahrensrecht, und zwar mit der Vorschrift des § 153f StPO. Diese sieht eine gestufte Zuständigkeitspriorität vor, die aus dem Völkerstrafjustizsystem folgt. Zur Verfolgung von Völkerstraftaten sind in erster Linie der Tatort-/Täter- oder Opferstaat berufen, in zweiter Linie der IStGH oder sonstige internationale Strafgerichte und erst in dritter Linie Drittstaaten, deren Recht nach dem Weltrechtsprinzip anzuwenden ist.

Eine grundsätzliche Verfolgungspflicht besteht dabei nur, wenn es sich um Auslandstaten mit Inlandsbezug handelt, wenn sich also der Täter im Inland aufhält oder ein solcher Aufenthalt – konkret – zu erwarten ist<sup>34</sup> (und/oder wenn er Deutscher ist).<sup>35</sup> In einem solchen Fall kann von der Verfolgung nur abgesehen werden, wenn die Tat durch einen internationalen Gerichtshof oder den Tatort- oder Opferstaat verfolgt wird. Liegt keinerlei Inlandsbezug vor – was bislang glücklicherweise regelmäßig der Fall war –, sind also Deutsche weder Täter noch Opfer<sup>36</sup> und hält sich der Beschuldigte nicht im Inland auf und ist ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten,<sup>37</sup> kann insbesondere von der Strafverfolgung abgesehen werden, wenn ein internationales Gericht oder der Tatort-, Täter- oder Opferstaat die Verfolgung übernehmen<sup>38</sup>. Gleiches gilt, wenn sich ein ausländischer Beschuldigter im Inland aufhält, aber kein deutsches Opfer zu beklagen ist<sup>39</sup> und seine Überstellung an ein internationales Gericht oder die Auslieferung an den verfolgenden Tatort-/Täter- oder Opferstaat<sup>40</sup> zulässig und beabsichtigt ist<sup>41</sup>. Daneben folgt aus § 153f Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO, dass bei reinen Auslandstaten auch dann von einer Verfolgung abgesehen werden kann, wenn keine andere Gerichtsbarkeit zur Verfolgung bereit ist.

In Anwendung dieser Grundsätze haben wir bei den angezeigten Personen, die sich nicht in der Bundesrepublik aufgehalten haben und bei denen ein solcher Aufenthalt nicht zu erwarten war, von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in Anwendung des § 153f Abs. 1 S. 1 StPO abgesehen. Bei den angezeigten Personen, die als Angehörige der US-Streitkräfte in Deutschland stationiert waren, haben wir der Anzeige nach § 153f Abs. 2 S. 2 StPO keine Folge gegeben, weil wir davon ausgegangen sind, dass zum Gesamtkomplex Abu Ghraib von den Vereinigten Staaten Ermittlungen geführt wurden und die Angezeigten als der Befehlsgewalt der

<sup>34</sup> § 153f Abs. 1 S. 1 StPO.

<sup>35</sup> § 153f Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>36</sup> § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 StPO.

<sup>37</sup> § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO.

<sup>38</sup> § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO.

<sup>39</sup> § 153f Abs. 2 S. 2 StPO.

<sup>40</sup> § 153f Abs. 2 S. 2 i.V.m. S. 1 Nr. 4 StPO.

<sup>41</sup> § 153f Abs. 2 S. 2 StPO.

<sup>32</sup> Vgl. Kurth, ZIS 2006, 81. Siehe auch Singelstein/Stolle, ZIS 2006, 118.

<sup>33</sup> NStZ 2006, 434.

US-Streitkräfte unterliegende Soldaten der amerikanischen Gerichtsbarkeit in gleicher Weise zur Verfügung stehen, als wenn sie sich in den Vereinigten Staaten aufhalten würden, mithin es der Absicht einer Auslieferung gar nicht bedurfte.

Kritik hat die Entscheidung gerade in den letztgenannten Punkten erfahren, weil – ich fasse das hier grob zusammen – die These von der Verfolgung des Gesamtkomplexes unzutreffend sei,<sup>42</sup> es vielmehr darauf ankomme, ob bestimmte Personen wegen bestimmter Taten verfolgt würden. Der Generalbundesanwalt habe damit im Einzelfall sich über das Rechtssystem des Verfolgerstaates und die konkreten Ermittlungen solide Kenntnis verschaffen und eine Bewertung vornehmen müssen.

Ein schöner Vorschlag aus der Sicht der Rechtstheorie. Als Praktiker bin ich aber Realist. Ich räume ein, dass man sich über einzelne Formulierungen unserer ersten Nichteinleitungsverfügung<sup>43</sup> durchaus streiten kann. Vielleicht würden wir die eine oder andere Formulierung so heute auch nicht mehr gebrauchen.

Nicht nur der Gesetzgeber hat mit den Regelungen des VStGB und der diese begleitenden Regelungen Neuland betreten, sondern auch wir tasten uns an neu aufgetretene Rechtsfragen heran. Im Ergebnis aber bin ich der sicheren Überzeugung, dass mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens der zweifelsohne wichtigen Sache der Völkerstrafverfolgung allenfalls ein Bärendienst erwiesen worden wäre. Lassen Sie mich das anhand einiger – möglicherweise banaler Fragestellungen – skizzieren: Was wäre geschehen, wenn nach der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen die vier in Deutschland stationierten Angezeigten diese in ihre Heimat zurückbeordert worden wären? Wie hätte aus der Bundesrepublik für ein justizförmiges Verfahren der Beweis für die Befehlsstrukturen erbracht werden sollen, die den Vorgängen in Abu Ghraib zugrunde lagen? Den bereits erwähnten aktiven Widerstand im Zusammenhang mit dem Römischen Statut hätten wir nach meinen Erfahrungen mit dem Rechtshilfeverkehr mit den Vereinigten Staaten auf entsprechende Rechtshilfeersuchen verspüren können. Hätten wir je einen der Angezeigten in einer Hauptverhandlung vor einem deutschen Gericht erleben können? Ich würde darauf wetten, dass das Ziel des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens, Tatverdächtige der Beurteilung ihres Verhaltens durch ein Gericht zuzuführen, nie und nimmer erreicht worden wäre. Für symbolische Strafverfolgungsmaßnahmen aber lässt die StPO keinen Raum.

Aus der Sicht der Bundesanwaltschaft war es deshalb nicht als besonderer Erfolg zu werten, dass das Oberlandesgericht Stuttgart unserer Argumentation gefolgt ist und das Klageerzwingungsverfahren als unstatthaft verworfen hat.<sup>44</sup> Es hat uns nur gezeigt, dass unsere Überlegungen – wie man in Juristenkreisen formulieren würde – vertretbar waren.

Nur am Rande: wie schnell die Mutation vom Bösewicht zum Gutmenschen geschehen kann, hat uns die zweite gegen den ehemaligen Verteidigungsminister Rumsfeld und 13

weitere Personen erstattete Anzeige gezeigt. Während als eine der Hauptverantwortlichen für die Straftaten in Abu Ghraib in der ersten Strafanzeige noch die kommandierende Generalin Janet Karpinsky genannt worden war, tauchte sie in der zweiten Anzeige nicht mehr als Beschuldigte auf, weil sie sich den Anzeigerstattern als Zeugin zur Verfügung gestellt hatte und angab, von den Vorfällen in dem von ihr geleiteten Gefängnis keine Kenntnis gehabt zu haben und dafür auch keine Verantwortung zu tragen.

Auch hinsichtlich der zweiten Strafanzeige haben wir, diesmal ausschließlich gestützt auf § 153f Abs. 1 S. 1 StPO kein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Insoweit bleibt abzuwarten, ob es zu einem erneuten Klageerzwingungsverfahren kommen wird.

#### *b) Der Fall Almatov*

Der zweite Fall der uns erhebliche Kritik eingetragen hat, ist die Strafanzeige gegen den usbekischen Innenminister Almatov. Dieser war von amnesty international und Human Rights Watch im Dezember 2005 wegen des so genannten Massakers von Andischan und wegen der systematischen Folterung von Häftlingen in usbekischen Gefängnissen angezeigt worden. Almatov hatte sich in der Zeit vor der Anzeigerstattung aus humanitären Gründen zum Zwecke einer medizinischen Behandlung in Deutschland aufgehalten, war aber bereits vor der Erstattung der Anzeige aus Deutschland wieder ausgereist. Maßgeblicher Grund für die Kritik war die fälschliche Behauptung, bei sofortigem Tätigwerden des Generalbundesanwalts hätte eine Verhaftung vorgenommen und ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden können. Dass dem nicht so war, ergibt sich aus den genannten Daten.

Nachdem die Voraussetzungen des § 153f Abs. 1 StPO vorlagen, soweit die angezeigten Straftaten nach Inkrafttreten des VStGB begangen worden sein sollen, haben wir von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen. Einen Antrag auf Bestimmung einer zuständigen Staatsanwaltschaft für Folttervorwürfe vor Inkrafttreten des VStGB hat der BGH mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts abschlägig beschieden.

Das Ergebnis eines Klageerzwingungsverfahrens steht noch aus.

## **VI. Schluss**

Abschließen möchte ich meine Ausführungen mit einem Fazit zu den praktischen Erfahrungen mit dem VStGB. Sicherlich haben wir mit der Einführung einer neuen Rechtsmaterie im Jahr 2002 in Deutschland Neuland betreten. In der Anwendung werden wir noch auf eine Reihe von Rechtsproblemen stoßen, wenn entsprechende Fälle auf die Ermittlungsbehörden zukommen – siehe die Verfahren im Zusammenhang mit dem jugoslawischen Bürgerkrieg. Die Praxis wird bei der Lösung auf den Dialog mit der Rechtswissenschaft angewiesen sein, den wir durch unsere Beteiligung am Arbeitskreis Völkerstrafrecht, einem Forum aus Wissenschaftlern und Praktikern, vertiefen. Bei der Beobachtung der Krisengebiete dieser Welt stehen wir in ständigem Kontakt mit dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, um uns zu informieren, ob Anhaltspunkte für in Deutschland verfolgba-

---

<sup>42</sup> *Ambos*, NStZ 2006, 434 (436) m.w.N.

<sup>43</sup> JZ 2005, 311.

<sup>44</sup> NStZ 2006, 117.

re Völkerrechtsverbrechen bestehen. Zudem arbeiten wir eng mit der Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen des Bundeskriminalamts zusammen, deren Aufgabe die spezielle Informationsbeschaffung und Auswertung zu Völkerstraftaten und die Koordinierung der Ermittlungen ist.

Das vorhandene Instrumentarium gibt uns die Gewissheit, dem Anliegen des Völkerstrafrechts – keine Rückzugs- und Ruheräume für Täter zu bieten – Rechnung tragen zu können. Insoweit fällt mein Fazit – auch wegen der Öffentlichkeitswirksamkeit der bei uns anhängig gemachten Strafanzeigen und deren potentieller Abschreckungswirkung – positiv aus.

# Nationale Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuches

## Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages – Kurzstellungnahme

Von Prof. Dr. Claus Kreß, Köln\*

### I. Eckpunkte der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Weltrechtspflege nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)

Mit der Verabschiedung von § 1 des VStGB hat der deutsche Gesetzgeber entschieden, das Weltrechtspflegeprinzip in seinem reinen Sinn im deutschen Recht zu verankern. Insbesondere ist der deutsche Gesetzgeber über das vielfach auch als Weltrechtspflege bezeichnete Weltrechtsergreifungsprinzip (Prinzip der Zuständigkeit des *judex deprehensionis*) hinausgegangen und hat die Anwendbarkeit der in das deutsche Recht übernommenen Normen des Völkerstrafrechts durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht davon abhängig gemacht, dass sich der *Beschuldigte im Inland aufhält*.

Der deutsche Gesetzgeber hat seine Entscheidung für die Weltrechtspflege bei Völkerstraftaten nach dem VStGB damit begründet, dass es gelte, bei der Strafverfolgung international solidarisch darauf hinzuwirken, dass es nicht – wie es früher allzu oft der Fall war – zur Strafflosigkeit von Völkerstraftaten kommt.<sup>1</sup> Dabei hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu erkennen gegeben, dass die internationale Solidarität durch die Anwendung des VStGB zwei Ausprägungen erfahren kann, die vollständige Durchführung eines Strafverfahrens in Deutschland und die Vornahme allein bestimmter Ermittlungshandlungen im Hinblick auf ein mögliches zukünftiges Strafverfahren in einem tatnäheren Staat.<sup>2</sup> Mit der zuletzt genannten Ausprägung, die man als antizipierte Rechtshilfe bezeichnen mag, hat sich der Gesetzgeber bewusst für eine strafverfahrensrechtliche Besonderheit entschieden, die den strukturellen Besonderheiten der Verfolgung von Völkerstraftaten geschuldet ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat schließlich in der Gesetzesbegründung zu erkennen gegeben, dass ihm bewusst ist, dass die tatferne Weltrechtspflege eine problematische Form der

Strafverfolgung ist, und dass er insbesondere deshalb, aber auch im Hinblick auf die Endlichkeit deutscher Strafverfolgungsressourcen, für Deutschland nicht die Rolle eines Weltpolizisten beansprucht. Er hat die Weltrechtspflege deshalb in § 153f StPO prozessual flankiert. Erster wichtiger Baustein dieser verfahrensrechtlichen Begleitregelung ist das Prinzip doppelter Subsidiarität: Der deutsche Gesetzgeber erklärt hiermit ausdrücklich erstens, dass er tatnähere Staaten, also solche Staaten, die mit der Tat durch einen der herkömmlichen Anknüpfungspunkte des „internationalen Strafrechts“ (Tatort, Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer) verbunden sind, für „vorrangig“ zur Strafverfolgung „berufen“<sup>3</sup> hält. Er erkennt zweitens an, dass ein zuständiger internationaler Strafgerichtshof den Gedanken der internationalen Solidarität besser zum Ausdruck bringen kann als Deutschland als Weltrechtspflegestaat.<sup>4</sup> Schließlich hat der Gesetzgeber betont, den Strafverfolgungsbehörden mit dem Ermessensspielraum nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO ein „wichtiges Korrektiv“ an die Hand gegeben zu haben, mit dem der „Gefahr einer Überlastung der deutschen Ermittlungsressourcen wirksam begegnet werden kann“.<sup>5</sup>

### II. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers im Spiegel der Rechtsvergleichung

Mit seiner Entscheidung für die Weltrechtspflege im reinen Sinn hat der deutsche Gesetzgeber eine mutige völkerrechtspolitische Entscheidung getroffen. Denn – soweit ersichtlich<sup>6</sup> – hat bislang nur eine kleine Minderheit von Staaten eine entsprechende Position eingenommen. Nachdem Belgien seine zunächst im Kern entsprechende Gesetzgebung zurückgenommen hat (allerdings unter Wahrung seiner Völkerrechtsauffassung)<sup>7</sup>, zählen derzeit in Europa vor allem Spanien<sup>8</sup> und außerhalb Europas etwa noch Neuseeland<sup>9</sup> zu dieser Staatengruppe. Mehrere europäische Staaten, darunter

---

\* Professor für Strafrecht und Völkerrecht an der Universität zu Köln, Mitglied der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe Völkerstrafgesetzbuch, Mitglied der deutschen Regierungsdelegation bei den Verhandlungen zum Internationalen Strafgerichtshof seit 1998, Sub-Coordinator der von der Staatenversammlung des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs eingesetzten Special Working Group on the Crime of Aggression, Vorsitzender des Redaktionsausschusses des Internationalen Strafgerichtshofs für dessen Geschäftsordnung, Wissenschaftlicher Berater des Präsidiums des Internationalen Strafgerichtshofs bei der Ausarbeitung der Geschäftsordnung der Kanzlei.

Die Stellungnahme orientiert sich an dem Fragebogen des Ausschusses (Stand 14.9.2007), folgt diesem jedoch nicht durchgängig in der Abfolge der angesprochenen Gesichtspunkte.

<sup>1</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 37.

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 37, 38.

<sup>3</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 38.

<sup>4</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 37.

<sup>5</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 37.

<sup>6</sup> Eine detaillierte Rechtsvergleichung im globalen Maßstab durchzuführen war in dem zur Verfügung stehenden Zeitraum nicht möglich.

<sup>7</sup> Hierzu und zur jetzigen Rechtslage in Belgien zusammenfassend *Human Rights Watch*, Universal Jurisdiction in Europe. The State of Art, Volume 18, No. 5 (D), June 2006, S. 37 ff.

<sup>8</sup> Zur jüngsten spanischen Judikatur s. *Ascensio*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 586.

<sup>9</sup> Section 8 des International Crimes and International Criminal Court Act 2000; hierzu knapp *Hay*, in: Kreß/Lattanzi/Broomhall/Santori (Eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement, 2005, S. 235 ff. (238).

etwa Dänemark<sup>10</sup>, Frankreich<sup>11</sup> und die Niederlande<sup>12</sup>, und mancher außereuropäische Staat, darunter etwa Kanada<sup>13</sup>, praktizieren das – entschieden restriktivere – Weltrechtsergreifungsprinzip. Dabei haben sich bislang nur die Niederlande<sup>14</sup> für die *Erstreckung dieses Prinzips auf sämtliche Völkerstraftaten* nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) entschieden.<sup>15</sup> Demgegenüber findet sich verbreitet noch die engere Alternative der Begrenzung des Weltrechtsergreifungsprinzips auf die Fälle einer entsprechenden völkervertraglichen *Pflicht*.<sup>16</sup>

### III. Die völkerrechtliche und völkerrechtspolitische Bewertung der Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers

Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Weltrechtspflege im reinen Sinn steht nach der hier vertretenen Ansicht im Einklang mit dem Völkergewohnheitsrecht. Indes lässt sich diese Position mit beachtlichen Argumenten bestreiten, und entsprechende Stimmen finden sich im In-

und Ausland in nicht unbeträchtlicher Zahl. In der internationalen Rechtsprechung harret die Frage der Rechtmäßigkeit der Weltrechtspflege im reinen Sinn der Klärung.

Nicht ernstlich bestreitbar ist die Völkerrechtskonformität des Weltrechtsergreifungsprinzips bei den so genannten schweren Verletzungen (*grave breaches*) der Genfer Konventionen zum humanitären Völkerrecht und bei *Folterverbrechen* gegen die Menschlichkeit; insoweit besteht sogar jeweils eine völkervertragliche Pflicht Deutschlands, entsprechend tätig zu werden. Im Übrigen – und das betrifft die Weltrechtspflege im reinen Sinne *im Ganzen* – ist die Völkergewohnheitsrechtslage umstritten. Die hier vertretene Auffassung, wonach das VStGB in vollem Umfang mit dem Völkergewohnheitsrecht im Einklang steht, beruht auf einem Völkergewohnheitsrechtsverständnis, für das von berufener Seite<sup>17</sup> der Begriff des *modern positivism* gewählt worden ist. Hiernach ist bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht nicht nur so genannte staatliche *Verbalpraxis* zu berücksichtigen, sondern zulässig ist in begrenztem Umfang auch die auf innere Stimmigkeit der Völkerrechtsordnung gerichtete Ableitung von konkreten Völkergewohnheitsrechtsregeln aus *Prinzipien*, die ihrerseits in der internationalen Praxis Anerkennung gefunden haben. Die Gegenauffassung folgt demgegenüber einem traditionellen methodischen Ansatz und verlangt für jeden konkreten Kompetenztitel zur Weltrechtspflege eine hinreichend dichte, harte Staatenpraxis in Gestalt insbesondere von Akten der nationalen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dieser methodische Dissens kann im Rahmen dieser Kurzstellungnahme nicht entfaltet werden, doch sollte auf ihn zum Zweck der Transparenz der Argumentation zumindest hingewiesen werden.<sup>18</sup>

Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat die Zulässigkeit der Weltrechtspflege im reinen Sinn bislang nicht entschieden. Das Urteil im Haftbefehlsfall<sup>19</sup> haben allerdings zahlreiche Richter des IGH zum Anlass genommen, ihre Rechtsansicht zu äußern. Hierdurch ist deutlich geworden, dass zu unserer Frage auch innerhalb des Hauptrechtsprechungsorgans der Vereinten Nationen Streit besteht. Die Mehrheit der Richter, die sich geäußert haben, hat sich in Übereinstimmung mit der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ausgesprochen; dabei bewegt sich das gemeinsame Sondervotum der jetzigen englischen Gerichtspräsidentin *R. Higgins*, des seinerzeitigen niederländischen Richters *P. Kooij-*

<sup>10</sup> *Human Rights Watch* (Fn. 7), S. 46.

<sup>11</sup> *Human Rights Watch* (Fn. 7), S. 56.

<sup>12</sup> *Human Rights Watch* (Fn. 7), S. 72.

<sup>13</sup> Zum Weltrechtsergreifungsprinzip nach dem Crimes Against Humanity and War Crimes Act, s. *Schabas*, Yearbook of International Humanitarian Law 3 (2000), 337 (343).

<sup>14</sup> Art. 2 Regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht; hierzu *Suiter*, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), 158 (176).

<sup>15</sup> Eine derartige Lösung wird auch im derzeit laufenden Schweizer Gesetzgebungsverfahren zum Völkerstrafrecht diskutiert. In dem Vernehmlassungsentwurf „Bundesgesetz über Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie weiterer Bundesgesetze zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs“ ([http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler\\_strafgerichtshof.Par.0003.File.tmp/vorentwurf-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler_strafgerichtshof.Par.0003.File.tmp/vorentwurf-d.pdf); zuletzt besucht am 22.10.2007) wird in Art. 264 quaterdecies (neu) Abs. 1 nicht nur die Inlandspräsenz des Beschuldigten verlangt, sondern darüber hinaus ein „enger Bezug zur Schweiz“ (hierzu näher 1.3.2.3.3. des Erläuternden Berichts; [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler\\_strafgerichtshof.Par.0004.File.tmp/vn-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler_strafgerichtshof.Par.0004.File.tmp/vn-ber-d.pdf); zuletzt besucht am 22.10.2007). Nachdem eine „klare Mehrzahl der Vernehmlassungsteilnehmer“ das Erfordernis des „engen Bezugs“ abgelehnt hat (Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und Vorentwurf, S. 7; [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler\\_strafgerichtshof.Par.0008.File.tmp/2007\\_0301\\_ve\\_ber\\_roemerstatut-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler_strafgerichtshof.Par.0008.File.tmp/2007_0301_ve_ber_roemerstatut-d.pdf); zuletzt besucht am 22.10.2007) erscheint es gut vorstellbar bis absehbar, dass der Schweizer Gesetzgeber hierauf am Ende verzichten wird. Nicht zur Diskussion steht jedoch – soweit ersichtlich – der Verzicht auf das Erfordernis der Inlandspräsenz des Beschuldigten bei der Ermittlungsaufnahme.

<sup>16</sup> Sedes materiae in Deutschland: § 6 Nr. 9 StGB.

<sup>17</sup> *Simma/Paulus*, American Journal of International Law 93 (1999), 302 (306); dazu dass (nur) ein solches Verständnis die jüngste Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bereich der Bürgerkriegsverbrechen, *Kreß*, Israel Yearbook on Human Rights 30 (2000), 103 (104 ff.).

<sup>18</sup> Für eine aktuelle Bestandsaufnahme zur wissenschaftlichen Debatte mit umfänglichen Nachweisen zum Schrifttum und für eine eingehende Begründung der eigenen Position sei verwiesen auf *Kreß*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 561 (569 ff.).

<sup>19</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, I.C.J. Reports 2002, 3.

*mans* und des US-amerikanischen Richters *T. Buergenthal*<sup>20</sup> recht genau auf der hier vertretenen methodischen Linie. Zu beachten ist, dass sich die Richter des IGH aus Anlass des Haftbefehlsfalls zu einem Zeitpunkt geäußert haben, als das VStGB noch nicht in Kraft war. Bei einer neuerlichen Befassung mit der Rechtsfrage wäre die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die in Anbetracht der umstrittenen Völkergewohnheitsrechtslage unweigerlich auch eine eminent völkerrechtspolitische Natur hatte, als wichtiges neues Element der *harten* Staatenpraxis zugunsten der Zulässigkeit der Weltrechtspflege im reinen Sinn mit auf die Waagschale zu nehmen.

Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Weltrechtspflege im reinen Sinn ist völkerrechtspolitisch zu begrüßen. Wenn es richtig ist, dass – wie es in dem angesprochenen gemeinsamen Sondervotum *Higgins/Kooijmans/Buergenthal* heißt – inzwischen ein „internationaler Konsens“ darüber besteht, „*the perpetrators of international crimes should not go unpunished*“<sup>21</sup>, dann ist es konsequent und verdient Respekt, den Worten Taten folgen zu lassen und die Bereitschaft zu erklären, einen solidarischen Beitrag zu leisten, um dem internationalen Konsens entsprechend zu handeln. Dabei hat der deutsche Gesetzgeber vor allem zu Recht die Bedeutung der „antizipierten Rechtshilfe“ erkannt. Wenn es auch häufig nicht möglich sein wird, in Deutschland ein Strafverfahren zum Abschluss zu bringen oder auch nur Ermittlungen bis zur Anklagereife zu führen, wenn die Tat keinen Inlandsbezug im traditionellen Sinn aufweist, so können sich doch gezielte deutsche Ermittlungsmaßnahmen im Hinblick auf ein zukünftiges Strafverfahren durch einen tatnäheren Staat (d.h. an einem *forum conveniens*) als ausgesprochen wertvolle Maßnahmen der Beweissicherung erweisen. Solche Ermittlungshandlungen von einem vorherigen Rechtshilfeersuchen des *forum conveniens* abhängig machen zu wollen, wäre verfehlt, weil es zu einem solchen Rechtshilfeersuchen der typischen staatlichen Verstrickung in Völkerstraftaten wegen typischerweise erst nach einem Regimewechsel kommen wird. Die antizipierte Rechtshilfe ist also völkerstrafrechtsstrukturell begründet, mag diese Zielsetzung von Strafverfolgungsmaßnahmen auch für die deutschen Strafverfolgungsbehörden gegenüber ihrer Alltagspraxis ein Umdenken erfordern.

Zu begrüßen ist auf der anderen Seite allerdings auch die Bescheidenheit und der Realismus, die der prozessualen Ausgestaltung des VStGB zugrunde liegen. Der deutsche Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zu Recht zu erkennen gegeben, dass ihn keine „Weltrechtspflegeupho-

rie“ geleitet hat, sondern dass er sich der praktischen Grenzen einer taffernen Strafrechtspflege sehr bewusst war. Gerade in Anbetracht des Mutes, den es bedeutet hat, sich mit der Verankerung der Weltrechtspflege im reinen Sinn einer kleinen Vorhut von Staaten anzuschließen, verdient es Zustimmung, dass der deutsche Gesetzgeber die Vorrangigkeit der Strafverfolgung durch tatnähere Staaten und durch zuständige internationale Strafgerichtshöfe im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht hat. Überdies ist es ebenso realistisch wie legitim, dass der Gesetzgeber die Endlichkeit der deutschen Ermittlungsressourcen berücksichtigt und damit auch zum Ausdruck bringt, dass über der internationalen Solidarität bei der Strafverfolgung von Völkerstraftaten die spezifisch deutschen Strafverfolgungsinteressen nicht aus dem Blick geraten dürfen. Das gilt auch bei der Verteilung vorhandener Ermittlungsressourcen. So kann es nach der hier vertretenen Auffassung in einer Zeit der zugespitzten terroristischen Bedrohung begründet sein, dass der Strafverfolgung nach dem VStGB bei der Allokation von Personal und Sachmitteln der Nachrang eingeräumt wird; das wäre keine Abkehr vom Gedanken der internationalen Solidarität, sondern eine in der betreffenden Situation legitime Gewichtung, für die die – nicht utopisch, sondern realistisch konzipierte – prozessuale Flankierung von § 1 VStGB Raum lässt.

Keinen Raum lässt diese prozessuale Flankierung in § 153f StPO demgegenüber für eine Ausrichtung der deutschen Weltrechtspflege nach deutschen außen- und insbesondere sicherheitspolitischen Interessen. Dies ergibt sich daraus, dass § 153d StPO, der es dem Generalbundesanwalt gestattet, drohende außen- und vor allem sicherheitspolitische Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland zu berücksichtigen<sup>22</sup>, nicht auf § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG verweist, in dem die Völkerstraftaten angesprochen werden. *Diese Entscheidung ist völkerrechtlich und völkerrechtspolitisch richtig*: Bei der Weltrechtspflege im reinen Sinn handelt Deutschland als Treuhänder „vitaler Interessen der Völkergemeinschaft“<sup>23</sup> und nicht in Verfolgung eigener Strafverfolgungsinteressen. Eine den eigenen außenpolitischen Präferenzen folgende – etwa eigene Bündnispartner von vornherein aussparende – Verfolgungspraxis wäre mit diesem Grundgedanken nicht vereinbar, sondern wiese die deutsche Praxis umgekehrt als illegitim aus. Das unbedingte Legitimitätsersfordernis einer außenpolitisch indifferenten Weltrechtspflege klingt auch in dem bereits wiederholt erwähnten gemeinsamen Sondervotum *Higgins/Kooijmans/Buergenthal* unüberhörbar an.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, Joint Separate Opinion of Judges *Higgins, Kooijmans* and *Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002, 63.

<sup>21</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, Joint Separate Opinion of Judges *Higgins, Kooijmans* and *Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002, Ziff. 51 (S. 78).

<sup>22</sup> *Weßlau*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 31. Lieferung, Stand: Mai 2003, § 153d Rn. 1, 4, 5. Die Unzulässigkeit (außen-)politischer Erwägungen im Rahmen des jetzigen § 153f StPO betont auch *Kreicker*, in: ders./Eser (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 1: Deutschland, 2003, S. 433 f.

<sup>23</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 14.

<sup>24</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, Joint Separate

Hiernach ist es zu begrüßen, dass der Generalbundesanwalt – soweit ersichtlich – bislang keine Entschließung mit außenpolitischen Interessen Deutschlands begründet hat.

Weder der Text des noch die Begründung zu § 153f StPO ergeben einen Anhaltspunkt für die Möglichkeit eines speziellen humanitär motivierten Strafverfolgungsschutzes.<sup>25</sup> Vielmehr gelten die allgemeinen Regeln des deutschen Strafprozessrechts, zu denen bei einer Krankheit des Beschuldigten die Voraussetzungen der (endgültigen oder vorübergehenden) Verhandlungsunfähigkeit zählen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Generalbundesanwalt bei der bisherigen Behandlung von Anzeigen nach dem VStGB davon ausgegangen ist, er könne aus humanitären Gründen Verfolgungsschutz versprechen.<sup>26</sup> Auch dass die Bundesministerin der Justiz eine solche Position eingenommen hätte, ist nicht ersichtlich.<sup>27</sup>

#### IV. Allgemeine Einschätzung zu den Ergebnissen der bisherigen Praxis zum Völkerstrafgesetzbuch

Der Umstand, dass es bis jetzt keine Festnahme eines nach dem VStGB Beschuldigten gegeben hat, spricht für sich genommen weder für eine fehlerhafte Gesetzesanwendung noch für eine fehlerhafte Gesetzesfassung. Für sich genommen mag dieser Umstand vielmehr den Ausnahmecharakter der Völkerstrafverfolgung nach dem reinen Weltrechtspflegeprinzip beleuchten. Dieser Ausnahmecharakter resultiert einerseits aus der relativen Seltenheit, mit der Völkerstraftaten jedenfalls dann begangen werden, wenn man – wie nach hiesiger Auffassung geboten – durchgängig von einer engen Auslegung der betreffenden Tatbestände ausgeht, die deren Anwendungsbereich auf den Bereich beschränkt, über den ein belastbarer internationaler Konsens besteht. Glücklicherweise besteht (derzeit) überdies typischerweise eine geographische Distanz von mutmaßlich völkerstrafrechtsrelevanten Situationen zu Deutschland, weshalb die Inlandspräsenz von Beschuldigten – wiederum typischerweise – häufig nicht zu erwarten ist. Zum anderen mag der Umstand, dass es bislang nicht zu einer Festnahme nach dem VStGB gekommen ist, die bekannten praktischen Schwierigkeiten belegen, die Ermittlungen zu Völkerstraftaten bis zu dem Punkt zu führen, zu dem der für die Festnahme eines Beschuldigten erforderliche Verdachtsgrad gegeben ist. Diese besonderen praktischen Schwierigkeiten wurzeln zum einen darin, dass Völkerstraftaten durchgängig in einem makrokriminellen Kontext erfol-

gen, den es aufzuhellen gilt. In den jeweiligen Tatbeständen schlägt sich dies in den so genannten Kontextelementen („ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen eine Zivilbevölkerung“ nach § 7 VStGB; „bewaffneter Konflikt“ nach den §§ 8 ff. VStGB) nieder.<sup>28</sup> Überdies weist bereits die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Aufhellung der „Befehls- und Hierarchiestufen“, so wie sie bei der im Völkerstrafrecht relativ häufigen Strafverfolgung von staatlichem Führungspersonal geboten ist, von Deutschland aus typischerweise größte Schwierigkeiten bereiten wird.<sup>29</sup> Zu bedenken ist auch, dass die materielle Untergrenze dieser Kontextelemente durch die bisherige internationale Judikatur noch unterbestimmt ist. Es wäre legitim, wenn sich die deutschen Strafverfolgungsbehörden hier im Zweifel zurückhielten und das Abstecken der äußeren Grenzen des Geltungsumfangs des Völkerstrafrechts der internationalen Strafgerichtsbarkeit überließen.

#### V. Bewertung der bisherigen Praxis zum Völkerstrafgesetzbuch *de lege lata*

##### 1. Kritik an einzelnen Formulierungen in bislang vorliegenden Entscheidungen

In der Entschließung vom 10.2.2005 zur Strafanzeige gegen Donald H. Rumsfeld et al. heißt es wie folgt:

„Das Weltrechtsprinzip legitimiert jedoch nicht ohne weiteres eine uneingeschränkte Strafverfolgung. Ziel des Völkerstrafgesetzbuches ist es, Strafbarkeits- und Strafverfolgungslücken zu schließen. Dies hat jedoch vor dem Hintergrund der Nichteinmischung in die Angelegenheiten fremder Staaten zu geschehen.“<sup>30</sup>

In seinem Beschluss vom 13.9.2005 formuliert das OLG Stuttgart wie folgt:

„Der Gesetzgeber hat mit der Konstituierung des Weltrechtsprinzips für die Verbrechen des Völkerstrafgesetzbuches in § 1, 2. Halbsatz VStGB zugleich § 153f StPO eingeführt, um die immense Ausdehnung der Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden auf prozessualer Ebene einzuschränken [...]. Ohne dieses strafprozessuale Korrektiv würde der weite Anwendungsbereich des § 1 VStGB ansonsten zu einer uferlosen, völkerrechtlich bedenklichen Ausdehnung der inländischen Strafverfolgung führen, die dann weitgehend auch auf solche Fälle erstreckt werden müsste, in denen von vornherein keine oder nur eine äußerst geringe

---

Opinion of Judges *Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002, Ziff. 59 (S. 80/81).

<sup>25</sup> S. hierzu im Kontext der deutschen Usbekistan-Anzeige die luziden Darlegungen von *Zappalà*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 602 (618 ff.).

<sup>26</sup> Insbesondere findet sich kein Hinweis auf eine solche Rechtsposition in der Pressemitteilung vom 31.3.2006 – 9/2006.

<sup>27</sup> Insbesondere findet sich kein Hinweis auf eine solche Rechtsposition in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Müller-Sönksen* et al. v. 8.6.2006; BT-Drs. 16/1781, s. insbes. S. 3 zu 4. und 5. und S. 4 zu 10.

---

<sup>28</sup> Es ist deshalb zutreffend, wenn es in der Pressemitteilung des Generalbundesanwalts vom 31.3.2006 – 9/2006 zu angezeigten Vorfällen in Usbekistan heißt: „Zur Aufklärung möglicher Tatvorwürfe gemäß § 7 VStGB wären in beiden Tatkomplexen umfangreiche Ermittlungen in Usbekistan unerlässlich [...]“; unzutreffend demgegenüber *Zappalà*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 602 (611 f., 621).

<sup>29</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 14 (hier sogar als ein Grund dafür genannt, bei den Völkerstraftaten nach §§ 13, 14 VStGB ganz auf die Weltrechtspflege im reinen Sinn zu verzichten).

<sup>30</sup> JZ 2005, 311.

Aussicht besteht, die Tat in einem inländischen Verfahren aufzuklären und abzuurteilen [...].<sup>31</sup>

In der Entschließung vom 31.3.2006 zu angezeigten Vorfällen in Usbekistan heißt es u.a.:

„Hinzu kommt, dass viele Sachverhalte bereits umfanglich von Nicht-Regierungsorganisationen dokumentiert worden sind. Die Auffassung, es müsse gleichwohl in einem deutschen Ermittlungsverfahren weltweit existierendes Beweismaterial mit Blick auf das uneingeschränkte Weltrechtsprinzip (§ 1 VStGB) durch Strengbeweis dokumentiert und systematisch aufbereitet werden, auch wenn ein Aufenthalt und eine Verurteilung der Täter in Deutschland nicht zu erwarten sei, geht fehl. Dies würde im Ergebnis auf eine rein symbolische Strafverfolgung hinauslaufen. Eine solche war vom deutschen Gesetzgeber aber auch bei Völkerstraftaten ausdrücklich nicht gewollt (BT-Drs. 14/8542, S. 37 f.).“

Schließlich heißt es am Ende der Entschließung des Generalbundesanwalts vom 27.4.2007 zu der Anzeige gegen Donald H. Rumsfeld et al. wie folgt:

„Die (straf-)rechtliche Aufarbeitung etwaiger Verstöße gegen das Folterverbot in Guantánamo Bay/Kuba oder im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg bleibt daher Aufgabe der hierzu berufenen und hierfür zuständigen Justiz der Vereinigten Staaten von Amerika.“<sup>32</sup>

Die ersten beiden Zitate irritieren zunächst wegen ihres Umgangs mit dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz. In der Begründung zu § 1 VStGB heißt es ausdrücklich:

„Wegen der besonderen Stoßrichtung dieser Delikte [der im VStGB geregelten Verbrechen] liegt in der Aburteilung von Auslandstaten auch ausländischer Staatsangehöriger keine unzulässige Einmischung in die Souveränität anderer Staaten.“<sup>33</sup>

Gleichzeitig heißt es an keiner Stelle der Begründung von § 153f StPO, die Einzelheiten dieser Regelung erklärten sich „vor dem Hintergrund der Nichteinmischung in die Angelegenheiten fremder Staaten“ oder zur Verhinderung einer „völkerrechtlich bedenklichen Ausdehnung der inländischen Strafverfolgung“; die in der Gesetzesbegründung angestellten Überlegungen sind vielmehr durchgängig differenzierter. Auch verwundert es – mag dies auch zunächst wie eine Nebensächlichlichkeit anmuten –, wenn der Generalbundesanwalt es am Ende seiner Entschließung vom 27.4.2007 für geboten erachtet, die „Berufung“ und „Zuständigkeit“ der Justiz der Vereinigten Staaten zu betonen, ohne dabei den Zusatz „vorrangige“ zu verwenden, den der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung bewusst verwendet hat.<sup>34</sup> Die Zitate müssen demnach als mindestens unglücklich bezeichnet werden, gestatten sie doch in ihrer Gesamtschau die Deutung des Lesers, die Strafverfolgungsbehörden blieben auf Distanz zur gesetzgeberischen Grundentscheidung. Es wäre wünschenswert, würden der Generalbundesanwalt und das OLG Stutt-

gart in Zukunft Formulierungen wählen, die einen solchen Eindruck vermeiden. Auch wäre zu überlegen, ob nicht überflüssige, leicht „alarmistische“ Wendungen wie die des OLG Stuttgart von der drohenden „uferlosen“ Ausdehnung der deutschen Strafverfolgungszuständigkeit fürderhin unterbleiben könnten.

Das obige Zitat des OLG Stuttgart enttäuscht im Übrigen auch deshalb ein wenig, als es den wichtigen Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe nicht anspricht und so dem – falschen – Eindruck Raum gibt, als sollten deutsche Ermittlungsbemühungen immer dann unterbleiben, wenn „von vornherein keine oder nur eine äußerst geringe Aussicht besteht, die Tat in einem inländischen Verfahren aufzuklären und abzuurteilen“. Insoweit bietet auch das vorstehend an dritter Stelle genannte Zitat aus der Usbekistan-Entschließung Raum für Missverständnisse. Denn die Verbesserung der strafverfahrensrechtlichen Beweissituation, die durch Ermittlungen des Generalbundesanwalts gegenüber der bloßen Dokumentation durch Menschenrechtsorganisationen sicher erzielt werden kann, ist unter dem Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe keine vom Gesetzgeber des VStGB verpönte „rein symbolische Strafverfolgung“; der Verweis auf die Gesetzesmaterialien geht insoweit fehl.

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei betont, dass die vorstehende Formulierungskritik für sich genommen keine der besagten Entscheidungen als im Ergebnis unrichtig ausweist. Es ging allein darum, zu bemerken, dass die zitierten unglücklichen Formulierungen ohne Not den Eindruck erweckten, als bekenneten sich Generalbundesanwalt und OLG Stuttgart nicht so uneingeschränkt zum gesetzgeberischen Willen, wie man es erwarten dürfte.

## 2. Gründe für die Nichtaufnahme von Ermittlungen nach dem VStGB

### a) Immunität

Soweit der Generalbundesanwalt die Einleitung von Ermittlungsverfahren nach dem VStGB mit der Begründung abgelehnt hat, nicht nur amtierenden höchsten staatlichen Funktionsträgern stünde auch bei Völkerstraftatverdacht Immunität vor deutschen Strafverfolgungsmaßnahmen zu (was zutrifft), sondern auch *ehemaligen*<sup>35</sup>, so ist dieser Ansicht nachdrücklich zu widersprechen.<sup>36</sup> Sie verkennt das geltende Völkergewohnheitsrecht und birgt den Keim in sich, die Weltrechtspflege bei Völkerstraftaten im Kern unmöglich zu machen. Letzteres ergibt sich daraus, dass es bei *ehemaligen* Staatsorganen *nicht* um die eng begrenzte Immunität *ratione personae* gehen kann, sondern nur um die (allgemeine) Staatenimmunität *ratione materiae*. Der Generalbundesanwalt müsste diese Form der Immunität konsequentermaßen über den Kreis der höchsten staatlichen Funktionsträger hinaus auch bei sonstigen Staatsorganen bejahen. Damit würde der Generalbundesanwalt die Weltrechtspflege bei Völkerstrafta-

<sup>31</sup> 5 Ws 109/05; im Folgenden zit. nach ZIS 2006, 143 (144/145); auch abgedr. in NSTZ 2006, 117; JZ 2006, 208.

<sup>32</sup> Pressemitteilung 9/2007, unter II. 2. b), S. 3/4.

<sup>33</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 14.

<sup>34</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 37, 38.

<sup>35</sup> Zu den entsprechenden Entschließungen *Geißler/Selbmann*, HuV 2007, 160 (161/162).

<sup>36</sup> Der *Verf.* hat seine Rechtsansicht in GA 2003, 25, im Einzelnen begründet; hierauf sei verwiesen.



ten im Kern treffen, da es sich bei diesen Straftaten typischerweise um solche handelt, die Staatsorgane bei äußerlicher Betrachtung in Wahrnehmung ihrer offiziellen Aufgaben verüben.

Dabei wird nicht verkannt, dass der IGH in seinem Urteil zum Haftbefehlsfall unglückseligerweise in einem unbegründeten und nebulös formulierten *obiter dictum*<sup>37</sup> erheblich dazu beigetragen hat, die Völkerrechtslage zu verunklaren. Der *Verf.* dieser Stellungnahme hat deshalb vorgeschlagen, die Frage bei sich bietender Gelegenheit dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG im Normverifikationsverfahren zur Klärung vorzulegen.<sup>38</sup> Doch wird diesem Anliegen der Klärung im Sinn einer Verneinung von Immunitätsschutz ein Bärendienst erwiesen, wenn der Generalbundesanwalt in Ermangelung einer Vorlagebefugnis nach Art. 100 Abs. 2 GG kurzerhand die völkerrechtliche Immunität bejaht und damit zugleich ein Element negativer deutscher Völkerstrafrechtspraxis setzt.

Die Zuerkennung von Immunitätsschutz bei ehemaligen Staatsorganen ist der bedenklichste Aspekt der bisherigen Praxis zum Völkerstrafgesetzbuch. Dieses Problem ist nicht durch eine Gesetzeskorrektur, sondern nur durch eine Kurskorrektur des Generalbundesanwalts zu beheben. Insoweit gibt es zur Hoffnung Anlass, dass in der Entschließung zur Anzeige gegen Donald H. Rumsfeld nicht auf ein angebliches Immunitätsrecht der USA abgehoben worden ist.

#### b) Subsidiarität

In der Entschließung vom 10.2.2005 zu der Anzeige gegen Donald H. Rumsfeld et al. verhält sich der Generalbundesanwalt zu dem in § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO verwandten Begriff der Verfolgung der *Tat* durch einen tatnäheren Staat wie folgt:

„Der Begriff der Verfolgung der *Tat* ist auf den Gesamtkomplex und nicht auf einen einzelnen Tatverdächtigen und seinen speziellen Tatbeitrag bezogen auszulegen. Maßgeblich ist nach dem Wortlaut der Vorschrift das Tatgeschehen in seiner Gesamtheit. Eine derartige Auslegung des Begriffs der *Tat* folgt aus dem Römischen Statut, dessen Umsetzung das Völkerstrafgesetzbuch dient. Art. 14 Abs. 1 des Statuts nennt ausdrücklich den Begriff der ‚Situation, [...] in der es den Anschein hat, dass ein oder mehrere der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes unterliegende Verbrechen begangen werden,

<sup>37</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, I.C.J. Reports 2002, Ziff. 61 (S. 25); die ebenso apodiktische wie kryptische Wendung lautet: “Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister of Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.”

<sup>38</sup> Kref, GA 2003, 25 (41 f.).

[...]. In welcher Reihenfolge und mit welchen Mitteln der vorrangig zuständige Staat im Rahmen eines Gesamtkomplexes gegen Einzelpersonen ermittelt, muss wegen des Grundsatzes der Subsidiarität diesem überlassen bleiben.“<sup>39</sup>

Diese Auslegung des Begriffs der *Tat* nach § 153f Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO i.S.d. Begriffs der *Situation* ist im Schrifttum – soweit ersichtlich: durchgängig – kritisiert worden.<sup>40</sup> Diese Kritik hat *de lege lata* Gewicht. Wortlaut, Genese und deutsche Gesetzessystematik (§ 264 StPO [!]) sprechen gegen die Position des Generalbundesanwalts. Der Verweis auf Art. 14 IStGH-Statut ist in mehrfacher Hinsicht schief. Weder lässt sich das VStGB mit dem Generalbundesanwalt als Maßnahme zur „Umsetzung des Römischen Statuts“ begreifen noch hat Art. 14 IStGH-Statut, bei dem es um die Auslösung eines Verfahrens vor dem IStGH geht, einen hinreichenden Bezug zur näheren Ausgestaltung der Subsidiarität der Weltrechtspflege<sup>41</sup>, noch schließlich vermag eine Norm des IStGH-Statuts überhaupt zwingende Auslegungsvorgaben für eine Norm zu treffen, die das zwischenstaatliche Verhältnis bei der Völkerstrafverfolgung außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des IStGH betrifft. Die einzig relevante Frage wäre danach die gewesen, ob es ein allgemeines völkerrechtliches Gebot gibt, die Subsidiarität der Weltrechtspflege an einem völkerstrafrechtlichen Begriff des „Gesamtkomplexes“ bzw. der „Situation“ zu orientieren. Diese Frage kann nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand schwerlich bejaht werden. Die restriktive Deutung des Subsidiaritätsgedankens nach § 153f Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StPO läuft danach auf eine völkerrechtspolitische Umdeutung des Gesetzes hinaus, die die Kompetenz des Generalbundesanwalts übersteigt. Ob die Position des Generalbundesanwalts immerhin völkerrechtspolitisches Gewicht hat, soll an späterer Stelle thematisiert werden.<sup>42</sup>

#### c) Mangelnde Aufklärungschancen

In seiner Entschließung vom 27.4.2007 zu der zweiten Anzeige gegen Donald H. Rumsfeld et al. hebt der Generalbundesanwalt nicht länger auf den Subsidiaritätsgedanken ab, sondern verhält sich zu den Voraussetzungen einer Nichtaufnahme von Ermittlungen bei einer Auslandstat ohne (auch nur zu erwartende) Inlandspräsenz des Beschuldigten:

<sup>39</sup> JZ 2005, 311 (312).

<sup>40</sup> *Ambos*, NStZ 2006, 434 (436 f.); *Basak*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 499, 510 f.; *Geißler/Selbmann*, HuV 2007, 160 (164); *Singelstein/Stolle*, ZIS 2006, 118 (121 f.).

<sup>41</sup> Einen solchen Bezug hat indes Art. 17 Abs. 1a) IStGH-Statut; doch stellt der IStGH insoweit gerade nicht auf die „Situation“ i.S.d. Art. 14 ab, sondern auf den „Fall“ („case“); Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58, 10.2.2006, ICC-01/04-01/06, Ziff. 29 ff., insbes. Ziff. 31.

<sup>42</sup> Unten sub VI. 3. a).

„Sie [Umstände, die für eine Aufnahme von Ermittlungen trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 153f Abs. 1 S. 1 StPO sprechen könnten] liegen nicht vor. Sie wären nur gegeben, wenn durch Ermittlungen deutscher Strafverfolgungsbehörden ein nennenswerter Aufklärungserfolg erzielt werden könnte, um eine spätere Strafverfolgung [sei es in Deutschland oder im Ausland] vorzubereiten.“<sup>43</sup>

Dem ist als rechtlicher Ausgangspunkt für die Ermessensentscheidung nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO beizutreten. Insbesondere wird hier der Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe dem Grunde nach (wenn auch nur durch einen im Gesamtkontext der Entschließung deutlich zurücktretenden Klammerzusatz) anerkannt.

Bei der Verneinung der Möglichkeit, einen „nennenswerten Aufklärungserfolg“ zu erzielen, bemüht der Generalbundesanwalt im Kern den Gesichtspunkt, durch die Einvernahme ausländischer Zeugen, die zur Aussage vor deutschen Stellen bereit seien, könnten keine „weitergehenden Angaben“ zu Tage gefördert werden als sie in Gestalt der Aussagen gegenüber ihrem anwaltlichen Vertreter bereits vorlägen oder jedenfalls möglich wären. Die Dokumentation bzw. systematische Aufbereitung solcher Angaben durch deutsche Strafverfolgungsbehörden sei als „rein symbolische“ bzw. „notgedrungen einseitige“ Ermittlung nicht sinnvoll. Der Hinweis auf eine „rein symbolische“ Ermittlung verfährt nicht, wenn man den zunächst auch vom Generalbundesanwalt anerkannten Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe bedenkt. Denn insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zwischen einer opferanwaltlich dokumentierten Zeugenaussage oder einer solchen durch den Generalbundesanwalt. Auch der Hinweis auf die „notgedrungene Einseitigkeit der Ermittlungen“ will nicht recht einleuchten. Wenn bei Völkerstraftatverdacht Ermittlungen in dem vorrangig hierzu berufenen Staat (bzw. den entsprechenden Staaten) nicht durchgeführt werden und dem Generalbundesanwalt dann mangels Kooperationsbereitschaft des Staates, dessen Staatsorgane in die mutmaßliche(n) Tat(en) verwickelt sind, (zunächst) nur die Einvernahme von Opferzeugen möglich ist, kann die vom Generalbundesanwalt nicht zu vertretende „notgedrungene Einseitigkeit“ der Ermittlungen nicht dazu führen, auf solche ganz zu verzichten. Vielmehr hat der Generalbundesanwalt eine solche Einseitigkeit bei einer etwaigen Gesamtbewertung der ihm möglichen Ermittlungen gebührend zu berücksichtigen. Sollten die Darlegungen des Generalbundesanwalts in der in Rede stehenden Entschließung deshalb dahin zu verstehen sein, die Vernehmung von Zeugen, die ein Opferanwalt anbietet, sei wegen „Einseitigkeit“ *per definitionem* nicht geeignet, einen „nennenswerten Aufklärungserfolg“ zu erbringen, so wäre dem zu widersprechen.

Offen bleibt nach der bisherigen Praxis die nähere Bestimmung eines „nennenswerten Aufklärungserfolgs“. Hierbei erscheint es allerdings nach der hier vertretenen Auffassung (jedenfalls in der Frühphase der Geltung des VStGB und in Anbetracht der Zögerlichkeit vieler anderer Staaten

bei der Weltrechtspflege im reinen Sinn) vertretbar, einen strengen Maßstab anzulegen.

In der Entschließung scheint die Frage durch, ohne indes klar formuliert zu werden, ob es ein Kriterium der Ermessensausübung nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO sein darf, ob sich die Beweismittel, die eine nennenswerte Aufklärungschance bieten, in Deutschland befinden, ob sich also insbesondere (Opfer-)Zeugen in Deutschland aufhalten müssen. Zu dieser Frage verhält sich der Text des § 153f Abs. 1 S. 1 StPO nicht und die Gesetzesmaterialien geben keinen eindeutigen Aufschluss. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nicht ermessensfehlerhaft, bei der Ermessensausübung nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO danach zu differenzieren, ob sich die Beweismittel in Deutschland befinden oder nicht. Jedenfalls in der jetzigen noch prekären Phase der reinen Weltrechtspflege erschiene das als ein gut vertretbarer zurückhaltender Ansatz. Immerhin wird auch in der Gesetzesbegründung der *Aufenthalt wichtiger Zeugen in Deutschland* als ein zentraler Gesichtspunkt, der für die Eröffnung eines deutschen Ermittlungsverfahrens streiten könnte, genannt.<sup>44</sup>

### 3. Gerichtliche Überprüfung ablehnender Entscheidungen des GBA

Das OLG Stuttgart hat in seinem Beschluss vom 13.9.2005 zu der Möglichkeit eines Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO gegenüber Entschließungen des Generalbundesanwalts, ein Verfahren nach dem VStGB nicht zu eröffnen, ausgeführt:

„Der eindeutige Gesetzeswortlaut des § 172 Abs. 2 S. 3, letzter Halbsatz StPO normiert einen ausdrücklichen Abschluss des Klageerzwingungsverfahrens, in den Fällen der §§ 153c bis § 154 Abs. 1 StPO; diese Aufzählung erfasst gerade auch § 153f StPO. Da die Vorschrift des § 172 Abs. 2 S. 3 StPO letztmals durch Gesetz vom 20. Dezember 1999 (BGBl. I, S. 2491) geändert wurde, seit dem 28. Dezember 1999 unveränderte Gültigkeit besitzt und der Gesetzgeber die Vorschrift weder bei der zeitgleichen Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs und des § 153f StPO am 26. Juni 2002 (BGBl. I, S. 2254) noch bei späteren Gelegenheiten novelliert hat, ist von einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Statthaftigkeit eines Klageerzwingungsverfahrens bei Verfügungen nach § 153f StPO auszugehen.“<sup>45</sup>

Diesem Ausgangspunkt ist beizutreten.<sup>46</sup>

In einem zweiten Schritt hält das Gericht dann jedoch die rechtliche Kontrolle insoweit für eröffnet, als es um die Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzung dafür geht, ob überhaupt Ermessen nach § 153f StPO eröffnet ist.<sup>47</sup> Auch dem ist zuzustimmen.<sup>48</sup>

Indes hält das Gericht diese zweite Weichenstellung nicht konsequent durch, indem es weder die Feststellungen des GBA zur Frage des (erwarteten) Inlandsaufenthalts noch

<sup>43</sup> Pressemitteilung des Generalbundesanwalts 9/2007, unter II. 2. b), S. 3.

<sup>44</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 38.

<sup>45</sup> ZIS 2006, 143 (144).

<sup>46</sup> Insoweit offenbar a. A. *Ambos*, NStZ 2006, 434 (437).

<sup>47</sup> ZIS 2006, 143 (144).

<sup>48</sup> Ebenso *Ambos*, NStZ 2006, 434 (438); *Basak* (Fn. 40), S. 499 ff. (504); *Singelstein/Stolle*, ZIS 2006, 118 (120).

diejenigen zu den angeblich hinreichenden Ermittlungen der US-Justiz zum „Gesamtkomplex“ überprüft.<sup>49</sup> Das Urteil des OLG Stuttgart hinterlässt danach insgesamt einen sehr unbefriedigenden Eindruck. Bei nächster Gelegenheit sollte das Gericht die gerichtliche Überprüfbarkeit der gesetzlichen Ermessensvoraussetzungen nicht nur bekunden, sondern eine solche Überprüfung auch tatsächlich vornehmen.

#### 4. Zur Bedeutung des § 6 Nr. 9 StGB neben § 1 Völkerstrafgesetzbuch

Die deutsche Strafverfolgung nach § 6 Nr. 9 StGB, wovon insbesondere die völkervertraglichen Pflichten nach dem Prinzip der Weltrechtsergreifung in Bezug genommen werden, bleibt neben derjenigen nach dem VStGB möglich. Das kann insbesondere dann praktisch werden, wenn sich im Fall von Folter zwar die Einzeltat etwa nach Art. 1 des VN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1948<sup>50</sup>, nicht aber die Gesamttat eines Menschlichkeitsverbrechens nach § 7 VStGB von Deutschland aus aufklären lässt und sich der Beschuldigte in Deutschland aufhält. Denn dann eröffnet die völkervertragliche Pflicht Deutschlands zur Strafverfolgung nach dem Weltrechtsergreifungsprinzip die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 6 Nr. 9 StGB.

### VI. Reformfragen zum Völkerstrafgesetzbuch im Licht der bisherigen Anwendungspraxis

#### 1. Kein grundsätzlicher Reformbedarf

Aus dem bislang Ausgeführten ergibt sich, dass kein Grund besteht, § 1 VStGB und/oder § 153f StPO einer grundsätzlichen Korrektur zu unterziehen.

#### 2. Prinzip doppelter Subsidiarität

##### a) Rückkehr zur „Soll-Einstellung“ bei vorrangiger anderweitiger Strafverfolgung

Der Regierungsentwurf zum VStGB sah in § 153f Abs. 2 StPO-E eine „Soll-Einstellung“ bei vorrangiger anderweitiger Strafverfolgung vor.<sup>51</sup> Der Deutsche Bundestag hat diesen Vorschlag in eine „Kann-Insbesondere“-Möglichkeit der Einstellung geändert.<sup>52</sup> Zur Begründung wurde zum einen auf die Notwendigkeit verwiesen, dem Missverständnis vorzubeugen, das „materiell eingeführte Weltrechtsprinzip werde partiell zurückgenommen“. Zum anderen wurde geltend gemacht, im Einzelfall könne es auch bei vorrangiger anderweitiger Strafverfolgung „angezeigt“ sein, in Deutschland Ermittlungen aufzunehmen, so etwa im Fall einer in Deutschland befindlichen Opfergruppe.<sup>53</sup> Beide Argumente gehen fehl. Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelung

bedeutete die konsequente Durchführung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch entsprechend strukturiertes Ermessen. Wird in einem tatnahen Staat ermittelt, so wird dieser im Wege der *gewöhnlichen* Rechtshilfe auf etwa in Deutschland befindliche Opferzeugen zugreifen können; eines deutschen Vorgriffs bedarf es deshalb grundsätzlich nicht. Für Ausnahmefälle, in denen im Hinblick auf einen akut drohenden Beweisverlust etwas anderes gelten mag, lässt auch eine „Soll-Einstellungsregelung“ Raum. Der Gesetzgeber sollte deshalb erwägen, zu dem Vorschlag im Regierungsentwurf zurückzukehren, wonach ein deutsches Verfahren bei tatnäheren Ermittlungen eingestellt bzw. nicht aufgenommen werden *soll*.

##### b) Subsidiarität gegenüber tatnäheren Staaten

Wenngleich sich die vom Generalbundesanwalt befürwortete Auslegung des Tatbegriffs nach § 153 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO i.S.d. Gesamtkomplexes als unzulässige Umdeutung des Gesetzes erwiesen hat<sup>54</sup>, bleibt zu überlegen, ob § 153 f StPO dahin geändert werden sollte, dass dem Generalbundesanwalt zunächst eine auf den Gesamtkomplex bezogene Zurückhaltung möglich ist, wenn ein tatnäherer Staat hierauf bezogene Ermittlungen anstellt. Denn als völkerrechtspolitische Aussage verstanden hat die folgende Feststellung des Generalbundesanwalts durchaus Gewicht: „In welcher Reihenfolge und mit welchen Mitteln der vorrangig zuständige Staat im Rahmen eines Gesamtkomplexes gegen Einzelpersonen ermittelt, muss wegen des Grundsatzes der Subsidiarität diesem überlassen bleiben.“

##### c) Subsidiarität gegenüber einem zuständigen internationalen Strafgerichtshof

Im Verhältnis zu einem zuständigen internationalen Strafgerichtshof sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob es sachgerecht ist, ein Einstellungsermessen erst dann zu eröffnen, wenn die Tat bereits durch einen solchen Gerichtshof *verfolgt* wird. Denn jedenfalls gegenüber dem IStGH, der seinerseits lediglich subsidiär (nach dem so genannten Komplementaritätsprinzip) tätig wird, kann das dazu führen, dass die Ermittlungen, die Deutschland als Weltrechtspflegestaat zu führen beginnt, die Verfahrenseröffnung durch den IStGH nach Art. 17 Abs. 1a) IStGH-Statut unzulässig machen.

#### 3. Einstellungsermessen nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO

Eine nähere gesetzliche Bestimmung der ermessensleitenden Kriterien, insbesondere eine Definition der „nennenswerten Ermittlungschance“ dürfte an Praktikabilitätsgrenzen stoßen. Eine solche nähere Bestimmung erscheint auch nicht sachgerecht. Vielmehr erscheint ein gewisser Spielraum, der es den deutschen Stellen erlaubt, von einer anfangs eher defensiven Praxis schrittweise zu einer etwas offeneren Haltung überzugehen, durchaus wünschenswert.

<sup>49</sup> Ebenso Ambos, NStZ 2006, 434 (437); Basak (Fn. 40), S. 506 f., 511; Singelstein/Stolle, ZIS 2006, 118 (121).

<sup>50</sup> BGBl. 1990 II, S. 246; United Nations Treaty Series 1465, S. 85

<sup>51</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 10.

<sup>52</sup> BT-Drs. 14/8892, S. 2.

<sup>53</sup> BT-Drs. 14/8892, S. 6.

<sup>54</sup> Oben sub V. 2. b).

4. Gesetzliche Spezialregelung der Verfahrenseinstellung bei der Weltrechtspflege zwecks antizipierter Rechtshilfe

Der Gesetzgeber sollte darüber nachdenken, eine gesetzliche Spezialregelung vorzusehen, wonach das Strafverfahren dann eingestellt werden kann, wenn es mit dem erklärten Ziel der antizipierten Rechtshilfe geführt worden ist und die von Deutschland aus möglichen Ermittlungsschritte unternommen worden sind. Eine solche auf die reine Weltrechtspflege zugeschnittene Spezialregelung hätte zugleich den Vorteil, dem Gesichtspunkt der antizipierten Rechtshilfe eine unmissverständliche gesetzliche Anerkennung zuteilwerden zu lassen. Es sollte geprüft werden, ob eine solche Lösung gegenüber der jetzt möglichen analogen Anwendung des § 205 StPO den Vorzug verdient.

5. Einführung des Erfordernisses einer gerichtlichen Zustimmung zur Nichteröffnung bzw. Einstellung des Verfahrens aus Ermessensgründen

In dem bereits wiederholt zitierten gemeinsamen Sondervotum *Higgins/Kooijmans/Buergenthal* heißt es:

„Further, such charges may only be laid by a prosecutor or juge d’instruction who acts in full independence, without links to or control by the government of that State.“<sup>55</sup>

Diese im Hinblick auf das unbedingte Erfordernis einer „außenpolitisch indifferenten“ Weltrechtspflege berechtigte Forderung der drei Richter des IGH<sup>56</sup> wirft einen deutlichen Schatten auf die prozedural-institutionelle Ausgestaltung der Weltrechtspflege nach dem VStGB. Der zur Ausübung des Ermessens insbesondere nach § 153f Abs. 1 Satz 1 StPO berufene Generalbundesanwalt ist nach §§ 146, 147 Nr. 1 GVG den Weisungen des Bundesministers der Justiz unterworfen; der Generalbundesanwalt ist überdies politischer Beamter. Zwar ist bislang nicht bekannt geworden, dass die jeweils amtierenden Bundesministerinnen der Justiz auf die Ermessensausübung des Generalbundesanwalts nach § 153f StPO Einfluss genommen hätten, doch muss bereits der mit der institutionellen Verflochtenheit unweigerlich verbundene Anschein (hier gilt: „[international criminal] justice must also be seen to be done“) in Anbetracht der gerichtlich unüberprüfbar Befugnis des Generalbundesanwalts zur Ermessensausübung überaus bedenklich erscheinen. An diesem Punkt hat denn auch bereits scharfsinnige Kritik an der deutschen Regelung angesetzt.<sup>57</sup> Diesem Manko des deutschen Regelungswerks kann möglicherweise dadurch abgeholfen werden, dass die Nichteröffnung des Verfahrens bzw. dessen

Einstellung, soweit diese sich als das Ergebnis einer Ermessensausübung darstellen, dem Erfordernis einer gerichtlichen Zustimmung unterworfen werden. Strukturell ähnlich gelagerte Zustimmungserfordernisse finden sich etwa in den Opportunitätsbestimmungen der §§ 153a und 153b StPO. Überdies wiese eine solche Lösung eine Verwandtschaft mit der Regelungssystematik des Art. 53 Abs. 3b) IStGH-Statut auf; auch hier wird eine gerichtliche Überprüfung negativer staatsanwaltlicher Ermessensentscheidungen eröffnet. Der hier zur Diskussion gestellten Regelung könnte der Vorzug gegenüber einer Eröffnung des Klageerzwingungsverfahrens gebühren.<sup>58</sup> Denn es ist nicht ersichtlich, wie ein solches Verfahren mit dem Ermessen des Generalbundesanwalts in Übereinstimmung sollte gebracht werden können.

VII. Praktische Fragen

Die Behandlung der Vorfälle in Usbekistan zeigt auch und gerade nach der Antwort der Bundesregierung auf die diesbezügliche Kleine Anfrage<sup>59</sup>, dass der Informationsfluss aus der Bundesregierung hin zum Generalbundesanwalt verbessert werden muss, um zu verhindern, dass dieser von einem völkerstrafrechtlich möglicherweise relevanten Inlandsaufenthalt erst erfährt, wenn dieser Aufenthalt wieder beendet ist.<sup>60</sup> Möglicherweise können Deutschland überdies die Überprüfungs- und Mitteilungspflichten, die in den Niederlanden im Bereich der mit dem Ausländer- und Flüchtlingsrecht befassen Behörden bestehen<sup>61</sup>, nützliche Anregungen für eine Verbesserung der Praxis geben.

Die Niederlande bieten auch Anschauungsmaterial für die Einrichtung eines personell vergleichsweise gut ausgestatteten speziellen Teams zur Ermittlung von Völkerstraftaten.<sup>62</sup>

VIII. Abschließende Anregung für die deutsche auswärtige Völkerstrafrechtspolitik: Vorschlag eines internationalen institutionellen Rahmens für die Weltrechtspflege bei Völkerstraftaten

Die staatliche Weltrechtspflege sieht sich geradezu strukturell der Kritik des politischen Missbrauchs ausgesetzt und kann auch tatsächlich politisch missbraucht werden. Deshalb sollte die Ausübung der Weltrechtspflege mittelfristig in ein internationales Kontrollregime eingebettet werden. Dieses Regime sollte zunächst eine Akkreditierungskomponente aufweisen, die es erlaubt, das Strafjustizsystem eines zur Weltrechtspflege bereiten Staates auf internationale Mindeststandards hin zu überprüfen. Das Regime sollte überdies die

<sup>55</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, Joint Separate Opinion of Judges *Higgins, Kooijmans* and *Buergenthal*, I.C.J. Reports 2002, Ziff. 59 (S. 80/81).

<sup>56</sup> Sie wird von den Richtern in dem Zitat im Text unmittelbar wohl nur auf die Anklageerhebung („laying of charges“) bezogen und mag für Ermittlungen im Vorfeld derselben geringeres Gewicht beanspruchen. Doch dürfte die Ausstrahlungswirkung des Gedankens weiter reichen.

<sup>57</sup> *Keller*, GA 2006, 25 (34).

<sup>58</sup> Offenbar unentschieden *Ambos*, NStZ 2006, 434 (438). Für ein Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO *Kreicker* (Fn. 22), S. 438.

<sup>59</sup> Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Müller-Sönksen* et al. v. 8.6.2006; BT-Drs. 16/1781.

<sup>60</sup> Im Hinblick auf die mangelnde Information im Fall der Usbekistan-Anzeige zu Recht krit. *Zappalà*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 602 (621).

<sup>61</sup> *Human Rights Watch* (Fn. 10), S. 74.

<sup>62</sup> *Human Rights Watch* (Fn. 10), S. 73.

Möglichkeit vorsehen, die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im zwischenstaatlichen Bereich zu überprüfen, um einerseits Missbrauch auszuschließen und andererseits den nicht missbräuchlich, sondern tatsächlich international-solidarisch handelnden Treuhänderstaat außenpolitisch zu entlasten. Die Errichtung eines solchen Kontrollsystems wird sicher intensive internationale Beratungen erfordern und deshalb nur mittelfristig zu verwirklichen sein. Doch könnten gerade diejenigen Staaten, die sich wie Deutschland mit gutem Grund für die reine Weltrechtspflege geöffnet haben, durch eine entsprechende Initiative deutlich machen, dass es ihnen tatsächlich um nichts anderes geht als um die Erbringung eines international-solidarischen Beitrags zur Verringerung von Straflosigkeit bei Völkerstraftaten.

### IX. Thesenartige Zusammenfassung der Kurzstellungnahme

*These 1:* Die völkerrechtspolitisch mutige Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Weltrechtspflege im reinen Sinn in § 1 VStGB steht mit dem geltenden Völkergewohnheitsrecht im Einklang. Indes wird diese Position ausgehend von einer traditionellen Methode des Nachweises von Völkergewohnheitsrecht mit beachtlichen Gründen bestritten. Der IGH hat die Frage bislang nicht entschieden, und soweit sich Richter des IGH zu der Frage nebenbei verhalten haben, stützt eine Mehrheit die dem VStGB zugrunde liegende Rechtsansicht.

*These 2:* Der der Weltrechtspflege bei Völkerstraftaten auch zugrunde liegende Gedanke der antizipierten Rechtshilfe ist völkerstrafrechtsstrukturell begründet und erfordert von den deutschen Strafverfolgungsbehörden ein Umdenken gegenüber ihrer Alltagspraxis.

*These 3:* Der Gesetzgeber des VStGB hat sich zu Recht nicht von „Weltrechtspflegeeuphorie“ leiten lassen, sondern die Vorrangigkeit der Strafverfolgung durch tatnähere Staaten und durch zuständige internationale Strafgerichtshöfe zu Recht im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht. Überdies hat der Gesetzgeber des VStGB realistischerweise die Endlichkeit der deutschen Ermittlungsressourcen berücksichtigt und in legitimer Weise zum Ausdruck gebracht, dass über der internationalen Solidarität bei der Strafverfolgung von Völkerstraftaten die spezifisch deutschen Strafverfolgungsinteressen nicht aus dem Blick geraten dürfen.

*These 4:* Die prozessuale Flankierung in § 153f StPO lässt zu Recht keinen Raum für eine Ausrichtung der deutschen Weltrechtspflege nach deutschen außen- und insbesondere sicherheitspolitischen Interessen.

*These 5:* Der Umstand, dass es bis jetzt keine Festnahme eines nach dem VStGB Beschuldigten gegeben hat, spricht für sich genommen weder für eine fehlerhafte Gesetzesanwendung noch für eine fehlerhafte Gesetzesfassung, sondern unterstreicht den Ausnahmecharakter der Völkerstrafverfolgung.

*These 6:* Einige unglückliche Formulierungen – insbesondere eine solche zum völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz – erwecken ohne Not den Eindruck, als blieben Generalbundesanwalt und OLG Stuttgart zu der dem

VStGB zugrunde liegenden gesetzgeberischen Entscheidung auf Distanz.

*These 7:* Die wiederholte Zuerkennung von Immunitätsschutz bei ehemaligen Staatsorganen ist der bedenklichste Aspekt der bisherigen Praxis zum Völkerstrafgesetzbuch. Das hierdurch geschaffene Hindernis bei der Anwendung des VStGB ist nicht durch eine Gesetzeskorrektur, sondern nur durch eine Kurskorrektur des Generalbundesanwalts zu beheben. Insoweit gibt es zur Hoffnung Anlass, dass in der Entschließung zur Anzeige gegen Donald H. Rumsfeld nicht auf ein angebliches Immunitätsrecht der USA abgehoben worden ist.

*These 8:* Die restriktive Deutung des Subsidiaritätsgedankens nach § 153f Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO durch die Auslegung des Tatbegriffs i.S.d. jeweiligen „Gesamtkomplexes“ bedeutet eine völkerrechtspolitische Umdeutung des Gesetzes, die die Kompetenz des Generalbundesanwalts übersteigt.

*These 9:* Im Rahmen der Ermessensausübung nach § 153f Abs. 1 S. 2 StPO fragt der Generalbundesanwalt im Ausgangspunkt zu Recht nach einer „nennenswerten Aufklärungschance“ im Hinblick auf ein deutsches oder ausländisches Strafverfahren. Dabei überzeugt es indes nicht, wenn der Generalbundesanwalt die Einvernahme von Zeugen, die von einem Opferanwalt angeboten werden, offenbar allein deshalb ablehnt, weil eine solche „rein symbolischer“ bzw. „notgedrungen einseitiger“ Natur wäre.

*These 10:* Bei der genauen Bestimmung der „nennenswerten Aufklärungschance“ wäre es nicht ermessensfehlerhaft, jedenfalls in der derzeitigen Frühphase der Gesetzesanwendung und des noch kleinen Kreises von Staaten, die reine Weltrechtspflege betreiben, einen strengen Maßstab anzulegen.

*These 11:* Das OLG Stuttgart stellt die Weichen zwischen im Kern unüberprüfbarer Ermessensausübung des Generalbundesanwalts einerseits und Überprüfbarkeit der gesetzlichen Voraussetzungen der Ermessenseröffnung zwar *in abstracto* richtig, hält diese zutreffende Weichenstellung jedoch *in concreto* nicht durch, was dazu führt, dass insbesondere die völkerrechtspolitische Umdeutung des Subsidiaritätserfordernisses durch den Generalbundesanwalt (These 12) unerörtert bleibt. Das Urteil setzt damit einen insgesamt unbefriedigenden ersten Präzedenzfall einer gerichtlichen Befassung mit § 153f StPO.

*These 12:* Die deutsche Strafverfolgung nach § 6 Nr. 9 StGB bleibt neben derjenigen nach dem VStGB möglich. Das kann insbesondere dann praktisch werden, wenn sich im Fall von Folter zwar die Einzeltat etwa nach Art. 1 des VN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1948, nicht aber die Gesamttat eines Menschlichkeitsverbrechens nach § 7 VStGB von Deutschland aus aufklären lässt und sich der Beschuldigte in Deutschland aufhält.

*These 13:* Es besteht kein Grund, § 1 VStGB und/oder § 153f StPO einer grundsätzlichen Korrektur zu unterziehen.

*These 14:* Der Gesetzgeber sollte erwägen, zu dem Vorschlag im Regierungsentwurf zurückzukehren, wonach ein

deutsches Verfahren bei tatnäheren Ermittlungen eingestellt bzw. nicht aufgenommen werden *soll*.

*These 15:* Wenngleich sich die vom Generalbundesanwalt befürwortete Auslegung des Tatbegriffs nach § 153 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO i.S.d. Gesamtkomplexes als unzulässige Umdeutung des Gesetzes erwiesen hat, bleibt zu überlegen, ob § 153f StPO dahin geändert werden sollte, dass dem Generalbundesanwalt zunächst eine auf den Gesamtkomplex bezogene Zurückhaltung möglich ist, wenn ein tatnäherer Staat hierauf bezogene Ermittlungen anstellt.

*These 16:* Im Verhältnis zu einem zuständigen internationalen Strafgerichtshof sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob es sachgerecht ist, ein Einstellungsermessen erst dann zu eröffnen, wenn die Tat bereits durch einen solchen Gerichtshof verfolgt wird.

*These 17:* Von einer näheren Bestimmung der Kriterien, die das Ermessen nach § 153f Abs. 1 S. 1 StPO leiten sollten, im Gesetzestext sollte der Gesetzgeber (einstweilen) absehen. Insbesondere erscheint der Versuch einer praxistauglichen Definition des „nennenswerten Ermittlungserfolgs“ wenig aussichtsreich. Im Übrigen erscheint es wünschenswert, von Gesetzes wegen einen gewissen Spielraum für ein Übergehen von einer defensiveren zu einer aktiveren Weltrechtspflege zu belassen.

*These 18:* Der Gesetzgeber sollte darüber nachdenken, eine gesetzliche Spezialregelung vorzusehen, wonach das Strafverfahren dann (vorläufig) eingestellt werden kann, wenn es mit dem erklärten Ziel der antizipierten Rechtshilfe geführt worden ist und die von Deutschland aus möglichen Ermittlungsschritte unternommen worden sind.

*These 19:* Die Befugnis des politischen Beamten „Generalbundesanwalt“, der überdies den Weisungen des Bundesministers der Justiz unterworfen ist, zur gerichtlich unüberprüfaren Ermessensausübung nach § 153f StPO entspricht nicht dem mindestens völkerrechtspolitischen „Unabhängigkeitsgebot“ der reinen Weltrechtspflege. Diesem Manko des gegenwärtigen Rechtsrahmens der deutschen Weltrechtspflege kann möglicherweise dadurch abgeholfen werden, dass die Nichteröffnung des Verfahrens bzw. dessen Einstellung, soweit diese sich als das Ergebnis einer Ermessensausübung darstellen, dem Erfordernis einer gerichtlichen Zustimmung unterworfen werden.

*These 20:* Sowohl im Hinblick auf die Verbesserung der Informationsflüsse über den Inlandsaufenthalt möglicher Völkerstraftatverdächtiger als auch im Hinblick auf die Optimierung der personellen und sächlichen Rahmenbedingungen der Weltrechtspflege in Deutschland könnte ein Blick in die Niederlande lohnen.

*These 21:* Die Ausübung der Weltrechtspflege sollte im Hinblick auf den strukturellen Verdacht und die strukturelle Gefahr des politischen Missbrauchs mittelfristig in ein internationales Kontrollregime eingebettet werden. Dieses Regime sollte eine Akkreditierungskomponente aufweisen und die Kontrolle der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im zwischenstaatlichen Verhältnis ermöglichen. Deutschland wäre gut beraten, allein oder gemeinsam mit anderen Weltrechtspflegestaaten eine entsprechende völkerstrafrechtspolitische Initiative zu unternehmen.

## R e z e n s i o n e n

**Gideon Boas**, *The Milošević Trial*, Cambridge University Press 2007, 306 S., \$ 45.- (Paperback), \$ 115.- (Hardcover).

Einiges deutet darauf hin, dass die Einrichtung der beiden Internationalen Strafgerichtshöfe für Jugoslawien und Ruanda eine Erfolgsgeschichte werden könnte: Nach einer Vorbereitungs- und Anlaufphase mussten und müssen sich hochrangige Staatsmänner, Militärs und Politiker vor diesen Tribunalen verantworten. Das Völkerstrafrecht ist mit der Aufnahme der Tätigkeit der beiden Strafgerichtshöfe aus einem jahrzehntelangen Schlummer, in den es mit dem Beginn des Kalten Krieges gefallen war, erwacht und hat an zahlreichen Fakultäten im In- und Ausland Eingang in das Lehrangebot gefunden. Matadore des entstehenden Internationalen Strafrechts und Gutmenschen aller Orten werden nicht müde, die Bedeutung der neuen Institutionen und Instrumente zu preisen, die es ermöglichen sollen, die Verantwortlichen für das Unrecht im zerfallenen Jugoslawien und in Ruanda wirksam zur Verantwortung zu ziehen. Und schließlich ist auch die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag im Jahr 2002 kaum vorstellbar, ohne die Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Tribunale.

Angesichts dessen verwundert es kaum, dass skeptische Einschätzungen zur Tätigkeit der beiden Strafgerichtshöfe bislang vereinzelt geblieben sind und mahnende Stimmen nur selten Resonanz fanden. Umso bemerkenswerter ist es daher, dass nun ausgerechnet ein lange Zeit in herausgehobener Stellung am Jugoslawienstrafgerichtshof tätig gewesener Mitarbeiter in einer Überarbeitung seiner an der Universität in Melbourne vorgelegten Dissertation mit deutlicher Kritik an der Tätigkeit des Jugoslawientribunals in die Öffentlichkeit tritt.

*Gideon Boas*, der seit dem Sommer 2007 an der für ihre internationale Ausrichtung und die hohe Qualität der Lehre und Forschung geschätzten, größten australischen Universität – der „Monash University“ – lehrt, war bis zum Oktober 2006 „senior legal officer“ der im Verfahren gegen den ehemaligen serbischen Ministerpräsidenten Milošević tätigen Kammer des Jugoslawienstrafgerichtshofs. Aufgrund der ihm in dieser Funktion obliegenden Koordination der richterlichen Mitglieder sowie sämtlicher Mitarbeiter der Kammer und nicht zuletzt auch der hiermit verbundenen zentralen Rolle bei der Vorbereitung aller Kammerentscheidungen verfügt er über praktische Erfahrungen und Einblicke in die Tätigkeit des Gerichtshofs und das von der Öffentlichkeit mit besonderem Interesse verfolgte Verfahren gegen Slobodan Milošević, die in ihrer Art einzigartig sein dürften. Gleichwohl handelt es sich bei *Boas'* Darstellung nicht um ein mit Indiskretionen gespicktes „Abrechnungsbuch“, sondern basiert diese im Wesentlichen auf öffentlich zugänglichen Quellen, und allein der jahrelange Umgang und die Nähe zu diesen Quellen sind es, die den *Autor* auszeichnen. Nicht recht verständlich ist es insoweit, dass der Text bei den Verantwortlichen in Den Haag erheblichen Unmut ausgelöst haben soll. Gegenstand der Abhandlung *Boas'* ist – anders als der Titel zu suggerieren scheint – aber auch keine Zusammenfassung

des Verfahrens gegen den ehemaligen serbischen Ministerpräsidenten oder eine Erläuterung von dessen Hintergründen, sondern vielmehr die Frage, welche Lehren aus diesem Verfahren zu ziehen sind, und vor allem, welche Ursachen bewirkten, dass das Verfahren trotz vierjähriger Dauer nicht abgeschlossen werden konnte und allein durch den Tod des Angeklagten in der Untersuchungshaftanstalt im niederländischen Scheveningen am 11. März 2006 beendet wurde.

Nach einer einführenden Darstellung der Anforderungen eines fairen und in angemessener Zeit durchzuführenden Verfahrens (Chapter 1 „Fair and Expeditious International Criminal Trials“) analysiert *Boas* zunächst die Tätigkeit der Anklagebehörde im Milošević-Verfahren (Chapter 2 „The Milošević Prosecution Case: Getting Off on the Wrong Foot“) und legt nachvollziehbar dar, dass eine der wesentlichen Ursachen für das spätere Scheitern des Verfahrens in den völlig unzureichenden Anklageschriften zu sehen ist, die den Gegenstand des Verfahrens bildeten. Kaum eben förderlich für das Verfahren war es – wie *Boas* weiter schildert – angesichts dieser Defizite auch, dass die Anklagebehörde beantragte, die drei Anklageschriften wegen der Ereignisse in Kroatien, in Bosnien und Herzegowina und im Kosovo in einer einzigen „gemeinsamen“ Hauptverhandlung zu verhandeln. In Anbetracht einer solchen Herkulesaufgabe zeigt sich auch der *Autor* kaum verwundert, dass es der Anklagebehörde nicht gelungen ist, den von ihr vertretenen Fall lückenlos darzulegen, und es noch vor dem Beginn der Präsentation der Beweise der Verteidigung zu einem teilweisen Freispruch („Judgement of Acquittal“) gekommen ist.

Bewegen sich Analyse und Beurteilung insoweit noch in grundsätzlich bekannten Bahnen, so überrascht die Offenheit, mit der *Boas* in einem weiteren Kapitel (Chapter 3: „Case Management Challenges in the Milošević Trial“) auch die Tätigkeit der Kammer kritisch beurteilt: Diese habe es trotz entsprechender – und sich mitunter aufdrängender – Handlungsmöglichkeiten versäumt, die Tätigkeit der Anklagebehörde – wie auch die der Verteidigung – zu überwachen und ein in zeitlicher Hinsicht handhabbares Verfahren sicherzustellen. Dementsprechend zieht der *Autor* nach einem Blick auf die Verteidigung und die Besonderheit, dass Milošević entschieden hatte, seine Verteidigung selbst zu führen (Chapter 4 „Representation and Resource Issues in International Criminal Law“) Bilanz und fordert für zukünftige Verfahren eine aktivere Rolle und verstärkte Verantwortungsübernahme der Richter an den Internationalen Strafgerichtshöfen insbesondere im Hinblick auf die Kontrolle der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft („This judicial timidity and prosecutorial bullishness is exactly the area in which international criminal courts and tribunals must mature“, S. 201).

Angesichts des Ausgangs des Milošević-Verfahrens spricht vieles für die Richtigkeit einer solchen Forderung nach einer aktiveren Rolle der Richter im sich entwickelnden Internationalen Strafverfahrensrecht. Unberücksichtigt bleibt dabei allerdings der Umstand, dass die Funktion des Richters in einem adversarischen Verfahren, wie es vor den *ad hoc*-Tribunalen – und letztlich auch dem Internationalen Strafge-

richtshof<sup>1</sup> – vorgesehen ist, notwendigerweise beschränkt sein muss. Denn angesichts der das adversarische Verfahren prägenden Verpflichtung der Parteien, den Gegenstand der Verhandlung und der Beweisaufnahme zu bestimmen, liegt es auf der Hand, dass jede richterliche Intervention insoweit zu Irritationen führen muss und potentiell die richterliche Unparteilichkeit gefährdet. Angesichts des auch von *Boas* geschilderten Scheiterns der Kammer im Milošević-Verfahren, in die Verfahrensführung und Fallpräsentation der Parteien einzugreifen („micro case management“), verwundert daher die Naivität mit der *Boas* zur Überwindung der fundamentalen Unterschiede des adversarischen vom inquisitorischen Strafverfahrens aufruft („But now is the time for international criminal law to unchain itself from these constraints, acknowledge that there is a strong foundation for the still-fledgling system of international criminal law, and one on which can be built a sound and permanent *sui generis* legal system“, S. 287), ohne auch nur andeutungsweise angeben zu können, was an die Stelle dieser beiden Modelle treten soll. So wichtig die Analyse und Kritik *Boas*' daher auch sein mag – am Ende ist sie möglicherweise nur ein weiterer Ausdruck des in der Entwicklung des Verfahrensrecht der *ad hoc*-Tribunale bestens bekannten Laborierens an Symptomen.

Ungeachtet dessen gebührt *Boas* Darstellung Aufmerksamkeit und Respekt, schon weil sie hilft, das Verfahren gegen den ehemaligen serbischen Ministerpräsidenten Milošević und dessen Ausgang als das zu begreifen, als was es begriffen werden muss: Nicht allein als tragisches, durch den Tod des Beschuldigten beendetes Strafverfahren – dessen Ausgang bei näherer Betrachtung keineswegs so sicher war, wie die Chefanklägerin *Carla del Ponte* glauben machen will<sup>2</sup> –, sondern als Scheitern, das noch lange als schwere Hypothek auf der Geschichte der internationalen Strafgerichtsbarkeit lasten wird.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Stefan Kirsch, Frankfurt am Main*

---

<sup>1</sup> Vgl. *Kirsch*, *International Criminal Law Review* 6 (2006), 275 (278); a.A. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2006, § 8 Rn. 49.

<sup>2</sup> „Ich bin ganz sicher: Er wäre verurteilt worden“, *Der Spiegel* 42/2007, S. 139.