

AUSGABE 10/2011

S. 770 - 901

6. Jahrgang

### Inhalt

#### JAHRESTAGUNG 2011 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

##### *Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe*

- Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**  
Von Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M. (Cambridge), Köln 770

### AUFSÄTZE

#### *Völkerstrafrecht*

- Die Intervention der NATO in Libyen  
Völkerrechtliche und rechtsphilosophische Anmerkungen  
zu einem weltpolitischen Trauerspiel**  
Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg 771

- Das Völkerstrafrecht in der jüngsten Praxis des VN-  
Sicherheitsrates**  
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Robert Frau, Frankfurt/Oder 784

- Zur transnationalen Absicherung der Strafverfolgung von  
Völkerrechtsverbrechen**  
**Rechtspolitische Schlussfolgerungen aus einem Projekt  
zur Aufarbeitung von staatlich unterstütztem Unrecht**  
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, Freiburg 795

- Die Erfindung des „Terrorismus“ als Völkerrechtsverbrechen  
durch den Sondergerichtshof für den Libanon**  
Von Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.,  
Wiss. Mitarbeiterin Dr. Anna Oehmichen, Wiesbaden 800

- Eine kritische Bestandsaufnahme aktueller Entwicklungen  
der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von  
Kambodscha**  
Von Prof. Dr. Christine Kaufmann, Laura Marschner, Zürich 811

- Neueste Entwicklungen des Völkerstrafrechts auf nationaler  
Ebene: Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach  
französischem Recht**  
Von Marlen Vesper-Gräske, Vancouver/Berlin 822

- Verfahrensende und kein Urteil in Sicht  
Das Beschleunigungsgebot in der Praxis internationaler  
Strafgerichte**  
Von Rechtsreferendarin Elisa Hoven, Berlin 830

- Some Remarks on the Enforcement of International  
Sentences in Light of the Galić case at the ICTY**  
By District Attorney Klaus Hoffmann, Freiburg i. Br. 838

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd  
Schünemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Michael  
Heghmanns  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Hans Theile  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos  
International Advisory  
Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

AUSGABE 10/2011

S. 770 - 901

6. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

### JAHRESTAGUNG 2011 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

#### RECHTSPRECHUNGSBERICHTE

##### *Völkerstrafrecht*

- Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen am Internationalen Strafgerichtshof**  
Von Eleni Chaitidou, Den Haag 843
- Die Rechtsprechung der Rechtsmittelkammer der UN-ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda in den Jahren 2009 und 2010**  
Von Dr. Philipp Ambach, Den Haag 857
- Bericht über die Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals (ICTY) im Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2011**  
Von Claudia Hofer, Den Haag 875
- Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda August 2010-August 2011**  
Von Dr. Barbara Goy, Den Haag 879
- Victim`s Participation before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia**  
By Silke Studzinsky, Phnom Penh 887

#### TAGUNGSBERICHTE

##### *Völkerstrafrecht*

- Report: International Colloquium "Eichmann in Jerusalem – 50th Anniversary"**  
**University of Lisbon Law School, 27.-28.4.2011**  
By Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, Prof. Dr. Pereira Coutinho, Lisbon 892

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Völkerstrafrecht*

- Sebastian Senn, Immunitäten vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010**  
(RiLG Dr. Helmut Kreicker, Karlsruhe) 894
- Laurent Lafleur, Der Grundsatz der Komplementarität, 2011**  
(Rechtsreferendar Dr. Björn Schiffbauer, Köln) 900

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Michael Heghmanns  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Hans Theile  
Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos  
International Advisory Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

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

Im Juni 2011 trafen sich die im Arbeitskreis Völkerstrafrecht ([http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/index\\_akvoe.html](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/index_akvoe.html)) vereinigten deutschsprachigen Völkerstrafrechtler aus Wissenschaft und Praxis auf die großzügige Einladung der Universität Leiden hin in den Haager Räumlichkeiten des ehrwürdigen Grotius Centre for International Legal Studies zu ihrer siebten Jahrestagung. Auch diese Zusammenkunft beschränkte den Anwesenden das intellektuelle Vergnügen hochkarätiger Gespräche über die unverändert faszinierende Entwicklung des Völkerstrafrechts. Es begann am Freitagnachmittag mit *Stefan Kirschs* bohrenden Fragen zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung nach der auch prozessual eigenwilligen Terrorismusvorabentscheidung der Rechtsmittelkammer des Sondergerichtshofs für Libanon vom 16.2.2011. Von diesen Fragen und von den in der anschließenden Diskussion thematisierten Gesichtspunkten wünscht man sich sehr, sie würden sowohl bei den richterlichen als auch den ministeriellen Mitgliedern des Arbeitskreises Nachdenklichkeit bewirken. *Volker Nerlich* sprang über Nacht für die durch vorrangige Pflichten am Gerichtshof gebundene *Eleni Chaitidou* ein, um das Auditorium über die bedeutsamen verfahrensrechtlichen Entwicklungen vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) ins Bild zu setzen. *Claudia Hofer* und *Barbara Goy* verstrickten den Arbeitskreis mit ihrer geschickten Auswahl jüngster Entscheidungen des Jugoslawien- bzw. des Ruandastrafgerichtshofs (JStGH bzw. RStGH) in spannende Kurzdebatten über die Abfassung internationaler Strafurteile, über die besonderen Herausforderungen beim Umgang mit Vorwürfen von Sexualstraftaten sowie über das Für und Wider einer Immunität internationaler Strafverteidiger gegenüber nationaler Gerichtsbarkeit. Nach dem Bericht von *Thomas Beck* über die neueste deutsche Strafverfolgungspraxis zum Völkerstrafgesetzbuch fiel es schwer, die Diskussion nach einer gewissen Weile sanft dem Ende zuzuführen. Doch dies war notwendig, weil *Klaus Hoffmann* darauf wartete, den Zuhörern die Augen für die Grundsatzfragen zu öffnen, die das von der Wissenschaft bislang vernachlässigte Gebiet der Vollstreckung internationaler Strafurteile aufwirft – vom Strafvollzug, der bei dieser Sitzung noch im Hintergrund stand – ganz zu schweigen. Die erste Hälfte des Samstagvormittags krönten *Astrid Reisinger Coracini* und *Thomas Strieder* – die eine mit einem glänzenden Einblick in den Stand der österreichischen Gesetzesberatungen zum Völkerstrafrecht, der andere mit einer eleganten, kleinen tour d’horizon zu den vielfältigen Fragen, die sich der deutschen Völkerstrafrechtspolitik zuletzt stellten. Den Abschluss der Sitzung bildete eine Libyen-Debatte, die es in sich hatte. Hervorragend vorbereitet wurde sie von *Wibke Rückert*, die ihre Hinweise zu Libyen mit einer lehrreichen Bestandsaufnahme der neueren Praxis des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen zum Völkerstrafrecht verband. Nach einigen ergänzenden Überlegungen von *Robert Frau* erfuhr der Arbeitskreis nach *Katrin Gierhakes* denkwürdigem Den Haager Vortrag von 2008<sup>1</sup> zum zweiten Mal das Privileg

eines rechtsphilosophischen Denkanstoßes. Dabei setzte *Reinhard Merkel* den alliierten Militäreinsatz in Libyen einem argumentativen und überdies auch noch rhetorischen Feuerwerk aus. Doch selbst dabei blieb es nicht, weil *Kai Ambos* so gut wie „aus dem Stand“ so engagiert und so voller Geisteswitz replizierte, dass es einem fast die Sprache verschlug. Auf diesem Wege fand die inzwischen dritte in Den Haag abgehaltene Tagung des Arbeitskreises ein in jeder Hinsicht furioses Ende. Dass das Familientreffen der Völkerstrafrechtler überdies in einem schönen geselligen Rahmen stattfand, ist zum einen der Umsicht und Gastfreundlichkeit der Ausrichter vor Ort, *Robert Heinsch*, *Carsten Stahn* und unserem niederländischen Ehrengast *Larissa van der Herik* zu danken. Darüber hinaus kamen die deutschsprachigen Völkerstrafrechtler dank der liebenswürdigen Einladung, die *Felix Neumann* für die deutsche Botschaft ausgesprochen hatte, einmal mehr in den Genuss eines stimmungsvollen Empfangs in der prächtigen Residenz des deutschen Botschafters. *Albin Eser* krönte die dortige Zusammenkunft mit seiner Festansprache, in der er einige grundsätzliche Entwicklungslinien des Völkerstrafrechts bündelte und mit einer ausgreifenden Zukunftsperspektive für die Völkerstrafrechtspolitik verband.

Einer inzwischen fast gefestigten Tradition entsprechend kommen die meisten der soeben angesprochenen Referate der Jahrestagung nachfolgend in zum Teil leicht erweiterter Form in der ZIS zur Publikation. Die entsprechenden Texte werden um ausgewählte weitere Beiträge in der Hoffnung ergänzt, dass hieraus eine möglichst facettenreiche völkerstrafrechtliche Oktoberausgabe der Zeitschrift hervorgehen möge. Dabei reichern die Beiträge von *Philipp Ambach* (zu JStGH und RStGH) und von *Silke Studzinsky* (zu den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha) die Beiträge zu den aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen an. *Christine Kaufmann* und *Laura Marschner* vertiefen den Blick nach Kambodscha durch eine Zwischenbilanz des dortigen völkerstrafrechtlichen Experiments, und *Elisa Hoven* greift einen Aspekt der Praxis von JStGH und RStGH auf, um ihn einer bedenkenswerten Kritik zu unterziehen. Während es noch eine Weile dauern wird, bis an dieser Stelle über den Abschluss des österreichischen Gesetzgebungsverfahrens berichtet werden kann, stellt *Marlen Vesper-Gräske* die vor kurzem abgeschlossene französische Kodifikation des Rechts der Kriegsverbrechen vor und verbindet dies mit einigen aufschlussreichen Bemerkungen zur französischen Völkerstrafrechtspolitik. Abgerundet wird die Ausgabe durch die Buchbesprechungen von *Helmut Kreicker* und *Björn Schiffbauer* und durch den Bericht von *Paulo de Sousa Mendes* und *Luís Pereira Coutinho* über die Lissaboner Tagung zum Strafverfahren gegen Eichmann. Zu letzterem Thema sei ergänzend auf den sehr eindrucksvollen Aufsatz „Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law“ aus der Feder von *David Luban* verwiesen, der kürzlich in der *International Criminal Law Review*<sup>2</sup> erschienen ist.

<sup>1</sup> *Gierhake*, ZIS 2008, 354.

<sup>2</sup> *Luban*, *International Criminal Law Review*, 11 (2011), 621.

# Die Intervention der NATO in Libyen

## Völkerrechtliche und rechtsphilosophische Anmerkungen zu einem weltpolitischen Trauerspiel

Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

### I. Eine vorsorgliche Klarstellung

Die Intervention der NATO im libyschen Bürgerkrieg hat in der öffentlichen Diskussion hierzulande nahezu einhellige Zustimmung von Seiten sowohl der Medien als auch der Politik erfahren. Kein Beleg für das Gegenteil ist die Enthaltung Deutschlands bei der Abstimmung im Weltsicherheitsrat (SR) über die entscheidende Resolution 1973. Schon wenige Tage nach dieser Abstimmung sagte die Bundeskanzlerin, Deutschland sei in der Sache „keineswegs neutral“. Vielmehr sei man sehr wohl für den militärischen Eingriff, wolle sich bloß nicht selber daran beteiligen.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund dürften es kritische Überlegungen wie die Folgenden zu den normativen Grundlagen des Libyen-Krieges nicht ganz leicht haben, sich ein halbwegs geneigtes Gehör zu verschaffen. Daher mag es erlaubt sein, ihnen einige Bemerkungen zu der Frage voranzustellen, worum es geht und worum nicht.

Nicht zur Debatte steht, welcher Seite im innerlibyschen Konflikt die eigenen Sympathien gehören (wer, der moralisch bei Verstand ist, würde ernsthaft dem weiteren Machterhalt eines Diktators vom Schlage Gaddafis das Wort reden, ganz unbeschadet aller Zweifel an der freiheitlichen Lauterkeit der Motive seiner Gegner).<sup>2</sup> Ebenso wenig geht es um die Frage, ob man bereit sei, für die Verteidigung existentieller Rechte bedrohter Menschen nachdrücklich genug einzustehen. Und schon gar nicht um den (abwegigen) Verdacht, ein kritisches Votum zu der Intervention zeige womöglich, dass man etwas gegen die Verhinderung eines bevorstehenden Massenmordes habe. Worum es vielmehr geht, ist allein die Frage, ob und wann man für solche Ziele Krieg führen darf.<sup>3</sup> Mit ihr wäre

<sup>1</sup> Das mag wie eine maliziöse Karikatur der regierungsamtlichen Haltung in Deutschland klingen, ist es aber nicht. Auch der emphatische Ton, in dem die Bundeskanzlerin nach der Einnahme von Tripolis durch die libyschen Rebellen den intervenierenden NATO-Staaten gratuliert hat, bestätigt dies. Merkwürdig mutet an, dass den zuständigen Politikern das Klägliche einer solchen Zwiespältigkeit nicht aufgefallen zu sein scheint.

<sup>2</sup> Zu den ersichtlich begründeten Vorwürfen gegen die „Rebellen“, ebenfalls gravierende völkerrechtliche, insbesondere (Bürger-)Kriegsverbrechen begangen zu haben, s. den Report von Amnesty International, *The Battle for Libya*, 2011, S. 70 ff., (abrufbar unter <http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE19/025/2011/en/8f2e1c49-8f43-46d3-917d-383c17d36377/mde190252011en.pdf>, 10.10.2011); s. auch *The Wall Street Journal* v. 13.9.2011 über schwere, systematische, offenbar rassistisch motivierte Gewalttaten vor allem gegen die schwarze Bevölkerung der Stadt Tawergha nach deren Einnahme durch die Rebellen; *London Evening Standard* v. 20.9.2011: Tötung einer ganzen Familie mit Kindern wegen ihres Namens „Gaddafi“, wiewohl mit dem ehemaligen libyschen Machthaber keine Verwandtschaft besteht.

<sup>3</sup> Man wird das vielleicht für selbstverständlich und eine solche Vorbemerkung für überflüssig halten. Nach meiner

für den Fall Libyen selbst dann ein schwieriges Problem aufgeworfen, wenn man die Gewaltanwendung der Aufständischen ohne weiteres für gerechtfertigt und, diesseits eigener militärischer Gewalt, für politisch, ethisch und rechtlich unbedingt unterstützenswert halten wollte.

### II. Zur formalen Rechtsgrundlage der Intervention

Die Intervenienten haben ihren Eingriff auf die Resolution 1973 des Weltsicherheitsrats vom 17.3.2011 gestützt. Unter Ziff. 4 autorisiert deren operativer Teil jeden Mitgliedstaat der UNO und jede regionale Staatenorganisation, „alle erforderlichen Maßnahmen anzuwenden, um Zivilisten und von Zivilisten besiedelte Gebiete in Libyen, die von Angriffen bedroht sind, zu schützen“.<sup>4</sup> Dabei zieht der Rat, seiner formellen Zuständigkeit nach der UN-Charta (UN-C) entsprechend, deren Kapitel VII und in dessen Rahmen Art. 42 als rechtliche Grundlage heran: Wie es Art. 39 UN-C voraussetzt, erklärt die Resolution zunächst die Lage in Libyen vor der Intervention zu einer Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit. Außerdem stellt sie implizit fest, dass mildere Maßnahmen als die des militärischen Eingreifens (Art. 41 UN-C) unzulänglich erschienen bzw. sich bereits als unzulänglich erwiesen hätten.<sup>5</sup> Irgendwelche formellen Fehler des SR lässt das alles nicht erkennen.

Erfahrung ist sie es nicht. Ich habe mich während der Intervention mehrfach öffentlich kritisch zu dieser geäußert (*Merkel*, FAZ v. 22.3.2011, S. 31; *ders.*, *Die Zeit* v. 31.3.2011, S. 15; *ders.*, *Die Zeit* v. 8.9.2011, S. 60) und dafür Vorwürfe wie die im Text angedeuteten (und weitere) in großer Zahl zu hören bzw. zu lesen bekommen.

<sup>4</sup> Im Wortlaut: „[...] to take all necessary measures [...] to protect civilians and civilian populated areas under threat of attack in the Libyan Arab Jamahiriya [...]“ (SR Res. 1973, 17.3.2011, Nr. 4).

<sup>5</sup> Diese Feststellung, die (wie alle prinzipiengemäßen Notrechte) ein Kriterium der Erforderlichkeit statuiert, wird in Art. 42 Abs. 1 UN-C ausdrücklich verlangt. Dass diese Voraussetzung im Fall Libyens vorgelegen habe, deutet die Resolution 1973 etwas vage in der Wendung an: „the situation in [Libya] continues to constitute a threat [...]“ – nämlich wiewohl der Rat zuvor, am 26.2. in Resolution 1970, (1.) ein sofortiges Ende der Gewalt in Libyen gefordert und (2.) die dortige (wörtlich) „Situation“ zur Untersuchung an die Chefankläger des IStGH in Den Haag überwiesen hatte (SR Res. 1970, 26.2.2011, 2 f. Nr. 4-8). Dass eine solche Überweisung zu den dem Rat verfügbaren Maßnahmen nach Kap. VII der UN-C gehört, wird in Art. 13 lit. b IStGH-Statut ausdrücklich anerkannt. Sie ist ersichtlich ein „milderes Mittel“ als die militärische Intervention (nämlich eines nach Art. 41 UN-C, dessen Maßnahmen-Katalog nicht abschließend ist). Überzeugend zu den gleichwohl gewichtigen Einwänden gegen die Möglichkeit solcher Überweisungen des SR *Köchler*, *World Order – Vision and Reality*, 2009, S. 312.

Will man die materielle Legitimität der Intervention beurteilen, so stellen sich ersichtlich zwei Fragen: (1.) Haben sich die Intervenienten mit ihrer militärischen Gewalt in den Grenzen gehalten, die ihnen in der Resolution 1973 für die Erfüllung ihrer Aufgabe gesteckt worden sind? Und (2.): War die Resolution selbst völkerrechtsgemäß, blieb der SR mit ihr also in den rechtlichen Grenzen seiner Funktionen nach der UN-C? Beiden Fragen will ich im Folgenden nachgehen.

### III. Die Gewaltanwendung der Intervenienten

Die erste Frage lässt sich, meine ich, unschwer beantworten – mit einem deutlichen Nein. Die Intervenienten haben sehr schnell, wenn nicht von Anfang an, die Grenzen dessen überschritten, was ihnen in der Resolution 1973 aufgetragen und erlaubt worden war. Nicht zwar im Hinblick auf die eingesetzten militärischen Mittel,<sup>6</sup> wohl aber auf die damit verfolgten Zwecke. Der SR hat die Intervention allein zum Schutz von Zivilisten und zur Durchsetzung einer Flugverbotszone erlaubt (SC Res. 1973, Nr. 4, 8), nicht dagegen zum Sturz des bisherigen libyschen Regimes unter dem Revolutionsführer Muammar al-Gaddafi. Schon wenige Tage nach Beginn der Bombardements haben Mitglieder der französischen und der englischen Regierung öffentlich klargelegt, dass die Intervention nicht ohne den Sturz Gaddafis beendet werde. Wenig später erschien in renommierten Zeitungen verschiedener Länder ein Artikel unter der gemeinsamen Autorschaft Barack Obamas, David Camerons und Nicolas Sarkozys, worin es heißt: „Unser Mandat unter der UN-Resolution 1973 ist es, Zivilisten zu schützen; und das tun wir auch. Es lautet nicht, Gaddafi gewaltsam von der Macht zu entfernen. Aber eine Zukunft für Libyen mit Gaddafi an der Macht ist nicht vorstellbar. [...] Es gibt einen Weg zum Frieden, der den Menschen in Libyen Hoffnung verspricht – eine Zukunft ohne Gaddafi. [...] Damit dies gelingen kann, muss Gaddafi ein für allemal abtreten.“<sup>7</sup>

Das war als militärisches Programm des „regime change“ unmissverständlich. Politisch war es gänzlich plausibel. Wenn die stärkste Militärmacht der Welt einen Krieg gegen das Despotenregime eines militärisch schwachen Landes wie Libyen beginnt, dann wäre jedes Ende, das den Diktator an der Macht beließe, ein weltpolitisch blamables Desaster für die Intervenienten. Auch ohne die entsprechenden Bekundungen der drei Staatschefs lag es von Anfang an auf der Hand, dass die NATO bei ihrem militärischen Eingreifen jedenfalls auch das Ziel des Sturzes von Gaddafi verfolgen würde. An dem Umstand, dass Resolution 1973 die Gewalt-

anwendung allein zum Schutz von Zivilisten, nicht aber zum Regimewechsel autorisiert hat, ändert das freilich nichts.<sup>8</sup>

Nun bieten sich verschiedene Erwägungen an, mit denen sich die Erlaubnis des SR möglicherweise auf das Ziel eines Sturzes des Machthabers ausdehnen ließ, ohne in ihrem Sinn und Wortlaut verletzt zu werden. Jeder einzelne Angriff, so könnte man sagen, der unmittelbar zum Schutz von Zivilisten geeignet und bestimmt war, war damit eo ipso legitim, auch wenn er außerdem erkennbar den Sturz des Diktators beförderte und dieser weitere Zweck ebenfalls zu den Motiven der Angreifer gehörte, ja möglicherweise sogar deren heimliches Hauptmotiv war. Das ist durchaus richtig. Ein nicht autorisiertes (aber nicht für sich allein schon rechtswidriges) Ziel als erwünschte Nebenfolge des erlaubten Hauptzwecks macht dessen Verwirklichung nicht unzulässig.<sup>9</sup> Allerdings durfte diese Nebenfolge nicht selbständig mit Gewaltmitteln verfolgt werden. Das geschah in Libyen jedoch von Anfang an. Wer hätte die endlose Kette monotoner, Verstand und Nerven quälender Verlautbarungen von NATO-Sprechern, den Generalsekretär Rasmussen eingeschlossen, nicht noch im Ohr, wonach die Bombardierung offensichtlich ziviler Ziele in Gaddafis Umkreis stets deshalb rechters gewesen sei, weil es sich um „militärische Kommandozentralen“ gehandelt habe. Irgendwann war die Frage schwer abweisbar, ob es in Gaddafis Armee wirklich mehr Kommandozentralen als Kommandeure gab. Und in welchem Sinn das Wohnhaus seines

<sup>8</sup> Verfehlt daher der Einwand, den mir die Völkerrechtler *Payandeh* und *Frowein*, jeweils in Leserbriefen an die FAZ (30.3.2011 und 7.4.2011), machen: Anders als Einzelstaaten oder regionale Organisationen sei der SR bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach Kapitel VII der UN-C gerade nicht an das allgemeine völkerrechtliche Verbot gebunden, in einem Bürgerkrieg zugunsten einer der Konfliktparteien zu intervenieren. Das ist zwar offensichtlich richtig, aber ebenso offensichtlich für die Resolution 1973 ohne Belang; denn diese erlaubt nun einmal die Intervention gerade nicht zu dem Zweck einer Entscheidung des libyschen Bürgerkriegs. Dass der Rat so etwas grds. autorisieren *könnte*, ist daher hier bedeutungslos. Zudem ist *Payandehs* und *Froweins* Behauptung ohnehin irreführend. Denn auch der SR darf nicht *einfach* zum Sturz eines Diktators oder zur Entscheidung eines Bürgerkriegs Gewalt autorisieren. Zwar ist er nicht an die Normen des allgemeinen Völkerrechts, sehr wohl aber an die der UN-C gebunden. Nach deren Art. 42 darf er Gewalt allein zum Schutz oder zur Wiederherstellung der internationalen Sicherheit autorisieren. Allenfalls wenn das im Einzelfall nicht anders zu gewährleisten wäre als durch den Tyrannensturz, kann auch dieser zur Zuständigkeit des SRs gehören; sonst nicht.

<sup>9</sup> Hier nicht anders als etwa im innerstaatlichen Strafrecht sind für ein objektiv gerechtfertigtes Handeln die möglicherweise rechtfertigungsfremden *Motive* des Handelnden neben seiner *Kenntnis* vom Vorliegen der rechtfertigenden Umstände ohne Belang. Im Völkerrecht wird das oft nicht deutlich gesehen. Es ist aber ein fundamentales Rechtsprinzip, das sich genau hierin von ethischen Rechtfertigungen klar unterscheidet.

<sup>6</sup> Wiewohl trotzdem auch an diesen Mitteln, nämlich der zielgenauen Bombardierung aus großen Höhen unter Inkaufnahme zahlreicher „kollateraler“ Opfer, grds. Kritik zu üben ist.

<sup>7</sup> Zitiert nach New York Times v. 14.4.2011, S. 1 („Libya’s Pathway to Peace“). Der Artikel ist im Übrigen, das darf bei allem Respekt gesagt werden, voll von Übertreibungen, Verzerrungen, und Halbwahrheiten – ein Musterbeispiel gängiger Kriegspropaganda und gewiss kein Ausdruck politischer Ethik.

Sohnes und dreier seiner Enkel, das Gebäude eines Fernsehenders oder Einrichtungen der zivilen Infrastruktur als Bedrohung für Zivilisten und damit als legitime Ziele gelten konnten.<sup>10</sup>

Es ist einen bitteren Hinweis wert, dass diese Form klišierter Irreführung als probates Propagandamittel schon die Weltkriege des 20. Jahrhunderts begleitet und sie offenbar unversehrt überstanden hat. Im September 1914 haben deutsche Truppen die Kathedrale von Reims bombardiert. „Aha“, antwortet der „Optimist“ in *Karl Kraus’* „Letzten Tagen der Menschheit“ einmal dem „Nörgler“ (*Kraus* selbst), der diese Bombardierung ein „Stigma des Barbarentums“ nennt, „aber die Kathedrale von Reims war ein militärischer Beobachtungsposten!“<sup>11</sup> Das wird man ein artiges Déjà-vu nennen dürfen. Mit der Entwicklung der Waffentechnik in den letzten hundert Jahren scheint die der Kriegslügen nicht recht Schritt gehalten zu haben.

Hinzu kommt dies: Die Intervenienten haben das legalisierte Ziel des Schutzes von Zivilisten hinter dem nicht erlaubten des regime change nicht nur verschwinden lassen; sie haben es diesem umstandslos geopfert. Das wurde bei vielen Gelegenheiten deutlich, etwa an der Ablehnung jedes der diversen Waffenstillstandsangebote Gaddafis (oder eines für ihn sprechenden Vermittlers wie der Afrikanischen Union), das nicht zugleich einen bedingungslosen Verzicht auf die Macht enthielt.<sup>12</sup> Der Einwand, den Angeboten eines Schurken wie Gaddafi habe man nicht trauen können und daher auch nicht müssen, liegt neben der Sache. Einen Waffenstillstand im Verlauf dieses Krieges für erreichbar zu halten, setzte keinerlei Vertrauen in Charaktereigenschaften Gad-

dafis voraus, sondern allein den realpolitischen Blick auf die objektive Interessenslage eines Mannes, der sich nach dem Eingreifen der stärksten Militärallianz der Welt mit dem Rücken an der Wand seines eigenen Überlebens finden musste. Man brauchte Gaddafis Waffenstillstandsangebote gewiss nicht als Ausdruck seiner geläuterten Moral zu nehmen, um sie für realistisch zu halten. Vor dem Hintergrund des alleinigen Mandats in Resolution 1973, libysche Zivilisten zu schützen, und zwar vor allem gegen den Verlust ihres Lebens, war die NATO unbedingt verpflichtet, die Chance solcher Waffenstillstandsangebote wahrzunehmen. Das hat man nicht getan. Man hat im Gegenteil die Verweigerung schon jedes Versuchs einer Verhandlungslösung seitens der Rebellen nachdrücklich unterstützt und weiter bombardiert. Mit der Resolution 1973 war das unvereinbar, ebenso übrigens wie die Fortsetzung der Bombenangriffe, nachdem der militärische Sieg der Rebellen feststand: mit deren Übernahme der Kontrolle in Tripolis und ihrer Anerkennung als neue Regierung seitens einer schnell wachsenden Zahl von Staaten. Allein diese Verlängerung der Gewaltanwendung noch nach der offenkundigen Entmachtung Gaddafis dürfte Tausende Libyer eben jenes Leben gekostet haben, das zu schützen der Auftrag der NATO gewesen ist.<sup>13</sup>

Gewiss hätte ein Waffenstillstand mit anschließenden, ggf. langwierigen Verhandlungen über Libyens Zukunft Gaddafi zunächst an der Macht belassen. Und selbstverständlich ist jede Verlängerung einer Despotenherrschaft höchst unerfreulich. Aber der Schutz libyscher Zivilisten allein vor dieser Herrschaft war und ist kein legitimes Kriegsziel. Im Gegenteil: da *dieser* „Schutz“ zusätzlich Tausende von Menschenleben forderte, geschah er gerade auf Kosten des in Resolution 1973 allein autorisierten Interventionszwecks, war also, genau besehen, untersagt. Und die in NATO-Verlautbarungen meist mitgelieferte Suggestion, Gaddafis Verbleib an der Macht sei eo ipso – also auch während möglicher Friedensverhandlungen unter der scharfen Beobachtung einer überlegenen Militärmacht, die ihn längst fest im Griff hatte – eine Bedrohung der libyschen Bevölkerung in genau dem Sinn, den der SR seiner Resolution 1973 zugrunde gelegt habe, war ebenfalls nichts anderes als eine propagandistische Irreführung.

Nachdrücklicher desavouieren kann man einen Rechtfertigungsgrund, den man bei jeder Gelegenheit, und wäre sie noch so unpassend, mit moralischem Aplomb vorkehrt, eigentlich nicht. Gewaltbefugnisse sind Ausnahmeerlaubnisse; als solche sind sie, nach einem universalen methodischen

<sup>10</sup> Sie konnten nicht. - Zu der gezielten Bombardierung des Wohnhauses und der Tötung eines (der libyschen Machtpolitik fernstehenden) Sohnes und dreier Enkel Gaddafis s. den empörten Artikel des amerikanischen Politologen *Barber* im Londoner *Guardian* v. 2.5.2011 („Libya: This is Nato’s dirty war“). Offensichtlich hatte man Gaddafis Anwesenheit in dem Haus vermutet und es deshalb bombardiert. Selbst wenn man (wie ich meine: irrig) annehmen wollte, der autorisierte Interventionszweck hätte die gezielte Tötung Gaddafis gedeckt, ist keineswegs klar, ob dafür der „kollaterale“ Tod von vier Zivilpersonen, darunter drei Kleinkinder, in Kauf genommen werden durfte. S. auch den Londoner „Telegraph“ v. 28.9.2011 zur Bombardierung der belagerten Stadt Sirte durch die Rebellen (und die NATO): „Rebel fighters manning rows of rocket launchers said they knew they were fighting civilians, but that Sirte’s residents had ‚chosen to die‘.“ Ob damit der Straftatbestand des Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. iv IStGH-Statut verwirklicht wurde, mag hier dahinstehen. Die vage Offenheit des dort bezogenen Rechtfertigungskriteriums „military advantage“, dem gegenüber zivile Opfer lediglich nicht „clearly excessive“ sein dürfen, dürfte eine entsprechende Strafverfolgung jedenfalls de facto so gut wie ausschließen.

<sup>11</sup> *Kraus*, in: Wagenknecht (Hrsg.), *Schriften*, Bd. 10, *Die letzten Tage der Menschheit*, 1986, S. 201.

<sup>12</sup> Auch das ist *politisch* völlig plausibel, aber kein legitimer Grund zur Führung oder Fortsetzung eines Krieges.

<sup>13</sup> Während ich dies schreibe, dauern die Bombardierungen an, ja werden weiter intensiviert (s. FAZ v. 26.9.2011: „NATO-Kampfflugzeuge flogen ungewöhnlich schwere Angriffe auf Ziele in Sirte.“) - Beiläufig: die wohlfeile Methode, bei eigenen Angriffen gegen vom Feind gehaltene Städte diesem den Missbrauch der Zivilisten als Schutzschilde, dagegen bei eigener Verteidigung der vom Feind attackierten Städte ihm Massaker an der Zivilbevölkerung vorzuwerfen (was dieser umgekehrt ganz genauso handhabt), gehört als offensichtliche Täuschungspropaganda ebenfalls zu den Zumutungen an Verstand und Moral des Beobachters.

Prinzip des Rechts, eng auszulegen. Vor diesem Hintergrund mutet der gebetsmühlenartige Rekurs auf Resolution 1973 bei jeder Gelegenheit ihres Bruchs eher wie Spott, denn wie Gehorsam an. Es ist, und das nach diesem Krieg festzustellen erscheint mir für Völkerrechtler wie für Rechtsphilosophen geradezu als Verpflichtung, illegal, illegitim und verwerflich, jedes politische Ziel, das man außer dem autorisierten mit seiner Gewaltanwendung noch verfolgt (und wäre es für sich genommen wünschenswert), unter einen zur Gestaltlosigkeit gedehnten Begriff von „Schutz“ zu subsumieren, damit alle Grenzen der erlaubten Gewalt zu sprengen und dies von Tausenden der solcherart „Beschützten“ mit dem Leben bezahlen zu lassen.

Der Missbrauch der Resolution 1973 war freilich, sieht man genauer hin, in ihr selber angelegt. Das lenkt den Blick auf die Rolle des Sicherheitsrats. Und hier beginnen die schwierigeren Probleme der Libyen-Intervention.

#### IV. Zur Rolle des Sicherheitsrats Frage und zur Frage der Legitimität der Resolution 1973

##### 1. Grundsätzliches zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Rechtsphilosophie in Fragen von Krieg und Frieden

Die Frage nach den rechtlichen Grenzen des SR bei der Autorisierung militärischer Gewalt gegen einen Staat ist nicht einfach und nur eine Sache des positiven Völkerrechts. Sie kann, heißt das, nicht allein mit Blick auf den Inhalt der Art. 39-42 UN-C, auf deren sprachliche Grenzen, die Präzedenzentscheidungen des SR zu ihren einzelnen Merkmalen und ggf. erhobene Einwände seitens der UN-Mitgliedsstaaten sowie auf etwa einschlägige weitere Rechtsquellen geklärt werden – kurz: nicht allein anhand der Dogmatik und Methodik des Völkerrechts. Vielmehr wirft sie prinzipielle Probleme auf, die zur genuinen Zuständigkeit der Rechtsphilosophie gehören.<sup>14</sup> Seinen Grund hat dies in dem normativ singulären Status des Gewaltverbots zwischen den Staaten, zu welchem in seiner gewohnheits- wie vertragsrechtlichen Fassung (Art. 2 Abs. 4 UN-C) die Art. 39 und 42 eine Ausnahme regeln: einen Rechtfertigungsgrund für den tatbestandlichen Bruch des Verbots.<sup>15</sup> Art. 2 Abs. 4 ist nicht ein-

fach nur eine Norm neben zahllosen anderen des positiven Völkerrechts. Das in ihm fixierte Gewaltverbot ist die Voraussetzung – wenn man will: die Bedingung der Möglichkeit – jeder Weltordnung, die eine des Rechts sein soll und nicht bloß, wie *Rawls* einmal plastisch formuliert hat, „at best a modus vivendi, a stable balance of forces only for the time being“.<sup>16</sup> Denn Begriff und Grundprinzip des Rechts sind analytisch durch dessen Gegensatz zur Gewalt bestimmt. Bei *Kant*, der das als erster deutlich gesehen hat, steht: Der Grund, warum es „kategorische Pflicht“ sei, in einem „rechtlichen Zustand“ miteinander zu leben und den „natürlichen Zustand“ zu verlassen, lasse „sich analytisch aus dem Begriffe des *Rechts* im Gegensatz der *Gewalt* (violentia) entwickeln“.<sup>17</sup> Kurz: rechtsförmige und gewaltförmige Konfliktlösungen schließen einander logisch aus.

Deshalb beginnt alles Recht erst mit einem prinzipiellen – strafrechtlich gesprochen: tatbestandlichen – Gewaltverbot. Selbstverständlich muss es davon Ausnahmen geben. Auch sie müssen aber als Regeln des Rechts konzipiert sein und deshalb zuletzt der Garantie des so fundierten Prinzips selber dienen. Das können sie nicht als freie Erlaubnisse, sehr wohl aber als funktional exakt begrenzte Zwangsbefugnisse zur Verhinderung des rechtsverletzenden Zwanges anderer. Für den Staat als Garanten des gleichen Rechts *aller* müssen solche Befugnisse naturgemäß vielfältig sein. Für das einzelne Rechtssubjekt dagegen sind es ausschließlich Notrechte.

Diese Zusammenhänge sind begrifflicher Art. Sie gelten deshalb für die Ordnung zwischen den Staaten ganz genauso. Eine des Rechts kann sie nur sein, wenn und soweit ihre Normen ein prinzipielles Gewaltverbot als konstitutionelles Fundament anerkennen und angemessen zur Geltung bringen, und soweit die Ausnahmen von diesem Verbot zuletzt auf dessen Erhalt selber bezogen sind. Tun sie das nicht, so mögen sie durchaus eine gewisse Regelhaftigkeit des Verhaltens der Akteure im Sinne eines faktischen *modus vivendi* widerspiegeln; genuin Recht sind sie nicht. Ein naheliegendes Beispiel ist das sog. Kriegsvölkerrecht bis in die 20er Jahre des vorigen Jahrhunderts. Die Staaten billigten sich, und damit nolens volens einander, ein „freies *ius ad bellum*“ zu, und die Doktrin des positiven Völkerrechts spiegelte einfach diesen Befund wider. Aber ein solches Freiheitsrecht zum Krieg kann es nicht geben. Es ist begrifflich ausgeschlossen. Ein prinzipielles „Recht auf Gewalt“ ist eine *contradictio in adiecto*. Deshalb hat *Kant* recht, wenn er sagt: „Bei dem Begriffe des Völkerrechts als eines Rechts zum Kriege lässt sich eigentlich gar nichts denken (weil es ein Recht sein soll,

<sup>14</sup> Dass viele Völkerrechtler auch rechtsphilosophische Kompetenz haben, versteht sich. Auch ist die Rechtsquellenlehre des Völkerrechts erheblich komplexer und rechtsphilosophienäher, als ihre oben angedeuteten Elemente erkennen lassen; dazu, v.a. zu den in Art. 38 des IGH-Statuts (1945) aufgezählten vier grundsätzlichen Typen von Rechtsquellen, sowie zur Auslegungslehre im Hinblick auf völkerrechtliche Verträge nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (1969) s. *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010, Abschn. 8 Rn. 113 ff. (S. 50 ff.).

<sup>15</sup> Dass das Gewaltverbot des Art. 2 Abs. 4 UN-C alle Staaten, also auch die wenigen, die nicht Mitglied der UN sind, als *ius cogens* bindet, ist heute unstrittig; dazu, dass und warum es sogar ohne die entsprechende ubiquitäre Überzeugung der Staaten nicht sinnvoll bestritten werden könnte, s. die folgenden Ausführungen. Als vielleicht letzter bedeuten-

der Völkerrechtler jedes internationale *ius cogens* ablehnend *Schwarzenberger*, *Civitas Maxima?*, 1973, S. 33 f.

<sup>16</sup> *Rawls*, *The Law of Peoples*, 4. Aufl. 2002, S. 45.

<sup>17</sup> *Kant*, in: *Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 6, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Die Metaphysik der Sitten*, 1907, S. 307 (*Hervorhebungen* ebenda). Dieser Rechtsbegriff zeigt sich an vielen weiteren Stellen der „Rechtslehre“, etwa in der berühmten Definition des einzigen jedermann angeborenen Rechts: auf „Unabhängigkeit von eines Anderen nöthiger Willkür“ (*Kant* [a.a.O.], S. 237).

[...] nach einseitigen Maximen durch Gewalt, was Recht sei, zu bestimmen).“<sup>18</sup>

Ein Analogon zum Staat in dessen interner Zuständigkeit, also zu der Rolle des Erzeugers und Garanten der allgemeinen Rechtsordnung im Modus vertikaler Machtausübung, gibt es im Völkerrecht nicht. Die internationale Ordnung konstituiert sich nicht durch eine prinzipiell überlegene Macht, sondern allein durch das Verhalten der individuellen Rechtssubjekte selber, sei es über Verträge, sei es über die als regelhaft akzeptierte Praxis der Staaten untereinander – wenn man so will: eine Symphonie von Normen, gespielt von einem Orchester ohne Dirigenten. Daher haben vergleichbar vielfältige Zwangs- und Gewaltbefugnisse wie die des Staates gegenüber seinen Bürgern im Völkerrecht keinen Platz. Wie zwischen den einzelnen Rechtssubjekten im Staat können legitime Erlaubnisse zur Gewalt *zwischen* den Staaten nur im normativen Modus von Notrechten begründet werden.

Das ist ein prinzipielles, begrifflich fundiertes Grenzkriterium. Daher erzwingt es bei der Bestimmung der rechtlichen Grenzen, an die der SR im Rahmen von Kap. VII der UN-C gebunden ist, unweigerlich seine Geltung, mag es von den beteiligten Akteuren beachtet werden oder nicht. Schon deshalb sollte es jedenfalls von der Doktrin des Völkerrechts beachtet und transparent gemacht werden (Völkerrechtler und, wenig überraschend, der Rat selber neigen freilich dazu, es zu ignorieren).<sup>19</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen: die Geltung, die dieses Kriterium erzwingt, ist selbstverständlich nicht seine Wirksamkeit in der Praxis, weder in der des SR bei dessen Resolutionen nach Art. 42 UN-C, noch und erst recht nicht in der der Staaten bei ihren Entscheidungen zum Krieg. Sehr wohl aber zieht es eine zwingende normative Grenze, jenseits deren solche Entscheidungen zur Gewalt oder zu deren Autorisierung unweigerlich den Rahmen des Rechts verlassen und in die Sphäre des bloßen *modus vivendi* einer „stable balance of forces“<sup>20</sup> überwechseln, also im Wortsinne rechtlos sind.

Der SR hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten seine Zuständigkeit und die Reichweite seiner Befugnisse unter Kap. VII der Charta stetig erweitert und vor allem (aber nicht nur) in den Geltungsraum des sog. humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte ausgedehnt. Manches an dieser Expansion ist so plausibel wie erfreulich und von den Staaten auch *grosso modo* akzeptiert worden.<sup>21</sup> Das gilt insbesondere

<sup>18</sup> Kant, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 8, *Abhandlungen nach 1781, 1912*, S. 356 f.

<sup>19</sup> Exemplarisch nur *Frowein/Krisch*, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Bd. 1, 2. Aufl. 2002, *Introduction to Chapter VII* Rn. 25-31 – gewiss eine der, soweit ich sehe, besten allgemeinen Darstellungen der charta-internen Grenzen einer Kriegsautorisierung durch den SR. Die oben skizzierten prinzipiellen Überlegungen finden darin freilich mit keinem Wort Erwähnung.

<sup>20</sup> Rawls (Fn. 16), a.a.O.

<sup>21</sup> Dazu *Nolte*, in: Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (Hrsg.), *The United Nations Security Council and War*, 2008, S. 519; *Welsh*, in: Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (a.a.O.), S. 535; *Gray*,

für die Inanspruchnahme einer genuinen Zuständigkeit des Rates auch bei schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen, die sich Staaten innerhalb ihrer Grenzen und gegen die eigene Bevölkerung zuschulden kommen lassen.<sup>22</sup> Hier freilich beginnen, wenn man die oben skizzierten prinzipiellen Erwägungen zur Begrenzung ignoriert, die Risiken einer slippery slope: einer kriterienlosen Ausdehnung der völkerrechtlichen Gewaltbefugnisse.<sup>23</sup> Die Resolution 1973 ist das beklagenswerte Beispiel einer solchen Fehlentwicklung. Das will ich weiter unten genauer zeigen. Zuvor ist aber noch das folgende kurze Intermedium erforderlich. Es soll die bisher skizzierte rechtsphilosophische Basis um einen wichtigen Aspekt erweitern.

### 2. Responsibility to Protect?

Die Resolution 1973 stützt sich allein auf Kap. VII der Charta, nicht dagegen auf eine jüngere Norm, die seit etwa zehn Jahren in der völkerrechtlichen Diskussion eine steile Karriere macht und das klassische Konzept der Humanitären Intervention allmählich zu verdrängen scheint – die sog. Responsibility to Protect (RtoP). Vorgestellt wurde dieses Konzept mitsamt seinem Titel zuerst 2001 in dem gleichnamigen Report einer von der kanadischen Regierung eingesetzten internationalen Kommission.<sup>24</sup> Drei Jahre später wurde es in dem Report „A more Secure World“ eines von Kofi Annan berufenen „High-Level Panel“ ausdrücklich akklamiert und 2005, leicht modifiziert, in das Schlusssdokument des UN „World Summit“ übernommen.<sup>25</sup> Ein Jahr später tauchte es zum ersten Mal in einer Resolution des SR auf (SR Res. 1674).

Auch in der Resolution 1973 zu Libyen erwähnt der Rat die RtoP – mehr allerdings nicht. Das bedeutet zunächst, dass die Resolution nicht einem „neuen Recht“ zum internationa-

---

in: Giegerich (Hrsg.), *A Wiser Century?, Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, 2009, S. 217. Zur Inanspruchnahme sogar (quasi-)legislativer Funktionen durch den Rat *Talmon*, *American Journal of International Law* 99 (2005), 175; umfassend *De Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, *passim*.

<sup>22</sup> Diese positive Beurteilung habe ich in meinem Artikel in der FAZ (*Merkel*, FAZ v. 22.3.2011, S. 31) deutlich artikuliert; mir ist nicht verständlich, wie ein so renommierter Völkerrechtler wie *Tomuschat* mir mit Bezug darauf vorhalten kann, ich hätte diese jüngere Entwicklung des Völkerrechts zu Kap. VII der Charta offenbar nicht zur Kenntnis genommen (*Tomuschat*, FAZ v. 23.3.2011, S. 29).

<sup>23</sup> Erhellend und kritisch *Saul*, *The University of Sidney School of Law Legal Studies Research Paper* Nr. 08/114, 2008; s. auch *Gray*, in: Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (Fn. 21), S. 86.

<sup>24</sup> International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, 2001.

<sup>25</sup> High-Level Panel on Threats, Challenges, and Chance, *A More Secure World: Our Shared Responsibilities*, 2004, §§ 199-203; Resolution 60/1 of the UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome, §§ 138-140.

len Durchbruch verholphen,<sup>26</sup> sondern das alte zur Anwendung gebracht hat. Die Situation in Libyen vor der Intervention wurde, wie es Art. 39 UN-C verlangt, als Bedrohung des Weltfriedens bzw. der internationalen Sicherheit definiert, die Autorisierung der Gewaltanwendung nach Art. 42 UN-C als Mittel zu deren Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung. In der Form war nichts daran neu. Die Definition schwerer interner Menschenrechtsverletzungen als externe Sicherheitsbedrohung entsprach der längst etablierten Praxis des Rats.<sup>27</sup> Freilich ist nicht zu übersehen, dass der Wortlaut des Art. 39 von dieser Praxis bis an seine Grenzen strapaziert und nicht selten klar überschritten wird. Es war auch nicht etwa die schiere machtgestützte Vindikation einer solchen Auslegung durch den SR, was seinen entsprechenden Präzedenzentscheidungen völkerrechtliche Geltung verschaffen konnte, sondern erst deren nachträgliche Anerkennung durch die Staatengemeinschaft.

Demgegenüber deutet das Etikett „RtoP“ auf einen plausibleren Rechtsgrund als die bloß apodiktische Behauptung, interne Gräueltaten seien externe Friedensbedrohungen.<sup>28</sup> Was es klarstellt, ist zweierlei: (1.) dass es nicht nur um ein Recht geht, sondern auch um eine Pflicht, und zwar eine positive Pflicht der internationalen Gemeinschaft zur Hilfe; und (2.) dass diese Hilfspflicht eine sekundäre, eine Art Aufnahmepflicht ist. Denn dass zum Schutz einer Bevölkerung vor schweren und systematischen Verbrechen zunächst ihr Heimatstaat selber zuständig ist, liegt auf der Hand. Die Autoren des Reports „RtoP“ von 2001 stellen dies klar; entdecken mussten sie es nicht. Seit *Hobbes* gehört es in der politischen Philosophie zu den Selbstverständlichkeiten der legitimations-theoretischen Fundamente des Staates als rechtlich organisierter Zwangsordnung.

Noch ist die RtoP keine geltende Norm des Völkerrechts; sie ist ein sich langsam entwickelndes Prinzip. De lege lata kann sie selbstverständlich auch in Zukunft Art. 42 UN-C als

Grundlage völkerrechtlicher Gewaltbefugnisse nicht einfach verdrängen oder ersetzen. Es wäre aber ein Gewinn an Ehrlichkeit und Transparenz, würde sie vom SR künftig als ausdrückliches Kriterium in die Formulierungen der Friedensgefährdung nach Art. 39 UN-C integriert. Denn damit käme deutlich zum Ausdruck, dass es neben den sozusagen klassischen Formen einen weiteren Modus der Gefährdung der internationalen Sicherheit gibt – den der flächendeckenden, systematischen Zerstörung der internen Sicherheit eines Staates durch diesen selbst. Damit würde zugleich die Begründungsaufgabe für die Völkerrechtsdoktrin deutlich, nämlich klarzustellen, in welchem Sinne ein solcher innerer Friedensbruch zugleich einen äußeren bedeuten kann. Die in der Völkerrechtslehre inzwischen eingebürgerte Auskunft lautet, man lege dabei eben einen „erweiterten“ oder „positiven“ Friedensbegriff zugrunde; und er umfasse – anders als der „negative“ der bloßen „Abwesenheit organisierter Gewaltanwendung zwischen Staaten“ – auch die Achtung fundamentaler Menschenrechte im Staat.<sup>29</sup> Aber das ist keine Begründung; es kennzeichnet bloß den begründungsbedürftigen Sachverhalt. Dagegen ist festzuhalten: Nur dann kann eine interne Friedensbedrohung zugleich eine „internationale“ i.S.d. Art. 39 ff. UN-C sein, wenn sie tatsächlich zugleich auch eine äußere ist, nicht dagegen einfach deshalb, weil man den (in Kap. VII ausdrücklich auf äußere Bedrohungen begrenzten) Friedensbegriff der Charta begrifflich und per De-zision auf den inneren Frieden ausdehnt.

Eine solche Begründung ist aber sehr wohl möglich (man vermisst sie lediglich in der gängigen Doktrin des Völkerrechts). Der Staat, der als rechtliche Zwangsordnung nur und allererst dadurch legitimiert ist, dass er seinen Bürgern die Grundbedingungen des inneren Friedens, vor allem die Sicherheit von Leib, Leben, elementarer Freiheit und Heimat, gewährleistet, verliert seine Legitimität, wenn er deren Bedingungen, eben jene Gewährleistungen, nicht mehr erfüllt, ja sie systematisch und flächendeckend zerstört. Doch verletzt er damit noch mehr als die unabdingbaren Minimalrechte seiner eigenen Bürger: Er tastet zugleich eine universale Grundnorm an, die weltweit auch jedem anderen Staat das legitimatorische Fundament gibt – die normative Bedingung des rechtlichen Konstitutionsverhältnisses aller Staaten zu allen ihren Bürgern, also eine Grundnorm der staatlich verfassten Weltordnung. Wenn der noch so fern gelegene Staat X eine große Gruppe seiner eigenen Bürger systematisch verfolgen, foltern, ermorden lässt, dann verletzt er eine Norm, die nicht nur seinen Bürgern, sondern auch mir in meinem und jedem anderen Bürger in seinem Heimatstaat ein elementares Recht auf Sicherheit garantiert. Blicke ein solcher Normbruch weltweit ohne Reaktion, dann zöge das den Beginn einer Erosion der Normgeltung nach sich. Und eine solche Erosion eben müsste die Sicherheit aller Menschen im Verhältnis zu allen ihren Staaten bedrohen, und damit diese Staaten in ihrer legitimen Verfasstheit selbst. Für schwere Völkerrechtsverbrechen in *einem* Staat ist deshalb normativ die ganze Gemeinschaft der Staaten zuständig. Das ist der

<sup>26</sup> Wie es zahlreiche Zeitungskommentare behauptet und gefeiert haben.

<sup>27</sup> Vgl. *Frowein/Krisch* (Fn. 19), Art. 39 Rn. 18-21, m.w.N.; zum Ganzen auch *Frau*, ZIS 2011, 784.

<sup>28</sup> Geradezu kläglich muten frühere (und noch immer anklingende) Versuche des SR und der Völkerrechtslehre an, solche externen Friedensbedrohungen mit den Flüchtlingsströmen in Nachbarländer zu begründen, die von systematischen Völkerrechtsverbrechen innerhalb eines Staates regelmäßig ausgelöst würden (s. auch *Frau*, ZIS 2011, 784). Als ob die internationale Gemeinschaft Krieg gegen den Schurkenstaat ausgerechnet deshalb führen dürfte, weil er für seine Nachbarn Belästigungen und logistische Probleme schafft, und nicht etwa deshalb, weil er seine eigenen Bürger massakriert. Diese (früher durchaus vorherrschende) Begründung übersah offenbar auch, dass sie den Zynismus implizierte, eine Humanitäre Intervention immer dann ausschließen zu müssen, wenn die Nachbarstaaten ihrerseits zynisch genug waren, ihre Grenzen gegen die verfolgten Flüchtlinge hermetisch abzudichten. Eben dies zu empfehlen, wäre dann übrigens im Sinne des Art. 42 UN-C auch gewiss jeweils ein milderer Mittel gewesen.

<sup>29</sup> Hier exemplarisch nach *Bothe*, in *Graf Vitzthum/Bothe* (Fn. 14), Abschn. 8 Rn. 44 (S. 680 f.); im Übrigen ganz h.M.

tieferer Sinn einer berühmten Bemerkung in *Kants* „Friedensschrift“:

„Da es nun mit der unter den Völkern der Erde einmal durchgängig überhand genommenen (engeren oder weiteren) Gemeinschaft so weit gekommen ist, dass die Rechtsverletzung an *einem* Platz der Erde an *allen* gefühlt wird: so ist die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eine nothwendige Ergänzung des ungeschriebenen Codex sowohl des Staats- als Völkerrechts zum öffentlichen Menschenrechte überhaupt und so zum ewigen Frieden, zu dem man sich in der kontinuierlichen Annäherung zu befinden nur unter dieser Bedingung schmeicheln darf.“<sup>30</sup>

Damit sind die rechtsphilosophischen Prämissen für das Völkerrecht von Krieg und Frieden im Wesentlichen benannt. Dass sie neben ihrer legitimatorischen Funktion auch Begrenzungskriterien für die Anwendung zwischenstaatlicher Gewalt statuieren, liegt auf der Hand. Und da diese Funktionen zu den begrifflichen Grundelementen jedes Rechtsverhältnisses gehören, sind sie auch für die Beurteilung der Entscheidungen des SR nach Art 42 UN-C verbindlich.

### *3. Zwei Aspekte der Legitimationsbedürftigkeit völkerrechtlicher Gewalt und die zugrundeliegenden Prinzipien: Notwehr und Notstand im Kriegsvölkerrecht*

In zwei grundsätzlichen Hinsichten bedarf die militärische Gewaltanwendung zur Hilfe für bedrohte Bürger eines fremden Staates der Rechtfertigung: (1.) mit Blick auf die Souveränität (die Autonomie) des angegriffenen Staates; und (2.) mit Blick auf die von der Gewaltanwendung der Intervenienten bedrohten Menschen. In der politischen, aber auch in der völkerrechtlichen Diskussion taucht regelmäßig nur der erste Gesichtspunkt auf, wenn nicht überhaupt einfach und nur auf die etwa vorliegende Autorisierung durch eine SR-Resolution verwiesen und die Legitimationsfrage damit für erledigt gehalten wird.

Eine solche Gläubigkeit an den SR ist (trotz ihrer Verbreitung unter Politikern und sogar unter Völkerrechtlern) irrig; das sollte nach den vorstehenden Überlegungen deutlich sein. Auch der SR kann selbstverständlich rechtlich falsch handeln und damit die Grenzen seiner legitimen Zuständigkeit überschreiten. Eine Intervention, die sich auf eine entsprechende Resolution stützt, ist und bleibt ihrerseits illegitim. Dass sie in einem formellen Sinn „legal“ genannt werden mag, verschlägt für die relevante Frage ihrer Rechtmäßigkeit nichts. Im innerstaatlichen Recht einer rechtlich verfassten, im Großen und Ganzen legitimen Ordnung verhält sich das anders. Dort partizipiert eine formell korrekt erzeugte Legalität staatlichen Zwangs stets auch an der Legitimität der Gesamtordnung: Ein davon gedecktes Handeln ist daher (grds.) auch dann rechtmäßig, wenn es materiell falsch ist.<sup>31</sup> Das ist ein

jedem Bürger eines Rechtsstaats unvermeidlich zugemutetes und zumutbares, also ein erlaubtes Risiko. Er erhält dafür die Gegenleistung eines machtgarantierten, im Großen und Ganzen legitimen Gesamtsystems, dass alle seine (sonstigen) rechtlichen Belange unter dem Schirm eines ständigen Schutzes gewährleistet. Im Völkerrecht, das einen solchen vertikal garantierten Schirm der Gesamtrechtsordnung nicht kennt, sondern nur das koordinierte Handeln gleichrangiger individueller Rechtssubjekte, verhält sich das anders. Dort kann das illegitime, wengleich formal legale Handeln anderer Völkerrechtssubjekte gerade nicht an einer höheren rechtlichen Dignität partizipieren, wie sie innerstaatlich legalem Verletzungshandeln als Teil eines legitimen „großen Ganzen“ zukommt. Es bleibt daher, was es materiell ist: illegitim (rechtswidrig). Eine daneben reklamierte, auf eine Resolution des SR nach Kap. VII der UN-C gestützte „Legalität“ ist sub specie iuris wertlos.

Das alles hat daher der Rat selbst zu beachten, wenn anders seine Entscheidungen rechtmäßig sein sollen. Man mag ihm, wie das im Völkerrecht geläufig ist, im Rahmen der Art. 39 und 42 UN-C durchaus einen weiten Spielraum der Konkretisierung und Dezision zubilligen.<sup>32</sup> Dass es aber Grenzen dieses Spielraums geben muss, ist nicht vernünftig bestreitbar. In der Völkerrechtslehre wird es auch überwiegend anerkannt. Meist übersehen wird freilich, dass sich diese Grenzen nicht einfach und nur aus dem schwer durchschaubaren Spiel vielfach umstrittener Interpretationen zum Text der UN-Charta, aus vorhandenen Präzedenzentscheidungen des Rates und etwa noch der Anerkennung durch die Staaten ableiten lassen, sondern dass sie als Grenzen, die der Rechtsbegriff selbst fordert, zuletzt in den oben skizzierten Prinzipien allen Rechts gründen und ihre Konturen deshalb auch von dorthier beziehen.

Betrachtet man nun die beiden genannten Aspekte der Legitimationsbedürftigkeit – den Souveränitäts- und den Menschenschutz-Aspekt – genauer, dann kommen für die in beiden Hinsichten erforderliche Rechtfertigung zwei grundsätzlich verschiedene Prinzipien in den Blick: das der Notwehr und das des (aggressiven) Notstands. Wer im Sinne einer (in Art. 39 UN-C integrierten) Responsibility to Protect bedrohten anderen Menschen mit militärischer Gewalt zu Hilfe kommt, reklamiert für sich den Rechtfertigungsgrund der Notwehr (Nothilfe). Der Anspruch des dabei attackierten Staates auf Souveränität mag einer solchen Nothilfe entgegenstehen, er mag ihr aber auch weichen müssen. Das ist im Einzelfall zu klären. Soweit nun aber diese Nothilfe (auch) auf Kosten unbeteiligter Dritter durchgeführt wird, wie es bei jedem modernen militärischen Konflikt vor allem im Hinblick auf die vielfach in Mitleidenschaft gezogene Zivilbevölkerung des angegriffenen Staates unvermeidlich ist, kommen zur Rechtfertigung dieser externalisierten Lebens- und Leidenskosten Dritter nur die Prinzipien des aggressiven

<sup>30</sup> *Kant* (Fn. 18), S. 360 (*Hervorhebungen ebenda*).

<sup>31</sup> Die Einschränkung „im Großen und Ganzen legitime Ordnung“ ist wichtig. Die „Legalität“ eines Terrorregimes (beispielhaft: die „Legalität“ der kraft „Führerbefehls“ vorgenommenen Massenmorde der Nazis), ist rechtlich gegenstandslos, ein darauf gestütztes Handeln in *jeder denkbaren Hin-*

*sicht* Unrecht. Dass es auch im Rechtsstaat Nichtigkeitsgrenzen der (materiell illegitimen) Legalität gibt, ist bekannt; das muss hier unerörtert bleiben.

<sup>32</sup> Statt aller *Frowein/Krisch* (Fn. 19), Introduction to Chap. VII Rn. 26.

Notstands in Frage.<sup>33</sup> Sie mögen in einer wohlwollenden Folgenabwägung den militärischen Schlag auch dann verbieten, wenn seine notwehrrechtlichen Legitimationsbedingungen ohne weiteres gegeben sind. Beide Prinzipien seien im Folgenden erwogen.

Zur Notwehr: Souveränität heißt Selbstbestimmung. Sie umfasst einerseits ein (Selbst-)Gestaltungsrecht und andererseits ein Abwehrrecht gegen externe, etwa kolonialistische Eingriffe. Das sind überragend wichtige Güter für jeden Staat und jedes Volk. Vor allem als Abwehrrecht konstituiert die Souveränität maßgeblich das „legal standing“ eines Staates und damit eine Bedingung seines Rechtsverhältnisses zu anderen Staaten: die ihrer Gleichheit als Rechtssubjekte. Anders als die Autonomie des Individuums ist die staatliche Souveränität aber kein sich selbst begründender Endzweck.<sup>34</sup> Sie ist abgeleitet aus einer permanenten und hinreichenden Legitimation des Staates durch seine Bürger. Nur ein Staat, der in diesem Sinne zumindest im Großen und Ganzen legitim ist, kann mit Gründen seine Souveränität behaupten und anderen Staaten entgegenhalten.<sup>35</sup>

Nun muss man hier freilich die Legitimität eines Staates nach außen (gegenüber anderen Staaten) von der nach innen (gegenüber seinen eigenen Bürgern) unterscheiden. Die letztgenannte ist bei weitem anspruchsvoller und stellt erheblich höhere Anforderungen als die erstere. Sie kann nach allen vernünftigen Kriterien des Rechts sogar gänzlich fehlen, ohne dass die Legitimität nach außen auch nur im mindesten berührt wäre. Man nehme zur Veranschaulichung einen Staat wie die späte DDR kurz vor ihrem Ableben.<sup>36</sup> Dass die dortige Staatsmacht nach innen radikal entlegitimiert war, ist nicht zweifelhaft. Millionen von Menschen haben das in ihren „Montagsdemonstrationen“ zu sinnfälliger Anschauung gebracht. Aber ebenso zweifelsfrei ist, dass die äußere Legitimität der DDR, ihr Souveränitätsanspruch gegenüber anderen Staaten, davon nicht berührt wurde. Die Vorstellung, der SR hätte rechtens eine humanitäre Intervention in der DDR zur Hilfe für deren Bürger gegen die Diktatur ihrer Machthaber anordnen können, ist (auch jenseits ihrer politischen Undenkbarkeit) gänzlich abwegig.

<sup>33</sup> Zur Vermeidung eines Missverständnisses: Hier geht es nicht um einen (naiven) Export innerstaatlicher Normen des Strafrechts (und etwa nur des deutschen) ins Völkerrecht. Notwehr und Notstand sind vielmehr universale Rechtsprinzipien; zu ihren Grundkriterien gibt es auch im Völkerrecht keine rationalen Alternativen.

<sup>34</sup> Nach *Kant* der Grundgedanke der Menschenwürde: Personen sind wegen ihrer (grundsätzlichen) Fähigkeit zur Autonomie „Zweck an sich selbst“ und haben eben deshalb keinen Preis, sondern eine Würde.

<sup>35</sup> Zur dieser Grundkonzeption des legitimen Staates eingehend *Copp*, *Philosophy & Public Affairs* 1999, 3; im Hinblick auf zwischenstaatliche Gewaltbefugnisse auch *Merkel*, *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, 2000, S. 83 ff.

<sup>36</sup> Man könnte beliebig viele andere nennen – allen voran Nordkorea, aber auch den Iran, Weißrussland, Saudi Arabien, Kuba oder eben auch Libyen, jedenfalls vor Beginn der Unruhen im Februar 2011.

Nur der Staat, der auch nach außen illegitim geworden ist, verliert den Anspruch auf Beachtung seiner Souveränität. Nur er kann einer Intervention Dritter, die unter dem Gesichtspunkt der Responsibility to Protect erfolgt, seine Autonomie nicht mehr entgegenhalten; jeder andere, allein intern illegitime Staat kann dies sehr wohl nach wie vor. Diese Grenze hat auch der SR in seinen Resolutionen nach Art. 42 UN-C zu beachten. Illegitim in einem solchen Sinn wird ein Staat erst und nur dann, wenn sein inneres Regime die (oben skizzierten) Grundbedingungen des inneren Friedens, also ein hinreichendes Maß an Sicherheit für Leib und Leben, elementarer Freiheit und Garantie eines Rechts auf Heimat seiner eigenen Bürger, nicht (mehr) gewährleistet, und zwar auf eine Weise, die ihm selbst als verantwortliches Handeln oder Unterlassen zurechenbar ist.<sup>37</sup> Kurz, und mit einer verjährt, aber anschaulichen Formel des historischen Völkerrechts: der Staat, der auf eigenem Gebiet zum „hostis populi“ geworden ist, wird damit zum grundsätzlich legitimen Ziel eines militärischen Zwangs zur Unterbindung dieses Zustands.

Zur sinnvollen Konkretisierung dieser Grenzkriterien einer humanitären Intervention hat bereits der Report „The Responsibility to Protect“ von 2001 unter dem Zwischentitel „Extreme Cases Only“ die systematische und massenhafte Begehung der vier Grundtatbestände schwerer völkerrechtlicher Verbrechen genannt, wie sie das Statut des IStGH in seinen Art. 5-8 fixiert.<sup>38</sup> Der Report des UN-Generalsekretärs und der Generalversammlung zum „World Summit Outcome“ von 2005 ist dem Vorschlag gefolgt.<sup>39</sup> Seither haben sich diese Kriterien in völkerrechtlichen Diskussionen zur RtoP im Wesentlichen durchgesetzt.<sup>40</sup> Das ist nachdrücklich zu begrüßen. Wohl mag man abstrakt darüber diskutieren, warum es gerade diese Verbrechenskriterien sein sollen, was jene Schwelle markiert, jenseits deren ein Staat auch nach außen illegitim und damit zum potentiellen Ziel einer militärischen Intervention wird. Aber erstens bezeichnen die völkerrechtlichen Verbrechen, wie wir oben gesehen haben, diese Schwelle in der Sache plausibel; und zweitens müssen Kriterien für so weitreichende Entscheidungen wie die zum Krieg auch pragmatisch vernünftig sein, und das heißt: plausibel, relativ präzise, möglichst bereits bekannt und in verwandten Zusammenhängen anerkannt – kurz: handhabbar

<sup>37</sup> Interventionen in sog. „failed states“ folgen daher allein (oder ganz überwiegend) der Logik des Schutzes; ein relevanter staatlicher Anspruch auf Souveränität steht ihnen grds. nicht entgegen, weil ein in diesem Sinne autonom agierender Staat nicht mehr existiert.

<sup>38</sup> International Commission on Intervention and State Sovereignty (Fn. 24), Abschn. 4.19 S. 32 f. – „Ethnic cleansing“, das im Report zu diesen Verbrechen gezählt wird, kommt im IStGH-Statut nicht ausdrücklich vor, dürfte aber regelmäßig den Tatbestand des Art. 7 Abs. 1 lit. d erfüllen („deportation or forcible transfer“).

<sup>39</sup> Resolution 60/1 of the UN General Assembly, 2005 World Summit Outcome, §§ 138-140.

<sup>40</sup> Zum heutigen Stand *Wouters/De Man/Vincent*, Leuven Centre for Global Governance Studies Policy Brief Nr. 18 (2011), 6.

und konsensfähig. Das ist bei den ausdifferenzierten Katalogen der Tatbestandsmerkmale in den Art. 6-8 des IStGH-Statuts der Fall, in weit höherem Grade jedenfalls, als bei der vom SR stattdessen verwendeten konturlosen Formel einer „Bedrohung der internationalen Sicherheit“.<sup>41</sup>

Zum Notstand: Gegen einen völkerrechtlich illegitim gewordenen Staat haben andere Staaten keine Pflicht mehr zur Respektierung seiner Souveränität, und das gewaltsame Vorgehen gegen die Mitglieder und Helfer des illegitimen Regimes selbst ist vom Nothilferecht zugunsten der drangsalieren Bevölkerung gedeckt. Was aber gleichwohl unverändert fortbesteht, sind rechtliche und rechtsethische Pflichten gegenüber allen anderen Mitgliedern dieser Bevölkerung, und damit auch solchen gegenüber, die eine gewaltsame Intervention ablehnen, aus welchen Gründen immer.<sup>42</sup> Sie werden gegen ihren Willen zu Zwangsleidtragenden der gewaltsamen Hilfe für andere gemacht. Irgendwo in den aufgezwungenen Lebens- und Leidenskosten Dritter muss aber die Gewaltanwendung zum Schutz dieser anderen ihre Grenze finden. Das Prinzip zur Legitimation solcher Kosten Dritter ist das des rechtfertigenden (Aggressiv-)Notstands.

Nun weicht das positive humanitäre Völkerrecht in diesem Punkt bekanntlich ab von den geläufigen Notstandskriterien des innerstaatlichen Rechts, vor allem insofern, als es in einem militärischen Konflikt die Tötung unbeteiligter Dritter („kollateraler“ Opfer) über das Legitimationskriterium der „militärischen Notwendigkeit“ grundsätzlich für rechtfertigungsfähig erklärt. Dem kann ich hier nicht genauer nachge-

hen.<sup>43</sup> Was aber jedenfalls, auch nach dem positiven Völkerrecht der Genfer Konventionen und ihres 1. Zusatzprotokolls, notwendig ist, sind Kriterien der Abwägung für den konkreten Einzelfall. Als ganze markieren sie, was in der völkerrechtlichen Diskussion zur RtoP „Schwellenkriterien“ („threshold criteria“<sup>44</sup>) heißt, nämlich die neben den Voraussetzungen der objektiven Rechtfertigungslage (des Notstands) zusätzlich erforderlichen Legitimitätsbedingungen für die Gewaltanwendung der Intervenienten zur Abhilfe in dieser Lage. Auch in einer Notwehr-/Notstandslage im Sinne des Art. 42 UN-C (bzw. der völkerrechtlichen RtoP) kann ersichtlich nicht jede beliebige Form der Gewaltanwendung erlaubt sein.<sup>45</sup> Der von Kofi Annan beauftragte „High Level Panel“ hat diese threshold criteria in seinem Report von 2004 plausibel formuliert. Militärische Gewalt ist danach im Einzelfall nur legitimierbar

- (1.) bei einer hinreichenden Bedrohung der betroffenen Bevölkerung mit schweren, flächendeckend begangenen völkerrechtlichen Verbrechen („seriousness of threat“),<sup>46</sup>
- (2.) zu einem angemessenen Zweck, nämlich dem der Hilfe für die bedrohten Menschen („proper purpose“),
- (3.) als dafür unbedingt erforderliches Mittel („last resort“),
- (4.) das im Hinblick auf Ausmaß, Dauer und Intensität der Kriegshandlungen angemessen ist („proportional means“)
- (5.) sowie in einer umfassenden Abwägung mit den Kriegsfolgen einen klaren Vorteil der Gewaltanwendung im Vergleich zum Untätigbleiben für die betroffene Bevölkerung hinreichend wahrscheinlich macht („reasonable balance of consequences“).

Diese threshold-Kriterien entsprechen allgemeinen Prinzipien; sie tragen dem Ausnahmecharakter völkerrechtlicher Gewalterlaubnisse angemessene Rechnung. Gleichwohl (oder eben deshalb) waren beim UN World Summit 2005 verschiedene Staaten, darunter die USA, nicht willens, eine so enge Begrenzung ihrer Entscheidungsmacht zum Krieg zu akzeptieren.<sup>47</sup> Das ändert nichts daran, dass diese Kriterien den Minimalgehalt der allgemeinen Prinzipien von Notwehr und Notstand für deren Anwendung auf den Einzelfall konkre-

<sup>41</sup> Freilich gibt es in Rspr. und Lit. des Völkerstrafrechts selbst inzwischen Tendenzen, den „policy“- (also den genuinen Staats-)Bezug in dem Merkmal „organizational policy“ im Tatbestand der „crimes against humanity“ (Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut) aufzuweichen oder gar zu ignorieren. Ein derart erweiterter Begriff der Menschlichkeitsverbrechen würde diese als Legitimationskriterium einer humanitären Intervention unbrauchbar machen. Doch ist dieser Erweiterungstendenz aus anderen Gründen nachdrücklich zu widersprechen: Schwere Verbrechen können nur dann solche des Völkerstrafrechts sein, also die gesamte Menschheit zur Jurisdiktion zuständig machen, wenn sie eine universale Norm zum Schutz der ganzen Menschheit verletzen. Bei Taten auf fremdem Territorium kann das nur dann der Fall sein, wenn an ihrer Begehung die Staatsmacht selbst beteiligt ist (vgl. oben sub. IV. 2.). Gegen solche Ausweitungs- und Aufweichungstendenzen überzeugend *Kreß*, *Leiden Journal of International Law* 2010, 855 (864 f., mit zustimmendem Zitat des „Dissenting Opinion“ des Richters Kaul in der sog. „Kenya Decision“ des IStGH v. März 2010, die jene Ausweitungstendenz bedauerlicherweise verstärkt hat).

<sup>42</sup> Ersichtlich haben nicht alle denkbaren Gründe – vom faulen Arrangement mit einer Terrorherrschaft, die bloß andere trifft, bis zur legitimen Furcht um das Leben der eigenen Familie – die gleiche Dignität. Soweit sie aber nicht Gründe von Beteiligten an der Terrorherrschaft sind, müssen sie von Dritten, auch den potentiellen Intervenienten, grundsätzlich akzeptiert werden.

<sup>43</sup> S. dazu schon oben (Fn. 10); zu den rechtsethisch ungelösten Problemen solcher „kollateralen“ Tötungserlaubnisse *Merkel* (Fn. 35), S. 88 ff.; zum positiven Kriegsvölkerrecht *Bothe* (Fn. 29), Abschn. 8 Rn. 66 ff.; zu den weit engeren Grenzen innerstaatlicher Notstandstötungen *Merkel*, *JZ* 2007, 373.

<sup>44</sup> International Commission on Intervention and State Sovereignty (Fn. 24) Abschn. 4.18 ff., S. 32 f.

<sup>45</sup> Diese Zweiteilung der kritischen Prüfung von Rechtfertigungsvoraussetzungen entspricht durchaus der im innerstaatlichen Recht geläufigen: (1.) Rechtfertigungslage und (2.) zu rechtfertigende Handlung.

<sup>46</sup> Im Schema der bekannten Zweiteilung der Prüfung im innerstaatlichen Recht (s. die vorige Fn.) gehört das ersichtlich noch zur „Notstandslage“.

<sup>47</sup> Vgl. *Gray* (Fn. 23), S. 90.

sieren und daher im Rechtsbegriff selbst als dem „Gegensatz der Gewalt“ (*Kant*) gründen. Sie sollten deshalb immerhin den SR bei seinen Resolutionen zu Art. 39 und 42 UN-C anleiten und verpflichten. Wer das bei einem rein politischen Organ wie dem SR für einen frommen Wunsch hält, hat wohl recht. Dennoch, scheint mir, haben Völkerrechtswissenschaft und Rechtsphilosophie die ethische wie die intellektuelle Pflicht, solche Postulate trotz deren erwartbarer politischer Vergeblichkeit deutlich zu machen.

#### 4. Zur Anwendung der „threshold“-Kriterien auf die Situation in Libyen vor Beginn der Intervention

Wendet man diese Kriterien auf die Lage in Libyen vor Interventionsbeginn an, so erweist sich wohl nur das zweite von ihnen als erfüllt, das des „proper purpose“ zur Verhinderung schwerer völkerrechtlicher Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 Abs. 2 lit. c und e IStGH-Statut). Das haben die Intervenienten als Zweck ihres Eingreifens genannt – ganz gewiss ein „proper purpose“. Dass daneben stets auch der nicht autorisierte des Regimewechsels verfolgt wurde,<sup>48</sup> ändert an der Legitimität des autorisierten Zwecks nichts. Aber schon, ob die befürchteten Menschlichkeitsverbrechen wirklich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit drohten, ob also das obige erste Kriterium des „serious threat“ erfüllt war, ist alles andere als klar. Die Intervenienten haben diese Befürchtung bezogen auf die bevorstehende Eroberung des belagerten Bengasi durch die Truppen Gaddafis am 18. und 19.3.2011. Man muss sich nun freilich, so wenig angenehm das sein mag, eine genaue Inspektion dessen zumuten, was Gaddafi vor dem geplanten Sturm auf Bengasi tatsächlich angekündigt hat, nämlich dies: Man werde „Straße für Straße, Haus für Haus durchkämmen“; wer den Soldaten „mit der Waffe in der Hand“ entgegenrete, für den gebe es „keine Gnade“; wer die Waffen niederlege, dem werde nichts geschehen.

Zwei Bedenken drängen sich auf: Erstens der Verdacht, einem Schurken wie Gaddafi, der viele Menschenleben auf dem Gewissen hat, sei bei einer solchen Bekundung nicht zu trauen. Und zweitens, selbst wenn man ihm glaube, sei die Ankündigung, bewaffneten Widerständlern gegenüber „keine Gnade“ walten zu lassen, noch immer das zynische Aviso massenhafter völkerrechtlicher Verbrechen.<sup>49</sup>

Zum ersten Bedenken: Auch hier war für eine rationale Beurteilung weniger der Charakter Gaddafis als die objektive Lage seiner Interessen relevant. Er war bereits umzingelt von Teilen der stärksten Militärmacht der Welt. Sein eigentliches Ziel war die Niederschlagung eines bewaffneten Aufstands (und *das* freilich darf gegenüber keinem Staat der Welt, der im oben dargelegten Sinn immerhin nach außen legitim ist, wie es für Libyen vor Beginn des Bürgerkriegs ohne Zweifel der Fall war, mit externer Militärgewalt unterbunden werden). Sich nach einem Erreichen dieses Zieles die weit überlegene militärische Macht der NATO auf den Hals zu ziehen

und damit seine eigene Lage definitiv aussichtslos zu machen, nur um ein Rachebedürfnis zu befriedigen, das hätte eine Art quasi-klinischen Irrsinns erfordert, wie er selbst bei einem bizarren Exzentriker wie Gaddafi einfach nicht angenommen werden kann. Man muss diese Überlegung überdies mit dem dritten der oben genannten threshold-Kriterien koppeln, dem des unbedingt erforderlichen („mildesten“) Mittels. Vor dem Hintergrund von Gaddafis Interessenlage erschien es in hohem Grade aussichtsreich, ihn auf dem Weg der Geheimdiplomatie für den Fall eines Beginns völkerrechtlicher Verbrechen durch seine Truppen nach der Einnahme Bengasis mit einer sofortigen und massiven Intervention zu bedrohen.<sup>50</sup> Es ist auch nicht bekannt, dass es in den libyschen Städten, deren Kontrolle während des Bürgerkriegs zwischen Regierungstruppen und Rebellen mehrfach wechselte, seitens der Gaddafi-Soldaten zu irgendwelchen Rachemassakern gekommen wäre. Kurz: es spricht alles dafür, dass es statt der Intervention ein „milderes Mittel“ zum Schutz der Zivilbevölkerung Bengasis gab. Der Rest an Risiko, nach etwa gleichwohl begonnenen Mordtaten der Gaddafi-Truppen mit der Intervention erst wenige Stunden später zu beginnen, als man es tatsächlich getan hat, war „erlaubt“. Selbst wenn man so das Töten möglicherweise Dutzender, ja Hunderter von Rebellen nicht mehr verhindern hätte können, war dies angesichts der vielen zehntausend Toten, die dieser Krieg dann (und vorher absehbar) gefordert hat, ganz gewiss die ethisch wie rechtlich gebotene Alternative.

Zum zweiten Bedenken: bewaffnete Rebellen sind keine Zivilisten, und wären sie es Stunden vor der Aufnahme des bewaffneten Kampfes noch gewesen. Gleichwohl dürfen auch sie nicht „ohne Gnade“ behandelt und etwa als bereits Wehrlose ermordet werden. Doch auch dies zu verhindern, dürfte angesichts Gaddafis objektiver Interessen mittels einer ihm auf Geheimwegen zugespielten massiven Drohung ohne weiteres möglich gewesen sein. Und hier gilt für das verbleibende Restrisiko eines solchen milderen Mittels ebenfalls, dass es erlaubt, nämlich weitaus vernünftiger und erheblich weniger destruktiv als der anschließende Krieg gewesen wäre. Freilich hätte man dann nach der (erwartbaren) Niederschlagung der Rebellion den vorläufigen Verbleib Gaddafis an der Macht hinnehmen müssen. Aber wie immer dessen langfristige Chancen zum Machterhalt zu beurteilen gewesen wären: *diesen* zu verhindern darf man (noch einmal) keinen Krieg führen.

Betrachtet man schließlich das letzte der genannten threshold-Kriterien, die Abwägung der absehbaren Folgen einer Gewaltanwendung mit denen des Untätigbleibens, dann bietet sich eine nachgerade trostlose Bilanz. Am 31.8. berichteten Zeitungen von einer offiziellen Verlautbarung der libyschen Rebellen, der Krieg habe mindestens 50.000 Menschenleben gefordert.<sup>51</sup> Einige Tage später wurde das auf

<sup>48</sup> Und zwar illegitim, soweit dies mit gerade und nur darauf bezogenen Gewaltmitteln geschah; s.o. sub. III.

<sup>49</sup> Nämlich (Bürger-)Kriegsverbrechen nach Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. x des IStGH-Statuts.

<sup>50</sup> Und hier mit der Ankündigung, man werde dafür sorgen, dass er die Intervention nicht überlebe, als einer kriegsverhütenden Nötigung zu operieren, wäre so sinnvoll wie gerechtfertigt gewesen.

<sup>51</sup> FAZ-online v. 31.8.2011 (kurz-Link: [www.faz.net/-023tcf](http://www.faz.net/-023tcf), 10.10.2011). Die Überschrift des Artikels lautete zunächst:

30.000 und noch einmal wenig später auf 25.000 herunterkorrigiert. Man muss kein besonderer Skeptiker sein, um sich an den Fingern abzuzählen, welches Motiv diesen Wechsel der Zahlen bestimmt haben und welche von ihnen die wahrscheinlichste sein dürfte. Aber selbst wenn die niedrigste Zahl zutreffen sollte, wäre die Bilanz verheerend und jedes Kalkül mit alternierenden Opferzahlen unwürdig. Es hilft ersichtlich auch nicht, bei diesen Opfern zwischen Soldaten, bewaffneten Rebellen und Zivilisten zu differenzieren,<sup>52</sup> sowenig wie es hilft, nach den Tätern dieser Tötungen, also zwischen der NATO, den Rebellen und Gaddafis Truppen, zu unterscheiden. Denn die allermeisten Opfer, welcher Zugehörigkeit immer und von wem immer getötet, wären ohne die Intervention ganz einfach nicht ums Leben gekommen, weil Gaddafis Soldaten beim ersten Eingreifen Frankreichs und Englands unmittelbar vor der Niederschlagung der Rebellion, also der Beendigung der Gewalt in Libyen standen. *Alle* Opfer, die es nach dieser Niederschlagung nicht mehr gegeben hätte, sind daher auch (wenngleich selbstverständlich nicht nur) den Intervenienten zuzurechnen. Freilich und erneut: Hätte man den Eingriff unterlassen, so hätte man die vorläufige Fortdauer der Herrschaft Gaddafis hinnehmen müssen. So unerfreulich das für sich genommen gewesen wäre – es zu verhindern darf man keinen Krieg mit Zehntausenden von Toten führen.

Auch im Hinblick auf das zweite Ziel der Intervenienten, den regime change, ist kein hellerer Ausblick erkennbar. Weder ist die Lage in Libyen nach Gaddafis Sturz stabil, noch sind die Perspektiven, sie könnte es in absehbarer Zeit werden, besonders ermutigend. Weit eher steht zu befürchten, dass sich auch dieser von außen gewaltsam erzwungene „demokratische“ Regimewechsel in die lange Kette seiner gescheiterten Vorgänger einreihen wird. Zahlreiche wissenschaftliche Studien der letzten Jahre haben eindringlich das gravierende Risiko belegt, mit einem extern erzwungenen Regimewechsel nicht etwa eine demokratische Entwicklung in Gang zu setzen, sondern einen langfristigen Bürgerkrieg, nicht selten im klandestinen Modus des organisierten Terrorismus.<sup>53</sup> Eine solche „Irakisierung“ Libyens scheint für die kommenden Jahre alles andere als ausgeschlossen. Mit ihr würden die jetzt schon bedrückenden Folgen der Intervention politisch, rechtlich und vor allem menschlich zur Katastro-

---

„Rebellen: 50.000 Tote in Libyen“; wenige Stunden später wurde sie durch „Nato richtet sich auf weitere Präsenz in Libyen ein“ ersetzt; die Meldung der 50.000 Toten in dem Artikel blieb aber.

<sup>52</sup> Wiewohl es wenig Zweifel geben kann, dass die Mehrzahl davon (wie in allen Interventionen im Modus zahlloser Bombardements aus großen Höhen) Zivilisten gewesen sind.

<sup>53</sup> S. Pickering, *International Studies Quarterly* 2006, 539; Peic/Reiter, *British Journal of Political Science* 2011, 453; Downes, *Catastrophic Success: Foreign-Imposed Regime Change and Civil War*, 2010 (abrufbar unter [http://www.duke.edu/~downes/DOWNES\\_CATASTROPHI\\_C%20SUCCESS\\_JULY2010.pdf](http://www.duke.edu/~downes/DOWNES_CATASTROPHI_C%20SUCCESS_JULY2010.pdf), 10.10.2011); Wickham, *Muslim Journal of Human Rights* 2004, 1.

phe. Wer würde dem drangsalierten Volk nicht wünschen, dass ihm wenigstens das erspart bleibe.

### 5. Resümee: die Illegitimität der Resolution 1973

Das alles war vor Verabschiedung der Resolution 1973 absehbar. Es macht sie, meine ich, in der Sache eindeutig und gravierend falsch und damit materiell illegitim. Dass sich der Rat im formalen Rahmen seiner Zuständigkeit gehalten hat, ist dafür nicht von Belang. Zwar gibt es keine effiziente rechtliche Remedur für Resolutionen des SR (und die theoretische Möglichkeit einer Zweidrittel-Mehrheit der Generalversammlung, nach Art. 96 Abs. 1 UN-C ein entsprechendes Gutachten des IGH einzuholen, ist keine wirkliche, von ihrer politischen Aussichtslosigkeit abgesehen). Das bedeutet aber nicht, dass solche Entscheidungen des SR von Völkerrechtlern achselzuckend hingenommen werden sollten. Man hat sich im Völkerrecht durchaus angewöhnt, in Fällen, in denen der Rat durch das rein politisch motivierte Veto eines seiner ständigen Mitglieder blockiert wird und deshalb die dringend gebotene Intervention zur Verhinderung einer humanitären Katastrophe wie der eines Völkermords nicht autorisieren kann, die Unterscheidung von Legalität und Legitimität nachdrücklich zu betonen.<sup>54</sup> Man sollte auf der Unterscheidung auch im umgekehrten Fall bestehen: wenn der Rat Kriege autorisiert, die nach Grundprinzipien des Rechts nicht legitimierbar sind.

### V. Noch einmal zur Resolution 1973: die Verletzung des Prinzips der „Collective Security“

Auch wer das Ergebnis der vorstehenden Überlegungen ablehnt, müsste von einem gewichtigen anderen Aspekt der Resolution 1973 skeptisch gestimmt werden: dem darin enthaltenen gänzlichen Verzicht des Rats auf jede Einfluss- und Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Art, des Ausmaßes und der Dauer der Intervention. Er berührt den Grundsatz der „Collective Security“ nach Kap. VII der UN-Charta. Deren Verfasser haben aus guten Gründen die alleinige Zuständigkeit für das Führen legitimer Kriege dem Sicherheitsrat übertragen. Ihm kommt dabei die Aufgabe eines Treuhänders der gesamten Staatengemeinschaft zu. Das ist das Fundament, auf dem die ganze Architektur des Völkerrechts von Krieg und Frieden beruht. Es bedeutet mehr als bloß die kontingente Übereinkunft der Signatäre eines multilateralen Vertrags und mehr auch als nur eine möglichst effiziente prozedurale Sicherung der materiellrechtlichen Voraussetzungen militäri-

---

<sup>54</sup> Das bitterste Beispiel eines solchen Versagens ist das Ausbleiben einer Resolution nach Art. 42 UN-C im Fall des Völkermordes in Ruanda v. 1994, wiewohl der SR vor Beginn des Genozids mehrfach mit dem Thema befasst war; hier wäre der Rat zur Autorisierung einer Intervention nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet gewesen (s. dazu auch Art. 1 der Genozidkonvention); eingehend zum Ganzen *Welsh* (Fn. 21), S. 544 ff.

scher Gewalt.<sup>55</sup> Es ist vor allem der Ausdruck eines legitimatorischen Prinzips. Von der unmittelbaren Notwehr eines überfallenen Staates (Art. 51 UN-C) abgesehen, so lautet der Grundgedanke, soll allein die internationale Gemeinschaft als ganze – und als ihre treuhänderische Exekutive eben der SR – berechtigt sein, zwischenstaatliche militärische Gewalt anzuwenden. Ein friedensbrechender Staat greift das Grundprinzip allen Rechts an: das Gewaltverbot. Und er tut dies in der globalen Sphäre der Staatenwelt. Damit macht er *alle* Staaten zu normativ Verletzten. Denn er erschüttert das normative Fundament, auf dem die rechtlich gesicherte Existenz jedes Einzelnen von ihnen beruht. Und deshalb ist es die Sache aller, diese unrechtlige Gewalt mit legitimer Gegengewalt zu brechen oder zu verhindern. Dass in einem analogen Sinn auch der staatsinterne Friedensbruch zur Verletzung und damit zur Sache aller werden kann, wenn er die Grundnorm jeder legitimen staatlichen Existenz im Verhältnis zu den eigenen Bürgern verletzt, haben wir oben gesehen. Das ist das Prinzip einer richtig verstandenen Responsibility to Protect. Daher schützt die Weltgemeinschaft unter diesem Titel mit den betroffenen und bedrohten Menschen stets auch sich selbst: das normative Fundament ihrer rechtlichen Verfasstheit in Staaten.<sup>56</sup>

So wird die besondere Bedeutung fassbar, die dem Prinzip der Collective Security mitsamt der exklusiven treuhänderischen Zuständigkeit des SR bei der Autorisierung legitimer militärischer Gewalt zukommt. Vor diesem Hintergrund betrachte man noch einmal die Resolution 1973. „Alle erforderlichen Mittel“ der Gewaltanwendung, „all necessary measures“, hat der Rat den Intervenienten erlaubt. Die Formel ist in ihrer groben Unbestimmtheit irritierend genug.<sup>57</sup> Legt damit der Rat selbst oder legen erst die autorisierten Streitmächte einer Intervention fest, was „necessary“ ist? Im Völkerrecht hat man sich gleichwohl an die Wendung gewöhnt, seit sie der SR 1990 in seiner Resolution 678 zur Autorisierung des alliierten Militärschlags gegen den Irak erstmals verwendet und seither ins Arsenal seiner geläufigen Wendungen eingestellt hat.<sup>58</sup> Denn immerhin war der Zweck, zu dem im November 1990 diese Mittel eingesetzt werden durften, klar bestimmt: die Befreiung des von Saddam Hussein besetzten Kuwait. Und auch die Ziele jedenfalls der meisten anderen Resolutionen, in denen die Wendung auftaucht, waren halbwegs ex ante konkretisierbar.

Das heißt nicht, dass alle Staaten oder auch nur deren Mehrheit mit dieser Praxis einer Totaldelegation seiner Zuständigkeit durch den Rat einverstanden waren oder sind. Mexiko hat in einer Stellungnahme zur Haiti-Resolution 875 von 1994, in der die Formel „all necessary means“ auftaucht,

<sup>55</sup> Zu diesem „procedural aspect“ der Art. 39 ff. UN-C Franck, in: Besson/Tasioulas (Hrsg.) *The Philosophy of International Law*, 2010, S. 531 (S. 541 ff.).

<sup>56</sup> Sub. IV. 1.

<sup>57</sup> Eingehend dazu *Blokker*, *European Journal of International Law* 2000, 541.

<sup>58</sup> Eine Liste der bis zum Jahr 2000 wichtigsten Beispiele, schon damals 25 an der Zahl, bei *Blokker*, *European Journal of International Law* 2000, 541 (543 f.).

der darauf bezogenen Kritik plausiblen Ausdruck gegeben: „Einer undefinierten internationalen Streitmacht ist eine Art *carte blanche* erteilt worden zu handeln, wenn und wann es ihr angemessen erscheint. Wir halten das für eine äußerst gefährliche Praxis in der Sphäre der internationalen Beziehungen.“<sup>59</sup> Zahlreiche weitere kritische Stimmen seitens der Staatengemeinschaft haben diese Praxis des Rats ständig begleitet. Ob sie die Validierung einer gewohnheitsrechtlichen Akzeptanz beanspruchen kann, ist keineswegs klar. Bei *Blokker* heißt es: „It is surprising how often these resolutions were criticized precisely for the reason that the Council does not control the operations it authorizes.“<sup>60</sup>

Nun halte man neben die *carte blanche* der Gewaltmittel in Resolution 1973 außerdem die weitere des autorisierten Zieles, zu dem sie eingesetzt werden dürfen: den „Schutz von Zivilisten“. Damit wird der gänzlichen Unbestimmtheit der autorisierten Mittel eine vage Konturlosigkeit des erlaubten Zwecks beigegeben. Die Zuständigkeit zur jeweils konkreten Bestimmung, welche Gewalt „erforderlich“ sei und was „dem Schutz von Zivilisten“ diene, wird allein dem freien Ermessen der Intervenienten anheim gegeben. Und wie diese ihre Definitionsmacht aufgefasst haben, war an den zahlreichen Verlautbarungen des NATO-Generalsekretärs Rasmussen zu studieren. Nichts leichter offenbar, als im Tonfall eines Anrufbeantworters noch das gezielte Töten von Fernsehjournalisten, ja das Inkaufnehmen der „kollateralen“ Tötung von Gaddafis Enkelkindern als „Schutz von Zivilisten“ und „im strengen Einklang mit Resolution 1973“ zu deklarieren.

Was an der zynischen Unbefangenheit dieses Missbrauchs der Resolution deutlich wird, ist die grobe Verletzung des Fundamentalprinzips „Collective Security“ durch den SR. Was immer man diesem an Spielraum zur Definition einer Friedensbedrohung zubilligen mag: dass er *das* dürfe, dieses völlige Ausderhandgeben einer Maßnahme, die gerade wegen ihres stets problematischen Charakters als Ausnahme vom Grundprinzip des Rechts ihm allein treuhänderisch übertragen worden ist, wird sich schwerlich plausibel machen lassen. Das zeigt auch und sogar die Notwehnorm des Völkerrechts, Art. 51 UN-C. Selbst der sich gegen einen militärischen Angriff unmittelbar verteidigende Staat hat dieses, wie es in Art. 51 UN-C heißt, „naturgegebene Recht“ unter dem Vorbehalt, es nur bis zur anschließenden Übernahme der notrechtlichen Gewaltbefugnis durch den SR ausüben zu dürfen. Wenn sogar dieser genuine Fall legitimer Individualgewalt eines Einzelstaats nach dem Grundgedanken der Charta alsbald zu überführen ist in das Regime der Collective Security durch den SR, dann ist der umgekehrte Weg definitiv untersagt: die Überführung genuiner Kollektivgewalt in die schrankenlos autorisierte Ausübungsmacht jedes Einzelstaates, der „able and willing“ ist.

Was das bedeutet, liegt auf der Hand. Der Rat hat die Pflicht, die Zügel einer autorisierten Kriegführung grosso

<sup>59</sup> Zitiert bei *Blokker*, *European Journal of International Law* 2000, 541 (558).

<sup>60</sup> *Blokker*, *European Journal of International Law* 2000, 541 (555), mit zahlreichen Nachweisen der Kritik aus der Staatengemeinschaft.

modo in der eigenen Hand zu behalten – jedenfalls insofern, als er die Bestimmung der sachlichen und zeitlichen Grenzen der Gewaltanwendung für die wenigstens grundsätzliche Möglichkeit seiner eigenen Einflussnahme offen halten muss. Dazu hat er zahlreiche Möglichkeiten. Deren wichtigste ist die zeitliche Befristung der Gewaltanwendung. Sie ist umso mehr geboten, wenn einer der Intervenienten ein ständiges Mitglied des SR ist. Denn mit seinem Vetorecht hat er es dann in der Hand, bei unbefristet autorisierten Interventionen jede spätere Einflussnahme des Rates auszuschließen.<sup>61</sup> Im Fall der (unbefristeten) Libyen-Resolution waren es drei Vetomächte, die an der *carte-blanche*-Ermächtigung ihrer selbst mitgewirkt haben. Gravierender lässt sich das Prinzip der Collective Security kaum verletzen: Es wurde ausgeschaltet.

Auch weitere Kontrollmittel hätten dem SR zur Verfügung gestanden, etwa ein verbindliches Monitoring der Gewaltanwendung oder der spezifizierte Ausschluss bestimmter Gewaltmittel und -ziele, die jedenfalls hätten untersagt werden können. Nichts davon hat er in die Libyen-Resolution aufgenommen. Im Hinblick auf die sofort kalt ausgenutzte Möglichkeit ihres Missbrauchs ist sie, wohlwollend gedeutet, das Musterbeispiel einer grob fahrlässigen Fehlentscheidung.<sup>62</sup> Der Rat hat nicht etwa einen Schurkenstaat im Modus kollektiven Zwangs zurückgedrängt in die Schranken des Rechts. Er hat ein Mitglied der Vereinten Nationen zum international outlaw erklärt und der gänzlich unkontrollierten Gewalt aller anderen Staaten nach deren eigenen freien Gutdünken und zu einem nicht autorisierten Zweck preisgegeben. Auch im positivrechtlichen Sinn hat er die Sphäre seiner legitimen Zuständigkeit damit verlassen. Dass es keine Möglichkeit gibt, dies verbindlich festzustellen, sollte die Völkerrechtswissenschaft nicht dazu bewegen, es kritiklos hinzunehmen.

### VI. Ausblick? Trostlos.

Die Entwicklung der Responsibility to Protect gehört zu den erfreulichsten der jüngeren Völkerrechtsgeschichte. Dass sie aber selber geschützt werden muss, nämlich vor dem Zugriff auf ihr Potential zum Missbrauch, hat die Libyen-Intervention auf beklemmende Weise deutlich gemacht. Die Resolution 1973 jedenfalls hat die im Entstehen begriffene Norm einer universalen Hilfespflicht gegen gravierende und massenhafte völkerrechtliche Verbrechen nicht etwa bestärkt und, wie es eine Zeitungsphrase will, „mit Zähnen versehen“, sondern schwer beschädigt. Wie alle Hilfepflichten ist die RtoP in ihrem Inhalt unbestimmt. Das empfiehlt sie geradezu als Maskerade für jederlei sonstigen Zweck. Im Frühjahr 2008 erwog Frankreich unter Rekurs auf die RtoP eine Militärintervention in Burma, um nach dem verheerenden Zyklon „Nargis“ die Versorgung der Bevölkerung gegen das dortige Regime durchzusetzen. Das mag ein ehrliches und ehrenwer-

tes Motiv gewesen sein. Aber nur Monate später berief sich Russland für seine gewaltsame Intervention in Abchasien auf seine „Schutzpflicht“. Nun hat sich die NATO den noblen Titel für ihr Ziel des Regimewechsels in Libyen erschlichen. Was wird Anderen künftig einfallen? Wie viele der zahllosen Formen menschlichen Elends auf der Welt wären nicht geeignet, erst die Schutzpflicht und dann die Waffenarsenale zu mobilisieren?

Für die Mehrheit der Staaten dürfte auf die RtoP ein finsterner Schatten des Zweifels gefallen sein. Er wird die Fortentwicklung der Norm lange begleiten und irritieren. Und dass der Sicherheitsrat einmal mehr sein Talent demonstriert hat, sich als Treuhänder der Collective Security selbst zu diskreditieren, werden die künftigen Mitspieler der Weltpolitik nicht übersehen. Die allseitige Genugtuung über den Sturz Gaddafis scheint den Blick dafür zu verdunkeln, dass dieser Erfolg schon mit solchen Kriegsfolgen bei weitem zu teuer bezahlt ist. Nimmt man deren gewichtigste und schmerzlichste hinzu: die vielen tausend ausgelöschten Menschenleben, dann darf man wohl zweifeln, ob das spätere Urteil der Geschichte über diesen Krieg mit dem Votum der heutigen Leitartikel zur Deckung kommen wird.

---

<sup>61</sup> Ähnlich *Blokker*, *European Journal of International Law* 2000, 541 (566).

<sup>62</sup> Es dürfte auf Seiten der dann intervenierenden Ratsmitglieder freilich eher ein Fall von *dolus eventualis*, wenn nicht *dolus directus* gewesen sein.

# Das Völkerstrafrecht in der jüngsten Praxis des VN-Sicherheitsrates\*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Robert Frau**, Frankfurt an der Oder\*\*

## I. Einleitung

Ohne den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen wäre der heutige Entwicklungsstand des Völkerstrafrechts nicht vorstellbar. Mit der Gründung des Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien durch die Sicherheitsratsresolution 827<sup>1</sup> wurde ein Prozess in Gang gebracht, der über das Ruanda-Tribunal und die hybriden Tribunale zu dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) geführt hat. Auch wenn der IStGH unabhängig von den Vereinten Nationen (VN) existiert, hat der Sicherheitsrat seine Rolle als Motor der Entwicklung nicht verloren, wie der vorliegende Beitrag zeigt.

## II Die Überweisung der Situation in Libyen an den IStGH

Am deutlichsten zeigt sich die Bedeutung des Sicherheitsrates in seinen Reaktionen auf die Revolution in Libyen 2011. Mit Res. 1970 (2011)<sup>2</sup> überweist der Sicherheitsrat die Situation in Libyen seit dem 15.2.2011 an den IStGH. Dies ist nach der Res. 1593 (2005)<sup>3</sup> bereits das zweite Mal, dass der Sicherheitsrat diese Möglichkeit nutzt, um Konflikte in einem Nichtvertragsstaat des IStGH-Statuts strafrechtlich aufarbeiten zu lassen. Dies ist überraschend. Denn bei den Verhandlungen zum Römischen Statut war nicht nur umstritten, ob dem Sicherheitsrat diese Möglichkeit eingeräumt werden sollte,<sup>4</sup> es stand auch nicht zu erwarten, dass der Sicherheitsrat diese Möglichkeit in Zukunft nutzen werde.<sup>5</sup> Die Zweifel an einer solchen Überweisung gründeten damals auf den feindlichen Einstellungen einiger ständiger Mitglieder des Sicherheitsrates, allen voran der USA. Überraschend, aber konsequent,<sup>6</sup> war es daher, dass die USA nicht gegen die Res. 1593 (2005) stimmten, sondern sich der Stimme enthielten. Noch überraschender ist es nun, dass sich die USA bei der Res. 1970 (2011) nicht bloß enthielten, sondern für die Resolution stimmten. Darin dürfte aber keine Kehrtwende der US-amerikanischen Außenpolitik liegen. Denn neben der

Überweisung an den IStGH sieht die Res. 1970 (2011) weitere Maßnahmen gegen Libyen vor, auf die es den USA insbesondere ankam.<sup>7</sup> Die Überweisung an den IStGH war, anders als bei Res. 1593 (2005), nur eine von mehreren nichtmilitärischen Maßnahmen gegen Libyen, die durch Res. 1973 (2011) um militärische Maßnahmen ergänzt wurden.

Der IStGH kann grundsätzlich nur dann Straferichtsbarkeit über Personen ausüben, wenn der Gebietsstaat oder der Heimatstaat dieser Personen dem zugestimmt haben. Der Konsens Libyens fehlt, daher darf der IStGH im Grundsatz keine Gerichtsbarkeit über Straftaten libyscher Staatsangehöriger auf libyschem Territorium ausüben. Den fehlenden Konsens Libyens ersetzt Res. 1970 (2011) des Sicherheitsrates nach Kapitel VII VNCh. Konkret für den Fall Libyens bedeutet dies: der Sicherheitsrat schafft für den IStGH eine völkerrechtliche Grundlage (a), nimmt sowohl ausdrücklich als auch implizit auf das IStGH-Statut Bezug und macht sich dieses damit zu eigen (b), verpflichtet Libyen zur Duldung aller Maßnahmen (c) und macht Libyen im Ergebnis zu einer quasi-Vertragspartei des IStGH-Statuts (d).<sup>8</sup>

### 1. Voraussetzungen für eine Überweisung

Voraussetzung einer völkerrechtskonformen Gerichtsbarkeit im Falle Libyens ist daher, dass die Res. 1970 (2011), am Maßstab der Ursprungsrechtsordnung gemessen, rechtmäßig ist<sup>9</sup> und im Rahmen der Vorgaben des IStGH-Statuts bleibt.

---

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der *Verf.* auf der Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht im Juni 2011 in Den Haag gehalten hat. Der *Verf.* dankt insb. Frau Mag. *Dorota Banaszewska* und Herrn Prof. *Dr. Claus Kreß* und *Robert Wilke* für ihre wertvollen Anmerkungen.

\*\* *Dr. Robert Frau* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Europarecht und ausländisches Verfassungsrecht der Europa-Universität Viadrina, frau@europa.uni.de.

<sup>1</sup> Res. 827 (1993) v. 25.5.1993.

<sup>2</sup> Res. 1970 (2011) v. 26.2.2011.

<sup>3</sup> Res. 1593 (2005) v. 31.3.2005.

<sup>4</sup> Statt vieler *Williams/Schabas*, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008, Art. 13 Rn. 1.

<sup>5</sup> *Cassese*, JICJ 4 (2006), 434 (436).

<sup>6</sup> *Frau*, *Das Verhältnis zwischen dem ständigen Internationalen Strafgerichtshof und dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen*, 2010, S. 323 f.

---

<sup>7</sup> Zu den Maßnahmen des Sicherheitsrates in Bezug auf Libyen *Geiß/Kashgar*, VN 2011, 99; *Brunner/Frau*, HuV-I 2011, im Erscheinen. Diese Maßnahmen sind durch Res. 2009 (2011) v. 16.9.2011 substantiell verändert worden.

<sup>8</sup> *Condorell/Villalpando*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Bd. 1, 2002, S. 627 (S. 630); *Berman*, in: von Hebel/Lammers/Schukking (Hrsg.), *FS A. Bos, Reflections on the International Criminal Court – Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, S. 173 (S. 174); *Hoffmeister/Knoke*, *ZaöRV* 59 (1999), 785 (789). Zur näheren Begründung der hier vertretenen Auffassung *Frau* (Fn. 6), S. 251 ff.

<sup>9</sup> Die Frage der Rechtmäßigkeit von Resolutionen nach Kapitel VII VNCh ist höchst umstritten, vgl. nur IGH, Gutachten v. 20.7.1962, *Abweichende Meinung Richter Morelli*, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter)* = ICJ Reports 1962, 216; *Alvarez*, *AJIL* 90 (1996), 1; *Bedjaoui*, *The New World Order and the Security Council – Testing the Legality of its Acts*, 1994, passim; *De Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, passim; *Martenczuk*, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats, Die Überprüfung nichtmilitärischer Zwangsmaßnahmen durch den Internationalen Gerichtshof*, 1996, passim; *Payandeh*, *ZaöRV* 66 (2006), 41 Der vorliegende Beitrag geht davon aus, dass es Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Resolutionen nach Kapitel VII VNCh gibt, eine Resolution also rechtswidrig sein kann und dass eine rechtswidrige Resolution nicht zu

Verlässt sie den Rahmen des IstGH-Statuts, so darf der IstGH sie nicht berücksichtigen (Art. 19 Abs. 1, 21 IstGH-Statut).

a) *Die Bedrohung des Weltfriedens durch die Lage in Libyen, Art. 39 VNCh*

Voraussetzung für ein Handeln des Sicherheitsrates im Rahmen von Kapitel VII VNCh ist zunächst, dass er nach Art. 39 VNCh eine Bedrohung des Weltfriedens festgestellt hat. Bei der Feststellung dieser Tatbestandsvoraussetzungen verfügt der Sicherheitsrat über einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum.<sup>10</sup> Doch ist der Rat nicht völlig ungebunden, wie schon die bloße Existenz der Voraussetzungen von Art. 39 VNCh zeigt.<sup>11</sup> Verschiedentlich sind Zweifel daran geäußert worden, dass die Lage in Libyen eine solche Friedensbedrohung darstellt.<sup>12</sup> Der Konflikt sei eine rein innerstaatliche Angelegenheit, denn es handle sich lediglich um die Bekämpfung von gewaltsamen Protesten. Diese müsse einem Staat aber stets selbst vorbehalten bleiben. Die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit obliegt nach klassischer Völkerrechtslehre in der Tat dem Territorialstaat. Dies kann aber nur noch eingeschränkt gelten. Die Völkerrechtsordnung hat sich dahingehend entwickelt, auch solche Konflikte dem Völkerrecht zu unterwerfen, die rein innerstaatlich sind – davon zeugte bereits die Verabschiedung des Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konvention von 1949 und des Zusatzprotokolls II zu den Genfer Konventionen von 1977.<sup>13</sup> Das Völkerrecht gibt dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Kompetenz, in

Konflikte einzugreifen, die eigentlich rein interne Angelegenheiten sind, aber internationale Momente beinhalten.<sup>14</sup>

In den Erwägungsgründen der Res. 1970 (2011) missbilligt der Sicherheitsrat die „grobe und systematischen Verletzungen der Menschenrechte“ und erwägt, ob die „ausgedehnten und systematischen Angriffe gegen die Zivilbevölkerung [...] möglicherweise Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen.“ Er bezieht sich damit auf rein interne Sachverhalte, die nach herrschender Auffassung bereits eine Bedrohung des Weltfriedens begründen sollen.<sup>15</sup> Diese Auffassung verkennt allerdings, dass der Friedensbegriff aus Art. 39 VNCh immer eine internationale Dimension beinhaltet und ausschließlich negativ auf die Abwesenheit zwischenstaatlicher Gewalt zu beziehen ist.<sup>16</sup> Entgegen der herrschenden Auffassung deckt die Praxis des Sicherheitsrates eine erweiternde Auslegung auch (noch) nicht. Der Sicherheitsrat betont in allen Resolutionen nach Kapitel VII VNCh immer ein grenzüberschreitendes Moment. Oft liegt dieses Moment in Flüchtlingsströmen. So war sich der Sicherheitsrat bewusst, dass die Situation in Somalia im Jahr 1992 „Auswirkungen auf die Stabilität und den Frieden der Region“ hat und zeigte sich besorgt darüber „dass das Fortbestehen dieser Situation [...] eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt.“<sup>17</sup> Er verwies in der Folge vor allem auf das Problem der Flüchtlingsströme. Dabei dankte er den Nachbarländern Somalias für die Aufnahme der „zahlreichen durch den Konflikt vertriebenen Flüchtlinge“ und nahm Kenntnis von „den Schwierigkeiten, die ihnen [den Staaten, Anm. d. Verf.] die Anwesenheit von Flüchtlingen in ihrem Hoheitsgebiet verursacht.“<sup>18</sup> Auch im Falle Ruandas 1994 stellte der Sicherheitsrat fest, dass die Situation eine Bedrohung des internationalen Friedens darstellte.<sup>19</sup> Er verwies

---

einer rechtmäßigen Strafverfolgung führen kann, die Gerichtsbarkeit des IstGH in einem solchen Fall also gerade nicht erweitert wird. Diese Voraussetzungen sind bei zwingendem Völkerrecht, grundlegenden Menschenrechten und einigen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts zu sehen. Eine nähere Begründung dieser Auffassung findet sich bei *Frau* (Fn. 6), S. 34 ff.

<sup>10</sup> *Akehurst/Malanczuk*, A Modern Introduction to International Law, 6. Aufl. 1987, S. 219: „A threat to the peace is whatever the Security Council says is a threat to the peace.“ Ebenso: *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 4. Aufl. 2005, S. 284; *Combacau*, Le Pouvoir de sanction de l'O. N. U., 1974, S. 259; IGH, Gutachten v. 20.7.1962, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter) = ICJ Rep. 1962, 151 (168); *Conforti/Focarelli*, The Law and Practice of the United Nations, 4. Aufl. 2010, S. 204.

<sup>11</sup> *Lorinser*, Bindende Resolutionen des Sicherheitsrats, 1996, S. 46.

<sup>12</sup> Am prominentesten *Merkel*, FAZ v. 22.3.2011, S. 31; hierauf kritisch replizierend: *Tomuschat*, FAZ v. 23.3.2011, S. 29; s. auch *Merkel*, ZIS 2011, 771.

<sup>13</sup> Zusatzprotokoll II zu den Genfer Konventionen von 1949 vom 8.6.1977; BGBI. 1990 II, S. 1637; UNTS Bd. 1125, S. 609.

---

<sup>14</sup> Näher *Fischer*, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 60 Rn. 8; *Frowein/Krisch*, in: Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, A Commentary, 2. Aufl. 2002, Art. 39 Rn. 25.

<sup>15</sup> *Lailach*, Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgabe des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, 1998, S. 132 ff.; *Frowein/Krisch* (Fn. 14), Art. 39 Rn. 18 ff.; *Delbrück*, VRÜ 1993, 6; *Schmitz*, Durchgriffswirkung von Maßnahmen der UN und ihrer Sonderorganisationen unter Berücksichtigung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates, Die Entwicklung supranationaler Strukturen, 2003, S. 169 ff.; *Pape*, Humanitäre Intervention, 1997, S. 134. Direkt zu den Libyen-Resolutionen des Sicherheitsrates aus dem Jahr 2011 äußert sich *Tomuschat*, FAZ v. 23.3.2011, S. 29, in dieser Richtung.

<sup>16</sup> *de Wet* (Fn. 9), S. 175. *Conforti/Focarelli* (Fn. 10), S. 206; *Frau* (Fn. 6), S. 136 ff.

<sup>17</sup> Res. 733 (1992) v. 23.1.1992.

<sup>18</sup> Res. 814 (1993) v. 26.3.1993. Der Sicherheitsrat betonte dabei, dass die Situation in Somalia einzigartig und neuartig sei (Res. 794 [1992] v. 3.12.1992). Der Generalsekretär teilte diese Meinung (vgl. The Situation in Somalia – Report of the Secretary General, S/23693 v. 11.3.1992, Rn. 72).

<sup>19</sup> Res. 955 (1994) v. 8.11.1994.

dabei auf seine früheren Resolutionen,<sup>20</sup> die, wie im Falle Somalias, der Besorgnis über massive Flüchtlingsströme in die Nachbarstaaten Ausdruck verliehen. Daneben betonte der Sicherheitsrat in beiden Fällen die Verletzung von Völkerrecht, insb. von humanitärem Völkerrecht (Res. 794 [1992] v. 3.12.1992; Res. 955 [1994] v. 8.11.1994), und zog infolge das Völkerstrafrecht zur Aufarbeitung des Konfliktes in Ruanda heran (Res. 955 [1994] v. 8.11.1994). Durch dieses internationale Moment – der Geltung des Völkerrechts durch die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und das Völkerstrafrecht – ist die Situation der rein nationalen Sphäre enthoben und die *domaine réservé* des betroffenen Staates ist nicht betroffen.<sup>21</sup>

Folgerichtig drückt der Sicherheitsrat auch in Erwägungsgrund 7 der Res. 1970 (2011) seine Besorgnis über die Not der Flüchtlinge aus, „die sich gezwungen sehen, vor der Gewalt in der Libysch-Arabischen Dschamahirija zu fliehen“. Darin kommt das seit Beginn der 1990er Jahre vorherrschende Gefahrenverständnis des Sicherheitsrates zum Ausdruck. Auch andere Erwägungen rechtfertigen die Befassung des Sicherheitsrates. Libyen ist nicht der einzige Staat der Region, der im Jahr 2011 Proteste seiner Staatsbürger erlebt hat. Die Rebellen haben eine grundlegende Änderung der politischen Strukturen gefordert. Gaddafi reagierte auf diese Proteste mit Gewalt. Ein erfolgreiches Vorgehen Gaddafis könnte Vorbildcharakter für die Regierungen in anderen Staaten haben. Auch dort könnten die Proteste von Beginn an gewaltsam bekämpft werden.<sup>22</sup> Insoweit kann die erfolgreiche Niederschlagung des libyschen Aufstandes sowohl zu schweren Menschenrechtsverletzungen als auch zur Begehung Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten in anderen arabischen Staaten, als auch zu grenzüberschreitenden Bürgerkriegen führen und in der Folge die gesamte Region destabilisieren. Die Gefahr eines „Vorbilds Gaddafi“ ist damit ein weiterer beachtlicher Aspekt der Bedrohung des Weltfriedens, auch wenn der Sicherheitsrat diesen nicht ausdrücklich anspricht.

Die sog. „responsibility to protect“ eröffnet den Handlungsspielraum des Kapitel VII VNCh hingegen nicht. In den Erwägungsgründen 9 der Res. 1970 (2011) und 4 der Res. 1973 (2011) erklärt der Sicherheitsrat zwar, dass die libyschen Behörden für den Schutz der Bevölkerung verantwortlich seien. Hiermit weist er auf die Pflicht eines jeden Staates hin, seine Bevölkerung vor schweren Verbrechen gegen das Leben und die Gesundheit, gerade in Zeiten von Krisen, zu bewahren und zu beschützen. In diesen Erwägungsgründen ist aber keine Bezugnahme auf das Konzept der Responsibility to Protect<sup>23</sup> (R2P) zu sehen. Dieser neue

Ansatz soll schwerste Menschenrechtsverletzungen durch Kriegsverbrechen, Völkermord, ethnischen Säuberungen sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit unterbinden. Zuvorderst ist demnach der Staat verpflichtet, die Bevölkerung hiervon zu bewahren. Ist er nicht willens oder nicht in der Lage dies zu tun, oder ist er, wie in Libyen, gar selbst dafür verantwortlich, soll die Schutzverantwortung auf die internationale Gemeinschaft, vertreten durch die Vereinten Nationen, übergehen. Diese können dann, auf der dritten Stufe, notfalls auch eine militärische Intervention beschließen, wozu der Sicherheitsrat herangezogen werden soll.<sup>24</sup> Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die „responsibility to protect“ keinen neuen (völker-)rechtlichen Gehalt hat. Sie schafft weder für die Staaten noch für die internationale Gemeinschaft Rechte oder Pflichten,<sup>25</sup> noch ändert sie etwas an den Voraussetzungen des Kapitel VII VNCh.<sup>26</sup> Das Abschlussdokument des Weltgipfels 2005, indem sie enthalten ist, entfaltet keine rechtliche Bindung.<sup>27</sup> Generalversammlungsresolutionen können zwar zur Weiterentwicklung des Völkerrechts beitragen, indem sie etwa einer für das Gewohnheitsrecht relevanten Rechtsüberzeugung der Staaten Ausdruck verleihen oder Anstoß zu einer bestimmten Staatenpraxis geben. Eine solche kollektive Rechtsüberzeugung lässt sich jedoch für die „responsibility to protect“ allenfalls in Ansätzen nachweisen.<sup>28</sup> Dies gilt insb. für Res. 1970 (2011). Ob diese Resolution der Ausgangspunkt für eine neue Auslegung des Begriffs der Friedensbedrohung in Art. 39 VNCh sein wird, ist mehr als fraglich:<sup>29</sup> Eine Bezugnahme durch den Sicherheitsrat selbst hat nicht stattgefunden. Der Sicherheitsrat hat dann, wenn er sich in einer Resolution auf die R2P, wie sie sich im Abschlussdokument des Weltgipfels wiederfindet, beziehen wollte, die Resolution der Generalversammlung auch zitiert.<sup>30</sup> Im Falle der Resolutionen 1970 (2011) und 1973 (2011) fehlt ein sowohl ein direkter Verweis auf die R2P als auch auf die Res. 1674 (2006), sodass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Konzept im Falle Libyens in Ansatz gebracht werden sollte. Ebenso hat die Mehrheit der

2009, <http://www.mpepil.com> sowie Schaller, SWP-Aktuell 46 Juni 2008. Der Generalsekretär der Vereinten Nationen hat bei der Beschlussfassung im Sicherheitsrat noch nicht auf die R2P verwiesen (Protokoll der 6490. Sitzung des Sicherheitsrates UN-Doc. S/PV.6490 v. 25.2.2011, S. 8), in seinen folgenden Stellungnahmen diesen Bezug jedoch hergestellt (vgl. Pressemitteilung vom 6.3.2011, abrufbar auf <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=5120>) und seinen Bericht an den Sicherheitsrat vom 24.3.2011 [abrufbar auf <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=5166>]).

<sup>24</sup> Hierzu Schaller, SWP-Aktuell 46 Juni 2008, S. 5 f.

<sup>25</sup> Schaller, SWP-Aktuell 46 Juni 2008, S. 6. A.A. Verlage, Responsibility to Protect, 2009, S. 247, 330, 404.

<sup>26</sup> Rausch, Responsibility to Protect, 2011, S. 195.

<sup>27</sup> Vgl. Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Fn. 14), § 18 Rn. 21; für die R2P s. Schaller, APuZ 46/2008, 9 (13).

<sup>28</sup> Schaller, SWP-Aktuell 46 Juni 2008, S. 6 f.

<sup>29</sup> Für eine R2P-freundlich Auslegung des Art. 39 VNCh schon vor Res. 1970 (2011) Verlage (Fn. 25), S. 262.

<sup>30</sup> Res. 1674 (2006) v. 28.4.2006.

<sup>20</sup> Vgl. Res. 912 (1994) v. 21.4.1994; Res. 918 (1994) v. 17.5.1994; Res. 925 (1994) v. 8.6.1994.

<sup>21</sup> Zu den Unklarheiten über den Umfang der *domaine réservé* im Detail vgl. Fischer (Fn. 14), § 60 Rn. 65.

<sup>22</sup> Wie ernst zu nehmen diese Gefahr ist zeigt sich am Beispiel Syriens sehr deutlich.

<sup>23</sup> UN-Doc. A/RES/60/1 v. 24.10.2005, Rn. 138 ff. Zum Ganzen Winkelmann, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online,

Mitglieder des Sicherheitsrates einen solchen Bezug nicht zu erkennen vermocht; einzig der französische Vertreter war im Sicherheitsrat der Auffassung, dass die R2P herangezogen wurde.<sup>31</sup> Eine einzige Stellungnahme begründet eine kollektive Rechtsüberzeugung nicht. Damit kann dem Bekenntnis der Staaten zur Schutzverantwortung nur eine politisch-moralische Absichtserklärung entnommen werden.<sup>32</sup>

Im Ergebnis nimmt der Sicherheitsrat damit im Falle Libyens eine Gefährdung des Weltfriedens an.<sup>33</sup> Problematisch ist aber, dass der Sicherheitsrat in Res. 1970 (2011) gerade keine ausdrückliche Feststellung einer Friedensbedrohung getroffen, sondern diese erst in Res. 1973 (2011) nachgeholt hat.<sup>34</sup>

#### *b) Fehlende ausdrückliche Feststellung einer Friedensbedrohung*

Regelmäßig findet sich in Resolutionen, die auf Kapitel VII der VNCh gestützt werden, die Formulierung: „determining that the situation in X constitutes a threat to international peace and security“. Verschiedentlich wird gefordert, dass eine solche Feststellung ausdrücklich getroffen werden müsse.<sup>35</sup> Begründet wird dies damit, dass Art. 39 VNCh eine solche Verpflichtung vorsehe und das es Sinn und Zweck einer solchen Feststellung sei, den Staaten deutlich aufzuzeigen, dass es sich um eine Resolution nach Kapitel VII VNCh handelt, die zu befolgen ist.<sup>36</sup> Eine solche Pflicht zur ausdrücklichen Feststellung lässt sich den verschiedenen authentischen Fassungen jedoch nicht entnehmen.<sup>37</sup> Die teleologische Auslegung, die an Sinn und Zweck der VNCh anknüpft, Art. 31 Abs. 1 WVK, führt ebenfalls nicht zu einer solchen ausdrücklichen Feststellungspflicht. Sinn und Zweck von Art. 39 VNCh ist, dass sich der Sicherheitsrat bewusst wird, im Rahmen von Kapitel VII VNCh zu handeln, den Staaten eben dies deutlich zu machen, damit diese um ihre Verpflichtung nach Art. 25 VNCh wissen und um ein effektives Handeln des Sicherheitsrates zu ermöglichen. Allerdings werden diese Ziele nicht nur durch eine ausdrückliche Feststellung erreicht – immerhin besteht Einigkeit, das auch kein ausdrücklicher Verweis auf Art. 39 VNCh erforderlich ist –, sondern auch dadurch, dass der Sicherheitsrat ausdrücklich

erwähnt, dass er unter Kapitel VII VNCh tätig wird.<sup>38</sup> Dies geschieht regelmäßig durch den Verweis „Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations“. Diesen Hinweis hat der Sicherheitsrat in der Res. 1970 (2011) gegeben.

Unterlässt der Sicherheitsrat eine ausdrückliche Feststellung der Gefährdung, so reicht der Rekurs auf die Feststellung „Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations“ nur solange aus, wie auch objektiv eine tatsächliche Lage besteht, die eine Friedensgefährdung darstellt. Mit *Andreas Zimmermann* ist auch in diesem Fall das objektive Vorliegen einer Friedensgefährdung zu fordern.<sup>39</sup> Denn wenn der Sicherheitsrat weder eine solche Feststellung treffen noch eine solche Situation nach Art. 39 VNCh objektiv vorliegen müsste, wären der Art. 39 VNCh und die darin normierten Tatbestandsvoraussetzungen überflüssig.<sup>40</sup> Der Sicherheitsrat hat zwar weitreichende Befugnisse im Rahmen von Kapitel VII VNCh verliehen bekommen, grenzenlos können diese jedoch nicht sein.<sup>41</sup>

Nach alledem ergibt sich, dass die Feststellung einer konkreten Friedensgefährdung mit grenzüberschreitenden Effekten im Falle Libyens implizit geschehen ist und der Sicherheitsrat damit die Voraussetzungen erfüllt hat, die vom Kapitel VII der Charta vorgegeben werden.

#### *b) Vorgaben des IStGH-Statuts*

Damit steht auch fest, dass der IStGH völkerrechtsgemäß Gerichtsbarkeit über die Situation in Libyen ausüben kann. Der Sicherheitsrat belastet diese Gerichtsbarkeit jedoch mit einigen „Hypothesen“, die nachfolgend erörtert werden.

##### *aa) Ausnahme von der Gerichtsbarkeit*

Wie bereits ähnlich in Res. 1593 (2005) sieht Res. 1970 (2011) vor, „dass Staatsangehörige, derzeitige oder ehemalige Amtsträger sowie derzeitiges oder ehemaliges Personal eines Staates außerhalb der Libysch-Arabischen Dschamahirija, der nicht Vertragspartei des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ist, in Bezug auf alle behaupteten Handlungen oder Unterlassungen aufgrund von oder im Zusammenhang mit Einsätzen in der Libysch-Arabischen Dschamahirija, die vom Rat eingerichtet oder genehmigt wurden, der ausschließlichen Gerichtsbarkeit dieses Staates unterliegen, es sei denn, dass dieser Staat auf die ausschließliche Gerichtsbarkeit ausdrücklich verzichtet“. Anders als noch im Jahr 2005<sup>42</sup> war diese Gerichtsbarkeitsausnahme im Falle Libyens kein Diskussionsthema im Sicherheitsrat.

<sup>31</sup> Protokoll der 6490. Sitzung des Sicherheitsrates UN-Doc. S/PV.6490 v. 25.2.2011, S. 5.

<sup>32</sup> Anders nunmehr *Geiß/Kashgar*, VN 2011, 99, die aus dem Konzept der Schutzverantwortung auch die Begründung einer Rechtspflicht der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates für möglich halten, den Sicherheitsrat bei humanitären Katastrophen nicht durch ein Veto am Eingreifen zu hindern.

<sup>33</sup> So jetzt auch *Geiß/Kashgar*, VN 2011, 99.

<sup>34</sup> Res. 1973 (2011) v. 17.3.2011

<sup>35</sup> Vgl. *Frowein/Krisch* (Fn. 14), Art. 39 Rn. 26 ff. m.w.N. Grundlegend *Zimmermann*, in: *Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum* (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace*, Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, S. 253 (S. 262 ff.).

<sup>36</sup> *Frowein/Krisch* (Fn. 14), Art. 39 Rn. 27.

<sup>37</sup> *Frau*, AVR 2011, im Erscheinen.

<sup>38</sup> *Frowein/Krisch* (Fn. 14), Art. 39, Rn. 27.

<sup>39</sup> *Zimmermann* (Fn. 35), S. 253 (S. 263).

<sup>40</sup> *Conforti/Focarelli* (Fn. 10), S. 205.

<sup>41</sup> *Lorinser*, *Bindende Resolutionen des Sicherheitsrats*, 1996, S. 46.

<sup>42</sup> Protokoll der 5158. Sitzung des Sicherheitsrates, UN-Doc. S/PV. 5158 v. 31.3.2005, S. 6. Vgl. noch *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. Aufl. 2007, S. 51.

Die Bedenken der Literatur<sup>43</sup> gegen eine solche Ausnahme sind im Ergebnis nicht berechtigt. Streng genommen handelt es sich schon nicht um eine Ausnahme, denn Angehörige von Nichtvertragsstaaten, die Verbrechen in Libyen begehen, unterfallen grundsätzlich nicht der Gerichtsbarkeit des IStGH. Erst die Überweisung des Sicherheitsrates erweitert die Gerichtsbarkeit auf libysches Territorium, sie ist dabei von vornherein auf libysche Staatsangehörige und Staatsangehörige von Vertragsparteien des IStGH-Statuts beschränkt. Damit nimmt der Sicherheitsrat dem Gerichtshof keine Kompetenz, die der Gerichtshof bereits hatte.<sup>44</sup> Denn der IStGH kann nur aufgrund einer Ermächtigung des Sicherheitsrates in Libyen tätig werden, die als Maßnahme nach Kapitel VII VNCh ergangen sein muss. Allein die Rechtsmacht des Sicherheitsrates ersetzt den fehlenden Konsens eines Staates. Der Sicherheitsrat nimmt durch die Gerichtsbarkeitsausnahme dem IStGH eben keine Kompetenz, die dieser vorher hatte.<sup>45</sup> Bei seiner Maßnahmenauswahl genießt der Sicherheitsrat einen kaum begrenzten Ermessensspielraum.<sup>46</sup> Daher liegt es in seinem ausschließlichen Ermessen, wie weit er die Befugnisse des IStGH erweitern möchte.

Darüber hinaus ist die Gerichtsbarkeitsausnahme nicht willkürlich. Denn das Völkergewohnheitsrecht kennt verschiedene Anknüpfungsprinzipien, welche die Ausübung von Strafgewalt erlauben.<sup>47</sup> Das IStGH-Statut nutzt, solange es sich um Staatenüberweisungen oder proprio-motu-Ermittlungen handelt, mit Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut nur zwei Anknüpfungsprinzipien und bleibt damit hinter dem Gewohnheitsrecht zurück.<sup>48</sup> Für den Fall einer Sicherheitsratsüberweisung hält das Statut dagegen keine Bestimmung vor. Damit ist der Sicherheitsrat frei, irgendeines der gewohnheitsrechtlichen Anknüpfungsprinzipien auszuwählen<sup>49</sup> oder, e contrario, auszuschließen.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> *Condorelli/Ciampi*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 590 (596); *Cryer*, Leiden Journal of International Law 19 (2006), 195 (217); *Happold*, ICLQ 55 (2006), 226 (231 f.).

<sup>44</sup> *Zimmermann*, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 681 (S. 694 f.); *Kreß*, in: Kempf/Jansen/Müller (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II, Verstehen und Widerstehen, 2006, S. 319 (S. 326 f.).

<sup>45</sup> *Zimmermann* (Fn. 44), S. 681 (S. 694).

<sup>46</sup> *Akehurst/Malanczuk* (Fn. 10), S. 219: „A threat to the peace is whatever the Security Council says is a threat to the peace.“ Ebenso: *Dinstein* (Fn. 10), S. 284; *Combacau* (Fn. 10), S. 259; IGH, Gutachten v. 20.7.1962, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter) = ICJ Reports 1962, 151 (168); *Conforti/ Focarelli* (Fn. 10), S. 204.

<sup>47</sup> *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, §§ 16 ff.

<sup>48</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2002, § 199 III 3. a (S. 1152); *Phillips*, Criminal Law Forum 10 (1999), 61 (68).

<sup>49</sup> *La Haye*, Netherlands International Law Review XLVI (1999), 1 (19 ff.); *Gowlland-Debbas*, in: Byers (Hrsg.), The Role of Law in International Politics – Essays in International

Das Erfordernis, gemäß Art. 13 lit. b IStGH-Statut eine „Situation“ zu überweisen, schließt es nicht aus, dass der Sicherheitsrat einzelne Personengruppen von der Gerichtsbarkeit ausnimmt. Auf den Begriff der „Situation“ einigten sich die Staatenvertreter erst auf der Konferenz von Rom 1998. Mit dieser Begriffswahl war vor allem eine Absage an die Begriffe „case“, „complaint“ und „matter“ verbunden. Bei allen Unklarheiten über die genauen begrifflichen Unterschiede<sup>51</sup> lässt sich festhalten, dass ein „case“ bzw. ein „complaint“ vor allem den Einzelfall meinte, also entweder eine Tathandlung oder auch das Verhalten einer einzelnen Person, während die Begriffe „matter“ und „situation“ weiter gefasst sind und sich gerade nicht auf ein individualisierbares Verhalten beziehen. Damit bedeutet das Erfordernis, eine „Situation“ zu überweisen in erster Linie den Ausschluss der Überweisung von Einzelfällen. Eine Begrenzung der Strafverfolgung nach oben, also nach bestimmten Personengruppen, ist durch das Tatbestandsmerkmal „situation“ nicht ausgeschlossen.

Eine an systematischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung ergibt, dass dem Sicherheitsrat ein Begrenzungsrecht zukommen soll. Die Existenz von Art. 16 IStGH-Statut gibt eindeutig zu verstehen, dass bestimmte Fälle ausgenommen werden dürfen. Dafür gibt es rechtliche Grenzen,<sup>52</sup> am Anfang steht jedoch eine politische Entscheidung des Sicherheitsrates. Wenn Art. 16 IStGH-Statut dahingehend auszulegen ist, dass sogar einzelne Fälle für eine gewisse Zeit nicht verfolgt werden dürfen, dann muss auch im Rahmen von Art. 13 lit. b IStGH-Statut eine Begrenzung möglich sein. Das, was Art. 16 IStGH-Statut nachträglich stoppt, würde bei einer Resolution nach Art. 13 lit. b IStGH-Statut von vornherein „ausgenommen“ werden.

In Bezug auf politische oder ethnische und religiöse Eigenschaften ist das IStGH-Statut blind. Eine Differenzierung anhand dieser Kriterien verbietet sich. Das Statut ist aber bei weitem nicht blind gegenüber dem Völkerrecht, und das

Relations and International Law, 2000, S. 277 (S. 296 ff.); *Burghardt/Geneuss*, ZIS 2009, 126 (128).

<sup>50</sup> *Frau* (Fn. 6), S. 270 ff.

<sup>51</sup> Aus den Vorarbeiten geht nicht hervor, worin die Unterschiede liegen sollen. Vgl. Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session 2 May – 22 July 1994, UN-Doc. A/49/19 (ILC-Entwurf), S. 85 f.; Ad-hoc-Report, Rn. 120 f. (S. 27); Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court Vol. I, UN-Doc. A/51/22 v. 13.9.1996, Rn. 132 ff. (S. 31 f.); Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN-Doc. A/CONF.183/2/Add.1 v. 14.4.1998, S. 34.

<sup>52</sup> Zu den genauen Voraussetzungen von Art. 16 IStGH vgl. *Schabas*, The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute, 2010, Art. 16 S. 328 ff.; *Bergsmo/Pejic*, in: Triffterer (Fn. 4), Art. 16; *Kreß*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2002, 1087; *Kurth*, Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofs zum UN-Sicherheitsrat unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsratsresolution 1422 (2002), 2006, S. 123 ff.

allgemeine Völkerrecht hält der Strafverfolgung durch den IStGH mögliche Grenzen vor.

Dieses Ergebnis trägt auch die Praxis des Gerichtshofs. Als im Dezember 2003 mit der Situation in Uganda die erste Selbstanzeige eines Staates stattfand, benannte die Regierung den Fall als „situation concerning the Lord’s Resistance Army“. Diese Formulierung wurde dahingehend verstanden, dass die Regierung den IStGH nur nutzen wollte, um die Rebellen zu bekämpfen, die eigenen Truppen aber ausnehmen wollte.<sup>53</sup> Der Ankläger wies den Präsidenten des IStGH darauf hin:

„My Office has informed the Ugandan authorities that we must interpret the scope of the referral consistently with the principles of the Rome Statute, and hence we are analyzing crimes within the situation of northern Uganda by whomever committed.“<sup>54</sup>

Die Äußerungen des Anklägers sind dabei dem ugandischen Versuch geschuldet, die Ermittlungen von Beginn an parteiisch zu lenken. Der Ankläger reagierte auf diese Strategie und unterschied in seiner Untersuchung nicht zwischen Rebellen und Staatsorganen, über die mögliche Strafverfolgung anderer Personen sagt seine Stellungnahme nichts aus. Seine Weigerung, nur bestimmte Personengruppen einer Untersuchung zu unterziehen, bezieht sich somit auf die Strafbarkeit der anderen Konfliktpartei.

Rechtmäßig ist auch die Begründung der ausschließlichen Strafgewalt des truppenstellenden Staates. Im Vertragsrecht sind Verpflichtungen für die Vertragsparteien zu finden, bestimmte Straftaten zu verfolgen.<sup>55</sup> Verpflichtet werden dabei nicht nur die Heimatstaaten der Verdächtigen, sondern auch Tatort- oder Opferstaaten.<sup>56</sup> Damit schafft das Völkerrecht gerade keine ausschließliche Gerichtsbarkeit eines Staates für seine Staatsangehörigen. Über die Vorrangregelung in Art. 103 VNCh kann der Sicherheitsrat die Staaten jedoch von diesen Pflichten entbinden wenn er eine Resolution nach Kapitel VII erlässt.<sup>57</sup> Die Begründung einer exklusiven Strafgewalt ist somit völkerrechtsgemäß.<sup>58</sup>

#### bb) Materiell-strafrechtlicher Maßstab

Der Sicherheitsrat hat mit der Resolution vom 26.2.2011 (Überweisungszeitpunkt) die Situation in Libyen, beginnend

<sup>53</sup> *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 4. Aufl. 2011, S. 169

<sup>54</sup> Decision Assigning the Situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II, ICC Doc. ICC-02/04-1 v. 5.7.2004, Annex 1 (Brief des Anklägers vom 17.6.2004 an den Präsidenten des Gerichtshofs), *Hervorhebungen* durch den Verf.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 49 GK I; Art. 50 GK II; Art. 129 GK III; Art. 146 GK IV; Art. 85 ZP I; Art. V Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9.12.1948, BGBI. II 1954, S. 730.

<sup>56</sup> Art. 5 Abs. 1 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, BGBI. II 1990, S. 246.

<sup>57</sup> *Bernhardt*, in: Simma (Fn. 14), Art. 103 Rn. 115.

<sup>58</sup> So wohl für Res. 1593 (2005) *Zimmermann* (Fn. 44), S. 681 (S. 698).

am 15.2. (Überweisungszeitraum), an den IStGH überwiesen. Maßstab für die Strafverfolgung in Falle Libyens kann das IStGH-Statut nicht uneingeschränkt sein.<sup>59</sup> Dies gilt für den Zeitraum zwischen dem 15. und dem 26.2.2011. Denn zöge man für diesen Zeitraum die vertraglich festgeschriebenen Straftatbestände heran, auch soweit sie über das Gewohnheitsrecht hinausgehen, wie Art. 7 Abs. 1 lit. h, lit. i, Art. 8 Abs. 2 lit. B sublit. iii, iv und xxvi, lit. c und lit. e IStGH-Statut,<sup>60</sup> hätte dies einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gem. Art. 22 f. IStGH-Statut zur Folge. Denn das Verhalten eines Täters, der Angehöriger eines Nichtvertragsstaats ist, würde ohne Überweisung an den IStGH nur nach dem Gewohnheitsrecht beurteilt werden. Am Gewohnheitsrecht musste er sich bei seinen Handlungen orientieren und an diesem Maßstab muss er sich daher messen lassen.

Erst für den Zeitraum nach dem Überweisungszeitpunkt kann die Strafverfolgung anhand aller in Art. 5 ff. IStGH-Statut aufgeführten Tatbestände erfolgen. Die Argumentation anhand des Rückwirkungsverbot ist in diesem Fall gesperrt.

Ein bloßer Verweis auf die Möglichkeiten des Kapitel VII VNCh begründet diese Ausweitung allerdings nicht. Es handelt sich bei der Frage, ob der Sicherheitsrat den strafrechtlichen Maßstab ausweiten darf, nämlich um die Frage einer möglichen Legislativkompetenz des Sicherheitsrates.<sup>61</sup> In der Diskussion um die Zulässigkeit dieser Legislativkompetenz wird oft übersehen, dass eine mögliche Kompetenz zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen zweigeteilt ist.<sup>62</sup> Die Differenzierung erfolgt dabei anhand der verschiedenen Adressaten. Nicht einschlägig ist vorliegend die Kompetenz zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen gegenüber der Staatengemeinschaft.<sup>63</sup> Diese Kompetenz hat der Sicherheits-

<sup>59</sup> *Fischer*, in: Epping u.a. (Hrsg.), *Brücken Bauen und Begehen*, Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, 2000, S. 77 (S. 80); *Bock/Preis*, HuV-I 2007, 148 (149 ff.). Vgl. auch *Milanovic*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 25.

<sup>60</sup> *Bock/Preis*, HuV-I 2007, 148 (149 ff.).

<sup>61</sup> S. dazu v.a. *Aston*, ZaöRV 62 (2002), 257; *ders.*, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin, 2005, passim; *Szasz*, AJIL 96 (2002), 901; *Zimmermann/Elberling*, VN 2004, 71. Vgl. auch *Tomuschat*, Obligations arising for States without or against their will, Recueil des Cours de l’Academie de droit international de la Haye 241 (1993 IV), S. 195 (S. 344 ff.). Die Frage des abstrakten Gefahrenverständnisses sei hier dahingestellt, da in Libyen eine konkrete Friedensbedrohung vorliegt.

<sup>62</sup> In dieser Richtung *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht, Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung, 2010, S. 200.

<sup>63</sup> *Peterke*, HuV-I 2011, 217 (221); *Talmon*, AJIL 99 (2005), 175 (193); *Macke* (Fn. 62), S. 55 ff. sprechen von Richtlinienresolutionen für den Fall der gesetzesähnlichen Bindung von Staaten. Dieser Terminologie wird hier gefolgt. Der zweite Fall der Setzung abstrakt-generellen Rechts wird als Strafrechtssetzung bezeichnet während der Begriff der gene-

rat in den Res. 1373 (2001) und 1540 (2004) in Anspruch genommen. Kennzeichen dieser Kompetenz ist es, dass alle Staaten zur Abwendung einer abstrakten Gefahr zu abstrakten Maßnahmen verpflichtet werden. Für eine solche Kompetenz sprechen gute Gründe, die Frage bleibt hier aber dahingestellt.

Einschlägig ist vielmehr die Kompetenz zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen gegenüber Individuen, eben eine genuine Strafrechtssetzungskompetenz. Der Verweis auf die Praxis des Sicherheitsrates hilft zur Beantwortung der Frage nicht weiter. In den Fällen, in denen der Sicherheitsrat ad-hoc-Straftribunale gegründet hat, legte er Wert auf die Feststellung, dass ein Tribunal nur Gewohnheitsrecht anwenden würde und es eben nicht zu einer Änderung der materiellen Rechtslage komme.<sup>64</sup> Davon ist der vorliegende Fall zu unterscheiden. Denn für Libyen erweitert der Sicherheitsrat durch die Resolution den Überprüfungsmaßstab, es handelt sich damit um eine Strafrechtssetzungskompetenz. Zur Regelung von Konflikten mithilfe des Kapitels VII VNCh hat der Sicherheitsrat ein Mandat, Art. 24, 39 ff. VNCh. Betroffen von einer solchen Regelung ist aber nicht nur der Staat, der Eingriffe in seine Souveränität zu dulden hat, sondern auch der Einzelne, der sich der Strafverfolgung ausgesetzt sieht. Stellt man auf die Sicht der Individuen ab, dann unterscheidet sich die Maßnahme des Sicherheitsrates nicht von einem innerstaatlichen Strafgesetz. In beiden Fällen liegen Vorschriften vor, die sich nicht im Ergebnis, sondern nur im Normgeber für den Einzelnen unterscheiden. Der Sicherheitsrat erweitert den Straftatenkatalog auf eine unbestimmte Zahl an hypothetischen Fällen und auf einen unbestimmten Adressatenkreis. Damit ist es gerechtfertigt, auch in dem Fall, in dem auf staatlicher Seite nur ein Adressat steht, nämlich Libyen, auf privater Seite aber unzählige Individuen betroffen sind, von einer echten Legislativkompetenz des Sicherheitsrates zu sprechen.<sup>65</sup>

rellen Legislativkompetenz als Oberbegriff für beide Kompetenzen verwandt wird.

<sup>64</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN-Doc. S/25704 (1993) v. 3.5.1993, Rn. 34; *Milanovic*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 25 (29); *Aston*, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin, 2005, S. 67 ff.; *Happold*, LJIL 16 (2003), 593 (596); *Stein*, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die Rule of Law, 1999, S. 61 f.; *Macke* (Fn. 62), S. 51 m.w.N. Die Strafrechtssetzung bejaht *Kirgis*, AJIL 89 (1995), 506 (522); wohl auch *Koskeniemi*, EJIL 6 (1995), 325 (328).

<sup>65</sup>Vgl. *Aston* (Fn. 64), S. 58. Von diesem Ergebnis geht auch der IStGH (Vorverfahrenskammer I), Decision on the Confirmation of Charges, Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), Rn. 294 ff., aus. Vgl. auch *Milanovic*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 25 (34 f.), er insoweit von dem „substantive statute“ spricht, das im Gegensatz zum „jurisdictional statute“ nicht nur die Gerichtsbarkeit des IStGH umschreibt, sondern supranationales Strafrecht setzt. Die hier vertretene

Diese Legislativkompetenz hat der Sicherheitsrat aus völkerrechtlicher Sicht.<sup>66</sup>

Dem Wortlaut der Art. 41 f. VNCh, die eben keine Beschränkung der Maßnahmen des Sicherheitsrates vorsehen, ist weder ein Verbot einer allgemeinen Legislativkompetenz noch einer Strafrechtssetzungskompetenz zu entnehmen.<sup>67</sup> Sinn und Zweck von Art. 41 VNCh sprechen für die Zulässigkeit der Strafrechtssetzung, denn dadurch erhält der Sicherheitsrat ein weiteres Mittel, effektiv gegen Gefährdungen des internationalen Friedens vorzugehen. Da die Straftatbestände klar bestimmt sind, liegt in der Erweiterung der Tatbestände durch den Sicherheitsrat auch kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.

Rechtsstaatliche Erwägungen sprechen im Ergebnis nicht gegen die Zulässigkeit einer Strafrechtssetzungskompetenz, solange diese wie oben als Erweiterung des Straftatenkatalogs vor dem IStGH verstanden wird. Denn die Maßnahme des Sicherheitsrates, die Ausdehnung der Strafbarkeit, ist rechtsstaatlicher Kontrolle unterworfen. Die Legislativkompetenz des Sicherheitsrates wird in diesem Fall durch das rechtsstaatliche Korrektiv des Strafverfahrens vor dem IStGH ergänzt. Mehr noch die Erweiterung der Tatbestände zielt gerade auf eine gerichtliche Überprüfung ab. Der Betroffene muss sich vor einem Gericht verantworten, das Gericht überprüft dann die Strafbarkeit. Deutlicher gesagt ist Ziel einer Erweiterung der Straftatbestände nicht eine Bestrafung des Täters, sondern die strafgerichtliche Überprüfung seines Verhaltens, die in einer Strafe enden kann, aber nicht enden muss. Eben dies unterscheidet die internationale Strafjustiz von Siegerjustiz. Damit ist der Fall der Gerichtsbarkeitserweiterung auch nicht mit dem Fall der „Terrorlisten“ des Sicherheitsrates zu vergleichen, denen ein solches Korrektiv fehlt.<sup>68</sup>

Damit steht das Völkerrecht einer Strafrechtssetzungskompetenz des Sicherheitsrates nicht entgegen. Völkerrechtlich ist es damit auch zulässig, dass der Sicherheitsrat die Strafgewalt des IStGH im Falle Libyens seit dem 26.2.2011 auf Art. 5 ff. IStGH-Statut erweitert hat. Maßstab für die strafrechtlichen Ermittlungen des IStGH ist vom 15.2. bis zum 26.2.2011 das Gewohnheitsrecht in seiner in Art. 5 ff. IStGH-Statut kodifizierten Form, nach dem 26.2.2011 die Art. 5 ff. IStGH-Statut.<sup>69</sup>

Auffassung lässt sich mit *Milanovics* viertem Lösungsvorschlag (*ders.*, Journal of International Criminal Justice 9 [2011], 25 [52]) vergleichen. S. schon *Frau* (Fn. 6), S. 274 f.

<sup>66</sup> Ausführlich *Frau*, AVR 2011, im Erscheinen.

<sup>67</sup> *Macke* (Fn. 62), S. 201.

<sup>68</sup> *Schulte*, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten, 2010, S. 282 ff.; *Sullivan/ Hayes*, Blacklisted: Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights, 2010, S. 31 ff.

<sup>69</sup> Dieses ist aus verfassungsrechtlicher Sicht und unter Berücksichtigung der Art. 103 Abs. 2, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und der Rechtsstaats- und Demokratieprinzipien nicht tragbar, vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09 (Lissabon), Rn. 249, 251, 351 ff.; *Macke* (Fn. 62), S. 236.

Im Ergebnis wird damit auch deutlich, dass der Sicherheitsrat nicht nur die Gerichtsbarkeit des IStGH *ratione personae* und *ratione loci* erweitern kann, sondern auch *ratione materiae* – allerdings nur in den beschriebenen Grenzen und mit Wirkung für die Zukunft. Die Bedeutung dieses Ergebnisses braucht dabei nicht weiter herausgestellt zu werden.

### cc) Kriegsverbrechen

Praktische Bedeutung erlangt dieses Ergebnis für die Frage der möglichen Kriegsverbrechen. Die Lage in Libyen ist seit Ende Februar als bewaffneter Konflikt zu klassifizieren: Die Gewalt zwischen den Rebellen und dem Gaddafi-Regime hat zwischen dem 20. und dem 25.2.2011 das Ausmaß eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts angenommen, so dass von diesem Zeitpunkt das humanitäre Völkerrecht galt. Nachdem einige Staaten gestützt auf die Ermächtigung des VN-Sicherheitsrates in Res. 1970 (2011) militärische Maßnahmen gegen Libyen vornahmen, lag zusätzlich ein internationaler bewaffneter Konflikt vor.<sup>70</sup> Beide Konflikte sind ersten Berichten nach im August 2011 zu einem internationalen bewaffneten Konflikt verschmolzen, da die Staaten auf Seiten der Rebellen in den Konflikt eingegriffen haben und, was entscheidend ist, gemeinsam mit ihnen gegen das Gaddafi-Regime vorgegangen sind.<sup>71</sup> Damit ist möglich, dass in Libyen Kriegsverbrechen, die in dem Bürgerkrieg begangen worden sind, vom IStGH verfolgt werden können.<sup>72</sup>

Der Sicherheitsrat spricht in seinen Resolutionen zwar nur davon, dass die „ausgedehnten und systematischen Angriffe gegen die Zivilbevölkerung [...] möglicherweise Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen“, von Kriegsverbrechen spricht er aber nicht. Damit gibt der Sicherheitsrat dem IStGH allerdings nicht vor, welche konkreten Tatbestände in Frage kommen. Dem Sicherheitsrat fehlt zu einer verbindlichen Anordnung, auf welche Aspekte sich die Strafverfolgung beziehen soll, die Kompetenz: Das IStGH-Statut sieht schlicht keine Möglichkeit neben den Art. 13 lit. b, 16 IStGH-Statut vor, nach denen der Sicherheitsrat Einfluss nehmen könnte.

Daher ist umso verwunderlicher, dass der Chefankläger des IStGH seinen ersten Haftbefehlsantrag nur auf mögliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit gestützt hat und Kriegsverbrechen nicht in den Antrag aufgenommen hat – obwohl er ausdrücklich von der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und der Begehung von Kriegsverbrechen

ausgeht.<sup>73</sup> Dieses Versäumnis ist dem Sicherheitsrat nicht anzulasten, da er eben keine Anweisung bezüglich der konkreten Strafverfolgungsmaßnahmen geben darf. Seine Einschätzung kann der Ankläger selbst korrigieren und in einen möglichen weiteren Haftbefehlsantrag<sup>74</sup> auch Kriegsverbrechen aufnehmen.<sup>75</sup>

### dd) Immunitäten

Eine Strategie zur Vermeidung internationaler Strafverfolgung liegt in der Inanspruchnahme von Immunität, die aus der staatlichen Souveränität stammt.<sup>76</sup> Das Bestehen von Immunitäten an sich hindert eine Überweisung durch den Sicherheitsrat nicht. Auch als Verteidigungsstrategie ist sie im Ergebnis für libysche Amtsträger nicht erfolgversprechend, denn etwaige Immunitäten sind mit *erga omnes* Wirkung ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ergibt sich nicht aus dem IStGH-Statut selbst. Dieses sieht in Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut zwar vor, dass Immunitäten unberücksichtigt bleiben. Als Vertragsnorm gilt dies aber nur für Vertragsparteien.<sup>77</sup> Für Libyen hingegen entfaltet dieser Ausschluss keine Wirkung. Auch kommt eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme von Immunitäten für schwere Verbrechen nicht in Betracht.<sup>78</sup>

Die Ausnahme der Immunität für völkerrechtliche Verbrechen ergibt sich aus der Res. 1970 (2011). Denn mit dieser

<sup>73</sup> Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI vom 16. Mai 2011, Rn. 12. Dem Antrag hat die Vorverfahrenskammer I stattgegeben; Decision on the „Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI“ vom 27. Juni 2011.

<sup>74</sup> <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,767501,00.html> (zuletzt abgerufen am 12.10.2011).

<sup>75</sup> R. Frau, Anmerkungen zum ersten Bericht des Chefanklägers für den VN-Sicherheitsrat in der Libyen-Situation, DarfurSituation.org Analyse Nr. 10, 2011, Rn. 8 ff.

<sup>76</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 101.

<sup>77</sup> Ambos (Fn. 76), § 7 Rn. 104.

<sup>78</sup> Für die Möglichkeit einer solchen Ausnahme IGH, Urt. v. 14.2.2002, Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) = ICJ Rep. 2002, 3 ff. (Rn. 61); ICTY, Decision on Preliminary Motions v. 8.11.2001 – IT-02-54 (Prosecutor v. Slobodan Milosevic), Rn. 28; ICTY, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 v. 29.10.1997 – IT-95-14-AR108bis (Prosecutor v. Tihomir Blaskic); Cassese, International Criminal Law, 2. Aufl. 2008, S. 303 ff.; Kreicker, HuV-I 2008, 157 (158 f.); Ambos (Fn. 76), § 7 Rn. 104 mit weiteren Nachweisen. Kritisch aufgrund der knappen Staatenpraxis Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (45 ff.); Steinberger-Fraunhofer, Internationaler Strafgerichtshof und Drittstaaten, 2008, S. 201 ff. Vgl. auch Schiller, HuV-I 2011, 30 (35).

<sup>70</sup> Brunner/Frau, HuV-I 2011, im Erscheinen.

<sup>71</sup> Deutlich SPIEGEL Online v. 22.8.2011 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,781563,00.html>): „NATO ebnete Rebellen den Weg“; Reuter, DER SPIEGEL 36/2011, S. 90 ff.; Vgl. Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, 2. Aufl. 2010, Rn. 66.

<sup>72</sup> Dabei gilt die oben gemachte Einschränkung: Vor dem Überweisungszeitpunkt sind dies Kriegsverbrechen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nach dem Völkergewohnheitsrecht, nach dem Überweisungszeitpunkt gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. c – f IStGH-Statut.

macht sich der Sicherheitsrat das IStGH-Statut zu Eigen und entzieht den libyschen Amtsträgern die Immunität.<sup>79</sup> Dieser Entzug der Immunität gilt auch gegenüber Drittstaaten.<sup>80</sup> Dies ergibt sich daraus, dass alle Staaten durch die Res. 1973 (2011) dazu berechtigt sind, die Haftbefehle des IStGH durchzusetzen – auch mit militärischen Mitteln. Denn die Haftbefehle ergehen nicht nur repressiv zur Durchsetzung des Strafanspruches. Sie dienen auch präventiv der Verhinderung weiterer Verbrechen und dem Schutz der Zivilbevölkerung.<sup>81</sup> Zu genau diesem Schutz hat der Sicherheitsrat die Staaten durch Res. 1973 (2011) ermächtigt. Notwendigerweise gehört dazu aber auch der Ausschluss der Immunität gegenüber den ermächtigten Staaten und nicht nur gegenüber dem Gerichtshof.

Damit verbunden ist die Möglichkeit, die Haftbefehle der Libyen-Situation durch die Staaten durchzusetzen. Die Haftbefehle des IStGH ergehen nicht nur repressiv zur Durchsetzung des Strafanspruches, sie dienen gem. Art. 58 Abs. 1 lit. b sublit. iii IStGH-Statut auch präventiv der Verhinderung

<sup>79</sup> *Uerpmann-Witzack*, AVR 44 (2006), 33 (41 f., 54 f.); *Kreicker*, ZIS 2009, 350 (351); *ders.*, HuV-I 2008, 157 (161 f.); *Schabas* (Fn. 53), S. 246; *Williams/Sherif*, Journal of Conflict & Security Law 14 (2009), 71 (78 ff.); *Akande*, JICJ 7 (2009), 333 (340 ff.); *Papillon*, ICLR 10 (2010), 275 (277). Die *Vorverfahrenskammer I* des IStGH ist ebenfalls der Auffassung, dass der Sicherheitsrat sich mit der Überweisung des IStGH-Statut zu eigen macht und diesen Rechtsrahmen für das weitere Verfahren akzeptiert: „by referring the Darfur situation to the Court, pursuant to article 13 (b) of the Statute, the Security Council of the United Nations has also accepted that the investigation into the said situation, as well as any prosecution arising therefrom, will take place in accordance with the statutory framework provided for in the Statute, the Elements of Crimes and the Rules as a whole“ (IStGH, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, v. 4.3.2009 –ICC-02/05-01/09, Rn. 45). Dieses Zueigenmachen ist neben der Vermeidung von Straflosigkeit, der Existenz von Art. 27 IStGH-Statut und dem anwendbaren Recht nach Art. 21 IStGH-Statut einer von vier Gründen, warum die amtliche Eigenschaft von al Bashir als Staatsoberhaupt einer Nichtvertragspartei den Fall nicht von der Gerichtsbarkeit des IStGH ausschließt („no effect on the Court's jurisdiction over the present case“ (IStGH, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, v. 4.3.2009 –ICC-02/05-01/09, Rn. 41). Denkbar ist auch, in der Resolution die verbindliche Anordnung an Libyen zu sehen, auf die Immunität zu verzichten. Da eine solche Anordnung aber nicht durchgesetzt werden kann (außer durch eine erneute Resolution nach Kapitel VII), ist die Res. 1970 (2011) nach teleologischen Gesichtspunkten dahingehend auszulegen, dass der Immunitätsausschluss durch die Resolution selbst eintritt.

<sup>80</sup> A.A. *Schiller*, HuV-I 2011, 30 (35).

<sup>81</sup> Jeweils S. 6 der Haftbefehle, <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/D07229DE-4E3D-45BC-8CB1-F5DAF8370218.htm>; Art. 58 Abs. 1 lit. b sublit. iii IStGH-Statut.

weiterer Verbrechen und dem Schutz der Zivilbevölkerung. Darauf legt auch der IStGH Wert, dessen *Vorverfahrenskammer I* betont, dass die ersten drei Haftbefehle der Libyen-Situation auch aus diesem Grund erlassen wurden.<sup>82</sup> Um den Schutz der Zivilbevölkerung zu erreichen, hat der Sicherheitsrat die Staaten durch Res. 1973 (2011) zu allen erforderlichen Maßnahmen ermächtigt, wozu auch militärische Maßnahmen gehören. Damit dient die Res. 1973 (2011) der Durchsetzung des Strafanspruches.

## 2. Rechtsfolgen

Die Res. 1970 (2011) hält sich mithin in den Grenzen der Charta und des Statuts. Sie ist damit voll wirksam und rechtmäßig und vermag es, die Gerichtsbarkeit des IStGH für Taten durch libysche Staatsangehörige und auf libyschem Territorium zu erweitern. Die Gerichtsbarkeitsausnahme der Res. 1970 (2011) erweist sich als rechtmäßig. Damit kann der IStGH die Situation in Libyen strafrechtlich aufarbeiten – soweit er das Rückwirkungsverbot beachtet und den strafrechtlichen Maßstab anpasst. Nicht erweitert wurde die Gerichtsbarkeit auf Taten von Drittstaatsangehörigen, auch wenn diese in oder über libyschem Hoheitsgebiet begangen wurden.

## III. Andere Maßnahmen des Sicherheitsrates in Bezug auf den IStGH

### 1. Überweisungen

Die Überweisung der Situation in Libyen war die einzige Überweisung, die der Sicherheitsrat vorgenommen hat. Im Gespräch waren auch Überweisungen der Situationen in Tunesien, Ägypten und Syrien. Diese haben aus politischen Gründen nicht stattgefunden und sind, zumindest für Tunesien und Ägypten, wohl auch in Zukunft ausgeschlossen. Nicht überwiesen hat der Sicherheitsrat auch die Situation in der Republik Côte d'Ivoire, die zwischenzeitlich ebenfalls das Ausmaß eines Bürgerkrieges angenommen hat. Allerdings war die Überweisung dieser Situation nicht erforderlich: Die Republik Côte d'Ivoire hat eine Erklärung nach Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut abgegeben und so eine Rechtsgrundlage für den IStGH geschaffen, tätig zu werden.<sup>83</sup> Diese Möglichkeit hat der Sicherheitsrat gesehen und festgestellt, „dass der Internationale Strafgerichtshof auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 3 des Römischen Statuts über seine Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Situation in Côte d'Ivoire entscheiden kann“<sup>84</sup> sowie davon Kenntnis genommen, „dass der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs auf der Grundlage der von Côte d'Ivoire hinterlegten Erklärung, mit der der Staat die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs nach Artikel 12 Absatz 3 des Römischen Statuts anerkennt, der Vorverfahrenskammer einen Antrag auf Genehmigung zur Aufnahme

<sup>82</sup> Jeweils S. 6 der Haftbefehle, <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/D07229DE-4E3D-45BC-8CB1-F5DAF8370218.htm>.

<sup>83</sup> Der Chefankläger hat am 23.6.2011 eine „Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15“ bei der *Vorverfahrenskammer II* eingereicht.

<sup>84</sup> Res. 1975 v. 30.3.2011.

von Ermittlungen wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Côte d'Ivoire seit dem 28. November 2010 vorgelegt hat“.<sup>85</sup> Diese Praxis macht deutlich, dass der Sicherheitsrat zwar Motor der Entwicklung sein kann, aber nicht sein muss. Nicht nur liegt es in seinem Beurteilungsspielraum, ob die Voraussetzungen aus Art. 39 VNCh erfüllt sind, er hat auch einen nahezu unbegrenzten Ermessensspielraum auf der Rechtsfolgenseite. Wenn er es nicht für opportun hält, eine Situation an den IStGH zu überweisen oder ein ad-hoc-Tribunal zu gründen, dann ist dies sein gutes Recht. Eine Handlungspflicht besteht eben nicht.<sup>86</sup>

### 2. Maßnahmen in konkreten Strafverfahren

Ebenso verfügt der Sicherheitsrat über zwei eng begrenzte Möglichkeiten, auf einzelne Strafverfahren Einfluss zu nehmen. Ob er von diesen Möglichkeiten Gebrauch macht, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, unterliegt wiederum seinem Ermessen. Zum einen kann er nach Art. 16 IStGH-Statut Ermittlungen und Strafverfolgung zu suspendieren.<sup>87</sup> Diese Möglichkeit hat der Sicherheitsrat in den letzten Jahren nicht mehr genutzt, nachdem er anfänglich in weitem Umfang hiervon Gebrauch gemacht hatte. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass er in Zukunft wieder von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

Zum anderen kann der Sicherheitsrat die Vollstreckung von Haftbefehlen beschleunigen. Ihm stehen dazu die Maßnahmen des Kapitel VII VNCh zur Verfügung, mit deren Hilfe er Staaten ermächtigen kann, Verdächtige festzunehmen und an den IStGH zu überstellen. Damit sichert der Sicherheitsrat die Effektivität des IStGH, der keine eigenen Vollstreckungsorgane zur Durchsetzung seiner Entscheidungen hat und dafür auf die Kooperation der Staaten angewiesen ist. Von dieser Möglichkeit hat der Sicherheitsrat in den Res. 1970 und 1973 (beide 2011) Gebrauch gemacht. In Res. 1970 (2011) Abs. 5 wird eine umfassende Zusammenarbeitspflicht für Libyen begründet. Danach ist Libyen dazu verpflichtet, mit dem IStGH und dem Ankläger uneingeschränkt zusammenzuarbeiten und ihnen jede erforderliche Unterstützung zu gewähren. Da sich der Sicherheitsrat mit der Res. 1970 (2011) das gesamte Statut zu Eigen gemacht und keine andere Regelung zum Umfang der libyschen Kooperationspflichten getroffen hat, ist davon auszugehen, dass Libyen wie eine Vertragspartei zur Kooperation verpflichtet ist. Davon geht auch das Statut aus, denn in Art. 87 Abs. 5 IStGH-Statut wird anerkannt, dass es für die Zusammenarbeit auch „andere geeignete Grundlagen“ als die Ratifikation des Statuts oder die Unterzeichnung eines Kooperationsabkommens geben kann.<sup>88</sup> Verstärkt wird dieses Ergebnis durch den Gedanken der Rechtssicherheit. Bei einer Bindung wie eine

<sup>85</sup> Res. 2000 v. 27.7.2011.

<sup>86</sup> Frowein/Krisch (Fn. 14), Art. 39 Rn. 3.

<sup>87</sup> Vgl. Kurth (Fn. 52), S. ?; Kreß, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2002, 1087; Condorell/Villalpando (Fn. 8), S. 627 ff.; Gargiulo, in: Lattanzi/Schabas (Hrsg.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd. 1, 1999, S. 67.

<sup>88</sup> Kreß/Prost, in Triffterer (Fn. 4), Art. 87, Rn. 19.

Vertragspartei kann sich Libyen am Wortlaut des Statuts orientieren. Dies sichert die Effektivität des IStGH. Andere Nichtvertragsparteien des Statuts fordert der Sicherheitsrat nachdrücklich zur uneingeschränkten Zusammenarbeit auf, wobei er ausdrücklich anerkennt, dass diese keinerlei Verpflichtungen aus dem Statut unterliegen. Die Ausnahme anderer Staaten ist völkerrechtlich nicht zu beanstanden. Der Sicherheitsrat hat einen weiten Ermessensspielraum und darf somit bestimmen, wer von der Verpflichtung betroffen sein soll.

### IV. Weitere Verweise des Sicherheitsrates auf das Völkerstrafrecht

Die Kooperation mit dem IStGH ist nicht die einzige Dimension, die die Praxis des Sicherheitsrates in Bezug auf das Völkerstrafrecht hat.

Voran betont der Sicherheitsrat, wie wichtig die strafrechtliche Aufarbeitung der Piraterie, insb. vor der Küste Somalias, ist.<sup>89</sup> Dem (Völker-)Strafrecht kommt auch in anderen Konflikten besondere Bedeutung zu. Zu nennen ist vor allem die (zumindest ideelle) Unterstützung der Verfahren vor dem IStGH in der Kongo-Situation.<sup>90</sup> Daneben verweist der Sicherheitsrat in zahlreichen Resolutionen zu Osttimor,<sup>91</sup> Haiti,<sup>92</sup> Guinea-Bissau<sup>93</sup> und Sudan<sup>94</sup> auf das Völkerstrafrecht. Im Hinblick auf Afghanistan drückt der Sicherheitsrat seine große Besorgnis über die Sicherheitslage in Afghanistan aus, „insbesondere über die Zunahme der gewaltsamen und terroristischen Aktivitäten der Taliban, der Al-Qaida, anderer illegaler bewaffneter Gruppen und von Kriminellen, darunter von Beteiligten am Suchtstoffhandel [...]“.<sup>95</sup> In einer Resolution zu „Frauen und Frieden und Sicherheit“<sup>96</sup> bekräftigt der Sicherheitsrat, „dass die Beendigung der Straflosigkeit“<sup>97</sup> unerlässlich ist, damit eine Gesellschaft, die sich in einem Konflikt befindet oder dabei ist, einen Konflikt zu überwinden, vergangene Übergriffe gegen von bewaffneten Konflikten betroffene Zivilpersonen aufarbeiten und künftige derartige Übergriffe verhindern kann, unter Hinweis auf die gesamte Bandbreite der Justiz- und Aussöhnungsmechanismen, die in Betracht zu ziehen sind, wie etwa nationale, internationale und ‚gemischte‘ Strafgerichtshöfe sowie Wahrheits- und Aussöhnungskommissionen, und vermerkend, dass solche Mechanismen nicht nur die Feststellung der individuellen Verantwortlichkeit für schwere Verbrechen, sondern

<sup>89</sup> Res. 1918 (2010) v. 24.4.2010, Res. 1950 (2010) v. 23.11.2010, Res. 1976 (2011) v. 11.4.2011.

<sup>90</sup> Res. 1925 (2010) v. 28.5.2010, Res. 1952 (2010) v. 29.11.2010, Res. 1991 (2011) v. 28.6.2011.

<sup>91</sup> Res. 1912 (2010) v. 26.2.2010, Res. 1969 (2011) v. 24.2.2011.

<sup>92</sup> Res. 1944 (2010) v. 14.10.2010.

<sup>93</sup> Res. 1949 (2010) v. 23.11.2010.

<sup>94</sup> Res. 1923 (2010) v. 25.5.2010.

<sup>95</sup> Res. 1917 (2010) v. 22.3.2010, Res. 1943 (2010) v. 13.10.2010, Res. 1974 (2011) v. 22.3.2011.

<sup>96</sup> Res. 1960 (2010) v. 16.12.2010.

<sup>97</sup> Gemeint sind Verbrechen gegen die Zivilbevölkerung im bewaffneten Konflikt.

auch Frieden, Wahrheit, Aussöhnung und die Rechte der Opfer fördern können,“ und weist darauf hin, „dass eine Reihe von sexuellen Gewaltdelikten in das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und in die Statuten der internationalen Ad-hoc-Strafgerichtshöfe aufgenommen wurden.“

Diesen Bezugnahmen ist gemein, dass sie keine Rechtsfolgen haben. Anders als bei der Res. 1970 (2011) trifft der Sicherheitsrat keine Maßnahmen, welche von den Staaten zu befolgen sind. Sie zeugen aber von der Bedeutung, die der Sicherheitsrat dem Völkerstrafrecht beimisst.

Dies gilt auch für die Beschäftigung mit internationalem Terrorismus. Der Sicherheitsrat hat in einer Resolution<sup>98</sup> bekräftigt, „dass der Terrorismus in allen seinen Arten und Erscheinungsformen eine der schwersten Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt und dass alle terroristischen Handlungen verbrecherisch und nicht zu rechtfertigen sind“. Dies muss besonders herausgestellt werden. Denn in einer Entscheidung war das Special Tribunal for Lebanon<sup>99</sup> jüngst der Auffassung, dass internationaler Terrorismus einen Tatbestand des Völkerstrafrechts darstelle.<sup>100</sup> Diese Entscheidung, die von der Literatur ganz überwiegend mit grundlegender Kritik aufgenommen wurde,<sup>101</sup> findet in der genannten Sicherheitsratsresolution keine Unterstützung. Denn erstens behauptet der Sicherheitsrat nicht, dass Terrorismus ein Verbrechen gerade nach dem Völkerstrafrecht sei, zweitens hätte der Sicherheitsrat, wenn er denn der Auffassung des Tribunals wäre, Terrorismus als Tatbestand in das Statut aufnehmen können,<sup>102</sup> und drittens handelt es sich um einen Erwägungsgrund, der rechtlich nicht verbindlich ist und regelmäßig wiederholt wird.<sup>103</sup> Wenn der Sicherheitsrat sich mit Terrorismus befasst, dann geht es ihm präventiv um die Verhinderung von terroristischen Anschlägen oder Gegenreaktionen darauf, nicht um die repressive Bestrafung der einzelnen Täter.<sup>104</sup>

Darüber hinaus befasste sich der Sicherheitsrat mit der Abwicklung von ICTY und ICTR, die hier dahingestellt bleiben soll.

## V. Ergebnis

Die Untersuchung hat vielfältige Verweise des Sicherheitsrates auf das Völkerstrafrecht aufgezeigt. Diese reichen von handfesten und völkerrechtlich verbindlichen Maßnahmen und der möglichen Strafrechtssetzungskompetenz in engen Grenzen zu bloß politischen Stellungnahmen. Damit zeigt sich, welches Gewicht der Sicherheitsrat dem Völkerstrafrecht nach wie vor zumisst. Mit dem Bestehen des IStGH als unabhängigem Völkerrechtssubjekt und Organ der Völkerstrafrechtspflege ist der Sicherheitsrat zwar nicht mehr der prominenteste Verfechter des Völkerstrafrechts, eine entscheidende Rolle kommt ihm aber nach wie vor zu – gerade im Hinblick auf die Kooperation mit dem IStGH.

---

<sup>98</sup> Res. 1963 (2011) v. 20.12.2010.

<sup>99</sup> Res. 1757 (2007) v. 30.5.2007.

<sup>100</sup> Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.2011 – STL-11-01/I.

<sup>101</sup> S. hierzu zunächst den Beitrag von *Kirsch/Oehmichen*, ZIS 2011, 800; s. daneben *Ambos*, LJIL 24 (2011), 655; *Saul*, LJIL 24 (2011), 677; *Kirsch/Oehmichen*, Durham Law Review Online, 1; *Eumann*, BOFAX Nr. 378D v. 31.3.2011.

<sup>102</sup> Der *Verf.* dankt Herrn Rechtsanwalt *Dr. Stefan Kirsch* (Frankfurt a.M.) für diesen Hinweis.

<sup>103</sup> Res. 1735 (2006) v. 22.12.2006, Res. 1805 (2008) v. 20.3.2008, Res. 1822 (2008) v. 30.6.2008, Res. 1904 (2009) v. 17.12.2009.

<sup>104</sup> Dabei muss anerkannt werden, dass die Terrorlisten des Sicherheitsrates auch eine bestrafende Funktion haben, selbst wenn diese nur reflexartig passiert und nicht beabsichtigt war, vgl. *Macke* (Fn. 62), S. 67 ff.

# Zur transnationalen Absicherung der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen

## Rechtspolitische Schlussfolgerungen aus einem Projekt zur Aufarbeitung von staatlich unterstütztem Unrecht\*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Albin Eser**, Freiburg\*\*

*Es dürfte wohl kaum ein besseres Forum als die diplomatische Aura einer Botschaft geben, um über die transnationale Absicherung der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen zu reflektieren. An Gründen zum Appellieren an supranationalen Einsatz im Kampf gegen Völkerrechtsverbrechen besteht kein Mangel, braucht man im Moment doch nur an militärisch-tödliche Aktionen gegen die eigene Bevölkerung in Libyen und Syrien zu denken, ganz zu schweigen von dem überlangen nationalen Versagen, den mutmaßlich für die Massaker in Srebrenica verantwortlichen Ratko Mladic endlich vor Gericht zu stellen. Gleiches gilt auch für den lange wegen Gräueltaten an Kroaten gesuchten und erst vor kurzem festgenommenen Goran Hadzic.*

*Indes sind es nicht nur diese aktuellen Ereignisse, die mich zu den nachfolgenden Reflexionen veranlasst haben. Vielmehr sind es auch die Einsichten aus einem kurz vor der abschließenden Veröffentlichung stehenden Forschungsprojekt des Max-Planck-Instituts. In diesem mehr als 20 Länder mit einer totalitären Vergangenheit umfassenden Projekt<sup>1</sup> ging es vornehmlich um die Frage, ob und inwieweit auf staatlich toleriertes, assistiertes oder gar initiiertes Unrecht mit strafrechtlicher Verfolgung zu reagieren ist: Sollte Strafverfolgung das Hauptziel sein? Oder wären nicht auch andere, wenn nicht sogar ausschließlich nichtstrafrechtliche Formen einer Aufarbeitung von derartigem Systemunrecht in Betracht zu ziehen?*

*Wie sich ergab, ist solchen Alternativen in der Tat weit aus mehr Gewicht beizulegen, als dies auf deutschem Boden bei der vergleichsweise starken Fokussierung auf das Strafrecht im Umgang mit dem DDR-Unrecht der Fall war. Gleichwohl ist ein kaum weniger gewichtiges Ergebnis unserer rechtsvergleichenden Befunde darin zu erblicken, dass es ohne jeglichen Einsatz von Strafrecht auch nicht geht.<sup>2</sup> Dies setzt jedoch voraus, dass das Strafrecht wie auch sein Ver-*

*fahren in geeigneter Form ausgestaltet sind und in effizienter Weise eingesetzt werden. Gerade daran liegt aber auf nationaler Ebene vieles im Argen.*

*Solche nationalen Defizite, die im Einzelnen zu beschreiben hier kein Raum ist,<sup>3</sup> werden schwerlich ohne transnationalen Druck und Rückhalt zu beheben sein. Deshalb erscheint mir eine supranationale Absicherung der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen vor allem auf zwei Ebenen erforderlich: durch Bindung des nationalen Rechts an bestimmte völkerrechtliche Vorgaben (I.) und durch den – zumindest subsidiären – Einsatz supranationaler Strafgerichtsbarkeit (II.). Beides wird aber nicht ohne gewisse nationale Souveränitätseinbußen zu haben sein (III.).*

### I. Völkerrechtliche Absicherung des nationalen Rechts

Was zunächst völkerrechtliche Einwirkungen auf nationaler Ebene betrifft, so hat die Abwehr und Verfolgung von staatlich toleriertem, assistiertem oder gar initiierten Systemunrecht wie auch von sonstigen Völkerrechtsverbrechen bereits mit der Gestaltung des nationalen Strafrechts zu beginnen. Schon um die Schwere von Menschenrechtsverletzungen ins allgemeine Bewusstsein zu heben und die Verbindlichkeit einschlägiger Verbotstatbestände auch den nationalen Gewalten gegenüber zu unterstreichen, sollten alle Staaten völkerrechtlich dazu verpflichtet werden, alles, was internationalstrafrechtlich verboten ist, auch im landeseigenen Strafgesetzbuch (oder einem gleichgewichtigen Gesetz) unter Strafe zu stellen – so wie dies bereits für verschiedene Länder, sofern nicht bereits geschehen,<sup>4</sup> zumindest gefordert wird<sup>5</sup> und so wie es auch den dazu derzeit noch weniger bereitwilligen Ländern begreiflich zu machen wäre. Dies umso mehr, als sich die Nationalstaaten zu einer solchen Anpassung ihres Strafrechts auch durch das Komplementaritätsprinzip in Art. 17 des Rom-Statuts veranlasst sehen sollten. Denn wenn die nationale Strafjustiz verhindern will, dass ihr, weil sie zur Verfolgung eines völkerrechtlichen Verbrechens unfähig oder nicht willens ist, ein Verfahren vom Internationalen Strafge-

\* Vortrag auf dem Empfang der Deutschen Botschaft anlässlich der Jahrestagung des „Arbeitskreises Völkerstrafrecht“ am 18.6.2011 in Den Haag. Der Vortragsstil ist im Wesentlichen beibehalten, im gleichen Sinne wie sich auch die Anmerkungen auf einige weiterführende Hinweise beschränken.

\*\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, M.C.J., Direktor em. am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, Richter a.D. am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag.

<sup>1</sup> Eser/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 1-7, 2000-2003; Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 8-14, 2005-2011.

<sup>2</sup> Vgl. im Einzelnen den rechtsvergleichenden Querschnitt von Arnold/Eser, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 14, 2011, S. 159 ff.

<sup>3</sup> Näher zur Unzulänglichkeit rein nationaler Bewältigung von staatlich unterstütztem Unrecht und anderweitigen Völkerrechtsverbrechen sowie dafür erforderlicher Vorkehrungen vgl. Eser, in: Eser/Sieber/Arnold (Fn. 2), S. 410 ff., 459 ff.

<sup>4</sup> Wo, in welchem Umfang und auf welche Weise diese Völkerrechtsverbrechen bereits in nationales Strafrecht umgesetzt sind, ist einem umfangreichen rechtsvergleichenden Projekt des Max-Planck-Instituts zu entnehmen: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes, Bd. 1-7, 2003-2006, zusammengefasst von Kreicker, International Criminal Law Review 5 (2005), 313.

<sup>5</sup> Zu solchen Forderungen in verschiedenen Landesberichten vgl. Eser (Fn. 3), S. 462 f. Fn. 284, 287 f.

richtshof aus der Hand genommen wird, dann muss der nationale Gesetzgeber durch entsprechende Ausgestaltung seines Strafrechts dafür sorgen, dass seine Strafgerichtsbarkeit im Verdachtsfall zu einer Verfolgung fähig ist.<sup>6</sup>

Mit der Schaffung internationalrechtlich untermauerter Verbotstatbestände ist es jedoch nicht getan. Damit sie nicht durch nationale Selbstimmunisierungen der Machthaber unterlaufen werden können, ist bestimmten missbrauchsfälligen Straffreistellungsgründen und Verfolgungshindernissen völkerrechtlich ein Riegel vorzuschieben.

Auszuschließen sind daher insbesondere

- die Berufung auf Immunität als Staatsoberhaupt oder vergleichbarer Befehlshaber,
- die Berufung auf die von Führern und Unterstützern des Unrechtsregimes selbst eingeräumten Amnestien,
- die Rechtfertigung wegen Handelns auf Befehl,
- die Verjährbarkeit von völkerrechtlichen Verbrechen, indem diese für unverjährbar erklärt werden oder für den von einem Unrechtssystem dominierten Zeitraum das Ruhen der Verjährung angeordnet wird,
- die Berufung auf das Rückwirkungsverbot, soweit es sich um völkerrechtliche Verbrechen handelt, deren Unrechtscharakter allgemein bekannt ist, oder soweit unter Missachtung von humanitärem Völkerrecht Verbotstatbestände aufgehoben, eingeschränkt oder durch Strafbefreiungsgründe oder Verfolgungshindernisse unterlaufen wurden.<sup>7</sup>

Eine weitere Schwachstelle, die es auszuschalten gilt, ist unkontrolliertes nationales Verfolgungsermessen. Solange es der Staatsanwaltschaft oder, falls diese Weisungen der Regierung unterworfen sind, deren politischem Kalkül überlassen bleibt, ob bei Verdacht auf Systemunrecht Ermittlungen aufgenommen werden und Anklage erhoben wird, so lange vermögen selbst bestens formulierte und gegen Straffreistellungsgründe abgesicherte Verbotstatbestände keine willkürfreie Strafverfolgung zu gewährleisten. Auch müssen sich dann individuelle Opfer der ungewissen Interessenvertretung durch den öffentlichen Ankläger ausgeliefert sehen. Eine solche leicht missbrauchbare Ermessensfreiheit ist auf zweifache Weise in die Pflicht zu nehmen:

- zum einen grundsätzlich dadurch, dass jedenfalls dann, wenn eine staatlich unterstützte Straftat zugleich ein völkerrechtliches Verbrechen darstellt, anstelle von Opportunität eine völkerrechtlich abzusichernde Verfolgungspflicht im Sinne des Legalitätsprinzips eingeführt wird
- und des Weiteren ergänzend – oder zumindest ersatzweise – dadurch, dass den Opfern von Systemunrecht, und zwar jeder Art und nicht nur bei Verdacht auf Völkerrechtsverbrechen, ein international abzusicherndes Klagerecht ge-

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch Eser, *Transnationales Strafrecht*, Gesamtelte Beiträge, 2011, S. 594 (S. 598 ff.), abrufbar unter [www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3675](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3675) (30.9.2011).

<sup>7</sup> Zur Frage, wo und inwieweit die völkerrechtlich abgesicherte Ausschließung solcher Straffreistellungsgründe gefordert wird, vgl. die Nachweise bei Eser (Fn. 3), S. 463 f.

gen die Nichteinleitung eines Ermittlungsverfahrens oder dessen willkürlich erscheinender Einstellung eingeräumt wird.<sup>8</sup>

Die damit schon angesprochenen Opferinteressen sind auch noch in folgender Hinsicht abzusichern: Nicht nur, dass sinnvolles Strafen ohnehin Genugtuung für das Opfer voraussetzt,<sup>9</sup> vielmehr wird auch soziale Befriedung als Endziel aller Aufarbeitung von staatlich unterstütztem oder völkerstrafrechtlichem Unrecht die Rehabilitation und angemessene Entschädigung der Opfer erfordern. Auch diese staatliche Verpflichtung ist international zu garantieren.

## II. Einsatz inter- und supranationaler Organe<sup>10</sup>

Über die Aufarbeitung von Systemunrecht durch die nationalen Instanzen hinaus ist auch der Einsatz inter- und supranationaler Organe nicht auszuschließen. Dafür kann es verschiedene Gründe geben: sei es, dass es dem Vorwurf von „Siegerjustiz“ über die Entmachteten vorzubeugen gilt, sei es, um ein Höchstmaß an Unparteilichkeit zu garantieren, sei es, dass sich die neuen Staatsgewalten nicht stark genug fühlen, um vergangenes Systemunrecht konsequent und ausgewogen aufzuarbeiten. Oder aus welchem sonstigen Grund auch im-

<sup>8</sup> Wie ein solches, im Grundsatz völkerrechtlich zu gewährleistendes Klagerecht auf nationaler Ebene im Einzelnen auszugestalten ist – ob in Form des deutschen Klageerzwingungsverfahrens oder der französischen *action civile* oder wie sonst auch immer –, dies wird nicht zuletzt vom landesspezifischen Prozesssystem abhängen.

<sup>9</sup> Wie in historischem Rückblick näher entfaltet bei Eser, *A Vision of a „Humane“ Criminal Justice, Sketch of a Criminal Law and Procedure oriented towards Man as an Individual and as a Social Being*, 1995, S. 10, abrufbar unter [www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4067](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4067) (30.9.2011).

Vgl. auch Eser, in: Immenga u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, 1996, S. 1005 (S. 1020 ff.), abrufbar unter [www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3386](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3386) (30.9.2011).

<sup>10</sup> Wenn hier wie im folgenden in scheinbar wechselhafter Weise von „international“ und „supranational“ gesprochen wird, so ist dies durchaus unterschiedlich gemeint, aber wegen mangelnder Einigkeit über den richtigen Gebrauch dieser Termini nicht immer einfach zu entscheiden. So scheinen vor allem Völkerrechtler mit Rücksicht auf die staatliche Souveränität vor dem Gebrauch von „supranational“ zurückzusehen, weil damit der Oktroi einer höheren Instanz zum Ausdruck gebracht werde; deswegen wurde wohl auch niemals ernsthaft darüber diskutiert, den durch das Rom-Statut errichteten Strafgerichtshof als einen „supranationalen“ anstelle eines „internationalen“ zu bezeichnen. Gleichwohl würde die Kennzeichnung als „supranational“ der Sache näher kommen. Denn mag die Prozedur zur Errichtung solcher Organe auch auf der Grundlage einer zwischenstaatlichen – und damit „internationalen“ – Vereinbarung getroffen sein (wie im Falle des „Internationalen Strafgerichtshofs“ durch einen völkerrechtlichen Vertrag der Vertragsstaaten des Rom-Statuts), so ist die damit geschaffene Einrichtung

mer einem Land ein allein mit internen Instanzen betriebener Aufarbeitungsprozess zum Scheitern verurteilt erscheint,<sup>11</sup> kann es auf jeden Fall gut beraten sein, auch Unterstützung von außen beizuziehen oder die strafrechtliche Verfolgung des Unrechtsregimes auf inter- oder supranationale Organe zu übertragen.

Dies braucht nicht nur im eigenen nationalen Interesse zu liegen. Vielmehr kann es auch aus internationalem Blickwinkel dringende Gründe geben, für eine überzeugende und nachhaltige Bewältigung von Systemunrecht Rückhalt in der internationalen Rechtsgemeinschaft zu suchen.<sup>12</sup>

Soweit es dabei um Strafverfolgung geht, ist das beste Forum dafür ein inter- oder supranationaler Strafgerichtshof, wie er zunächst in Gestalt der Internationalen Militärtribunale in Nürnberg und Tokio zu Kriegsverbrechen im Zweiten Weltkrieg, dann in neuerer Zeit in den Ad hoc-Tribunalen für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie schließlich durch das Rom-Statut von 1998 im Internationalen Strafgerichtshof eine permanente Form gefunden hat und zudem gelegentlich durch verschiedene gemischt national-internationale Gerichte ergänzt wird. Wie solche Justizorgane optimal auszugestalten wären, ist im Einzelnen zu erörtern hier nicht der Ort.<sup>13</sup> Hier geht es lediglich um das Grundsätzliche, und dafür sind meines Erachtens vor allem drei Erfordernisse wesentlich:

Erstens: Wie auch immer eine solche Institution gestaltet sein mag – sei es als hybrid national-international oder als rein supranational – und wie auch immer ihr Zuständigkeitsbereich umschrieben wird, von zeichenhafter Bedeutung ist, dass es eine solche Institution überhaupt gibt: als Warnsignal gegenüber Regimeverbrechern, um sich nicht einfach national immunisieren und damit auch gegen internationale Verfolgung abschotten zu können, und als Hoffnungssignal für die Opfer eines Unrechtssystems, nicht mehr nationalem

---

doch jedenfalls insofern eine „supranationale“, als unter Umständen auch Staatsangehörige von Staaten, die dem Rom-Statut nicht beigetreten sind, nach dem Territorialitätsprinzip von Art. 12 Abs. 2 lit. a des Rom-Statuts bzw. aufgrund Zuweisung des Falles durch den UN-Sicherheitsrat nach Art. 13 lit. a dem Gerichtshof unterworfen sein können. Dieser „supranationale“ Charakter ist bei den nicht durch einen multinationalen Vertrag, sondern durch eine allgemeinverbindliche Resolution des UN-Sicherheitsrates eingerichteten internationalen Strafgerichten für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) noch deutlicher. Zu den verschiedenen Erscheinungsformen und Ebenen „transnationalen“ Strafrechts vgl. *Eser* (Fn. 6), S. 305 (307 ff.), abrufbar unter [www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3454](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3454) (30.9.2011).

<sup>11</sup> Zur Vielfalt von Gründen, aus denen eine ausschließlich national-interne Aufarbeitung von Systemunrecht oder die Bewältigung von Völkerrechtsverbrechen wenig aussichtsreich erscheint, vgl. die Nachweise in *Eser* (Fn. 3), S. 465 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 3), S. 396 f., 408 ff.

<sup>13</sup> Kritische Reflexionen, insbesondere zur adversatorischen Grundstruktur des ICTY, finden sich bei *Eser*, in: Swart/Zahar/Sluiter (Hrsg.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 2011, S. 108.

Desinteresse überlassen zu bleiben, sondern notfalls mit internationalem Beistand Genugtuung finden zu dürfen.

Zweitens: Da letztlich das betroffene Land zu sich selbst kommen und in einer Art „nationaler Trauerarbeit“ seinen Frieden mit sich selbst und seinem Volk finden muss, ist in erster Linie auf seine nationalen Eigenkräfte zu setzen. Deshalb ist supranationale Eingriffsbereitschaft zwar vorzuzulassen, aber nur subsidiär einzusetzen. Der bislang beste Schlüssel für ein solches Verhältnis von nationaler und supranationaler Gerichtsbarkeit wurde mit dem Komplementaritätsprinzip in Art. 17 des Rom-Statuts gefunden: indem darin der nationalen Gerichtsbarkeit grundsätzliche Priorität eingeräumt ist, die internationale Strafjustiz jedoch subsidiär zum Zuge kommt, falls erstere zu einer ernsthaften Strafverfolgung unfähig oder nicht willens ist.<sup>14</sup>

Drittens: So sehr die Priorität der nationalen Strafgewalt Respekt verdient, ist diese doch vor Missbrauch nicht gefeit. Das gilt vor allem für den Fall, dass ein Tatverdächtiger gegen eine ernsthafte Strafverfolgung abgeschirmt und ein subsidiäres Eingreifen des internationalen Strafgerichts dadurch verhindert werden soll, dass die nationale Justiz ein zu einem Freispruch führendes „Scheinverfahren“ durchführt und einer Korrektur auf internationaler Ebene das Verbot der Doppelverfolgung entgegengehalten wird. Um einer solchen Pervertierung des Grundsatzes von ne bis in idem vorzubeugen, ist nach dem Vorbild von Art. 20 Abs. 3 des Rom-Statuts eine Missbrauchsklausel vorzusehen. Danach darf das komplementäre Eingreifen des internationalen Strafgerichtsverfahrens nicht dadurch blockiert werden, dass durch ein vorprogrammiertes nationales Pseudoverfahren der Tatverdächtige gegen eine echte Strafverfolgung abgeschirmt werden sollte – gäbe es doch kaum einen klareren Beweis für das Versagen der nationalen Strafjustiz als einen solchen.

### III. Völkerrecht v. Nationale Souveränität

Wenn vorangehend der Eindruck einer Schlagseite zugunsten einer Internationalisierung nationaler Vergangenheitsbewältigung entstanden sein sollte, so wäre diese Annahme teils richtig, teils aber auch falsch. Mein Anliegen würde einerseits von Grund auf verkannt, wenn darin ein insgeheimes Plädoyer für eine Entmündigung des einzelnen Staates in seiner Verantwortung für eine nationale Aufarbeitung von Systemunrecht vermutet würde. Ganz im Gegenteil kann gar nicht oft und klar genug betont werden, dass die von einem Unrechtsregime wie auch von anderen Völkerrechtsverbrechen geschlagenen Wunden so tat- und opfernah wie möglich zu heilen sind und die Primärverantwortung für eine nachhaltige Befriedung bei den nationalen Instanzen liegt.

Auf der anderen Seite jedoch – und das ist nicht zuletzt eine aus dem MPI-Projekt zu ziehende Lehre – ist nicht zu verkennen, dass nationale Bemühungen um Aufarbeitung eines Unrechtssystems an Grenzen stoßen können: sei es, dass es von Anfang an ernsthaftem Aufklärungswillen fehlt,

---

<sup>14</sup> Dazu wie auch zu früheren Formen des Verhältnisses von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit vgl. *Eser* (Fn. 6), S. 402 (416 ff.), abrufbar unter [www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6271](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6271) (30.9.2011).

weil dieser von den weiterhin starken alten Mächten unterdrückt wird oder man sich durch Verdrängen eine schnelle Heilung erhofft, oder sei es, dass aus welchen sonstigen Gründen auch immer zeitweilige Aufarbeitungsbemühungen ins Stocken geraten und schließlich scheitern. Spätestens dann kommt die Stunde der Völkergemeinschaft zum subsidiären Eingreifen: im Sinne individueller Solidarität mit den Opfern wie auch aufgrund von globaler Letztverantwortung für die Repression von nationalem Systemunrecht.

Wem dies als internationalistischer Bruch mit traditionellem Souveränitätsnationalismus vorkommt, hat richtig beobachtet, hätte aber auch die Zeichen einer neuen Zeit zu erkennen. Von diesen Tendenzen erscheint mir die eine bereits weithin anerkannt, während eine andere wohl noch mit manchen Widerständen zu rechnen hat. Beide haben mit dem Spannungsverhältnis zwischen humanitärem Völkerrecht und nationaler Souveränität zu tun. Ohne diesen Streitpunkt hier im Einzelnen erörtern zu können, seien doch zwei Aspekte beleuchtet, aus denen sich bestimmte traditionelle Sperren gegen das supranationale Eingreifen in die nationale Strafjustiz leichter überwinden ließen.

Zum einen geht es um die erfreuliche Beobachtung, dass sich das Völkerrecht immer mehr aus seiner traditionellen Beschränkung auf zwischenstaatliche Beziehungen löst und mittels des internationalen Strafrechts und des humanitären Völkerrechts auch dem Individuum eine – nicht nur durch den Nationalstaat vermittelte, sondern unmittelbare – Rolle als Völkerrechtssubjekt einräumt: und zwar sowohl als international verfolgungsfähigem Täter wie auch als zu schützendem Opfer. Insofern bedarf es im Grunde nur einer konsequenten Verstärkung dieser bereits supranationalen Schutzpflicht, die, um von potenziellen Rechtsbrechern ernst genommen zu werden, erforderlichenfalls auch strafrechtlich zu sanktionieren ist. Eine solche überstaatlich-humanitäre „responsibility to protect“, wie sie auf dem Millennium-Gipfel der Vereinten Nationen initiiert worden war<sup>15</sup> und im Grundsatz durch den „World Summit Outcome“ von 2005 bestätigt wurde,<sup>16</sup> müsste in ihrer Durchsetzungskraft verkürzt bleiben, wenn sie nicht bis zu globaler Letztverantwortung unter Einsatz von Strafrecht reichen würde.

Diesen Grundsatz gilt es auch zur Bewältigung von Systemunrecht gegenüber schutzunfähigen oder -unwilligen Nationalstaaten durchzusetzen. Eine solche Forderung ist freilich weniger populär, scheint doch damit die traditionelle staatliche Souveränität zur Disposition gestellt zu werden. Diese Annahme wäre jedoch nur dann zutreffend, wenn Souveränität dem Staat zum Selbstzweck eingeräumt wäre – wie

dies nicht selten so gesehen und vor allem dort zur Interventionsabwehr praktiziert wird, wo Staatsangehörige des Schutzes gegenüber dem eigenen Staat bedürften. Ohne damit das staatliche Souveränitätsprinzip, das bekanntlich erst nach unermesslichen Opfern eines multilateralen dreißigjährigen Krieges durch den Westfälischen Frieden von 1648 allgemeine Anerkennung fand, leichtfertig in Frage stellen zu wollen, ist es doch an der Zeit, sich gegen eine Verabsolutierung dieses Prinzips zu verwahren und sich seiner oft übersehenen Grenzen zu vergewissern. So sehr einerseits im Verhältnis von Staat zu Staat durch das Souveränitätsprinzip das gleiche Existenz- und Integritätsrecht garantiert werden soll, so wenig darf im Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern die Berufung auf Souveränität dazu missbraucht werden, diesen den Schutz ihrer Menschenrechte gegenüber ihrem eigenen Staat vorzuenthalten. Ebenso wie der Staat nicht um seiner selbst als vielmehr um des Menschen willen da ist, wird auch Souveränität dem Staat nicht um ihrer selbst sondern um des äußeren Schutzes seiner Bürger willen eingeräumt. Wo aber Menschen gerade durch den eigenen Staat bedroht werden und den erforderlichen Schutz ihrer Rechte gar nicht anders als von außen her zu erlangen vermögen, ist das Recht des Staates, sich auf Souveränität zu berufen, als verwirkt zu betrachten.

Auch wenn es der Weltgemeinschaft noch an vielen Institutionen und Instrumenten fehlt, um staatlich unterstütztes Unrecht ebenso wie andere Völkerrechtsverbrechen zu verhindern oder, falls geschehen, sozialen Frieden wiederherzustellen, bleibt doch jede Chance zu subsidiärem Eingreifen zu nutzen, falls der betroffene Nationalstaat zur Erfüllung seiner primären Verantwortung nicht willens oder nicht in der Lage ist. Um diese Letztverantwortung der Völkergemeinschaft wahrzunehmen, bietet die Fortentwicklung des Völkerrechts unter entsprechender Ausrichtung richtig verstandener staatlicher Souveränität einen hoffnungsvollen Weg, der entschlossen zu beschreiten ist.

#### IV. Ausblick

Nicht zuletzt bleibt Folgendes zu bedenken: Wie auch immer man sich um die Herstellung von sozialem Frieden und der dafür erforderlichen Aufarbeitung von staatlich mitverantwortendem Unrecht und dessen künftige Verhinderung auf nationaler und internationaler Ebene bemühen mag, ist doch eines nicht zu unterschätzen: der menschliche Faktor.

Solange sich Opfer von Völkerrechtsverbrechen alleingelassen fühlen und mit ihrer Verbitterung in sich zurückziehen, statt sich mit ihrem Sanktionsbedürfnis in die Öffentlichkeit zu wagen, solange das Umfeld von Untaten der Machtinhaber und ihrer Helfershelfer nichts bemerkt und Ruhe haben will, solange sich Akteure und Profiteure eines Unrechtssystems auf diese oder jene Weise an der Macht zu halten wissen, solange es zu wenig Politiker gibt, die sich die Aufarbeitung von staatlich unterstütztem Unrecht mit Entschlossenheit zur Aufgabe machen, solange der Justiz- und Verwaltungsapparat ergreifbare Restitutions- und Sanktionsmöglichkeiten nicht ausschöpft, so lange müssen alle rechtlichen und institutionellen Vorkehrungen letztlich zum Scheitern verurteilt sein.

<sup>15</sup> Die auf der sogenannten Millennium-Vollversammlung der Vereinten Nationen im September 2000 von Kanada angeregte und maßgeblich unterstützte „International Commission on Intervention and State Sovereignty“ (ICISS) hat ihren Report on „The Responsibility to Protect“, im Dezember 2001 vorgelegt; veröffentlicht vom International Development Research Centre in Ottawa/Canada (<http://www.idrc.ca>) [Stand: 30.9.2011].

<sup>16</sup> §§ 138-139 of the World Summit Outcome Document, United Nations General Assembly, A/60/L.1.

Was daher Not tut, ist Zivilcourage auf beiden Seiten und auf allen Ebenen.

So ist zum einen auf gesellschaftlich-politischer Ebene zu erwarten, dass Mitbürger, statt wegzusehen, offensichtlich menschenrechtswidrigem Machtmissbrauch mutig entgegenzutreten, dass Politiker und Amtsträger, statt das Vergangene unter den Teppich zu kehren, eine umfassend-umsichtige Transitionspolitik wie auch deren gleichermaßen entschlossene Umsetzung betreiben, und dass die Weltgemeinschaft, statt zur Aufarbeitung ihres Systemunrechts unwillige oder unfähige Länder sich selbst zu überlassen, in Wahrnehmung ihrer Letztverantwortung durchsetzungskräftige Initiativen ergreift.

So ist zum anderen auf individuell-zwischenmenschlicher Ebene zu erhoffen, dass einerseits an Machtmissbrauch Beteiligte, statt sich von Mitschuld frei zu dünken, den Mut haben, sich zu ihrer Verantwortung zu bekennen und dementsprechende Konsequenzen zu ziehen, aber dass andererseits auch die Opfer, statt in verbittertem Vergeltungsverlangen zu verharren, die Kraft aufbringen, eine mit der Bitte um Verzeihung ausgestreckte Hand zur Versöhnung zu ergreifen. Ohne sich um einen auf Wahrheit gegründeten gerechten Ausgleich wenigstens zu bemühen, wird eine dauerhafte soziale Befriedung schwerlich zu erreichen sein.

Vielleicht mögen manche der vorangehend erhobenen rechtspolitischen Forderungen und gesellschaftlichen Erwartungen utopisch klingen. Gleichwohl könnte uns dabei Hoffnung geben, wie *Kant* seine bekannte Schrift „Zum ewigen Frieden“ ausklingen lässt: Danach bedeutet ihm der ewige Friede „keine leere Idee, sondern eine Aufgabe, die nach und nach aufgelöst, ihrem Ziele (weil die Zeiten, in denen gleiche Fortschritte geschehen, hoffentlich immer kürzer werden) ständig näher kommt“.<sup>17</sup> In ähnlicher Weise könnte uns auch Mut machen, was einer der bedeutendsten Kriminalpolitiker der Neuzeit, der Italiener *Beccaria* als Motto auf das Titelblatt seines berühmten Werkes „Über die Verbrechen und die Strafen“ gesetzt hat. Wohl vorausahnend, dass seine Reformforderungen, insbesondere die Abschaffung der Folter und der Todesstrafe, nicht von heute auf morgen zu verwirklichen seien, stellte er seinem epochemachenden Werk einen Satz von *Francis Bacon* voran: „Bei schwereren Sachen ist nicht zu erwarten, dass man sowohl auf einmal säen als auch ernten kann, sondern dass das Werk der Vorbereitung bedarf, um schrittweise zu reifen.“ Auch dort stand am Anfang die Utopie – in diesem Sinne möge Utopia auch für die Aufarbeitung vergangenen Systemunrecht und die Verhinderung künftiger Völkerrechtsverbrechen Mut und Kraft verleihen.

---

<sup>17</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 6), S. 677.

# Die Erfindung von „Terrorismus“ als Völkerrechtsverbrechen durch den Sondergerichtshof für den Libanon

Von Rechtsanwalt Dr. **Stefan Kirsch**, Frankfurt a.M., Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Anna Oehmichen**, Wiesbaden\*

*In einer Entscheidung vom 16.2.2011 hat die Beschwerdekammer des Sondergerichtshofs für den Libanon festgestellt, dass das Verbrechen des Terrorismus nach dem derzeitigen Stand des Völkergewohnheitsrechtes zu einem eigenständigen völkerrechtlichen Straftatbestand erstarkt sei und damit eine Ahndung in direkter Anwendung des Völkerrechtes ermögli- che. Die nachfolgende Darstellung zeigt, dass die Entscheidung erhebliche methodische Defizite aufweist und dass ihr in der Sache nicht gefolgt werden kann.<sup>1</sup> Umso mehr ist zu hoffen, dass die Entscheidung eine kritische Auseinandersetzung mit der Annahme einer durch Völkergewohnheitsrecht begründeten Strafbarkeit befördert.*

## I. Hintergrund

Der Sondergerichtshof für den Libanon („Special Tribunal for Lebanon“) wurde durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der UN Charta errichtet, nachdem das libanesische Parlament es abgelehnt hatte, eine Vereinbarung zwischen den Vereinten Nationen und der libanesischen Regierung zu ratifizieren, die die Errichtung eben jenes Sondertribunals vorsah. So bestimmte der Sicherheitsrat mit Resolution 1757 (2007), dass die Vereinbarung zur Errichtung des Sondergerichtshofes und das Statut des Gerichtshofes<sup>2</sup> am 10.6.2007 in Kraft treten sollten.

Der Gerichtsbarkeit des Sondergerichtshofes unterliegen nach Art. 1 des Statuts die für den am 14.2.2005 verübten Angriff auf den früheren libanesischen Premierminister Rafik Hariri verantwortlichen Personen. Bei diesem Anschlag starben insgesamt 23 Menschen und mehr als 100 wurden verletzt. Darüber hinaus ist der Gerichtshof für ähnlich schwere Angriffe zuständig, die sich im Zeitraum zwischen dem 1.10.2004 und dem 12.12.2005 ereignet haben. Soweit ähnlich schwere Angriffe nach Dezember 2005 verübt wurden, können sie ebenfalls verfolgt werden, allerdings nur bei Vorliegen einer Zustimmung des Sicherheitsrats der Vereinten

---

\* Der Autor *Kirsch* ist Rechtsanwalt in Frankfurt a.M. Die Autorin *Oehmichen* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Kriminologischen Zentralstelle e.V. in Wiesbaden (Projekt zur Evaluation des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten).

<sup>1</sup> So auch *Ambos*, LJIL 24 (2011), 655; *Gillett/Schuster*, JICJ 9 (2011), im Erscheinen; *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 sowie *Kirsch/Oehmichen*, Durham Law Review 1 (2011), 32. Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf dem zuletzt genannten Beitrag.

<sup>2</sup> Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, SC Res 1757, UN Doc S/RES/1757 v. 30.5.2007 (Annex); Statute of the Special Tribunal for Lebanon, SC Res 1757, UN Doc S/RES/1757 v. 30.5.2007 (Attachment). Die genannten Dokumente sind über die Internetseiten des Sondertribunals (<http://www.stl-tsl.org>) abrufbar.

Nationen. Die Strafbarkeit der der Gerichtsbarkeit des Sondergerichtshofs unterliegenden Personen richtet sich allein nach libanesischem Recht. So bestimmt Art. 2 des Statuts die Anwendung derjenigen Bestimmungen des libanesischen Strafgesetzbuches, die Terrorismus, Verbrechen gegen Leben und körperliche Unversehrtheit, rechtswidrige Vereinigungen und die Nichtanzeige von Straftaten betreffen. Damit ist der Sondergerichtshof für den Libanon nicht nur der erste internationale Strafgerichtshof, der hinsichtlich der zu beurteilenden Straftatbestände ausschließlich nationales Strafrecht anwendet, sondern auch der erste internationale Strafgerichtshof, in dessen Zuständigkeit Akte des Terrorismus fallen.<sup>3</sup>

Die das Verfahren vor dem Sondergerichtshof für den Libanon betreffenden Regelungen sind in der Verfahrens- und Beweisordnung niedergelegt, die die Richter des Gerichtshofes am 20.3.2009 beschlossen haben.<sup>4</sup> Am 10.11.2010 haben die Richter eine Änderung dieser Verfahrens- und Beweisordnung verabschiedet und dabei auch Regel 68, die das Verfahren der Anklageerhebung betrifft, erweitert. So kann der mit der Anklage befasste Richter im Vorverfahren nach der neu eingefügten Regel 68 (G) der *Beschwerdekammer* Vorfragen zur Auslegung des Abkommens zur Errichtung des Sondergerichtshofes, des Statuts und der Verfahrens- und Beweisregeln vorlegen, deren Beantwortung er hinsichtlich der Entscheidung über die Zulassung der Anklage für zweckmäßig erachtet. Dieses Vorlageverfahren soll, wie ein erläuterndes Memorandum des Gerichtspräsidenten vom 25.11.2010 ausführt, der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sowie der Beschleunigung der Verfahren dienen.

Nachdem die Anklagebehörde dem Sondergerichtshof am 17.1.2011 eine Anklage wegen des Attentats am 14.2.2005 vorlegte, machte der zur Prüfung der Anklagevorwürfe berufene Richter im Vorverfahren von der dargestellten Neuregelung in Regel 68 der Verfahrens- und Beweisordnung Gebrauch und leitete der *Beschwerdekammer* schon am 21.1.2011 insgesamt 15 Rechtsfragen zur Vorabentscheidung zu. Im Hinblick auf den Tatbestand des Terrorismus enthält der Anfragebeschluss<sup>5</sup> des Richters im Vorverfahren die folgenden Fragen:

---

<sup>3</sup> Vgl. *Milanovic*, JICJ 5 (2007) 1139. Hierzu auch *Aptel*, JICJ 5 (2007), 1107 (1108).

<sup>4</sup> Vgl. Art. 28 STL-Statut. Am Sondergerichtshof sind sowohl libanesische als auch internationale Richter tätig (Art. 8 LStGH Statut).

<sup>5</sup> STL (Pre Trial Judge), Order on Preliminary Questions Addressed to the Judges of the Appeals Chamber pursuant to Rule 68, Paragraph (G) of the Rules of Procedure and Evidence v. 21.1.2011 – STL-11-01/I/AC/R176bis. Die Entscheidung ist in englischer, französischer und arabischer Sprache über die Internetseite des Tribunals zugänglich: <http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/rule-176bis/>

- „i) Sollte der Gerichtshof angesichts der Regelung in Art. 2 des Statuts, die zur Definition des Tatbestandes des Terrorismus ausschließlich auf die Regelungen des libanesischen Strafgesetzbuches verweist, auch einschlägiges Völkerrecht berücksichtigen?
- ii) Sollte die erste Frage bejaht werden: Wie und nach welchen Prinzipien könnte die Definition einer terroristischen Handlung nach Art. 2 des Statuts mit dem Völkerrecht in Einklang gebracht werden? Welches sind in diesem Falle die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines solchen Verbrechen?
- iii) Für den Fall, dass die erste Frage verneint wird: Welches sind die objektiven und subjektiven Merkmale des Tatbestandes einer terroristischen Handlung, die vom Gerichtshof hinsichtlich des libanesischen Gesetzes und der dazugehörigen Rechtsprechung beachtet werden müssen?“

### II. Die Entscheidung der Beschwerdekammer

Nach Anhörung der Anklagebehörde, des Leiters des Büros der Verteidigung („Defence Office“) sowie zweier *amici curiae* verkündete die *Beschwerdekammer* bereits am 16.2.2011 ihre Entscheidung.<sup>6</sup> Der im englischen Originaltext 153 Seiten umfassende Beschluss enthält Ausführungen zu zahlreichen Rechtsfragen, die in dem Anfragebeschluss des Richters im Vorverfahren aufgeworfen wurden. Besondere Aufmerksamkeit ist der Entscheidung aber vor allem aufgrund der Feststellung zuteil geworden, dass das Verbrechen des Terrorismus nach dem derzeitigen Stand des Völkergewohnheitsrechtes – jedenfalls im Falle des Nichtvorliegens eines bewaffneten Konflikts<sup>7</sup> – zu einem eigenständigen völkerrechtlichen Straftatbestand erstarkt sei und dass so ungeachtet nationaler Rechtsvorschriften eine Ahndung in direkter Anwendung des Völkerrechtes möglich sei. Der völkerrechtliche Straftatbestand des Terrorismus, so die *Beschwerdekammer*, erfordere (a) die Begehung einer – nicht näher qualifizierten – strafbaren Handlung oder die Drohung mit einer solchen, (b) die Absicht, Angst unter der Bevölkerung hervorzurufen oder eine nationale oder internationale Behörde direkt oder

[filings/orders-and-decisions/pre-trial-judge/order-on-preliminary-questions-addressed-to-the-judges-of-the-appeals-chamber-pursuant-to-rule-68-paragraph-g-of-the-rules](http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/rule-176bis/filings/orders-and-decisions/pre-trial-judge/order-on-preliminary-questions-addressed-to-the-judges-of-the-appeals-chamber-pursuant-to-rule-68-paragraph-g-of-the-rules).

<sup>6</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis. Die Entscheidung ist in englischer und französischer Sprache über die Internetseite des Tribunals zugänglich: <http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/rule-176bis/filings/orders-and-decisions/appeals-chamber/interlocutory-decision-on-the-applicable-law-terrorism-conspiracy-homicide-perpetration-cumulative-charging>.

<sup>7</sup> Hierzu STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 107.

indirekt zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen sowie (c) die grenzüberschreitende Bedeutung der Tat.<sup>8</sup>

Zu diesem Befund sah sich die *Beschwerdekammer* veranlasst, weil sie den Tatbestand des Terrorismus im libanesischen Strafgesetzbuch für auslegungsbedürftig erachtete und sich daher unter der Annahme des Gebots völkerrechtsfreundlicher Deutung zur Feststellung entsprechenden Völkerrechtes berufen fühlte.

Nach Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches ist als terroristische Handlung der Einsatz eines Tatmittels anzusehen, das – wie etwa Sprengstoff, leicht entflammbare Materialien, giftige oder ätzende Stoffe oder Krankheitserreger – geeignet ist, eine öffentliche Gefahr herbeizuführen, sofern mit dem Einsatz des Tatmittels beabsichtigt ist, Angst und Schrecken zu erzeugen.<sup>9</sup> Die libanesischen Gerichte, so die *Beschwerdekammer*, gingen bei der Anwendung von Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches davon aus, dass dieser nur den Einsatz von Tatmitteln erfasse, die als solche geeignet seien, eine Gefahr für die Bevölkerung herbeizuführen.<sup>10</sup> Dementsprechend stelle beispielsweise der Gebrauch einer Pistole, einer halbautomatischen Waffe, eines Messers oder möglicherweise sogar einer Briefbombe keine terroristische Handlung im Sinne des Gesetzes dar. Auch der Angriff auf ein Staatsoberhaupt oder ein Regierungsmitglied könne daher nicht als terroristische Handlung begriffen werden, wenn dieser allein mit solchen Tatmitteln ausgeführt würde. Ganz offensichtlich aber erschien dies der *Beschwerdekammer* als eine zu enge und damit unbefriedigende Auslegung des Tatbestandes. Denn unter der Prämisse, dass das libanesisches Recht völkerrechtsfreundlich interpretiert und angewendet werden müsse, machte sich die *Beschwerdekammer* auf die Suche nach Normen des Völkerrechtes, denen Anhaltspunkte für ein weiteres Verständnis des Tatbestandes entnommen werden könnten.

<sup>8</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 85: „This customary rule requires the following three key elements: (i) the perpetration of a criminal act (such as murder, kidnapping, hostage-taking, arson, and so on), or threatening such an act; (ii) the intent to spread fear among the population (which would generally entail the creation of public danger) or directly or indirectly coerce a national or international authority to take some action, or to refrain from taking it; (iii) when the act involves a transnational element.“

<sup>9</sup> Art 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches („Lebanese Criminal Code“) lautet in der englischen Übersetzung: „Terrorist acts are all acts intended to cause a state of terror and committed by means liable to create a public danger such as explosive devices, inflammable materials, toxic or corrosive products and infectious or microbial agents.“

<sup>10</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 52.

Das einzige vom Staat Libanon ratifizierte völkerrechtliche Abkommen, das eine Bestimmung zum Begriff des Terrorismus enthalte, ist – so der Beschluss – die arabische Übereinkunft zur Unterdrückung des Terrorismus vom 22.4.1998. Diese Vereinbarung, die Regelungen zur Zusammenarbeit der arabischen Staaten im Kampf gegen den Terrorismus enthalte, ersetze aber nach Auffassung der *Beschwerdekammer* nicht die Definition in Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches und könne allenfalls als Auslegungshilfe dienen.<sup>11</sup> Von entscheidender Bedeutung sei daher die Tatsache, dass sich in der Staatenpraxis eine allgemeine Rechtsüberzeugung herausgebildet habe, nach der der Tatbestand des Terrorismus außerhalb bewaffneter Konflikte ein Völkerrechtsverbrechen darstelle. Da dieser völkerrechtliche Tatbestand keine Beschränkung auf besondere Tatmittel enthalte, sei auch Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches nach Auffassung der *Beschwerdekammer* so auszulegen, dass dieser keine Beschränkung auf bestimmte Tatmittel enthalte, solange die Tathandlung eine Gefahr für die Öffentlichkeit herbeiführe.<sup>12</sup>

Wie im Folgenden nachgewiesen werden kann, zeigt die Entscheidung hinsichtlich der Vorlegungsfragen zum Tatbestand des Terrorismus gravierende methodische Defizite. Zu widersprechen ist aber insbesondere auch der Feststellung der *Beschwerdekammer*, dass der Tatbestand des Terrorismus nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechtes eine eigenständige völkerrechtliche Strafbarkeit begründe.

### III. Unnötiger Rekurs auf Völkerrecht

Betrachtet man allein die Annahme der *Beschwerdekammer*, dass Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches bei zutreffendem Verständnis keine Beschränkung auf bestimmte im Tatbestand benannte Tatmittel enthalte, so ist nicht nachvollziehbar, warum es umfangreicher Ausführungen und Feststellungen zum Völkerrecht bedurft haben sollte, um zu diesem Befund zu gelangen. Denn bereits eine einfache, am Wortlaut der Regelung des Art. 314 orientierte Auslegung hätte ein solches Ergebnis ermöglicht, da es sich bei der Nennung möglicher Tatmittel in Art. 314 – die in der englischen Fassung des Tatbestandes mit den Worten „such as“ und in der französischen Fassung mit der Eingangsformel „tel que“ eingeleitet wird – unzweifelhaft nicht um eine abschließende Aufzählung handelt.

Angesichts der nicht abschließenden Bestimmung möglicher Tatmittel im Wortlaut der Norm hätte es aufgrund der Regelung in Art. 2 des Statuts, der die Anwendung libanesischen Rechts vorschreibt, vielmehr nahegelegen, zunächst – etwa unter Zuhilfenahme der aus der Methodenlehre bekannten Auslegungskriterien „Systematik“, „Entstehung“ und

„Ziel“ der Regelung – die Gründe für die von der *Beschwerdekammer* festgestellte Auslegung des Tatbestandes durch libanesischen Gerichte zu analysieren. Von dem Ergebnis dieser Untersuchung ausgehend hätte sich die *Beschwerdekammer* sodann mit der anspruchsvollen methodischen Frage auseinanderzusetzen gehabt, ob es sich bei dem Verweis in Art. 2 des Statuts um eine umfassende „Gesamtverweisung“ handelt, nach der auch die Praxis der libanesischen Gerichte und die sie tragenden Gründe Beachtung finden müssen, oder ob Art. 2 des Statuts allein den Wortlaut der entsprechenden Regelungen des Libanesischen Strafgesetzbuches in das Statut inkorporiert – mit der Folge der Zulässigkeit der von der *Beschwerdekammer* vorgenommenen „autonomen“ Auslegung dieses Wortlautes.<sup>13</sup> Zu alledem aber findet sich in der Entscheidung nicht ein einziger Satz.

Stattdessen beschränkt sich die *Beschwerdekammer* in den insoweit bedeutsamen Passagen der Entscheidung auf eine „autonome“ Interpretation des Wortlautes der Regelung des Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches, indem sie vor dem Hintergrund des Regelungszwecks dieser Norm darauf verweist, dass auch der Einsatz eines dort nicht benannten Tatmittels geeignet sein könne, eine öffentliche Gefahr herbeizuführen und hierdurch Angst und Schrecken zu erzeugen.<sup>14</sup> Daher sei ein solches Verständnis des Tatbestandes besser geeignet („better suited“),<sup>15</sup> den modernen Erscheinungsformen des Terrorismus zu begegnen, als die von der libanesischen Praxis vorgenommene restriktive Auslegung von Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches. Lediglich zur Abrundung dieser Überlegungen verweist die *Beschwerdekammer* darauf, dass weder die Definition des Terrorismus in der arabischen Übereinkunft zur Unterdrückung des Terrorismus vom 22.4.1998 noch der völkergewohnheitsrechtliche Tatbestand des Terrorismus eine Beschränkung möglicher Tatmittel vorsähen.<sup>16</sup> Die *Beschwerdekammer* selbst nimmt also methodisch nicht in Anspruch, dass der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zur Korrektur eines zuvor in autonomer Auslegung gewonnenen Verständnisses der Regelung in Art. 314 des Libanesischen Strafgesetzbuches zwingt, sodass die entsprechenden Darlegungen zum Völkergewohnheitsrecht für die Entscheidung kaum als tragend angesehen werden können.<sup>17</sup> Gerade angesichts dieses Befundes drängt sich allerdings der Eindruck auf, dass die *Beschwerdekammer* den in der Entschei-

<sup>13</sup> Vgl. *Ambos*, LJIL 24 (2011), 655 (656 ff.).

<sup>14</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 126 ff.

<sup>15</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 129.

<sup>16</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 129.

<sup>17</sup> So aber *Gillett/Schuster*, JICJ 9 (2011), im Erscheinen.

<sup>11</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 82.

<sup>12</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 129.

dung vorgenommenen umfangreichen Rekurs auf Völkergewohnheitsrecht allein vorgenommen hat, um die – wie nunmehr zu zeigen ist – unhaltbare Behauptung eines Tatbestandes des Terrorismus als Völkerrechtsverbrechen<sup>18</sup> aufzustellen.

#### IV. Fehlerhafte Annahme von Völkergewohnheitsrecht

Dem Grunde nach besteht weitgehende Einigkeit, dass Völkergewohnheitsrecht durch die von einer Rechtsüberzeugung (*opinio juris sive necessitates*) getragene internationale Übung der beteiligten Völkerrechtssubjekte entsteht.<sup>19</sup> Beide Elemente befinden sich auch in der gesetzlichen Definition in Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut.

Nach Auffassung der *Beschwerdekammer* bestehe eine solche allgemeine Staatenpraxis zur Bestrafung des Terrorismus in Friedenszeiten („settled practice concerning the punishment of acts of terrorism, as commonly defined, at least when committed in time of peace“),<sup>20</sup> die von einer Überzeugung der Staaten getragen werde, dass die Bestrafung von Akten des Terrorismus einer sozialen Notwendigkeit entspreche und daher rechtlich geboten sei („this practice is evidence of a belief of States that the punishment of terrorism responds to a social necessity [...] and is hence rendered obligatory by the existence of a rule requiring it“).<sup>21</sup> Zum Nachweis dieser Auffassung beruft sich die *Beschwerdekammer* zunächst auf fünf Entscheidungen nationaler Gerichte, die das Bestehen eines völkergewohnheitsrechtlich begründeten Straftatbestandes des Terrorismus bereits aner-

kannt hätten.<sup>22</sup> Darüber hinaus belegten auch völkerrechtliche Verträge<sup>23</sup> sowie Resolutionen des UN-Sicherheitsrates und der Generalversammlung eine entsprechende Strafbarkeit.

Anders als von der *Beschwerdekammer* angenommen eignen sich die untersuchten Quellen aber weder zum Nachweis der Herausbildung einer völkergewohnheitsrechtlichen Definition von Terrorismus, noch gar zur Etablierung eines entsprechenden Straftatbestandes.<sup>24</sup> Denn die allermeisten der von der *Beschwerdekammer* herangezogenen Quellen beschränken sich darauf, Akte des Terrorismus zu verurteilen, ohne diese jedoch zu definieren. Und diejenigen Quellen, die eine allgemeine Definition des Terrorismus enthalten, divergieren so erheblich, dass vom Vorliegen einer einheitlichen Rechtsüberzeugung kaum ausgegangen werden kann.

Diesem Befund entspricht es, dass alle Bemühungen der Staatengemeinschaft, eine einheitliche Konvention über Terrorismus zu schaffen, bislang gescheitert sind. Entsprechende Versuche reichen bis an den Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts zurück. Im Jahr 1926 bat Rumänien den Völkerbund, ein Übereinkommen zu entwerfen, welches Terrorismus universell strafbar machen sollte, doch wurde dieser Bitte nicht Folge geleistet.<sup>25</sup> 1937 wurde dem Völkerbund eine „Genfer Konvention zur Verhütung und Bestrafung des Terrorismus“ vorgelegt<sup>26</sup>, doch trat diese Konvention nie in Kraft. Indien war der einzige Staat, der ihr beitrug. In den 60er und 70er Jahren wurde das Thema durch eine Welle von Flugzeugentführungen und anderen terroristischen Anschlägen erneut ins Zentrum der Weltaufmerksamkeit gerückt. Die Vereinten Nationen schufen daher 1972 eine Ad hoc Kommission zu internationalem Terrorismus, die mit dem Entwurf eines Übereinkommens beschäftigt war, doch scheiterte dieses Unternehmen an der Uneinigkeit über die Definition von

<sup>18</sup> Vgl. etwa *Stubbins Bates et al.*, *Terrorism and International Law*, 2011, S. 1 ff.; *Saul*, *Defining Terrorism in International Law*, 2008, S. 191 ff.; *Vashakmadze*, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik*, Sonderheft 1 2011, 48 (51); *Bassiouni*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 36 (2004), 305; Amicus Curiae brief on the question of the applicable terrorism offence in the proceedings before the Special Tribunal for Lebanon, with a particular focus on a „special“ special intent and/or a special motive as additional subjective requirements, Institute for Criminal Law and Justice of Georg-August Göttingen University, 6 m.w.N.; *Wolny*, *Die völkerrechtliche Kriminalisierung von modernen Akten des internationalen Terrorismus*, 2008, S. 25 m.w.N.; *Wardlaw*, *Political Terrorism*, 2. Aufl. 1989, S. 3; *Doucet*, in: *Doucet* (Hrsg.), *Terrorism, Victims, and International Law*, 2003, S. 277; *Oehmichen*, *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The terrorised legislator?*, 2009, S. 5. A.A. *Cassese*, *International Criminal Law*, 2003, S. 120-131; *ders.*, *EJIL* 12 (2001), 993 (994).

<sup>19</sup> Vgl. *Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, S. 213.

<sup>20</sup> STL (Appeals Chamber), *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis*, Rn. 102.

<sup>21</sup> STL (Appeals Chamber), *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis*, Rn. 102.

<sup>22</sup> STL (Appeals Chamber), *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis*, Rn. 86.

<sup>23</sup> STL (Appeals Chamber), *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis*, Rn. 88 ff. Eine umfassende Liste aller Terrorismus betreffenden Verträge findet sich auf [http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2\\_en.xml&menu=MTDSG](http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml&menu=MTDSG).

<sup>24</sup> Hervorragende Analyse bei *Saul*, *LJIL* 24 (2011), 677 (681 ff.).

<sup>25</sup> League of Nations (LoN), Committee of Experts for the Codification of International Criminal Law, *Replies of Governments 1927*, LoN Doc. C.196.M.70.1927.V, S. 221, zitiert nach: *Saul*, *NILR* 2005, 57 (59).

<sup>26</sup> Darin wurde Terrorismus definiert als „kriminelle Taten, die gegen einen Staat gerichtet sind und das Ziel verfolgen, bestimmte Personen, eine Gruppe von Menschen oder die Allgemeinheit in einen Zustand der Angst zu versetzen“ (Art. 1.1.); s. League of Nations, *Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism*, O.J. 19 at 23 (1938), League of Nations Doc. C.546 (I).M.383 (I). 1937, V (1938).

Terrorismus.<sup>27</sup> Dabei war einer der Hauptstreitpunkte, ob nationale Befreiungsbewegungen auch unter die Definition fallen sollten.<sup>28</sup> Da eine Einigung in dieser Frage nicht in Sicht war, entschied man sich statt eines einheitlichen Terrorismusbegriffs für die Kriminalisierung bestimmter konkreter Straftaten, die typischerweise von Terroristen begangen wurden und sich durch eine besondere terroristische Absicht qualifizierten.<sup>29</sup> So wurden seit 1963 insgesamt vierzehn internationale und multilaterale Konventionen verabschiedet, die sich allesamt gegen spezifische terroristische Handlungen richteten.<sup>30</sup> Zu diesen Abkommen gehören etwa die jeweiligen Übereinkommen zur Flug-<sup>31</sup> und maritimen Sicherheit,<sup>32</sup> zu Geiselnahmen,<sup>33</sup> zu Schutz von Kernmaterial,<sup>34</sup> zu gewalttätigen Handlungen an Flughäfen,<sup>35</sup> zur Finanzierung des Terrorismus<sup>36</sup> und zum Nuklear-Terrorismus.<sup>37</sup> Dabei wurde bewusst vermieden, Terrorismus als solchen zu definieren.

Im Jahre 1996 setzte die UN Generalversammlung erneut eine Ad hoc Kommission ein, die damit betraut wurde, ein umfassendes Abkommen zum Terrorismus zu schaffen.<sup>38</sup> Allerdings ist es auch dieser Kommission bis dato noch nicht gelungen, eine umfassende Konvention zum Terrorismus zu schaffen. Auch die Verabschiedung zweier weiterer internati-

onaler Instrumente zur Bekämpfung des Terrorismus, die sich – in alter Manier – gegen spezielle Formen desselben richten und gerade nicht allgemein Terrorismus als solchen kriminalisieren, zeugt vom noch fehlenden internationalen Konsens in dieser Frage.<sup>39</sup>

Die Unstimmigkeiten, die bislang einer gemeinsamen Definition von Terrorismus im Wege stehen, betreffen keine nebensächlichen, sondern vielmehr politisch höchst kontroverse Fragen, in denen die Staatengemeinschaft seit Jahrzehnten keiner Einigung näher gekommen ist. So ist etwa streitig, ob „Staatsterrorismus“ bzw. die Handlungen von bewaffneten Streitkräften von der Definition umfasst werden sollten und ob auch der bewaffnete Widerstand gegen die Besetzung eines Gebietes oder gegen Kolonial- oder Fremdherrschaft unter die Definition fallen sollte.<sup>40</sup> Angesichts dieser grundsätzlichen Differenzen innerhalb der Staatenge-

<sup>27</sup> *Guillaume*, International and Comparative Law Quarterly 53 (2004), 537 (539).

<sup>28</sup> *Greenwood*, in: Greenwood (Hrsg.), Essays on War in International Law, 2006, S. 409-410; *Guillaume*, International and Comparative Law Quarterly 53 (2004), 537 (539). Vgl. auch UN GA Resolutionen 40/61 und 42/159.

<sup>29</sup> *Greenwood* (Fn. 28), S. 409 (S. 411).

<sup>30</sup> Vgl. die Übersicht der Vereinten Nationen auf <http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>.

<sup>31</sup> Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen, beschlossen am 16.12.1970 in Den Haag; Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt, beschlossen am 23.9.1971 in Montreal.

<sup>32</sup> Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt, beschlossen am 10.3.1988 in Rom und Protokoll zu diesem Übereinkommen.

<sup>33</sup> Internationales Übereinkommen gegen Geiselnahme, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 17.12.1979.

<sup>34</sup> Übereinkommen über den physischen Schutz von Kernmaterial, angenommen am 3.3.1980 in Wien.

<sup>35</sup> Protokoll zur Bekämpfung widerrechtlicher gewalttätiger Handlungen auf Flughäfen, die der internationalen Zivilluftfahrt dienen, in Ergänzung des Übereinkommens zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt, beschlossen am 24.2.1988 in Montreal.

<sup>36</sup> Internationales Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 9.12.1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (UN-Doc. A/RES/54/109).

<sup>37</sup> Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung des nuklearen Terrorismus (UN-Doc. A/RES/59/290) von 2005.

<sup>38</sup> UN GA Resolution 51/210 v. 17.12.1996.

Vgl. <http://www.un.org/law/terrorism/index.html>.

<sup>39</sup> Vgl. das Übereinkommen von Beijing zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen in Bezug auf die Internationale Zivilluftfahrt nebst Zusatzprotokoll.

<sup>40</sup> *Stubbins Bates u.a.* (Fn. 18), S. 2; *Weigend*, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kai Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 151 (S. 161). Vgl. UN GA 6<sup>th</sup> Committee Report of the Working Group on Measures to eliminate international terrorism, 3.11.2010, UN-Doc. A/C.6/65/L.10. Die Streitpunkte betreffen Art. 2 (Definition) und Art. 3 (früher: Art. 18, betreffend die Nichtanwendung des Übereinkommens auf Handlungen durch Streitkräfte im Rahmen eines bewaffneten Konflikts, soweit diese vom humanitären Völkerrecht gedeckt sind) des Entwurfs eines umfassenden Übereinkommens. Aus der dem Treffen der Arbeitsgruppe nachfolgenden Diskussion des umfassenden Übereinkommens durch den Ad Hoc Ausschuss von April 2011 folgt zudem, dass diese, die Definition betreffenden Unstimmigkeiten noch immer fortbestehen, vgl. Rn. 9 und 10 des Berichts (Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 v. 17.12.1996, Fifteenth session, 11.-15.4.2011, UN-Doc. A/66/37): „9. [...] In this context, several delegations expressed regret that there was still no consensus on the outstanding issues surrounding the draft convention and urged delegations to show the utmost flexibility and a constructive spirit in the negotiations. [...] 10. Concerning the outstanding issues surrounding the draft convention, several delegations reiterated that the convention should contain a definition of terrorism that would provide a clear distinction between acts of terrorism covered by the convention and the legitimate struggle of peoples in the exercise of their right to self-determination or under foreign occupation. Some delegations also reiterated their view that the convention should address terrorism in all its forms and manifestations, including State terrorism, and that activities undertaken by the armed forces of States not regulated by international humanitarian law should also fall within its scope. While referring to previous proposals, some delegations considered that it might be necessary to revisit the text of the definition of terrorism contained in draft article 2, in order to appropriately address these issues (see A/60/37, annex III, and A/65/37, annex I, sect. B, para. 11).

meinschaft erscheint eine universelle Terrorismus-Definition in weiter Ferne. Daher müssen auch die von der *Beschwerdekammer* angeführten UN-Resolutionen mit großer Vorsicht interpretiert werden.<sup>41</sup> Sie können weder als Beleg einer entsprechenden Staatenpraxis noch einer übereinstimmenden Rechtsüberzeugung dienen und eignen sich allenfalls als Ausdruck des (noch zu erreichenden) langfristigen Ziels der Staatengemeinschaft, einen völkerrechtlichen Terrorismus-Straftatbestand zu schaffen.

Beruhet die Fehlerhaftigkeit der Annahme einer völkergewohnheitsrechtlichen Strafbarkeit des Terrorismus somit weitgehend auf einer Fehldeutung der völkerrechtlichen Quellenlage durch die *Beschwerdekammer* des Libanonstrafgerichtshofes, so sollte dies nicht den Blick darauf verstellen, dass die Entscheidung hinsichtlich der Annahme einer völkergewohnheitsrechtlich begründeten Strafbarkeit des Terrorismus auch in methodischer Hinsicht gravierende Mängel aufweist.

So bleibt etwa unklar, ob sich die Prüfung der *Kammer* zunächst darauf beschränkt, allein ein völkerrechtliches Verbot terroristischer Handlungen gewohnheitsrechtlich zu begründen, um sodann in einem zweiten Schritt die Frage der Strafbarkeit entsprechender Verstöße zu klären, oder ob die *Kammer* insoweit von einer einheitlichen Prüfung ausgegangen ist. Für ersteres spricht der Umstand, dass die Richter ausdrücklich darauf hinweisen, dass das Vorhandensein einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel, die Terrorismus verbietet und brandmarkt, nicht automatisch zu einer individuellen Strafbarkeit führe.<sup>42</sup> Und in der Tat scheint die *Beschwerdekammer* insoweit eine gesonderte Prüfung vorzunehmen.<sup>43</sup> Andererseits nehmen die Richter schon von Beginn der Prüfung an auf strafbares – und nicht allein verbotenes – Verhalten Bezug,<sup>44</sup> und die gesonderte Prüfung verbleibt dürftig. Letztlich bleibt aufgrund dieses Defizits gerade die für die Annahme einer gewohnheitsrechtlich begründeten Strafbarkeit bislang zentrale Unterscheidung von „verbotenem“ Verhalten einerseits und „strafbarem“ Verhalten andererseits unterbelichtet.<sup>45</sup> Allein der Verweis auf die Entwicklungsge-

schichte der Kriegsverbrechen und die Tatsache, dass der UN Sicherheitsrat Akte des Terrorismus als Gefahr für den Frieden und die internationale Sicherheit bezeichnet hat,<sup>46</sup> reichen jedenfalls unter Zugrundelegung der hergebrachten Verfahren zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht nicht aus, um die Strafbarkeit entsprechender Handlungen aufgrund einer von einer Rechtsüberzeugung getragenen internationalen Übung zu begründen.

Unklar ist darüber hinaus aber auch die Behandlung des Erfordernisses einer grenzüberschreitenden Bedeutung der Tat. So bestätigt die *Beschwerdekammer* zwar ausdrücklich, dass es sich bei diesem Erfordernis nicht um einen Bestandteil des Unrechtstatbestandes des Terrorismus handele,<sup>47</sup> doch zieht sie hieraus nicht den – insbesondere im Hinblick auf die Formulierungen in den entsprechenden internationalen Abkommen naheliegenden – Schluss, dass dieses Merkmal allein Zuständigkeitsfragen betrifft. Damit bleibt der Charakter dieses Erfordernisses diffus.<sup>48</sup>

### V. Denkanstöße

Angesichts der dargelegten, gravierenden Mängel der Entscheidung der *Beschwerdekammer* vom 16.2.2011 muss diese in aller Deutlichkeit zurückgewiesen werden. Dies gilt umso mehr, als zu befürchten steht, dass die Entscheidung nunmehr selbst – nicht unähnlich dem sich samt Pferd an den eigenen Haaren aus dem Sumpf ziehenden Baron von Münchhausen – als Beleg für eine völkergewohnheitsrechtliche Strafbarkeit des Terrorismus herangezogen werden wird.<sup>49</sup> Ungeachtet dessen verweisen gerade die Defizite der Entscheidung auf Problemfelder, die einer vertieften Befassung bedürfen und hinsichtlich derer zu hoffen ist, dass die Entscheidung eine solche Beschäftigung fördern wird.

#### 1. Der Straftatbestand des Terrorismus

Dies gilt zunächst für die auf internationaler Ebene unternommenen Versuche, Einigung hinsichtlich eines strafrechtlichen Terrorismustatbestandes zu erzielen. Denn ungeachtet der noch offenen politischen Streitpunkte<sup>50</sup> erweist es sich schon gesetzestechnisch als nicht ganz einfach, ein komple-

<sup>41</sup> Vgl. *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 (698).

<sup>42</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 103: „The Appeals Chamber acknowledges that the existence of a customary rule outlawing terrorism does not automatically mean that terrorism is a criminal offence under international law“.

<sup>43</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 104.

<sup>44</sup> Vgl. etwa STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 86 („crime of terrorism“), Rn. 88 („crime of international terrorism“) und Rn. 91 („international crime“).

<sup>45</sup> Vgl. *Ambos*, LJIL 24 (2011), 655 (666 ff.).

<sup>46</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 104 („threat to international peace and security“).

<sup>47</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 89: „It is to be emphasised that the requirement of a cross-border element goes not to the definition of terrorism, but to its character as *international* rather than *domestic*.“ (*Hervorhebung* im Original).

<sup>48</sup> Ebenso *Ambos*, LJIL 24 (2011), 655 (673).

<sup>49</sup> Vgl. FAZ v. 10.3.2011, S. 8 („Terrorismus im Völkerstrafrecht – Wo bleibt die Reaktion Berlins?“).

<sup>50</sup> Vgl. *Stubbins Bates u.a.* (Fn. 18), S. 2 auch die Nachweise oben (Fn. 40).

xes Phänomen wie die Begehung einer terroristischen Straftat mit hinreichender Trennschärfe zu anderen Straftaten auf der einen und zu nicht zu beanstandenden Verhaltensweisen auf der anderen Seite zu beschreiben und in einen in der Praxis handhabbaren Straftatbestand zu fassen, der den rechtsstaatlichen Anforderungen der Bestimmtheit genügt.<sup>51</sup> Der von der *Beschwerdekammer* postulierte – angeblich der Sphäre des Völkergewohnheitsrechts entstammende Tatbestand – sollte als möglicher Kompromisskandidat bei der Suche nach einer geeigneten Tatbestandsbefassung schon deswegen ausscheiden, weil sein objektiver Tatbestand („die Begehung einer – nicht näher qualifizierten – strafbaren Handlung oder die Drohung mit einer solchen“) ohne jegliche Kontur ist<sup>52</sup> und er damit die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens vollständig in den Bereich des subjektiven Tatbestandes („die Absicht, Angst unter der Bevölkerung hervorzurufen oder eine nationale oder internationale Behörde direkt oder indirekt zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen“) verlagert.<sup>53</sup> Hierdurch werden die Türen zu einer willkürlichen Zuschreibung und damit letztlich zu einem rechtsstaatlich inakzeptablen Gesinnungsstrafrecht aufgestoßen.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Instruktiv insoweit *Saul* (Fn. 18), S. 263 ff., der in seiner Studie über die Definition von Terrorismus im Völkerrecht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass 87 Staaten über keine spezifische Terrorismus-Gesetzgebung verfügen, sondern allgemeines Strafrecht auf entsprechende Taten anwenden. Die Gesetze der anderen 94 Staaten definieren terroristische Taten teils in allgemeiner Form (46 Staaten), teils zusammengesetzt – etwa durch Kombination unterschiedlicher Straftaten mit weiteren qualifizierenden Merkmalen, die in ihrer Gesamtheit zu einer Terrorismusstrafbarkeit führen – (48 Staaten). 15 Staaten haben keine hinreichenden Informationen mitgeteilt. Angesichts dieses Befundes wird deutlich, dass auch hinsichtlich der dogmatischen Frage, wie eine solche allgemeingültige Definition von Terrorismus aussehen könnte, keine Einigkeit besteht.

<sup>52</sup> So auch *Gillett/Schuster*, JICJ 9 (2011), im Erscheinen.

<sup>53</sup> Dies gilt umso mehr, als die *Beschwerdekammer* auch auf das – wenn auch zweifelhafte – Erfordernis eines besonderen Tatmotivs („aus politischen, religiösen oder ideologischen Gründen“) verzichtet. Anders interessanterweise noch *Casse-se* (Fn. 18), S. 129; *ders.*, JICJ 4 (2006), 933 (937): „[B]roadly speaking, terrorism consists of (i) acts normally criminalized under any national penal system, or assistance in the commission of such acts whenever they are performed in time of peace; those acts must be (ii) intended to provoke a state of terror in the population or to coerce a state or an international organization to take some sort of action, and finally (iii) are politically or ideologically motivated, i.e. are not based on the pursuit of private ends.“

<sup>54</sup> Vgl. zu den durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten (GVVG) eingeführten §§ 89a, 89b und 91 StGB *Zöller*, GA 2010, 607 (615); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 89a, Rn. 12; besonders kritisch *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos*

## 2. Professionalitätsanforderungen

Darüber hinaus ist zu hoffen, dass die Entscheidung der *Beschwerdekammer* eine längst überfällige Diskussion über die notwendige Qualifikation und Auswahl der an internationalen Strafgerichtshöfen und insbesondere am Internationalen Strafgerichtshof tätigen Richter auslösen wird.<sup>55</sup> Zwar hat die moderne juristische Methodenlehre gezeigt, dass die Vorstellung des Richters als schlichtem Subsumtionsautomaten („bouche qui prononce les paroles de la loi“<sup>56</sup>) unzutreffend ist und das Gesetz in vielen Fällen Spielräume zur Verfügung stellt, innerhalb derer der Richter zu einer richtigen Entscheidung gelangt.<sup>57</sup> Gleichwohl darf die Erkenntnis der rechtschöpfenden Natur der Gesetzesanwendung nicht dazu führen, die grundsätzliche Trennung von Legislative und Judikative in Frage zu stellen. Eben dies aber haben die Richter der *Beschwerdekammer* im vorliegenden Fall in geradezu skandalöser Weise getan, denn neben den in ihrer Gesamtheit kaum erklärlichen methodischen Defiziten der Entscheidung darf aufgrund zahlreicher weiterer Anhaltspunkte angenommen werden, dass die Behauptung eines völkergewohnheitsrechtlich begründeten Straftatbestands des Terrorismus durch die *Beschwerdekammer* von langer Hand geplant war. Zu diesen Indizien zählt vor allem die nachträgliche Einführung des – nicht auf entscheidungserhebliche Fragen im konkreten Verfahren beschränkte<sup>58</sup> – Vorlageverfahrens nach der im November 2010 durch die Richter des Gerichtshofes<sup>59</sup> eingefügten Regel 68 (G), die nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erklärung des Präsidenten des Gerichtshofs anlässlich der Verkündung der Entscheidung, die *Beschwerdekammer* habe bereits das „gesamte Jahr 2010 an der Vorbereitung der Entscheidung gearbeitet“<sup>60</sup>, in einem fahlen Licht erscheint.

Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Auflage (2010), § 89a Rn. 11 ff.

<sup>55</sup> Weiterführend *Bohlander*, in: *Shetreet/Forsyth* (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence*, 2011, S. 269 m.w.N.

<sup>56</sup> *Montesquieu*, *L'esprit des lois*, 1748.

<sup>57</sup> Instruktiv *Neumann*, in: *Neumann/Herzog* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 143.

<sup>58</sup> Kritisch *Gillett/Schuster*, JICJ 9 (2011), im Erscheinen: „This advisory procedure is arguably *ultra vires* the Statute, which limits the Appeals Chamber's role to hearing appeals from the parties on questions of law and fact and grants it the power to ,affirm, reverse or revise the decisions taken by the Trial Chamber“.

<sup>59</sup> Allein die fünf Mitglieder der *Beschwerdekammer* besitzen zusammen mit dem Richter im Vorverfahren sechs der zu einer Änderung der Verfahrens- und Beweisordnung erforderlichen sieben Stimmen (Vgl. Regel 5 (E) VBR-LStGH).

<sup>60</sup> Official Transcript (STL-11-01/I), 16.2.2011, S. 4: „However, let it be clear that in actual fact, we have been able to agree upon and pen down a complex decision only because we had spent the whole of last year 2010 preparing on the various legal issues of which some were then submitted to us, on 21 January of this year, by the Pre-Trial Judge.“ Nur so ist auch erklärlich, dass die Entscheidung der *Beschwerdekammer* schon etwa drei Wochen nach der Abfassung des Vorla-

Kaum erklärlich ist darüber hinaus, warum die *Beschwerdekammer* die Annahme des Rechtsgutachtens eines *amicus curiae*, der als ausgewiesener Experte im Bereich des internationalen Terrorismus gilt, ablehnte, nur weil dieses einen Tag zu spät in Den Haag einging.<sup>61</sup> In noch düsterem Licht erscheint diese Zurückweisung insbesondere angesichts des Umstandes, dass gerade der Verfasser des zurückgewiesenen Rechtsgutachtens sich in der Vergangenheit kritisch mit den Veröffentlichungen des Vorsitzenden der *Beschwerdekammer* und Präsidenten des Gerichtshofs, Antonio Cassese,<sup>62</sup> auseinandergesetzt hat, in denen dieser die Existenz eines eigenständigen völkerstrafrechtlichen Tatbestand des Terrorismus nachzuweisen versucht hat.<sup>63</sup> Dass sowohl die Anklagebehörde als auch das Büro der Verteidigung sich vehement – aber erfolglos – gegen die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlich begründeten Strafbarkeit des Terrorismus gewandt haben, dürfte vor diesem Hintergrund kaum erstaunen. Geradezu fatal wirkt die mit der Entscheidung der *Beschwerdekammer* zum Ausdruck gekommene Anmaßung gesetzgeberischer Kompetenzen durch die Richter des Sondergerichtshofs<sup>64</sup> angesichts des ohnehin bestehenden Misstrauens gegenüber der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Institutionen internationaler Strafgerichtsbarkeit,<sup>65</sup> indem sie Kritikern dieser Institutionen<sup>66</sup> in die Hände spielt und das notwendige Vertrauen in die Tätigkeit dieser noch jungen Institutionen erschüttert.<sup>67</sup>

### 3. Strafbegründung durch Völkergewohnheitsrecht

Der Aspekt der Trennung der Recht setzenden von der Recht sprechenden Gewalt betrifft aber nicht allein die Frage nach Professionalitätsanforderungen für die an internationalen Strafgerichtshöfen tätigen Richter, sondern verweist auch auf die durch die Entscheidung in außergewöhnlicher Deutlichkeit aufscheinenden Probleme der Strafbegründung durch

---

gebessertes des Richters im Vorverfahren und bereits eine gute Woche nach der mündlichen Verhandlung ergangen ist.

<sup>61</sup> Vgl. STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 2. Siehe auch *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 Fn. \*.

<sup>62</sup> Vgl. *Cassese* (Fn. 18), S. 129; *ders.*, JICJ 4 (2006), 933.

<sup>63</sup> Vgl. *Saul*, The Emerging Law of Terrorism (Sydney Law School – Legal Studies Research Paper No. 10/108). Im Internet abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1699568>.

<sup>64</sup> Vgl. *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 (678): „Rather, it is an example of a judiciary transforming itself into a global legislature, creating entirely new law and exceeding the accepted bounds of the judicial function.“

<sup>65</sup> Wobei – wenn der Eindruck nicht trügt – gerade politisch einflussreiche Staaten, die Unabhängigkeit jener Institutionen fürchten. So gehören weder China, noch Russland oder die Vereinigten Staaten von Amerika zur Staatenversammlung des Internationalen Strafgerichtshofes.

<sup>66</sup> Vgl. etwa *Kissinger*, Foreign Affairs 4/80 (July/August 2001), 86.

<sup>67</sup> Vgl. *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 (699).

Völkergewohnheitsrecht.<sup>68</sup> Denn die in der Entscheidung der *Beschwerdekammer* enthaltenen methodischen Defizite lassen insgesamt Zweifel an der Legitimität und Praktikabilität einer solchen Strafbegründung aufkommen, die – sofern sie nicht auszuräumen sind – zur Aufgabe einer Strafbegründung durch Völkergewohnheitsrecht führen sollten.

Da das Völkerrecht – anders als das innerstaatliche Recht – nicht über Mechanismen der einseitigen parlamentarischen Rechtssetzung verfügt und völkerrechtliche Verträge allenfalls die Verpflichtung zur Sanktionierung nach innerstaatlichem Recht,<sup>69</sup> aber regelmäßig keine unmittelbare Strafbarkeit vorsehen,<sup>70</sup> nimmt es nicht Wunder, dass die Geschichte des Völkerstrafrechts bis in die jüngste Zeit eine Geschichte des Völkergewohnheitsstrafrechts ist. Zwar hat der Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg zur Feststellung des anzuwendenden Rechts nicht ausdrücklich auf dessen gewohnheitsrechtliche Geltung verwiesen, doch dürfte wenig zweifelhaft sein, dass er sich auf diesen Geltungsgrund berufen hat, wenn er etwa ausführte:

„Die Haager Konvention von 1907 verbietet die Anwendung gewisser Methoden der Kriegsführung, z.B. die unmenschliche Behandlung von Gefangenen, die Verwendung von vergifteten Waffen, den Missbrauch der Parlamentärfahne und ähnliches. Viele diese Verbote wurden schon vor der Konvention durchgeführt. Aber seit 1907 stellte ihre Verletzung zweifelsohne ein Verbrechen dar, das als Verletzung des Kriegsrechtes strafbar war. Dennoch stellte die Haager Konvention nirgends fest, dass solche Handlungen verbrecherisch seien, noch ist irgendwo eine Strafe vorgeschrieben, noch wurde ein Gerichtshof erwähnt, der die Rechtsbrecher zur Verantwortung ziehen und bestrafen sollte. Dennoch haben seit vielen Jahren Militärgerichtshöfe Personen, die der Verletzung der in dieser Konvention festgelegten Regeln der Landkriegsordnung schuldig waren, zur Verantwortung gezogen und bestraft.“<sup>71</sup>

Gleichwohl sollte nicht aus dem Blick verloren werden, dass gerade die französische Anklage vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg insbesondere im Hinblick auf die Begründung der Strafbarkeit der Verbrechen gegen

---

<sup>68</sup> So auch *Saul*, LJIL 24 (2011), 677 (678).

<sup>69</sup> Vgl. etwa Art. 49 des (1.) Genfer Abkommens zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde; Art. 50 des (2.) Genfer Abkommens zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See; Art. 129 des (3.) Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen und Art. 146 des (4.) Genfer Abkommens über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten. Anders aber Art. III der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9.12.1948.

<sup>70</sup> Eine auf den ersten Blick einleuchtende Erklärung für diese Praxis könnte darin gesehen werden, dass bis zum Inkrafttreten des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes am 1.7.2002 keine Institution bestanden hat, die entsprechendes Völkerstrafrecht hätte durchsetzen können.

<sup>71</sup> Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, Bd. 1, 1947, S. 246 f.

die Menschlichkeit einen hiervon abweichenden Ansatz vertrat, der auf den von allen zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen („principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“) gründete.<sup>72</sup> So führte der französische Hauptankläger Francois de Menthon am 17.1.1946 vor dem Gerichtshof aus:

„Ich glaube jedoch, und ich werde darauf getrennt bei den Verbrechen gegen den Frieden und bei den Kriegsverbrechen noch zurückkommen, ich glaube, dass die Gesamtheit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit tatsächlich nichts anderes darstellt, als die aus politischen Gründen erfolgte und systematischen Begehung von Verbrechen des ordentlichen Strafrechts, wie Diebstahl, Plünderung, Misshandlung, Versklavung, Mord und Totschlag, Verbrechen, die vom Strafgesetz aller zivilisierten Staaten als solche angesehen und bestraft werden.“<sup>73</sup>

Ihren Niederschlag haben diese beiden unterschiedlichen Ansätze in den nahezu wortgleich formulierten Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Art. 15 des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte (IPbpr) gefunden. Denn beide Regelungen erkennen die Möglichkeit einer unmittelbaren Strafbarkeit aufgrund völkerrechtlicher Regelungen an, indem sie einerseits die Bestrafung wegen einer Handlung oder Unterlassung verbieten, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder nach internationalem Recht nicht strafbar war (Art. 7 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 15 Abs. 1 IPbpr), und andererseits klarstellen, dass diese Regelung nicht ausschließe, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war (Art. 7 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 15 Abs. 2 IPbpr). Angesichts der Tatsache, dass die Klarstellung in Art. 7 Abs. 2 EMRK auf einen Vorschlag der Regierung des Vereinigten Königreichs zurückging, die hierdurch einer möglichen Infragestellung der Urteile des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg entgegenwirken wollte,<sup>74</sup> darf angenommen werden, dass allein die Berufung auf die völkergewohnheitsrechtliche Geltung der Strafbestimmungen des Londoner Statuts und deren Konkretisierung im Nürnberger Urteil als möglicherweise nicht ganz unbedenklich angesehen wurde.

<sup>72</sup> Vgl. von Weber, ZStW 65 (1953), 334 (348). Hierzu auch Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009, S. 157.

<sup>73</sup> Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, Bd. 5, 1947, S. 419.

<sup>74</sup> Council of Europe/European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 7 of the European Convention of Human Rights (DH [57] 6 v. 21.5.1957), S. 4: „His Majesty’s Government consider that the latest text of this Article might be thought to impugn the validity of the judgements of the Nuremberg Tribunal. They therefore suggest that the Commission might wish to consider the desirability of adding a second paragraph to this article on the following lines.“

Der Verweis auf Nürnberg als dem Geburtsort einer Strafbegründung durch Völkergewohnheitsrecht überzeugt umso weniger, als auch der Versuch, die „Nürnberger Prinzipien“ völkerrechtlich verbindlich zu formulieren, scheiterte. Denn zwar bestätigte die Vollversammlung der – an die Stelle des Völkerbundes getretenen – Vereinten Nationen schon im Dezember 1946 die im Statut des Internationalen Militärgerichtshofs niedergelegten Grundsätze des Völkerrechts und beschloss die Einsetzung einer Kodifikationskommission, deren vorrangige Aufgabe es sein sollte, Pläne für die Ausformulierung der „Nürnberger Prinzipien“ im Zusammenhang mit der Kodifikation der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit zu erarbeiten.<sup>75</sup> Doch stieß der von der Völkerrechtskommission („International Law Commission“) im Jahr 1950 vorgelegte Text der „Nürnberger Prinzipien“<sup>76</sup> bereits in den Beratungen des Rechtsausschusses der Vollversammlung der Vereinten Nationen („Sixth Committee“) auf beachtlichen Widerspruch und wurde von der Vollversammlung weder bestätigt noch anerkannt.<sup>77</sup>

Ungeachtet dessen hat der Generalsekretär der Vereinten Nationen in seinem Bericht zur Errichtung des Jugoslawienstrafgerichtshofes (JStGH) im Jahr 1993 umfassend auf Regelungen verwiesen, denen völkergewohnheitsrechtliche Geltung zukomme.<sup>78</sup> Wie schon der Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg stand daher auch der Jugoslawienstrafgerichtshof in Den Haag vor der Aufgabe, zu bestimmen welche Verletzungen von Regelungen des humanitären Völkerrechts eine Strafbarkeit nach sich ziehen. Eine entsprechende Methodik hat der Gerichtshof in einer seiner ersten Entscheidungen im Verfahren gegen Dusko Tadić entworfen, in der es darum ging festzustellen, unter welchen Voraussetzungen Verletzungen des humanitären Völkerrechts, die keine „schweren Verletzungen“ („grave breaches“) der Genfer Konventionen i.S.v. Art. 2 JStGH-Statut darstellen, eine Strafbarkeit nach Art. 3 des Statuts („violations of the laws or customs of war“) nach sich ziehen.<sup>79</sup> Dies sei – so die *Beschwerdekammer* des JStGH – der Fall, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- „(i) die Verletzung muss eine Zuwiderhandlung gegen eine Regel des humanitären Völkerrechts darstellen;
- (ii) die Regel des humanitären Völkerrechts muss völkergewohnheitsrechtliche Geltung haben oder, wenn sie sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergibt, müssen die ver-

<sup>75</sup> UN-Doc. A/RES 95 (I).

<sup>76</sup> „Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal“ (International Law Commission [Hrsg.], Yearbook of the International Law Commission, 1950 Bd. 2, 1950, S. 374 ff.).

<sup>77</sup> Vgl. Kirsch, in: Albrecht u.a. (Hrsg.), Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 1145 ff.

<sup>78</sup> Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN-Doc. S/25704 v. 3.5.1993. Kritisch Zahar/Sluiter, International Criminal Law, 2008, S. 82 ff.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu auch Kirsch (Fn. 77), Rn. 1184 ff.

traglichen Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit erfüllt sein;

- (iii) es muss sich um eine schwere Verletzung handeln, d.h. die Zuwiderhandlung muss eine Regel betreffen, die wichtige Werte schützt, und zu schwerwiegenden Folgen für das Opfer führen. Wenn also bspw. ein Kombattant in einem besetzten Dorf einen Laib Brot stiehlt, handelt es sich demgemäß nicht um eine „schwere Zuwiderhandlung“, obgleich unzweifelhaft ein Verstoß gegen den in Art. 46 Abs. 1 der Haager Landkriegsordnung niedergelegten Grundsatz (und der entsprechenden Regel des Völkergewohnheitsrechts) vorliegt, nach der das Privateigentum in besetzten Gebieten geachtet werden muss;
- (iv) die Verletzung muss völkergewohnheitsrechtlich oder nach Völkervertragsrecht zu einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Person führen, die gegen die Regel verstoßen hat.<sup>80</sup>

Die *Beschwerdekammer* des JStGH hat vor dem Hintergrund dieser Voraussetzungen entschieden, dass auch Verletzungen des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten zu einer Strafbarkeit führen können. Dabei hat die *Kammer* entsprechend dem dargestellten Prüfungsschema angenommen, dass auch im Hinblick auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte Regelungen des humanitären Völkerrechts gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen könnten,<sup>81</sup> deren Verletzung eine individuelle Strafbarkeit begründe.<sup>82</sup>

Zwar ist die Entscheidung der *Beschwerdekammer* im Verfahren gegen Dusko Tadić in der Sache teilweise scharf kritisiert worden. So hat der chinesische Richter Haopei Li seinen Kollegen in einem Sondervotum vorgeworfen, in unzulässiger Weise Recht gesetzt zu haben.<sup>83</sup> Im Ergebnis ist die an der Entscheidung geübte Kritik<sup>84</sup> jedoch folgenlos geblieben und hat erkennbar keine vertiefte Auseinandersetzung um die in ihr niedergelegten Kriterien zur Feststellung

einer Strafbarkeit aufgrund von Völkergewohnheitsrecht und deren Anwendung ausgelöst.<sup>85</sup>

Erstaunlich ist dies nicht nur aufgrund des Umstandes, dass die *Beschwerdekammer* keinerlei Begründung zur Herkunft des von ihr statuierten Erfordernisses gegeben hat, dass die Zuwiderhandlung nicht nur eine Regel betreffen müsse, die wichtige Werte schützt, sondern auch zu schwerwiegenden Folgen für das Opfer führen müsse. Denn mit diesem Erfordernis wird – auch wenn dies im Rahmen der Entscheidung folgenlos geblieben zu sein scheint – ein über die Prüfung von Rechtsüberzeugung (*opinio juris sive necessitates*) und entsprechender Praxis hinausgehendes normatives Kriterium von Strafwürdigkeit etabliert, dessen Herleitung sich nicht von selbst versteht. Verwunderlich ist aber vor allem auch, dass die Art und Weise des Nachweises einer „internationalen Übung“ – als Voraussetzung der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht – durch die *Beschwerdekammer* des JStGH nur vereinzelt<sup>86</sup> thematisiert worden ist. Denn es dürfte Einigkeit darin bestehen, dass allein eine allgemeine Übung noch nicht ausreicht, Völkergewohnheitsrecht zu begründen, solange diese Übung nicht von der Überzeugung rechtlicher Verbindlichkeit oder einer entsprechenden Notwendigkeit getragen ist. So macht die Tatsache allein, dass eine Rechtsnorm in den meisten oder sogar allen zivilisierten Staaten gilt, diese Norm eben noch nicht zum Bestandteil des Völkergewohnheitsrechtes.<sup>87</sup> Die *Beschwerdekammer* des JStGH hätte sich also keineswegs damit begnügen dürfen festzustellen, dass zahlreiche Staaten auch die Verletzung von Regeln des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen Konflikten unter Strafe stellen, sondern hätte belegen müssen, dass dies nicht allein aufgrund eigener staatlicher Interessen, sondern in der Annahme einer die Sphäre der Beziehungen der Staaten untereinander zuzuordnenden rechtlichen Bindung erfolgt ist. Nur am Rande sei bemerkt, dass auch die *Beschwerdekammer* des Sondergerichtshofs für den Libanon insoweit ein bestenfalls unklares Kriterium verwendet, wenn sie ausführt:

„Um die Qualität einer Völkerstraftat zu erlangen, muss eine nach nationalem Recht als strafbar angesehene Handlung von der Weltgemeinschaft als Angriff auf universelle Werte

<sup>80</sup> JStGH, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1-AR72 (Prosecutor v. Dusko Tadić), Rn. 94.

<sup>81</sup> JStGH, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1-AR72 (Prosecutor v. Dusko Tadić), Rn. 127.

<sup>82</sup> JStGH, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1-AR72 (Prosecutor v. Dusko Tadić), Rn. 129.

<sup>83</sup> JStGH, Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction v. 2.10.1995 – IT-94-1-AR72 (Prosecutor v. Dusko Tadić), Rn. 13: „The Decision on this question is in fact an unwarranted assumption of legislative power which has never been given to this Tribunal by any authority.“ In der Sache ebenfalls kritisch Greenwood, EJIL 7 (1996), 265 (278); Maresca, LJIL 9 (1996), 219 (227).

<sup>84</sup> Vgl. etwa Kress, Israel Yearbook on Human Rights 30 (2000), 103 (107); Heintschel von Heinegg, in: Zimmermann (Hrsg.), International Criminal Law and the Current Development of Public International Law, 2003, S. 27 (S. 35 ff.).

<sup>85</sup> Instruktiv Simma/Paulus, AJIL 93 (1999), 302.

<sup>86</sup> Vgl. Heintschel von Heinegg (Fn. 84), S. 27 (S. 39). Hierzu auch Greenwood, EJIL 7 (1996), 265 (280).

<sup>87</sup> Vgl. United States Court of Appeal for the Second Circuit v. 17.9.2010 – 06-4800-cv, 06-4876-cv– (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum), Rn. 6: „Moreover, the fact that a legal norm is found in most or even all “civilized nations” does not make that norm a part of customary international law. As we explained in *Filartiga*: [T]he mere fact that every nation’s municipal [*i.e.*, domestic] law may prohibit theft does not incorporate ‘the Eighth Commandment, ‘Thou Shalt not steal’ [...] into the law of nations.’ It is only where the nations of the world have demonstrated that the wrong is of mutual, and not merely several, concern, by means of express international accords, that a wrong generally recognized becomes an international law violation within the meaning of the [ATS].“

(wie Frieden oder Menschenrechte) oder auf Werte von übertragender Bedeutung für die Völkergemeinschaft angesehen werden.<sup>88</sup>

Denn der so formulierte Maßstab entfernt sich von den Entstehungsbedingungen von Gewohnheitsrecht, im Rahmen derer auch das Vorliegen einer – eine entsprechende Übung stützenden – Rechtsüberzeugung allein ein vom Rechtsanwender festzustellendes empirisches Faktum darstellt, und bereitet – dabei der dritten „Tadič-Bedingung“ nicht unähnlich – normativen Urteilen den Weg, die ihrerseits keineswegs als gesichert angesehen werden dürfen.<sup>89</sup>

Die Rechtsprechung der beiden ad hoc Strafgerichtshöfe hat zu keinen weiteren methodischen Klärungen geführt,<sup>90</sup> obgleich sich beide Gerichtshöfe bei der Aburteilung der in ihre Zuständigkeit fallenden Taten – sieht man von der in der Völkermordkonvention enthaltenen Strafbarkeit des Völkermordes ab – ausschließlich auf Völkergewohnheitsrecht gestützt haben. Auch Beiträge aus der Wissenschaft haben regelmäßig eher einen kreativen Umgang mit dem Völkergewohnheitsrecht befördert, als methodische Klärungen voranzutreiben.

Ungeachtet der skizzierten methodischen Probleme wirft eine Strafbegründung aufgrund von Völkergewohnheitsrecht aber eine Reihe weiterer Fragen auf, die hier ebenfalls nur angedeutet werden können. Diese Fragen betreffen zum einen die demokratische Legitimation der Normsetzung (*nullum crimen sine lege parlamentaria*) und zum anderen die rechtsstaatlichen Bedingungen der Anwendung strafbegründender Regelungen (*nullum crimen sine lege certa*).<sup>91</sup> Zwar kennt man im anglo-amerikanischen Recht auch heute noch eine ganze Reihe „gewöhnheitsrechtlicher“ Strafbestimmungen („common law offences“), doch ist nicht zu übersehen, dass nicht zuletzt aus dem Bemühen heraus, dem Grundsatz der Bestimmtheit strafrechtlicher Tatbestände zu genügen, in den letzten Jahrzehnten zahlreiche gewöhnheitsrechtliche Bestimmungen in geschriebenes Recht („statutory law“) überführt worden sind. Insoweit folgt das Völkerstrafrecht mit der Festlegung einzelner Tatbestände im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs einem Trend zur Kodifikation, der nicht zuletzt aufgrund der besonderen Entstehungsbedingungen von Völkerrecht aber – wie sich etwa an der Frage nach der Rechtsnatur der Strafbestimmungen des Römischen Statuts<sup>92</sup> oder der Rechtsqualität der „Verbre-

chenselemente“ („elements of crime“) zeigt – naturgemäß noch ganz am Anfang steht. Vieles spricht dafür, dass die Mängel der Entscheidung der *Beschwerdekammer* des Sondergerichtshofs für den Libanon Mut machen sollten, diesen Weg weiter zu beschreiten.

---

<sup>88</sup> STL (Appeals Chamber), Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging v. 16.2.1011 – STL-11-01/I/AC/R176bis, Rn. 91.

<sup>89</sup> Vgl. Kirsch (Fn. 72), S. 119 ff.

<sup>90</sup> Kritisch Zahar/Sluiter (Fn. 78), S. 99: „An aspiration to fill gaps in the law – to legislate from the bench – is often the only method discernible in the tribunals’ efforts to prove the existence of a rule of customary law“.

<sup>91</sup> Vgl. Kress, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 16 ff.

<sup>92</sup> Vgl. Milanovic, JICJ 9 (2011), 25. Allein die Möglichkeit der Überweisung einer Situation, die einen Nicht-Vertragsstaat betrifft, durch den Sicherheitsrat (Art. 13 lit. b IStGH-

---

Statut) spricht dabei nicht dagegen, dass es sich bei den Strafbestimmungen des Statuts um Bestimmungen des materiellen Rechts – und nicht allein Zuständigkeitsbestimmungen – handelt. Denn es entspricht bspw. allgemeiner Praxis, dass Staaten Strafansprüche gegen Gebietsfremde durchsetzen, ohne dass es eines Zustimmungsaktes des Betroffenen bedürfte.

# Eine kritische Bestandsaufnahme aktueller Entwicklungen der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha

Von Prof. Dr. Christine Kaufmann und Laura Marschner, Zürich\*

## I. Einleitung: Eine entscheidende Phase für den Gerichtshof

Die Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha („Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia“, nachfolgend auch ECCC, Rote-Khmer-Tribunal, Außerordentliche Kammern oder Gerichtshof genannt) wurden von der kambodschanischen Regierung und den Vereinten Nationen (VN) als sogenanntes hybrides Tribunal<sup>1</sup> errichtet, um die Hauptverantwortlichen für die zwischen 1975 und 1979 begangenen Verbrechen der Roten Khmer strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Ziel dieses Beitrags ist es, jüngste Entwicklungen der Außerordentlichen Kammern darzustellen und im Hinblick auf Kerncharakteristika des Gerichtshofs – insbesondere die hybride Rechtsnatur sowie seine Zuständigkeit für vor mehr als 30 Jahren begangene Menschenrechtsverletzungen – einzuordnen.

Seit der Gerichtshof 2007 seine Arbeit aufnahm, wurde gegen fünf Personen Anklage erhoben. Im ersten Prozess verurteilte die *Hauptverfahrenskammer* den Leiter des berüchtigten Sicherheitsgefängnisses „S-21“, Kaing Guek Eav, genannt „Duch“, im Juli 2010 wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu 30 Jahren Haft.<sup>2</sup> Nachdem Revisionsverhandlungen im Frühjahr 2011 stattfanden, wird das Urteil der *Revisionskammer* noch in diesem Jahr erwartet.<sup>3</sup> Im zweiten Fall gegen die noch lebenden Mitglieder der Regierung des Rote-Khmer-Regimes – Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Sampan und Ieng Thirith<sup>4</sup> – wurde im

September 2010 offiziell Anklage erhoben.<sup>5</sup> Ihnen werden Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid, Kriegsverbrechen sowie gemäß kambodschanischem Strafrecht Mord, Folter und Verfolgung zur Last gelegt. Nach den „Initial Hearings“ im März diesen Jahres wurde der Beginn der „Substantive Hearings“ des zweiten Prozesses der ECCC jedoch stetig verschoben und zuletzt anvisiert für frühestens Ende 2011. Die *Hauptverfahrenskammer* entschied nunmehr im September 2011, das Verfahren in mehrere thematisch verschiedene Prozesse aufzusplitten, um die Verfahrenseffizienz zu steigern.<sup>6</sup> Darüber hinaus wurden in zwei weiteren Fällen Ermittlungen eingeleitet,<sup>7</sup> deren weiteres Schicksal offen ist und politische Einflussnahme seitens der kambodschanischen Regierung befürchten lässt.<sup>8</sup>

Das Rote-Khmer-Tribunal befindet sich, wie die kurz skizzierten Vorgänge und Herausforderungen verdeutlichen, in einer entscheidenden Phase. Der erste Fall gegen einen Angeklagten der mittleren Hierarchieebene kann zwar als insgesamt erfolgreich betrachtet werden, legte aber zahlreiche rechtliche, organisatorische sowie politische Problemfelder offen. Auf einige Aspekte, insbesondere solche prozessrechtlicher Natur, wurde im Vorfeld des Beginns des Hauptverfahrens im zweiten Fall bereits reagiert, andere stellen sich mit unverminderter Brisanz oder in neuer Form. Diese Herausforderungen sind Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen. Nach einem Überblick der Hauptmerkmale der ECCC in Teil II werden in Teil III einzelne zentrale materiell-rechtliche und prozessuale Fragestellungen des ersten und zweiten Falles behandelt, insbesondere die symptomatischen Fragen der materiell-rechtlichen Beteiligungslehre und der Opferbeteiligung. Wesentliches Kriterium stellt dabei die Relevanz der aufgegriffenen Aspekte für kommende Verfahren vor den

---

\* Prof. Dr. Christine Kaufmann ist Ordinaria für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Zürich. An ihrem Lehrstuhl wird seit März 2009 ein Monitoringprojekt zu den ECCC in Zusammenarbeit mit dem War Crimes Study Center der University of California at Berkeley umgesetzt. Laura Marschner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Kompetenzzentrum für Menschenrechte der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Alternativ wird auch der Terminus „internationalisiertes Tribunal“ verwandt, um Gerichtshöfe wie die ECCC zu charakterisieren, welche sowohl nationale als auch internationale Elemente aufweisen, vgl. Werle, *Principles of International Criminal Justice*, 2. Aufl. 2009, Rn. 76. Näher zu hybriden Gerichten u.a. v. Braun, *Internationalisierte Strafgerichte: Eine Analyse der Strafverfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen in Osttimor, Sierra Leone und Bosnien-Herzegowina*, 2007; Romano/Nollkaemper/Kleffner, *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, 2004.

<sup>2</sup> ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav).

<sup>3</sup> ECCC (Supreme Chamber), Pressemitteilung v. 1.9.2011 – 001/18-07-2007-ECCC/SC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav).

<sup>4</sup> Nuon Chea war stellvertretender Sekretär der Kommunistischen Partei von Kampuchea (CPK). Ieng Sary war Vizepremier und Außenminister von Demokratisch Kampuchea,

---

Khieu Sampan Staatspräsidentin und Ieng Thirith damalige Sozialministerin. Die Angeklagten sind zum Zeitpunkt dieses Artikels zwischen 78 und 85 Jahre alt.

<sup>5</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), „Closing Order“ v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Nuon Chea u.a.).

<sup>6</sup> ECCC, Pressemitteilung v. 22.9.2011. Ein separates Urteil soll demnach nach jedem einzelnen abgetrennten Verfahren erfolgen. Trotz der Aufspaltung wird nachfolgend weiterhin von dem zweiten Fall als Einheit gesprochen.

<sup>7</sup> ECCC, Fall 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ sowie Fall 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ.

<sup>8</sup> Kurz vor der Veröffentlichung dieses Beitrags schlug sich die bereits seit längerem vernehmbare Gefahr politischer Einflussnahme im Rücktritt des deutschen Ermittlungsrichters an den ECCC nieder (vgl. ECCC, Pressemitteilung v. 10.10.2011). Richter Blunk wurde zuvor von NGO-Vertretern für seine Ermittlungstätigkeit kritisiert, vgl. <http://www.hrw.org/news/2011/10/03/cambodia-judges-investigating-khmer-rouge-crimes-should-resign> (Stand: 12.10.2011).

ECCC sowie für generelle Entwicklungstendenzen des Völkerstrafrechts dar.

## II. Hintergrund und Kerncharakteristika der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha

Das Rote-Khmer-Tribunal reiht sich ein in die unter anderem mit dem Sondergericht für Sierra Leone begonnene und mit dem Sondertribunal für den Libanon jüngst fortgeführte Entwicklung, Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen in Post-Konfliktregionen durch die Verbindung nationaler und internationaler Elemente umzusetzen.<sup>9</sup> So stellte sich spätestens 1998 nach der endgültigen Kapitulation letzter verbliebener Rote-Khmer-Militärverbände auch in Kambodscha die Frage nach der Aufarbeitung der unter Pol Pot begangenen Verbrechen, denen geschätzt ein Viertel der damaligen kambodschanischen Bevölkerung zum Opfer fiel.<sup>10</sup> Zwar wurden Pol Pot und Ieng Sary bereits 1979 durch ein Volkstribunal in absentia zum Tode verurteilt, doch wurden die Urteile nie vollstreckt und Ieng Sary 1996 aus politischen Gründen begnadigt; auch Aktivitäten der „Renakse“-Kommission zur Wahrheitsfindung zwischen 1980 und 1983 blieben ohne Auswirkung.<sup>11</sup>

Die Errichtung der ECCC war Ergebnis langwieriger Verhandlungen zwischen der kambodschanischen Regierung sowie den VN und konnte erst 2003 mit der Unterzeichnung eines entsprechenden Abkommens („Agreement“) zwischen Regierung und VN<sup>12</sup> sowie der Verabschiedung des „Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers“<sup>13</sup> („ECCC Law“) durch das kambodschanische Parlament beendet wer-

<sup>9</sup> Werle (Fn. 1), Rn. 78.

<sup>10</sup> Während des vierjährigen Regimes der Roten Khmer von 1975 bis 1979 starben geschätzte 1,4 bis 2,2 Millionen Menschen durch Hinrichtungen, Zwangsarbeit, Verhungern und in Folge unmenschlicher Lebensbedingungen, s. Kiernan, *The Pol Pot Regime*, 2008; Chandler, *A History of Cambodia*, 4. Aufl. 2008, S. 255 ff.

<sup>11</sup> Die Verfahren vor dem „People’s Revolutionary Tribunal to Try the Pol Pot-Ieng Sary Clique for the Crime of Genocide“ konnten angesichts erheblicher Beschneidung der Verteidigungsrechte nicht als fair bezeichnet werden, vgl. Ciorciari, in: Ciorciari/Heindel (Hrsg.), *On Trial: The Khmer Accountability Process*, 2009, S. 38 f. Ziel der damaligen Regierung, die von ehemaligen Rote-Khmer-Kämpfern unterstützt wurde, war dabei auch, sich als Folge der Verfahren vom vorherigen Rote-Khmer-Regime abzugrenzen, vgl. Etcheson, *After the Killing Fields*, 2005, S. 14 ff. Vgl. zu Mängeln der „Renakse Kommission“, einer Art Wahrheitskommission, Ciorciari/Ly, in: Ciorciari/Heindel (a.a.O.), S. 309 f.

<sup>12</sup> „Agreement Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea“ v. 6.6.2003, Annex zu UN Doc. A/RES/57/228B (2003). Es trat am 29.4.2009 in Kraft.

<sup>13</sup> „Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea“, in abgeänderter Fassung v. 27.10.2004 (NS/RKM/1004/006).

den.<sup>14</sup> Dieser zähe Entstehungsprozess wirkte sich auf die rechtliche und strukturelle Ausgestaltung des Tribunals aus und markiert den Ursprung mancher Eigenheiten und Herausforderungen des Rote-Khmer-Tribunals.

Hauptstreitpunkt der Verhandlungen war die Ausgestaltung des Gerichts als internationales ad-hoc-Tribunal, wie ursprünglich von den VN vor dem Hintergrund eines unter anderem von Korruption und mangelnder Ausbildung geprägten nationalen Justizsystems favorisiert, oder als rein kambodschanisches Tribunal, was der Forderung der kambodschanischen Regierung entsprochen hätte.<sup>15</sup> Der hybride Charakter durch die Verbindung nationaler und internationaler Elemente stellt damit einen (gleichwohl Kambodscha begünstigenden) Kompromiss dar: Einerseits ist der Gerichtshof Teil des kambodschanischen Gerichtssystems mit Sitz in Kambodscha,<sup>16</sup> andererseits agiert er als von diesem unabhängige, mit besonderem Mandat errichtete und internationalisierte Instanz<sup>17</sup>: „[A] court of special and independent character within the Cambodian legal system [...] designed to stand apart from existing Cambodian courts and rule exclusively on a narrowly-defined group of defendants for specific crimes committed within a limited period.“<sup>18</sup>

Diese von der *Hauptverfahrenskammer* festgestellten Unterscheidungsmerkmale sind Ursache vieler Schwierigkeiten in der Anfangsphase der ECCC. Insbesondere stellen sich der hybride Charakter des Gerichts, die Zuständigkeit für vor über drei Jahrzehnten begangene Verbrechen sowie die stete Gefahr politischer Einflussnahme als Herausforderungen dar, die im Sinne des Mandats des Gerichtshofs – der unabhängigen Strafverfolgung der Hauptverantwortlichen, um Versöhnung zu fördern und ein Leitbild für das im (Wieder-)Aufbau befindliche nationale Justizsystem darzustellen – bewältigt werden müssen.

### 1. „Senior leaders and those most responsible“: Selektive Strafverfolgung und die Problematik politischer Einflussnahme

Die ECCC stellen einen Mechanismus der Übergangsjustiz in Kambodscha dar, indem durch die strafrechtliche Verfolgung Hauptverantwortlicher zur Aufarbeitung von zwischen 1975 und 1979 begangenen Systemunrecht beigetragen werden soll. Mehrere der Übergangsjustiz allgemein zugeschriebene Funktionen sind gerade im kambodschanischen Kontext

<sup>14</sup> Die Involvierung der VN geht zurück auf ein Unterstützungsgesuch seitens der kambodschanischen Regierung. Instruktiv zum Entstehungsprozess Ciorciari (Fn. 11), S. 33 ff.

<sup>15</sup> Report of the Group of Experts for Cambodia, established pursuant to G.A. Res. 52/135, Annex, zu UN Doc. A/53/850, S/1999/231 (16.3.1999); Ciorciari (Fn. 11), S. 67 ff.

<sup>16</sup> Art. 2 des ECCC Law.

<sup>17</sup> ECCC (Trial Chamber), Beschl. v. 15.6.2009 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 10.

<sup>18</sup> ECCC (Trial Chamber), Beschl. v. 15.6.2009 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 10.

relevant.<sup>19</sup> Die Feststellung individueller Verantwortlichkeit der Hauptverantwortlichen soll Vergangenheitsbewältigung fördern. Wahrheitsfindung als ein Baustein für progressive Gesellschaftsentwicklung wird somit trotz des Fokus auf individueller Schuld als Ziel proklamiert. Darüber hinaus soll der Gerichtshof einen substantiellen Beitrag zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit leisten.

Das vielgestaltige Mandat der ECCC leidet jedoch unter der Bürde, dass die divergierenden Erwartungen von Bevölkerung, Regierung und internationaler Gemeinschaft sowie finanzielle, politische und kulturelle Realitäten oftmals nur schwer zu vereinbaren sind. Neben rein rechtlichen Fragestellungen können insofern die politischen und sozialen Rückkopplungen der Arbeit der ECCC nicht außer Acht gelassen werden. Die Folgen des Pol-Pot-Regimes, das soziale Strukturen buchstäblich auslöschte, und der anschließende bis 1998 andauernde Bürger- und Guerillakrieg beeinflussen Gesellschaft und Politik Kambodschas bis heute. Durch seine zwangsläufige Konzentration auf die Feststellung individueller Schuld sowie neutraler, juristischer Verfahrensgrundsätze hat ein Strafprozess aber auch im Rahmen von Übergangsgerechtigkeit keine gesellschaftstherapeutische Zielrichtung, was sich am Beispiel Kambodschas besonders augenfällig auswirkt.

Im aufstrebenden Kambodscha, einem im Vergleich zu den unmittelbaren Nachbarn Vietnam und Thailand bis dato wirtschaftlich und politisch noch schwächeren Akteur, ist der propagierte Aufbau von Rechtsstaatlichkeit und damit auch „Good Governance“ generell eines der schwierigsten Unterfangen. Die ECCC könnten als Vorbild für eine unabhängige kambodschanische Gerichtsbarkeit fungieren. Tatsächlich befindet sich das Tribunal jedoch in einem permanenten Spannungsfeld zwischen widerstrebenden Interessen von Akteuren, die seine Rolle als „Leuchtturmprojekt“ erschweren: Zunächst die Regierung Kambodschas, primär getragen von der Cambodian People's Party (CPP), welche im Parteienwettbewerb die kambodschanische Opposition zunehmend marginalisiert;<sup>20</sup> ferner eine im Kontext des Tribunals indifferente Monarchie, welche zudem nach Abdankung von König Sihanouk im Jahr 2004 verstärkt die für sie konstitutionell vorgesehene repräsentative Funktion wahrnimmt, dabei aber eine weniger relevante moralische Institution darstellt; außerdem die zumindest im urbanen Raum existente und auch kritische, aber letztlich wenig schlagkräftige Zivilgesellschaft; sowie schließlich zahlreiche internationale Akteure, die einen hohen Einsatz für das Tribunal zeigen.

Die Regierung Kambodschas, seit 1985 von Premierminister Hun Sen geführt, kann in diesem Umfeld nicht als Promotorin des Gerichtshofs bezeichnet werden. Zwar wurde versucht, mittels der ECCC die von außen herangetragenen Anforderungen (externe Legitimationssteigerung) zu erfüllen und auch den Präferenzen innerhalb der kambodschanischen Gesellschaft (interne Legitimationssteigerung) gerecht zu

werden,<sup>21</sup> jedoch scheint die Unterstützung mit Blick auf einen dritten und vierten Fall zu schwinden. Die Führungsriege der CPP um Hun Sen bestand von Beginn an auf einem hybriden Tribunal und auf einer stark selektiven Strafverfolgung beschränkt auf maximal fünf Personen. Demgegenüber insistierten die VN auf der Strafverfolgung von „senior leaders and those most responsible“<sup>22</sup>, wie letztlich in Art. 2 (neu) des ECCC Law und Art. 1 des Agreement festgehalten.

Aus den spärlichen Informationen über die Vorgespräche zu einem etwaigen dritten Fall wird deutlich, dass die Exekutive Kambodschas nicht nur politischen Druck auf die aktuellen Verfahren ausübt, sondern auch keine weiteren Fälle zulassen will. Als Grund hierfür wurden innergesellschaftliche Spannungen angeführt, die bei weiteren juristischen Auseinandersetzungen zu politischer Instabilität führen könnten.<sup>23</sup> Offen bleibt, ob der Rote-Khmer-Hintergrund vieler aktueller CPP-Kader nicht das ausschlaggebende Kriterium war, um sich vehement für das von Premierminister Sen propagierte „close the chapter“<sup>24</sup> einzusetzen.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass nach den durch die VN-Mission UNTAC im Jahr 1993 erstmalig durchgeführten Wahlen ein „autoregressiver Machtkreislauf“<sup>25</sup> entstand, in dem die Judikative kaum gegen die Interessen von Politikern bestehen kann. Elitäre Netzwerke basierend auf Klientelismus, Patronage und familiären Beziehungen deuten vielmehr auf eine enge Verknüpfung zwischen derzeit noch strukturschwacher Verwaltung und politischer Leitung hin.<sup>26</sup> Das Ziel der „Transitional Justice“ und die mögliche Vorbildfunktion der ECCC werden durch Einflussnahmeversuche unterlaufen.

Trotz dieser schwierigen Ausgangslage für eine noch progressivere Gesellschaftsentwicklung sind die Transparenz der eigentlichen Gerichtsverhandlungen und der intendierte Beitrag zur Erforschung der Wahrheit vor den Augen der interes-

<sup>19</sup> UNOHCHR, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, 2008, S. 4 ff.; Ciorciari (Fn. 11), S. 14 ff.

<sup>20</sup> Öjendal/Lilja, in: Öjendal/Lilja (Hrsg.), Beyond Democracy in Cambodia: Political Reconstruction in a Post-Conflict Society, 2009, S. 1 (S. 7).

<sup>21</sup> McGrew verweist darauf, dass trotz der demographisch sehr jungen kambodschanischen Gesellschaft (ein Großteil hat die Zeit der Roten Khmer nicht erlebt) verschiedene sozialwissenschaftliche Befragungen eine Mehrheit für die Aufarbeitung dieser Zeit ergab. Interessanterweise sprach sich wiederum ein größerer Teil der befragten Kambodschaner sogar für einen Gerichtshof außerhalb des Landes aus, da dessen Unabhängigkeit im eigenen Land offenbar bezweifelt wurde; McGrew, in: Öjendal/Lilja (Fn. 20), S. 250 (S. 265).

<sup>22</sup> Hervorhebung durch die Verf.

<sup>23</sup> <http://cambodia-news.net/2011/06/04/diskussionen-um-fortgang-des-tribunals-dauern-an/> (Stand: 12.10.2011). Hun Sen selbst war vor seinem Überlaufen nach Vietnam 1977 Militärkader der Luftwaffe der Roten Khmer, Ciorciari (Fn. 11), S. 72. Der dritte Fall soll angeblich gegen den Luftwaffenkommandant Sou Met sowie Marinekommandant Meas Muth geführt werden.

<sup>24</sup> McGrew (Fn. 21), S. 250 (S. 285).

<sup>25</sup> Karbaum, Kambodscha unter Hun Sen: Informelle Institutionen, Politische Kultur und Herrschaftslegitimität, 2008, S. 154.

<sup>26</sup> Tigges, Professionals and governance: juggling actors in the reform of the Cambodian administration, 2009, S. 168.

sierten Öffentlichkeit wichtig.<sup>27</sup> Das Tribunal in Phnom Penh kann dazu einen substantiellen Beitrag leisten. Das hierbei beobachtbare Zusammentreffen westlicher Ideen von Gerechtigkeit sowie kambodschanischer Vorstellungen von Wahrheitsfindung und auch Amnestie in einem buddhistisch geprägten Land<sup>28</sup> sind neben den nachfolgenden völkerstraf(prozess-)rechtlichen Fragestellungen weitere Faktoren, die eine enge wissenschaftliche Begleitung des Gerichtshofs wichtig erscheinen lassen.

## 2. Der hybride Charakter der ECCC

Zuvorderst ist die hybride Struktur des Tribunals in ihrer Grundannahme und Ausgestaltung evident Ausdruck des schwierigen Verhandlungsprozesses zwischen VN und Regierung. Darüber hinaus ist sie im Lichte der Funktion des Tribunals als Element der Übergangsjustiz zu betrachten. Im Vordergrund steht dabei die Förderung von Rechtsstaatlichkeit durch eine Vorbildfunktion in der Rechtsanwendung sowie der Einbezug nationaler Elemente und kambodschanischer Mitarbeiter, um Wissenstransfer, aber auch kambodschanische Initiativen zur Vergangenheitsbewältigung zu fördern. Konkret schlägt sich der hybride Charakter sowohl im materiellen und prozessualen Recht nieder als auch im institutionellen Aufbau des Tribunals.

### a) Institutionelle Hybridität

Agreement und ECCC Law sehen eine in allen Organen und auf allen Ebenen gemischt national-internationale Zusammensetzung des Gerichts vor.<sup>29</sup> So setzen sich die Kammern sowohl aus nationalen als auch internationalen Richtern zusammen, wobei kambodschanische Richter zwar in jeder Kammer die zahlenmäßige Mehrheit stellen, eine Entscheidung jedoch nur durch eine sog. Supermajorität, mithin mit der Zustimmung wenigstens eines internationalen Richters, getroffen werden kann.<sup>30</sup>

Von zunehmender Brisanz für den Fortgang von Verfahren ist aber die Ausgestaltung der Hybridität im Ermittlungsstadium. Dabei arbeiten ein internationaler und nationaler Ankläger (sog. „Ko-Ankläger“) sowie ein internationaler und kambodschanischer Ermittlungsrichter (sog. „Ko-Ermittlungsrichter“) zusammen. Sie sind jeweils angehalten, eine einvernehmliche Entscheidung anzustreben. Sofern dies im Einzelfall nicht möglich ist, entscheidet die *Vorverfahrenskammer* in einem vertraulichen Verfahren.<sup>31</sup> Von dieser Schlichtungsmöglichkeit wurde 2009 Gebrauch gemacht, als die Ko-Ankläger uneins darüber waren, ob weitere Ermittlungen im Rahmen eines dritten und vierten Falles eingeleitet werden sollten. Die nationale Anklägerin sprach sich dagegen aus, da

unter anderem das Mandat der ECCC bereits durch die Strafverfolgung der fünf Angeklagten erfüllt werde und Rücksicht genommen werden sollte auf Kambodschas Instabilität.<sup>32</sup> Demgegenüber hob der internationale Ankläger hervor, es bestünde ein hinreichender Tatverdacht zur Einleitung von Ermittlungen durch die Ko-Ermittlungsrichter und dass die Fälle zu einer umfassenderen Darstellung der Rote-Khmer-Verbrechen führen würden.<sup>33</sup> Die *Vorverfahrenskammer* konnte die Bedingung einer gleichartigen Entscheidung von mindestens vier Richtern im Sinne der Supermajoritätsregel nicht erfüllen, sodass nach Art. 7 Abs. 4 des Agreement Ermittlungen fortgeführt werden durften.<sup>34</sup>

Die Situation spitzte sich wieder im Laufe dieses Jahres zu, als die Ko-Ermittlungsrichter die Ermittlungen im dritten Fall für beendet erklärten.<sup>35</sup> In diesem Zusammenhang wurde ihnen hauptsächlich vorgeworfen, weder mögliche Beschuldigte und Zeugen vernommen oder Tatorte besichtigt, noch die Öffentlichkeit, namentlich potenzielle Nebenkläger, hinreichend informiert zu haben.<sup>36</sup> Der internationale Ankläger hielt die Ermittlungen gleichfalls nicht für abgeschlossen und beantragte die Aufnahme weiterer Ermittlungen sowie eine Verlängerung der Antragsfrist für potenzielle Nebenkläger. Diese Anträge wurden jedoch weder von der nationalen Anklägerin unterstützt, noch war eine vorherige Kompetenzübertragung auf den internationalen Ankläger gem. Regel 13 Abs. 3 der Internal Rules erfolgt oder die Uneinigkeit der Ko-Ankläger erneut formell nach Regel 71 Abs. 1 registriert worden. Die diesbezüglichen Argumente des internationalen Anklägers, dass die alleinige Antragstellung bisheriger Praxis entspreche und die Uneinigkeit bereits durch den formell registrierten Dissens von 2009 erfasst werde, wiesen die Ermittlungsrichter zurück. Sie hielten fest, dass die Entscheidung der *Vorverfahrenskammer* im Schlichtungsverfahren 2009 nur die grundsätzliche Einleitung von Ermittlungen betreffe und sich weder auf zukünftige Differenzen beziehe noch ein generelles Recht zur alleinigen Antragstellung durch einen Ankläger statuieren.<sup>37</sup> Der internationale Ankläger legte daher am 7.7.2011 Berufung ein.<sup>38</sup> Die diesbezügliche Entscheidung der *Vorverfahrenskammer* wird richtungsweisend

<sup>27</sup> McGrew (Fn. 21), S. 250 (S. 281).

<sup>28</sup> McGrew (Fn. 21), S. 250 (S. 283).

<sup>29</sup> Darüber hinaus zeigt sich der hybride Charakter gerade auch in der finanziellen Unterstützung des Tribunals, das nahezu vollständig durch freiwillige Zahlungen von VN-Mitgliedsstaaten finanziert wird.

<sup>30</sup> Art. 4 Abs. 1 (a), (b), 7 Abs. 4 des Agreement.

<sup>31</sup> Art. 7 des Agreement.

<sup>32</sup> ECCC (Co-Prosecutors), Stellungnahme v. 5.1.2009. Die nationale Anklägerin, Chea Leang, ist Nichte des Vizepremier Sok An.

<sup>33</sup> ECCC (Co-Prosecutors), Stellungnahme v. 5.1.2009.

<sup>34</sup> Vgl. *Petit/Ahmed*, Northwestern Journal of International Human Rights 8 (2010), 165 (171 f.).

<sup>35</sup> ECCC (Office of the Co-Investigating Judges), Notice of Conclusion of Judicial Investigation v. 29.4.2011 – 003/07-09-2009-ECCC-OCIJ.

<sup>36</sup> <http://www.fidh.org/ECCC-Call-for-transparency-and>

(Stand: 12.10.2011). Gerade mit Blick auf die akute Gefahr politischer Einflussnahme im dritten Fall erscheint eine mangelnde Information der Öffentlichkeit (selbst unter Wahrung notwendiger Vertraulichkeitserfordernisse) kritisch.

<sup>37</sup> ECCC (Office of the Co-Investigating Judges), Beschl. v. 7.6.2011 – 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ, paras. 6 ff.

<sup>38</sup> ECCC (International Co-Prosecutor), Appeal v. 7.7.2011 – 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ.

sein für die konkrete Ausgestaltung der institutionellen Hybridität.

*b) Hybridität im materiellen Recht*

Das ECCC Law beinhaltet sowohl Straftatbestände, die auf geschriebenem oder gewohnheitsrechtlich anerkanntem Völkerrecht beruhen, als auch solche, die zum Tatzeitpunkt im nationalen Recht begründet waren.<sup>39</sup> Gemäß Art. 3 (neu) des ECCC Law kann Anklage wegen Mord, Folter und Verfolgung aus religiösen Gründen entsprechend dem kambodschanischen Strafgesetzbuch von 1956 erhoben werden, welches während des Pol-Pot-Regimes nicht außer Kraft gesetzt worden war. Der Gerichtshof ist zudem materiell zuständig für im Zeitraum zwischen dem 17.4.1975 und dem 6.1.1979 begangene Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid, Kriegsverbrechen, die Zerstörung von Kulturgut sowie Verbrechen gegen nach dem Wiener Abkommen international geschützte Personen.<sup>40</sup> Die Definitionen dieser Straftatbestände wurden genauso wie die Vorschriften zur Beteiligung sofern möglich den Statuten der internationalen ad hoc-Tribunale entliehen. Mit Blick auf die Einhaltung des Legalitätsprinzips stellte sich damit bereits im ersten Fall die Frage, inwiefern die Straftatbestände sowie insbesondere die Beteiligungsform der „Joint Criminal Enterprise“ dem Stand des Gewohnheitsrechts von 1975 bis 1979 entsprachen beziehungsweise die völkervertragsrechtliche Grundlage von Straftatbeständen darstellen konnten.

Einleitend geht daher die *Hauptverfahrenskammer* im Urteil gegen Duch auf das Legalitätsprinzip ein. Unter Verweis auf Art. 15 Abs. 1 und 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie insbesondere des Jugoslawienstrafgerichtshofs (JStGH) hält sie (im Ergebnis) korrekt fest, dass sowohl jedes der angeklagten Verbrechen als auch die Beteiligungsformen dem Legalitätsprinzip entsprechen müssten und daher entweder dem internationalen oder kambodschanischen Recht von 1975 bis 1979 entnommen werden müssten.<sup>41</sup> Dabei könne einerseits auf das kambodschanische Strafgesetzbuch von 1956 rekurriert werden, welches von 1975 bis 1979 anwendbar gewesen sei, andererseits auf – die in Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs anerkannten Völkerrechtsquellen – Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht, einschließlich der von der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Art. 3 ff. des ECCC Law.

<sup>40</sup> Art. 1 des ECCC Law: „The purpose of this law is to bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.“

<sup>41</sup> ECCC (Trial Chamber), Urte. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 26.

<sup>42</sup> ECCC (Trial Chamber), Urte. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 30.

*c) „Doppelte Hybridität“ im Verfahrensrecht*

Das Prozessrecht basiert ferner in seinen wesentlichen Grundzügen auf kambodschanischem Verfahrensrecht, welches wiederum vom französischen Recht geprägt ist. Damit verfügt das Rote-Khmer-Tribunal als erster international (-isiert-)er Strafgerichtshof über ein primär inquisitorisches Verfahren. Daraus resultierende Besonderheiten sind u.a. die zentrale Rolle der Richter in der Beweiserhebung sowie die substantielle Beteiligung von Opfern in den Verfahren.<sup>43</sup> Da das anzuwendende Verfahrensrecht gemäß Art. 12 Abs. 2 des Agreement sowie Art. 33 des ECCC Law mit internationalen Verfahrensstandards, namentlich Art. 14, 15 des IPbPR, in Einklang stehen muss und die kambodschanische Strafprozessordnung<sup>44</sup> erst im August 2007, mithin nach Errichtung des Tribunals, in Kraft trat, erlaubt Art. 33 (neu) des ECCC Law den Rückgriff auf internationale und damit vornehmlich durch das anglo-amerikanische „common law“ geprägte prozessrechtliche Regeln für den Fall, dass (1) kambodschanisches Prozessrecht einen Fall nicht behandelt, (2) hinsichtlich der Auslegung oder Anwendbarkeit einer nationalen Regelung Unklarheit herrscht, oder (3) die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit internationalen Standards in Zweifel steht.

Darüber hinaus verabschiedete die Richterversammlung („Plenary“) 2007 sog. „Internal Rules“, eine speziell für die ECCC ausgerichtete Prozessordnung. Erklärtes Ziel war, das damals fragmentarische kambodschanische Verfahrensrecht für Prozesse vor den ECCC zu einer kohärenten Arbeitsgrundlage zusammenzuführen sowie zusätzliche Regeln einzuführen, um Lücken des kambodschanischen Rechts zu füllen und schließlich Unbestimmtheiten auszuräumen hinsichtlich der Auslegung existierender kambodschanischer Verfahrensrechts oder dessen Übereinstimmung mit internationalen Standards.<sup>45</sup> Dieses Vorgehen warf sowohl hinsichtlich der diesbezüglichen Kompetenz der Richter als auch hinsichtlich der Normenhierarchie Fragen auf. Da die Richterversammlung anders als an vergleichbaren international (-isiert-)en Tribunalen keine explizite Ermächtigung besitzt, das anzuwendende Prozessrecht zu gestalten, berief sie sich auf ihre „implizite Kompetenz“.<sup>46</sup>

Die *Vorverfahrenskammer* bestätigte in der Folge die Verfassungsmäßigkeit der Internal Rules und hielt fest, dass die kambodschanische Strafprozessordnung nur heranzuziehen ist, um eine Lücke der Internal Rules zu füllen:

„The Internal Rules [...] form a self-contained regime of procedural law related to the unique circumstances of the ECCC, made and agreed upon by the plenary of the ECCC.

<sup>43</sup> Siehe auch *Petit/Ahmed*, Northwestern Journal of International Human Rights 8 (2010), 165 (168 f.). Allgemein zur Entstehung der Internal Rules *Heindel*, in: Ciorciari/Heindel (Fn. 11), S. 112 ff.

<sup>44</sup> Der „Criminal Procedure Code of Cambodia“ (CPC) war hauptsächlich von der (inzwischen überarbeiteten) französischen Strafprozessordnung beeinflusst.

<sup>45</sup> Präambel der Internal Rules.

<sup>46</sup> *Petit/Ahmed*, Northwestern Journal of International Human Rights 8 (2010), 165 (168).

They do not stand in opposition to the Code of Criminal Procedure of the Kingdom of Cambodia („CPC“) but the focus of the ECCC differs substantially enough from the normal operation of Cambodian criminal courts to warrant a specialised system. Therefore, the Internal Rules constitute the primary instrument to which reference should be made in determining procedures before the ECCC where there is a difference between the procedures in the Internal Rules and the CPC.<sup>47</sup>

Im Verfahrensrecht kann damit zusammenfassend von einer „doppelten Hybridität“ gesprochen werden: Zum einen das Zusammenspiel des kambodschanischen Prozessrechts und internationaler Verfahrensregeln und -standards, zum anderen das Aufeinandertreffen von „common law“ und „civil law“, wobei jedoch im Unterschied zum Gros der anderen international(-isiert)-en Tribunale inquisitorische Elemente überwiegen.

### 3. Aufarbeitung von inzwischen mehr als 30 Jahre zurückliegender Makrokriminalität

Die Zuständigkeit für zeitlich weit zurückliegende Makrokriminalität stellt eine weitere Herausforderung für das Tribunal dar. Dies hat zur Folge, dass sowohl Angeklagte als auch Zeugen bereits im hohen Alter sind. So stellte sich wiederholt die Frage nach der Verhandlungsfähigkeit der Angeklagten. 2009 entschied die *Vorverfahrenskammer* unter Bezugnahme auf einschlägige Rechtsprechung der internationalen ad hoc-Tribunale sowie der „Special Panels for Serious Crimes in East Timor“,<sup>48</sup> dass die Angeklagten Nuon Chea und Ieng Sary verhandlungsfähig seien. Sie hielt fest, dass Angeklagte grundsätzlich auch im Ermittlungsstadium das Recht hätten, im Zweifelsfall durch einen Gutachter feststellen zu lassen, ob sie in der Lage sind, ihre Beschuldigtenrechte aktiv wahrzunehmen zu können.<sup>49</sup> Vor Beginn des materiellen Teils des Hauptverfahrens im zweiten Fall wurde erneut im August 2011 über die Frage der Verhandlungsfähigkeit von Nuon Chea und Ieng Sary verhandelt. Die Entscheidung hierüber steht zu diesem Zeitpunkt noch aus.

### 4. Zusammenfassung: Besondere Herausforderungen der ECCC

Der Gerichtshof befindet sich – wie eingangs festgestellt – in einer entscheidenden Phase. Den ECCC wird eine Vielzahl an Anforderungen zugeschrieben, welche einerseits den engen Rahmen der Strafverfolgung betreffen, während die Arbeit des Gerichtshofs andererseits auch Ausstrahlungswir-

kung auf das mangelhafte nationale Justizsystem haben soll. Wie nachfolgend vertieft behandelt wird, traten jüngst in allen Bereichen Vereinbarkeitsprobleme auf, welche letztlich auch die originäre Aufgabe der Strafverfolgung erschweren. Somit kann Hybridität janusköpfige Züge annehmen: Sie soll zum einen die Einhaltung internationaler Standards sicherstellen, bietet aber in einem Land mit noch wenig entwickelter Rechtsstaatlichkeit gleichzeitig ein Einfallstor für politische Einflussnahme und kann zum Forum für die Austragung innenpolitischer Probleme werden.

Neben dem Makroaspekt der Einbettung in Übergangsjustiz tritt auf der Mikroebene der einzelnen Verfahren die dem Völkerstrafrecht immanente Konfliktlinie zwischen strafrechtlichem und menschenrechtlichem Fokus<sup>50</sup> besonders hervor, wie die nachfolgenden Beispiele der strafbaren Beteiligung und der prozessualen Nebenklägebeteiligung verdeutlichen.

### III. Ausgewählte aktuelle Fragestellungen der Prozesse vor den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha

Durch die Konzentration auf Duch, einen Angeklagten der mittleren Hierarchieebene, der sich überwiegend kooperativ zeigte, konnte der Gerichtshof Erfahrungen sammeln und fallübergreifende Problematiken ausmachen, um den derzeit beginnenden zweiten Prozess gegen die vier Angeklagten der obersten Kaderebene möglichst effektiv zu gestalten. Thematisch fokussierte sich der Fall gegen Duch auf Verbrechen, die in den Gefängnissen „S-21“ und „S-24“ begangen wurden und in der Öffentlichkeit regelmäßig als exemplarisch für die Schreckensherrschaft der Roten Khmer herangezogen werden. Der zweite Fall gegen Mitglieder der Regierung unter Pol Pot konzentriert sich hingegen auf die zugrundeliegenden politischen Direktiven, so unter anderem auch auf die massenhaft praktizierte Zwangsverheiratung. Von Bedeutung für den zweiten Fall sind somit Überlegungen zur Beteiligung, insbesondere der Vorgesetztenverantwortlichkeit und der indirekten Täterschaft. Darüber hinaus stellen sich Fragen des ne bis in idem sowie betreffend vorgängiger Amnestien.<sup>51</sup> Angesichts der erhöhten Komplexität des zweiten Prozesses liegt das Augenmerk ferner auf prozessrechtlichen Aspekten wie der Opferbeteiligung. Im Hinblick auf den hybriden Charakter des Tribunals stellt sich die Frage, inwiefern kambodschanisches Recht – insbesondere in der Form des kambodschanischen Strafgesetzes von 1956 – Bedeutung finden wird.

#### 1. Materielle Fragestellungen

Materiell-rechtliches Leitthema des Urteils erster Instanz im Fall Duch stellte das Legalitätsprinzip dar, wonach Straftatbestände und Beteiligungsformen entweder dem internationalen oder dem zwischen 1975 und 1979 geltenden kambod-

<sup>47</sup> ECCC (PTC), Beschl. v. 26.8.2008 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Nuon Chea), para. 14.

<sup>48</sup> Laut *Vorverfahrenskammer* enthielten weder Internal Rules noch kambodschanisches Recht detaillierte Regelungen zur Verfahrensfähigkeit, insbesondere zu ihren genauen Voraussetzungen. Lediglich Art. 32 der Internal Rules sieht die Ernennung eines Gutachters zur Bestimmung der physischen und mentalen Verhandlungsfähigkeit eines Angeklagten vor.

<sup>49</sup> S. *Petit/Ahmed*, *Northwestern Journal of International Human Rights* 8 (2010), 165 (178 f.).

<sup>50</sup> Vgl. *Marston Danner/Martinez*, *California Law Review* 93 (2005), 75 (80 ff.).

<sup>51</sup> Hierzu *Petit/Ahmed*, *Northwestern Journal of International Human Rights* 8 (2010), 165 (183 f.).

schanischen Recht entnommen werden müssen. So untersuchte die *Hauptverfahrenskammer*, inwiefern die Definitionen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen zum Tatzeitpunkt Völkergewohnheitsrecht entsprachen.

Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Art. 5 Abs. 2 des ECCC Law (gemäß Art. 9 Agreement sollten Verbrechen gegen die Menschlichkeit dem Vorbild des IStGH-Statuts entsprechen) verlangt nur einen Zusammenhang mit „nationalen, politischen, ethnischen, rassischen oder religiösen“ Beweggründen des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung.<sup>52</sup> Umstritten sowohl im ersten als auch zweiten Fall war die Erforderlichkeit eines Nexus zwischen den Einzeltaten und einem bewaffneten Konflikt nach Völkergewohnheitsrecht.

Art. 6 lit. c des Statuts des IMG sowie Art. 5 lit. c des Statuts des Internationalen Militärgerichtshof für den Fernen Osten (IMGFO) weisen einen solchen Nexus zum bewaffneten Konflikt oder Angriffskrieg auf, welcher jedoch im Kontrollratsgesetz Nr. 10 fallen gelassen wurde. Obgleich er in den Nürnberger Nachfolgeprozessen (anders als in den Prozessen der Britischen Zone) dennoch zum Teil angewandt wurde,<sup>53</sup> nahm der Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind von 1954 nur auf den Zusammenhang mit gesellschaftlichen, politischen, rassischen, religiösen oder kulturellen Beweggründen Bezug, nicht auf einem bewaffneten Konflikt. Der Chapeau von Art. 5 des JStGH-Statuts weist zwar einen Nexus zum bewaffneten Konflikt auf, ebenso derjenige in Art. 3 RStGH-Statut zu nationalen, politischen, ethnischen, rassischen oder religiösen Beweggründen. Diese sollen aber auf die Charaktere der jeweiligen Konflikte hinweisen im Sinne einer Begrenzung der Gerichtsbarkeiten auf „mandatstypische“ Verbrechen, nicht als Definitionsbegrenzungen der Tatbestände.<sup>54</sup> Der Straftatbestand des IStGH-Statuts beinhaltet daher keinen diesbezüglichen Nexus.<sup>55</sup> So bestätigte die *Hauptverfahrenskammer* im Urteil gegen Duch, dass im Völkergewohnheitsrecht zum Tatzeitpunkt kein Nexuserfordernis mit einem bewaffneten Konflikt bestehe.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung der *Vorverfahrenskammer* in der Berufung gegen die Anklageschrift im zweiten Fall bemerkenswert, welche einen Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt fordert und insofern die Entscheidung der Ermittlungsrichter modifiziert.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 313.

<sup>53</sup> Werle (Fn. 1), Rn. 787.

<sup>54</sup> Werle (Fn. 1), Rn. 787 m.w.N.

<sup>55</sup> Art. 7 Abs. 1 des IStGH-Statuts.

<sup>56</sup> ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), paras. 291 ff.

<sup>57</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Entscheidungen v. 13.1.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Ieng Thirith; Prosecutor v. Nuon Chea) (Pre-Trial Chamber), S. 6 Rn. 11 (1).

Insgesamt veranschaulicht die Diskussion im Urteil die Schwierigkeiten, welche sich für die Rechtsfindung aus dem Zeitpunkt der Taten vor mehr als 30 Jahren ergeben: Während hinsichtlich der Rechtsnatur des Tatbestands der Kriegsverbrechen unter anderem auf die Genfer Konventionen rekurriert werden konnte, war zur Bestimmung des Stands des Völkergewohnheitsrechts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit primär ein Rückgriff auf Statuten und Rechtsprechung abgeleitet von Verfahren im Anschluss an den zweiten Weltkrieg möglich. Deren Grundsätze wurden zwar abstrakt in Beschlüssen der Generalversammlung der VN und durch die Annahme einschlägiger Verträge<sup>58</sup> von der Staatengemeinschaft bekräftigt,<sup>59</sup> doch finden sich mit Ausnahme einiger weniger Verfahren<sup>60</sup> keine konkreten Beispiele der Strafverfolgung.<sup>61</sup> Insgesamt orientierte sich der Gerichtshof daher stark an der Rechtsprechung der internationalen ad-hoc-Tribunale. Angesichts der ausdifferenzierten Rechtsprechung zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter bestimmter Vorschriften durch JStGH und den Ruandastrafgerichtshof (RStGH) sowie dem internationalisierten Charakter der ECCC erscheint dies grundsätzlich nachvollziehbar. Wie die Problematik der teilweisen Übernahme der stark umstrittenen Beteiligungsform der „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) aber verdeutlicht, ist gerade im Hinblick auf den Vorbildcharakter für das nationale Recht und der durch den hybriden Charakter notwendigen Berücksichtigung dessen spezifischer Charakteristika Vorsicht geboten.

Gemäß Art. 1 des ECCC Law ist die Zuständigkeit des Khmer-Rouge-Tribunals beschränkt auf Hauptverantwortliche: „senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations [...] that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979“. Die einschlägige Norm zur Beteiligung in Art. 29 (neu) des ECCC Law ist nach der entsprechenden Norm der ad-hoc-Tribunale konzipiert. Mithin stellte sich bereits im ersten Verfahren die Frage nach der Übernahme der Rechtsprechung zur JCE.

Während die Ermittlungsrichter in der Anklageschrift im Verfahren gegen Duch JCE heranzogen,<sup>62</sup> entschied die *Vorverfahrenskammer* als Berufungsinstanz nicht über deren

<sup>58</sup> Vgl. die Genozidkonvention von 1948, die Genfer Konventionen von 1949 sowie deren Zusatzprotokolle von 1977 und der Entwurf der Völkerrechtskommission zu einem „Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind“ von 1954.

<sup>59</sup> So beauftragte die Generalversammlung in Resolution 177 die Völkerrechtskommission der VN, eine Übersicht der Grundsätze des Statuts und des Urteils des Internationalen Militärgerichtshofs anzufertigen (sog. „Nürnberger Prinzipien“), s. International Law Commission (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission 1950, Bd. 2, 1957, S. 374 ff.

<sup>60</sup> Etwa gegen Eichmann oder Barbie.

<sup>61</sup> Werle (Fn. 1), Rn. 40 ff.

<sup>62</sup> ECCC (Office of the Co-Investigating Judges), Anklageschrift v. 8.8.2008 – 002/14-08-2006-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Kaing Guek Eav).

gewohnheitsrechtlichen Charakter. Vielmehr lehnte sie die Anwendung ab mit der Begründung, dass der Angeklagte nicht hinreichend informiert war bezüglich des Rückgriffs der Ermittlungen auf JCE als Beteiligungsform.<sup>63</sup> In ihrem Urteil kam die *Hauptverfahrenskammer* nach Analyse der Rechtsprechung, welche die *JStGH-Revisionskammer* in der Tadić-Entscheidung herangezogen hat, um den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der Beteiligungsform zu begründen, zu dem Ergebnis, die erste und zweite Form von JCE<sup>64</sup> seien anwendbar als Widerspiegelung von Gewohnheitsrecht einschließlich ihrer Resonanz im kambodschanischen Recht.<sup>65</sup> In dieser Entscheidung wird die strittige Rechtsprechung des JStGH einer begrüßenswerten Prüfung unterzogen, sowohl mit Blick auf ihre Verankerung im Völkergewohnheitsrecht als auch in Prinzipien des nationalen Strafrechts.<sup>66</sup> Gleichwohl wäre vor dem Hintergrund des hybriden Charakters und der gewünschten Ausstrahlungswirkung der Verfahren eine vertiefte Beschäftigung mit dem *nullum crimen*-Grundsatz aus Art. 15 IPbPR und dessen Reichweite im nationalen Kontext wünschenswert gewesen.

Auch im zweiten Fall war die Anwendbarkeit der JCE bereits ein zentrales Thema. Hier hielten die Ermittlungsrichter in Bezug auf Völkerstrafrechtsverbrechen grundsätzlich alle Formen für anwendbar, die dritte Form, die sog. „extended“ JCE (JCE III) allerdings nur mit der Einschränkung des subjektiven Tatbestands, dass der Beschuldigte Exzesstaten Mitbeteiligter vorhergesehen haben müsse sowie das Risiko

bewusst einging.<sup>67</sup> Zeitlich noch vor dem Urteil der *Hauptverfahrenskammer* im ersten Fall erklärte die *Vorverfahrenskammer* in einer ausführlichen Diskussion, dass allein die ersten beiden Formen schon vor 1975 eine völkergewohnheitsrechtliche Basis hätten, während das Gesetzlichkeitsprinzip eine Anwendung der dritten Form verbiete.<sup>68</sup> Geapart mit der Problematik der gleichzeitigen Anwendung der Vorgesetztenverantwortlichkeit<sup>69</sup> wird der Problembereich der JCE eine wesentliche Rolle im Hauptverfahren des zweiten Falles spielen.

So wies die *Hauptverfahrenskammer* jüngst in einer richtungsweisenden Entscheidung den Antrag der Ankläger zurück, die Fakten der Anklageschrift neu zu charakterisieren, sodass auch JCE III erfasst gewesen wäre.<sup>70</sup> Zunächst hielt die *Kammer* unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil des ersten Falles sowie der Entscheidung der *Vorverfahrenskammer* im zweiten Fall fest, dass die völkergewohnheitsrechtliche Natur der ersten beiden Formen von JCE anerkannte Rechtsprechung der ECCC sei.<sup>71</sup> Auch hinsichtlich JCE III stimmte die *Hauptverfahrenskammer* der Analyse der Nachkriegsverfahren und der resultierenden Ablehnung von JCE III durch die *Vorverfahrenskammer* zu.<sup>72</sup> Sie stellte fest, dass JCE III von 1975 bis 1979 weder Völkergewohnheitsrecht noch einem geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz entspreche.<sup>73</sup> Dabei setzte sie sich insbesondere mit der Entscheidung des Sondertribunals für den Libanon auseinander, welche sich zur Begründung von JCE III zusätzlich zu den in der Tadić-Entscheidung herangezogenen Urteilen auch auf die Urteile der Dachauer Prozesse gegen Ulrich und

<sup>63</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 5.12.2008 – 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 142. Vgl. zum Ganzen *Petit/Ahmed*, Northwestern Journal of International Human Rights 8 (2010), 165 (184 f.).

<sup>64</sup> Die *Revisionskammer* unterschied in der Tadić-Entscheidung drei Formen der JCE. Die erste Form (JCE I, sog. „basic form“) betrifft die gemeinsame Vereinbarung, ein Verbrechen zu begehen, welches auch entsprechend des Tatplans und mit gleichem Vorsatz ausgeführt wird. Die zweite Form (JCE II, „systemic form“) erfasst sog. „concentration camp cases“, d.h. die Begehung von Verbrechen durch mehrere Personen im Rahmen eines „systems of ill-treatment“. Die dritte Form (JCE III, „extended form“) umfasst die Haftung für Exzesstaten Mitbeteiligter außerhalb des gemeinsamen Tatplans, die eine „normale und vorhersehbare“ Folge dessen Ausführung darstellen. JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A, para. 203 ff., vgl. *Werle* (Fn. 1), Rn. 459 ff.

<sup>65</sup> ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), paras. 512 f. Da die *Kammer* bereits die erste und zweite Form bejahte, enthielt sie sich einer Aussage zur dritten Form, welche von der Anklage nur alternative vorgebracht wurde; ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), para. 513.

<sup>66</sup> ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav), paras. 504 ff.

<sup>67</sup> ECCC (OCIJ), Beschl. v. 8.12.2009 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (Prosecutor v. Ieng Sary), para. 39; vgl. auch *Berster*, ZIS 2010, 538. Alle *Kammern* stimmen überein, dass JCE nicht auf die Verbrechen nach dem kambodschanischen Strafgesetzbuch von 1956 anwendbar ist.

<sup>68</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 20.5.2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ. Eingehend zur Entscheidung der *Vorverfahrenskammer Berster*, ZIS 2010, 538.

<sup>69</sup> Hierzu *Ambos*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 159.

<sup>70</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), para. 13. Vor dem Hintergrund, dass JCE I zwar Hauptgrundlage der Zurechnung sein solle, bestimmte Konstellationen aber mitunter nicht erfassen könnte, führten die Ankläger an, dass der *Revisionskammer* des JStGH im Tadić-Fall bei der Anerkennung von JCE III gefolgt werden solle, wobei sie den Essener Lynchmord-Fall sowie den „Borkum Islands“-Fall besonders hervorhoben, beziehungsweise alternativ einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellte, ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), paras. 24 ff.

<sup>71</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), para. 22.

<sup>72</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), paras. 29 ff.

<sup>73</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), paras. 29 ff.

Merkle beziehungsweise Wuelfert u.a. beruft. Im Unterschied zur *Kammer* des Sondertribunals für den Libanon kommt die *Hauptverfahrenskammer* der ECCC aber zum Schluss, dass diese Fälle zwar JCE I und II unterstützten, ein eindeutiger Rückschluss auf JCE III aber nicht möglich sei.<sup>74</sup> Basierend auf einer Analyse nationaler Vorschriften hielt die *Hauptverfahrenskammer* darüber hinaus ebenso wie die Revisionsinstanz im Fall Tadić fest, dass angesichts erheblicher Abweichungen der Staatenpraxis auch kein dahingehender allgemeiner Rechtsgrundsatz bestünde.<sup>75</sup> Die Entscheidung dürfte damit nicht nur für weitere Verfahren an den ECCC grundlegende Bedeutung haben, sondern auch einen Beitrag zur vom Sondertribunal für den Libanon fortgeführten Diskussion über die Anwendbarkeit von JCE leisten.

## 2. Prozessrechtliche Fragestellungen

### a) Überblick

Die Schwierigkeit des hybriden Charakters und der spezifischen Funktion des Gerichtshofs, im Rahmen der Übergangsgerechtiz individuelle Schuld festzustellen und gleichzeitig durch Beteiligung von Opfern durch einen menschenrechtsorientierten Fokus zur Aussöhnung beizutragen, kennzeichneten die Entscheidungen des Gerichts in prozessrechtlicher Hinsicht. Besonders deutlich wurde dies bei der im Folgenden genauer illustrierten Ausgestaltung der Beteiligung von Opfern als Nebenkläger („Civil Parties“). Generell kann die Herstellung effizienter und gleichzeitig fairer Verfahrensbedingungen angesichts der Komplexität der angeklagten Verbrechen bereits im ersten Fall und voraussichtlich im zweiten Fall als herausfordernd beschrieben werden. Die Verfahren sind durch eine öffentliche Vorverurteilung geprägt, was die Vorbildfunktion des Tribunals im Kontext der Wahrung der Unschuldsumutung und der Angeklagtenrechte verdeutlicht. In diesem Zusammenhang steht auch das Prinzip der „Waffengleichheit“, dem gerade im Völkerstrafrecht unter anderem durch eine Ressourcendiskrepanz zwischen Anklage und Verteidigung oft nur mit Mühe Geltung verschafft werden kann. Diese Problematik wird durch die Beteiligung der Nebenkläger im Verfahren weiter verschärft.

### b) Das besondere Problem der Ausgestaltung der Opferbeteiligung

Wie eingangs angedeutet, stellt die Beteiligung von Opfern als Nebenkläger ein wesentliches Merkmal des Verfahrensrechts der ECCC dar. Die Ausgestaltung der Opferbeteiligung am Rote-Khmer-Tribunal kann insofern als eine der weitreichendsten im Völkerstrafrecht angesehen werden: An den internationalen ad hoc-Tribunalen können Opfer bedingt durch den vornehmlich anglo-amerikanischen Charakter des Prozessrechts, das auf der Gegenüberstellung der jeweiligen „Fälle“ von Anklage und Verteidigung beruht, und des pri-

mär auf Strafverfolgung fokussierten Mandats<sup>76</sup> nur als Zeugen auftreten. Seit Errichtung der ad hoc-Tribunale fand jedoch sowohl in nationalen Rechtssystemen als auch auf internationaler Ebene eine verstärkte Artikulierung und Berücksichtigung von Opferinteressen statt.<sup>77</sup> Dieser Tendenz wurde 1998 im IStGH-Statut erstmals in einem völkerstrafrechtlichen Kontext Ausdruck verliehen.

Das kambodschanische Strafprozessrecht, welches gemäß ECCC Law und Agreement für die Verfahren vor den ECCC heranzuziehen ist,<sup>78</sup> weist eine weitreichende Beteiligung von Opfern auf. Als Nebenkläger erhalten sie umfangreiche Rechte im Vor- und Hauptverfahren und stellen neben Anklage und Verteidigung eine weitere Prozesspartei dar.<sup>79</sup> Dies wurde vor dem Hintergrund der Komplexität der Prozesse an den ECCC und der hohen Opferzahl der Verbrechen in abgeschwächter Form durch die Internal Rules aufgegriffen.<sup>80</sup> Zum einen können Opfer als Zeugen aussagen oder eine Strafanzeige stellen, um Ermittlungen in Gang zu setzen oder zu unterstützen, andererseits können sie angelehnt an das nationale Recht als Nebenkläger auftreten.<sup>81</sup> Die Regeln 23 ff. der Internal Rules legen die Grundlagen der Beteiligung von Opfern in Form der Nebenklage, namentlich deren Bedeutung und Voraussetzungen, fest. Sie bestimmen dabei jedoch nur die wesentlichen Grundzüge der Nebenklage, die genaue Ausgestaltung obliegt den Richtern im Verfahren. Zusammenfassend ist die Beteiligung von Opfern einerseits Ausdruck des Einflusses kambodschanischen Strafprozessrechts, spiegelt aber auch die steigende Tendenz auf internationaler Ebene, Opferinteressen in Strafverfahren zu berücksichtigen, wider.

Bereits im ersten Prozess gegen Duch war die Rolle der Nebenkläger Ursache zahlreicher Kontroversen. Vor dem Hintergrund der hohen Anzahl an zugelassenen Nebenklägern im zweiten Fall führte dies schließlich zu Änderungen des Prozessrechts.<sup>82</sup>

Wesentliche Konfliktlinien sind die Voraussetzungen des Nebenklägerstatus sowie die Rolle und Reichweite der Beteiligung. Zweck der Nebenklage ist zum einen die Beteiligung in den Verfahren, indem sie die Anklage unterstützen.<sup>83</sup> Dar-

<sup>74</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), paras. 32 ff.

<sup>75</sup> ECCC (TC), Beschl. v. 12.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u.a.), paras. 36 ff.

<sup>76</sup> Resolutionen 827 und 955 des VN Sicherheitsrats sprechen von der alleinigen Aufgabe („sole purpose“), für die Verbrechen Verantwortliche strafrechtlich zu verfolgen.

<sup>77</sup> Vgl. *Wemmers*, Criminal Law Forum 2009, 395.

<sup>78</sup> Art. 13 ECCC Law; Art. 12 Agreement.

<sup>79</sup> Art. 298, 311, 375 CPC; ferner Art. 135, 268 CPC. Vgl. *Ehlert/Kaufmann*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 2011, im Erscheinen.

<sup>80</sup> *Ehlert/Kaufmann*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 2011, im Erscheinen.

<sup>81</sup> Regeln 23, 49 der Internal Rules. Eingehend *Thomas/Chy*, in: *Ciorciari/Heindel* (Fn. 11), S. 232.

<sup>82</sup> Während im Verfahren gegen Duch 93 Nebenkläger auftraten, belief sich die Anzahl der im zweiten Verfahren zugelassenen Nebenkläger bereits auf über 3000.

<sup>83</sup> Regel 23 Abs. 1 der Internal Rules. Als Konsequenz besitzen sie besondere Verfahrensrechte (etwa das Recht, Zeugen zu befragen).

über hinaus erlaubt sie Opfern, bestimmte kollektive und „moralische“ Entschädigungen zu fordern.<sup>84</sup> Damit sind gem. Regel 25<sup>quinquies</sup> Maßnahmen gemeint, welche das Leid, das Opfern durch die Verbrechen erfahren haben, anerkennen und mindern,<sup>85</sup> nicht aber rein individuelle Entschädigungen wie etwa Geldzahlungen.<sup>86</sup> Während Nebenkläger im Vorverfahren noch individuell auftreten können, sind sie im Haupt- und Revisionsverfahren angehalten, von einem kambodschanischen Anwalt oder einem internationalen Anwalt in Zusammenarbeit mit einem kambodschanischen Vertreter zu sein.<sup>87</sup> Um die Verfahrenseffizienz gerade im zweiten Fall zu erhöhen, wurden zwei „Civil Party Lead Co-Lawyers“ bestimmt.<sup>88</sup>

Um als Nebenkläger anerkannt zu werden, muss die antragstellende Person darlegen, dass sie als direkte Folge der Straftat eine tatsächliche physische, psychische oder materielle Schädigung erlitten hat.<sup>89</sup> Dies kann auch nahe Verwandte von Opfern der Verbrechen erfassen. In einer Berufungsentcheidung zur Zulassung mehrerer hundert Antragssteller als Nebenkläger entschied sich die *Vorverfahrenskammer* für eine weite Auslegung dieser Kriterien, namentlich einer darzulegenden erlittenen psychischen Verletzung.<sup>90</sup> Die *Kammer* begründet die Erweiterung des psychologischen Verletzungsbegriffs insbesondere mit der gesellschaftsumspannenden Zielrichtung und dem kollektiven Effekt der Verbrechen, welche in Verbindung mit dem spezifischen sozialen und

kulturellen Hintergrund zu einer weiten Auslegung des verwandtschaftlichen Näheverhältnisses führten.<sup>91</sup>

Diese weite Auslegung des Verletzungsbegriffs mag zur Darstellung der systemischen Qualität und der in großem Umfang traumatischen Konsequenzen der Verbrechen nachvollziehbar sein,<sup>92</sup> lässt jedoch negative Auswirkungen für die Effizienz des Hauptverfahrens befürchten.<sup>93</sup> Insbesondere verwischt die weite Interpretation des Verletzungsbegriffs und der Kausalität die Unterscheidung zwischen einem Opfer generell der Politik der Roten-Khmer und einem im spezifischen Fall und im Hinblick auf die angeklagten Verbrechen als Nebenkläger zugelassenen Opfer, indem die Anforderungen an die Zulassung als Nebenkläger im Ergebnis gesenkt und damit der Kreis der Nebenkläger – entgegen der Zielsetzung von Regel 23 der Internal Rules – erweitert wird.<sup>94</sup> Die Teilnahme als Nebenkläger entspricht nur dann dem in Regel 23 der Internal Rules festgelegten Mandat der Unterstützung der Anklage und der Möglichkeit, Entschädigungen geltend zu machen, wenn ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen erlittener Verletzung und der Anklage besteht.<sup>95</sup> Insgesamt verdeutlicht die Entscheidung anschaulich

<sup>84</sup> Hierzu definierte die *Vorverfahrenskammer* in einer Entscheidung zur Zulassung von Nebenklägern: „[...] Moral reparations mean that a moral obligation may arise in respect of injury caused consequent upon a confirmation of allegations for commission of crimes through the implementation of the CPK policies by the Accused. Collective reparations also stem from collective injury which has an individual effect as well. It would be unrealistic to see the injury caused from alleged mass atrocities only on an individual basis because it encompasses individual parameters [...]“, ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), para. 70.

<sup>85</sup> So etwa die breite öffentliche Verteilung des Urteils, vgl. ECCC (Trial Chamber), Beschl. v. 23.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.).

<sup>86</sup> Vgl. zur Zweiteilung der Aufgaben Regel 23 Abs. 1 der Internal Rules. Zu möglichen kollektiven Reparationen und Genugtuung siehe Regel 23<sup>quinquies</sup> der Internal Rules.

<sup>87</sup> Regel 23<sup>ter</sup> der Internal Rules.

<sup>88</sup> Art. 12<sup>ter</sup> Abs. 5 der Internal Rules bestimmt zu den Funktionen der Civil Party Co-Lead Lawyers: „The core functions of the Civil Party Lead Co-Lawyers shall include: a. Representing the interests of the consolidated group of Civil Parties, as outlined in IR 23 (1) and (2); and b. Ultimate responsibility to the Court for the overall advocacy, strategy and in-court presentation of the interests of the consolidated group of Civil Parties during the trial stage and beyond.“

<sup>89</sup> Regel 23 Abs. 2 der Internal Rules.

<sup>90</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), paras. 48, 49.

<sup>91</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), paras. 49, 79.

<sup>92</sup> So müsse nicht nur der spezifische gesellschaftliche und kulturelle Kontext Kambodschas zum Zeitpunkt der Tatbegehung zu einer erweiterten Betrachtung der „Viktimisierung“ führen. Besonders betont die Mehrheit der *Vorverfahrenskammer* in ihrer Entscheidung den kollektiven Charakter der Gesamttaten gegenüber der individuellen Verletzung im Rahmen der Einzeltaten (was sich aus Sicht der *Kammer* gerade auch in den in der Anklageschrift gebrauchten Beteiligungsformen der JCE und Vorgesetztenverantwortlichkeit widerspiegelt) und hebt deren Auswirkungen auf das große Ausmaß der durch den systemischen Charakter der Völkerrechtsverbrechen hervorgerufenen „Viktimisierung“ hervor: „[...] The admission as a civil party in respect of mass atrocity crimes should therefore be seen in the context of dealing with wide spread and systematic actions resulting from the implementation of nation-wide policies in respect of which the individual liability alleged against each of the accused also takes collective dimensions due to allegations for acting together as part of a joint criminal enterprise“ (ECCC [Pre-Trial Chamber], Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC [Prosecutor v. Ieng Sary u. a.]), para. 78.

<sup>93</sup> A.A. ist die *Vorverfahrenskammer*, vgl. ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), paras. 97 ff.

<sup>94</sup> Vgl. ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), Dissenting Opinion v. Richterin Marchi-Uhel, S. 2.

<sup>95</sup> ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 24.6.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/PTC (Prosecutor v. Ieng Sary u. a.), auch unter Berücksichtigung der Erwartungshaltung der Opfer, die als Nebenkläger zugelassen wurden und der Effizienz der Verfahren durch Gruppierung der Nebenkläger entsprechend der Anklagepunkte.

den Konflikt zwischen dem rein strafrechtlichen Fokus auf der Feststellung individueller Schuld und einem menschenrechtsorientierten und daher eher opferzentrierten Ansatz von Übergangsjustiz.

#### **IV. Fazit: Der Gerichtshof im Mehrebenenfeld von Völkerstrafrecht, Politik und gesellschaftlicher Perzeption**

Für eine umfassende Einschätzung der Arbeit des Gerichts ist es zum jetzigen Zeitpunkt zu früh. Gleichwohl lassen sich vor der bald beginnenden substantiellen Phase des zweiten Falls an dieser Stelle einige Probleme und hervorstechende Charakteristika identifizieren und beurteilen. Diese sind eng verknüpft mit der Anforderung, einen Beitrag zur Aufarbeitung des Unrechts im Rahmen von Übergangsjustiz zu leisten. Das Ziel, im Rahmen von Strafverfolgung Interessen von Opfern gerecht zu werden, einen Beitrag zur Wahrheitssuche und nationalen Versöhnung zu leisten sowie Vorbild der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu sein, erscheint sowohl aus einer rechtlichen Perspektive durch das Aufeinandertreffen verschiedener Rechtskulturen an den ECCC als auch vor dem politischen Hintergrund äußerst ambitioniert.

Die empirische Überprüfung, inwieweit die ECCC tatsächlich gesellschaftlichen Widerklang erfahren, ist dabei von großer Relevanz. In Teil II. wurde bereits auf tendenziell positive Studien verwiesen. Die zentralen Ergebnisse der aktuellste Umfrage<sup>96</sup> zur Perzeption der ECCC in der Bevölkerung sind auch für den rechtswissenschaftlichen Diskurs beachtenswert. Zusammengefasst stellt die Untersuchung fest, dass über 75 % der Befragten positive Auswirkungen des Gerichtshofs für die Opfer der Khmer Rouge erwarten, sogar 82 bzw. 81 % gehen von einem nützlichen Beitrag der ECCC für gesteigertes Vertrauen beim Wiederaufbau Kambodschas und einer Stärkung der nationalen Versöhnung aus. Der schon in einer ähnlichen Umfrage 2008 festgestellte Trend wird damit bestätigt und verstärkt. Gleichzeitig wurde offenbar, dass trotz des Wohlwollens gegenüber den ECCC das Vertrauen in die allgemeine Justiz nicht gesteigert werden konnte, so glauben beispielsweise 68 % (im Vergleich zu 61 % in 2008) der Befragten, dass die Anrufung eines lokalen Gerichts mit der Zahlung einer Bestechung einhergeht. Dies sind selbstverständlich nur Streiflichter auf das komplexe Thema Korruption,<sup>97</sup> wobei jedoch gerade bezogen auf das Tribunal die enge politische Begleitung immer größere Schwierigkeiten zu bereiten scheint. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Tauziehen um einen etwaigen dritten und vierten Fall entwickeln wird. Sollten trotz hinreichendem Tatverdacht keine Verfahren eingeleitet werden, hätte dies zweifelsohne einen Legitimitätsverlust und die Nichteinlösung der Vorbildintention für das in der Bevölkerung tendenziell befürwortete Tribunal zur Folge.

Konträr zu dieser Problematik ist Kambodscha durch seine frühe Unterzeichnung (2000) und Ratifizierung (2002) des

IstGH-Statuts eine Ausnahmeerscheinung, da insbesondere im südostasiatischen Raum Zurückhaltung vorherrscht, Mitgliedsstaat des IstGH zu werden. Im Kontext der eingenommenen Vorreiterrolle innerhalb der ASEAN bleibt zu hoffen, dass die Regierung Kambodschas die Unabhängigkeit der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha ebenfalls respektiert und das Momentum einer entscheidenden Phase für die Entfaltung des positiven Potentials des Gerichts genutzt wird.

---

<sup>96</sup> Durchgeführt im Dezember 2010 von der Berkeley University, <http://www.law.berkeley.edu/HRCweb/pdfs/After-the-First-Trial.pdf> (Stand 12.10.2011).

<sup>97</sup> Im „Corruption Perception Index“ 2010 von Transparency International rangiert Kambodscha auf Rang 154 von 178.

# Neueste Entwicklungen des Völkerstrafrechts auf nationaler Ebene: Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach französischem Recht

Von Marlen Vesper-Gräske, Vancouver/Berlin\*

## I. Einführung

Frankreich zählte in der Staatengemeinschaft schon immer zu den Befürwortern und aktiven Förderern des Völkerstrafrechts. So war Frankreich das einzige Mitglied des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, welches die Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofes bereits 1952 ausdrücklich forderte.<sup>1</sup> Frankreichs aktive Rolle in der internationalen Justiz äußerte sich nicht nur während der Nürnberger Prozesse, sondern ebenso im Zusammenhang mit den Tokioter Kriegsverbrecherprozessen. Insbesondere aber die nationalen Prozesse zur Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen – zu nennen sind hier allen voran die Verurteilungen von Klaus Barbie und Paul Touvier – zeigten den Einsatz Frankreichs für die Durchsetzung des Völkerstrafrechts.<sup>2</sup>

Die Französische Republik ist eine Vertragspartei des IStGH-Statuts. Frankreich unterzeichnete das IStGH-Statut am 18.7.1998 und ratifizierte es am 9.6.2000. Somit war auch der Weg für eine voranschreitende nationale Auseinandersetzung mit dem Völkerstrafrecht geebnet. Nichtsdestotrotz blieb auf dem langen Weg des Völkerstrafrechts die rechtspolitische Praxis Frankreichs ambivalent. Während Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit schon vor der Ratifizierung des IStGH-Statuts im Code Pénal pönalisiert waren,<sup>3</sup> wurden Kriegsverbrechen erst durch das Gesetz<sup>4</sup> vom

9.8.2010 – im 200. Jubiläumsjahr des napoleonischen Code Pénal von 1810 – in das französische Strafrecht eingeführt. Diese späte Neuregelung der Kriegsverbrechen<sup>5</sup> ist Gegenstand dieses Aufsatzes.

## II. Ausgangslage vor der Gesetzesnovelle 2010

Frankreich hatte für lange Zeit keine klare, den Formulierungen des IStGH-Statuts entsprechende Regelung zur Aburteilung von Kriegsverbrechen.<sup>6</sup> Eine Definition von Kriegsverbrechen und eine Strafbewehrung suchte man im Code Pénal<sup>7</sup> vergebens. Einzig im Code de Justice Militaire fanden sich einzelne Regelungen,<sup>8</sup> welche unter anderem auch bloße Disziplinarvorschriften darstellten. Diese erfassten daher nicht annähernd den Unwertgehalt, der diese Verbrechen auf internationaler Ebene kennzeichnet. Darüber hinaus ist der Anwendungsbereich des Militärgesetzbuches auf Angehörige der französischen Armee beschränkt; der Täterkreis war somit begrenzt.<sup>9</sup> Eine Erfassung von Kriegsverbrechen auch außerhalb dieses Anwendungsgebietes war mithin nur noch über das „allgemeine Strafrecht“<sup>10</sup> möglich. Jede Tathandlung konnte demzufolge nur nach ihrem einzelnen Unrechtsgehalt – isoliert von dem Gesamtzusammenhang, der erst die völkerrechtliche Dimension der Verbrechen ausmacht – bestraft werden.<sup>11</sup>

---

\* Die Autorin promoviert zu einem völkerstrafrechtlichen Thema bei Professor Dr. Gerhard Werle am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist zur Zeit Visiting Scholar an der University of British Columbia, Vancouver, Kanada.

<sup>1</sup> Im Rahmen der Stellungnahmen der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen zu dem Draft Statute for an International Criminal Court, ausgearbeitet von dem Ausschuss für die Internationale Strafgerichtsbarkeit, siehe *Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, S. 142, 143 ff. Demgegenüber fiel Frankreichs Kontribution während der Konferenz von London 1945 in Vorbereitung auf die Verabschiedung des Londoner Statuts – welches die Rechtsgrundlage für die Nürnberger Prozesse niederlegte – noch gering aus, *Wieviorka*, in: Sarat/Douglas/Umphrey (Hrsg.), *Lives in the Law*, 2002, S. 215 (S. 217).

<sup>2</sup> Wie *Sadat* konstatiert, eröffneten die nationalen „Kriegsverbrecherprozesse“ der französischen Öffentlichkeit die Möglichkeit, die Nürnberger Prinzipien nicht nur als „Siegerjustiz“ über Deutschland zu begreifen, sondern stattdessen als lebendige Rechtsprinzipien, welche auch auf Verurteilungen französischer Staatsbürger Anwendung finden sollten, siehe: *Sadat*, *The American Journal of Comparative Law* 58 (2010), 151 (160).

<sup>3</sup> In der heutigen Fassung bestehen sie seit 1994 – mit der Einführung des Nouveau Code Pénal. Einzelne Änderungen, v.a. die Erweiterung um Tatmodalitäten der Verbrechen ge-

gen die Menschlichkeit, wurden allerdings auch an diesen Tatbeständen mit der Gesetzesnovelle zu den Kriegsverbrechen 2010 vorgenommen.

<sup>4</sup> LOI n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

<sup>5</sup> Frankreich hat jedoch bereits 1951 die Genfer Konventionen unterzeichnet und ist darauffolgend ihren Zusatzprotokollen beigetreten.

<sup>6</sup> Aber auch das deutsche Strafrecht sah vor der Umsetzung des IStGH-Statuts durch das VStGB 2002 keine speziellen Tatbestände zur Aburteilung von Kriegsverbrechen vor. Allein die Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 StGB) und die Aufstachelung zu einem solchen (§ 80a StGB) sind schon seit 1968 Bestandteil des StGB.

<sup>7</sup> Code Pénal meint im Folgenden stets den Nouveau Code Pénal von 1994.

<sup>8</sup> Z.B. Artt. 427 ff Code de Justice Militaire.

<sup>9</sup> *Baudouin*, *Confluences Méditerranée* 64 (2008), 43 (46).

<sup>10</sup> In Bezug genommen wird hiermit das rein nationale Kernstrafrecht, ohne internationale Komponente.

<sup>11</sup> Als Beispiele können hier – freilich nur vereinzelte – Verurteilungen französischer Militärs nach dem „Kernstrafrecht“ im Zusammenhang mit dem Algerienkrieg angeführt werden: Als einziger hochrangiger General wurde Jaques Pâris de Bollardière der Vorwurf von Folterhandlungen gemacht. Dieser wurde daraufhin zu 60 Tagen Haft verurteilt. General Paul Aussaresses hingegen, welcher sich in zahlreichen Veröffentlichungen – insbesondere im Jahre 2001 – zu der Anordnung von Folter und summarischen Hinrichtungen wäh-

Eine Ausnahme hierzu bildete lange Zeit einzig Art. 212-2 Code Pénal<sup>12</sup>. Dieser stellt eine Sondervorschrift dar und erweitert den Bereich der Tathandlungen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 212-1 Code Pénal) auf deren Begehung in Kriegszeiten.<sup>13</sup> Der Tatbestand visiert als Opfergruppe aber nur Personen an, die das ideologische System bekämpfen, durch das die Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Art. 212-1 Code Pénal begangen werden.<sup>14</sup> Insofern steht diese Vorschrift systematisch zwischen der Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Kriegsverbrechen. Diese sonderbar anmutende Normierung fußt auf einer Entscheidung des Kassationsgerichts vom 20.12.1985<sup>15</sup> in dem Verfahren gegen Barbie.

Klaus Barbie („Schlächter von Lyon“) war der erste Nazi-Funktionär, der vom französischen Staat verurteilt wurde und zwar zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Gegen ihn erging auch das erste Urteil der französischen Justiz zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit.<sup>16</sup> Barbie wurde bereits zuvor 1952 und 1954 in Abwesenheit wegen der Begehung von Kriegsverbrechen<sup>17</sup> durch Frankreich verurteilt.<sup>18</sup> Die Vollstreckung der Urteile war jedoch zum Zeitpunkt der endgültigen Auslieferung Barbies – mehr als ein Jahrzehnt nach dessen Aufspüren in Bolivien – im Jahre 1983 bereits verjährt.<sup>19</sup> Eine erneu-

---

rend des Algerienkrieges bekannte, wurde vom Tribunal Correctionnel de Paris am 25.1.2002 für diese Veröffentlichungen wegen „Beihilfe zur Verherrlichung von Kriegsverbrechen“ (complicité d'apologie de crimes de guerre) zu einer Geldstrafe von 7500 Euro verurteilt. Direkte Foltervorwürfe gegen Aussaresses erhob das Tribunal Correctionnel de Paris nicht. Diese unterfielen bereits den französischen Amnestiegesetzen der 60er und 80er Jahre. Näher zum Ganzen unter: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/recap\\_gaj2005.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/recap_gaj2005.pdf) (Stand: September 2011), S. 33.

<sup>12</sup> Art. 212-2 Code Pénal: „Lorsqu'ils sont commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité, les actes visés à l'article 212-1 sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité.“

<sup>13</sup> Inwiefern nur internationale bewaffnete Konflikte oder aber auch nicht-internationale erfasst sind, geht aus der Vorschrift selbst nicht hervor.

<sup>14</sup> Dies betrifft vor allem Widerstandskämpfer. Mithin hat diese „Kriegsverbrechensnorm“ nur einen sehr eingeschränkten Opferkreis im Blick.

<sup>15</sup> Cour de cassation 20.12.1985, Bull. Crim. n° 407; siehe auch *Finkielkraut*, Die vergebliche Erinnerung, 1989, S. 33; *Pradel/Danti-Juan*, Manuel de droit pénal spécial, 4. Aufl. 2007, S. 25.

<sup>16</sup> Ausführlicher *Cassese/Scalia/Thalmann*, Les grands arrêts du droit international pénal, 2010, S. 119.

<sup>17</sup> Die Verurteilungen Barbies in Abwesenheit erfolgten durch das Militärgericht von Lyon (Le tribunal des forces armées de Lyon).

<sup>18</sup> *Douzou*, in: Truche (Hrsg.), Juger les crimes contre l'humanité: 20 ans après le procès Barbie, 2009, S. 7 (S. 8).

<sup>19</sup> Siehe hierzu *Beigbeder*, Judging war crimes and torture, 2006, S. 204, 205 ff.

te Anklage gegen Barbie wegen der Begehung von Kriegsverbrechen<sup>20</sup> scheiterte ebenfalls an der diesbezüglichen Verjährungsfrist. Insofern war es von großer Bedeutung, die Taten von Klaus Barbie unter den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu subsumieren, welcher schon damals nicht Gegenstand von Verjährungsregelungen war. Nicht zuletzt auch auf Grund der aggressiven Verteidigungsstrategie von Barbies Anwalt Jaques Vergès wurde der Prozess 1985 zu einem der bedeutendsten in der französischen Geschichte. So wurde hierdurch die Rolle Frankreichs im Zweiten Weltkrieg durch das Vichy-Regime der Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit zugeführt, aber auch die französische Kolonialgeschichte der historischen und rechtlichen Aufarbeitung zugänglich gemacht.<sup>21</sup> Die Franzosen sahen sich erstmals mit den nackten Fakten ihrer eigenen schwierigen Geschichte konfrontiert. Mit diesem Urteil über den Nazi-Verbrecher Barbie war nun auch der Weg bereitet für die Aburteilung des ersten französischen Staatsbürgers Paul Touvier im Jahre 1994 wegen Kollaboration mit dem Nazi-Regime – insofern ein bahnbrechender Prozess, 50 Jahre nach der Befreiung von Paris und der Beendigung der Gräueltaten des Zweiten Weltkriegs auf französischem Territorium. Touvier wurde am 20.4.1994 wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu lebenslanger Haft verurteilt.<sup>22</sup>

Damaliger Anlass der Einführung des Art. 212-2 Code Pénal war vor allem, die besonders schweren Verbrechen an Kämpfern der Résistance – welche nicht in den einstigen Anwendungsbereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit fielen<sup>23</sup> – nicht der relativ kurzen Verjährungsfrist für Kriegsverbrechen zu unterwerfen.<sup>24</sup> Letztlich erfolgt so aller-

---

<sup>20</sup> Kriegsverbrechen meint in diesem Zusammenhang – vor der Gesetzesnovelle von 2010 – allein diejenigen Tatbestände des Militärgesetzbuches.

<sup>21</sup> *Vergès* verglich aggressiv die Tatvorwürfe gegen Barbie mit den Vorgehensweisen Frankreichs in Algerien, *Douzou* (Fn. 18), S. 12, 13 ff.

<sup>22</sup> Überblick zum Fall Touvier vgl. *Beigbeder* (Fn. 19), S. 208 ff.

<sup>23</sup> Eine Regelung zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit befand sich schon seit 1964 im französischen Code Pénal, diese war jedoch letztlich eine reine Wiedergabe des Art. 6 des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes in Nürnberg, also eng begrenzt auf „originäre Naziverbrechen“ (Vgl. *Huet/Koering-Joulin*, Droit pénal international, 3. Aufl. 2005, S. 98; *Beigbeder* [Fn. 19], S. 206 mit dem Hinweis auf die politische Bedeutung der Beschränkung durch die französische Legislative. Der Grund hierfür sei darin zu sehen, die eigenen Verbrechen auf französischer Seite, wie vor allem während des Algerien-Krieges, nicht strafrechtlich aufarbeiten zu müssen.).

<sup>24</sup> *Lelieur-Fischer*, in: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 4, 2005, S. 225 (S. 248); *Pradel/Danti-Juan* (Fn. 15), S. 30; auf Grund der damaligen Gesetzeslage – des beschränkten Anwendungsbereiches des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – enthielt die Anklageschrift gegen Barbie auch nicht die Verbrechen an einem der bedeutendsten Wi-

dings eine dogmatische Vermengung der Verbrechenskategorien.<sup>25</sup> Der Art. 212-2 stellte dennoch lange Zeit die einzige Art von explizit im Code Pénal niedergeschriebenen „Kriegsverbrechen“ dar.

Zu der zögernden Haltung Frankreichs in Bezug auf die nationale Gesetzeslage zu den Kriegsverbrechen passte auch das Verhalten im Zusammenhang mit Art. 124 IStGH-Statut. Frankreich, das sich bei den Verhandlungen für diese Regelung eingesetzt hatte<sup>26</sup>, war bislang – neben Kolumbien – einer der beiden Staaten, der sich auf die sogenannte „opting-out-procedure“ des Art. 124 IStGH-Statut berufen hat. Der Regelungsgehalt des Art. 124 IStGH-Statut umfasst die Möglichkeit neu hinzutretender Vertragsstaaten, die Gerichtsbarkeit des IStGH in Bezug auf Kriegsverbrechen nach Art. 8 IStGH-Statut für eine Dauer von sieben Jahren nicht anzuerkennen. Dies stellt eine Sonderregelung für Kriegsverbrechen dar. Für die anderen Kernverbrechen des IStGH-Statuts existiert eine solche Option nicht. Mit Ablauf dieser siebenjährigen „Kompetenz-Sperrfrist“ des IStGH für Frankreich<sup>27</sup> haben nun aber auch endlich die Tatbestände der Kriegsverbrechen Einzug in den Code Pénal gefunden.

### III. Die neue Rechtslage – eine späte Reform

Das erste gesetzgeberische Handeln zur Umsetzung des IStGH-Statuts diente zunächst allein der verfahrensrechtlichen Zusammenarbeit Frankreichs mit dem IStGH. Mit Gesetz vom 26.2.2002, dem Loi n° 2002-268<sup>28</sup>, wurden – entsprechend der allgemeinen Verpflichtung aller Vertragsstaaten nach Art. 86 IStGH-Statut<sup>29</sup> – die Grundlagen der prozeduralen Kooperation, wie die Überstellung von Gefangenen und die Vollstreckung der vom IStGH verhängten Strafen auf französischem Staatsgebiet, normiert. Eine weitere Anpassung des französischen Rechts erfolgte dann im Jahre 2003 in Bezug auf Spezialregelungen zu Privilegien und Immunitäten.<sup>30</sup>

Nach dieser raschen Gesetzesinitiative und der Anpassung des französischen Strafverfahrensrechts folgte jedoch erst einmal eine legislative Dürreperiode. Betrachtet man die Bemühungen Frankreichs in materiell-rechtlicher Hinsicht, so

---

derstandskämpfer – Jean Moulin – ‚welcher sich wie andere Résistance-Kämpfer als Kombattant verstand, vgl. *Beigbeder* (Fn. 19), S. 206.

<sup>25</sup> *Finkielkraut* (Fn. 15), S. 36, 37 ff.

<sup>26</sup> *Kaul/Kreß*, Yearbook of International Humanitarian Law 2 (1999), 152.

<sup>27</sup> Frankreich hatte allerdings bereits am 13.8.2008 – vor Ablauf der siebenjährigen Frist – den Vorbehalt nach Art. 124 IStGH-Statut zurückgezogen.

<sup>28</sup> Hierauf beruhend folgten Gesetzesänderungen des französischen Strafprozessrechts, des Code de Procédure Pénale – insbesondere des Livre IV, Titre Ier, Art. 627-1 bis 627-20.

<sup>29</sup> Die einzige Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Anpassung des eigenen nationalen Rechtssystems besteht in Hinblick auf die verfahrensrechtliche Zusammenarbeit mit dem IStGH, siehe auch *Carlson*, Revue internationale de droit pénal 72 (2002), 783 (803).

<sup>30</sup> Gesetz vom 31.12.2003, loi n° 2003-1367.

wundert man sich zunächst über die lahrende Gesetzgebung – insbesondere auf dem Gebiet der Kriegsverbrechen. Diejenigen Staaten, die dem IStGH-Statut beigetreten sind und das eigene Recht an den völkerrechtlichen Vertrag anpassen, haben sich unterschiedlicher rechtlicher Mechanismen bedient.<sup>31</sup> Die vom common law geprägten Staaten wählten größtenteils die Technik der Verweisung auf das IStGH-Statut.<sup>32</sup> Im Übrigen wurden verschiedene Lösungswege beschritten. Ein Großteil der Vertragsstaaten behandelt die Völkerrechtsverbrechen über einige Spezialnormen, die in das einfache nationale Strafgesetzbuch eingefügt wurden.<sup>33</sup> Demgegenüber ist Deutschland eines der wenigen Länder,<sup>34</sup> welches sich bei der Umsetzung des Statuts für die Schaffung eines gesonderten Gesetzbuches<sup>35</sup> entschieden hat, um diese Spezialmaterie der Völkerrechtsverbrechen in das nationale Rechtssystem aufzunehmen.

Frankreichs Weg folgt der Mehrheit. Die Völkerrechtsverbrechen wurden in den Code Pénal eingestellt. Frankreich hat nun alle drei – derzeit vom IStGH verfolgbar<sup>36</sup> – Kern-

---

<sup>31</sup> Siehe hierzu ausführlich *Kreicker*, in: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 7, 2005, S. 1 (S. 23 ff.).

<sup>32</sup> Genannt werden können hier bspw. Kanada, welches einen dynamischen Verweis auf die Vorschriften des IStGH-Statuts wählte, oder auch England und Wales, die eine statische Verweisteknik nutzen.

<sup>33</sup> So eben Frankreich und z.B. auch Spanien. In den Staaten, in denen eine Umsetzung des IStGH-Statuts nicht erfolgte, können die Völkerrechtsverbrechen sodann nur über die einfachen Strafgesetze erfasst werden, d.h. ohne den völkerrechtlichen Spezifikationen Rechnung zu tragen. Der Begehungszusammenhang, welcher den Verbrechen die internationale Dimension verleiht, bleibt unberücksichtigt.

<sup>34</sup> So wie Deutschland haben z.B. auch die Niederlande ein eigenes „Völkerstrafgesetzbuch“ verabschiedet.

<sup>35</sup> Das VStGB trat am 1.7.2002 in Kraft.

<sup>36</sup> Das Verbrechen der Aggression ist in einem Großteil der Transformationsgesetze noch ausgenommen. Dies beruht nicht zuletzt auf dem Umstand, dass die Gerichtsbarkeit des IStGH in Bezug auf diese Verbrechenskategorie bislang beschränkt war. Die Kompetenz des Gerichtshofes bezog sich laut Art. 5 Abs. 1 des IStGH-Statuts – neben dem Verbrechen des Völkermordes, den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Kriegsverbrechen – auch auf das Verbrechen der Aggression. Gemäß Abs. 2 dieses Artikels indes ist die Gerichtsbarkeit bis zur Abfassung einer Verbrechensdefinition aufschiebend bedingt. Lange Zeit ließ sich kein Kompromiss auf eine konkrete Verbrechensdefinition finden. Dieser langersehnte Kompromiss wurde nun kürzlich auf der Review Conference in Kampala (Uganda) im Mai/Juni 2010 geschlossen. Mit der Einigung durch die Staatenversammlung auf eine verbindliche Definition (künftig Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut) ist der Prozess allerdings noch lange nicht abgeschlossen. Vielmehr kann der IStGH seine Gerichtsbarkeit frühestens ab dem 1.1.2017 ausüben, u.a. bedingt von der Ratifikation von mindestens 30 Vertragsstaaten; näher hierzu *Ambos*, ZIS 2010, 649.

verbrechen bzw. Kernverbrechensgruppen, also Völkermord (Art. 6 IStGH-Statut), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 IStGH-Statut) und Kriegsverbrechen (Art. 8 IStGH-Statut), in das nationale Recht transformiert. Das Verbrechen des Völkermordes (Artt. 211-1, 211-2) und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Artt. 212-1, 212-2) wurden in das zweite Buch des Code Pénal eingeordnet und stehen somit im Abschnitt der Straftaten gegen Personen und dem Unterabschnitt der Verbrechen gegen die Menschlichkeit.<sup>37</sup> Etwas weiter abseits und somit nicht im Zusammenhang mit den beiden zuvor genannten Verbrechenskategorien sind nun die Kriegsverbrechen im Code Pénal normiert. Diese sind im vierten Buch verortet. Ein zusammenhängender Abschnitt, welcher systematisch abschließend alle Regelungen zu den Völkerrechtsverbrechen trifft, existiert nicht.

### 1. Die Verbrechenstatbestände

Die Kriegsverbrechen sind nun im Livre IV<sup>bis</sup> des Code Pénal geregelt. 42 neue Artikel wurden für diesen Abschnitt formuliert. Insgesamt ist die Materie etwas systematischer geordnet worden als im IStGH-Statut. Im Aufbau erscheinen zunächst diejenigen Kriegsverbrechen, welche sowohl im Rahmen von internationalen als auch nicht-internationalen bewaffneten Konflikten unter Strafe gestellt sind (Artt. 461-2 bis 461-18 Code Pénal). Sodann folgen die Tatbestände, die allein auf internationale bewaffnete Konflikte beschränkt sind (Artt. 461-19 bis 461-29 Code Pénal), und abschließend finden sich spezielle Tatbestandsbeschreibungen für Verhalten in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten (Artt. 461-30 bis 461-31 Code Pénal).<sup>38</sup> Die jeweiligen Abschnitte untergliedern sich weitergehend nach den verletzten Rechtsgütern sowie den verbotenen Kriegsmitteln und -methoden.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Der Völkermord wird somit unter die Verbrechenskategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit subsumiert.

<sup>38</sup> Sogenannter „two-box-approach“. Ausführlich zu diesem Thema *Stewart*, *International Review of the Red Cross* 85 (2003), 313.

<sup>39</sup> Insofern erreicht der französische Gesetzgeber ein Mehr an Klarheit gegenüber dem IStGH-Statut, welches kein an den verschiedenen Angriffsrichtungen orientiertes Ordnungsprinzip zugrunde legt. Dennoch hinkt das französische Recht – ebenso wie das IStGH-Statut – dem Völkergewohnheitsrecht hinterher, indem es verbotene Kampfmittel und -methoden überwiegend nur im Anwendungsbereich der internationalen bewaffneten Konflikte unter Strafe stellt. Im Rahmen von nicht-internationalen bewaffneten Konflikten ist nach dem Code Pénal und dem IStGH-Statut bspw. keine Sanktionierung für verbotenen Waffeneinsatz vorgesehen. Z.B. die Verwendung vergifteter Waffen oder sog. Dum-Dum-Geschosse, die im internationalen bewaffneten Konflikt über Art. 461-23 Code Pénal und im IStGH-Statut über Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xvii bis xx pönalisiert sind, wurden im nicht-internationalen Konflikt nicht als Straftat normiert. Das deutsche VStGB hingegen nimmt eine weitestgehende Annäherung dieser beiden Konfliktarten vor. Insofern wird vom deutschen Gesetzgeber die voranschreitende völkergewohnheitsrechtliche Assimilierung mitgetragen, deren Anstoß

Auffällig ist, dass die einzelnen Delikte nicht durchgängig als Verbrechen, sondern zum Teil auch als Vergehen eingestuft werden.<sup>40</sup> Diese aus den nationalen Strafgesetzbüchern bekannte, der Abstufung der Schwere der Straftaten dienende Kategorisierung wird in der französischen Literatur bereits kritisch betrachtet.<sup>41</sup> Schließlich gehören Kriegsverbrechen, wie sie im IStGH-Statut niedergelegt sind, per se schon den schwersten internationalen Verbrechen an. Es bleibt dem französischen Gesetzgeber freilich unbenommen, einzelne neue Tathandlungen in das nationale Recht als Kriegsverbrechen mit aufzunehmen und diese als Vergehen zu gewichten – mithin also das Spektrum an pönalisierten Kriegsverbrechen auf nationaler Ebene zu erweitern.<sup>42</sup> Jedoch nimmt sich die Gesetzesnovelle auch Tatvarianten an, welche etablierte Kriegsverbrechen des IStGH-Statuts darstellen und kategorisiert diese als bloße Vergehen.<sup>43</sup>

Kritik am Vorgehen des französischen Gesetzgebers äußert die französische Literatur<sup>44</sup> auch an anderer Stelle: So wurde z.B. der Tatbestand der sexuellen Sklaverei aus Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxii IStGH-Statut gar nicht in das französische Strafgesetzbuch übernommen. Gleiches gilt beim Aufgreifen des Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xx IStGH-Statut. Hier wurde bei der Transformation der verbotenen Kriegsmittel und -methoden in Art. 461-23 Abs. 4 Code Pénal<sup>45</sup> die

insbesondere die Tadić-Entscheidung des Jugoslawienstrafgerichtshofs (ICTY [Appeals Chamber], Beschl. v. 2.10.1995 – IT-94-1-A) brachte, vgl. *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, S. 394 f. Rn. 941 f.

<sup>40</sup> Vgl. Titel des Livre IV bis. Die Klassifizierung nach Verbrechen und Vergehen (sowie Ordnungswidrigkeiten) ist in Art. 111-1 Code Pénal angelegt. Für Verbrechen („crimes“) werden peines criminelles verhängt, bspw. Freiheitsstrafen („la réclusion“), indes finden auf Vergehen („délits“) peines correctionnelles Anwendung, was jedoch auch eine Gefängnisstrafe („l'emprisonnement“) von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zum Gegenstand haben kann. Der Einheitlichkeit halber wird in der Folgedarstellung an der Bezeichnung des IStGH-Statuts als „Kriegsverbrechen“ festgehalten.

<sup>41</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (55).

<sup>42</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (55).

<sup>43</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (56). Hier ist bspw. das Kriegsverbrechen der rechtswidrigen Gefangenhaltung (Art. 461-6 i.V.m. Art. 432-4 Code Pénal) zu nennen. Durch den Verweis auf Art. 462-1 Code Pénal wird die Freiheitsstrafe von sieben Jahren (für eine „einfache Gefangenhaltung“) auf zehn Jahre im Kriegskontext angehoben. Da es sich um eine peine correctionnelle handelt, wird diese Straftat lediglich als Vergehen klassifiziert.

<sup>44</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (56).

<sup>45</sup> Art. 461-23 Abs. 4 Code Pénal: Est puni de la réclusion criminelle à perpétuité le fait:

„[...] D'employer des armes, des projectiles, des matériels ou des méthodes de combat ayant fait l'objet d'une interdiction

wünschenswerte Klarstellung unterlassen, welche Wirkung diesen Waffen zukommen muss. Dass diese Waffen geeignet sein müssen, überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden zu verursachen, wird im Gesetzeswortlaut des Art. 461-23 Abs. 4 Code Pénal nicht angesprochen.

## 2. Strafrahmen

Die Strafandrohung im neu eingefügten Abschnitt zu den Kriegsverbrechen könnte für den deutschen Juristen zunächst etwas befremdlich wirken. Hier werden nur einige Tatbestände explizit mit eigenen Strafrahmen<sup>46</sup> versehen. Andere wiederum verweisen auf die zugrundeliegenden Verhaltensweisen nach „einfachem Strafrecht“, deren Höchststrafen dann aber über Art. 462-1 Code Pénal – entsprechend der stärkeren Gewichtung dieser Verbrechen im Kriegskontext – angehoben werden. Im Einzelnen liegt die (Höchst-)Strafandrohung überwiegend bei einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren<sup>47</sup> oder lebenslanglich.<sup>48</sup>

## 3. Ausschlussgründe der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

### a) Handeln auf Befehl

Im Code Pénal findet sich nun auch eine spezielle Vorschrift zu dem Straffreistellungsgrund des Handelns auf Befehl im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen. Art. 462-8 Code Pénal<sup>49</sup> stellt zunächst einmal klar, dass die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Täter das Verbrechen auf Grund einer verbindli-

---

générale et ayant été inscrits dans une annexe au statut de la Cour pénale internationale acceptée par la France.“

<sup>46</sup> Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das französische Strafrecht seit der Einführung des Nouveau Code Pénal 1994 keine Mindeststrafen mehr kennt, sondern nur noch Höchststrafen fixiert sind, Müller, Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich, 2003, S. 20. Insofern ist fraglich, inwieweit überhaupt von einem Strafrahmen im französischen Strafrecht gesprochen werden kann.

<sup>47</sup> 20 Jahre Freiheitsstrafe sind überwiegend für den Einsatz verbotener Kriegsmittel und -methoden vorgesehen.

<sup>48</sup> In drei speziellen Fällen liegt die Strafandrohung aber deutlich darunter. Dabei handelt es sich um die rechtswidrige Gefangenhaltung nach Art. 461-6 Code Pénal, Diebstahl, Erpressung, Sachbeschädigung und Hehlerei nach Art. 461-16 sowie der Versuch dieser Tathandlungen nach Art. 461-17 Code Pénal. Die Straffestsetzung liegt hier unter Anwendung des Art. 462-1 Code Pénal zwischen sechs und zehn Jahren.

<sup>49</sup> Art. 462-8: „L'auteur ou le complice d'un crime ou d'un délit de guerre visé par le présent livre ne peut être exonéré de sa responsabilité pénale du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant.

En outre, l'auteur ou le complice n'est pas pénalement responsable dans le cas où il ne savait pas que l'ordre de l'autorité légitime était illégal et où cet ordre n'était pas manifestement illégal.“

chen Rechtsvorschrift oder eines bindenden Befehls ausführte. Erst im zweiten Absatz wird auf den subjektiven Umstand des Täters abgestellt und eine Straffreistellung dann für möglich erklärt, wenn der Täter nicht wusste, dass der Befehl rechtswidrig war und die Rechtswidrigkeit dieses Befehls auch nicht offensichtlich zu Tage trat. Diese Normierung entspricht inhaltlich derjenigen in Art. 33 Abs. 1 IStGH-Statut. Die anderen Kernverbrechen, also Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, bleiben von dieser Regelung unberührt. Eine Normierung, welche dem Handeln auf Befehl im Rahmen der Begehung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit rechtliche Relevanz einräumt, besteht im Französischen Strafgesetzbuch nicht. Art. 213-4 Code Pénal stellt vielmehr klar, dass ein Handeln auf Befehl nicht zur Straffreistellung für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit führen kann.<sup>50</sup> Inhaltlich deckt sich diese Differenzierung mit Art. 33 Abs. 2 IStGH-Statut.

### b) Notwehr

Auch der Straffreistellungsgrund der Notwehr hat in dem Abschnitt der Kriegsverbrechen eine neue Ausprägung erfahren. Art. 462-9 Code Pénal<sup>51</sup> regelt einen Spezialfall der Sachverteidigung. Diese steht unter bestimmten Umständen auch dem Täter eines Kriegsverbrechens zu. Wird durch den Angreifer eine lebensnotwendige Sache oder eine Sache, die für die Ausführung eines militärischen Einsatzes unverzichtbar ist, unmittelbar rechtswidrig bedroht, so kann der Notwehrrübende auch die Begehung eines Kriegsverbrechens zur Abwehr nutzen. Insofern erweitert Art. 462-9 Code Pénal die Regelung in Art. 122-5 des allgemeinen Teils des Code Pénal. Dieser Art. 122-5 Code Pénal lässt in seinem zweiten Absatz<sup>52</sup> zwar auch Notwehrhandlungen zu, welche allein der Verteidigung von Sachgütern dienen. Jedoch schließt hier die allgemeine Notwehrregelung die vorsätzliche Tötung eines Menschen im Zusammenhang des Sachgüterschutzes explizit aus. Eine solche Eingrenzung findet sich im neuen Art. 462-9 Code Pénal nicht. Die neue Notwehrvorschrift erregt in Frankreich aber auch in systematischer Hinsicht Aufsehen.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> In Satz 2 des Art. 213-4 Code Pénal wird jedoch die Berücksichtigung des Umstandes, auf verbindlichen Befehl hin gehandelt zu haben, für das Strafgericht zwingend vorgeschrieben.

<sup>51</sup> Art. 462-9: „N'est pas pénalement responsable d'un crime ou d'un délit de guerre visé par le présent livre la personne qui a agi raisonnablement pour sauvegarder des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire contre un recours imminent et illicite à la force, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité du danger couru.“

<sup>52</sup> Art. 122-5: „N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.“

<sup>53</sup> *Aktypis*, *Droits fondamentaux* 7 (2008/2009), 1 (21).

Die Norm nimmt allein die Verteidigung von Sachen in den Blick. Auf die – an sich näher liegende – Abwehr von Angriffen auf Personen wird nicht eingegangen. Insofern könnten nun Zweifel in Anbetracht des *lex specialis derogat legi generali*-Grundsatzes aufkommen. Ob der Gesetzgeber aber wirklich eine Spezialregelung für Kriegsverbrechen schaffen wollte, welche die Anwendung der allgemeinen Notwehrvorschriften ausschließt, ist sehr fraglich. Dies bedeutete letztlich im Rahmen von Kriegsverbrechen, Notwehrhandlungen zur Sachverteidigung zuzulassen, aber zur Verteidigung von Personen zu negieren. Hingegen käme im Anwendungsbereich des „einfachen Strafrechts“ eine Rechtfertigung für Notwehrhandlungen zur Abwehr von Personenangriffen und Sachangriffen<sup>54</sup> in Betracht. Ob dies der Intention des Gesetzgebers entspricht, ist überaus zweifelhaft. Deutlich plausibler erscheint es, den Anwendungsbereich der generellen Notwehrvorschrift auch im Kriegskontext zu eröffnen. Lediglich hinsichtlich der Verteidigung von Sachgütern würde diese dann durch Art. 462-9 Code Pénal als *lex specialis* überlagert. Demgemäß würde die Spezialnorm die Generalnorm nur insoweit überlagern, wie auch ihr Regelungsgehalt reicht – und zwar nur bezogen auf Notwehrhandlungen zum Sachgüterschutz. Bemerkenswert an der neuen Regelungsmaterie der „*légitime défense*“ im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen ist ferner die Ausnahmeregel in Art. 462-11 Code Pénal<sup>55</sup>. Hiernach stellt es kein strafbares Kriegsverbrechen dar, wenn eine solche grundsätzlich inkriminierte Handlung notwendigerweise im Rahmen der rechtmäßigen Verteidigung Frankreichs ausgeführt wird. Der Gebrauch von Nuklearwaffen<sup>56</sup> oder jegliche andere Waffengewalt im Zusammenhang mit dem Verteidigungsfall bleibt straflos, solange diese Waffen nicht durch für Frankreich verbindliche völkerrechtliche Konventionen verboten sind.<sup>57</sup> Im Völkerrecht ist

<sup>54</sup> Art. 122-5 Abs. 2 Code Pénal – jedoch unter Ausschluss von vorsätzlichen Tötungen zur Sachverteidigung.

<sup>55</sup> Art. 462-11: „N'est pas constitutif d'une infraction visée par le présent livre le fait, pour accomplir un acte nécessaire à l'exercice par la France de son droit de légitime défense, d'user de l'arme nucléaire ou de toute autre arme dont l'utilisation n'est pas prohibée par une convention internationale à laquelle la France est partie.“

<sup>56</sup> In Anbetracht der Proteste der Nuklearmächte ist es auch nicht gelungen, ein ausdrückliches Verbot des Nuklearwaffeneinsatzes durch dessen Inkriminierung in das IStGH-Statut zu integrieren. Der Einsatz von Nuklearwaffen wird allerdings zumeist unter das Verbot unterschiedslos wirkender Waffen zu fassen sein können (Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xx IStGH-Statut), vgl. *Werle* (Fn. 39), S. 504 Rn. 1242

<sup>57</sup> Diese Klarstellung steht im Einklang mit der Erklärung (Déclaration interprétative de la France), die Frankreich mit der Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde zum IStGH-Statut abgegeben hat: „Les dispositions de l'article 8 du Statut, en particulier celles du paragraphe 2 p), concernent exclusivement les armements, classiques et ne sauraient ni réglementer ni interdire l'emploi éventuel de l'arme nucléaire ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la

das Selbstverteidigungsrecht von Staaten<sup>58</sup> seit langem anerkannt und in Art. 51 UN-Charta kodifiziert. Indes führt diese staatenrechtliche Erlaubnisregelung nicht ohne weiteres zu einer strafrechtlichen Freizeichnung des Einzelnen.<sup>59</sup> Diese beiden Materien sind streng auseinanderzuhalten.<sup>60</sup> Die französische Regelung in Art. 462-11 Code Pénal scheint dies jedoch zu vermengen; die Teilnahme an einem staatlichen Verteidigungseinsatz mag scheinbar auch die Begehung von Kriegsverbrechen eines einzelnen Täters rechtfertigen zu können. Der angestrebte Einklang des französischen Strafrechts mit dem IStGH-Statut wäre in dieser Hinsicht nicht bewältigt. Denn im IStGH-Statut wird diese Verknüpfung von Staatsschutz und Strafrecht nicht vorgenommen. Im Gegenteil verdeutlicht Satz 2 von Art. 31 Abs. 1 lit. c IStGH-Statut gerade, dass ein Automatismus von strafrechtlicher Freistellung im Falle der staatlichen Selbstverteidigung keinesfalls besteht,<sup>61</sup> wenn es dort heißt, dass „die Teilnahme an einem von Truppen durchgeführten Verteidigungseinsatz [...] für sich genommen keinen Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach diesem Buchstaben [Art. 31 Abs. 1 lit. c Notwehr]“ darstellt. In der französischen Literatur<sup>62</sup> heißt es nun, Art. 462-11 Code Pénal solle „lediglich“ vorbeugend den gegenteiligen Automatismus ausschließen – nämlich, dass jeder Gebrauch einer Nuklearwaffe oder einer nicht verbotenen anderen Waffe unweigerlich mit Kriegsverbrechen in Verbindung gebracht werde. Juristische Klarheit über diese Norm wird wohl erst erreicht werden, wenn sich tatsächlich einmal die Gerichte mit ihr auseinandersetzen haben.

#### 4. Verjährung

Wie schon Jahrzehnte zuvor<sup>63</sup> unterliegen auch die nun in den Code Pénal eingefügten Kriegsverbrechen nach Art. 462-10 der Verjährung. Hiernach tritt diese für Verbrechen im Krieg nach 30 Jahren, für Vergehen im Kriegskontext sogar bereits nach 20 Jahren ein.<sup>64</sup> Demgegenüber befindet sich im Ab-

France de son droit naturel de légitime défense, à moins que l'arme nucléaire où ces autres armes ne fassent l'objet dans l'avenir d'une interdiction générale et ne soient inscrites dans une annexe, au Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123.“

<sup>58</sup> Hierzu *Bothe*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010, S. 655.

<sup>59</sup> *Werle* (Fn. 39), S. 207.

<sup>60</sup> *Werle* (Fn. 39), S. 207; *Ambos*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Bd. 1, 2002, S. 1033, 1034 ff.

<sup>61</sup> *Ambos* (Fn. 60), S. 1034.

<sup>62</sup> *Aktypis*, *Droits fondamentaux* 7 (2008/2009), 1 (22); *Rapports législatifs des Senats* v. 14.5.2008, Art. 7, abrufbar unter <http://www.senat.fr/rap/107-326/107-32610.html> (Stand: Juli 2011).

<sup>63</sup> Dies bezieht sich auf Kriegsverbrechen nach dem Militärgesetzbuch.

<sup>64</sup> Dies fußt allerdings schon darauf, dass die französische Regierung weder die UN-Konvention zur Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Mensch-

schnitt des Code Pénal zu Völkermord und den Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Art. 213-5, welcher eine Verjährung für diese beiden Verbrechenkategorien klar ausschließt. Die französische Rechtslage zu den Kriegsverbrechen entspricht insofern nicht der des IStGH-Statuts.<sup>65</sup> Nach dessen Art. 29 sind alle in die Kompetenz des IStGH fallenden Kernverbrechen einer Verjährung klar entzogen. Beachtlich ist die Entscheidung des Gesetzgebers, auch bei der Neueinführung der Kriegsverbrechen im Jahre 2010 noch an der Verjährung dieser Delikte festzuhalten auch deshalb, weil bereits im Jahre 1999 das französische Verfassungsgericht festgehalten hat, dass das französische Verfassungsrecht einer nationalen Vorschrift zur Unverjährbarkeit derjenigen Verbrechen, welche so schwer wiegen, dass sie die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht entgegensteht.<sup>66</sup>

### 5. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

In strafprozessualer Hinsicht haben gleichermaßen einige notwendige Änderungen stattgefunden. Diese stehen jedoch im Zusammenhang mit allen Kernverbrechen des IStGH-Statuts, ohne auf Kriegsverbrechen beschränkt zu sein.<sup>67</sup> Der neu eingefügte Art. 689-11 Code de Procédure Pénale<sup>68</sup> be-

handelt die Strafkompetenz Frankreichs und ist von besonderer Bedeutung.

handelt die Strafkompetenz Frankreichs und ist von besonderer Bedeutung.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist gemäß Abs. 1 des Art. 689-11 Code de Procédure Pénale nun zu beachten, dass für die Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen durch die französische Justiz der Grundsatz der doppelten Strafbarkeit gilt, d.h. das Täterverhalten muss sowohl nach französischem Recht als auch nach dem Recht des Tatortstaates strafbares Verhalten darstellen oder der Täter muss Staatsangehöriger des Tatortstaates sein, welcher selbst auch Vertragsstaat des IStGH-Statuts ist. Dies könnte die internationale strafrechtliche Zusammenarbeit erschweren. Im Recht der Europäischen Union wurde der Doppelbestrafungsgrundsatz für den Bereich des Auslieferungsrechts bereits durch den Europäischen Haftbefehl für besonders schwere Kriminalität beschränkt. Dessen ungeachtet wählt Frankreich nun in Bezug auf die nationale Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen des IStGH-Statuts diesen strengen Weg. Selbst wenn also der Täter seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Frankreich haben sollte, könnte eine Verfolgung des begangenen Völkerrechtsverbrechens in Frankreich dennoch ausgeschlossen sein, wenn der Tatortstaat das IStGH-Statut nicht ratifiziert hat oder die Tathandlung nach dessen Recht nicht strafbar ist.

lichkeit (1968)<sup>64</sup> noch die Europäische Konvention zur Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1974)<sup>64</sup> ratifiziert hat.

<sup>65</sup> Dies kontrastiert auch mit der Gesetzeslage vieler anderer Staaten, welche die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen klar in ihren nationalen Gesetzen normierten, vgl. z.B. Deutschland (§ 5 VStGB), Spanien (Art. 131.4 Spanisches StGB) und Russland (Artt. 78 Abs. 5, 83 Abs. 4 Russisches StGB).

<sup>66</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-408 DC, Recueil, Journal officiel 24.1.1999, S. 1317: „Considérant qu'aux termes de l'article 29 du statut: ‚Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas‘; qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale.“ Online abzurufen unter: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html> (Stand: Juli 2011).

<sup>67</sup> Eingehende Kritik an diesem wurde insbesondere durch die Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme in ihrer Stellungnahme „Avis sur la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour Pénale Internationale“ (S. 3 f.) geäußert, abrufbar unter: [http://www.cfcpf.fr/IMG/pdf\\_Avis\\_de\\_la\\_CNCDH.pdf](http://www.cfcpf.fr/IMG/pdf_Avis_de_la_CNCDH.pdf) (Stand: Juli 2011).

<sup>68</sup> Art. 689-11: „Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée.“

Ferner beinhaltet Abs. 1 des Art. 689-11 Code de Procédure Pénale eine Beschränkung der Strafkompetenz in Anbetracht des Aufenthaltsortes eines Täters. Als kompetenzauslösendes Moment ist nicht mehr, wie nach Art. 689-1 Code de Procédure Pénale<sup>69</sup>, der bloße Aufenthalt („se trouve“) auf dem französischen Staatsgebiet maßgebend, sondern vielmehr ist erforderlich, dass der Täter seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort („résidence habituelle“) in Frankreich haben muss. Diese verschärfte Anforderung an das Eingreifen der französischen Justiz wird in der Öffentlichkeit stark kritisiert.<sup>70</sup> Die Kritik stützt sich vornehmlich auf die Befürchtung, auf Grund der erhöhten Anforderungen – eines gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Täters in Frankreich – letztlich

La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition.“

<sup>69</sup> Art. 689-1: „En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable.“

<sup>70</sup> Vgl. Stellungnahme der Coalition française pour la Cour pénale internationale: „Juger enfin en France les auteurs de crimes internationaux“ (S. 3), im Internet abrufbar unter: [http://www.cfcpf.fr/IMG/pdf\\_Juger\\_enfin\\_en\\_France\\_les\\_auteurs\\_de\\_crimes\\_internationaux.pdf](http://www.cfcpf.fr/IMG/pdf_Juger_enfin_en_France_les_auteurs_de_crimes_internationaux.pdf) (Stand: Juli 2011).

gar nicht fähig zu sein, Völkerrechtsverbrecher auf der Grundlage des Weltrechtspflegeprinzips effektiv verfolgen zu können.

Darüber hinaus ist der Abs. 2 Art. 689-11 Code de Procédure Pénale von Bedeutung. Hierdurch wird das Verfahren zur Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen abgeändert. Gemäß Art. 1 Abs. 2 Code de Procédure Pénale ist jede benachteiligte Partei berechtigt, ein strafrechtliches Verfahren einzuleiten. Diese starke Position der Opfer wird nun für Opfer von Völkerrechtsverbrechen durch das neue Gesetz empfindlich geschwächt. Opfer der völkerrechtlichen Kernverbrechen sind von nun an nicht befugt, ein Ermittlungsverfahren in Gang zu bringen. Es liegt in der alleinigen Kompetenz der Staatsanwaltschaft, ob und inwiefern einem Anfangsverdacht nachgegangen wird oder nicht. Fragwürdig erscheint diese neue Regelung, wenn man sich vor Augen führt, dass beispielsweise die Verfolgung internationaler Folterverbrechen weiterhin einem stark viktimologischen Ansatz folgt und durch die betroffenen Opfer vor Gericht getragen werden kann (Art. 689-1 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Code de Procédure Pénale).<sup>71</sup> Insofern wurden gegen die Neuregelung auch verfassungsrechtliche Bedenken ins Feld geführt.<sup>72</sup>

Eine Schwierigkeit für die Durchsetzung des Völkerstrafrechts auf horizontaler – rein nationaler – Ebene bedingt nun die neue Bestimmung in Art. 689-11 Abs. 2 Code de Procédure Pénale hinsichtlich des Komplementaritätsprinzips.<sup>73</sup> Dieses Prinzip ist in Art. 17 IStGH-Statut<sup>74</sup> niedergelegt. Eine Ermittlung durch den IStGH kann hiernach nur nachrangig erfolgen, wenn ein Vertragsstaat selbst entweder nicht willens oder nicht fähig ist, ein Verfahren angesichts begangener Völkerrechtsverbrechen durchzuführen.<sup>75</sup> Konzeptionell

ist der IStGH mithin auf die vorrangige Rechtsdurchsetzung durch die Vertragsstaaten angelegt und auch auf diese angewiesen<sup>76</sup>. Die Französische Republik hat nun eine Norm geschaffen, mit der diese Grundaussage der internationalen Justiz ins Gegenteil verkehrt wird.<sup>77</sup> Hiernach hat sich die Staatsanwaltschaft vor der Einleitung von Ermittlungen vom IStGH versichern zu lassen, dass weder dieser noch andere Staaten vorhaben, ihre Gerichtsbarkeit auszuüben. Dieses Erfordernis gilt auch dann, wenn der Beschuldigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich hat, was Grundvoraussetzung für das Eingreifen der französischen Justiz bezüglich der Kernverbrechen des IStGH-Statuts ist. Diese neu eingefügte Norm laufe somit dem Konzept des IStGH entgegen.<sup>78</sup> Inwiefern dies tatsächlich Auswirkungen für die internationale Strafjustiz zeitigt, bleibt abzuwarten.

#### IV. Zusammenfassung

Das Verhältnis Frankreichs in Bezug auf die rechtliche Normierung von Kriegsverbrechen mutet noch immer etwas zurückhaltend an. Die Neuregelungen von 2010 haben zwar beachtliche Änderungen mit sich gebracht – insbesondere in Bezug auf das materielle Strafrecht – nichtsdestotrotz ist der französische Gesetzgeber aber auf halber Strecke stehen geblieben. Er hat sich – ob absichtlich oder unbeabsichtigt, das muss hier dahinstehen – nicht für eine vollständige, eine dem IStGH-Statut in jeder Hinsicht Rechnung tragende Umsetzung entschieden. Doch bereits die begrenzte Anpassung des französischen materiellen Strafrechts an das IStGH-Statut ist letztendlich begrüßenswert und kann für das Völkerstrafrecht einen beachtlichen Mehrwert erbringen.

---

<sup>71</sup> *Aktypis*, *Droits fondamentaux* 7 (2008/2009), 1 (27).

<sup>72</sup> Vgl. Stellungnahme der Coalition française pour la Cour pénale internationale: „Juger enfin en France les auteurs de crimes internationaux“ (S. 5), im Internet abrufbar unter: [http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf/Juger\\_enfin\\_en\\_France\\_les\\_auteurs\\_de\\_crimes\\_internationaux.pdf](http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf/Juger_enfin_en_France_les_auteurs_de_crimes_internationaux.pdf) (Stand: Juli 2011).

<sup>73</sup> Hierzu ausführlich: *Holmes*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Fn. 60), S. 671 ff.

<sup>74</sup> Art. 17 IStGH-Statut: „(1) Im Hinblick auf Absatz 10 der Präambel und Artikel 1 entscheidet der Gerichtshof, dass eine Sache nicht zulässig ist, wenn

a) in der Sache von einem Staat, der Gerichtsbarkeit darüber hat, Ermittlungen oder eine Strafverfolgung durchgeführt werden, es sei denn, der Staat ist nicht willens oder nicht in der Lage, die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen;

b) in der Sache von einem Staat, der Gerichtsbarkeit darüber hat, Ermittlungen durchgeführt worden sind und der Staat entschieden hat, die betreffende Person nicht strafrechtlich zu verfolgen, es sei denn, die Entscheidung war das Ergebnis des mangelnden Willens oder des Unvermögens des Staates, eine Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen [...]“

<sup>75</sup> Das Komplementaritätsprinzip stellt insofern einen neuartigen Kooperationsmechanismus dar, beruhen doch die ad-hoc-Gerichtshöfe, JStGH und RStGH, auf dem Prinzip der vorrangigen Gerichtsbarkeit dieser Internationalen Tribunale.

---

<sup>76</sup> *Werle* (Fn. 39), S. 96, 97 Rn. 227, 228

<sup>77</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (54). Völkerrechtspolitisch können für eine solche Regelung jedoch auch gute Gründe hervorgebracht werden, vgl. die Diskussion zur doppelten Subsidiarität des Weltrechtspflegegrundsatzes nach deutschem Recht bei *Kreß*, *ZIS* 2007, 515.

<sup>78</sup> *Xavier/Desmarest*, *Revue française de droit constitutionnel* 81 (2010), 41 (54).

# Verfahrensende und kein Urteil in Sicht

## Das Beschleunigungsgebot in der Praxis internationaler Strafgerichte

Von Rechtsreferendarin **Elisa Hoven**, Berlin

### I. Einführung

„With respect to the delivery of the Trial Judgement, the Appeals Chamber notes that it was delivered one and a half years after the close of trial. In the context of this case, such a delay is concerning.“<sup>1</sup>

In ihrer Entscheidung vom 1. April dieses Jahres übte die *Berufungskammer* des ICTR erstmals deutliche Kritik an der Dauer einer Urteilsfindung durch das Gericht. Nach Abschluss des Hauptverfahrens im Fall Renzaho am 15.2.2008 hatte die *Kammer* fast eineinhalb Jahre bis zur Verkündung ihres Urteils verstreichen lassen. Die lange Zeitspanne zwischen Abschluss der Verhandlungen und Bekanntgabe des Schuldspruchs stellt am ICTR indes keine Ausnahme da. Auch im Fall Bizimungu et al. warten die Angeklagten seit dem Ende der „Oral hearings“ am 5.12.2008 auf ihr Urteil.<sup>2</sup> Nach Aussage des Gerichtspräsidenten Khalida Rachid Khan vor dem UN-Sicherheitsrat soll es nunmehr im August 2011 verkündet werden.<sup>3</sup>

Die Praxis am ICTR gibt Grund zur Sorge um die Gewährleistung des rechtsstaatlichen Anspruchs des Angeklagten auf ein zügiges Strafverfahren. Eine Betrachtung der Verfahren vor dem ICTY zeigt, dass auch hier ein zeitnaher Abschluss der Strafprozesse bislang nicht realisiert werden konnte. Bis ins Jahr 2004 vergingen vom Zeitpunkt der Vorführung des Beschuldigten bis zu seiner Verurteilung im erstinstanzlichen Verfahren durchschnittlich 37 Monate.<sup>4</sup>

Wenngleich der Ton der *Berufungskammer* am ICTR kritischer geworden ist – eine Rechtsverletzung hat sie bislang nicht feststellen wollen. Die Zurückhaltung der Gerichte in der Beurteilung von Verfahrensverzögerungen soll Anlass für eine grundlegende Betrachtung von Voraussetzungen und Zielen des Beschleunigungsgebotes im völkerstrafrechtlichen Verfahren geben. Besondere Aufmerksamkeit wird hierbei der Argumentation der *Kammern* in den Fällen Renzaho und Bizimungu et al. gewidmet. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Beschleunigungsgebotes für die Durchsetzung eines fairen Verfahrens sollen die Grenzen legitimer Prozessdauer diskutiert werden.

### II. Die rechtlichen Grundlagen des Beschleunigungsgebots

Internationale Menschenrechtsverträge geben dem Angeklagten einen Anspruch auf zügige Durchführung seines Strafverfahrens. In Art. 14 Abs. 3 lit. c IPbPR heißt es:

„In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: [...] (c) To be tried without undue delay.“

Art. 6 Abs. 1 EMRK weicht in seinem Wortlaut von der Bestimmung des IPbPR ab und normiert den Beschleunigungsgrundsatz als allgemeines Merkmal einer fairen Verfahrensgestaltung:

„In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time.“

Die Unterschiede in der Formulierung des Prozessrechts wirken sich jedoch nicht auf die Reichweite des materiellen Schutzverständnisses aus. Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. c IPbPR normieren keine absoluten zeitlichen Grenzen, sondern bestimmen die Wahrung einer angemessenen Verfahrensdauer in Abhängigkeit von den konkreten Umständen des Strafprozesses.<sup>5</sup> Art. 9 Abs. 3 IPbPR sowie Art. 5 Abs. 3 EMRK erfassen ferner eine Ausprägung des Beschleunigungsgrundsatzes für die Untersuchungshaft.

Das Gebot der Beschleunigung wird in den Statuten der internationalen Strafgerichte auf zwei Ebenen verwirklicht. Eine individualrechtliche Ausgestaltung nach dem Vorbild völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge findet sich in den Beschuldigtenrechten der Prozessordnungen. Art. 67 Abs. 1 lit. c ICC-Statut, Art. 21 Abs. 4 lit. c ICTY-Statut und Art. 20 Abs. 4 lit. c ICTR-Statut übernehmen wortgleich den Verfahrensanspruch aus Art. 14 Abs. 3 lit. c IPbPR. Eine weitere Bedeutung erlangt die Gewährleistung eines beschleunigten Verfahrens als allgemeine Zielvorgabe der gerichtlichen Prozessordnung. Im Rahmen des Hauptverfahrens wird der *Kammer* die Verantwortung für die Garantie eines „fairen und zügigen“ Prozessverlaufs übertragen. Art. 64 Abs. 2 ICC-Statut, Art. 20 Abs. 1 ICTY-Statut und Art. 19 Abs. 1 ICTR-Statut verbürgen einheitlich den Auftrag an das Gericht zur aktiven Umsetzung des Beschleunigungsgebots:

„Art. 19 Abs. 1 ICTR-Statute: The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious [...].“

Die zweifache Verankerung führt zur Frage nach der Schutzrichtung und dogmatischen Einordnung des Prinzips. Die Bestimmung der Rechtsnatur ist Voraussetzung für die Anwendung des Verfahrensgebotes als Grundlage und Grenze individueller Prozessansprüche.

<sup>1</sup> ICTR (Appeals Judgement), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-97-31-A (Prosecutor v. Renzaho), Rn. 241.

<sup>2</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.).

<sup>3</sup> <http://www.hirondelleneews.com/content/view/14448/1208/> (zuletzt besucht am 24.6.2011).

<sup>4</sup> *Bachmann*, in: Daxner/Jordan (Hrsg.), Bilanz Balkan, 2005, S. 224 (S. 230).

<sup>5</sup> EGMR, Urt. v. 23.9.2004 – 47877/99 (Rachevi v. Bulgarien).

### III. Die Rechtsnatur des Beschleunigungsgebotes

Die normative Ausgestaltung des Beschleunigungsgrundsatzes in den Statuten der Gerichte reflektiert die verschiedenen Gewährleistungen des Prinzips. Die Verwirklichung eines zügigen Verfahrens ist seiner Rechtsnatur nach nicht nur subjektiver Anspruch, sondern zugleich objektive Prozessmaxime.<sup>6</sup> Die Forderung nach einem zügigen Verfahren begründet zunächst einen individuellen Anspruch des Angeklagten. Darüber hinaus dient der Rückgriff auf das Beschleunigungsgebot der Durchsetzung allgemeiner Verfahrensziele des internationalen Strafprozesses.

#### 1. Der individualrechtliche Gehalt des Beschleunigungsgebotes

Ausgehend von den Verfahrensrechten in EMRK und IPbPr enthält der Grundsatz der Beschleunigung zunächst eine individuelle Garantie im Interesse des Angeklagten.<sup>7</sup> Die Forderung nach einer zügigen Verhandlung muss vor dem Hintergrund der Freiheitsrechte des Beschuldigten verstanden werden. Streitet die Unschuldsumutung bis zum Abschluss des Verfahrens für den Angeklagten, darf er den Belastungen des Strafprozesses nur im Rahmen zwingender Notwendigkeit ausgesetzt werden.<sup>8</sup> Die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens sowie die Unterwerfung unter Zwangsmaßnahmen stellen erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Beschuldigten dar. Dies gilt in besonderem Maße bei Anordnung von Untersuchungshaft, die als Regelfall völkerrechtlicher Praxis eine fortwährende Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit des Angeklagten begründet.<sup>9</sup> Angesichts der Auswirkungen prozessualer Verzögerungen auf den inhaftierten Angeklagten erscheint eine mehr als elf Jahre andauernde Untersuchungshaft wie im Falle des am ICTR Angeklagten Mugiraneza rechtsstaatlich bedenklich.

#### 2. Der objektivrechtliche Gehalt des Beschleunigungsgebotes

Eine dauerhafte Bereitschaft der Staaten zur Finanzierung der Verfahren beruht praktisch auf einer effektiven Mittelverwendung des Gerichts. Die Unterstützung der Ad-hoc-Tribunale durch die Staatengemeinschaft ist essentielle Grundlage ihrer Arbeit und daher an einen zweckmäßigen Umgang mit den verfügbaren Ressourcen geknüpft.<sup>10</sup> Wenn-

gleich die Kostenfrage eine notwendige Existenzbedingung internationaler Gerichte ist, können Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung nicht vorwiegend durch finanzielle Einsparungen gerechtfertigt werden. Die Verurteilung völkerrechtlicher Verbrechen ist als Voraussetzung von Frieden und Gerechtigkeit wesentliche Aufgabe der Staatengemeinschaft, deren Wahrnehmung nicht maßgeblich von wirtschaftlichen Erwägungen abhängen darf.

Mit der Beschleunigung völkerrechtlicher Verfahren werden jedoch auch wesentliche Ziele internationaler Strafprozesse erreicht.<sup>11</sup> Ein zentrales Anliegen des Völkerstrafrechts ist die Gewährleistung globalen Friedens durch die Prävention und Sanktionierung internationaler Verbrechen.<sup>12</sup> Die Wiederherstellung von Gerechtigkeit durch eine Verurteilung der verantwortlichen Täter ist wichtige Voraussetzung für den nationalen Versöhnungsprozess.<sup>13</sup> Einen Beitrag zur Beendigung von Konflikten in der Region kann das internationale Strafrecht bestmöglich durch eine zeitnahe Aufarbeitung der Gewalttaten leisten. Insbesondere für die Opfer völkerrechtlicher Verbrechen ist eine zügige Ahndung der Taten ein notwendiger Schritt zur individuellen und kollektiven Verarbeitung der Ereignisse.<sup>14</sup> Im Fall Norman betont der SCSL die Bedeutung einer unmittelbaren Reaktion der Vereinten Nationen auf die Begehung internationaler Straftaten:

„If there is no peace without justice, there can be no peace until justice is done, Victims [...] may not achieve personal closure until the process concludes.“<sup>15</sup>

Will die Staatengemeinschaft mit der Einsetzung völkerrechtlicher Tribunale glaubwürdig Stellung für Frieden und Menschenrechte beziehen, muss sie eine direkte Antwort auf das begangene Unrecht geben. Seine generalpräventive Wirkung kann das Völkerstrafrecht nur entfalten, wenn es sich als effektives Instrument internationaler Gerechtigkeit erweist. Verzögerungen der Verfahren können Zweifel an einer Handlungsfähigkeit der internationalen Gemeinschaft begründen und das Vertrauen in die Arbeit der Gerichte schwächen. Da die Legitimität der Prozesse in erheblichem Maße von ihrer öffentlichen Wahrnehmung abhängt,<sup>16</sup> ist eine zü-

<sup>6</sup> Zappalà, Human Rights in International Criminal Proceedings, 2005, S. 124; Kamardi, Die Ausformung einer Prozessordnung sui generis durch das ICTY unter Berücksichtigung des Fair-Trial-Prinzips, 2009, S. 208.

<sup>7</sup> Donatsch, in: Thürer/Weber/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 69 (S. 70).

<sup>8</sup> Donatsch (Fn. 7), S. 72.

<sup>9</sup> Safferling, Towards an International Criminal Procedure, 2007, S. 251.

<sup>10</sup> Die hohen Verfahrenskosten an ICTY und ICTR sind ein wesentlicher Kritikpunkt der Vereinten Nationen am Modell der Ad-hoc-Tribunale, siehe beispielhaft: Grabenwarter/Griller/Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht, 2010, S. 401.

<sup>11</sup> Boas, The Milošević Trial, 2007, S. 13.

<sup>12</sup> Schweisfurth, Völkerrecht, 2006, S. 511.

<sup>13</sup> Jongkind, in: Schmidt/Pickel/Pickel (Hrsg.), Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung?: Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen, 2009, S. 265 (S. 278).

<sup>14</sup> Hess, Die rechtliche Aufarbeitung von Kriegsverbrechen und schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen – eine Analyse aus der Perspektive der Opfer, 2007, S. 180; Schmidt/Pickel/Pickel, in: Schmidt/Pickel/Pickel (Fn. 13), S. 7 (S. 18).

<sup>15</sup> SCSL, Decision on the Application for a Stay of Proceedings and Denial of Right to Appeal v. 4.11.2003 – SCSL-2003-7/8/9-PT (Prosecutor v. Norman et al.), Rn. 8.

<sup>16</sup> Jäger, Das Internationale Tribunal über Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, Anspruch und Wirklichkeit, 2005, S. 174 f.

gige Verfahrensführung Bedingung für eine breite Akzeptanz der Tribunale und ihrer Urteile.

Besonderes Gewicht erlangt vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Prozessgestaltung das Argument der materiellen Wahrheitsfindung. Eine zeitliche Distanz zu den Ereignissen erschwert eine effektive Ermittlungsarbeit und behindert den Zugang zu notwendigem Beweismaterial.<sup>17</sup> Mit zunehmendem Zeitablauf verringert sich das Erinnerungsvermögen der Zeugen und entkräftet die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen.<sup>18</sup>

Der Grundsatz des zügigen Verfahrens ist individueller Anspruch des Angeklagten und zugleich Ausdruck objektiver Prozessgerechtigkeit. Die Gewährleistung eines zügigen Prozesses ist Grundlage für die Glaubwürdigkeit und Effektivität des Völkerstrafrechts. Diese „Doppelnatur“<sup>19</sup> des Prinzips bedingt ein zweiseitiges Verhältnis der Beschleunigungsmaxime zur Rechtsposition des Beschuldigten. Die Erfahrungen am ICTY zeigen nicht zuletzt die Gefahr einer Behinderung der Justiz und Verschleppung der Prozesse durch den Beschuldigten.<sup>20</sup> Wenngleich das Gebot der Prozessbeschleunigung wesentlich seinen Interessen Rechnung tragen soll, steht eine zeitnahe Verfahrensbeendigung nicht zur Disposition des Angeklagten.<sup>21</sup> Der Grundsatz der effektiven Verfahrensführung muss sich auch dann bewähren, wenn die Verteidigung einen zügigen Abschluss der Verhandlungen zu vereiteln sucht.

### 3. Die Grenzen des Beschleunigungsgebotes – Grundsätze der Abwägung

Die Durchsetzung eines zügigen Verfahrens ist im Interesse eines fairen und nachhaltigen Strafprozesses geboten. Gleichwohl müssen Maßnahmen zur Prozessbeschleunigung sorgsam mit der Verantwortung völkerstrafrechtlicher Tribunale für die Wahrung von Gerechtigkeit und Menschenrechten abgewogen werden.

Im Fall Kovacevic hatte der ICTY über einen Antrag der Staatsanwaltschaft auf nachträgliche Erweiterung der Anklage um vierzehn zusätzliche Punkte zu entscheiden.<sup>22</sup> Die Hauptverfahrenskammer lehnte das Gesuch nach Regel 50 und 73(A) ICTY-RPE aufgrund des entstehenden Mehraufwandes in der Beweisaufnahme ab. Durch die Ergänzung der Anklageschrift zu einem fortgeschrittenen Zeitpunkt des Verfahrens sah das Gericht den Anspruch des Beschuldigten auf eine zügige Prozessführung beeinträchtigt.<sup>23</sup> In der Beru-

fung verwarfen die Richter den Beschluss der *Kammer*.<sup>24</sup> Angesichts der Komplexität von Sach- und Rechtslage könne die zu erwartende Verzögerung des Verfahrens um weitere sieben Monate nicht als unangemessen bewertet werden.<sup>25</sup> Der Sachverhalt in Kovacevic weist auf die notwendigen Grenzen des Beschleunigungsgebotes hin. Eine erschöpfende Verhandlung der Anklagepunkte ist wesentliche Voraussetzung für die Ermittlung der historischen Tatsachen und eine umfassende Aufarbeitung im Interesse der Opfer. Die Durchsetzung eines zügigen Verfahrens darf der Verantwortung des Strafprozesses für eine gerechte und umfassende Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen nicht entgegenstehen.<sup>26</sup> Der Schutz einer materiellen Wahrheitsfindung ist als widerstreitende Verfahrensprämisse mit dem Recht des Angeklagten auf ein zügiges Verfahren in Abwägung zu bringen.

Als weitere Grenze des Beschleunigungsgebotes ist ferner das Spannungsfeld zu den Verteidigungsrechten des Angeklagten zu beachten.<sup>27</sup> Dem Angeklagten steht nach den Verfahrensgarantien der Statuten das Recht auf „hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung“ zu.<sup>28</sup> *Zappalà* beschreibt die Prozessrechte des Beschuldigten als Schranke der Verfahrensbeschleunigung und lehnt eine Rechtfertigung gerichtlicher Eingriffe auf Grundlage des Prinzips ab:

„The desire to ensure speedy trials can under no circumstances be taken as a justification for reducing the rights of the defendants.“<sup>29</sup>

Die Aussage *Zappalà*s geht, wird sie grundsätzlich verstanden, zu weit. Es ist ihm darin beizupflichten, dass die Durchführung eines zügigen Verfahrens eine generelle Beschränkung anerkannter Beschuldigtenrechte nicht zu rechtfertigen vermag. Für den jeweiligen Einzelfall kann die Absolutheit eines Eingriffsverbots jedoch nicht gelten. Vielmehr muss in Normierung und Praxis des internationalen Strafverfahrensrechts ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Verteidigungsrechten und dem Beschleunigungsgebot angestrebt werden.<sup>30</sup> Einigkeit sollte hierbei in der Überzeugung bestehen, dass das Bedürfnis nach einem zügigen Urteilsspruch die Zwecke des völkerstrafrechtlichen Verfahrens nicht grundsätzlich in Frage stellen darf. Als rechtsstaatliche Maxime muss das Gebot der Beschleunigung neben die bestehenden

<sup>17</sup> *Donatsch* (Fn. 7), S. 70.

<sup>18</sup> *Von Ungern-Sternberg/Reinaw*, Vergangenheit in mündlicher Überlieferung, 1988, S. 295.

<sup>19</sup> *Boas* (Fn. 11), S. 13 f.

<sup>20</sup> *Boas* (Fn. 11), S. 13.

<sup>21</sup> *Boas* (Fn. 11), S. 13.

<sup>22</sup> ICTY, Decision on Prosecutor's Request to File an Amended Indictment v. 5.3.1998 – IT-97-24 (Prosecutor v. Kovacevic).

<sup>23</sup> Die *Kammer* stütze ihre Entscheidung zudem auf die Tatsache, dass der Ankläger keine hinreichenden Gründe für die verspätete Geltendmachung der Anklagepunkte vorgebracht hätte.

<sup>24</sup> ICTY, Decision Stating Reasons for Appeals Chamber's Order of 29 May 1998 v. 2.7.1998 – IT-97-24-AR73 (Prosecutor v. Kovacevic).

<sup>25</sup> ICTY, Decision Stating Reasons for Appeals Chamber's Order of 29 May 1998 v. 2.7.1998 – IT-97-24-AR73 (Prosecutor v. Kovacevic), Rn. 31.

<sup>26</sup> ICTY, Decision Stating Reasons for Appeals Chamber's Order of 29 May 1998 v. 2.7.1998 – IT-97-24-AR73 (Prosecutor v. Kovacevic), Rn. 31.

<sup>27</sup> *Boas* (Fn. 11), S. 26.

<sup>28</sup> Siehe Art. 67 Abs. 1 lit. b ICC-Statut, Art. 21 Abs. 4 lit. c ICTY-Statut, Art. 20 Abs. 4 lit. b ICTR-Statut; ebenfalls enthalten in Art. 14 Abs. 3 b IPbPR, 6 Abs. 3 b EMRK.

<sup>29</sup> *Zappalà* (Fn. 6), S. 28.

<sup>30</sup> *Boas* (Fn. 11), S. 68: „The pressure of these sometimes conflicting goals are enormous.“

Verfahrensziele treten und ihre prozessualen Vorgaben ergänzen. Konsequenz des Beschleunigungsgebotes kann daher ausschließlich eine Abwägung, nicht jedoch die Aufgabe der bestehenden Verfahrensziele sein. So darf unter Hinweis auf denkbare Verzögerungen beispielsweise eine zunehmende Integration von Opfern in den internationalen Strafprozess nicht generell abgelehnt, wohl aber beschränkt oder modifiziert werden.<sup>31</sup>

#### IV. Kriterien zur Bestimmung der zulässigen Verfahrensdauer

Die Bestimmung der zulässigen Verfahrensdauer setzt eine Festlegung legitimer Bewertungsmaßstäbe voraus. Der Anspruch auf einen beschleunigten Prozessverlauf beginnt mit der Unterrichtung des Verdächtigen von den Ermittlungen gegen seine Person.<sup>32</sup> Da der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Bekanntgabe dem Druck strafrechtlicher Verfolgung unterworfen ist, hat er bereits vor Eröffnung des Verfahrens das Recht auf ein zügiges Vorgehen des Gerichts.<sup>33</sup> Der Anspruch auf Beschleunigung endet mit der Erschöpfung der Rechtsmittel und der Verkündung des letztinstanzlichen Urteils.<sup>34</sup>

##### 1. Die Rechtsprechung des EGMR

Im Rahmen einer Konkretisierung von Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelte der EGMR Kriterien für die Ermittlung einer angemessenen Prozessdauer:<sup>35</sup>

- Die Komplexität des Verfahrens<sup>36</sup>
- Das Prozessverhalten des Angeklagten<sup>37</sup>
- Das öffentliche Interesse an den Verhandlungen<sup>38</sup>

Wesentlich für die Bewertung der Verfahrenszeit ist nach Auffassung des Gerichtshofs die Komplexität der Sach- und Rechtslage des Einzelfalles.<sup>39</sup> Eine entscheidende Rolle spie-

len hierbei der Umfang des Beweismaterials,<sup>40</sup> die Anzahl der Beschuldigten<sup>41</sup> sowie die Notwendigkeit einer Ermittlungstätigkeit im Ausland.<sup>42</sup> Die Grenze zulässiger Verfahrensdauer ist zudem vom Verhalten des Angeklagten selbst abhängig. Absichtliche Verzögerungen der Verhandlungen werden zu Lasten der Verteidigung in die Prüfung einer Rechtsverletzung einbezogen.<sup>43</sup> An die Ausschöpfung legitimer Prozessmittel dürfen sich indes keine negativen Folgen für den Beschuldigten knüpfen. Die Berücksichtigung seines Verhaltens ist nicht als Pflicht zur Kooperation mit der Staatsanwaltschaft misszuverstehen, sondern sanktioniert ausschließlich Fälle bewusster Prozessverschleppung.<sup>44</sup> Zuletzt erkennt das Gericht die Bedeutung der Verfahren für die Gesellschaft als vertretbaren Grund einer umfangreichen Beweisermittlung und konsequenten Verlängerung der Prozessdauer an.<sup>45</sup>

##### 2. Die Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale

Der Rechtsprechung des EGMR wird von den Ad-hoc-Tribunalen ein Persuasionseffekt („persuasive effect“) für die Auslegung der prozessualen Garantien ihrer Statuten zuerkannt.<sup>46</sup> So nahm der ICTY im Fall Blaskic explizit auf die Erkenntnisse des EGMR Bezug und legte sie seiner Interpretation des Beschleunigungsgebotes zugrunde.<sup>47</sup>

In der Rechtssache Bizimungu et al. betont die *Hauptverfahrenskammer* des ICTR indes die fehlende Verbindlichkeit einer Auslegung durch den EGMR. Als primäre Rechtsquellen für den ICTR müssten das Statut sowie die bestehende Judikatur der Kammern zugrunde gelegt werden. Ein Rückgriff auf die Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung sei angesichts der existierenden Verfahrenspraxis am ICTR nicht geboten.<sup>48</sup> Als maßgeblich für eine Verletzung des Beschleu-

<sup>31</sup> Die Berücksichtigung von Opferinteressen gewinnt im internationalen Strafrecht an Bedeutung. Der ICC sieht eine Kompensation, die ECCC eine Nebenklägerbeteiligung der Opfer vor; vgl. *Hoven*, HuV 22 (2009), 176.

<sup>32</sup> EGMR, Urt. v. 16.7.1971 – 2614/65 (Ringelsen v. Österreich), Series A, No. 13, Z. 110.

<sup>33</sup> EGMR, Urt. v. 27.7.1968 – 1936/63 (Neumeister v. Österreich), Series B, S. 81.

<sup>34</sup> *Safferling* (Fn. 9), S. 250; *Donatsch* (Fn. 7), S. 74.

<sup>35</sup> *Ehlers/Becker*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 170.

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 24.7.2003 – 46133/99, 48183/99 (Smirnova v. Russland).

<sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 28.6.1978 – 6232/73 (König v. Deutschland), Series A, Nr. 27, Rn. 111.

<sup>38</sup> EGMR, Urt. v. 23.6.1993 – 12952/87 (Ruiz-Mateos v. Spanien), Series A, Nr. 262, Z. 52.

<sup>39</sup> EGMR, Urt. v. 24.7.2003 – 46133/99, 48183/99 (Smirnova v. Russland). Rn. 86.

<sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 12.10.1992 – 12919/87 (Boddaert v. Belgien), Series A, Nr. 235-D, Rn. 37.

<sup>41</sup> EGMR, Urt. v. 15.7.1982 – 8130/78 (Eckle v. Deutschland), Series A, Nr. 51.

<sup>42</sup> EGRM, Urt. v. 27.6.1968 – 1936/63 (Neumeister v. Österreich), Series A, Nr. 8, Rn. 21.

<sup>43</sup> EGRM, Urt. v. 28.6.1978 – 6232/73 (König v. Deutschland), Series A, Nr. 27, Rn. 111.

<sup>44</sup> *Safferling* (Fn. 9), S. 254.

<sup>45</sup> EGMR, Urt. v. 23.6.1993 – 12952/87 (Ruiz-Mateos v. Spanien), Series A, Nr. 262, Z. 52.

<sup>46</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 6.

<sup>47</sup> ICTY, Order Denying a Motion for Provisional Release v. 20.12.1996 – 95-14-T (Prosecutor v. Blaskic).

<sup>48</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 6. Eine andere Ansicht hierzu vertritt Richter *Short*, der in seiner Dissenting Opinion auf die vom EGMR entwickelten Richtlinien zurückgreift.

nigungsgebotes bestimmte die Berufungskammer des ICTR die folgenden Kriterien:<sup>49</sup>

- Die Dauer der Verzögerung
- Die Komplexität des Verfahrens
- Das Verhalten der Verfahrensbeteiligten
- Das Verhalten der zuständigen Organe („relevant authorities“)
- Die Benachteiligung des Angeklagten durch die Verzögerungen

Die *Kammer* konkretisiert die Anforderungen an die Komplexität eines Verfahrens durch den Faktor der Anzahl von Anklagepunkten, Angeklagten, Zeugen und Beweismitteln.<sup>50</sup> Als wesentlich für die Annahme einer Rechtsverletzung des Angeklagten wird zudem eine Zurechnung der Verzögerungen zum Verantwortungsbereich der Anklage oder des Gerichts angenommen.<sup>51</sup>

Übertragen auf das Völkerstrafrecht können die entwickelten Richtlinien eine nicht unerhebliche Dauer internationaler Strafverfahren dem Grunde nach rechtfertigen. Die hochgradige Komplexität des Beweisverfahrens, das neben Untersuchungen im Ausland die Sichtung zahlreicher Dokumente und Zeugenaussagen erfordert, muss zu Verzögerungen im Prozessverlauf führen.<sup>52</sup> In Anbetracht der Vielzahl von Tätern und Opfern in internationalen Konflikten gestalten sich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft von Beginn an zeitintensiv.<sup>53</sup> Zugleich begründen die Gewährleistung von Zeugenschutz sowie die Notwendigkeit staatlicher Kooperation besondere Herausforderungen für eine effektive Prozessführung.<sup>54</sup> Schließlich erschwert die differenzierte Zwecksetzung des internationalen Strafverfahrens einen zügigen Abschluss der Verhandlungen. Im Unterschied zum Regelfall nationaler Verfahren erschöpft sich das Ziel der Prozesse nicht in der Bestrafung des Täters, sondern verlangt im Inte-

resse der Öffentlichkeit eine umfassende historische Aufarbeitung der Ereignisse.<sup>55</sup>

Ungeachtet der grundsätzlichen Anerkennung eines bedeutenden Zeitaufwandes internationaler Strafprozesse muss die Dauer eines Verfahrens im Einzelfall gerechtfertigt sein. Dies gilt in besonderer Weise für den Zeitraum zwischen Beendigung der Verhandlungen und Verkündung des Urteils. Die Auswirkungen der Kriterien von Zeugenschutz oder Kooperation relativieren sich nach Abschluss der Hauptverhandlung. Zwar erfordert die Entscheidung über den Schuldspruch eine gewissenhafte Würdigung des umfangreichen Beweismaterials. Die mit den Besonderheiten einer völkerstrafrechtlichen Beweisaufnahme verbundenen Verzögerungen wirken sich in diesem Stadium jedoch nicht länger aus.

### 3. Die Anwendung der Kriterien durch den ICTR

In ihrer jüngsten Entscheidung über den Antrag des Angeklagten Renzaho lehnt die *Berufungskammer* eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes trotz einer Zeitspanne von gut eineinhalb Jahren zwischen Verhandlungsende und Urteilsverkündung ab.<sup>56</sup> Im Juni 2010 hatte bereits die *Hauptverfahrenskammer II* in der Rechtssache Bizimungu et al. mehrheitlich eine Rechtsverletzung des Angeklagten Mugiraneza verneint.<sup>57</sup> Mugiraneza, der sich seit April 1999 in Untersuchungshaft befindet, wartet seit Dezember 2008 auf sein Urteil. Einzig Richter Emile Francis Short aus Ghana wich in einem Sondervotum von der Kammeransicht ab und bejahte einen Verstoß gegen den Anspruch des Angeklagten auf ein zügiges Verfahren.<sup>58</sup>

#### a) Die Argumentation der Rechtsprechung

In der Rechtssache Renzaho stützte die *Berufungskammer* ihre Entscheidung auf eine fehlende Zurechnung der Verfahrensverzögerungen zum Verantwortungsbereich des Gerichts.<sup>59</sup> Der Angeklagte habe nicht dargelegt, welche Handlungen der Anklagebehörde oder der *Kammern* zu einer unzulässigen Prozessdauer geführt hätten. Allein der Verweis auf die tatsächliche Dauer des Verfahrens könne nicht genügen, um eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes zu begründen. Zudem müsse bei der Bewertung prozessualer Verzögerungen die Komplexität eines Prozesses mit sechs Anklagepunkten sowie räumlich und zeitlich gestreuten Tat-

<sup>49</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand Speedy Trial and for Appropriate Relief v. 27.2.2004 – 99-50-AR73 (Prosecutor v. Bizimungu et al.), S. 2 f.

<sup>50</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand Speedy Trial and for Appropriate Relief v. 27.2.2004 – 99-50-AR73 (Prosecutor v. Bizimungu et al.), S. 2.

<sup>51</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand Speedy Trial and for Appropriate Relief v. 1.4.2011 – 97-31-A (Prosecutor v. Renzaho, Rn. 239; ICTR, Urt. v. 27.2.2004 – 99-50-AR73 (Prosecutor v. Bizimungu et al.), S. 3.

<sup>52</sup> Heinsch, in: Stahn/Sluiter (Hrsg.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, S. 479 (S. 483).

<sup>53</sup> Heinsch (Fn. 52).

<sup>54</sup> Heinsch (Fn. 52), S. 484.

<sup>55</sup> Romano/Nollkaemper/Kleffner, *Internationalized Criminal Courts*, 2004, S. 338.

<sup>56</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 1.4.2011 – 97-31-A (Prosecutor v. Renzaho).

<sup>57</sup> ICTR, Urt. v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.).

<sup>58</sup> ICTR, Urt. v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Partially Dissenting Opinion of Judge Emile Francis Short.

<sup>59</sup> ICTR, Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-97-31-A (Prosecutor v. Renzaho), Rn. 239.

vorwürfen berücksichtigt werden.<sup>60</sup> Unbeantwortet lässt die *Berufungskammer* allerdings die Frage, weshalb die Fertigung des Urteils fast ein halbes Jahr mehr in Anspruch nahm als die Durchführung des Hauptverfahrens.

Im Falle des Angeklagten Mugiraneza beruft sich die *Hauptverfahrenskammer* ebenfalls auf den Umfang von Beweismaterial und Anklagevorwurf.<sup>61</sup> In seinem Urteil wird das Gericht über die Schuld von vier Mitangeklagten zu befinden haben und hierbei Aussagen von 171 Zeugen an insgesamt 404 Verhandlungstagen berücksichtigen müssen. Angesichts der komplexen Beweislage stelle eine Zeitspanne von zwei Jahren zwischen Verfahrensende und Urteilsverkündung nicht per se eine Verletzung des Rechts auf zügige Prozessführung dar.<sup>62</sup> Hinzutreten müsse eine Verantwortlichkeit der zuständigen Organe („relevant authorities“) für die Verzögerung des Verfahrens. Die Verteidigung Mugiranezas hatte ein zurechenbares Verhalten aufgrund der fehlenden Bereitstellung notwendiger Ressourcen durch den UN-Sicherheitsrat angenommen.<sup>63</sup> Die *Kammer* wies die Argumentation mit der Begründung zurück, Mugiraneza habe keinen Nachweis für einen Mangel an personellen und finanziellen Mitteln am ICTR erbracht:

„Mugiraneza had failed to provide any details to support his assertion that the Tribunal lacks the personnel and facilities to perform its functions“.<sup>64</sup>

Schließlich könne auch die Dauer der Untersuchungshaft die Annahme einer Rechtsverletzung des Angeklagten nicht stützen.<sup>65</sup> Auch eine Haftdauer von elf Jahren könne bei entsprechender Komplexität des Sachverhaltes geboten sein.

### b) Kritik an der Rechtsprechung des ICTR

Die Rechtsprechung des ICTR kann weder in ihren Begründungsansätzen noch in ihren prozessualen Konsequenzen überzeugen.

<sup>60</sup> ICTR, Urte. v. 1.4.2011 – ICTR-97-31-A (Prosecutor v. Renzaho), Rn. 240.

<sup>61</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 12 f.

<sup>62</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 11.

<sup>63</sup> ICTR, Prosper Mugiraneza's Reply to Prosecutor's Response to Prosper Mugiraneza's 11<sup>th</sup> Anniversary Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 15.4.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 17b.

<sup>64</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 16.

<sup>65</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 17 f.

Der Rückgriff auf die Komplexität der Beweisaufnahme birgt die Gefahr einer generellen Rechtfertigung überlanger Verfahren an internationalen Strafgerichten. Der Umfang der Beweislage sowie die Schwierigkeit ihrer tatsächlichen und rechtlichen Würdigung sind völkerstrafrechtlichen Prozessen immanent. Erscheint eine Verzögerung des Urteilspruchs auch nach den Maßstäben der internationalen Praxis erheblich, bedarf sie einer besonderen Rechtfertigung. Der pauschale Verweis der *Kammern* auf die Anzahl von Anklagepunkten und Zeugen kann nicht genügen. Das Gericht hätte im Einzelfall ausführen müssen, welche besonderen Probleme die Urteile in den Fällen Renzaho und Mugiraneza im Vergleich zu sonstigen Verfahren vor internationalen Straftribunalen aufwarfen. Angesichts der Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes als objektive Verfahrensgarantie und individuelles Recht des Angeklagten wäre an dieser Stelle ein deutlich höherer Begründungsaufwand erforderlich gewesen. In jedem Falle nicht nachvollziehbar erscheint die Tatsache, dass die Bewertung des Beweismaterials in der Rechtssache Renzaho mehr Zeit in Anspruch nahm als seine Präsentation in der Hauptverhandlung. Eine Erklärung bleibt das Gericht insoweit schuldig.

Ein weiterer Kritikpunkt an den Entscheidungen der *Kammern* betrifft die Frage der gerichtlichen Verantwortlichkeit für die Prozessverzögerung. Die Verteidigung Mugiranezas hatte dem UN-Sicherheitsrat vorgeworfen, nicht genügend Ressourcen für die Gewährleistung eines zügigen Verfahrens bereitzustellen.

In der Rechtsprechung des EGMR wird die Annahme eines Organisationsverschuldens durch die unzureichende Ausstattung nationaler Gerichte grundsätzlich anerkannt.<sup>66</sup> Nach der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache O'Reilly u.a. v. Ireland trifft die Staaten eine Verpflichtung zur effektiven Organisation ihres Justizsystems.<sup>67</sup> Anklagebehörden und Gerichte sind so einzurichten, dass ein zügiger Prozessabschluss garantiert werden kann. Strukturelle Überlastungen verletzen die Justizgewährleistungspflicht und begründen aus sich heraus die Unangemessenheit der Verfahrensdauer.<sup>68</sup> Eine Berufung auf fehlende personelle Mittel und die Arbeitsbelastung der Richter können eine Prozessverzögerung daher nicht rechtfertigen.

Die Erwägungen des EGMR sind auf die Ebene internationaler Gerichtsbarkeit übertragbar. Als Gründungsorgan steht der UN-Sicherheitsrat in der Pflicht, die Ad-hoc-Tribunale mit den erforderlichen finanziellen Ressourcen auszustatten. Mit der Einsetzung eines Strafgerichts übernimmt der Sicherheitsrat die Verantwortung für die Gewährleistung fairer und rechtsstaatlicher Verfahren. Ihm obliegt es, die notwendigen Rahmenbedingungen für eine effektive Verwirklichung prozessualer Garantien zu schaffen.

<sup>66</sup> EGMR, Urte. v. 23.3.1994 – 14146/88 (Muti v. Italy) = *Séries A* No 281-C, Rn. 15; EGMR, Urte. v. 25. 3. 1999 – 25444/94 (Pélissier and Sassi v. France) = ECHR 1999-II, Rn. 74.

<sup>67</sup> EGMR, Urte. v. 29.7.2004 – 54725/00 (O'Reilly u.a. v. Ireland), Rn. 33.

<sup>68</sup> *Donatsch* (Fn. 7), S. 79.

An dieser Stelle bleibt die Argumentation der *Kammer* schwach. Dem Angeklagten wird angelastet, keine „Details“ zum Nachweis für einen Ressourcenmangel am ICTR vorgebracht zu haben.<sup>69</sup> Der Verteidigung dürfte es indes regelmäßig schwer fallen, die im Einzelfall ursächlichen personellen und strukturellen Defizite zu benennen. Die besondere Dauer des Verfahrens muss hier richtigerweise zu einer Umkehr der Darlegungslast führen. Ist in eineinhalb Jahren nach Abschluss der Hauptverhandlungen kein Urteil ergangen, streitet eine widerlegliche Vermutung für ein Organisationsverschulden des Gründungsorgans. In der Rechtssache *Eckle v. Deutschland* stellte auch der EGMR eine entsprechende Darlegungsumkehr für gravierende Verfahrensverzögerungen fest.<sup>70</sup> In Fällen von erheblicher Prozessdauer obliege es den Staaten, die Vermutung für eine Unangemessenheit der Prozessdauer zu entkräften. Die Indizwirkung einer Verzögerung kann in Fällen besonderer Komplexität entfallen. Hier ist es jedoch abermals Aufgabe des Gerichts, konkrete Umstände für einen erheblichen Mehraufwand in der Beweiswürdigung darzulegen. Gelingt dies nicht, muss eine Verfahrensverzögerung dem Verantwortungsbereich des Gerichts zugerechnet werden. In den Fällen *Renzaho* und *Mugiraneza* wäre somit eine Verletzung der Angeklagten in ihrem Recht auf ein zügiges Verfahren anzunehmen gewesen.

In seinem Sondervotum weist Richter Short darüber hinaus auf Fehler in der internen Organisation der *Kammern* hin. Der ICTR räume einer zeitnahen Beendigung der Prozesse nicht die notwendige Priorität ein. Es habe sich eine Praxis entwickelt, zunehmend neue Verhandlungen zu eröffnen anstatt laufende Verfahren abzuschließen.<sup>71</sup> Dieses Vorgehen führe zu einer zusätzlichen Arbeitsbelastung der Richter, die ihrem Auftrag einer beschleunigten Prozessführung nicht gerecht werden könnten.<sup>72</sup> In der Tat erscheint die Beteiligung der Richter an einer Vielzahl verschiedener Verfahren nicht unproblematisch. Die im Fall *Bizimungu et al.* verantwortlichen Richter *Khan* und *Muthoga* wurden nach Ende der Hauptverhandlung für die Prozesse gegen *Zigiranyirazo*, *Nshogoza*, *Ntawukulilyayo* und *Gatete* eingesetzt. Ihre Inanspruchnahme durch laufende Hauptverhandlungen geht zu Lasten einer zügigen Urteilsfindung. Kann das Gericht seine Verfahren personell nicht sinnvoll bewältigen, muss es notwendige Ressourcen – wie die Beiordnung weiterer Ad-litem-Richter – anfordern.

Nicht zuletzt begründet die hohe personelle Fluktuation in den *Kammern* ein strukturelles Defizit. Aufgrund der Durch-

setzung der „Completion Strategies“ am ICTR kann das Gericht seinem Personal keine Arbeitsplatzsicherheit gewährleisten. Mitarbeiter, die ein Angebot von einer anderen Institution erhalten, geben daher regelmäßig ihre Stelle am ICTR auf. Da sie maßgeblich an der Formulierung von Urteilen beteiligt sind, entstehen Lücken in der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen. Durch die notwendige Einarbeitungsphase neuer Beschäftigter fehlt es in den *Kammern* an der erforderlichen personellen Konstanz, um ein Verfahren zeitnah zu beenden.

## V. Fazit

Das Gebot der Beschleunigung ist eine wichtige Prämisse für die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen und fairen Strafverfahrens. Dem Anspruch an einen zügigen Prozessverlauf werden durch das Bedürfnis nach materieller Wahrheitsfindung und effektiver Verteidigung rechtliche wie praktische Grenzen gesetzt. Angesichts der notwendigen Vereinbarung der divergierenden Ziele völkerstrafrechtlicher Prozesse ist eine abstrakte Bestimmung der zulässigen Verfahrensdauer nicht sinnvoll möglich.<sup>73</sup> Die Aussage von Richter *Jorda* zur angemessenen Dauer von Ad-hoc-Verfahren – „A trial should never last more than 18 months total.“<sup>74</sup> – ist daher weniger als rechtsverbindliches Gebot denn als politische Zielvorgabe zu verstehen.

Die von der internationalen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe erscheinen grundsätzlich geeignet, das Beschleunigungsgebot unter Berücksichtigung der besonderen Herausforderungen eines internationalen Strafverfahrens zu verwirklichen. In der Praxis fehlt es jedoch oftmals an einer konsequenten Anwendung der Kriterien. Auch erhebliche Verfahrensverzögerungen werden – möglicherweise aus Sorge um die prozessualen Folgen – bislang hingenommen.<sup>75</sup> Hierbei ist zu bedenken, dass die Annahme einer Rechtsverletzung nicht zwingend ein Verfahrenshindernis begründet. Entsprechend der Strafzumessungslösung im deutschen Recht<sup>76</sup> könnte ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot im Rahmen der Strafzumessung oder einer schadensrechtlichen Kompensation Berücksichtigung finden.<sup>77</sup>

Der Zeitraum zwischen Verhandlungsende und Urteilsverkündung bedarf in besonderer Weise einer kritischen

<sup>69</sup> ICTR, Decision on Prosper Mugiraneza's Fourth Motion to Dismiss Indictment for Violation of Right to Trial Without Undue Delay v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Rn. 16.

<sup>70</sup> EGMR, Urt. v. 15.7.1982 – 8130/78 (*Eckle v. Deutschland*) = *Séries A*. Vol. 51. Rn. 80.

<sup>71</sup> ICTR, Urt. v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Partially Dissenting Opinion of Judge Emile Francis Short, Rn. 4.

<sup>72</sup> ICTR, Urt. v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Partially Dissenting Opinion of Judge Emile Francis Short, Rn. 4 f.

<sup>73</sup> Die Anwendung einer starren zeitlichen Grenze, die in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR häufig auf 33 Monate festgesetzt wird, muss daher abgelehnt werden; *Bachmann* (Fn. 4), S. 224 (S. 229). So auch ICTY, Decision Stating Reasons for Appeals Chamber's Order of 29 May 1998 v. 2.7.1998 – (Prosecutor v. Kovacevic), Rn. 28.

<sup>74</sup> *Petit* (Hrsg.), in: International Justice Tribune, ICC in 2006: Year One, 2007, S. 63.

<sup>75</sup> Hierbei ist zu bedenken, dass die Annahme einer Rechtsverletzung keine Aussetzung des Verfahrens zur Folge haben muss. Entsprechend der Strafzumessungslösung im deutschen Strafrecht.

<sup>76</sup> BGHSt 52, 124.

<sup>77</sup> So auch ICTR, Urt. v. 23.6.2010 – 99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), Partially Dissenting Opinion of Judge Emile Francis Short, Rn. 6.

Würdigung unter dem Blickwinkel der Beschleunigung. In dieser Phase bestehen keine der Hauptverhandlung vergleichbaren Unwägbarkeiten durch die Erfordernisse einer Beweisaufnahme. Beispielhaft sei die Übersetzung von Zeugenaussagen genannt, die einen wesentlichen Grund für die lange Verfahrensdauer am ICTR darstellen. Die Vernehmung der Zeugen muss von Kinyarwanda ins Englische und Französische übertragen sowie eine Zusammenfassung des Aussageprotokolls erstellt werden. Die notwendige Übersetzungsarbeit wird abschließend im Rahmen der Hauptverhandlung geleistet und kann in der Phase der Urteilsfindung zu keiner Verzögerung führen. Somit wirkt sich die generelle Komplexität eines internationalen Strafverfahrens vorrangig im Rahmen der Beweisgewinnung aus. Die spätere Auswertung des dokumentierten Beweismaterials ist demgegenüber primär Ressourcenfrage. Kommt es nach Abschluss der Hauptverhandlung zu besonderen Verzögerungen, trifft das Gericht eine Darlegungslast für ihre Angemessenheit im konkreten Fall. Strukturelle und organisatorische Defizite der Kammern begründen dabei grundsätzlich eine Verletzung des Angeklagtenrechts auf ein zügiges Verfahren.

Angesichts der zunehmend bedenklichen Prozessdauer am ICTR liegt es nahe, Mängel in der Organisation und finanziellen Ausstattung des Gerichts anzunehmen. Es ist bedauerlich, dass die Kammern die Chance vergeblich haben, mit der Feststellung einer Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes auf bestehende Probleme hinzuweisen. Eine Entscheidung mit Appellwirkung wäre auch im Hinblick auf eine präventive Wirkung für zukünftige Verfahren wünschenswert gewesen. Mit der Rüge eines Rechtsverstößes in den Fällen *Renzaho* und *Mugiraneza* hätte das Gericht ein eindeutiges Bekenntnis zu einem fairen Verfahren und der Forderung nach einer effektiven internationalen Gerichtsbarkeit formulieren können.

# Some Remarks on the Enforcement of International Sentences in Light of the Galić case at the ICTY

By District Attorney **Klaus Hoffmann**, Freiburg i.Br.\*

## I. Outline

This article sets out the legal basis for the enforcement of international criminal judgments, especially from the ad hoc Tribunals, and highlights a number of practical problems arising from the enforcement of these sentences in various national systems. Special emphasis will be placed on the principle of equal treatment at the enforcement stage. To illustrate some of the issues, the case of *Prosecutor v. Galić*<sup>1</sup> of the International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) will be examined in somewhat more detail.

Art. 23 of the ICTY Statute<sup>2</sup> provides that the ICTY Trial Chambers shall render judgments. Art. 24 ICTY Statute limits the penalties to imprisonment. When deciding about the term of imprisonment, the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia shall be taken into account (Art. 24 (1) ICTY Statute) and such factors as the gravity of the crime and individual personal circumstances (Art. 24 (2) ICTY Statute).<sup>3</sup> Art. 27 ICTY Statute stipulates that the enforcement regime follows the applicable law of the enforcing state, subject to the supervision of the Tribunal.<sup>4</sup> The International Community depends on individual states that are willing to receive convicted persons and to enforce the internationally rendered sentences as there is no international prison where any such convicts could serve their prison term.<sup>5</sup>

Hence, the enforcement of international sentences of the ICTY – based upon the Statute and the Rules of Procedure and Evidence (RPE) – follows the specific domestic law of the enforcing state. As there are no more specific provisions or conditions set by the ICTY legislation with regard to the enforcement regime, the *Trial Chambers* especially in some of the early cases included findings as to the specific re-

quirements for a proper national enforcement of the international sentences in the respective judgments.<sup>6</sup>

One of the key questions is to what extent the national courts are bound by the terms of imprisonment set by the ICTY judgments. The term “life imprisonment” is used in the ICTY Statute, but also in various national legal systems, but in practice life imprisonment may mean very different time periods. In some European countries, a minimum period between 15 and 25 years is set in the respective Criminal Codes, in some countries “life” means lifelong imprisonment, as a rule.<sup>7</sup>

Generally, the international community should aim at an enforcement system governed by the principle of equal treatment. This article explores whether and how the supervision authority of the ICTY can act to this effect.

## II. Procedure to Designate the State of Enforcement

According to Art. 103 ICTY Statute, imprisonment shall be served in a State designated by the President of the Tribunal from a list of States which have indicated their willingness to accept convicted persons. Such a provision is needed as there is no permanent international prison available. Following a verdict of the *Trial Chamber*, the Registrar, pursuant to Section 2 of the relevant ICTY Practice Direction,<sup>8</sup> shall make preliminary inquiries with states that might be willing to

---

\* *Klaus Hoffmann* worked as Legal Officer at the ICTY's Office of the Prosecutor from 2005-2010. Currently, he is District Attorney with the Prosecutor's Office in Freiburg/Germany.

<sup>1</sup> ICTY – IT-98-29 (*Prosecutor v. Galić*).

<sup>2</sup> Statute of the Tribunal, Sept 2009, at: [http://icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf).

<sup>3</sup> Similar provisions with a bit more detail can be found in Rules 98<sup>bis</sup> and 98<sup>ter</sup> of the ICTY Rules of Procedure and Evidence (RPE).

<sup>4</sup> Art. 27 ICTY Statute: “Imprisonment shall be served in a State designated by the International Tribunal from a list of States which have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Such imprisonment shall be in accordance with the applicable law of the State concerned, subject to the supervision of the International Tribunal.”

<sup>5</sup> See for an ICTY interactive map showing the various enforcing states at: <http://icty.org/sid/10276>.

---

<sup>6</sup> See e.g. ICTY, Sentencing Judgment of 29.11.1996 –, IT-96-22-T (*Prosecutor v. Erdemović*), paras. 68-75. See also *Kress/Sluiter*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Bd. 2, 2002, p. 1779.

<sup>7</sup> In Germany, as explained below, the minimum period to be served is only 15 years. A similar provision can be found in Section 46 (6) of the Austrian Criminal Code. In Romania (Art. 55 [1]) and the Czech Republic (Section 88 [5]) the minimum period is 20 years, while in Cyprus it is 25 years. The same period applies in Poland (if not a longer period has been set in the judgment, Art. 77-82 Polish Criminal Code) and Slovakia (with the extra provision that such an early release is not possible if it is not the first conviction to life imprisonment, Sections 47 and 67 Slovak Criminal Code). In the Netherlands, life imprisonment means generally lifelong imprisonment (Art. 10 Dutch Criminal Code). In Scotland, following the Convention Rights (Compliance) Act (Scotland), 2001, every conviction to life imprisonment contains a “punishment part” that fixes the time period that has to be served before any early release. Decisive factors for the determination of that period are deterrence and retribution. After such a period, the Parole Board decides on early release, considering the necessary protection of the public.

<sup>8</sup> ICTY, Practice Direction on the Procedure for the International Tribunal's Designation of the State in which a Convicted Person is to serve his/her sentence of imprisonment of 1.9.2009 – IT/137/Rev.1 (“PD Designation”).

enforce the sentence.<sup>9</sup> Once the verdict has become final, the formal procedure to designate the enforcing state begins and it ends with a formal enforcement agreement between the ICTY and the designated state. Under Art. 103 (3) (c) of the ICC Statute, the convicted person must be heard in the designation procedure. Neither the ICTY Statute nor the Rules of Procedure and Evidence provide for such a hearing. The relevant Practice Direction leaves it to the discretion of the President whether or not he requests the opinion of the convicted person.<sup>10</sup> In any case, the President has wide discretion when it comes to the designation of the enforcing state.<sup>11</sup> But practice has also shown that it may turn out to be very difficult to find a state willing to enforce such a sentence. It should be noted that the ICTY Statute provides no solution if no enforcing state can be found.<sup>12</sup>

### III. Enforcement according to national law and supervision by the ICTY

Generally, the designated enforcement state is bound by the terms of imprisonment. Even if this is not as clearly stated as in Art. 105 ICC Statute, it does follow from the principal system that the ICTY renders a judgment which is then only enforced by a designated state on “behalf of the international community”. As a matter of principle, the enforcement as such cannot be altered by the enforcing state.<sup>13</sup> The enforcement of the sentence shall be supervised by the Tribunal or a body designated by it.<sup>14</sup>

However, a certain term of imprisonment, or at least its understanding at the international level, may create a conflict with the national (constitutional) law of the state of enforcement. The concept of life imprisonment is understood very differently in various countries.<sup>15</sup> Should the concept of life imprisonment under the law of the ICTY be understood as truly lifelong imprisonment, a conflict with domestic law is

likely to arise in countries such as Germany where the constitution requires that the sentenced person retains a possibility to early release. In such a conflict the issue of primacy of the international judgment arises. The issue may also be addressed in the individual enforcement agreement between an international court and the state of enforcement.<sup>16</sup>

The jurisprudence of the Tribunals has identified retribution and deterrence as the two primary objectives of sentencing. Rehabilitation is also an objective which the *Trial Chamber* should consider when determining a sentence.<sup>17</sup> These factors are also of importance when it comes to decisions about pardon or early release.

#### 1. Early release and pardon

Article 28 of the ICTY Statute stipulates that, if a convicted person is eligible for early release or pardon according to the applicable domestic law, the state concerned shall notify the ICTY’s President accordingly who will “decide the matter on the basis of the interests of justice and the general principles of law”. Rule 125 provides that the following factors should be taken into account: the gravity of the crime or crimes for which the prisoner was convicted, the treatment of prisoners in similar cases, the prisoner’s demonstration of rehabilitation,<sup>18</sup> as well as any substantial cooperation of the prisoner with the Prosecutor. In the Tadić Case, the President ruled that the ICTY Prosecution is in no position to comment on the convicted person’s behavior while in prison.<sup>19</sup> With regard to post-conviction cooperation, the President did not attach much weight to this factor, in part because the Prosecution appeared to not have sought any such cooperation.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> See below Part IV. for specific comments on the Galić case.

<sup>17</sup> ICTY, Judgment of 5.12.2003 – IT-98-29-T (Prosecutor v. Galić), para. 757.

<sup>18</sup> In this respect, the President examines the detainee’s conduct in prison and the question whether the detainee shows any sign of remorse. See e.g. ICTY, Decision of President on Application of Haradin Bala for Sentence Remission of 15.10.2010 – IT-03-66-ES (Prosecutor v. Bala), paras. 18 et seq.; ICTY, Decision of President on Early Release of Ivica Rajić of 22.8.2010 – IT-95-12-ES (Prosecutor v. Rajić), paras. 17 et seq.; ICTY, Decision of President on Early Release of Johan Tarčulovski of 23.6.2011 – IT-04-82-ES (Prosecutor v. Tarčulovski), paras. 20 et seq.; ICTY, Decision of President on Early Release of Veselin Šlišančanin of 5.7.2010 – IT-95-13/1-ES (Prosecutor v. Šlišančanin), paras. 22 et seq.; ICTY, Decision of President on Early Release of Milomir Stakić of 15.7.2011 – IT-97-24-ES (Prosecutor v. Stakić), paras. 29 et seq.

<sup>19</sup> ICTY, Decision of the President on the Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dusko Tadić of 17.7.2008 – IT-94-1-ES (Prosecutor v. Tadić), para. 10.

<sup>20</sup> ICTY, Decision of the President on the Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dusko Tadić of 17.7.2008 – IT-94-1-ES (Prosecutor v. Tadić), para. 18.; see also ICTY, Decision of President on Application of Haradin Bala for Sentence Remission of 15.10.2010 – IT-03-66-ES

<sup>9</sup> Following the report of the UN Secretary General of 1993 (UN Doc. S/25704, para. 121), the ICTY does not transfer any prisoners to the countries of the former Yugoslavia for enforcement of their sentences. The example of Stanković whose case was transferred from the ICTY (Case No. It-96-23/2) to Bosnia and Herzegovina and who was imprisoned in the prison where he had worked during the war and from which he could escape shortly after the judgment certainly stopped any further consideration of enforcement of sentences in the former warring countries for a while.

<sup>10</sup> ICTY, Practice Direction on the Procedure for the International Tribunal’s Designation of the State in which a Convicted Person is to serve his/her sentence of imprisonment of 1.9.2009 – IT/137/Rev.1, section 5, 5<sup>th</sup> sentence.

<sup>11</sup> The situation at the ICC is similar, based upon Art. 103 (3) (c) ICC Statute; see also *Kress/Sluiter* (fn. 6), p. 1789.

<sup>12</sup> See in comparison Art. 103 (4) ICC Statute, that foresees enforcement in the host state.

<sup>13</sup> See for the necessary and useful distinction between the “enforcement as such” and the “enforcement modalities”, *Kress/Sluiter* (fn. 6), Chapter 43 (I), p. 1751 et seq.

<sup>14</sup> Rule 104.

<sup>15</sup> See esp. supra fn. 7.

The President issued a specific Practice Direction (PD) on the issues of pardon, commutation of sentences and early release.<sup>21</sup> Under the PD, the initiative for early release is with the national authorities, but the final decision is left with the President.<sup>22</sup> During the procedure, the convicted person shall be provided with all necessary information and he or she shall then be heard by the President.<sup>23</sup> Interestingly enough, though, Section 8 of the PD does not require the President to even consider the comments of the convicted person in his final decision.

Practice has shown that the President often consents to the early release as proposed by the national authorities. With a growing number of early releases, in most cases after having served  $\frac{2}{3}$  of their sentence, the principle of equal treatment more and more requires to consent to respective applications in similar circumstances.<sup>24</sup> It remains to be seen whether the President will consider the very different enforcement regimes in European countries when it comes to life imprisonment.

## 2. Comparison to ICC Rules

As in the ICTY case, the ICC is to supervise the enforcement of its sentences (Art. 105 ICC Statute). Art. 110 of the ICC Statute and ICC Rule 224 foresee an International Review Mechanism that applies generally if no specific conditions are agreed upon according to Art. 103 (1) and (2). In the latter case, the domestic court applies the national law, but

---

(Prosecutor v. Bala), para. 27. In the Rajić Decision, ICTY, Decision of President on Early Release of Ivica Rajić of 22.8.2010 – IT-95-12-ES (Prosecutor v. Rajić), para. 23, post-conviction cooperation was considered a militating factor. However, in ICTY, Decision of President on Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dragan Jokić of 13.1.2010 – IT-05-88-R77.1-ES (Prosecutor v. Jokić), para. 17, the President did not attach much weight to a Prosecution' report of a lack of cooperation; similarly in ICTY, Decision of President on Early Release of Milomir Stakić of 15.7.2011 – IT-97-24-ES (Prosecutor v. Stakić), para. 37, the lack of cooperation was considered a neutral factor.

<sup>21</sup> Practice Direction on the Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence and Early Release of Person Convicted by the International Tribunal, Rev. 3, 16.9.2010.

<sup>22</sup> According to the PD Release, Section 2, a convicted person may also directly petition the President.

<sup>23</sup> Practice Direction on the Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence and Early Release of Person Convicted by the International Tribunal, Rev. 3, 16.9.2010, Section 5.

<sup>24</sup> ICTY, Decision of the President on the Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dusko Tadić of 17.7.2008 – IT-94-1-ES (Prosecutor v. Tadić), para. 17. See also ICTY, Decision of President on Application of Haradin Bala for Sentence Remission of 15.10.2010 – IT-03-66-ES (Prosecutor v. Bala), para. 14: "I am under an obligation to treat all ICTY detainees in a similar manner, despite the state in which they are serving their sentence."

the final decision is left with the ICC.<sup>25</sup> Under the international review mechanism, early release can only be granted by the ICC and at the earliest after 25 years in case of life imprisonment (Art. 110). Relevant factors in favor of early release are: early and continuous willingness to cooperate with the court and prosecutor, any other voluntary assistance and clear and significant change of circumstances (Art. 110 (4)). The decision is rendered by judges of the ICC Appeals Chamber and not by the President (Rule 224 (1)). This important difference compared with the practice at the ICTY indicates that the Rome Statute qualifies the reduction of a sentence as a substantive matter rather than a pure matter of enforcement. Generally an oral hearing with the sentenced person present, as well as the Prosecutor, the enforcing state and victims or their representatives is required. In the case of a negative decision, a further review will generally follow every three years (Rule 224 (3)).

## IV. The Galić case

### 1. The Facts

The *Trial Chamber* rendered its judgment on 5.12.2003 and convicted Stanislav Galić for violation of the laws or customs of war and crimes against humanity to a prison term of 20 years. Both the Prosecution and the Defence appealed the judgment. Upon the Prosecution's appeal, the Appeals Chamber on 30.11.2006 reversed the initial judgment and increased the sentence to life imprisonment.

Without reviewing in details the findings of the *Trial Chamber* and the *Appeals Chamber*, it has to be stressed that the *Appeals Chamber* found that the *Trial Chamber* committed a discernible error when determining the adequate sentence for General Galić. In the present context, the following findings of the *Appeals Chamber* are of utmost importance:

"Although the *Trial Chamber* did not err in its factual findings and correctly noted the principles governing sentencing, it committed an error in finding that the sentence imposed adequately reflects the level of gravity of the crimes committed by Galić and his degree of participation. The sentence rendered was taken from the wrong shelf. Galić's crimes were characterized by exceptional brutality and cruelty, his participation was systematic, prolonged and premeditated and he abused his senior position of VRS Corps commander. In the *Appeals Chamber's* view, the sentence imposed on Galić by the *Trial Chamber* falls outside the range of sentences available to it in the circumstances of this case. The *Appeals Chamber* considers that the sentence of only 20 years was so unreasonable and plainly unjust, in that it underestimated the gravity of Galić's criminal conduct, that it is able to infer that the *Trial Chamber* failed to exercise its discretion properly. Accordingly, the *Appeals Chamber* finds that the *Trial Chamber* abused its discretion in imposing a

---

<sup>25</sup> Art. 103 (2) (b) and Art. 104 ICC Statute. See also *Kress/Sluiter* (fn. 6), at p. 1794 et seq.

sentence of only 20 years and allows the Prosecution's appeal."<sup>26</sup>

### 2. Enforcement agreement

Following the respective decision of the President of the ICTY, the Registrar concluded an agreement with Germany with respect to enforcing Galić's prison sentence on 16.12.2008.<sup>27</sup> While the Enforcement agreement generally follows the previous practice and the model agreement, there is one interesting point. If Galić is eligible for early release under German law, but the ICTY President decides that such release is not appropriate, Galić will be transferred back to The Hague and will not serve the remainder of his prison sentence in Germany.<sup>28</sup> There is no indication why this provision was included. It is clearly not in the interest of Galić to be transferred to yet another state of enforcement. Such a transfer is also not justified by his conviction and seems to be in contradiction of the aim of rehabilitation. It may be assumed, that these considerations may make the President of the ICTY more amenable to agree to early release than he or she might be in light of the previous practice.

### 3. Applicable German law

Section 57a of the German Criminal Code<sup>29</sup> provides that in case of life imprisonment, the convicted person can be set free on parole after 15 years if certain conditions are met. Therefore, in German practice life imprisonment often means only 15 years service of the sentence. This does not apply, however, when the Trial Chamber has determined that the culpability of the sentenced person is "particularly serious".<sup>30</sup> Obviously, such a specific finding cannot be expected from any Trial Chamber at the ICTY, especially as the state of enforcement is not yet designated at the time of the judgment. Yet, in the Galić case the specific findings of the *Appeals Chamber*<sup>31</sup> regarding the adequate sentence with regard to his individual guilt seem to match the described requirements for a longer period to be served and should be taken into account when deciding about early release.

In an earlier ICTY case, Tadić was sentenced to 20 years imprisonment and he also served his sentence in Germany. Interestingly enough, the German courts at the time applied section 57 of the German Criminal Code which applies to sentences of imprisonment of a determinate number of years, although under German law the maximum sentence of imprisonment amounts to 15 years. As such the Tadić judgment should have arguably fallen under section 57a for life impris-

onment. In the Tadić case, the application of section 57 (instead of 57a) favoured Tadić as he was hereby eligible to early release after 2/3 of his prison term. In case the 20 years imprisonment would have been regarded as a life imprisonment under German law, he would have served at least 15 years. This situation obviously changes if a perpetrator is convicted to more than 23 years of imprisonment. In such a case, the more favourable treatment will follow when the international sentence is considered as one of life imprisonment for the purposes of enforcement in Germany – a somewhat surprising result. It should be added that, as a matter of principle, German courts will apply the rule that is most favorable to the perpetrator.

The most important factors for early release are social rehabilitation and public security. However, social rehabilitation in the context of domestic cases is hard to compare with that in a situation of macro-criminality which is the typical environment of crimes under international law. Here, the perpetrators, as a rule, act in conformity with and not in deviance from their immediate social system and the majority of perpetrators of crimes under international law are unlikely to commit similar crimes after their release. It is therefore questionable if these factors can be attached great weight when deciding about early release.

### V. Conclusion

In short, it seems that the designation of the state of enforcement amounts to something like a lottery for the person sentenced by the ICTY. The national criminal systems of enforcement differ widely and the ICTY lacks the decisive power to influence the national level in a way that the principle of equal treatment would be satisfied.<sup>32</sup> This is unsatisfactory because it contradicts the overall aim to achieve equal justice and uniform enforcement,<sup>33</sup> as reflected, for example, in the Erdemović Sentencing Judgment.<sup>34</sup> One wonders whether the sentenced person should not at least be heard in the designation procedure and whether his or her views should not at least be taken into account in the final decision. One must however concede that there will often be no choice between several states and the conditions and circumstances of the international criminals will be the same in the majority of cases.

With the growing number of international courts and hence with a growing number of convicts, the question arises whether it would not be preferable to establish a truly international prison with a set of international rules for imprison-

---

<sup>26</sup> ICTY, Judgement of 30.11.2006 – IT-98-29-A (Galić Appeals Judgment), paras. 455 and 456.

<sup>27</sup> The Galić enforcement agreement can be found online at: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Member\\_States\\_Cooperation/enforcement\\_agreement\\_germany\\_galic\\_161208en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Member_States_Cooperation/enforcement_agreement_germany_galic_161208en.pdf).

<sup>28</sup> Galić Enforcement Agreement (fn. 27), section 2 (4).

<sup>29</sup> Galić Enforcement agreement (fn. 27), section 2 (3), specifically refers to section 57a.

<sup>30</sup> Section 57a (1) No. 2 of the German Criminal Code.

<sup>31</sup> See *supra* at IV. 1.

<sup>32</sup> Neither Art. 27 of the Statute nor Rule 103 (RPE) provide for the possibility to transfer a prisoner at any time to another enforcing state, as foreseen in the ICC Statute under Art. 104 (1).

<sup>33</sup> One could imagine that two brothers are convicted by the same Trial Chamber for the same crimes to life imprisonment, but then sent to different enforcing states. One brother might be set free after 15 years in Germany, while the other brother might stay in prison for the rest of his life in the Netherlands.

<sup>34</sup> See *supra* fn. 8.

ment, its conditions and for early release. Already today, many perpetrators spent a number of years during pre-trial and trial stages in the UN prison in Scheveningen/The Hague.<sup>35</sup> In case of very short prison sentences, some convicted prisoners have never been transferred to another state of enforcement. An international prison would have a number of advantages, among which a better treatment for the convicted war criminals. Currently, they serve their sentence in various national prisons. No special program can be devised by the domestic prison authorities in terms of rehabilitation and regarding prison conditions reflecting the specific circumstances of war criminals, if such a prisoner is the lone exception within the prison population. Most importantly, an international prison with a unified set of rules would ensure equal treatment of all such prisoners.

Until this vision comes true, it will be up to the *Trial Chambers* of the respective courts and Tribunals to set clear minimum standards in each verdict when it comes to the issue of imprisonment and the duration of such sentences. Specific findings as to a minimum period that needs to be served (like in the Tadić case<sup>36</sup> or Stakić case<sup>37</sup>) could be at least helpful guidelines to the national courts. The same applies to specific findings as to the individual degree of guilt or specific findings as to when early release may be appropriate. Another option is to establish a more detailed set of international rules on enforcement. However, the negotiations on the Rome Statute have shown that many states are very reluctant when it comes to binding international rules on enforcement. Such international standardized rules would also not automatically solve a possible conflict with national constitutional law.<sup>38</sup>

It may be worth for the Office of the Prosecutor to be in contact with the domestic Prosecutor to ensure that appropriate reports are filed by the domestic prison authorities and that factors like rehabilitation, showing of remorse and good cooperation are adequately reflected in such reports. Otherwise these factors cannot be really considered when the final decision is made.<sup>39</sup>

Concerning the Galić case, one can only hope that the German courts and authorities as well as the ICTY will not ignore the fact that the *Appeals Chamber* found it necessary, based on the facts of the case and the individual guilt of the Accused, to increase the initial sentence of 20 years to life imprisonment. It would be irritating to see Galić released

much earlier than even the 20 years that were found clearly insufficient by the *Appeals Chamber*. With regard to the specific enforcement agreement between the ICTY and Germany regarding Stanislav Galić, it seems advisable that both renegotiate the agreement to deal with a situation where the President may not consent to early release, to avoid the immediate transfer of Galić back to The Hague.<sup>40</sup> It is hard to understand why Galić should serve the rest of his prison term in yet another state of enforcement. Such a transfer might cause additional hardship that is not required and justified by the conviction as such.

Finally, it seems worth to review the concept of international enforcement with regard to the actual aim of such enforcement. Is social rehabilitation the main purpose as in purely domestic cases? Or is the enforcement of the international sentence more about serving justice and the strengthening of the international rule of law? The outcry of many victims at the early release of some ICTY prisoners (e.g. Plavšić) should also send a warning signal to the international community. A similar outcry can be predicted in other cases, like in the Galić case. Only with a clear and uniform concept of international enforcement can national authorities and courts render appropriate decisions on enforcement and early release.

---

<sup>35</sup> In separated parts of the prison, suspects before the ICTY, ICC and Special Court for Sierra Leone are detained during the pre-trial, trial and appeals stage.

<sup>36</sup> ICTY, Sentencing Judgment of 14.7.1997 – IT-94-1-T 8 (Prosecutor v. Tadić), para. 76.

<sup>37</sup> ICTY, Judgment of 31.7.2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić), Disposition, V. (1), p. 253.

<sup>38</sup> As in Germany, the Constitutional Court found that every convicted person has to have a chance to be released after a minimum period to be served.

<sup>39</sup> See ICTY, Decision of the President on the Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dusko Tadić of 17.7.2008 – IT-94-1-ES (Prosecutor v. Tadić), para. 16.

---

<sup>40</sup> Galić Enforcement Agreement (fn. 27), Section 2 (4).

# Rechtsprechungsübersicht: Aktuelle Entwicklungen am Internationalen Strafgerichtshof\*

Von Eleni Chaitidou, Den Haag\*\*

Der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) ist seit dem letzten Jahr sichtbar in eine neue Phase getreten. Der Schwerpunkt der Tätigkeit hat sich nun in den Gerichtssaal verlagert. Eine Bilanz in Zahlen mag diese Entwicklung veranschaulichen: Bei Gericht sind derzeit sieben Situationen<sup>1</sup> anhängig, aus denen 13 Fälle gegen 25 Angeschuldigte<sup>2</sup> hervorgegangen sind. Die Vorverfahrenskammern haben insgesamt 18 Haftbefehle<sup>3</sup> und 9 Ladungen erlassen sowie acht Vorverfahren durchgeführt. Vier Fälle befinden sich im Hauptverfahren; zwei davon in der Schlussphase.<sup>4</sup> Die Zunahme der gerichtlichen Aktivität im letzten Jahr bedeutet auch eine erhöhte Anzahl von Entscheidungen, die einen weiteren Beitrag zur Auslegung des Römischen Statuts<sup>5</sup> geleistet haben. Im Nachfolgenden wird eine kleine Auswahl der Rechtsprechung vorgestellt, die einige Höhepunkte widerspiegelt. Der Aufbau des Beitrages orientiert sich an den unterbreiteten Situationen und daraus entspringenen Fällen und beschränkt sich auf die Verfahren, in denen neue Entwicklungen zu verzeichnen waren.<sup>6</sup>

\* Dieser Beitrag schließt an ZIS 2011, 726 an. Neuere Entwicklungen bis Ende September 2011 sind für den Beitrag berücksichtigt worden. Alle im Beitrag geäußerten Beobachtungen sind die persönlichen Ansichten der Verf. und geben nicht die offizielle Haltung des Internationalen Strafgerichtshofs wieder. Der Beitrag ist eine Ergänzung zum Vortrag von Volker Nerlich vor dem Arbeitskreis Völkerstrafrecht am 17./18.6.2011 in Den Haag, der kurzfristig den Redevortrag auf dem Arbeitskreistreffen für die Verf. übernahm. Auch für seine wertvollen Anmerkungen zu diesem Beitrag sei ihm an dieser Stelle herzlich gedankt.

\*\* Eleni Chaitidou ist als Legal Officer in der Vorverfahrensabteilung tätig.

<sup>1</sup> Diese sind: Demokratische Republik Kongo, Republik Uganda, Zentralafrikanische Republik, Sudan/Darfur, Kenia, Libyen und die Elfenbeinküste.

<sup>2</sup> Das Verfahren gegen Raska Lukwya wurde am 11.7.2007 aufgrund seines Todes eingestellt, ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 11.7.2007 – ICC-02/04-01/05-248 (Decision to Terminate the Proceedings against Raska Lukwya).

<sup>3</sup> Diese angegebene Zahl berücksichtigt auch den Haftbefehl gegen Raska Lukwya (dessen Verfahren eingestellt worden ist) und die zwei Haftbefehle gegen Omar al Bashir.

<sup>4</sup> Im Lubanga-Verfahren haben sich die Richter zur Ausarbeitung des erstinstanzlichen Endurteils zurückgezogen; im Katanga/Ngudjolo Chui-Verfahren schließt die Verteidigung mit der Aussage der beiden Angeklagten ihren Beweisvortrag ab.

<sup>5</sup> Alle im Beitrag genannten Artikel ohne Gesetzesangaben sind solche des Römischen Statuts. Die deutsche Terminologie im Beitrag orientiert sich, soweit wie möglich, an der amtlichen Übersetzung des Statuts.

<sup>6</sup> Aus diesem Grund werden die Situation Uganda und andere Verfahren aus anderen Situationen nicht behandelt.

## I. Situation Demokratische Republik Kongo (Vorverfahrenskammer I)<sup>7</sup>

Die „Situation“ („situation“) kann umschrieben werden als das dem Gerichtshof unterbreitete „Szenario“, in dem es den Anschein hat, dass eines oder mehrere der im Römischen Statut aufgeführten Verbrechen begangen wurden. Der Tätigkeitsschwerpunkt am IStGH liegt in dieser Verfahrensphase bei der Anklagebehörde, die die Ermittlungen führt und Beweise sammelt, mit dem Ziel ein konkretes Verfahren („case“) einzuleiten. Gleichzeitig ist die „Situation“ einer Vorverfahrenskammer übertragen, die in diesem Stadium ihre im Statut angelegten Kontrollbefugnisse punktuell über die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit ausübt. Der zu behandelnde Sachverhalt ist dann Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens („judicial proceedings“).

In den vergangenen Jahren ist die Vorverfahrenskammer I dem Wunsch von insgesamt 133 Opfern auf Beteiligung auf der Situationsebene nachgekommen, indem sie den Opferstatus dieser Personen anerkannt<sup>8</sup> und ihnen ein allgemeines Beteiligungsrecht<sup>9</sup> zugestanden hat. Nachdem die Berufungskammer mit Urteil vom 19.12.2008 ein allgemeines Beteiligungsrecht auf der Situationsebene abgelehnt hatte und eine Unterscheidung zwischen den „Ermittlungen“ des Anklägers auf der einen Seite und „gerichtlichen Verfahren“ – die sich durchaus auch auf Ermittlungen auswirken können – auf der anderen Seite, getroffen hat,<sup>10</sup> waren die Vorverfahrenskam-

<sup>7</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/04 geführt.

<sup>8</sup> Norm 85 der Verfahrens- und Beweisordnung. Diese Vorschrift stellt die Definition, wer als Opfer anerkannt werden kann, bereit: „For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence: (a) ‚Victims‘ means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes.“

<sup>9</sup> Art. 68 Abs. 3. Im ersten Satz dieser Vorschrift findet sich die allgemeine Rechtsgrundlage für die Opferbeteiligung: „Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. [...]“.

<sup>10</sup> ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 19.12.2008 – ICC-01/04-556 (Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007).

mern bemüht, die Konturen einer sinnvollen Opferbeteiligung auf der Situationsebene erneut zu skizzieren. Für die Situation Demokratische Republik Kongo hat die *Vorverfahrenskammer I* diese am 11.4.2011 in Anlehnung an eine vorausgegangene Entscheidung der *Vorverfahrenskammer II* in der Situation Kenia abermals geklärt.<sup>11</sup> Darin wird die von der *Berufungskammer* getroffene Unterscheidung aufgegriffen und ein Beteiligungsrecht der Opfer für den Fall angekündigt, dass ein gerichtliches Verfahren auf Situationsebene, bspw. gemäß Art. 53, 57 Abs. 3 lit. c oder 56 Abs. 3, eröffnet ist. Die Anerkennung des Opferstatus, welcher einer Beteiligung vorausgeht, würde auch erst zum Zeitpunkt der Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens vorgenommen werden. Während die *Vorverfahrenskammer I* sich einig war, dass der Rahmen der Beteiligungsrechte mit dieser Entscheidung neu justiert worden war, war sie in der Frage der Beibehaltung des Opferstatus der 133 bereits anerkannten Opfer gespalten. Die Kammermehrheit erkannte den 68 Opfern, die vom genannten Urteil der *Berufungskammer* erfasst waren, den Opferstatus ab, während die restlichen 65 Opfer, die in vorausgegangenen Entscheidungen der *Vorverfahrenskammer* anerkannt worden waren, ihren Status beibehielten.<sup>12</sup> Am 18.8.2011 erkannte die *Kammer* weitere 8 Opfer als solche an, da deren Opferanträge zum Zeitpunkt der hier besprochenen Entscheidung vom 11.4.2011 in Bearbeitung waren.<sup>13</sup>

Aus der Situation Demokratische Republik Kongo sind insgesamt vier Fälle gegen fünf Angeschuldigte hervorgegangen, die sich in verschiedenen Verfahrensstadien befinden und im Folgenden gesondert dargestellt werden. Im ersten Verfahren gegen den Angeklagten Thomas Lubanga Dyilo haben sich die Richter der *Hauptverfahrenskammer I* zu den abschließenden Beratungen zurückgezogen. Im zweiten Verfahren gegen die Angeklagten Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui schliesst die Verteidigung ihren Beweisvortrag im Hauptverfahren ab. Das dritte Verfahren gegen den Angeschuldigten Bosco Ntaganda „ruht“ im Vorverfahren.<sup>14</sup> Das vierte Verfahren gegen den Angeschuldigten Callixte Mbarushimana befindet sich im Vorverfahren.

<sup>11</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 11.4.2011 – ICC-01/04-593 (Decision on victims' participation relating to the situation in the Democratic Republic of the Congo).

<sup>12</sup> Richterin Steiner erklärte in ihrem abweichenden Votum, dass nach ihrem Verständnis das Urteil der *Berufungskammer* vom 19.12.2008 den Opferstatus der 68 betroffenen Opfer nicht tangierte und diese Opfer ihren Opferstatus nicht verloren haben. Ihre abweichende Meinung ist im Anhang der Kammerentscheidung vom 11.4.2011.

<sup>13</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 18.8.2011 – ICC-01/04-597-Red (Redacted version of the Decision on 13 applications for victims' participation in proceedings relating to the situation in the Democratic Republic of the Congo).

<sup>14</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/04-02/06 geführt. Der Haftbefehl v. 22.8.2006 gegen Bosco Ntaganda ist noch nicht vollstreckt und der Angeschuldigte nicht an den Gerichtshof überstellt worden. Von einer Darstellung dieses Falles wird daher in diesem Beitrag abgesehen.

### 1. Das Verfahren *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (*Hauptverfahrenskammer I*)<sup>15</sup>

- Überstellung an den IStGH: 17.3.2006
- Bestätigung der Anklage: 29.1.2007
- Hauptverhandlung: 26.1.2009-26.8.2011
- Am Verfahren beteiligte Opfer: 124
- Stand des Verfahrens: abschließende Beratungen der Richter

Nachdem die Rolle der Vermittler („intermediaries“), die den Kontakt zwischen der Anklagebehörde und Zeugen vor Ort in der Demokratischen Republik Kongo ermöglichen und administrativ unterstützen, in den Fokus des Verfahrens gerückt war,<sup>16</sup> ist die *Kammer* dem Vorwurf einer unzulässigen Beeinflussung der Zeugen in einer Reihe von Entscheidungen nachgegangen. Am 10.12.2010 beantragte die Verteidigung die endgültige Einstellung des Verfahrens wegen eines „abuse of process“, da ihrer Meinung nach ein fairer Prozeß gegen den Angeklagten nicht mehr gewährleistet sei.<sup>17</sup> Der Einstellungsantrag war auf fünf Argumente gestützt: (1) vier der Vermittler hätten Zeugen unzulässigerweise zur Falschaussage verleitet; (2) der Ankläger habe Kenntnis von den unwahren Zeugenaussagen gehabt oder notwendige Nachforschungen hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit unterlassen; (3) der Ankläger habe vorsätzlich Material im Hinblick auf die betroffenen Vermittler und Zeugen verspätet offengelegt; (4) ein Opfer, dem eine Nähe zur kongolesischen Regierung zugeschrieben worden ist, habe vermeintlich zwei weitere Opfer, die sich am Verfahren beteiligen, zur Falschaussage angestiftet; und (5) der Ankläger habe seine Verpflichtung zur Unvoreingenommenheit und Fairness gegenüber dem Angeklagten verletzt. In ihrer Entscheidung<sup>18</sup> vom 7.3.2011 betonte die *Kammer* zunächst den Ausnahmecharakter dieses Rechtsbehelfs und stellte den Prüfungsmaßstab auf, nämlich

„first, would it be ‚odious‘ or ‚repugnant‘ to the administration of justice to allow the proceedings to continue, or

<sup>15</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/04-01/06 geführt.

<sup>16</sup> Siehe hierzu den Beitrag von Chaitidou, ZIS 2010, 727 (728).

<sup>17</sup> Der Antrag auf Einstellung eines Verfahrens aufgrund „abuse of process“ ist sui generis und findet keine ausdrückliche Rechtsgrundlage im Römischen Statut. Allerdings wurzelt dieser Rechtsbehelf in der Beachtung international anerkannter Menschenrechte (Art. 21 Abs. 3) und ist von der *Berufungskammer* anerkannt worden. ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 14.12.2006 – ICC-01/04-01/06-772 (Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006).

<sup>18</sup> ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 7.3.2011 – ICC-01/04-01/06-2690-Red (Redacted Decision on the „Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings“).

second have the accused's rights been breached to the extent that a fair trial has been rendered impossible".<sup>19</sup>

Sodann wies die *Kammer* alle fünf Argumente mit dem Hinweis zurück, dass zum einen die *Kammer* im Laufe des Verfahrens eine Reihe von Entscheidungen erlassen habe, um die Thematik zu beleuchten, und zum anderen die Fakten nicht ausreichten, um eine so drastische Maßnahme wie die Einstellung des Verfahrens zu rechtfertigen. Die Einstellung des Verfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt sei unverhältnismäßig und die Einwände der Verteidigung könnten im Endurteil berücksichtigt werden. Schließlich stellte die *Kammer* klar, dass der Vorwurf, die Anklagebehörde sei im Verfahren von der kongolesischen Regierung instrumentalisiert worden, nicht bestätigt worden sei.

Zum Ende der mündlichen Verhandlung trat ein neues Rechtsproblem auf, das zeitgleich auch im Verfahren Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui vor der *Hauptverfahrenskammer II* aufkam.<sup>20</sup> Ein in der Demokratischen Republik Kongo inhaftierter Zeuge der Verteidigung ist gemäß Art. 93 Abs. 7 dem IStGH zeitweilig zum Zwecke seiner Vernehmung übergeben worden.<sup>21</sup> Während seines Aufenthalts war er, auf Ersuchen des IStGH, in der Haftanstalt des Jugoslawientribunals untergebracht, das an die IStGH-Haftanstalt angrenzt. Kurz nach seiner Zeugenvernehmung machte er geltend, dass er aufgrund gesundheitlicher Probleme und der Gefahr, Repressalien wegen seiner Aussage vor dem IStGH bei seiner Rückkehr in die Demokratische Republik Kongo ausgesetzt zu sein, nicht in sein Heimatland zurückkehren könne. Er beantragte daher, unter Berufung auf Art. 68 Abs. 1 und internationale Instrumente, dass die *Kammer* seine Rückkehr in den Kongo aussetze, weitere Sicherheitsmaßnahmen anordne, und dass der Gerichtshof praktische Anordnungen treffe, die es ihm erlauben, seinen vor einem niederländischen Gericht anhängigen Asylantrag weiter zu verfolgen. Nach einer Reihe von Schriftsätzen aller betroffenen Akteure, d.h. des inhaftierten Zeugen, des Anklägers, der Verteidigung, den Niederlanden

als Sitzstaat, der Demokratischen Republik Kongo und der Kanzlei des Gerichtshofs, hat die *Kammer* in einer Entscheidung vom 5.8.2011 geklärt,<sup>22</sup> dass der Anwendungsbereich von Art. 68 Abs. 1 nur dann eröffnet sei, wenn die Gefahr für die Sicherheit und das körperliche und seelische Wohl eines Zeugen eine direkte Folge seiner Zeugenaussage vor Gericht ist. Gesundheitliche Probleme könnten daher nicht berücksichtigt werden.<sup>23</sup> Gestützt auf einen Bericht der Kanzlei, in dem Zweifel an der dargestellten Gefahrenlage für den Zeugen erhoben wurden, erklärte die *Kammer*, dass der Gerichtshof seine Verpflichtungen aus Art. 68 Abs. 1 zum Schutz des Zeugen und seiner Familie grundsätzlich erfüllt habe. Folglich wäre gemäß Art. 93 Abs. 7 lit. b der inhaftierte Zeuge unverzüglich der Demokratischen Republik Kongo zu überstellen. Allerdings sah sich die *Kammer* mit den Auswirkungen des gestellten Asylantrags des inhaftierten Zeugen konfrontiert und damit mit der Frage ob nicht die Auslegung des Statuts im Lichte international anerkannter Menschenrechte die unverzügliche Rücküberstellung des Zeugen nach Art. 93 Abs. 7 lit. b verhindere. Vor diesem Hintergrund galt es zunächst festzustellen, unter welche Jurisdiktion der Zeuge fällt.<sup>24</sup> Die *Kammer* stellte fest, dass sich der inhaftierte Zeuge de facto auf niederländischem Territorium befinde, selbst wenn er in den Räumlichkeiten des IStGH der Kontrolle des Gerichtshofes unterliege. Daher müsse der Sitzstaat grundsätzlich seinen Verpflichtungen aus verschiedenen internationalen Instrumenten, wie z.B. dem Abkommen von 1951 und Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge oder dem Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, nachkommen. Der Gerichtshof wiederum müsse in seiner Entscheidung über die unverzügliche Rücküberstellung des Zeugen nicht nur seine Verpflichtungen gegenüber dem Kongo, sondern auch die internationalen Verpflichtungen des Sitzstaates berücksichtigen. Nach Ansicht der *Kammer* überwogen die Verpflichtungen des Sitzstaates. Bei dieser Sachlage beschränkte sich die Verantwortung des Gerichtshofes darauf, sich mit der Demokratischen Republik Kongo auf weitere Sicherheitsmaßnahmen vor Ort zu verständigen, sollte der Zeuge in sein Heimatland zurückkehren. Das Asyl-

<sup>19</sup> ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 7.3.2011 – ICC-01/04-01/06-2690-Red (Redacted Decision on the „Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings“), para. 166.

<sup>20</sup> Die *Hauptverfahrenskammer II* fällte ihr Urteil am 9.6.2011 und damit zeitlich vor der Entscheidung der Lubanga-Hauptverfahrenskammer. Beide *Kammern* kamen zum selben Ergebnis, von einigen rechtlichen Nuancen abgesehen. Zum Verfahren vor *Hauptverfahrenskammer II* siehe unten.

<sup>21</sup> Art. 93 Abs. 7 lautet: „(a) The Court may request the temporary transfer of a person in custody for purposes of identification or for obtaining testimony or other assistance. The person may be transferred if the following conditions are fulfilled: (i) The person freely gives his or her informed consent to the transfer, and (ii) The requested State agrees to the transfer, subject to such conditions as that State and the Court may agree. (b) The person being transferred shall remain in custody. When the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State.“

<sup>22</sup> ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 5.8.2011 – ICC-01/04-01/06-2766-Red (Redacted Decision on the request by DRC-D01-WWWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application).

<sup>23</sup> Der Zeuge ist nach seiner Ankunft in den Niederlanden umfassend medizinisch betreut worden. Der betreuende Arzt hatte attestiert, dass der Zeuge reisefähig ist.

<sup>24</sup> Die Demokratische Republik Kongo machte geltend, dass der Zeuge nach wie vor in kongolesischer Haft sei, und dass allein der Gewahrsam über den inhaftierten Zeugen dem Gerichtshof zeitweilig übertragen wurde. Unter Hinweis auf Art. 93 Abs. 7 und Art. 44 des Sitzstaatabkommens machten die Niederlande geltend, dass der Inhaftierte zeitweilig im Gewahrsam des Gerichtshofes sei und die Niederlande daher keine Jurisdiktion über den Inhaftierten ausüben könne. Gleichzeitig machten die Niederlande deutlich, dass sie einen Asylantrag ordnungsgemäß bearbeitet würden.

verfahren allerdings falle allein in die Zuständigkeit der Niederlande. Für eine Aufrechterhaltung der Haft des Zeugen, während über seinen Asylantrag entschieden wird, sei der Gerichtshof daher nicht befugt. Da der Gerichtshof aufgrund Art. 21 Abs. 3 sicherstellen müsse, dass der inhaftierte Zeuge effektiv das Recht auf Asyl genießen könne, müsse gewährleistet werden, dass er Zugang zu seinem Anwalt habe, und dass er das Territorium der Niederlande nicht verlassen müsse, bis über seinen Asylantrag entschieden sei. So beauftragte die *Kammer* die Kanzlei des IStGH, Konsultationen mit den Niederlanden aufzunehmen, ob und wie der inhaftierte Zeuge für die Dauer seines Asylantrages in die „Kontrolle“ der Niederlande überführt werden könne.<sup>25</sup>

Die Niederlande und die Demokratische Republik haben Beschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt, die von der *Hauptverfahrenskammer I* zugelassen wurde.<sup>26</sup> Das Beschwerdeverfahren ist zum Zeitpunkt der Anfertigung dieses Beitrages nicht öffentlich.

## 2. Das Verfahren *Prosecutor v. Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui* (*Hauptverfahrenskammer II*)<sup>27</sup>

- Überstellung an den IStGH: 17.10.2001 (Katanga) und 7.2.2008 (Ngudjolo)
- Bestätigung der Anklage: 26.9.2008
- Beginn der Hauptverhandlung: 24.11.2009
- Am Verfahren beteiligte Opfer: 366<sup>28</sup>
- Stand des Verfahrens: Beweisvortrag der Verteidigung

Auch in diesem Verfahren sind drei im Kongo inhaftierte Zeugen der Verteidigung gemäß Art. 93 Abs. 7 dem IStGH zeitweilig zum Zwecke ihrer Vernehmung übergeben worden. Auch hier machten die inhaftierten Zeugen geltend, dass sie als politische Gegner der kongolesischen Regierung und ihrer Aussage vor dem IStGH befürchten müssten, von Personen, die dem Kreis um die kongolesische Regierung angehören, bei ihrer Rückkehr in ihr Heimatland bedroht zu werden. Sie beantragten daher eine Reihe von Maßnahmen, die den vom inhaftierten Zeugen im Lubanga-Verfahren beantragten Sicherheitsmaßnahmen ähnlich waren. Zum Zeitpunkt der Entscheidung der *Hauptverfahrenskammer II* hatten alle drei inhaftierten Zeugen ein Asylgesuch bei den niederländischen Behörden eingereicht.<sup>29</sup> Auch die *Hauptverfahrens-*

*kammer II* suspendierte mit Entscheidung vom 9.6.2011<sup>30</sup> für die Dauer des Asylverfahrens die unverzügliche Rücküberstellung der drei inhaftierten Zeugen in die Demokratische Republik Kongo, da Art. 21 Abs. 3 das Gericht zwingt, Art. 93 Abs. 7 lit. b im Lichte international anerkannter Menschenrechte auszulegen. Im Gegensatz zur Entscheidung im Lubanga-Verfahren legte die *Hauptverfahrenskammer II* allerdings ihren Argumentationsschwerpunkt auf die effektive Verwirklichung der Rechte der inhaftierten Zeugen, die ihnen durch verschiedene internationale Instrumente garantiert seien. Im Ergebnis erklärte die *Kammer* unmissverständlich, dass der Gerichtshof in keiner Weise die Antragstellung auf Asyl behindern dürfe. Gegen diese Entscheidung beantragten der Ankläger,<sup>31</sup> die Niederlande<sup>32</sup> und die Demokratische Republik Kongo<sup>33</sup> Zulassung einer Beschwerde an die Berufungskammer. Diese wurde von der *Hauptverfahrenskammer II* abgelehnt.<sup>34</sup> Die Niederlande traten im Nachfolgenden an die *Berufungskammer* heran und erbaten Hinweise, unter welchen Bedingungen der Staat eine Beschwerde gem. Art. 82 Abs 1 lit. d direkt bei der *Berufungskammer* eingelegt könne. Die *Berufungskammer* lehnte dieses Gesuch in limine ab, da den Niederlanden kein Rechtsbehelf nach dem Statut zustehe.<sup>35</sup>

Im Nachfolgenden ordnete die *Kammer* die Aufnahme von Konsultationen zwischen der IStGH-Kanzlei, den Niederlanden und der Demokratischen Republik Kongo an, mit dem Ziel zu eruieren, ob die drei betroffenen Personen wäh-

<sup>25</sup> Siehe auch ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 12.9.2011 – ICC-01/04-01/06-2785 (Order on the Report of the Registrar on the execution of decision ICC-01/04-01/06-2766-Conf).

<sup>26</sup> ICC (Trial Chamber I), Urt. v. 12.9.2011 – ICC-01/04-01/06-2785 (Order on the Report of the Registrar on the execution of decision ICC-01/04-01/06-2766-Conf), para. 11.

<sup>27</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/04-01/07 geführt.

<sup>28</sup> Diese Zahl reflektiert den Stand Juni 2011.

<sup>29</sup> Im Gegensatz zum Sachverhalt im Lubanga-Verfahren, hatte hier die Kanzlei den drei inhaftierten Zeugen den Kontakt zu ihrem Anwalt aktiv verwehrt. Die *Kammer* rügte diese Intervention als unzulässig und ordnete an, dass die Kanzlei unverzüglich den Besuch eines Anwalts in der Haftanstalt des IStGH gestatte.

<sup>30</sup> ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 9.6.2011 – ICC-01/04-01/07-3003-tENG (Decision on the Amicus Curiae application and on the ‘Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’ [articles 68 and 93(7) of the Statute]).

<sup>31</sup> ICC, Schriftsatz des Anklägers v. 15.6.2011 – ICC-01/04-01/07-3021 (Prosecution’s Application for Leave to Appeal Trial Chamber II’s ‘Décision sur une requête en amicus curiae et sur la requête à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’ [ICC-01/04-01/07-3003]).

<sup>32</sup> ICC, Schriftsatz der Niederlande v. 15.6.2011 – ICC-01/04-01/07-3020 (Application for Leave to Appeal the Trial Chamber’s Decision ICC-01/04-01/07-3003 dated 9 June 2011).

<sup>33</sup> ICC, Schriftsatz der Demokratischen Republik Kongo v. 15.6.2011 – ICC-01/04-01/07-3023 (Demande d’autorisation d’interjeter appel de la Décision sur une requête en amicus curiae et sur la ‘requête à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’).

<sup>34</sup> ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 14.7.2011 – ICC-01/04-01/07-3073-tENG (Decision on three applications for leave to appeal Decision ICC-01/04-01/07-3003 of 9 June 2011).

<sup>35</sup> ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 26.8.2011 – ICC-01/04-01/07-3132 (Decision on the ‘Urgent Request for Directions’ of the Kingdom of the Netherlands of 15 July 2011).

rend des Asylverfahrens in Haft verbleiben müssten und wer für ihre weitere Haft zuständig ist.<sup>36</sup>

Mit Entscheidung vom 26.8.2011 bat die *Kammer* die Parteien und Opfer um Stellungnahmen, ob eine Ortsbesichtigung der Ortschaft Bogoro, auf die der von der *Kammer* untersuchte Angriff der Rebellengruppen im Jahr 2003 stattgefunden haben soll, durchgeführt werden solle.<sup>37</sup>

Der Beweisvortrag der Verteidigung schließt mit den Zeugenaussagen der Angeklagten Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui, die ihre Aussagen unter Eid ablegen. Diesbezüglich erbat Mathieu Ngudjolo Chui vorab gewisse Zusicherungen, die jedem Zeugen nach dem Statut zustünden. Die *Kammer* klärte in einer weiteren Entscheidung vom 13.9.2011,<sup>38</sup> dass der Angeklagte als Zeuge alle Fragen beantworten müsse, selbst wenn die Antworten für ihn belastend seien, und dass seine Zeugenaussage gegen ihn verwendet werden könne. Der Angeklagte könne des Weiteren keine Zusicherung nach Art. 93 Abs. 2 erhalten,<sup>39</sup> da eine solche Zusicherung mit der prozessualen Stellung des Angeklagten nicht vereinbar sei. Auch könne der Angeklagte nicht von der Schutzvorschrift 74 der Verfahrens- und Beweisordnung profitieren,<sup>40</sup> da er als Angeklagter freiwillig unter Eid aussage und damit auf sein Recht zu schweigen verzichtet habe.

### 3. Das Verfahren *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (Vorverfahrenskammer I)<sup>41</sup>

- Erlass des Haftbefehls: 28.9.2010
- Überstellung an den IStGH: 25.1.2011
- Am Vorverfahren beteiligte Opfer: 132
- Stand des Verfahrens: Anfertigung der „confirmation of charges“ Entscheidung

Der Angeschuldigte Mbarushimana wurde am 28.1.2011 zum ersten Mal den Richtern der *Vorverfahrenskammer I* vorgeführt, die den Beginn der Anhörung zur Bestätigung der Anklagepunkte („confirmation of charges“) auf den 4.7.2011

<sup>36</sup> ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 24.8.2011 – ICC-01/04-01/07-3128 (Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350).

<sup>37</sup> ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 26.8.2011 – ICC-01/04-01/07-3131 (Order Inviting the Parties and Participants to Make Observations Regarding a Judicial Site Visit).

<sup>38</sup> ICC (Trial Chamber II), Urt. v. 13.9.2011 – ICC-01/04-01/07-3153 (Decision on the request of the Defence for Mathieu Ngudjolo to obtain assurances with respect to self-incrimination for the accused).

<sup>39</sup> Art. 93 Abs. 2 lautet: „The Court shall have the authority to provide an assurance to a witness or an expert appearing before the Court that he or she will not be prosecuted, detained or subjected to any restriction of personal freedom by the Court in respect of any act or omission that preceded the departure of that person from the requested State.“

<sup>40</sup> Aus Platzgründen kann die Vorschrift mit dem Titel „Self-incrimination by a witness“ nicht wiedergegeben werden.

<sup>41</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/04-01/10 geführt.

terminierten. Am selben Tag erließ die *Kammer* auch eine Entscheidung, mit der die Anfechtung des Haftbefehls durch den Angeschuldigten zurückgewiesen wurde.<sup>42</sup> Mbarushimana hatte vorgetragen, dass der Haftbefehl nichtig sei, weil die Sache zum Zeitpunkt des Haftbefehlerlasses unzulässig gewesen sei.<sup>43</sup> Die Bundesanwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland habe nämlich gegen ihn i.S.v. Art. 17 Abs. 1 lit. a ermittelt und das Ermittlungsverfahren gem. §153c und §153f StPO erst am 3.12.2010, d.h. *nach* Erlass des IStGH-Haftbefehls, eingestellt. Der Ankläger habe die *Kammer* über diese Sachlage nur unzureichend in seinem Haftbefehlsantrag informiert, die bei Kenntnis aller entscheidungserheblichen Informationen möglicherweise den Haftbefehl nicht erlassen hätte. Die *Kammer* wies darauf hin, dass die Zulässigkeit der Sache bei Erlass eines Haftbefehls nur unter engen Voraussetzungen geprüft werde, und dass die Zulässigkeit der Sache auch nicht in den Prüfungsumfang der Norm 117 Abs. 3 der Verfahrens- und Beweisordnung<sup>44</sup> falle. Sodann beantragte der Angeschuldigte auf Grundlage desselben Sachvortrags die endgültige Einstellung des Verfahrens („permanent stay of proceedings“), da der Ankläger die *Kammer* bewusst irreführend habe und sein Verhalten ein „abuse of process“ darstelle. Zudem beantragte Mbarushimana die Herausgabe des relevanten Schriftverkehrs zwischen der Bundesanwaltschaft und dem Ankläger. Auch dieser Antrag wurde mit Entscheidung vom 1.7.2011 gänzlich von der *Kammer* verworfen.<sup>45</sup> Eine Beschwerde der Verteidigung gegen diese Entscheidung wurde von der *Kammer* nicht zugelassen.<sup>46</sup>

Am 30.3.2011 legte die *Kammer* die Leitlinien und den Zeitplan für die bevorstehende Offenlegung („disclosure“) der Beweismittel zwischen dem Ankläger und der Verteidigung fest.<sup>47</sup> Die Kammermehrheit verlangte für sich Zugang nur zu den Beweismitteln, die die Parteien bei der „confirma-

<sup>42</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 28.1.2011 – ICC-01/04-01/10-50 (Decision on the Defence Challenge to the Validity of the Arrest Warrant).

<sup>43</sup> ICC, Schriftsatz des Angeschuldigten v. 9.1.2011 – ICC-01/04-01/10-32 (Defence Challenge to the Validity of the Arrest Warrant).

<sup>44</sup> Die Vorschrift lautet: „A challenge as to whether the warrant of arrest was properly issued in accordance with article 58, paragraph 1 (a) and (b), shall be made in writing to the Pre-Trial Chamber. The application shall set out the basis for the challenge. After having obtained the views of the Prosecutor, the Pre-Trial Chamber shall decide on the application without delay.“

<sup>45</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 1.7.2011 – ICC-01/04-01/10-264 (Decision on the „Defence request for a permanent stay of proceedings“).

<sup>46</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 15.7.2011 – ICC-01/04-01/10-288 (Decision on the Defence request for leave to appeal the „Decision on the „Defence request for a permanent stay of proceedings““ (ICC-01/04-01/10-264).

<sup>47</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 30.3.2011 – ICC-01/04-01/10-87 (Decision on issues relating to disclosure).

tion of charges“ Anhörung präsentieren würden.<sup>48</sup> Desweiteren legte die *Kammer* fest, dass der Ankläger den Inhalt von entlastendem Beweismaterial nach Art. 67 Abs. 2 und solchen, die unter den Anwendungsbereich der Norm 77 der Verfahrens- und Beweisordnung fallen, knapp zusammenfassen und eine Erklärung einreichen müsse, welche Relevanz diese Beweisstücke für die Vorbereitung der Verteidigung haben. Gegen diese Entscheidung beantragte der Ankläger die Zulassung einer Beschwerde, mit der er sich u.a. wegen der von der *Kammer* geforderten inhaltlichen Zusammenfassung entlastender Beweismittel an die *Berufungskammer* wenden wollte. Die *Kammer* wies diesen Antrag am 21.4.2011 zurück.<sup>49</sup>

Am 19.7.2011 focht der Angeschuldigte die Zuständigkeit des Gerichtshofes an.<sup>50</sup> Bezugnehmend auf die frühere Feststellung der *Kammer*, dass die Parameter der Situation von der „Krisensituation“ bestimmt seien, die zum Zeitpunkt der Unterbreitungserklärung der Demokratischen Republik Kongo vom 3.3.2004 bestand,<sup>51</sup> trug er vor, dass die der Unterbreitungserklärung zugrundeliegende „Krisensituation“ („situation of crisis“) allein die Region Ituri und nicht die Ereignisse in den Nord- und Süd-Kivus erfasse. Es bestehe daher kein ausreichender Nexus zwischen den Anklagepunkten und der Situation. Die *Kammer* bat um die Stellungnahmen des Anklägers,<sup>52</sup> der Opfer und der Demokratischen Republik Kongo.<sup>53</sup> Eine Entscheidung zur Zuständigkeit steht noch aus.

<sup>48</sup> Erwähnenswert ist das abweichende Votum von Richter Tarfusser, der wie schon in vorangegangenen Vorverfahren weiterhin die Ansicht vertritt, dass die *Kammer* auch in diesem Verfahrensstadium Zugang zu entlastenden Beweismitteln gewährt werden muss. *Vorverfahrenskammer II* hat seit dem Bemba-Vorverfahren einen gegenteiligen Weg eingeschlagen und verlangt die Kommunikation *aller* offengelegter Beweismittel an die *Kammer*.

<sup>49</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 21.4.2011 – ICC-01/04-01/10-116 (Decision on the Prosecution’s application for leave to Appeal the „Decision on issues relating to disclosure“ [ICC-01/04-01/10-87]).

<sup>50</sup> ICC, Schriftsatz des Angeschuldigten v. 19.7.2011 – ICC-01/04-01/10-290 (Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court).

<sup>51</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 6.9.2010 – ICC-01/04-575 (Decision requesting clarification on the Prosecutor’s Application under Article 58).

<sup>52</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 20.7.2011 – ICC-01/04-01/10-297 (Order to the Prosecutor requesting observations on the „Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court“). Obgleich Anordnungen und Entscheidungen die Zuständigkeit des Gerichts betreffend nach Art. 57 Abs. 2 die Zustimmung der gesamten *Kammer* bedürfen, ist diese Entscheidung von Richter Tarfusser allein als „Duty Judge“ erlassen worden.

<sup>53</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 16.8.2011 – ICC-01/04-01/10-377 (Decision requesting observations on the „Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court“). Diese Kammerentscheidung trägt den Anforderungen des Art. 19 Abs. 3 S. 2 Rechnung.

Nachdem die „confirmation of charges“ Anhörung zweimal verschoben worden war,<sup>54</sup> fand die Anhörung vom 16. bis 21.9.2011 statt.<sup>55</sup>

## II. Situation Zentralafrikanische Republik (Vorverfahrenskammer II)<sup>56</sup>

Aus dieser Situation ist ein Fall hervorgegangen, der im Nachfolgenden besprochen wird.

*Das Verfahren Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Hauptverfahrenskammer III)*<sup>57</sup>

- Überstellung an den IStGH: 3.7.2008
- Bestätigung der Anklagepunkte: 15.6.2009
- Beginn der Hauptverhandlung: 22.11.2010
- Am Hauptverfahren beteiligte Opfer: 1.617<sup>58</sup>
- Verfahrensstand: Beweisvortrag des Anklägers

Mit einer Mehrheitsentscheidung vom 18.11.2010 folgte die *Kammer* der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und erklärte das sog. „witness proofing“ von Zeugen vor ihrer Aussage für nicht zulässig.<sup>59</sup> Weiter entschied die Richtermehrheit am 19.11.2010,<sup>60</sup> dass alle schriftlichen Zeugen-

<sup>54</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 31.5.2011 – ICC-01/04-01/10-207 (Decision on the Prosecution’s request for the postponement of the confirmation hearing); ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 16.8.2011 – ICC-01/04-01/10-374 (Decision postponing the commencement of the confirmation hearing).

<sup>55</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 12.9.2011 – ICC-01/04-01/10-413 (Second decision on the schedule of the confirmation hearing).

<sup>56</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/05 geführt.

<sup>57</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/05-01/08 geführt.

<sup>58</sup> Stand 26.9.2011. Weitere 2.830 Anträge auf Beteiligung von Opfern sind bei Gericht zur Entscheidung anhängig, siehe ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 9.9.2011 – ICC-01/05-01/08-1726 (Decision setting a timeline for the filing of observations on pending victims’ applications).

<sup>59</sup> ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 18.11.2010 – ICC-01/05-01/08-1016 (Decision on the Unified Protocol on the practices used to prepare and familiarise witnesses for giving testimony at trial). Richterin Ozaki war in ihrem abweichenden Votum der Auffassung, dass, obgleich das Statut und die Verfahrens- und Beweisordnung keine ausdrückliche Rechtsgrundlage bereit stellen, Art. 64 Abs. 2 und Abs 3 lit. a die Praxis des „witness proofing“ zulasse, ICC (Trial Chamber III), Urteil v. 24.11.2010 – ICC-01/095-01/08-1039 (Partly Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki on the Decision on the Unified Protocol on the practices used to prepare and familiarise witnesses for giving testimony at trial). Siehe dazu auch *Chaitidou*, ZIS 2008, 371 (372).

<sup>60</sup> ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 19.11.2010 – ICC-01/05-01/08-1022 (Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence).

aussagen, die bereits der Verteidigung offengelegt worden sind, prima facie als Beweismittel zugelassen werden.<sup>61</sup> Dies würde das Verfahren beschleunigen, da nicht jedes einzelne Schriftstück gesondert zugelassen werden müsse, und würde das bevorstehende Befragen der Zeugen verkürzen. Sie stellte klar, dass dieser Ansatz die *Kammer* jedoch nicht hindere, zu einem späteren Zeitpunkt über die Zulässigkeit eines Beweismittels (auf Ersuchen der Parteien oder proprio motu) oder seine Beweiskraft zu entscheiden. Die Richtermehrheit entschied, dass das Statut zwar eine Präferenz für den Mündlichkeitsgrundsatz ausdrückt, dieser Grundsatz aber nicht absolut gilt. So gebe es eine Vielzahl von Vorschriften, die andere Beweisarten als das mündliche Zeugnis ausdrücklich zulassen. Nach Ansicht der Richtermehrheit folgt das Statut nicht dem rigiden Beweisrecht des „common law“ sondern erlaube die Flexibilität der „civil law“ Beweisregeln, vorausgesetzt, dass die Erheblichkeit und Zulässigkeit der Beweismittel vom Gericht überprüft werden können. Überdies verletze es nicht die Rechte des Angeklagten, der zu einem frühen Zeitpunkt Zugang zu den schriftlichen Aussagen der Zeugen habe und seine Verteidigung besser vorbereiten könne. Dieser Ansatz trage auch zur Kohärenz zwischen Vorverfahren und Hauptverfahren bei, da die meisten Zeugenaussagen – sowie andere Schriftstücke – bereits in der Entscheidung zur Bestätigung der Anklagepunkte als Beweismittel herangezogen worden sind. Auf diese Entscheidung aufbauend, organisierte die *Kammer* die bevorstehende Befragung von Zeugen in der Hauptverhandlung.<sup>62</sup> Auf das Recht einer möglichen unbeeidigten Erklärung des Angeklagten nach Art. 67 Abs. 1 lit. h wurde ausdrücklich Bezug genommen. Ob also der Angeklagte als Zeuge unter Eid aussagen könne, beantwortete die *Kammer* (noch) nicht.

Die *Berufungskammer*<sup>63</sup> verwarf den Ansatz der *Kammer* in ihrem Urteil vom 3.5.2011<sup>64</sup> und entschied, dass für den

<sup>61</sup> Richterin Ozaki lehnte in ihrem abweichenden Votum die „vorläufige Zulassung“ von Beweismitteln ab. Ihrer Meinung müsse für den Angeklagten klar ersichtlich sein, ob ein Beweismittel zugelassen sei oder nicht. Die Zulassung schriftlicher Aussagen der Zeugen verstöße ihrer Meinung nach gegen den im Statut aufgestellten Mündlichkeitsgrundsatz, Öffentlichkeitsgrundsatz und das Beschleunigungsgebot, siehe ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 23.11.2010 – ICC-01/05-01/08-1028 (Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki on the Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence).

<sup>62</sup> ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 19.11.2010 – ICC-01/05-01/08-1023 (Decision on Directions for the Conduct of the Proceedings).

<sup>63</sup> Die von beiden Parteien eingelegte Beschwerde wurde von *Hauptverfahrenskammer III* zugelassen, siehe ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 26.1.2011 – ICC-01/05-01/08-1169 (Decision on the prosecution and defence applications for leave to appeal the „Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence“).

<sup>64</sup> ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 3.5. 2011 – ICC-01/05-01/08-1386 (Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of

Fall („in that case“), dass die *Hauptverfahrenskammer* über die Zulässigkeit der Beweismittel gem. Art. 69 Abs. 4 entscheide, sie dies für jedes beigebrachte („submitted“)<sup>65</sup> Beweismittel einzeln und individuell begründet vornehmen müsse. Eine vorläufige „prima facie“ Zulassung von Beweismitteln sei im Statut nicht vorgesehen. Ein pauschales Zulassen schriftlicher Zeugenaussagen verletze zudem den Mündlichkeitsgrundsatz (Art. 69 Abs. 2), von dem nur unter strikten Bedingungen abgewichen werden könne. Die *Berufungskammer* hat es also ins Ermessen der unter-instanzlichen *Kammern* gestellt, ob jene das dem common law entlehnte intensive Zulassungsverfahren von beigebrachten Beweisen vornehmen oder, wie im civil law System üblich, ob jene die Beweiskraft und Relevanz der Beweise sowie mögliche Nachteile für die Verteidigung erst im Endurteil prüfen. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 69 Abs. 4, der den *Kammern* die Möglichkeit überlässt, ein Zulassungsverfahren durchzuführen oder nicht („may“).

Nach dem Urteil der *Berufungskammer* erließ die *Kammer* erneut eine Anordnung zur Beibringung von Beweismitteln, insbesondere schriftlicher Zeugenaussagen, in der sie den von der *Berufungskammer* aufgestellten Anforderungen zum Zulässigkeitsverfahren von Beweismitteln Rechnung trägt.<sup>66</sup>

### III. Situation Sudan/Darfur (Vorverfahrenskammer I)<sup>67</sup>

Aus dieser Situation sind vier Fälle hervorgegangen die sich in verschiedenen Verfahrensstadien befinden und im Folgenden gesondert dargestellt werden. Das Verfahren gegen Bahr Idriss Abu Garda wurde bereits im Vorverfahren eingestellt.<sup>68</sup> In einem weiteren Verfahren gegen Abdallah Banda Abakaer Nourain und Saleh Mohammed Jerbo Jamus sind die Anklagepunkte bestätigt und die Angeklagten der *Hauptverfah-*

*Trial Chamber III* entitled „Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence“).

<sup>65</sup> Die Terminologie ist in diesem Fall im Lichte des für die *Hauptverfahrenskammern* anwendbaren Art. 74 Abs. 2 zu verstehen. Im Vorverfahren, auf das Art. 69 auch Anwendung findet (Norm 122 Abs. 9 der Verfahrens- und Beweisordnung), „präsentieren“ („present“) die Parteien ihre Beweise (Art. 61 Abs. 6, Norm 121 und 122 der Verfahrens- und Beweisordnung).

<sup>66</sup> ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 31.5.2011 – ICC-01/05-01/08-1470 (Order on the procedure relating to the submission of evidence). Richterin Ozaki lehnte die Auslegung der Richtermehrheit von Norm 68 der Verfahrens- und Beweisordnung ab sowie die von der *Kammer* beanspruchte Befugnis, die schriftliche Zeugenaussage in vollem Umfang zu verlangen, ab, siehe ICC (Trial Chamber III), Urt. v. 31.5.2011 – ICC-01/05-01/08-1471 (Partly Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki on the Order on procedure relating to the admission of evidence).

<sup>67</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-02/05 geführt.

<sup>68</sup> Siehe die Besprechung des Falles *Chaitidou*, ZIS 2010, 726 (733).

renskammer IV zugewiesen worden. Das Verfahren gegen die beiden Angeschuldigten Ahmad Muhammad Harun und Ali Muhammad Ali Abd-Rahman „ruht“, da diese noch nicht dem IStGH überstellt worden sind.<sup>69</sup> Die Reisetätigkeiten des sudanesischen Präsidenten al Bashir haben die *Vorverfahrenskammer I* zu einer Reihe von Entscheidungen veranlasst.

*1. Das Verfahren Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Vorverfahrenskammer I)*<sup>70</sup>

- Erlass des ersten Haftbefehls: 4.3.2009
- Erlass des zweiten Haftbefehls: 12.7.2010
- Am Vorverfahren beteiligte Opfer: 12
- Verfahrensstand: Angeschuldigter noch nicht verhaftet

Wie bereits bei seinen vergangenen Besuchen in die Republik Kenia und Tschad,<sup>71</sup> hat die *Kammer* auf Besuche des sudanesischen Präsidenten in die Zentralafrikanische Republik, die Republik Djibouti und die Republik Tschad reagiert. Alle drei Länder sind Vertragsstaaten des IStGH-Statuts und damit verpflichtet, al Bashir zu verhaften und an den IStGH zu überstellen. In der Entscheidung betreffend die Zentralafrikanische Republik vom 1.12.2010<sup>72</sup> ordnete die *Kammer* an, dass der Vertragsstaat alle geeigneten Massnahmen treffen solle, um al Bashir zu verhaften, der sich am selben Tag im Vertragsstaat aufhielt. In ihrer Entscheidung betreffend die Republik Tschad<sup>73</sup> reagierte die *Kammer* auf einen zweiten Besuch al Bashir's in den Tschad seit Erlass der Haftbefehle. Die *Kammer* erinnerte Tschad an seine Verpflichtungen aus dem Römischen Statut und forderte den Vertragsstaat zu einer Stellungnahme gem. Regulation 109 Abs. 3 der Geschäftsordnung<sup>74</sup> auf. In ihrer die Republik Djibouti betreffenden Entscheidung,<sup>75</sup> informierte die *Kammer* den Sicherheitsrat und die Vertragsstaatenversammlung über den Besuch al Bashirs in den Vertragsstaat, damit der Sicherheitsrat und die Vertragsstaatenversammlung geeignete Massnahmen treffen können.

<sup>69</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-02/05-01/07 geführt. Die Haftbefehle vom 27.4.2007 gegen beide Angeschuldigte sind noch nicht vollstreckt. Von einer Darstellung dieses Falles wird daher in diesem Beitrag abgesehen.

<sup>70</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-02/05-01/09 geführt.

<sup>71</sup> Siehe dazu *Chaitidou*, ZIS 2010, 726 (733).

<sup>72</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 1.12.2010 – ICC-02/05-01/09-121 (Demande de coopération et d'information adressée à la République Centrafricaine).

<sup>73</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 18.8.2011 – ICC-02/05-01/09-132 (Decision requesting observations about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad).

<sup>74</sup> Regulation 109 Abs. 3 der Geschäftsordnung lautet: „Before making a finding in accordance with article 87, paragraph 7, the Chamber shall hear from the requested State.“

<sup>75</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 12.5.2011 – ICC-02/05-01/09-129 (Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti).

*2. Das Verfahren Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain und Saleh Mohammed Jerbo Jamus (Vorverfahrenskammer I)*<sup>76</sup>

- Erlass der Ladungen: 27.8.2009 (unter Verschluss)
- Veröffentlichung der Ladungen: 15.6.2010
- Bestätigung der Anklagepunkte: 7.3.2011
- Am Vorverfahren beteiligte Opfer: 89
- Verfahrensstand: Vorbereitung des Hauptverfahrens

*a) Verfahren vor Vorverfahrenskammer I*

Mit Entscheidung vom 7.3.2011 bestätigte die *Vorverfahrenskammer I* gegen die Angeschuldigten Banda und Jerbo die vom Ankläger erhobenen Anklagepunkte der vorsätzlichen und versuchten Tötung, Plünderung und eines vorsätzlichen Angriffs auf eine von der Afrikanischen Union entsandte friedenserhaltende Mission in Haskanita/Darfur am 29.9.2007 in indirekter Mittäterschaft gem. Art. 8 Abs. 2 lit. c-i, Art. 8 Abs. 2 lit. e-iii und Art. 8 Abs. 2 lit. e-v.<sup>77</sup> Dem auch im Abu Garda-Verfahren vorgetragene Vorwurf, die Mission hätte ihren Schutz unter dem Statut durch die vermeintliche Anwesenheit einer regierungsnahen Person verloren, sind die Richter nicht gefolgt.

Erwähnenswert ist, dass sich die Verteidigung mit dem Ankläger für die Zwecke des Vorverfahrens auf eine Reihe von im „document containing the charges“ aufgeführte Tatsachen gem. Norm 69 der Verfahrens- und Beweisordnung<sup>78</sup> geeinigt hatte. Folglich hat die Verteidigung während der „confirmation of charges“ Anhörung<sup>79</sup> keine Einwendungen gegen die Anklagepunkte vorgebracht und keine Beweismittel angefochten oder beigebracht. Die *Kammer* erklärte in ihrer Entscheidung vom 7.3.2011, dass sie die Einigung der Parteien mit Vorsicht in Betracht gezogen habe.<sup>80</sup> In ihrer Entscheidung bezog sie sich zudem auf eine Reihe früherer Feststellungen im Abu Garda-Verfahren, dem derselbe Sachverhalt zugrunde lag. Nach Bestätigung der Anklagepunkte

<sup>76</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-02/05-03/09 geführt.

<sup>77</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 7.3.2011 – ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red (Corrigendum of the „Decision on the Confirmation of Charges“).

<sup>78</sup> Norm 69 der Verfahrens- und Beweisordnung lautet: „The Prosecutor and the defence may agree that an alleged fact, which is contained in the charges, the contents of a document, the expected testimony of a witness or other evidence is not contested and, accordingly, a Chamber may consider such alleged fact as being proven, unless the Chamber is of the opinion that a more complete presentation of the alleged facts is required in the interests of justice, in particular the interests of victims.“

<sup>79</sup> Die mündliche Verhandlung fand am 8.12.2010 in Abwesenheit der beiden Angeschuldigten statt.

<sup>80</sup> ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 7.3.2011 – ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red (Corrigendum of the „Decision on the Confirmation of Charges“), paras. 43 ff.

überwies die Präsidentschaft das Verfahren an die neu konstituierte *Hauptverfahrenskammer IV*.<sup>81</sup>

*b) Verfahren vor Hauptverfahrenskammer IV*

Der Beginn der Hauptverhandlung gegen die Angeklagten ist noch nicht von der *Kammer* terminiert worden. Zum Zwecke ihrer Vorbereitung hat die Verteidigung die *Kammer* u.a. um Erlass einer Anordnung nach Art. 57 Abs. 3 lit. b gebeten,<sup>82</sup> um die Zusammenarbeit Sudans und der Afrikanischen Union nach Teil 9 des Statuts zu erreichen. Die *Kammer* lehnte die Anträge ab, weil sie den Anforderungen des Art. 96 Abs. 2 nicht genügten, dh zu unbestimmt waren. Erwähnenswert in der Entscheidung betreffend Sudan ist die richterliche Auslegung des Tatbestandmerkmals „as may be necessary“ in Art. 57 Abs. 3 lit. b.<sup>83</sup> Es bedeute, dass die Verteidigung sich bemühen müsse, im Rahmen ihrer Beweissammlung alle alternativen Schritte auszuschöpfen, um auf andere Weise an die Beweise zu gelangen, bevor sie sich an die *Kammer* wende. Das schließe ein Herantreten bspw. an dritte Staaten oder den Ankläger des IstGH ein, der gemäß Art. 54 Abs. 1 lit. a verpflichtet sei, gleichermaßen belastende und entlastende Tatsachen zu ermitteln. In der Entscheidung die Afrikanische Union betreffend<sup>84</sup> merkte die *Kammer* an, dass regionale

<sup>81</sup> ICC (Präsidentschaft), Entscheidung v. 16.3.2011 – ICC-02/05-03/09-124 (Decision constituting Trial Chamber IV and referring to it the case of The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus).

<sup>82</sup> Die Verteidigung hatte bereits vorher die *Vorverfahrenskammer I* um eine Anordnung ersucht, die dem nicht stattgegeben hatte, da ihrer Ansicht nach die Verteidigung, in Anbetracht ihrer Strategie, die Anklagepunkte nicht anzufechten, und den Zeitpunkt der Antragstellung kurz vor der „confirmation of charges“ Anhörung, die „Notwendigkeit“ i.S.v. Art. 57 Abs. 3 lit b nicht genügend begründet hatte. Sie verwies die Verteidigung an die *Hauptverfahrenskammer*, sollten die Anklagepunkte bestätigt werden, ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 17.11.2010 – ICC-02/05-03/09-102 (Decision on „Defence Application pursuant to Article 57 (3) (b) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of Sudan“). Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde nicht zugelassen, ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 30.11.2010 – ICC-02/05-03/09-109 (Decision on the „Defence Application for leave to Appeal the „Decision on the Defence Application pursuant to article 57 (3) (b) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of Sudan“ of 17 November 2010“).

<sup>83</sup> ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 1.7.2011 – ICC-01/02-03/09-169 (Decision on „Defence Application pursuant to articles 57 (3) (b) & 64 (6) (a) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of the Sudan“).

<sup>84</sup> ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 1.7.2011 – ICC-02/05-03/09-170 (Decision on the „Defence Application pursuant to Articles 57 (3) (b) & 64 (6) (a) of the Statute for an order for

Organisationen im Statut Nichtvertragsstaaten gleichgestellt seien und laut Art. 87 Abs. 6 nicht zur Zusammenarbeit verpflichtet werden könnten.

Die Sprache, die beide Angeklagte vollständig verstehen und sprechen, ist Zaghawa, eine nur mündlich gesprochene Sprache, die auf ca. 5.000 Wörter beschränkt ist. Um Art. 67 Abs. 1 lit. a gerecht zu werden, müssen Dolmetscher für die Hauptverhandlung und Übersetzer, die u.a. das belastende Beweismaterial auf einem Tonträger übersetzen, ausgebildet und in die Terminologie des Statuts eingewiesen werden. Dieser Umstand wirkt sich unmittelbar auf die Vorbereitung und Terminierung der Hauptverhandlung aus.<sup>85</sup>

Schließlich ließ auch die *Hauptverfahrenskammer IV* erkennen, dass die sog. „confirmation of charges“ Entscheidung der *Vorverfahrenskammer* den Rahmen des Verfahrens festlege und nicht das sog. „document containing the charges“, das Schriftstück des Anklägers, aus dem die Anklagepunkte hervorgehen.<sup>86</sup>

**IV. Situation Republik Kenia (Vorverfahrenskammer II)**<sup>87</sup>

Nachdem die *Vorverfahrenskammer II* die Aufnahme von Ermittlungen in der Situation Republik Kenia genehmigt hatte,<sup>88</sup> beantragte der Ankläger am 15.12.2010 sechs Angeschuldigte wegen begründeten Verdachts der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Zusammenhang mit den kenianischen Präsidentschaftswahlen 2007/2008 zu laden. Drei der Angeschuldigten, die in der öffentlichen Pressekonzferenz des Anklägers am 15.12.2010 zum ersten Mal von den Vorwürfen Kenntnis erlangten, wandten sich daraufhin an die *Kammer*, um sich vor Erlass der Ladungen zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen zu äußern. Die *Kammer* lehnte dies ab und klärte, dass das Art. 58 Verfahren zum Erlass eines Haftbefehls oder einer Ladung ex parte mit dem Ankläger allein geführt werde und bis zum Erlass eines Haft-

the preparation and transmission of a cooperation request to the Africa Union“).

<sup>85</sup> ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 16.8.2011 – ICC-02/05-03/09-199 (Order on translation of witness statements); ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 7.9.2011 – ICC-02/05-03/09-211 (Order to the prosecution and Registry on translation issues); ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 12.9.2011 – ICC-02/05-03/09-214 (Reasons for the Order on translation of witness statements (ICC-02/05-03/09-199) and additional instructions on translation).

<sup>86</sup> ICC (Trial Chamber IV), Urt. v. 12.9.2011 – ICC-02/05-03/09-214 (Reasons for the Order on translation of witness statements (ICC-02/05-03/09-199) and additional instructions on translation), para. 33; siehe dazu auch *Chaitidou*, ZIS 2010, 726 (728).

<sup>87</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/09 geführt.

<sup>88</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya). Siehe auch *Chaitidou*, ZIS 2010, 726 (734).

befehls oder einer Ladung die Angeschuldigten nicht gehört werden müssten.<sup>89</sup>

Die *Kammer* erließ am 3.11.2010 die Entscheidung zur Frage der Opferbeteiligung auf der Situationsebene,<sup>90</sup> die im Kontext der Situation Demokratische Republik bereits kurz vorgestellt wurde. Hinzuzufügen wäre an dieser Stelle, dass die *Vorverfahrenskammer II* auch detailliert festlegte, wann und welche Opferanträge von der *Kammer* bearbeitet werden würden, je nachdem von wem das ‚gerichtliche Verfahren‘ auf der Situationsebene veranlasst werde. Außerdem wurden detaillierte Anweisungen an die Abteilung für Opferbeteiligung (Victims Participation and Reparation Section) erteilt, die als unterstützende administrative Einheit in der Kanzlei die Opferanträge vorab aufbereiten würde.

Die kenianische Regierung stellte am 21.4.2011 einen Antrag auf Rechtshilfe nach Art. 93 Abs. 10, mithilfe dessen sie Zugang zu allem Material, das der Gerichtshof im Zuge der Ermittlungen in die Ereignisse 2007/2008 erlangt hat, erbat. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Regierung bereits die Zulässigkeit der beiden Verfahren (siehe unten) gem. Art. 19 Abs. 2 lit. b angefochten. Die Regierung argumentierte, dass das Material für die nationalen Ermittlungen und Strafverfolgung, die sich auch auf die Angeschuldigten vor dem IstGH erstreckten, hilfreich sei. Weiterhin beantragte sie, dass das Rechtshilfeersuchen noch vor der Entscheidung zur Zulässigkeit der beiden Verfahren entschieden werden müsse. Mit anderen Worten, die Zulässigkeit der Verfahren wurde an die Rechtshilfe an den Vertragsstaat gekoppelt. Die *Kammer* lehnte den Antrag Kenias auf Rechtshilfe am 29.6.2011 ab.<sup>91</sup>

Sie hatte zuvor in ihren Entscheidungen zur Zulässigkeit der Verfahren vom 30.5.2011 klargestellt, dass ein Rechtshilfeersuchen (Kapitel IX des Statuts) unabhängig von der Zulässigkeitsfrage der Verfahren (Kapitel II des Statuts) zu bewerten sei.<sup>92</sup> Zudem betonte die *Kammer*, dass es im Ermessen des Gerichtshofs („may“) stehe, einem Rechtshilfeersuchen nachzukommen. Voraussetzung dafür sei nach dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 10 lit. a, dass der Staat „Ermittlungen oder ein Verfahren durchführt“. Die Regierung habe in ihrem Antrag diesen Nachweis aber nicht erbracht. Die gegen die Entscheidung vom 29.6.2011 eingelegte Beschwerde der Regierung ist von der *Kammer* noch nicht zugelassen worden.<sup>93</sup> In der Zwischenzeit ist ein zweiter Rechtshilfeantrag der kenianischen Regierung eingereicht worden.<sup>94</sup> Eine Entscheidung hierüber steht noch aus.

Die aus der Situation hervorgegangenen zwei Fälle gegen sechs Angeschuldigte werden zeitgleich vor der *Vorverfahrenskammer II* durchgeführt. Obgleich die Verfahren verschiedene Sachverhalte betreffen, sind die Verfahren, von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen, gleich verlaufen. Dies rechtfertigt, beide Fälle im Nachfolgenden zusammen vorzustellen.

*1. Das Verfahren Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey und Joshua Arap Sang (Vorverfahrenskammer II)*<sup>95</sup>

- Ladungen: 8.3.2011
- Erstes Erscheinen: 7.4.2011
- „confirmation of charges“ Anhörung: 1.9.-8.9.2011
- Am Vorverfahren beteiligte Opfer: 327
- Verfahrensstand: Anfertigung der „confirmation of charges“ Entscheidung

<sup>89</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 18.1.2011 – ICC-01/09-35 (Decision on Application for Leave to Submit Amicus Curiae Observations) – betreffend William Samoei Ruto; die Beschwerde des Angeschuldigten Ruto wurde nicht zugelassen, siehe ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 11.2.2011 – ICC-01/09-43 (Decision on a Request for Leave to Appeal); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 11.2.2011 – ICC-01/09-42 (Decision on the „Application for Leave to Participate in the Proceedings before the Pre-Trial Chamber relating to the Prosecutor’s Application under Article 57 (7)“) – Mohammed Hussein Ali betreffend; ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 18.2.2011 – ICC-01/09-47 (Decision on Application for Leave to Participate under Articles 58, 42 (5), (7)-(8) (a) of the Rome Statute and Rule 34 (1) (d) and (2) of the Rules of Procedure and Evidence) – betreffend Joshua Arap Sang. Dieser Auslegung des Statuts folgte auch *Vorverfahrenskammer I* im Gaddafi-Verfahren, ICC (Pre-Trial Chamber I), Urt. v. 26.7.2011 – ICC-01/11-01/11-1 (Decision on the „Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi“), para. 12.

<sup>90</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 3.11.2010 – ICC-01/09-24 (Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya).

<sup>91</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 29.6.2011 – ICC-01/09-63 (Decision on the Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93 (10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence).

suant to Article 93 (10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence).

<sup>92</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 30.5.2011 – ICC-01/09-01/11-101 (Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute), paras. 32-35; ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 30.5.2011 – ICC-01/09-02/11-96 (Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute), paras. 28-31.

<sup>93</sup> ICC, Schriftsatz der Regierung von Kenia v. 4.7.2011 – ICC-01/09-71 (Government of Kenya’s Application for Leave to Appeal the „Decision on the Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93 (10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence“).

<sup>94</sup> ICC, Schriftsatz der Regierung von Kenia v. 16.9.2011 – ICC-01/09-79 (Request for Assistance on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 93 (10), Article 96 and Rule 194).

<sup>95</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/09-01/11 geführt.

2. Das Verfahren *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta und Mohammed Hussein Ali (Vorverfahrenskammer II)*<sup>96</sup>

- Ladungen: 8.3.2011
- Erstes Erscheinen: 8.4.2011
- „confirmation of charges“ Anhörung: 21.9.-5.10.2011
- Am Vorverfahren beteiligte Opfer: 233
- Verfahrensstand: Anfertigung der „confirmation of charges“ Entscheidung

Die Angeschuldigten im ersten Verfahren wurden von der Richtermehrheit der *Kammer* geladen, da begründeter Verdacht bestehe, dass sie als Mitglieder eines „Netzwerkes“ Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form von vorsätzlicher Tötung, zwangsweiser Überführung der Bevölkerung und Verfolgung im Zeitraum 30.12.2007 bis Ende Januar 2008 in der Provinz Rift Valley begangen haben.<sup>97</sup> Ruto und Kosgey werden der indirekten Mittäterschaft bezichtigt; Sang soll auf sonstige Weise nach Art. 25 Abs. 3 lit. d zur Begehung der Straftaten durch das „Netzwerk“ beigetragen haben. Die Angeschuldigten im zweiten Verfahren wurden von der Richtermehrheit der *Kammer* geladen, da begründeter Verdacht bestehe, dass sie zusammen mit der kriminellen Organisation „Mungiki“<sup>98</sup> Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form von vorsätzlicher Tötung, zwangsweiser Überführung der Bevölkerung, Vergewaltigung,<sup>99</sup> Verfolgung, und anderen unmenschlichen Handlungen<sup>100</sup> im Zeitraum vom 24. bis 31.1.2008<sup>101</sup> in den Städten Nakuru und Naivasha<sup>102</sup> begangen haben.

<sup>96</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/09-02/11 geführt.

<sup>97</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 8.3.2011 – ICC-01/09-01/11-1 (Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 15.3.2011 – ICC-01/09-01/11-2 (Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II’s „Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang“).

<sup>98</sup> Bei der Annahme einer „Organisation“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a lehnte es die *Kammer* ab, die vermeintliche Inaktivität der kenianischen Polizei (die dem Ankläger zufolge zusammen mit den „Mungiki“ die „Organisation“ bilden) als solche anzuerkennen. Vielmehr betrachtete die *Kammer* die Bezugnahme auf die Polizei als einen Hinweis auf die Existenz einer „Politik des Staates“, welche von der Anklagebehörde jedoch nicht vorgetragen worden war. Sie ließ jedoch offen, diesen Aspekt zu einem späteren Zeitpunkt neu zu bewerten.

<sup>99</sup> Die *Kammer* beschränkte den Vorwurf der Vergewaltigung nur auf die Ortschaft Nakuru.

<sup>100</sup> Die *Kammer* subsumierte den Sachverhalt der Beschneidung nicht unter „jede andere Form sexueller Gewalt“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. g sondern unter „andere unmenschliche Handlung“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. k.

<sup>101</sup> Die *Kammer* reduzierte den zeitlichen Umfang des Falles von ursprünglich 27.12.2007-29.2.2008 auf die Woche Ende Januar 2008.

gen haben.<sup>103</sup> Muthaura und Kenyatta werden der indirekten Mittäterschaft bezichtigt; Ali soll auf sonstige Weise nach Art. 25 Abs. 3 lit. d zur Begehung der Straftaten beigetragen haben. Die Ladungen sind mit freiheitsbeschränkenden Bedingungen (außer Freiheitsentzug) verknüpft worden.

Am 31.3.2011 focht die Regierung Kenia die Zulässigkeit beider Verfahren auf Grundlage von Art. 17 Abs. 1 lit. a<sup>104</sup> an. Sie führte an, dass Schritte auf nationaler Ebene bis September 2011 unternommen werden würden,<sup>105</sup> um Ermittlungen wegen der Ereignisse 2007/2008 gegen Personen auf derselben hierarchischen Stufe wie die Angeschuldigten durchzuführen. Die kenianische Regierung bot an, das Gericht in regelmässigen Berichten über die nationalen Bemühungen zu informieren. Zunächst legte die *Kammer* fest, dass das „Zulässigkeitsverfahren“ schriftlich durchgeführt werden würde.<sup>106</sup> Nach Einholung aller Eingaben der Parteien, der Opfer und der kenianischen Regierung und nach Durchsicht des von der kenianischen Regierung vorgelegten Materials gelangte die *Kammer* am 30.5.2011 zur Überzeugung, dass die kenianischen Behörden zum Zeitpunkt der Anfechtung

<sup>102</sup> Die *Kammer* beschränkte den territorialen Umfang des Falles auf diese beiden Ortschaften und folgte nicht dem Vorwurf des Anklägers, dass die Angeschuldigten auch für Straftaten in Kisumu und Kibera, die vermeintlich von der kenianischen Polizei begangen worden sind, verantwortlich seien.

<sup>103</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 8.3.2011 – ICC-01/09-02/11-1 (Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 15.3.2011 – ICC-01/09-02/11-3 (Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II’s „Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali“).

<sup>104</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. a lautet: „1. Im Hinblick auf Absatz 10 der Präambel und Artikel 1 entscheidet der Gerichtshof, dass eine Sache nicht zulässig ist, wenn (a) in der Sache von einem Staat, der Gerichtsbarkeit darüber hat, Ermittlungen oder eine Strafverfolgung durchgeführt werden, es sei denn, der Staat ist nicht willens oder nicht in der Lage, die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen.“

<sup>105</sup> Die Regierung betonte, dass Kenia eine neue Verfassung angenommen hätte, die eine „Bill of Rights“ inkorporiere. Desweiteren seien Reformen der Judikative, wie die Ernennung eines Chief Justice und High Court Richtern, umgesetzt worden. Schliesslich betonte die Regierung, dass ein „Director of Public Prosecutions“ Ende Mai 2011 bestellt werden würde.

<sup>106</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. 4.4.2011 – ICC-01/09-01/11-31 (Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. 4. 4. 2011 – ICC-01/09-02/11-40 (Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute).

gänzlich inaktiv waren, d.h. keine Ermittlungen oder Strafverfolgung gegen die sechs Angeschuldigten in Kenia liefen.<sup>107</sup> Gleichzeitig hob die *Kammer* hervor, dass die Frage der Zulässigkeit des „Verfahrens“ i.S.v. Art. 17 mit Hinblick auf den Angeschuldigten und seines Verhaltens, das Gegenstand des IStGH-Verfahrens ist, untersucht werden müsse („same person/same conduct test“). Ob Kenia Straftaten anderer mutmaßlicher Täter untersuche, sei daher unerheblich. Die Regierung Kenias legte Beschwerde gegen beide Entscheidungen ein. Die Richtermehrheit der *Berufungskammer* bestätigte die Entscheidungen der *Vorverfahrenskammer*.<sup>108</sup> Insbesondere bestätigte sie im Wesentlichen die Zugrundelegung des „same person/same conduct test“ und forderte für das Vorliegen laufender Ermittlungen i.S.v. Art. 17 Abs. 1 lit. a die Existenz konkreter Schritte, wie z.B. das Befragen von Zeugen oder der Angeschuldigten, Sammeln von Dokumenten oder forensische Untersuchungen. Dies müsse der Staat mit präzisen und beweiskräftigen Beweismitteln untermauern. Die bloße Behauptung, dass nationale Behörden gegen die Angeschuldigten ermitteln würden, reiche nicht aus. Mitunter stehe es im Ermessen der *Kammer* wie sie das „Zulässigkeitsverfahren“ gem. Norm 58 der Verfahrens- und Beweisordnung gestalte.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 30.5.2011 – ICC-01/09-01/11-101 (Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 30.5.2011 – ICC-01/09-02/11-96 (Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute).

<sup>108</sup> ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 30.8.2011 – ICC-01/09-01/11-307 (Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled „Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute“); ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 30.8.2011 – ICC-10/09-02/11-274 (Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled „Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute“).

<sup>109</sup> Insbesondere dieser letzte Punkt bewegte Richterin Ušacka dazu, sich der Richtermehrheit nicht anzuschließen. Ihrer Ansicht nach urteilte die *Vorverfahrenskammer* übereilt – innerhalb von nur zwei Monaten nach Anfechtung der Zulässigkeit – ohne Kenias nationale Anstrengungen ausreichend zu berücksichtigen, ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 20.9.2011 – ICC-01/09-01/11-336 (Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled „Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute“ – Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka); ICC (Appeals Chamber), Urt. v. 20.9.2011 – ICC-01/09-02/11-342 (Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against

Erwähnenswert ist weiter, dass der Prozess der Offenlegung der Beweismittel zwischen den Parteien denselben Prinzipien unterlag, die die *Kammer* zuvor im Bemba-Verfahren aufgestellt hatte.<sup>110</sup> Zwei dieser Prinzipien seien hier kurz nochmal in Erinnerung gerufen: alle zwischen den Parteien offengelegten Beweise werden auch der *Kammer* zugänglich gemacht, die – im Gegensatz zur Rechtsprechung der *Hauptverfahrenskammern* – nicht ausdrücklich zugelassen werden müssen und auf die die *Kammer* volles Zugriffsrecht bei ihrer abschließenden Entscheidungsfindung hat. Des Weiteren ist der Ankläger verpflichtet, alle belastenden Beweise, die er offenlegt, für die Verteidigung und die *Kammer* zu analysieren, indem jedes Beweismittel zu den rechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Verbrechen und Beteiligungsform in Beziehung gesetzt wird. Dagegen reichte der Ankläger einen Antrag auf Zulassung einer Beschwerde ein, u.a. mit dem Argument, die *Kammer* würde die Anklagebehörde mit dem Erfordernis der Beweisanalyse unverhältnismäßig belasten. Zudem sei der Ankläger nicht verpflichtet, das gesamte entlastende Material offenzulegen, sondern nur einen – letztlich undefinierten – Großteil („the bulk-rule“). Die Beschwerde wurde nicht zugelassen.<sup>111</sup> Zudem beantragte er die Aussetzung der Offenlegung der Beweise zwischen den Parteien, bis die *Kammer* über die Zulässigkeit der Verfahren geurteilt habe. Die *Kammer* wies den Ankläger mit Entscheidung vom 20.4.2011 darauf hin, dass die Anfechtung der Zulässigkeit durch einen Staat nach Art. 19 Abs. 2 lit. b den Ankläger zwar zwingt, seine Ermittlungen gemäß Art. 19 Abs. 7 auszusetzen, jedoch seine Verpflichtungen zur Offenlegung der Beweismittel gegenüber der Verteidigung unberührt lässt.<sup>112</sup> Die Beschwerde des Anklägers auch gegen

the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled „Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute“ – Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka).

<sup>110</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 6.4.2011 – ICC-01/09-01/11-44 (Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 6.4.2011 – ICC-01/09-02/11-48 (Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters). Siehe auch *Chaitidou*, ZIS 2008, 371 (375).

<sup>111</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 2.5.2011 – ICC-01/09-01/11-74 (Decision on the „Prosecution’s Application for leave to Appeal the ‚Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters‘ [ICC-01/09-01/11-44]“); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 2.5.2011 – ICC-01/09-02/11-77 (Decision on the „Prosecution’s Application for leave to Appeal the ‚Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters‘ [ICC-01/09-02/11-48]“).

<sup>112</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 20.4.2011 – ICC-01/09-01/11-62 (Decision on the „Prosecution’s application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya’s admissibility challenge“ and Establishing a Calendar for Disclosure Between the Parties); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 20.4.2011 – ICC-01/09-02/11-64 (Deci-

diese Entscheidung wurde von der *Vorverfahrenskammer* nicht zugelassen.<sup>113</sup>

Im Vorfeld der „confirmation of charges“ Anhörungen initiierte die *Kammer* das Verfahren nach Norm 100 der Verfahrens- und Beweisordnung und befasste die Präsidentschaft mit der Frage, ob die Anhörungen in Kenia in situ stattfinden könnten. Allerdings wurde aufgrund der ablehnenden Stellungnahmen<sup>114</sup> der Parteien und Opfer von diesem Vorhaben Abstand genommen.<sup>115</sup>

Beim ersten Erscheinen vor Gericht kündigten die Angeeschuldigten an, dass sie die Anklagepunkte aufs Schärfste anfechten würden. In Vorbereitung der „confirmation of charges“ Anhörungen unterrichteten die Angeeschuldigten die *Kammer* darüber, wie viele Zeugen sie zu laden beabsichtigten: es waren insgesamt 43 Zeugen für das erste Verfahren und 23 Zeugen für das zweite Verfahren. Die *Kammer* lehnte diese große Anzahl von Zeugen ab und beschränkte die Verteidigung der Angeeschuldigten, unter Hinweis auf den Sinn und Zweck des Vorverfahrens, auf jeweils zwei Zeugen.<sup>116</sup>

sion on the „Prosecution’s application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya’s admissibility challenge“ and Establishing a Calendar for Disclosure Between the Parties).

<sup>113</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 11.5.2011 – ICC-01/09-01/11-85 (Decision on the „Prosecution’s Application for leave to Appeal the ,Decision on the ,Prosecution’s application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya’s admissibility challenge‘ and Establishing a Calendar for Disclosure‘ [ICC-01/09-01/11-62]“); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 11.5.2011 – ICC-01/09-02/11-88 (Decision on the „Prosecution’s Application for leave to Appeal the ,Decision on the ,Prosecution’s application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya’s admissibility challenge‘ and Establishing a Calendar for Disclosure‘ [ICC-01/09-02/11]“).

<sup>114</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 3.6.2011 – ICC-01/09-01/11-106 (Decision Requesting Observations on the Place of the Proceedings for the Purposes of the Confirmation of Charges Hearing); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 3.6.2011 – ICC-01/09-02/11-102 (Decision Requesting Observations on the Place of the Proceedings for the Purposes of the Confirmation of Charges Hearing).

<sup>115</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 29.6.2011 – ICC-1/09-01/11-153 (Decision Requesting the Parties to Submit Information for the Confirmation of Charges Hearing); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 20.7.2011 – ICC-01/09-02/11-181 (Decision Requesting the Parties to Submit Information for the Preparation of the Confirmation of Charges Hearing).

<sup>116</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 25.7.2011 – ICC-01/09-01/11-221 (Order to the Defence to Reduce the Number of Witnesses to Be Called to Testify at the Confirmation of Charges Hearing and to Submit an Amended List of Viva Voce Witnesses); ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 10.8.2011 – ICC-01/09-02/11-226 (Order to the Defence to Reduce the Number of Witnesses to Be Called to Testify at the Confirmation of Charges Hearing and to Submit an Amended List of Viva Voce Witnesses).

Die Angeschuldigten im zweiten Verfahren beantragten die Zulassung einer Beschwerde gegen diese Einschränkung, die jedoch nicht zugelassen worden ist.<sup>117</sup>

Die „confirmation of charges“ Anhörungen in beiden Fällen fanden nacheinander statt. Im ersten Verfahren fochten zuvor alle drei Angeschuldigten die Zuständigkeit des Gerichtshofes am 30.8.2011 an, da ihrer Meinung nach das Element der „Organisation“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a nicht gegeben sei.<sup>118</sup> Im zweiten Verfahren fochten am 19.9.2011 die Angeschuldigten Kenyatta<sup>119</sup> und Ali<sup>120</sup> die Zuständigkeit des Gerichtshofes aufgrund der vermeintlich fehlenden Existenz einer „Organisation“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a an. Der Angeschuldigte Ali focht zudem die Zulässigkeit des Verfahrens gem. Art. 17 Abs. 1 lit. d an, weil sein Verfahren „nicht schwerwiegend genug“ sei. Über die eingelegten Anfechtungen wird die *Kammer* in ihren abschließenden „confirmation of charges“ Entscheidungen gem. Art. 61 Abs. 7 urteilen. Zuletzt soll nicht verschwiegen werden, dass im zweiten Verfahren der Angeschuldigte Kenyatta als Zeuge unter Eid aussagte.

## V. Situation Libyen (Vorverfahrenskammer I)<sup>121</sup>

Mit Resolution 1970 (2011) vom 26.2.2011 des Sicherheitsrates ist erneut eine Situation an den IStGH gem. Art. 13 lit. b unterbreitet worden.<sup>122</sup> Nach nur fünf Tagen (3.3.2011) leitete der Ankläger die Ermittlungen ein<sup>123</sup> und am darauffolgenden Tag (4.3.2011) wies die Präsidentschaft diese Situation der

<sup>117</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II), Urt. v. 1.9.2011 – ICC-01/09-02/11-275 (Decision on the Defence Applications for Leave to Appeal the Single Judge’s Order to Reduce the Number of Viva Voce Witnesses).

<sup>118</sup> ICC, Schriftsatz der Angeschuldigten Ruto und Sang v. 30.8.2011 – ICC-01/09-01/11-305 (Defence Challenge to Jurisdiction); ICC, Schriftsatz des Angeschuldigten Kosgey v. 30.8.2011 – ICC-01/09-01/11-306 (Application on Behalf of Henry Kiprono Kosgey Pursuant to Article 19 of the ICC Statute).

<sup>119</sup> ICC, Schriftsatz des Angeschuldigte Kenyatta v. 19.9.2011 – ICC-01/09-02/11-339 (Submissions on Jurisdiction on Behalf of Uhuru Kenyatta).

<sup>120</sup> ICC, Schriftsatz des Angeschuldigten Ali v. 19.9.2011 – ICC-01/09-02/11-338 (Defence Challenge to Jurisdiction, Admissibility and Prosecution’s Failure to Meet the Requirements of Article 54).

<sup>121</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/11 geführt.

<sup>122</sup> Die Unterbreitungserklärung in der Resolution lautet: „[...] 4. *Decides* to refer the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since 15 February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court. [...]“, einzusehen unter: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement> (Stand 29.9.2011).

<sup>123</sup> Siehe die Erklärung des Anklägers v. 3.3.2011 unter: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/035C3801-5C8D-4ABC-876B-C7D946B51F22/283045/StatementLibya\\_03032011.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/035C3801-5C8D-4ABC-876B-C7D946B51F22/283045/StatementLibya_03032011.pdf) (Stand 29.9.2011).

*Vorverfahrenskammer I* zu.<sup>124</sup> Aus dieser Situation ist ein Fall gegen drei Angeschuldigte hervorgegangen.

*Das Verfahren Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi und Abdullah Al-Senussi (Vorverfahrenskammer I)*<sup>125</sup>

- Erlass der Haftbefehle: 27.6.2011
- Verfahrensstand: Angeschuldigte noch nicht verhaftet

Auf Antrag des Anklägers vom 16.5.2011 erließ die *Kammer* mit Entscheidung vom 27.6.2011 drei Haftbefehle gegen den Revolutionsführer und de facto Staatsoberhaupt Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, seinen Sohn und de facto Premierminister Saif Al-Islam Gaddafi und den Chef des militärischen Geheimdienstes Abdullah Al-Senussi wegen des begründeten Verdachts der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Ausführung „der Politik [des] Staates“ in Form der vorsätzlichen Tötung nach Art. 7 Abs. 1 lit. a und Verfolgung nach Art. 7 Abs. 1 lit. h. Muammar Gaddafi und sein Sohn Al-Islam Gaddafi werden der indirekten Mittäterschaft für Verbrechen auf libyschem Territorium von 15.2. bis mindestens („at least“) 28.2.2011 bezichtigt; al-Senussi wird indirekte Täterschaft für vermeintlich begangene Verbrechen in Bengasi von 15.2. bis mindestens („at least“) 20.2.2011 vorgeworfen.

## VI. Situation Elfenbeinküste (Vorverfahrenskammer III)<sup>126</sup>

Die Elfenbeinküste, die nicht Vertragspartei des Römischen Statuts ist, hinterlegte zum ersten Mal am 18.4.2003 eine Erklärung nach Art. 12 Abs. 3 beim Kanzler des Gerichtshofs, in der sie die Gerichtsbarkeit des IStGH in Bezug auf vermeintliche Verbrechen auf dem Territorium der Elfenbeinküste seit dem 19.9.2002 anerkannte.<sup>127</sup> Diese Erklärung war vom ehemaligen Außenminister der Regierung Laurent Gbagbos unterzeichnet. Sodann bestätigte der neu gewählte Präsident Alassane Ouattara in einer zweiten Erklärung vom 14.12.2010 die Erklärung vom 18.4.2003 und sicherte dem IStGH die Zusammenarbeit der Elfenbeinküste zu.<sup>128</sup> Allerdings nahm diese Erklärung Bezug auf vermeintliche Verbrechen, die nach März 2004 begangen worden seien. Am 3.5.2011 erneuerte der Präsident der Elfenbeinküste Alassane Ouattara ein weiteres Mal die Bitte, Ermittlungen in der El-

fenbeinküste aufzunehmen, diesmal allerdings wegen der Ereignisse in Zusammenhang mit den Präsidentschaftswahlen vom 28.11.2010.<sup>129</sup> Die Situation ist der neu konstituierten *Vorverfahrenskammer III* überwiesen worden.<sup>130</sup>

Der Ankläger beantragte am 23.6.2011 die Genehmigung zur Aufnahme von Ermittlungen in der Elfenbeinküste in Bezug auf vermeintlich begangene Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in der Zeit nach 28.2.2010.<sup>131</sup> Der Antrag ist zeitlich für die Zukunft nicht begrenzt. Der Ankläger sah eine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass diese Verbrechen von pro-Gbagbo Streitkräften begangenen worden seien. Die vorliegenden Informationen ließen allerdings nicht den Schluss zu, dass auch pro-Ouattara Streitkräfte Verbrechen begangen hätten. Diese Einschätzung würde der Ankläger jedoch nochmal überprüfen, sollte die *Kammer* die Ermittlungen genehmigen.

Die *Kammer* erließ eine Anordnung zu prozeduralen Fragen hinsichtlich der Eingaben von Opfern an die *Vorverfahrenskammer*.<sup>132</sup> Die *Kammer* erhielt insgesamt 1.047 individuelle und kollektive Eingaben von Opfern.<sup>133</sup> Eine Entscheidung über den Antrag des Anklägers zur Genehmigung von Ermittlungen gem. Art. 15 Abs. 4 steht Ende September 2011 noch aus.

<sup>124</sup> ICC (Präsidentschaft), Entscheidung v. 4.3.2011 – ICC-01/11-1 (Decision Assigning the Situation in the Libyan Arab Jamahuriya to Pre-Trial Chamber I).

<sup>125</sup> Die Verfahrensakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-01/11-01/11 geführt.

<sup>126</sup> Die Situationsakte wird mit dem Aktenzeichen ICC-02/11 geführt.

<sup>127</sup> Diese Erklärung ist zu finden unter <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CBE1F16B-5712-4452-87E7-4FDDE5DD70D9/279779/ICDE.pdf> (Stand 29.9.2011).

<sup>128</sup> Diese Erklärung ist zu finden unter <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf> (Stand 29.9.2011).

<sup>129</sup> Diese Erklärung ist zu finden unter <http://icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7DA08D8E-FF5E-40C8-92D7-F058D5B032F3/283315/LetterOuattaratoOTP030511.PDF> (Stand 29.9.2011).

<sup>130</sup> ICC (Präsidentschaft), Entscheidung v. 22.6.2011 – ICC-02/11-2 (Decision Constituting Pre-Trial Chamber III and Re-assigning the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire).

<sup>131</sup> ICC, Schriftsatz des Anklägers v. 23.6.2011 – ICC-02/11-3 (Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15).

<sup>132</sup> ICC (Pre-Trial Chamber III), Urt. v. 6.7.2011 – ICC-02/11-6 (Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15 (3) of the Statute; ICC (Pre-Trial Chamber III), Urt. v. 28.7.2011 – ICC-02/11-9 (Decision on the VPRS request for an extension of time to report on victims' representations pursuant to Regulation 35 of the Regulations of the Court).

<sup>133</sup> Allein 679 Eingaben erfüllten die Voraussetzungen der Norm 85 der Verfahrens- und Beweisordnung, davon waren 655 individuelle und 26 kollektive Eingaben, siehe ICC, Schriftsatz der Kanzlei v. 29.8.2011 – ICC-02/11-11-Red (Report on Victims' Representations); ICC, Schriftsatz der Kanzlei v. 12.9.2011 – ICC-02/11-13-Red (Addendum to the Report on Victims' Representations).

# Die Rechtsprechung der Rechtsmittelkammer der UN-ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda in den Jahren 2009 und 2010

Von Dr. Philipp Ambach, Den Haag\*

Gerade in jüngerer Vergangenheit wurde häufig die bevorstehende Schließung der zwei ad hoc-Straftribunale der Vereinten Nationen, der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (im Folgenden: „ICTY“) sowie der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda (im Folgenden: „ICTR“) diskutiert.<sup>1</sup> Wissenschaftliche Beiträge häufen sich, die bereits Bemühungen anstellen, Bilanz zu ziehen hinsichtlich der Auswirkungen der Tribunale sowohl auf die Fortentwicklung des internationalen Strafrechts als auch auf diejenigen Gesellschaften, die von den jeweils zugrunde liegenden bewaffneten Konflikten betroffen sind.<sup>2</sup> Indes spiegelt die Realität an den Tribunalen ein anderes Bild wieder: Beide Tribunale arbeiten derzeit in höchster Auslastung mit einer Vielzahl von parallel laufenden Strafverfahren in erster Instanz sowie Rechtsmittelverfahren.<sup>3</sup> Allein am ICTY laufen derzeit noch 13 Strafverfahren gegen insgesamt 35 Angeklagte.<sup>4</sup> Die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den am 31.5.2011 an den ICTY überstellten Radko Mladić ist für 2012 vorgesehen. Ebenso dürfte das Hauptverfahren gegen den letzten verbleibenden mutmaßlichen Straftäter auf der ICTY-Liste gesuchter Kriegsverbrecher, den am 20.7.2011 an den ICTY überstellten Goran Hadžić, im Jahre 2012 beginnen. Die gemeinsame Rechtsmittelkammer beider Tribunale mit Sitz in Den Haag (kurz: Kammer) verzeichnet eine steigende Arbeitsbelastung, die der Vielzahl der in jüngerer Vergangenheit abgeschlossenen erstinstanzlichen Verfahren

geschuldet ist.<sup>5</sup> Insbesondere der Abschluss zweier Großverfahren in erster Instanz am ICTR, das sog. „Butare“-Verfahren gegen sechs Angeklagte sowie das sog. „Military II“-Verfahren gegen vier Angeklagte in der ersten Jahreshälfte 2011, werden die Kammer voraussichtlich über das Jahr 2012 hinaus beschäftigen.<sup>6</sup> Eine entsprechende Vielzahl von Rechtsmittelurteilen ist in den letzten zwei Jahren ergangen, insbesondere auf Seiten des ICTR.<sup>7</sup>

Der folgende Beitrag zeichnet die wichtigsten Rechtsfragen nach, die in den Jahren 2009 und 2010 in Rechtsmittelurteilen diskutiert wurden. Hieraus erhellt die Rechtsansicht des – gemeinsam mit den Rechtsmittelkammern des Internationalen Strafgerichtshofs und des internationalisierten Spezialgerichts für Sierra Leone<sup>8</sup> – wohl wichtigsten völkerstrafrechtlichen Spruchkörpers zu einer ganzen Reihe interessanter Probleme.<sup>9</sup> Der Beitrag konzentriert sich auf Urteilsparagen, die ausdrücklich auch zur Fortentwicklung des Rechts beitragen, indem sie sich erstmals mit den betreffenden Problemstellungen befassen oder frühere Rechtsprechung fortentwickeln.

---

\* Dr. iur. Philipp Ambach (Ass. jur.) ist am Internationalen Strafgerichtshof in der Präsidentschaft als Spezial-Assistent des Präsidenten tätig. Der Inhalt dieses Beitrages gibt abschließlich die Auffassung des Verf. wieder. Anregungen und Kritik an: philipp.ambach@gmail.com.

<sup>1</sup> Abrufbar unter: [www.icty.org](http://www.icty.org) sowie [www.ictcr.org](http://www.ictcr.org) (zugegriffen am 13.10.2011). Der Begriff „Tribunale“ wird im Folgenden synonym für die gemeinsame Bezeichnung von ICTY und ICTR verwendet.

<sup>2</sup> Siehe nur Møse, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 667; Raab, *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), 82.

<sup>3</sup> Das Rechtsmittel an beiden Tribunalen, geregelt in Art. 24 der insoweit gleich lautenden Statuten der Tribunale sowie Teil VII (Rules 107-118) der Verfahrens- und Beweisregeln der Tribunale („Rules of Procedure and Evidence“, ICTY: Rev. 45, v. 8.12.2010; ICTR: Rev. 20, v. 9.2.2010, im Folgenden: „Rules“), enthält Elemente sowohl des deutschen Berufungs- als auch des Revisionsverfahrens. Indes gleicht es im Wesentlichen eher dem deutschen Revisionsverfahren, da eine erneute Beweisaufnahme nur sehr begrenzt und lediglich im Hinblick auf „neue“ Beweismittel (siehe Rule 115) möglich ist.

<sup>4</sup> Siehe Key Figures of ICTY Cases, Updated 11/07/2011, abrufbar unter: [www.icty.org](http://www.icty.org) (zugegriffen am 13.10.2011).

---

<sup>5</sup> Die überwältigende Mehrheit der verurteilten Straftäter legen Rechtsmittel gegen die gegen sie erlassenen Urteile ein, häufig begleitet von einem eigenständigen Rechtsmittel der Strafverfolgungsbehörde.

<sup>6</sup> Das Butare-Verfahren wurde am 24.6.2011 mit sechs Schuldsprüchen vor *Trial Chamber II* beendet; im Military II-Verfahren erging der Schuldspruch gegen alle vier Angeklagte für verschiedene Taten am 17.5.2011. In beiden Verfahren wird mit der Einlegung eines Rechtsmittels gerechnet. Siehe ICTR Newsletter May/June 2011, abrufbar unter: [www.ictcr.org](http://www.ictcr.org) (zugegriffen am 13.10.2011).

<sup>7</sup> Siehe nur im Jahr 2009, u.a.: ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 2.2.2009* – ICTR-01-74 (Karera v. The Prosecutor); ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 16.11.2009* – ICTR-01-73 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor); im Jahr 2010, u.a.: ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 18.3.2010* – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor); ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 18.3.2010* – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor); ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 15.3.2010* – ICTR-07-91 (Nshogoza v. The Prosecutor); ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 20.10.2010* – ICTR-05-88 (Kalimanzira v. The Prosecutor); ICTR (Appeals Chamber), *Urt. v. 20.10.2010* – ICTR-2001-70 (Rukundo v. The Prosecutor). Alle hier genannten Rechtsmittelurteile sind über die offiziellen Homepages der Gerichte zugänglich (siehe Fn. 1).

<sup>8</sup> Ambach, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* 2 (2005), 106.

<sup>9</sup> Dieser Beitrag wird sich bereits aus Platzgründen nicht mit der aktuellen Rechtsprechung der erstinstanzlichen Kammern befassen. Im Übrigen sind diese Kammern in Fragen der Auslegung des Rechts an die Aussprüche der *Rechtsmittelkammer* gebunden.

## I. Zur Gerichtsbarkeit der Tribunale

### 1. Zur Anwendung von Gewalt durch einen Staat in Ausübung des Selbstverteidigungsrechts

Im Rechtsmittelverfahren gegen Ljube Boškoski und Johan Tarčulovski<sup>10</sup> vor dem ICTY, einem der wenigen Strafverfahren gegen mazedonische Staatsangehörige, behauptete der Angeklagte Tarčulovski, dass polizeiliche oder militärische Maßnahmen eines souveränen Staates innerhalb des eigenen Staatsgebietes in Ausübung des Rechtes auf Selbstverteidigung nicht der Gerichtsbarkeit des ICTY unterfielen.

Die *Kammer* wies dieses Vorbringen mit der Begründung ab, dass auch Aktionen eines souveränen Staates in einem innerstaatlichen bewaffneten Konflikt als schwerwiegende Verletzungen humanitären Völkerrechts gewertet und geahndet werden können, wenn sie rechtswidrig sind und einen der Verbrechenstatbestände des ICTY erfüllen. Nach Ansicht der Richter kommt es lediglich darauf an, ob der militärische Eingriff im Einzelfall hinsichtlich der Art und Weise des Vorgehens rechtswidrig war – unabhängig von dem Vorliegen einer generellen, völkerrechtlich an sich zugestandenen Eingriffsbefugnis.<sup>11</sup> Nach Ansicht der *Kammer* ist es daher ebenso wenig entscheidend, ob die Staatsführung der Früheren Jugoslawischen Republik Mazedonien (FYROM) formell rechtmäßig Selbstverteidigung gegen „Terroristen“ auf ihrem Staatsgebiet ausübte.<sup>12</sup> Konkret bedeutet dies, dass ein staatlicher militärischer Eingriff, selbst wenn er dem Grunde nach zulässig ist (sog. *ius ad bellum*),<sup>13</sup> sich seinem Inhalt nach an Regeln des humanitären Völkerrechts (sog. *ius in bello*) messen lassen muss.<sup>14</sup> Die Feststellung, dass eine militärische Maßnahme vom *ius ad bellum* prinzipiell als legitim anerkannt ist, bleibt für die völkerstrafrechtliche Qualifizierung der konkreten Maßnahme unter dem Gesichtspunkt des *ius in bello* irrelevant.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski).

<sup>11</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 33.

<sup>12</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 32.

<sup>13</sup> Siehe beispielsweise das Selbstverteidigungsrecht gem. Artikel 51 der Charta der Vereinten Nationen, BGBl. II 1973, S. 431 (im Folgenden: UN-Charta).

<sup>14</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), paras. 44-46.

<sup>15</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), paras. 31, 51, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 268 und ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2 (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), sowie internationale Verträge, welche die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts festlegen: die vier Genfer Abkommen v. 12.8.1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (Genfer Abkommen I), zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (Genfer Abkom-

Abschließend hielt die *Kammer* für die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Kriegsverbrechens auf den Angeklagten Tarčulovski fest, dass die ihm angelasteten Kriegsverbrechen in ausreichendem Zusammenhang mit dem noch andauernden bewaffneten Konflikt begangen wurden.<sup>16</sup>

### 2. Staatensouveränität

Im genannten Rechtsmittelverfahren gegen Ljube Boškoski und Johan Tarčulovski war das Gericht zudem mit der Frage befasst, ob die Gerichtsbarkeit des ICTY bei einem Eingriff in „innere Angelegenheiten“ eines Staates nicht dem Prinzip der Staatensouveränität und damit verbunden dem Nichteinmischungsprinzip der Charta der Vereinten Nationen<sup>17</sup> zuwiderläuft. Die *Kammer* führte dazu aus, dass während das Nichteinmischungsprinzip der Durchführung von Zwangsmaßnahmen (sog. „enforcement measures“) gemäß dem VII. Kapitel der UN-Charta zur Verfolgung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts nicht entgegenstehe. Die Strafverfolgung durch den ICTY, so stellten die Richter klar, sei eine solche Zwangsmaßnahme, da das Tribunal durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen als Maßnahme zur Wiederherstellung internationaler Sicherheit gemäß dem VII. Kapitel der UN-Charta errichtet wurde.<sup>18</sup>

### 2. Gerichtsbarkeit *ratione personae* (militärischer Rang des Angeklagten)

Die *Kammer* stellte im Boškoski-Verfahren weiterhin fest, dass das Tribunal gemäß Art. 1 des Statuts nicht auf die Strafverfolgung nur von Führungstätern beschränkt ist, wie eine Anzahl bereits beendeter Verfahren gegen Angeklagte in mittleren militärischen Rängen veranschaulicht.<sup>19</sup> Eine Ver-

men II), über die Behandlung der Kriegsgefangenen (Genfer Abkommen III) und über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (Genfer Abkommen IV, BGBl. II 1954, S. 783), Gemeinsamer Artikel 1; Erstes Zusatzprotokoll v. 8.6.1977 zu den Genfer Abkommen v. 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (BGBl. II 1990, S. 1550), Präambel, para. 5 und Art. 1; ICRC Commentary on Additional Protocols, para. 48 und 1927 (abrufbar unter: <http://www.icrc.org> [zugegriffen am 13.10.2011]); Internationaler Gerichtshof (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996 (abrufbar unter: <http://www.icj-cij.org/> [zugegriffen am 13.10.2011]), para. 42.

<sup>16</sup> Siehe zum Erfordernis des bewaffneten Konflikts als „Chapeau“-Element für Kriegsverbrechen sowie dem Nexus zwischen den einzelnen Straftaten und dem bewaffneten Konflikt Werle, Principles of International Criminal Law, 2. Aufl. 2009, Rn. 978 ff., 1001 ff.

<sup>17</sup> Siehe Art. 2 Abs. 1 (Staatensouveränität) und 7 (Nichteinmischungsprinzip) der UN-Charta.

<sup>18</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), paras. 31, 33.

<sup>19</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 52 m.w.N.; siehe auch den insoweit offenen Art. 1 des ICTY-Statuts,

teidigung, die sich auf die niedere hierarchische Position des Angeklagten stützt, dringt demnach nicht durch.

### II. Entwicklungen im materiellen Recht

#### 1. Bestimmung des bewaffneten Konflikts

Dem Strafverfahren gegen Dragomir Milošević vor dem ICTY lag die Belagerung Sarajevos durch serbische Truppenverbände unter Miloševićs militärischer Führung zugrunde.

Die *Kammer* stellte zunächst fest, dass es die Richter in erster Instanz versäumt hatten zu bestimmen, ob der dem Verfahren zugrunde liegende bewaffnete Konflikt in Bosnien-Herzegowina nationaler oder internationaler Natur war, und stattdessen – wie bereits die Anklageschrift – beide Zusatzprotokolle der Genfer Konventionen zitiert hatten.<sup>20</sup> Die *Kammer* führte hierzu aus, dass eine klare Bestimmung des Konflikts und damit der konkret anwendbaren Normen des humanitären Völkerrechts vorzuzugswürdig gewesen wäre. Doch habe der alternative Verweis auf Art. 51 Abs. 2 des I. Zusatzprotokolls sowie Art. 13 Abs. 2 des II. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen zulässig hier keinen Rechtsfehler begründet, da beide Vorschriften Völkergewohnheitsrecht wiedergeben und einen gleichlautenden Inhalt haben und im nationalen wie internationalen bewaffneten Konflikt gleichermaßen anwendbar sind.<sup>21</sup>

#### 2. Kriegsverbrechen

##### a) Zivilisten als Opfer von Kriegsverbrechen

Im Rahmen des Tatbestandes des Kriegsverbrechens stellte die *Kammer* im Dragomir Milošević-Verfahren klar, dass der Schutz von Zivilisten über Art. 51 Abs. 2 des I. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen gemäß Art. 51 Abs. 3 des I. Zusatzprotokolls nicht einsetzt, wenn und solange diese Zivilisten sich aktiv an Kampfhandlungen beteiligen.<sup>22</sup> Die Richter folgerten, dass die *Kammer* im Ausgangsverfahren, um eine Verurteilung auf das Verbrechen des Terrors<sup>23</sup> und rechtswidrige Angriffe gegen Zivilisten zu stützen, verpflich-

wohingegen die Präambel und Art. 1 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes von „most serious crimes of international concern“ sprechen. Siehe auch den „Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) and Annex thereto“, U.N. Doc. S/25704, para. 54: „all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia contribute to the commission of the violation and are, therefore, individually responsible“.

<sup>20</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 23.

<sup>21</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 23, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), paras. 86-87.

<sup>22</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 57.

<sup>23</sup> Siehe im Folgenden, Unterkapitel 3.

tet ist, jenseits jeglichen vernünftigen Zweifels festzustellen, dass a) die Opfer individueller Taten Zivilisten waren, und b) dass diese Zivilisten nicht direkt an den Kampfhandlungen beteiligt waren.<sup>24</sup> Diese Klarstellung verschafft insbesondere auch der Strafverfolgungsbehörde Klarheit darüber, wesbezüglich sie ausdrückliche Ausführungen in der Anklageschrift, unterlegt durch entsprechende Beweise, machen muss.

##### b) Subjektiver Tatbestand (sog. mens rea)

Im Boškoski-Verfahren griff die *Kammer* die Rechtsprechung der Tribunale auf, dass die Verbrechensmerkmale eines Kriegsverbrechens („Common Article 3 crime“) das Merkmal aufweisen, wonach das oder die Opfer zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht aktiv an den Kampfhandlungen beteiligt war(en).<sup>25</sup> Mit Verweis auf das Schuldprinzip stellte sie sodann klar, dass dem Täter eines Kriegsverbrechens zur Begründung seiner Strafbarkeit auch nachgewiesen werden muss, dass er wusste oder hätte wissen müssen, dass sein(e) Opfer zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht aktiv an den Kampfhandlungen beteiligt war(en).<sup>26</sup>

Im Anschluss hieran stellt sich die Folgefrage, wie mit diesem am Schuldprinzip orientierten Erfordernis des Wissens oder Wissenmüssens umzugehen ist, wenn Formen der *Tatteilnahme* in Betracht kommen. Eine solche Situation ergab sich ebenso im Boškoski-Rechtsmittelverfahren, wo der Angeklagte Tarčulovski, erstinstanzlich verurteilt wegen seiner Tatbeteiligung an Kriegsverbrechen, zu seiner Verteidigung erklärt hatte, dass die *Kammer* ausdrücklich das Wissen oder Wissenmüssen des Haupttäters und des Teilnehmers um die Eigenschaft des Opfers als Zivilist im Urteil feststellen muss, um die Strafbarkeit des Teilnehmers für Kriegsverbrechen annehmen zu können.<sup>27</sup> Die Staatsanwaltschaft hatte

<sup>24</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 57, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.7.2008 – IT-01-42 (Prosecutor v. Strugar), paras. 172, 187 und ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 100.

<sup>25</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 66, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.7.2008 – IT-01-42 (Prosecutor v. Strugar), para. 172; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.4.2003 – IT-96-21 (Prosecutor v. Mucić et al. [Čelebići]), paras. 420 sowie 423-424.

<sup>26</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 66 mit Verweis u.a. auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.5.2006 – IT-98-34 (Prosecutor v. Naletilić & Martinović), paras. 118-121, ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.7.2008 – IT-01-42 (Prosecutor v. Strugar), para. 271; sowie die sog. Elements of Crimes zu Artikel 8(2)(c)(i)-1 und 8(2)(c)(i)-3 des (Römischen) Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes, ICC-ASP/1/3 (part II-B), 9.9.2002 (unter: <http://www.icc-cpi.int/> [zugegriffen am 13.10.2011]).

<sup>27</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), paras. 61, 62 mit

dem entgegen, dass es auf ein solches Wissen des Haupttäters für die Feststellung der Strafbarkeit des Teilnehmers nicht ankomme.<sup>28</sup> Die *Kammer* stellte dazu im konkreten Fall fest, dass das Wissen des oder der Haupttäter um die Zivilisten-eigenschaft der Opfer bereits erstinstanzlich – wenn auch eher indirekt – festgestellt worden war und nahm daher von einer Entscheidung in der Sache mangels Erheblichkeit Abstand.<sup>29</sup> Sie gab lediglich an, dass die Vorsatzerfordernisse je nach Tat und Teilnahmeform variieren,<sup>30</sup> was indes keine neue Erkenntnis darstellt.

So sehr eine Entscheidung in der Sache hier wünschenswert gewesen wäre, um weiteres Licht in das in seinen Feinheiten noch recht ungeklärte Feld des Tatvorsatzes bei der Teilnahme zu bringen, ist jedoch anzuerkennen, dass die *Kammer* sich hier strikt an ihre Rolle als Überprüfungsinstanz von Rechtsfehlern hielt und davon absah, zu einer wichtigen dogmatischen Frage in Form eines obiter dictums Stellung zu nehmen, obgleich es einer gerichtlichen Klärung im konkreten Falle ihrer Ansicht nach nicht bedurfte. Es bleibt indes die recht ausführliche Beschreibung des Schuldprinzips im Urteil zu beachten,<sup>31</sup> deren konkrete Anwendung durchaus das Ergebnis nahe legt, dass der Vorsatz des Haupttäters hinsichtlich des Zivilistenstatus des Opfers festgestellt werden muss, um die Strafbarkeit des Teilnehmers zu begründen.<sup>32</sup> Die Teilnehmerstrafbarkeit orientiert sich am Vorliegen der Haupttat. Wenn diese entfällt, ist keine strafbare Teilnahme möglich.

### 3. Verbrechen des Terrors („Crime of terror“<sup>33</sup>)

#### a) Objektiver Tatbestand

Das Verbrechen des Terrors wurde bereits im Strafverfahren gegen Stanislav Galić von der *Kammer* des ICTY als ein Unterfall des Kriegsverbrechens definiert, welches sich aus einem rechtswidrigen Angriff auf Zivilisten sowie dem besonderen Vorsatz zusammensetzt, die Zivilbevölkerung zu terrorisieren.<sup>34</sup> Im Strafverfahren gegen Dragomir Milošević stellte die *Kammer* zunächst klar, dass sie im Galić-Verfahren als Tathandlung mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 sowie Art. 51 Abs. 2 des I. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen nicht nur vollendete Angriffshandlungen auf Zivilisten, sondern auch Drohungen mit solchen Angriffen als vom Tatbestand erfasst sah und damit den Verletzungserfolg in Form des Todes oder erheblicher Verletzungen der Opfer nicht als per se notwendig erachtete.<sup>35</sup> Sie führte sodann für den vorliegenden Fall aus, dass solche Taten, die auch konkret die genannten Verletzungserfolge herbeigeführt haben, nur eine von mehreren möglichen Tatvarianten des Terror-Verbrechens seien und das Verbrechen des Terrors mithin nicht per se den Erfolg schwerer körperlicher Verletzungen erfordere. Es sei lediglich notwendig, dass die Opfer „schwere Folgen“ erleiden, die sich unmittelbar aus der Anwendung oder Drohung mit der Anwendung von Gewalt ergeben.<sup>36</sup> Man könnte hier gerade auch an schwere seelische Leiden denken, die aus einer Bedrohungssituation resultieren („Psycho-Terror“).<sup>37</sup>

Es ist zu begrüßen, dass die *Kammer* als Schwelle der Tatschwere am Erfordernis einer objektiven Auswirkung der Tathandlung(en) auf die betroffene Bevölkerung festhielt, wenn sie auch nicht – entgegen der *Kammer* in erster In-

Verweis auf die Rechtsmittelschrift Tarčulovski v. 12.1.2009 (Appeal Brief of Johan Tarčulovski), paras. 139, 142, 181.

<sup>28</sup> ICTY (Appeals Chamber) Rechtsmittelerwiderungsschrift der Strafverfolgungsbehörde v. 9.4.2009, öffentliche Version v. 16.4.2009 („Boškoski and Tarčulovski Prosecution Response Brief“), para. 103 Fn. 339.

<sup>29</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 67.

<sup>30</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 66.

<sup>31</sup> Die *Kammer* führte aus, dass es für den Täter aus der Sicht ex ante aufgrund der sich ihm erschließenden Sachlage möglich sein muss, die Rechtswidrigkeit seines Handelns zu erkennen. Sie folgerte weiter, dass der Täter für seine Verurteilung zumindest die Tatsachen gekannt haben muss, die sein Handeln rechtswidrig machen. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 66, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.5.2006 – IT-98-34 (Prosecutor v. Naletilić & Martinović), paras. 114, 118.

<sup>32</sup> Außerdem dürfte es zumindest des Wissens des Teilnehmers um die Zivilisteneigenschaft des Opfers bedürfen.

<sup>33</sup> „Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population“, siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), paras. 32 ff.

<sup>34</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), paras. 69-98.

<sup>35</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 32, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 102.

<sup>36</sup> „What is required, however, in order for the offence to fall under the jurisdiction of this Tribunal, is that the victims suffered grave consequences resulting from the acts or threats of violence“, ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 33, mit ausführlichem Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, v. 2.10.1995 – IT-94-1-AR72 (Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a „Dule“), para. 94, worin die *Appellationskammer* die vier Grundbedingungen definierte, um eine Gewalttat als Kriegsverbrechen einzuordnen (sog. „Tadić requirements“).

<sup>37</sup> Vergleichbar etwa dem seelischen Leiden unter § 225 StGB, siehe *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 225 Rn. 8a.

stanz<sup>38</sup> – die Definition der schweren Verletzungen des Art. 85 Abs. 3 des I. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen übernahm, obgleich dieser „Angriffe gegen die Zivilbevölkerung“ explizit aufführt und damit eine logische Verbindung zu den Art. 49 Abs. 1 und 51 Abs. 2 des I. Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen herstellt, die ihrerseits von der *Kammer* als Grundlage für das Verbrechen des Terrors herangezogen wurden.<sup>39</sup>

Unklar bleibt auch der Verweis der *Kammer* an dieser Stelle auf das Rechtsmittelurteil im Galić-Verfahren, dass ein „extensives Trauma und psychologischer Schaden“ („extensive trauma and psychological damage“) als Taterfolg der Gewaltanwendung oder Drohung mit Gewalt zu zählen seien<sup>40</sup> – wohingegen es des „tatsächlichen Terrorisierungserfolges der betroffenen Zivilbevölkerung“ tatbestandlich nicht bedürfe.<sup>41</sup> Während der erste Teil dieses Verweises das Erfordernis einer Auswirkung auf das oder die Opfer unterstreicht, bleibt der Begriff des tatsächlichen Terrorisierungserfolges der betroffenen Zivilbevölkerung unbestimmt und wirft Fragen seiner Auslegung auf, etwa wie die betroffene Zivilbevölkerung abstrakt zu quantifizieren ist oder wann eine vollendete „Terrorisierung“ vorliegt und aus welcher Perspektive (der des Opfers?) dies zu bestimmen ist.

Die Anklagebehörde hatte im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens weiterhin eingewandt, dass ein Taterfolg im Sinne einer wie auch immer gearteten Verletzung gänzlich entbehrlich wäre, wenn die Tathandlung als solche geeignet sei, Terror zu verbreiten („capable of spreading terror“).<sup>42</sup> Die *Kammer* widersprach dem indes mit einem Verweis auf die travaux préparatoires zum I. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen. Diese hatten zunächst einen Vorschlag zu

„Tathandlungen geeignet Terror zu verbreiten“ als Teilmenge des Art. 51 Abs. 2 enthalten; dieser Vorschlag konnte sich indes letztlich gerade nicht im verabschiedeten Gesetzeswortlaut niederschlagen.<sup>43</sup> Die *Kammer* führte weiterhin aus, dass nicht jede zur Verbreitung von Terror geeignete Handlung notwendigerweise schwerwiegende Konsequenzen für die Opfer nach sich ziehe und dass eine solche Handlung daher nicht per se schwer genug wiege, um als Kriegsverbrechen qualifiziert werden zu können.<sup>44</sup>

Abschließend stellte die *Kammer* indes fest, dass die den bosnisch-serbischen Truppenverbänden (SRK) zugeordneten Taten in jedem Falle den Tod sowie schwere Körperverletzungen auf Opferseite zur Folge gehabt hätten, weshalb eine abschließende Bestimmung geeigneter Tathandlungen des Terrorverbrechens hier unterbleiben könne, da der objektive Tatbestand in jedem Falle erfüllt sei.<sup>45</sup> Dies ist bedauerlich, da die definitorischen Avancen der *Kammer* wohl nicht für die erhoffte Klarheit im Hinblick auf den objektiven Tatbestand des Terrorverbrechens gesorgt haben.

#### b) Subjektiver Tatbestand (*mens rea*)

Die *Kammer* definierte den subjektiven Tatbestand des Terror-Verbrechens zweigliedrig; zum einen bedarf es des Vorsatzes, die Zivilbevölkerung oder einzelne Zivilisten, die nicht aktiv an Kampfhandlungen beteiligt sind, gewaltsamen Handlungen oder Drohungen mit Gewalt auszusetzen; weiterhin bedarf der Absicht („specific intent“), Terror innerhalb der Zivilbevölkerung zu verbreiten.<sup>46</sup> Diese Absicht muss indes nicht der alleinige Antrieb zur Tat sein und kann aus den jeweiligen objektiven Tatumständen gefolgert werden.<sup>47</sup> Nach Ansicht der *Kammer* können hierfür als Indizien auch Elemente aus dem objektiven Tatbestand wertend herangezogen werden, wie etwa die tatsächlich erfolgte Verbreitung von Terror sowie unterschiedslos ausgeführte Angriffe auf die Zivilbevölkerung.<sup>48</sup> Im Hinblick auf die unklare und möglicherweise (allzu) weit gefasste Bestimmung des objektiven Tatbestandes wie oben ausgeführt ist das spezielle Ab-

<sup>38</sup> Siehe ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 12.12.2007 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 875.

<sup>39</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 30, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 86.

<sup>40</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 35. Die *Kammer* führte weiter aus, dass die in erster Instanz festgestellten „psychologischen Auswirkungen“ („psychological impact“) der Tathandlungen auf die Bevölkerung Sarajevos vorliegend die Schwelle der Tatschwere überschritten hätten.

<sup>41</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 35, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), paras. 102, 104. Die *Kammer* führte leider nicht weiter aus, wann ein „tatsächlicher Terrorisierungserfolg der betroffenen Zivilbevölkerung“ abstrakt vorliegt, bzw. wie groß der betroffene Bevölkerungsteil sein müsse; die *Kammer* bejahte lediglich eine psychologische Wirkung auf die „Bevölkerung Sarajevos“, was geringfügigen Aufschluss bietet (ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 35).

<sup>42</sup> Siehe S. 122-123 des Protokolls der mündlichen Rechtsmittelverhandlung v. 21.7.2009.

<sup>43</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 34, mit Verweis auf die Travaux Préparatoires zum I. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen, Vol. III, CDDH/III/38, S. 203, CDDH/III/51, S. 206; Vol. XIV, CDDH/III/SR. 8, S. 60, 64.

<sup>44</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 34.

<sup>45</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 33, mit Verweis auf das Urteil in erster Instanz v. 12.12.2007 (dort paras. 911-913, 953).

<sup>46</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 37.

<sup>47</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 37, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 104.

<sup>48</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 37.

sichtserfordernis zu begrüßen, um eine sachgerechte Abgrenzung zu anderen Kriegsverbrechen durchführen zu können.

#### 4. Völkermord („genozidaler Plan“)

Im Rechtsmittelverfahren vor dem ICTR gegen Siméon Nchamihigo betonte die *Kammer* zunächst generell unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung, dass es für den Tatbestand des Völkermordes nicht des Nachweises eines „high level genocidal plan“ bedürfe.<sup>49</sup> Nchamihigo war wegen Aufhetzung zum Völkermord („instigation“) angeklagt. Die Richter bestätigten sodann die Auffassung der ersten Instanz, dass für die Tat keine Verbindung („nexus“) zu einer nationalen Völkermord-Kampagne hergestellt werden müsse.<sup>50</sup> Dies ist wohl Ausdruck der Rechtsauffassung, dass das Verbrechen des Völkermordes kein Verbrechen ist, welches ausschließlich im Rahmen staatlicher oder staatsähnlicher Machtapparate und Strukturen begangen werden kann.<sup>51</sup>

#### 5. Verbrechen gegen die Menschlichkeit

##### a) Bestimmung der Zivilbevölkerung gegenüber „zivilen Zonen“

Im Verfahren gegen Dragomir Milošević hielt die *Kammer* zunächst fest, dass das humanitär-völkerrechtliche Prinzip der Unterscheidung (Principle of Distinction) die Konfliktparteien dazu anhält, jederzeit sowohl zwischen der Zivilbevölkerung und Kombattanten als auch zwischen zivilen und militärischen Zielen zu unterscheiden und Angriffe ausschließlich gegen militärische Ziele zu richten.<sup>52</sup> Die *Kammer* betonte das absolut geltende völkergewohnheitsrechtliche Verbot, Zivilisten zum Ziel bewaffneter Angriffe zu machen, gerade auch im Falle unterschiedslos wirkender Angriffe.<sup>53</sup> Im Weiteren stellte die *Kammer* klar, dass es kein Abgrenzungskrite-

rium gibt, wonach bestimmte Gebiete oder Zonen generell als zivil oder militärisch bestimmt werden können, sondern dass sich die Bestimmung einzig nach den Zielpersonen oder dem individuellen Angriffsziel richtet und situationsspezifisch vorzunehmen ist. Die *Kammer* urteilte sodann im konkreten Fall, dass die Verteidigung Miloševićs, serbische Kampfverbände hätten in legitimer Weise ausschließlich auf „militärische Zonen“ innerhalb Sarajevos gezielt, die von Zivilisten frequentiert wurden, nicht durchgreife.<sup>54</sup> Zwar ist es anerkannt, dass einzelne zivile Opfer einer ansonsten rechtmäßigen militärischen Maßnahme diese nicht zwingend unrechtmäßig machen; indes hatte Dragomir Milošević in der Hauptverhandlung nicht vorgetragen, dass die festgestellten zivilen Opfer im Vergleich zum militärischen Ziel der bewaffneten Aktionen serbischer Kampfverbände in Sarajevo verhältnismäßig gewesen wären.<sup>55</sup> Eine solche Verteidigung wäre indes wohl ebenso fehlgegangen, da nach Art und Vorgehen der militärischen Verbände ein gezieltes – oder zumindest unterschiedslos wirkendes – Vorgehen gegen die Zivilbevölkerung nahe lag, welches nach humanitärem Völkerrecht stets verboten ist.<sup>56</sup>

##### b) Zivilisten als Opfer eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit?

Im Milošević-Verfahren hatte die *Kammer* zudem darüber zu entscheiden, ob Opfer eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit zur Erfüllung des Tatbestandes stets und sämtlich Zivilisten sein müssen. Die *Kammer* hielt hierzu einleitend fest, dass weder der Wortlaut von Art. 5 des ICTY-Statuts (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) noch die bisherige Rechtsprechung der *Kammer* ein solches Erfordernis vorsehen.<sup>57</sup> Der Zivilistenstatus der Opfer sei allerdings insoweit von Bewandtnis, als eines der Chapeau-Elemente des Tatbestandes vorschreibt, dass sich die Tat als solche gegen die Zivilbevölkerung richten muss.<sup>58</sup> Der zivile Status der Opfer und der Anteil von Zivilisten innerhalb einer Gruppe sind danach relevante Faktoren für die Bestimmung, ob das Chapeau-Element der Zielrichtung der Tat gegen die Zivilbevölkerung gegeben ist; der Terminus „Zivilbevölkerung“ in Art. 5 des ICTY-Statuts bedeutet indes nicht, dass jedes einzelne

<sup>49</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 363, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 20.5.2005 – ICTR-97-20 (The Prosecutor v. Semanza), para. 260, und ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 27.11.2007 – ICTR-01-76 (The Prosecutor v. Simba), para. 260.

<sup>50</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 363.

<sup>51</sup> Siehe dazu auch *Schabas*, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2. Aufl. 2009.

<sup>52</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 53; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 190. Zum Prinzip der Unterscheidung im humanitären Völkerrecht siehe Henckaerts/Doswald-Beck (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law*, Bd. 1, Rules, ICRC Commentary, The Principle of Distinction.

<sup>53</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 53. Siehe auch Artikel 51(5)(a) des I. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen v. 8.6.1977 (Fn. 15); *Pilloud/Sandoz/Swinarski/Zimmermann*, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987*, paras. 1979-1981.

<sup>54</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 54.

<sup>55</sup> Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Korrektiv und Grenze militärischer Notwendigkeit siehe *Hobe*, in: *Heintze/Ipsen* (Hrsg.), *Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderung an das Humanitäre Völkerrecht*, 2011, para. 2.2.6., S. 81-82.

<sup>56</sup> *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 50).

<sup>57</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 58. So auch ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 307.

<sup>58</sup> „[D]irected against any civilian population“, Artikel 5 des ICTY-Statuts.

Opfer eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit Zivilist sein muss.<sup>59</sup>

## 6. Strafausschließungsgründe

### a) Kein Strafausschluss durch tu quoque-Verteidigung

Die sog. tu quoque-Verteidigung macht gleichartige Straftaten der Gegenseite geltend und leitet hieraus einen Strafausschließungsgrund ab. Eine solche Verteidigungsstrategie ist bereits aus den Nürnberger Prozessen bekannt und wurde dort und auch fortan mit dem Hinweis abgelehnt, dass ein Gesetz nicht dadurch seine Geltung einbüßt, dass es auch in anderen Fällen gebrochen worden ist.<sup>60</sup> So hat auch der ICTY bereits früh entschieden, dass die sich aus dem humanitären Völkerrecht ergebenden Pflichten nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sondern absoluten Charakter haben und unabdingbar sind.<sup>61</sup> Ein Bruch zwingender Regeln des humanitären Völkerrechts kann danach nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass auch andere Konfliktpartei diese Pflichten verletzt haben.<sup>62</sup> Dies wiederholte die *Kammer* im Rechtsmittelverfahren gegen Dragomir Milošević auf das Vorbringen des Angeklagten, dass das Bombardement einiger Ziele in Sarajevo eine legitime Antwort auf vorausgegangene Attacken der bosnischen Armeeverbände (ABiH) gewesen sei. Die *Kammer* betonte, dass eine auf Reziprozität oder tu quoque fußende Verteidigung unzulässig ist, um schwere Verstöße gegen das Kriegsvölkerrecht zu rechtfertigen.<sup>63</sup>

### b) Handeln auf Befehl

Im Verfahren gegen Ljube Boškoski und Johan Tarčulovski hatte letzterer zu seiner Verteidigung vorgebracht, dass er lediglich Befehle befolgt habe. Die *Kammer* wies dieses Argument mit folgender Begründung zurück: Die Tatsache, dass Tarčulovski auf einen Befehl hin gehandelt habe, enthebe ihn nicht seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn er in Ausführung dieses Befehls andere angewiesen habe, ihrerseits Verbrechen zu begehen, da seine eigene Zwangslage nichts daran ändere, dass er seinerseits einen – strafbaren<sup>64</sup>

– Befehl zur Begehung eines Verbrechens gegeben habe.<sup>65</sup> Die *Kammer* befand sodann im Rahmen der Strafzumessung, dass die angebliche Zwangslage Tarčulovskis genügend von der Ausgangsinstanz berücksichtigt worden sei.<sup>66</sup> Die *Kammer* unterließ es, in ihrer Begründung auf die dem Art. 7 Abs. 4 des ICTY-Statuts entsprechende Vorschrift des Römischen Statutes, Art. 33, einzugehen. Gemäß Art. 33 Abs. 1 kann das Handeln auf Befehl unter gewissen Umständen zum Strafausschluss führen. Insoweit geht Art. 33 zugunsten des Angeklagten über Art. 7 Abs. 4 des ICTY-Statuts hinaus, der lediglich eine Strafmilderung vorsieht, wenn Gerechtigkeitserwägungen dies bedingen.<sup>67</sup>

## 7. Strafzumessung

### a) Strafschärfende Umstände: Stellung besonderer Autorität

Im Rahmen der Strafzumessung behandelte die *Kammer* im Dragomir Milošević-Verfahren die Frage, ob Miloševićs hochrangige hierarchische Position innerhalb der serbischen Armee (VRS) einen strafschärfenden Umstand darstellen könne. Die *Kammer* führte dazu zunächst aus, dass ein besonderer Dienstgrad des Täters, selbst wenn auf hohem hierarchischen Niveau, nicht automatisch eine höhere Strafe rechtfertigt;<sup>68</sup> lediglich der Missbrauch dieser Stellung könne strafschärfende Wirkung entfalten.<sup>69</sup> Die *Kammer* hob sodann die Feststellung aus der Vorinstanz hervor, dass Miloševićs hoher militärischer Rang eine besondere Pflicht zur Beachtung der Bestimmungen des humanitären Völkerrechts begründet habe, sowie die Tatsache, dass Milošević hohes Ansehen im Sarajevo-Romanija Corps (SRK) genoss. Das Gericht urteilte sodann, dass diese Faktoren die Vorinstanz zu

<sup>59</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 58; ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 5.5.2009 – IT-95-13/1 (Prosecutor v. Mrkšić et al.), para. 31.

<sup>60</sup> Siehe *Werle* (Fn. 16), Rn. 617.

<sup>61</sup> Siehe ICTY (Trial Chamber), Decision On Defence Motion to Summon Witness, v. 3.2.1999 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.), sowie ICTY (Trial Chamber), Decision on Evidence of the Good Character of the Accused and the Defence of tu quoque, v. 17.2.1999 in derselben Rechtsache.

<sup>62</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 111. Siehe auch ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 14.1.2000 – IT-95-16 (Prosecutor v. Kupreškić et al.), para. 516.

<sup>63</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 250.

<sup>64</sup> Siehe Art. 7 Abs. 4 des ICTY-Statuts, auf den das Urteil an angegebener Stelle auch verweist (ICTY [Appeals Chamber],

Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 167).

<sup>65</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 167.

<sup>66</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 216.

<sup>67</sup> Eine generelle Möglichkeit der Strafmilderung aufgrund der persönlichen Umstände des Täters ist im Römischen Statut unter Art. 78 Abs. 1 generell vorgesehen. Siehe auch *Werle* (Fn. 16), Rn. 590-595.

<sup>68</sup> Dies gilt sowohl für direkte Begehungsformen unter Art. 7 Abs. 1 des ICTY-Statuts als auch für den Fall der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Siehe dazu ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 303; ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Galić), para. 412; ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 22.4.2008 – IT-01-47 (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura), para. 320.

<sup>69</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 302, mit Verweis auf, u. a., ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 350; ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 22.4.2008 – IT-01-47 (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura), para. 320.

Recht veranlasst hatten, Milošević einen Missbrauch seiner besonderen Machtstellung anzulasten.<sup>70</sup>

In seiner abweichenden Meinung zu diesem Punkt erinnerte Richter Liu Daqun zunächst daran, dass der objektive Tatbestand des Befehlens notwendig voraussetzt, dass eine Person in einer gewissen Machtposition eine andere Person zur Begehung eines Verbrechens anweist.<sup>71</sup> Daraus folgt seiner Meinung nach, dass der Missbrauch dieser Machtposition in Form des rechtswidrigen Befehls notwendig den Unrechtsgehalt der Tat bestimmt und nicht zusätzlich strafscharfend wirken kann.<sup>72</sup>

In der Tat geht aus der Rechtsprechung der Tribunale hervor, dass der Position des Täters bisweilen strafscharfende Wirkung zukommen kann. Allerdings handelte es sich hierbei oftmals um Fälle, in denen eine exponierte Position besonderes Vertrauen oder Schutzpflichten generierte, wie etwa im Falle des ruandischen Premiers Jean de Dieu Kamuhanda,<sup>73</sup> oder des Gefängnisaufsehers Zlatko Aleksovski, der eine gesonderte Schutzpflicht gegenüber denjenigen Gefangenen hatte, die Ziel der Gewalttaten waren.<sup>74</sup> Die *Kammer* im Dragomir Milošević-Verfahren hätte wohl etwas deutlicher herausstellen können, inwieweit Milošević der Mehrheitsmeinung der Richter nach über das ihm als Kommandeur ohnehin zustehende Befehlen der Straftaten hinaus einen besonderen Missbrauch seiner Stellung vorgenommen hat. Inwieweit sein Ansehen hier eine strafscharfende Wirkung zu entfalten vermochte, erscheint zumindest diskutierwürdig.

#### b) Schwere der Tat bei direkter Täterschaft gegenüber Vorgesetztenverantwortlichkeit

Im genannten Verfahren gegen Dragomir Milošević äußerte sich die *Kammer* auch zu der Frage, ob die Täterschaftsform der direkten Täterschaft eine härtere Bestrafung erfordert als die der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Sie führte dazu aus, dass in bestimmten Fällen die Verantwortlichkeit des Täters als Vorgesetzten eine mildere Strafe rechtfertigen mag als im Falle unmittelbarer Täterschaft.<sup>75</sup> Im vorliegenden Falle jedoch fand die *Kammer*, dass Miloševićs aktive und zentrale Rolle bei der Begehung der Verbrechen der serbischen Einheiten gegen die Zivilbevölkerung Sarajevos eine geringere

Strafe nicht zu rechtfertigen vermochte.<sup>76</sup> Anstatt die Verbrechen seiner Untergebenen lediglich zu tolerieren, so die *Kammer*, ermutigte er seine Truppen zu ihren Verbrechen, indem er die Bombardierungen und Scharfschützeinsätze sogar noch intensivieren ließ.<sup>77</sup>

Diese Argumentation, die im Hinblick auf die begangenen Verbrechen sicherlich Zustimmung verdient, lässt indes auch den Umkehrschluss zu, dass generell eine Strafmilderung dort angezeigt sein könnte, wo der vorgesetzte Täter lediglich wegen der Vernachlässigung seiner Dienstpflicht („failed to prevent or punish“) bestraft wird. Im Gegensatz hierzu stellte die *Kammer* im Verfahren gegen Pavle Strugar vor dem ICTY fest, dass auch die der unmittelbaren Tat „ent-rückte“ Position lediglich „genereller“ Befehlsgewalt und Kontrolle („remoteness of responsibility“) des Angeklagten die Schwere seiner Tat nicht zu beeinträchtigen vermochte.<sup>78</sup> Während eine Nichthinderung im Einzelfall milder zu bestrafen sein mag, insbesondere wenn dies fahrlässig geschah, als eine vorsätzliche Tatbegehung, sollten jedoch stets die individuellen Tatumstände genau betrachtet werden. Dies gilt gerade auch in Anbetracht der diskutierten Wesensverschiedenheit der Vorgesetztenverantwortlichkeit zur direkten täterschaftlichen Begehung der Tat.<sup>79</sup>

#### c) Schwere der Tat – unmittelbare und öffentliche Anreizung zur Begehung von Völkermord

Im Verfahren vor dem ICTR gegen Simon Bikindi brachte der Angeklagte in seinem Rechtsmittel gegen die verhängte Strafe vor, die ihm zur Last gelegte Tat, die unmittelbare und öffentliche Anreizung zur Begehung von Völkermord, sei nicht mit der direkten Begehung des Völkermordes vergleichbar. Während erstere Tat auch ein schwerwiegendes Verbrechen sei, könne sie nicht mit der Schwere des direkt begangenen Völkermordes verglichen werden, da es sich bei dem öffentlichen Anreizen zur Begehung von Völkermord um ein „unvollkommenes“ Begehungsdelikt („inchoate offence“) handele, das zu seiner Vollendung nicht des Nachweises eines nachfolgend tatsächlich begangenen Völkermordes bedarf.<sup>80</sup> Die *Kammer* hielt dem entgegen, dass es

<sup>70</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 302.

<sup>71</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), Dissenting Opinion Judge Liu Daqun, para. 30, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2 (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), para. 28.

<sup>72</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), Dissenting Opinion Judge Liu Daqun, paras. 30, 32.

<sup>73</sup> Siehe ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 19.9.2005 – ICTR-99-54 (The Prosecutor v. Kamuhanda), para. 347.

<sup>74</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 24.3.2000 – IT-95-14/1 (Prosecutor v. Aleksovski), para. 183.

<sup>75</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 334.

<sup>76</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 334, mit Verweis auf einen ähnlich gelagerten Fall in ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 24.3.2000 – IT-95-14/1 (Prosecutor v. Aleksovski), para. 183.

<sup>77</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 334.

<sup>78</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.7.2008 – IT-01-42 (Prosecutor v. Strugar), para. 353-356.

<sup>79</sup> Siehe umfassend Werle (Fn. 16), Rn. 501-503, mit Verweisen auf die entspr. Rechtsprechung der Tribunale und im Besonderen ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.7.2008 – IT-03-68 (Prosecutor v. Orić), Declaration of Judge Shahabuddeen, para. 18.

<sup>80</sup> ICTR (Appeals Chamber), [Re-filed] Defence Appellant's Brief, 19 March 2009, attached to Corrigendum to Defence Appellant's Brief, v. 19.3.2009 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 109, mit Verweis auf ICTR (Appeals

keine Hierarchie innerhalb der Statutsverbrechen gebe.<sup>81</sup> Die Kammer verwies auf ihre Rechtsprechung im *Nahimana et al.*-Urteil und betonte, dass das unmittelbare und öffentliche Anreizen zur Begehung von Völkermord bereits für sich genommen ein schweres Verbrechen darstellt, welches eine strenge Bestrafung erfordert, auch wenn es zu seiner Vollendung eben keiner genozidalen Ausführungshandlung oder gar eines begangenen Völkermordes als Taterfolg bedarf.

Diese Klarstellung ist sachgerecht vor dem Hintergrund, dass die Völkermordkonvention in ihrem Artikel III nicht zwischen direkter Begehung, dem Versuch, der Verschwörung, dem öffentlichen Anreizen oder der Teilnahme am Völkermord nach der Schwere der Handlung unterscheidet. Allerdings wäre es zur objektiven Begrenzung des Tatbestandes des öffentlichen Anreizens überlegenswert, eine gewisse – konkrete oder abstrakte – Eignung der Tat zu fordern, dass ihr auch tatsächlich Genozidhandlungen nachfolgen können. Dies wird sich häufig aus dem Autoritäts- oder Bekanntheitsgrad des Täters gegenüber seinem Adressatenkreis sowie durch die Zusammensetzung dieses Personenkreises selbst ergeben.<sup>82</sup>

#### d) Mildernde Umstände

Im Verfahren gegen Simon Bikindi erinnerte die *Kammer* auch daran, dass es grundsätzlich dem Angeklagten obliegt, mildernde Umstände im Rahmen seiner Ausführungen zur Strafzumessung vorzutragen und zu beweisen.<sup>83</sup> Sie führte weiter aus, dass solche Umstände spätestens im Schlussvortrag des Angeklagten vorzubringen seien mit einem klarem Verweis auf die in der Hauptverhandlung beigebrachten Beweismittel, die die mildernden Umstände belegen sollen.<sup>84</sup> Die *Kammer* im Hauptverfahren trifft keine Verpflichtung, diese Umstände proprio motu, also aus eigener Veranlassung, in Betracht zu ziehen. Versäumt es der Angeklagte, mildern-

de Umstände im Hauptverfahren vorzutragen, so ist er mit diesem Argument in der Revision präkludiert.<sup>85</sup>

Die Anklageseite hatte weiter vorgetragen, dass die *Kammer* in erster Instanz der Tatsache nicht gebührend Rechnung getragen hatte, dass keine mildernden Umstände vorlagen.<sup>86</sup> Die *Kammer* stellte demgegenüber klar, dass die Abwesenheit mildernder Umstände nicht gesondert in Betracht zu ziehen war.<sup>87</sup>

### III. Formen der Tatbegehung

#### I. Vorgesetztenverantwortlichkeit

Im Rechtsmittelverfahren gegen Ljube Boškoski und Johan Tarčulovski war die *Kammer* im Ausgangsverfahren mit der Frage befasst, ob Boškoski in seiner Funktion als mazedonisches Regierungsmitglied und ziviler Vorgesetzter der Polizeiverbände, die am 12.8.2001 im mazedonischen Ljuboten Verbrechen an der Zivilbevölkerung begangen hatten, alle nötigen Maßnahmen zu deren Bestrafung ergriffen hatte.<sup>88</sup> Die *Kammer* führte zunächst aus, dass die relevante Frage für die Strafbarkeit in einem solchen Fall ist, ob der Vorgesetzte die im Einzelfall notwendigen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat, um den oder die Täter zu bestrafen. Die *Kammer* bestimmte sodann, dass dieser Pflicht unter Umständen bereits mit dem Versenden eines Berichtes an die geeignete Stelle genüge getan sei, sofern dieser Bericht aller Voraussicht nach eine Ermittlung sowie ein disziplinarisches Verfahren oder Strafverfahren nach sich zöge.<sup>89</sup> Die *Kammer* führte aus, dass die Wahrscheinlichkeit des Ergreifens von Folgemaßnahmen durch andere Stellen gleichzeitig ein Element zur Bestimmung der effektiven Kontrolle des Vorgesetzten über seine Untergebenen darstelle, und betonte im Folgenden, dass sich die Elemente effektiver Kontrolle einerseits und notwendiger und angemessener Maßnahmen zur Bestrafung andererseits überschneiden können.<sup>90</sup>

Es ist begrüßenswert, dass die *Kammer* die Einzelfallbetrachtung sowohl hier als auch im Regelfall in den Vordergrund gestellt hat, um einer unangemessenen Versteifung der

---

Chamber), Urte. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 678. Siehe zu unvollendeten Delikten *Werle* (Fn. 16), Rn. 618 ff.

<sup>81</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 145, 146, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 5.5.2009 – IT-95-13/1 (Prosecutor v. Mrkšić et al.), para. 375. Siehe auch ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), paras. 678, 1060.

<sup>82</sup> Simon Bikindi war zum Zeitpunkt des ruandischen Völkermordes ein in Ruanda bekannter Sänger und Komponist. Siehe ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 2.

<sup>83</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 165, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 21.5.2007 – ICTR-95-1B (The Prosecutor v. Muhimana), para. 231.

<sup>84</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 165, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 2.2.2009 – ICTR-01-74 (The Prosecutor v. Karera), para. 388, dort mit Verweis auf Rule 86(C) der ICTR-Verfahrens- und Beweisordnung.

---

<sup>85</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 165, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 21.5.2007 – ICTR-95-1B (The Prosecutor v. Muhimana), para. 231.

<sup>86</sup> ICTR (Appeals Chamber), Prosecutor's Appellant's Brief, v. 28.1.2009 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), paras. 4, 18.

<sup>87</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urte. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 194 (“[...] the Trial Chamber was not obliged to accord “sufficient weight” to the absence of mitigating factors in this case”).

<sup>88</sup> Siehe ICTY (Trial Chamber), Urte. v. 10.7.2008 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), paras. 536, 606.

<sup>89</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 230.

<sup>90</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 231, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urte. v. 29.7.2004 – IT-95-14 (Prosecutor v. Blaškić), para. 72.

Erfordernisse an den Vorgesetzten zur Bestrafung der Täter entgegenzuwirken.

## 2. Befehlen der Tat – objektiver Tatbestand

Im Rechtsmittelverfahren gegen Dragomir Milošević hatte die *Kammer* darüber zu entscheiden, ob die Beweislage ausreichte, um Milošević wegen des Befehls („ordering“) einer Anzahl von Straftaten zu überführen. Die *Kammer* erinnerte zunächst an die Rechtsprechung der Tribunale, wonach die Begehungsform des Befehls bedingt, dass eine Person mit de iure- oder de facto-Autorität über den oder die Täter diese(n) anweist, eine Straftat im Sinne der Statuten zu begehen, wobei die physische Präsenz des Befehlenden am Tatort kein Tatbestandsmerkmal darstellt.<sup>91</sup> Die *Kammer* führte weiter aus, dass der objektive Tatbestand des Befehls nur durch eine positive Handlung – offensichtlich im Gegensatz zu einem schlichten Gewährenlassen – erfüllt werden kann, da die Tathandlung des Befehlens einer anderen Person notwendig ein aktives Einwirken des Befehlenden auf den (unmittelbaren) Täter erfordert.<sup>92</sup>

Es ist nicht klar ersichtlich, ob die *Kammer* hiermit lediglich klarstellen wollte, dass das Befehlen als Beteiligungsform aktives Tun voraussetzt, ohne darüber hinaus ein bestimmtes Beweiserfordernis aufzustellen. Für eine solche Lesart spricht die sonstige Rechtsprechung der *Kammer*, wonach sich die Beweispflicht *nicht* auf die genauen Begleitumstände der konkreten Befehlshandlung erstreckt; zudem kann die *Existenz* des Befehls durch Indizien nachgewiesen werden.<sup>93</sup> Im vorliegenden Fall nahm die *Kammer* jedoch zur

Kenntnis, dass die *Kammer* im Hauptverfahren die Verurteilung Miloševićs für das Befehlen von bestimmten Verbrechen seines Militärs lediglich auf ein bestimmtes Muster der Militäraktionen stützte, die regelmäßig entsprechende Befehle voraussetzen.<sup>94</sup> Die *Kammer* befand, dass diese Indizienlage indes nicht jeden vernünftigen Zweifel daran beseitige, dass Milošević die entsprechenden Befehle gegeben haben müsse.<sup>95</sup> Diese Entscheidung verdient in der Sache Zustimmung, da sie am Einzelfall die Grenze der Wirkungskraft von indirekten oder „Indizien“-Beweisen aufzeigt, wenn es – wie im vorliegenden Fall – gänzlich an einem klaren Hinweis auf die zur Last gelegte Tathandlung fehlt.

## 3. Subjektiver Tatbestand für die Begehungsformen des Planens, Anstiftens und Befehlens<sup>96</sup>

Im Rechtsmittelverfahren gegen Ljube Bošković und Johan Tarčulovski bestimmte die *Kammer*, dass der Täter für die Begehungsformen des Planens, Anstiftens und Befehlens in subjektiver Hinsicht den direkten Vorsatz oder das Wissen um die hohe Wahrscheinlichkeit („substantial likelihood“) haben muss, dass in Ausführung seines Plans Verbrechen begangen werden.<sup>97</sup> Problematisch ist indes die Bestimmung des Vorsatzes des Planers, Anstifters und Befehlenden, wenn die Haupttat ein Verbrechen darstellt, zu dessen Begehung es der Absicht (dolus directus ersten Grades) bedarf. Einen solchen Fall hatte die *Kammer* im ICTR-Verfahren gegen Siméon Nchamihigo zu entscheiden. Sie fügte der obigen Definition hinzu, dass, wenn die Haupttat Völkermord sei, der Nachweis erbracht werden müsse, dass der „Täter“ die Absicht hatte, eine (von der Völkermord-Konvention) geschützte Gruppe als solche ganz oder teilweise auszulöschen.<sup>98</sup> Aus diesem Passus geht indes im englischen Originaltext nicht klar hervor, ob mit dem Begriff „Täter“ („perpetrator“) der befehlende Hintermann oder aber der ausführende physische Täter gemeint ist, da der Begriff des „Täters“ im gleichen Absatz für den Hintermann verwendet wird.<sup>99</sup>

auch ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 19.9.2005 – ICTR-99-54 (The Prosecutor v. Kamuhanda), para. 76; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Stanislav Galić), paras. 170-171.

<sup>91</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 290, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2 (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), para. 28. Die Autorität des Befehlenden muss nicht zwingend in Form eines formellen Subordinationsverhältnisses bestehen; die rein faktisch gegebene Autorität ist ausreichend. Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski), para. 164 mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 20.5.2005 – ICTR-97-20 (The Prosecutor v. Semanza), para. 361.

<sup>92</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 267, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29 (Prosecutor v. Stanislav Galić), para. 176 sowie ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 481; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-01-64 (The Prosecutor v. Gacumbitsi), para. 182; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 19.9.2005 – ICTR-99-54 (The Prosecutor v. Kamuhanda), para. 75; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 20.5.2005 – ICTR-97-20 (The Prosecutor v. Semanza), para. 361; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-96-10A (The Prosecutor v. Ntagerura et al.), para. 365; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2 (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), paras. 28-30.

<sup>93</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski), para. 160; siehe

<sup>94</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 266.

<sup>95</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 267.

<sup>96</sup> Im Englischen: „planning, instigating and ordering“. Siehe Art. 6 Abs. 1 des ICTR-Statuts sowie Art. 7 Abs. 1 des ICTY-Statuts.

<sup>97</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski), para. 68, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2 (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), paras. 29-32.

<sup>98</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 61.

<sup>99</sup> „The Appeals Chamber recalls that the mens rea for instigating is established where the perpetrator acts with either direct intent to prompt another to commit a crime, or with awareness of the substantial likelihood that a crime will be

Man könnte den Ausspruch der *Kammer* so verstehen, dass sie vorschreibt, der Planer, Anstifter und Befehlende des Völkermords müsse seinerseits Absicht (*dolus directus* ersten Grades) hinsichtlich der Auslöschung einer bestimmten Opfergruppe haben. Dies würde ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal gegenüber dem ansonsten ausreichenden Wissen um die hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung (*dolus directus* ersten Grades) bedeuten. Allerdings spricht vieles dafür, dass die *Kammer* lediglich klarstellen wollte, dass der oder die unmittelbare(n) Täter die genozidale Absicht zum Zeitpunkt der Tatbegehung haben müssen, was der Verweis auf die Rechtsprechung der *Kammer* im Verfahren vor dem ICTR gegen Athanase Seromba nahe legt: Dort betonte die *Kammer*, dass der (physische) Täter mit genozidaler Absicht vorgehen müsse.<sup>100</sup>

Es erscheint sachgerecht, keine genozidale Absicht für den Planer, Anstifter und Befehlenden zu fordern, denn ein solches zusätzliches subjektives Erfordernis würde die Grenze dieser Tatteilnahmeformen zur täterschaftlichen Begehung einebnen. Dies gilt insbesondere für die – häufigen – Fälle mittelbarer Täterschaft im Sinne der in Deutschland herrschenden Meinung, wo sich der Täter durch seine Organisationsherrschaft planerisch oder in Ausnutzung hierarchischer Strukturen einbringt und ein Absichtserfordernis besteht. Man darf hingegen davon ausgehen, dass der Planer, Anstifter und Befehlende einer Völkermordtat zur Begründung seiner Strafbarkeit zumindest wissen muss, dass die Haupttat objektiv den Tatbestand des Völkermordes erfüllt.

#### IV. Entwicklungen im Prozessrecht

##### 1. Beweisverfahren

###### a) Vernünftige Zweifel, Prüfungsstandard im Rechtsmittel

Nach der ständigen Rechtsprechung der *Kammer* bedarf es für einen Schuldspruch, dass ein objektiver Dritter auf der Grundlage aller beigebrachten Beweismittel zu dem Schluss kommen muss, dass alle Fakten, derer es für den Tatbestand eines bestimmten Verbrechens bedarf, jenseits jeden vernünftigen Zweifels von der Staatsanwaltschaft dargelegt wurden.<sup>101</sup> Die Tatsachen dürfen keinen anderen vernünftigen

---

committed in execution of that instigation. Furthermore, where the crime alleged is genocide, it must also be proven that the perpetrator acted with the specific intent to destroy a protected group as such in whole or in part“, ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 61.

<sup>100</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 61, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 12.3.2008 – ICTR-2001-66 (The Prosecutor v. Seromba), para. 175.

<sup>101</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 20; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 55; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21 (Prosecutor v. Mucić et al. [Čelebići]), para. 601; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 16.10.2007 – IT-01-48 (Prosecutor v. Halilović), para. 109. Siehe auch ICTY

Schluss zulassen als den der Schuld des Angeklagten.<sup>102</sup> Diesem Maßstab gemäß müssen indes nur solche Tatsachen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung bewiesen werden, die unmittelbar dem Schuldspruch sowie dem Strafausspruch zugrunde liegen.<sup>103</sup> Die *Kammer* betonte zudem im Dragomir Milošević-Verfahren, dass für den Erfolg eines Rechtsmittels der Verteidigung bewiesen werden muss, dass kein vernünftiger Tatrichter die Schuld des Angeklagten jenseits jeden vernünftigen Zweifels angenommen hätte.<sup>104</sup>

###### b) Indizienbeweise

Im Hinblick auf Indizienbeweise stellte die *Kammer* sodann fest, dass wenn ein zentrales Merkmal für die Verurteilung des Angeklagten aufgrund von Indizien bewiesen wurde, ein Rechtsmittel dann erfolgreich ist, wenn es dargelegt, dass diese Indizien auch einen anderen, für den Angeklagten günstigeren Schluss zugelassen hätten. Ein Rechtsmittel hat danach Erfolg, wenn die *Kammer* findet, dass der Indizienabschluss der *Kammer* in erster Instanz nicht der *einzig* mögliche war.<sup>105</sup>

###### c) Bestätigung eines Beweismittels

Die *Kammer* im erstinstanzlichen Verfahren hat generell einen weiten Ermessensspielraum, ob sie eine Tatsache durch ein einziges Beweismittel als erwiesen ansieht (kein Erfordernis der sog. „corroboration“) oder aber weitere Beweise zur Bestätigung der zu beweisenden Tatsache von den Parteien fordert.<sup>106</sup> Im Rechtsmittelverfahren gegen Dragomir Mi-

---

(Ap-peals Chamber), Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1 (Prosecutor v. Kvočka et al.), para. 23.

<sup>102</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 20; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 5.5.2009 – IT-95-13/1 (Prosecutor v. Mrkšić et al.), para. 220; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11 (Prosecutor v. Martić), para. 61.

<sup>103</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-96-10A (The Prosecutor v. Ntagerura et al.), para. 174-175. Siehe auch ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 5.5.2009 – IT-95-13/1 (Prosecutor v. Mrkšić et al.), para. 217: „a trier of fact should render a reasoned opinion on the basis of the entire body of evidence and without applying the standard of proof 'beyond reasonable doubt' with a piecemeal approach“.

<sup>104</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 20.

<sup>105</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 8.4.2003 – IT-96-21 (Prosecutor v. Mucić et al. [Čelebići]), para. 458.

<sup>106</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 215. Siehe auch, u.a., ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 24.3.2000 – IT-95-14/1 (Prosecutor v. Aleksovski), para. 63; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 21.5.2007 – ICTR-95-1B (The Prosecutor v. Muhimana), paras. 49, 101, 120, 159, 207, und ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), paras. 633 und 810.

lošević hielt die *Kammer* zudem für den Zeugenbeweis fest, dass die Bestätigung einer Zeugenaussage durch Aussagen weiterer Zeugen nicht automatisch den Beweiswert der ersten Aussage erhöht und dass solche, zur Bestätigung dienende Beweismittel weder eine Bedingung noch eine Garantie des Beweiswertes des einzelnen „Haupt“-Beweismittels darstellen.<sup>107</sup>

d) *Zeugenaussagen von Tatbeteiligten*

Im Verfahren gegen Siméon Nchamihigo vor dem ICTR nahm die *Kammer* zu der Frage Stellung, welchen Beweiswert Aussagen von solchen Zeugen haben, die als Tatkomplizen des Angeklagten an der ihm zur Last gelegten Tat beteiligt waren. Nach Ansicht der *Kammer* ist die Verwertung von Zeugenaussagen Tatbeteiligter generell zulässig, solange die Aussagen glaubhaft sind. Dies gilt auch dann, wenn eine solche Aussage nicht durch andere Beweismittel gestützt oder bestätigt wird; die *Kammer* in erster Instanz hat hier einen weiten Ermessensspielraum, da sie die Glaubhaftigkeit der Aussage im Gerichtssaal sowie die Glaubwürdigkeit des Zeugen direkt bewerten kann. Die *Kammer* fuhr fort, dass Zeugenaussagen von Tatbeteiligten indes mit gebotener Vorsicht zu bewerten sind, insbesondere in Anbetracht möglicher Motive des oder der Zeugen, den Angeklagten zu be- und sich zu entlasten.<sup>108</sup>

e) *Alibi*

Im Verfahren gegen Protais Zigiranyirazo vor dem ICTR hatte der Angeklagte zu seiner Verteidigung für beide der ihm zur Last gelegten, zeitlich verschiedenen Tatkomplexe erklärt, dass er zur Tatzeit jeweils an einem anderen Ort gewesen sei. Er hatte dafür eine Anzahl von Zeugen angegeben. Die *Kammer* in erster Instanz hatte diese Zeugen zwar gehört und deren Aussagen auch teils im Urteil wiedergegeben. Indessen hatten die Richter offensichtlich diesen Zeugen nicht geglaubt und das von Zigiranyirazo vorgetragene Alibi zurückgewiesen, ohne jedoch die Zeugenaussagen ausdrücklich wegen fehlender Glaubhaftigkeit oder -würdigkeit zurückzuweisen.

Die *Kammer* stellte dazu einleitend klar, dass das Vorbringen eines Alibis keine Verteidigung im „eigentlichen“ Sinne, sondern „nur“ das Abstreiten darstelle, in der – auch geographischen – Lage gewesen zu sein, die zur Last gelegte(n) Tat(en) zu begehen.<sup>109</sup> Die *Kammer* fuhr fort, dass der

Angeklagte nicht beweisen müsse, dass das Alibi über jeden vernünftigen Zweifel erhaben wahr ist, sondern lediglich, dass das Vorbringen des Alibis begründete Zweifel an der Darstellung der Anklagebehörde und den dazu hervorgebrachten Beweismitteln hervorruft.<sup>110</sup> Wenn ein Alibi prima facie glaubhaft erscheint, obliegt der Anklagebehörde die Beweislast, jede vernünftige Möglichkeit zu widerlegen, dass das Alibi wahr ist<sup>111</sup> – was sich in der Regel in einem Angriff auf Glaubhaftigkeit und -würdigkeit des oder der Alibi-Zeugen niederschlägt.

In Anwendung dieser Grundsätze stellte die *Kammer* fest, dass das von dem Angeklagten geltend gemachte Alibi in erster Instanz rechtlich falsch eingeordnet worden und dass es deshalb zu einer unzulässigen Beweislastumkehr zuungunsten des Angeklagten gekommen sei.<sup>112</sup> Im Rechtsmittelrecht der Tribunale gilt, dass die *Rechtsmittelkammer* selbst eine Tatsachenwürdigung unter Anwendung der einschlägigen Rechtsgrundsätze vornehmen darf, wenn eine rechtsfehlerhafte Tatsachenwürdigung in erster Instanz festgestellt hat.<sup>113</sup> Im vorliegenden Fall nahm die *Kammer* eine erneute Beweiswürdigung vor und gelangte zu dem Ergebnis, dass Zigiranyirazo freizusprechen sei, da sein vorgetragene Alibi begründete Zweifel am Vorbringen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich seiner Tatbeteiligung begründet hatte.<sup>114</sup>

Im Rechtsmittelverfahren in der Sache Nchamihigo vor dem ICTR stellte die *Kammer* zudem zur Frage des Zeitpunktes, in dem ein Alibi vor Gericht vorgetragen werden muss, klar, dass das Versäumen eines zeitigen Vortragens eines Alibis in der gerichtlichen Beweiswertwürdigung Niederschlag finden kann.<sup>115</sup> Generell gilt, dass Rechtsfehler im

---

auf, u.a., ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 414; Nindabahizi Appeal Judgement, ICTR-01-71, para. 66; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 23.5.2005 – ICTR-98-44A (Kajelijeli v. The Prosecutor), paras. 41, 42. Siehe auch ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 92.

<sup>110</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 42 mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 21.5.2007 – ICTR-95-1B (The Prosecutor v. Muhimana), para. 18.

<sup>111</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 18. Siehe auch ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 93.

<sup>112</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), paras. 39, 43.

<sup>113</sup> Siehe nur ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88 (The Prosecutor v. Kalimanzira), para. 8; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 9.

<sup>114</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), paras. 51, 63, 71, 75.

<sup>115</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), para. 97, mit Verweis auf, u.a., ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 26.5.2003 – ICTR-96-3 (The Prosecutor v. Rutaganda), Fn. 392; ICTR

---

<sup>107</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 248 mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 27.9.2007 – IT-03-66 (Prosecutor v. Limaj et al.), para. 203 m.w.N.

<sup>108</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-63 (Nchamihigo v. The Prosecutor), paras. 42-48, mit Verweis u.a. auf ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 7.5.1997 – IT-94-1 (Prosecutor v. DuškoTadić), para. 539 und weitere Rechtsprechung beider Tribunale in ähnlich gelagerten Fällen.

<sup>109</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 17 mit Verweis

Hauptverfahren grundsätzlich direkt anzuzeigen sind; ein Versäumnis kann zur Präklusion im Rechtsmittel führen.<sup>116</sup>

### f) Bewertungsspielraum der Kammer bei der Glaubwürdigkeit von Zeugen der Parteien

Im Verfahren vor dem ICTR gegen Protais Zigiranyirazo hatte dieser vorgebracht, die *Kammer* in erster Instanz habe ungleiche Bewertungskriterien auf Zeugen der Anklage einerseits und solche der Verteidigung andererseits angewendet. Außerdem monierte er, dass die *Kammer* einer Aussage nicht wegen Zweifeln an ihrem Wahrheitsgehalt geringen oder keinen Wert beimessen könne, wenn nicht die Falschheit der Aussage zuvor gerichtlich festgestellt worden sei. Die *Rechtsmittelkammer* führte dazu aus, dass die *Kammer* in erster Instanz generell einen weiten Bewertungsspielraum bei der Bestimmung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen genieße.<sup>117</sup> Insbesondere sei die Tatsache, dass die Anklagebehörde eine Falschaussage des betreffenden Zeugen nicht nachgewiesen habe, nicht ausschlaggebend. So stehe es der *Kammer* frei, einen Zeugen als unglaubwürdig einzuordnen, ohne dass dies von der Anklage ausdrücklich behauptet und bewiesen worden sei.<sup>118</sup> Das Recht, dass beide Parteien ihre Zeugen unter den gleichen Gegebenheiten und Umständen verhören dürfen, verbietet der *Kammer* nicht, die Aussagen der jeweiligen Zeugen aufgrund unterschiedlicher Faktoren unter Umständen verschieden zu bewerten.<sup>119</sup> Allerdings muss der Bewertungsmaßstab für Zeugen beider Seiten gleich sein.<sup>120</sup>

---

(Trial Chamber), Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A (The Prosecutor v. Kajelijeli), para. 164; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 22.1.2004 – ICTR-99-54 (The Prosecutor v. Kamuhanda), para. 82.

<sup>116</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 244; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.3.2009 – IT-00-39 (Prosecutor v. Krajišnik), para. 654; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14 (Prosecutor v. Blaškić), para. 222.

<sup>117</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 116, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 194.

<sup>118</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 115, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 27.11.2007 – ICTR-01-76 (The Prosecutor v. Simba), para. 31.

<sup>119</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 16.11.2009 – ICTR-01-7 (Zigiranyirazo v. The Prosecutor), para. 117.

<sup>120</sup> Das Ansetzen verschiedener Bewertungsmaßstäbe wäre wohl als ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit („judicial impartiality“) zu werten. Siehe dazu ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 2.2.2009 – ICTR-01-74 (The Prosecutor v. Karera), para. 378; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 78.

### g) Zulässigkeit von Verhörprotokollen von nationalen Stellen

Im Rechtsmittelverfahren gegen Ljube Boškoski und Johan Tarčulovski stellte die *Kammer* entgegen dem Vorbringen des Angeklagten Tarčulovski klar, dass auch nationale Verhörprotokolle eines Angeklagten nach dem Beweisrecht des ICTY grundsätzlich zulässige Beweismittel darstellen. Ein Ausschluss solcher Beweise, so die *Kammer*, könnte das Tribunal von der Nutzung unter Umständen zentraler Beweismittel abhalten und damit das Mandat des Tribunals gefährden.<sup>121</sup> Zudem könnten sich Straftäter der internationalen Strafverfolgung entziehen, indem sie sich der nationalen Strafverfolgung unterwürfen.<sup>122</sup>

## 2. Angeklagtenrechte/Verteidigung

### a) Fair trial

#### aa) Zeugenbeeinflussung

Die Beeinflussung oder Einschüchterung von Zeugen stellt einen empfindlichen Angriff auf ein ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren dar – nicht nur im Strafprozess. Insbesondere im internationalen Strafprozess, der wesentlich vom Zeugenbeweis bestimmt ist, stellt die Zeugenbedrohung ein ernstes Problem dar.<sup>123</sup> So wurde das Ausgangsverfahren gegen Ramush Haradinaj et al., eines der wenigen Strafverfahren am ICTY wegen im Kosovo begangener Straftaten, von massiver Zeugenbeeinflussung begleitet; viele Zeugen verweigerten aus Angst und Sicherheitsbedenken die Aussage oder entzogen sich auf andere Weise dem Gericht.<sup>124</sup>

Auf das Rechtsmittel der Anklagebehörde hin stellte die *Kammer* zunächst grundsätzlich fest, dass Zeugeneinschüchterung – wie bereits von der *Kammer* in erster Instanz beschrieben – das Mandat des ICTY untergräbt, Strafverfahren fair, zügig, und unter Beachtung der Angeklagtenrechte bei gleichzeitigem Schutz der Opfer und Zeugen durchzuführen.<sup>125</sup> Die *Kammer* entschied sodann, dass die Richter im Hauptverfahren ihren Pflichten einer korrekten Verfahrensführung nicht nachgekommen waren. Sie hob zunächst das grundsätzlich geltende Ermessen der *Kammer* in der ersten

---

<sup>121</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 190, mit Verweis auf Art. 1 des ICTY-Statuts. Dies gilt, so die *Kammer*, auch für polizeiliche Beschuldigtenverhöre, da diese Verhöre auch in einer Anzahl verschiedener Rechtssysteme zulässige Beweismittel darstellten. Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 194 m.w.N.

<sup>122</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-04-82 (Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski), para. 191.

<sup>123</sup> Siehe dazu nur ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 23.7.2009 – IT-04-84-R77.4 (Prosecutor v. Haraqija and Morina).

<sup>124</sup> Siehe ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 3.4.2008 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 6 sowie das Rechtsmittelurteil in derselben Rechtssache (ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 [Prosecutor v. Haradinaj et al.], para. 34).

<sup>125</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 35.

stanzlichen Prozessführung hervor und betonte, dass die Verhältnismäßigkeit des Ermessensgebrauchs stets an den Begleitumständen des Einzelfalles zu messen sei.<sup>126</sup> Sie betonte sodann jedoch für den Fall Haradinajs, dass die *Hauptverfahrenskammer* im gegebenen Kontext massiver Zeugenbeeinflussung sowie der Schwierigkeiten, Zeugen zu Aussagen zu bewegen, in unangemessener Weise logistische Erwägungen im Hinblick auf die (terminliche) Verfahrensführung in den Vordergrund gestellt hatte.<sup>127</sup> Sie entschied schließlich, dass die *Kammer* grob geirrt hatte als sie es unterlassen hatte, notwendige Maßnahmen zur Erlangung bestimmter Zeugenaussagen auf Antrag zuzulassen oder gar anzuordnen.<sup>128</sup>

Generell gilt, dass gerade in solchen Verfahren, die von Zeugeneinschüchterung beeinträchtigt zu werden drohen, die *Hauptverfahrenskammer* gehalten ist, äußerst genau auf die Fairness des Verfahrens zu achten. Das Gericht ist verpflichtet, den Parteien bei dem Vorbringen ihrer Beweise durch angemessene Maßnahmen zu helfen, sei dies auf entsprechenden Antrag hin oder gar aus eigenem Antrieb.<sup>129</sup> Dies kann im Besonderen durch die Anordnung von effektiven Zeugenschutzmaßnahmen erreicht werden.<sup>130</sup> Hierzu führte die *Kammer* aus, dass Rule 54 der Verfahrens- und Beweisregeln des ICTY dem Gericht die Befugnis einräumt, eine Reihe von Maßnahmen zum Schutz der Fairness der Verfahrens zu treffen, wie z.B. Maßnahmen zum Identitätsschutz von Zeugen, Beweisaufnahmen per Videokonferenz, richterliche Zeugenvernehmungen an einem anderen Ort, oder aber auch das Anordnen des Erscheinens unwilliger Zeugen.<sup>131</sup>

Die Ausführungen der *Kammer* sind zu begrüßen, da sie Befürchtungen entgegenwirken, die Tribunale könnten im Zuge der sog. „completion strategy“ des Sicherheitsrates der

Vereinten Nationen<sup>132</sup> die zügige Verfahrensbeendigung unter Vernachlässigung der Beteiligtenrechte in den Vordergrund stellen.

*bb) Recht der Anklagebehörde auf ein faires Verfahren?*

In der ersten veröffentlichten Fassung des Rechtsmittelurteils in der Strafsache Haradinaj et al. führte die *Kammer* aus, dass die Richter im Kontext der Schwierigkeiten, Zeugen zu Aussagen zu bewegen, in unangemessener Weise logistische Erwägungen im Hinblick auf die (terminliche) Verfahrensführung dem Recht der Anklagebehörde auf ein faires Verfahren übergeordnet hatten.<sup>133</sup> In einem Corrigendum, welches wenig später erlassen wurde, strich die *Kammer* ihren Verweis auf das „Recht“ der Anklagebehörde auf ein faires Verfahren und ersetzte diesen durch die „Pflicht der Kammer, die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten“.<sup>134</sup> Die *Kammer* unterließ es damit, zu der Frage Stellung zu beziehen, inwieweit das Recht auf ein faires Verfahren im internationalen Strafprozess auch für die Anklagebehörde gilt. Die praktische Relevanz dieser Frage mag indessen nicht allzu hoch sein, da die Pflicht, ein faires Verfahren zu gewährleisten, eine verobjektivierte Pflicht der *Kammer* ist<sup>135</sup> und somit Ausstrahlungswirkung auf die Rechtsstellung der Anklagebehörde im Verfahren entfaltet.

Es bleibt zu erwähnen, dass die *Kammer* im Haradinaj et al.-Verfahren zum ersten Mal in der Geschichte des ICTY zur erneuten Tatsachenverhandlung an die *Ausgangskammer* zurück verwies.<sup>136</sup> Diese Entscheidung dürfte als eindrucksvolle Demonstration zu werten sein, dass die Richter der ad hoc-Tribunale aufgrund ihrer rechtlichen Überzeugung urteilen und sich nicht von politischen Forderungen, die Arbeit der Tribunale schnell zu beenden, leiten lassen.

<sup>126</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 39.

<sup>127</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 46 („Given the difficulties in obtaining evidence from the other witness, and the context of intimidation faced by all witnesses, this decision again inappropriately prioritised logistical considerations over the Prosecution’s right to a fair trial.“ (interne Fußnoten ausgespart).

<sup>128</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 40.

<sup>129</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 35.

<sup>130</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 36, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1 (Prosecutor v. Duško Tadić), para. 52.

<sup>131</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 36. Die *Rechtsmittelkammer* verwies das Verfahren am 21.7.2010 teilweise zur erneuten Beweisaufnahme vor einer neu besetzten *Kammer* in erster Instanz gem. Rule 117 (C) der Verfahrens- und Beweisregeln des ICTY zurück.

<sup>132</sup> Siehe zur „completion strategy“ der Tribunale nur unter: <http://www.icty.org/sid/10016> (zugegriffen am 13.10.2011).

<sup>133</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 46 („[...] this decision again inappropriately prioritised logistical considerations over the Prosecution’s right to a fair trial“).

<sup>134</sup> ICTY (Appeals Chamber), Corrigendum to Judgement of 19 July 2010 v. 23.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.): „Given the difficulties in obtaining evidence from the other witness, and the context of intimidation faced by all witnesses, this decision again inappropriately prioritised logistical considerations over the Trial Chamber’s duty to safeguard the fairness of the proceedings“ (interne Fußnoten ausgespart).

<sup>135</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 21.7.2010 – IT-04-84 (Prosecutor v. Haradinaj et al.), para. 48 und Fußnote 157.

<sup>136</sup> Einen solchen Rückverweis an die Tatsacheninstanz hatte es bis dahin nur einmal, und zwar im Strafverfahren gegen Tharcisse Muvunyi vor dem ICTR gegeben, Urt. der *Rechtsmittelkammer* v. 29.8.2008 – ICTR-00-55A-A.

### b) Recht auf einen kompetenten Verteidiger

Im Strafverfahren gegen Simon Bikindi vor dem ICTR hatte der Angeklagte behauptet, seine ordnungsgemäße Verteidigung sei zeitweilig im Hauptverfahren nicht gewährleistet gewesen, da sein Zweitverteidiger im Kreuzverhör eines bestimmten Zeugen eine unwirksame Fragestrategie verfolgt habe.<sup>137</sup> Das Gericht führte hiergegen zunächst ausführlich aus, dass die Sachkompetenz zugelassener Strafverteidiger am Tribunal generell vermutet wird.<sup>138</sup> Einem sich hiergegen wendenden Rechtsmittelführer obliegt demnach die Beweislast, dem Verteidiger ein grobes fachliches Fehlverhalten oder Nachlässigkeit nachzuweisen, welche einen Justizirrtum hervorgerufen hat.<sup>139</sup> Wenn der Angeklagte es im Hauptverfahren versäumt hat, das Gericht auf die vermeintliche Inkompetenz seines Verteidigers hinzuweisen, so obliegt ihm in der Rechtsmittelinstanz die Nachweispflicht, dass das Fehlverhalten seines Verteidigers derart offensichtlich war, dass dies der *Kammer* im Hauptverfahren hätte auffallen müssen.<sup>140</sup> In der Sache fand die *Kammer* sodann, dass die Strategie und Strukturierung eines Kreuzverhöres naturgemäß dem Ermessen der Verteidigung obliegt und die *Hauptverfahrenskammer* hier keinen Einfluss nehmen kann und darf.<sup>141</sup> Es hätte im Fall dem Angeklagten daher oblegen, zumindest darzulegen, dass eine andere Verhörstrategie einen Einfluss auf die Entscheidung der *Kammer* gehabt hätte.<sup>142</sup>

### 3. Urteil: *Ne ultra petita* – Verurteilung im Rechtsmittel unter anderer Täterschaftsform

Im Hauptverfahren gegen Dragomir Milošević hatte das Gericht den Angeklagten wegen des Planens und Befehlens einer Reihe von Verbrechen gemäß Art. 7 Abs. 1 des ICTY-

Statuts verurteilt.<sup>143</sup> Die *Kammer* hob die Verurteilung für die genannten Beteiligungsformen teilweise mangels hinreichender Beweise für entsprechende Planungs- oder Befehlshandlungen auf. Sodann führte sie aus, dass Milošević alternativ für einige der in Rede stehenden Taten auch aufgrund seiner Verantwortlichkeit als Vorgesetzter angeklagt worden war<sup>144</sup> und stellte fest, dass eine solche alternative Anklage hinsichtlich der Begehungsform für dieselbe Tat generell zulässig ist und auch vorliegend ordnungsgemäß von der Anklagebehörde vorgetragen worden war.<sup>145</sup> Die *Kammer* fand sodann, dass die erstinstanzliche *Kammer*, auch wenn sie Milošević nicht gemäß Art. 7 Abs. 3 des Statuts wegen seiner Verantwortlichkeit als Vorgesetzter verurteilt hatte, die hierzu notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen getroffen hatte, die eine solche Verurteilung für die in Rede stehenden Taten ermöglichen.<sup>146</sup> Die *Kammer* verurteilte Dragomir Milošević auf dieser Grundlage als Vorgesetzten für die genannten Taten.<sup>147</sup>

### V. Missachtung des Gerichts

Die Prozessordnungen beider Tribunale enthalten seit ihren ersten Fassungen jeweils eine Regelung zur strafrechtlichen Ahndung der vorsätzlichen Missachtung des Gerichts.<sup>148</sup> Die praktische Bedeutung dieser Regelungen hat insbesondere in jüngerer Vergangenheit zugenommen. Rule 77 erlaubt nicht nur die gerichtliche Ahndung der unbefugten Zeugnisverweigerung oder des Nichterscheins eines Zeugen, sondern auch die Sanktionierung der außergerichtlichen Beeinflussung, Gefährdung oder gar Bedrohung von Zeugen.<sup>149</sup> Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass die Statuten selbst

<sup>137</sup> Siehe ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 44.

<sup>138</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 21, mit Verweis auf Rule 44(A) der ICTY-Verfahrens- und Beweisregeln sowie Artikel 13 und 14 der Directive on the Assignment of Defence Counsel des ICTY (abrufbar unter: [www.icty.org](http://www.icty.org) [zuletzt zugegriffen am 13.10.2011]).

<sup>139</sup> „[G]ross professional misconduct or negligence on the part of the counsel which occasioned a miscarriage of justice“, ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 21, mit Verweis auf u.a. ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 130.

<sup>140</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 22. Siehe auch ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-96-11 (The Prosecutor v. Nahimana et al.), para. 131, und ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.3.2009 – IT-00-39 (Prosecutor v. Krajišnik), IT-00-39, para. 42.

<sup>141</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 44.

<sup>142</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 18.3.2010 – ICTR-01-72 (Bikindi v. The Prosecutor), para. 44.

<sup>143</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 12.12.2007 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 978, 1006.

<sup>144</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 278, mit Verweis auf para. 19-21 der Anklageschrift im Hinblick auf die sog. „sniping incidents“ (siehe unter: [http://www.icty.org/case/dragomir\\_milosevic/4#tjug](http://www.icty.org/case/dragomir_milosevic/4#tjug) [zuletzt zugegriffen am 13.10.2011]).

<sup>145</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 279, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 3.5.2006 – IT-98-34 (Prosecutor v. Naletilić & Martinović), paras. 102, 103.

<sup>146</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 281 mit Verweis auf ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 12.12.2007 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), paras. 845-867. Die in Rede stehenden Taten betrafen Exekutionen von Zivilisten in den Strassen Sarajevos durch Scharfschützen der serbischen Kampfverbände.

<sup>147</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1 (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 282 sowie Disposition.

<sup>148</sup> Rule 77 beider Verfahrens- und Beweisordnungen (ICTY: seit 1. Fassung v. 11.2.1994; ICTR: seit 1. Fassung v. 29.6.1995).

<sup>149</sup> Siehe Rule 77(A) der Verfahrens- und Beweisordnungen beider Tribunale.

keine Vorschriften zur Missachtung des Gerichts enthalten.<sup>150</sup> Zudem bestimmt Art. 15 des ICTY-Statuts sowie der ähnlich lautende Art. 14 des ICTR-Statuts, dass die Richter der Tribunale ihre Prozessordnung selbst erlassen.<sup>151</sup> Anders ausgedrückt erschufen die Richter beider Tribunale mit Erlass der Prozessordnungen eine weitere Strafvorschrift, die als solche vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nicht explizit vorgesehen war.<sup>152</sup> Zur Begründung der Gerichtsbarkeit des ICTY in Fällen der Missachtung des Gerichts führte die *Kammer* in einem Verfahren wegen Missachtung des Gerichts im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen Duško Tadić vor dem ICTY bereits im Jahre 2000 aus, dass das Gericht eine ungeschriebene, „inhärente“ Zuständigkeit habe, um die Wirksamkeit seiner Tätigkeit sicherzustellen.<sup>153</sup> Die *Kammer* führte zuletzt im Verfahren wegen Gerichtsmissachtung gegen den in der Hauptsache wegen verschiedener Völkerrechtsverbrechen angeklagten Vojislav Šešelj<sup>154</sup> aus, dass diese immanente Gerichtsbarkeit eine Regelung wie die der Rule 77 umfasse, wonach Angriffe auf die Rechtspflege strafrechtlich geahndet werden können.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> Siehe aber Art. 22 des Statuts des International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (IRMCT), der die Missachtung des Gerichts im Gegensatz zu den Statuten der Tribunale aufnimmt. Der IRMCT stellt die „Nachfolgeinstitution“ der Tribunale dar, die die Arbeit der Tribunale (ab 1.7.2012 für den ICTR und ab 1.7.2013 für den ICTY) zu Ende bringen wird, siehe Resolution des UN-Sicherheitsrates 1966(2010) v. 22.12.2010. Siehe vertiefend hierzu *Pittman*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 810.

<sup>151</sup> Anders als an den Tribunalen erlaubt das Statut des Internationalen Gerichtshofs den Richtern lediglich den Erlass ihrer eigenen prozessualen Durchführungsvorschriften (Regulations of the Court – ICC-BD/01-01-04 v. 26.5.2004, siehe Art. 52 des Römischen Statuts), die unmittelbaren Verfahrens- und Beweisregeln (Rules of Procedure and Evidence- ICC-ASP/1/3 (Part.II-A) v. 9.9.2002) werden indes von der Mitgliedstaatenversammlung erlassen (Art. 51 des Römischen Statuts).

<sup>152</sup> Siehe Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), S/25704 v. 3.5.1993. Zur völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Strafbarkeit der Missachtung des Gerichts siehe *Bohlander*, *Criminal Law Forum* 12 (2001), 91.

<sup>153</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 31.1.2000 (Judgement on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vujin) – IT-94-1-A-R77 (Prosecutor v. Duško Tadić), paras. 13-18; bestätigend ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 27.2.2001 – IT-94-1-A-AR77 (Prosecutor v. Duško Tadić), S. 4.

<sup>154</sup> ICTY (Trial Chamber), Strafverfahren gegen Vojislav Šešelj, IT-03-67-T. Šešelj ist im Hauptverfahren wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in 14 Fällen angeklagt.

<sup>155</sup> ICTY (Appeals Chamber) Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 17. Siehe auch ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 31.1.2000 (Vujin Contempt) – IT-94-1-A-R77 (Prosecutor

### 1. Objektive Schwere der Tat

Im Verfahren gegen Léonidas Nshogoza vor dem ICTR wegen Missachtung des Gerichts stellte die *Kammer* klar, dass es für den objektiven Tatbestand der Beeinträchtigung der Rechtspflege („interference with the administration of justice“) keine de minimis-Schwelle der objektiven Schwere der Tat gebe.<sup>156</sup> Die *Kammer* betonte im Gegenteil, dass jede Missachtung einer Anordnung der *Kammer* per se die Rechtspflege im Sinne der Rule 77 beeinträchtigt und dass es keines Nachweises eines weitem, konkreten Schadens für die Rechtspflege bedürfe.<sup>157</sup> Sie führte weiter aus, dass Erwägungen zur Schwere der Tat oder den Motiven des Täters eher im Rahmen der Ermessensentscheidung des Gerichts zur Einleitung eines Verfahrens gemäß Rule 77 (C) und (D) der Prozess- und Beweisordnung oder aber in der Strafzumessung vorzunehmen seien.<sup>158</sup>

Die Beschreibung der *Kammer* legt nahe, dass es sich bei dem Delikt der Missachtung des Gerichts um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Dies trägt der Bedeutung der Vorschrift Rechnung, den Schutzbereich betroffener und geschützter Zeugen möglichst weit zu spannen. Allerdings ist ebenso Vorsicht geboten, nicht allzu aggressiv auf vergleichsweise unbedeutende Beeinträchtigungen der Rechtspflege zu reagieren, weil die Gefahr in sich bergen würde, die Ressourcen der Tribunale von deren Hauptaufgabe, der strafrechtlichen Ahndung von Völkerstraftaten, abzulenken. Die zuständige *Kammer* ist hier gehalten, sorgfältig ihr – im Rechtsmittel nur begrenzt überprüfbares – Ermessen hinsichtlich der Einleitung eines Verfahrens auszuüben.<sup>159</sup>

v. Duško Tadić), paras. 13-18; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 30.5.2001 (Judgment on Appeal by Anto Nobile Against Finding of Contempt) – IT-95-14/1-AR77 (Prosecutor v. Aleksovski), paras. 30, 36. Zur Kritik an dieser Doktrin siehe *Bohlander*, *Criminal Law Forum* 12 (2001), 91.

<sup>156</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 15.3.2010 – ICTR-2007-91 (Nshogoza v. The Prosecutor), para. 56.

<sup>157</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 15.3.2010 – ICTR-2007-91 (Nshogoza v. The Prosecutor), para. 56. Siehe auch ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 20 sowie ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.3.2007 – IT-95-14 & 14/2-R77 (Prosecutor v. Jović), para. 30 und ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 27.9.2006 – IT-95-14-R.77.2 (Prosecutor v. Marijačić and Rebić), para. 44.

<sup>158</sup> ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 15.3.2010 – ICTR-2007-91 (Nshogoza v. The Prosecutor), para. 57.

<sup>159</sup> Vgl. ICTR (Appeals Chamber), Re: Léonard Safari and Rémi Mazas – Decision on Prosecution Appeal of Decision Concerning Improper Contact With Prosecution Witnesses, v. 16.10.2010 – ICTR-01-69-A/ICTR-2010-92 (The Prosecutor v. Nsengimana). Siehe auch ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.7.2011 – IT-02-54-R77.5 (In the Case Against Florence Hartmann), paras. 107 ff.

### 2. Reichweite des Schutzes vertraulicher Informationen

Im ersten Verfahren gegen Vojislav Šešelj wegen Missachtung des Gerichtes war dem Angeklagten vorgeworfen worden, vertrauliche Informationen dreier geschützter Zeugen sowie Teile einer nichtöffentlichen Zeugenaussage in einem Buch öffentlich gemacht zu haben.<sup>160</sup> Šešelj brachte zu seiner Verteidigung vor, die *Kammer* in erster Instanz habe es versäumt, den Begriff der „vertraulichen Informationen“ ordnungsgemäß zu definieren und zu werten; dies sei umso schwerwiegender in Anbetracht der Tatsache, dass dieselben Informationen bereits in einem Buch eines anderen Autors veröffentlicht worden seien.<sup>161</sup> Die *Kammer* stellte demgegenüber klar, dass nichtöffentliche Zeugenaussagen nicht dadurch an Schutzwürdigkeit verlieren, dass sie bereits an anderer Stelle rechtswidrig öffentlich gemacht wurden.<sup>162</sup> Folgerichtig stellt auch eine weitere Öffentlichmachung durch eine dritte Partei eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Rechtspflege dar.<sup>163</sup>

Die Entscheidung verdient insoweit Zustimmung, als die Vertraulichkeit von entsprechend eingestuftem Zeugenaussagen sowie der Identitätsschutz der Zeugen entscheidende Elemente in dem vom Zeugenbeweis ganz wesentlich bestimmten internationalen Strafprozess sind. Wenn potentielle Zeugen die Wirksamkeit von Schutzanordnungen der *Kammern* anzweifeln müssen, steht zu befürchten, dass sie aus Angst von einer Aussage absehen werden. Dies kann bisweilen zum Kollaps des gesamten Verfahrens führen.<sup>164</sup>

### 3. Recht auf ein öffentliches Urteil

Der Schutz der Vertraulichkeit von Beweismitteln setzt sich auch im Kontext der Öffentlichkeit des Urteils fort.<sup>165</sup> Die

*Kammer* stellte im oben genannten Verfahren gegen Vojislav Šešelj fest, dass das Recht auf ein öffentlich gesprochenes Urteil nicht absolut gilt<sup>166</sup> und durch Schutzinteressen von Opfern und Zeugen dahingehend eingeschränkt werden kann, dass entsprechende Urteilspassagen geschwärzt werden.<sup>167</sup> Die *Kammer* führte konkret aus, dass die Öffentlichmachung geschützter Informationen von Opfern und Zeugen den Schutzvorschriften des Statuts und der Beweisregeln zuwiderlaufen könne.<sup>168</sup> Diesen gegenläufigen Schutzinteressen der Verfahrensbeteiligten muss vom Gericht angemessen entsprochen werden.

Wenn das Urteil auch auf keine internationale Rechtsprechung verweisen kann, die eine Schwärzung bestimmter nichtöffentlicher Urteilspassagen aus Zeugen- oder Opfer-schutzerwägungen explizit zulässt, leuchtet es in Analogie zu Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte ein, dass der Zeugenschutz etwa dem Minderjährigenschutz in seiner Wertigkeit nicht nachsteht und sich insoweit einschränkend auf das Recht der Öffentlichkeit des *gesamten* Urteils auswirken mag.<sup>169</sup>

## VI. Schlussbemerkung

Die hier bearbeiteten Urteile und Entscheidungen der *Rechtsmittelkammer* der Tribunale belegen, dass die ad hoc-Gerichte der Vereinten Nationen auch nach nunmehr 16 bzw. 17 Jahren des Bestehens wichtige Beiträge zur Fortentwicklung des internationalen materiellen Strafrechts und Strafprozessrechts leisten. Die Judikatur der Tribunale findet im Übrigen bereits im Rahmen der Rechtsprechung des Internatio-

<sup>160</sup> Siehe ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 3.

<sup>161</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 27.

<sup>162</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 29, mit Verweis auf ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 15.3.2007 – IT-95-14 & 14/2-R77 (Prosecutor v. Jović), para. 30.

<sup>163</sup> Siehe auch in einem ähnlich gelagerten Fall in der Rechts-sache gegen Florence Hartmann vor dem ICTY: „It is for a competent Chamber to decide that protective measures are not in place any longer, not [the accused]“; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.7.2011 – IT-02-54-R77.5 (In the Case Against Florence Hartmann), para. 113.

<sup>164</sup> Siehe hierzu ICTY (Trial Chamber) Strafverfahren gegen Ramush Haradinaj, Idriz Balaj und Lahi Brahimaj, IT-04-84, sowie die Zusammenfassung des erstinstanzlichen Urteils, verkündet durch den Vorsitzenden Richter Alphons Orié am 3.4.2008 (unter: <http://www.icty.org/> [zuletzt zugegriffen am 13.10.2011]).

<sup>165</sup> Siehe zur Öffentlichkeit des Urteils Artikel 23 des ICTY-Statuts sowie Rules 78, 98<sup>ter</sup> der Verfahrens- und Beweisre-

geln. Siehe auch Art. 4 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte v. 16.12.1966 (BGBl. 1973 II 1553) – engl.: International Covenant on Civil and Political Rights; im Folgenden: „IPbPR“).

<sup>166</sup> Art. 14 Abs. 1 des IPbPR sieht einige Fälle zulässiger Nichtöffentlichmachung vor, allerdings nicht explizit aus Zeugenschutzerwägungen. Auch das Human Rights Committee hält eine Nichtöffentlichmachung in engen Grenzen für zulässig, siehe CCPR General Comments, Nr. 13 v. 13.4.1984, para. 6. Siehe auch *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, S. 253 (zitiert in ICTY [Appeals Chamber], Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 [In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version], para. 32).

<sup>167</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), para. 32.

<sup>168</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.5.2010 – IT-03-67-R77.2 (In the Case Against Vojislav Šešelj – public redacted version), mit Verweis auf Art. 15, 22 des ICTY-Statuts sowie Rule 75 der Verfahrens- und Beweisregeln.

<sup>169</sup> Art. 14 Abs. 1 des IPbPR sieht vor, dass „jedes Urteil in einer Straf- oder Zivilsache [...] jedoch öffentlich zu verkünden [ist], sofern nicht die Interessen Jugendlicher dem entgegenstehen oder das Verfahren Ehestreitigkeiten oder die Vormundschaft über Kinder betrifft“.

nen Straferichtshofes Berücksichtigung<sup>170</sup> – eine ermutigende Entwicklung.

---

<sup>170</sup> Siehe z.B. ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, v. 31.3.2010 – ICC-01/09-19 (Situation of the Republic of Kenya), paras. 86-89, 95 ff.

# Bericht über die Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals (ICTY) im Zeitraum von Oktober 2010 bis Juni 2011\*

Von Claudia Hoefler, Den Haag\*\*

*Für die folgende Übersicht wurden zwei wichtige im Berichtszeitraum ergangene Entscheidungen der Rechtsmittelkammer ausgewählt, die sich mit dem Umfang der Beweisaufnahme bei einer Zurückverweisung der Sache und der Immunität von Mitgliedern der Verteidigung befassen. Des Weiteren werden zwei bei der Verfolgung sexualisierter Kriegsgewalt wichtige Aspekte dargestellt, mit denen sich die Rechtsmittelinstanz gegenwärtig beschäftigt.*

## I. Fall Haradinaj et al.

Im Verfahren gegen Haradinaj und andere hat die Appeals Chamber im Mai 2011 eine interessante Entscheidung zum Umfang der Beweisaufnahme im Falle einer Zurückverweisung der Sache durch die Appeals Chamber zur erneuten mündlichen Verhandlung vor der ersten Instanz getroffen.<sup>1</sup>

Haradinaj, ehemals Kommandant in der Kosovarischen Befreiungsarmee und der Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt, wurde im April 2008 in der ersten Instanz von allen Vorwürfen freigesprochen.<sup>2</sup> Die Appeals Chamber hob im Juli 2010 Haradinajs Freispruch teilweise auf. Sie begründete ihre Entscheidung damit, dass das erstinstanzliche Gericht nicht ausreichend auf Zeugeneinschüchterungen während des Verfahrens reagiert habe. Insbesondere habe das erstinstanzliche Gericht die Staatsanwaltschaft nicht hinreichend unterstützt, die Aussage von zwei potentiell wichtigen Zeugen zu erlangen.<sup>3</sup> Dieses Unterlassen des erstinstanzlichen Gerichts führte nach Ansicht der Appeals Chamber zu einem unfairen Verfahren und somit zu einem Fehlurteil, das eine erneute mündliche Verhandlung in Bezug auf einzelne Anklagepunkte erforderte.<sup>4</sup>

Gegenstand der nun ergangenen Entscheidung der Appeals Chamber war u.a. das Vorbringen Haradinajs, dass sich die erneute Beweisaufnahme auf die Aussage der zwei als potentiell wichtig identifizierten Zeugen beschränken

müsse. Es dürfe der Staatsanwaltschaft nicht gestattet werden, weitere Beweise vorzubringen, da dies u.a. gegen die Grundsätze *ne bis in idem* und *res judicata* verstoße.<sup>5</sup> Die Appeals Chamber bestätigte die Entscheidung der mit dem erneuten Verfahren betrauten Kammer, die eine derartige Beschränkung verneinte. Die Appeals Chamber verwies dabei auf eine frühere Entscheidung des ICTR, wonach „a retrial [...] inherently includes the possibility of hearing evidence that was not presented during the initial proceedings.“<sup>6</sup> Die Appeals Chamber betonte, dass es sich um Einzelfallentscheidungen handle, die ausschließlich durch die von der Rechtsmittelinstanz definierten Parameter für das erneute Verfahren eingegrenzt seien. Die Rechtsmittelinstanz habe im vorliegenden Fall keine Beschränkung für die Beweisaufnahme festgelegt, die über die allgemeinen Verfahrensregeln hinausgingen. Unabhängig davon, ob Gegenstand des erneuten Verfahrens eine Verurteilung oder ein Freispruch sei, die Kammer des erneuten Verfahrens sei nicht an die Beweisaufnahme des ersten Verfahrens gebunden. Es müsse jedoch jeder potentiellen unangemessenen Benachteiligung des Angeklagten bei einem vorangegangenen Freispruch begegnet werden. Wichtig sei daher, dass die Kammer bei der Zulassung neuer Beweise ein besonderes Augenmerk darauf lege, dass das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren nicht eingeschränkt werde. Selbst Beweismittel, deren Zulassung im ersten Verfahren abgelehnt wurde, können danach im erneuten Verfahren zugelassen werden. Allerdings setzt dies voraus, dass die Kammer ausdrücklich geprüft hat, dass eine erneute Verhandlung der Sache den Angeklagten nicht unangemessen benachteiligt.<sup>7</sup>

## II. Fall Gotovina et al.

In einer Entscheidung der Appeals Chamber im Verfahren gegen Gotovina und andere wurde die Frage behandelt, inwieweit für die Verteidigung arbeitende Ermittler (*defence investigators*) Immunität genießen.<sup>8</sup>

\* Dieser Bericht ist die überarbeitete Fassung des Vortrags, der im Rahmen des Arbeitskreises Völkerstrafrecht am 17.6. 2011 in Den Haag gehalten wurde.

\*\* Claudia Hoefler arbeitet als Legal Officer in der Appeals Chamber des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (JStGH oder auch ICTY). Der Text gibt allein die Auffassung der Autorin wieder, nicht notwendigerweise die des JStGHs oder der Vereinten Nationen im Allgemeinen.

<sup>1</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Haradinaj's Appeal on Scope of Partial Retrial v. 31.5.2011 – IT-04-84bis-AR73.1 (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.).

<sup>2</sup> ICTY (Trial Chamber I), Urt. v. 3.4.2008 – IT-04-84-T (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.).

<sup>3</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.7.2010 – IT-04-84-A (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.), paras. 34-48.

<sup>4</sup> ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.7.2010 – IT-04-84-A (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.), paras. 49-50, 377.

<sup>5</sup> ICTY, Appeal Brief on Behalf of Ramush Haradinaj on Scope of Partial Retrial v. 10.2.2011 – IT-04-84bis-AR73.1 (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.), paras. 19-24, 41-55.

<sup>6</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Haradinaj's Appeal on Scope of Partial Retrial v. 31.5.2011 – IT-04-84bis-AR73.1 (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.), para. 24, mit Verweis auf ICTR (Appeals Chamber), Decision on the Prosecutor's Appeal Concerning the Scope of Evidence to be Adduced in the Retrial v. 24.3.2009 – ICTR-2000-55A-AR73 (The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi), paras. 12-13.

<sup>7</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Haradinaj's Appeal on Scope of Partial Retrial v. 31.5.2011 – IT-04-84bis-AR73.1 (Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.), paras. 23-26.

<sup>8</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Gotovina Defence Appeal Against 12 March 2010 Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of

Ausgangspunkt der Entscheidung war, dass die Staatsanwaltschaft in Zagreb Anklage gegen einen Ermittler im Verteidigerteam von Gotovina wegen Unterdrückung von Archivmaterial, das im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen Gotovina stand, erhob. Gotovina beantragte daraufhin, Kroatien zu verpflichten, jegliche strafrechtliche Verfolgung des besagten Ermittlers einzustellen. Die erstinstanzliche Kammer lehnte Gotovinas Antrag mit der Begründung ab, dass der Ermittler keine Immunität vor Strafverfolgung genieße. Sie führte zunächst aus, dass Verteidiger und die für sie arbeitenden Ermittler, Richtern und Staatsanwälten nach Art. 30 Abs. 4 des ICTY Statuts<sup>9</sup> gleichgestellt sein müssen, d.h. sie genießen insoweit Schutz wie dies zum ordnungsgemäßen Funktionieren (proper functioning) des Tribunals erforderlich ist. Bei der Frage des Schutzzumfangs stellte die Kammer zunächst u.a. fest, dass Art. 30 Abs. 4 keine Immunität für Mitglieder des Verteidigerteams explizit vorsieht und ein entsprechender Schutzzumfang auch nicht durch eine Resolution des Sicherheitsrats oder bi- bzw. multilaterale Verträge näher definiert sei. Die Kammer führte weiter aus, dass staatliches Recht generell keine Immunität vor Strafverfolgung von Verteidigern und Staatsanwälten in Bezug auf ihre Tätigkeiten vor den staatlichen Strafgerichten vorsehe. Eine Immunität sei daher nicht für die Erfüllung ihrer Aufgaben vor Strafgerichten unerlässlich. Die Kammer verwies auch auf das berechnete Interesse von Staaten, gegen auf ihren Territorien begangene Straftaten zu ermitteln. Sie kam daher abschließend zu dem Ergebnis, dass Art. 30 Abs. 4 des ICTY Statuts Verteidigern keine Immunität vor strafrechtlichen Ermittlungen gewährt. Allerdings dürften Staaten gemäß Art. 30 Abs. 4 nicht absichtlich oder vorhersehbar die Arbeit von Verteidigern vor dem Tribunal mit solchen Verfahren unzulässig beeinträchtigen.<sup>10</sup>

Die Appeals Chamber hat diese Entscheidung aufgehoben. Sie stellte zunächst fest, dass die entscheidende Frage sei, ob eine Immunität für Mitglieder des Verteidigerteams für das ordnungsgemäße Funktionieren des Tribunals nach Art. 30 Abs. 4 des ICTY Statuts erforderlich sei, unabhängig davon, ob Art. 30 Abs. 4 oder ein anderer Vertrag eine solche Immunität explizit gewährleiste. Die Appeals Chamber widersprach der Schlussfolgerung der erstinstanzlichen Kammer, wonach eine Immunität für Tätigkeiten vor Strafgerichten nicht unerlässlich sei, weil eine solche in innerstaatlichen Strafverfahren generell nicht vorgesehen ist. Dabei verwies die Appeals Chamber auf den fundamentalen Unterschied zwischen nationalen und internationalen Gerichten. Verteidiger arbeiteten unter anderen Bedingungen. Die Suche nach

Zeugen und anderen Beweismitteln, Zeugenbefragungen und die Sicherstellung von Beweismitteln in der Gebietshoheit von Staaten könnten ohne Immunität erheblich erschwert werden. Es bestünde immer das Risiko, dass Staaten die Ermittlungen und Tätigkeiten der Verteidigung beeinträchtigen. Entsprechend kam die Appeals Chamber zu dem Ergebnis, dass Mitglieder der Verteidigung, Ermittler eingeschlossen, Immunität in Bezug auf Tätigkeiten genießen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben (official functions) vor dem Tribunal und damit für dessen „proper functioning“ erforderlich sind (sog. functional immunity). Ansonsten, so die Appeals Chamber, wäre die Unabhängigkeit der Verteidigung in Frage gestellt.<sup>11</sup>

Den Einwand der Staatsanwaltschaft, dass eine solche Immunität der Verteidigung erlauben würde, straffrei innerstaatliches Recht zu brechen, wies die Appeals Chamber mit der Begründung zurück, dass Art. 30 Abs. 4 des ICTY Statuts Immunität nur für Handlungen zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Tribunals gewähre und nicht für solche Handlungen, die Mitglieder der Verteidigung in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen ausführten. Für die Verteidigung wie für die Staatsanwaltschaft sei daher die Immunität auf Tätigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben vor dem Tribunal und im Interesse der Vereinten Nationen begrenzt. Eine straffreie Verletzung innerstaatlichen Rechts erlaube sie nicht. Auf Anordnung der Rechtsmittelinstanz musste die erstinstanzliche Kammer daher Kroatien verpflichten, alle strafrechtlichen Verfahren gegen Mitglieder des Verteidigerteams von Gotovina in Bezug auf Tätigkeiten zur Erfüllung ihrer „official functions“ vor dem Tribunal einzustellen.<sup>12</sup>

### III. Fall *Milutinović et al.*

Anhand des Verfahrens gegen *Milutinović* und andere sei auf zwei wesentliche Fragen hingewiesen, die sich bei der Verfolgung sexualisierter Kriegsgewalt stellen und mit denen sich die Rechtsmittelinstanz gegenwärtig beschäftigt:

- (1.) Wann sind die Beweisanforderungen für den Nachweis erfüllt, dass begangene Vergewaltigungen mit diskriminierender Absicht begangen wurden und somit Mittel zur Verfolgung aus politischen, rassischen und religiösen Gründen (persecution) waren?
- (2.) Und wann können die begangenen Vergewaltigungen den politisch und militärisch Verantwortlichen zugerechnet werden?

Croatia v. 14.2.2011 – IT-06-90-AR73.5 (Prosecutor v. Ante Gotovina et al.).

<sup>9</sup> Art. 30 Abs. 4 des ICTY Statuts lautet: „Other persons, including the accused, required at the seat of the International Tribunal shall be accorded such treatment as is necessary for the proper functioning of the International Tribunal.“

<sup>10</sup> ICTY (Trial Chamber I), Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia v. 12.3.2010 – IT-06-90-T (Prosecutor v. Ante Gotovina et al.), paras. 48-61.

<sup>11</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Gotovina Defence Appeal Against 12 March 2010 Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia v. 14.2.2011 – IT-06-90-AR73.5 (Prosecutor v. Ante Gotovina et al.), paras. 28, 30-33.

<sup>12</sup> ICTY (Appeals Chamber), Decision on Gotovina Defence Appeal Against 12 March 2010 Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia v. 14.2.2011 – IT-06-90-AR73.5 (Prosecutor v. Ante Gotovina et al.), paras. 34-36.

Dabei geht es um die Anwendung des beim ICTY entwickelten Zurechnungs-Konstrukts „JCE“ (joint criminal enterprise), wonach Mitglieder der sog. „Kriminellen Vereinigung“ nicht nur für Straftaten verantwortlich gemacht werden können, die Teil des gemeinsamen Plans waren, sondern auch für solche, die vorhersehbar waren und billigend in Kauf genommen wurden.

Einleitend sei erwähnt, dass die Vergewaltigungen im Fall Milutinović nicht als eigenständige Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Art. 5 des ICTY Statuts angeklagt wurden, sondern „allein“ als Mittel zur Verfolgung aus politischen, rassistischen und religiösen Gründen.<sup>13</sup> Die erstinstanzliche Kammer im Fall Milutinović hat entschieden, dass serbische Truppen 700.000 kosovo-albanische Zivilisten vertrieben und deportiert haben, und zwar auch durch Anwendung von Drohungen und Gewalt, die eine Atmosphäre des Terrors erzeugen sollten, um die Bevölkerung zum Verlassen des Kosovo zu bewegen. Die Kammer befand auch, dass während dieser Terror-Kampagne Vergewaltigungen begangen wurden.<sup>14</sup> Die Kammer bejahte bei einigen Vergewaltigungen die für eine Verurteilung wegen Verfolgung aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen erforderliche diskriminierende Absicht der Vergewaltiger, sah sie jedoch bei anderen als nicht erwiesen an. Sie berücksichtigte dabei, ob die Vergewaltiger vor, während oder nach den Vergewaltigungen diskriminierende Äußerungen gegenüber den Opfern gemacht hatten (wie z.B. dass die albanische Befreiungsarmee Schlimmeres getan hätte).<sup>15</sup> In den Fällen, in denen derartige Äußerungen nicht festgestellt werden konnten, wurden die Vorwürfe zurückgewiesen, obwohl die Kammer die Vergewaltigungen selbst als erwiesen ansah.<sup>16</sup>

Die Staatsanwaltschaft hat die Entscheidung der erstinstanzlichen Kammer, nicht bei allen Vergewaltigungen die diskriminierende Absicht zu bejahen, angefochten. Sie argumentiert unter anderem, dass bei einer ganzheitlichen Betrachtung der Umstände, unter denen die Vergewaltigungen begangen wurden, und zwar im Kontext der durchgeführten Gewaltkampagne zur Vertreibung der kosovo-albanischen Zivilbevölkerung, die Kammer eine diskriminierende Absicht hätte bejahen müssen.<sup>17</sup> Es bleibt jetzt abzuwarten, wie die Rechtsmittelinstanz in dieser Frage entscheiden wird.

Bei der zweiten Frage geht es um die Zurechnung der von den Bodentruppen begangenen Vergewaltigungen an Politiker und Kommandeure. Vor allem in den Großverfahren mit bis zu sieben hochrangigen Angeklagten versucht die Staatsanwaltschaft, mit Hilfe der JCE-Haftung die einzelnen Angeklagten für die zahlreichen von untergeordneten Militär- und/oder Polizeieinheiten ausgeführten Verbrechen verantwortlich zu machen.

Im Fall Milutinović hat die erstinstanzliche Kammer festgestellt, dass ein Plan der serbischen Führung existierte, mit Hilfe von Gewalt und Terror eine erhebliche Anzahl von Kosovo-Albanern aus dem Kosovo zu vertreiben und dass drei der sechs Angeklagten Mitglieder dieser „joint criminal enterprise“ waren.<sup>18</sup> Obwohl die Kammer „Gewalt“ und „Terror“ als Mittel zur geplanten Vertreibung und Deportation bejahte, war sie nicht davon überzeugt, dass die begangenen Vergewaltigungen Teil des Planes waren.<sup>19</sup> Dies hatte zur Folge, dass die Kammer zur Feststellung der Verantwortlichkeit der drei JCE Mitglieder für diese Straftaten, die sog. erweiterte JCE-Haftung (JCE III) prüfte, ob es für die drei Angeklagten vorhersehbar war, dass die besagten Straftaten bei der Ausführung des Planes begangen werden könnten und sie dies billigend in Kauf nahmen.

Die Mehrheit der Kammer bejahte die Vorhersehbarkeit der Vergewaltigungen nur bei einem der drei Mitglieder der JCE. Die beiden anderen wurden vom Vorwurf der Vergewaltigung als Mittel der Verfolgung aus politischen, rassistischen und religiösen Gründen freigesprochen.<sup>20</sup>

Die Kammer bejahte die Vorhersehbarkeit der angeklagten Vergewaltigungen bei einem hochrangigen Kommandanten des serbischen Militärs unter Verweis auf von ihm im Zeitraum der angeklagten Vergewaltigungen erteilte Befehle an seine Truppen, u.a. Vergewaltigungen zu verhindern und von ihm verfasste Berichte über andere begangene Vergewaltigungen.<sup>21</sup> Was die beiden übrigen Angeklagten betrifft, stellte die Kammer zur Frage der Vorhersehbarkeit zunächst fest, dass beide erst nach Begehung der angeklagten Vergewaltigungen Kenntnis von anderen Vergewaltigungen erhielten.<sup>22</sup> Weiter führte die Kammer aus, dass die Umstände im vorliegenden Fall nicht mit denen in zwei anderen Fällen, die

---

<sup>13</sup> ICTY (Prosecutor), (Redacted) Third Amended Joinder Indictment v. 21.6.2006 – IT-05-87-PT (The Prosecutor Against Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić).

<sup>14</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 2) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), para. 1178.

<sup>15</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 2) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 1187-1188, 1224.

<sup>16</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 2) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 1244-1245.

<sup>17</sup> ICTY, Prosecution Appeal Brief (Public Redacted Version) v. 21.8.2009 – IT-05-87-A (The Prosecutor v. Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazare-

vić and Sreten Lukić), paras. 83-86. Milan Milutinović ist keine Partei im Rechtsmittelverfahren, da er freigesprochen und der Freispruch von der Staatsanwaltschaft nicht angegriffen wurde.

<sup>18</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 95, 475, 788, 1138.

<sup>19</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), para. 94.

<sup>20</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 472, 476, 785, 1135, 1139.

<sup>21</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), para. 785.

<sup>22</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 472, 1135.

vor dem Tribunal entschieden wurden, vergleichbar seien.<sup>23</sup> In dem einen Fall (Krstić) wurde die Vorhersehbarkeit von Vergewaltigungen bei einem Kommandanten bejaht, der an der Vertreibung der bosnischen Muslime von Srebrenica beteiligt war. Dabei betonte das damalige Gericht die besonderen Umstände, in denen sich die 20.000-30.000 Flüchtlinge befanden, die zusammengepfercht, hilflos und ohne Schutz vor den anwesenden bewaffneten bosnisch-serbischen Einheiten, die Nacht im Freien verbrachten.<sup>24</sup> In einem anderen Fall (Kvočka) wurde die Vorhersehbarkeit von Vergewaltigungen bei einem Lagerkommandanten in der ersten Instanz bejaht, weil die Kammer befand, es sei unrealistisch zu erwarten, dass keine der internierten 36 Frauen vergewaltigt würde, obwohl sie bewaffneten, oft betrunkenen und gewalttätigen Wärtern ausgeliefert seien.<sup>25</sup>

Während die Mehrheit der Kammer die Umstände im Fall Milutinović anders bewertete als die in den beiden soeben beschriebenen Fällen, vertrat einer der Richter eine davon abweichende Meinung. Seines Erachtens sprächen „common sense“ und die Erfahrungen aus vergangenen Konflikten in der Region dafür, dass bei einem Konflikt wie dem vorliegenden, bei dem Militär- und Polizeieinheiten den Plan verfolgten, mit Hilfe von Gewalt eine große Anzahl von kosovo-albanischen Zivilisten aus ihren Häusern und aus dem Kosovo zu vertreiben, Vergewaltigungen vorhersehbare „Realität“ seien.<sup>26</sup>

Die Staatsanwaltschaft hat die Entscheidung der erstinstanzlichen Kammer angefochten. Sie argumentiert u.a., dass es wegen der Umstände der gewalttätigen ethnischen Säuberkampagne und der Abwesenheit von Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung, für die Angeklagten vorhersehbar war, dass Vergewaltigungen eine mögliche Konsequenz waren.<sup>27</sup> Auch hier bleibt die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz abzuwarten.

Zur Zeit befinden sich beim ICTY zwei Verfahren im Vorverfahren, darunter auch das Verfahren gegen Ratko Mladić, und sieben Verfahren im Hauptverfahren. Sechs Verfahren befinden sich in der Rechtsmittelfase, darunter auch das oben beschriebene Verfahren gegen Milutinović und

andere.<sup>28</sup> Nach der Festnahme von Goran Hadžić am 20.7.2011 sind keine Angeklagten mehr flüchtig.

---

<sup>23</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 26.2.2009 (Vol. 3) – IT-05-87-T (Prosecutor v. Milan Milutinović et al.), paras. 472, 1135.

<sup>24</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Radislav Krstić), paras. 616-617; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Prosecutor v. Radislav Krstić), para. 149.

<sup>25</sup> ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.), paras. 326-327. Die Verurteilung wurde aus anderen Gründen aufgehoben. ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.), paras. 330, 334.

<sup>26</sup> Partially Dissenting Opinion of Judge Chowhan.

<sup>27</sup> ICTY, Prosecution Appeal Brief (Public Redacted Version) v. 21.8.2009 – IT-05-87-A (The Prosecutor v. Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić), paras. 60-62, 70.

---

<sup>28</sup> Siehe zum Status der einzelnen Fälle <http://www.icty.org/action/cases/4>.

# Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda

August 2010-August 2011\*

Von Dr. **Barbara Goy**, Den Haag\*\*

*Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda (RStGH) hat zwischen August 2010 und Ende August 2011 eine Vielzahl von Entscheidungen und zehn Urteile erlassen, davon allein vier Rechtsmittelurteile (appeal judgements). Diese Rechtsmittelurteile behandeln unter anderem die interessanten Fragen des Merkmals der Öffentlichkeit bei der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung zur Begehung von Völkermord, des subjektiven Tatbestands des Völkermords bei Sexualstraftaten im Kontext von Massengewalt, der Anforderungen an „Anordnen“, und in prozessualer Hinsicht, der angemessenen Verfahrensdauer. Die folgende Übersicht stellt diese vier Aspekte dar.*

## **I. Das Merkmal der Öffentlichkeit bei der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung zur Begehung von Völkermord**

Callixte Kalimanzira, der zum fraglichen Zeitpunkt als zweithöchster Beamter im ruandischen Innenministerium arbeitete,<sup>1</sup> wurde erstinstanzlich unter anderem wegen unmittelbarer und öffentlicher Anreizung<sup>2</sup> zur Begehung von Völkermord an zwei Straßensperren verurteilt.<sup>3</sup> An einer der Straßensperren hatte er einem der Bewacher der Straßensperre in Anwesenheit anderer Bewacher ein Gewehr gegeben und allen Anwesenden gesagt, dass das Gewehr zur Tötung von Tutsi verwendet werden sollte.<sup>4</sup> An der anderen Straßensperre hatte er die Bewacher in Anwesenheit anderer Personen ermahnt, Waffen zu tragen und sich gegen „den Feind“ zu verteidigen, der die Sperre passieren könnte.<sup>5</sup> Diese For-

mulierung wurde von den Adressaten im Kontext als Aufruf zum Töten von Tutsi verstanden.<sup>6</sup>

Kalimanzira rügte in der Rechtsmittelinstanz, dass die Hauptverfahrenskammer (Trial Chamber) einen Rechtsfehler begangen habe, da unmittelbare und öffentliche Anreizung zur Begehung von Völkermord eine sehr große Zuhörerzahl voraussetze.<sup>7</sup> Hier habe sich nur eine begrenzte Zahl von Personen an den Straßensperren befunden und seine Worte seien nur an diejenigen gerichtet gewesen, die die Straßensperren bewachten.<sup>8</sup>

Die Rechtsmittelkammer (Appeals Chamber) gab Kalimanziras Rechtsmittel statt und sprach ihn vom Vorwurf der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung zum Völkermord an beiden Straßensperren frei.<sup>9</sup> Es sei nicht bewiesen worden, dass Kalimanzira den subjektiven Tatbestand erfüllt habe. Vielmehr liege es nahe, dass er nur den Vorsatz hatte, sich an diejenigen zu richten, die die Straßensperren bewachten, nicht an die allgemeine Öffentlichkeit.<sup>10</sup>

Das Rechtsmittelurteil enthält keine Definition des Merkmals der „öffentlichen“ Anreizung. Die Begründung der Rechtsmittelkammer lässt aber darauf schließen, dass „Öffentlichkeit“ nach Ansicht der Rechtsmittelkammer Massenkommunikation verlangt, einschließlich Kommunikation, die sich an die allgemeine Öffentlichkeit, oder jedenfalls an eine größere Zuhörerzahl richtet.

Die Rechtsmittelkammer berief sich auf ihr Urteil in Nahimana et al.<sup>11</sup> In diesem Verfahren wurde einer der Angeklagten vom Vorwurf der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung zum Völkermord an einer Straßensperre freigesprochen, weil nur die Bewacher der Straßensperre die Empfänger der Anreizung waren, nicht aber die allgemeine Öffentlichkeit.<sup>12</sup>

Nach Ansicht der Rechtsmittelkammer im Fall Kalimanzira stand die Vorgehensweise im Fall Nahimana et al. im

---

\* Dieser Aufsatz ist die überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrags, der im Rahmen des Arbeitskreises für Völkerstrafrecht am 17.6.2011 in Den Haag gehalten wurde.

\*\* Barbara Goy arbeitet als Legal Officer (Appeals) in der Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (JStGH). Der Text gibt allein die Auffassung der Autorin wieder, nicht notwendigerweise die des JStGHs, der Anklagebehörde des JStGHs oder der Vereinten Nationen im Allgemeinen.

<sup>1</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 2.

<sup>2</sup> In der deutschen Übersetzung des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof heißt es Aufstachelung.

<sup>3</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 3.

<sup>4</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), paras. 151, 161.

<sup>5</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), paras. 151, 162.

<sup>6</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 151.

<sup>7</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 152.

<sup>8</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 152.

<sup>9</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 165.

<sup>10</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), paras. 161-164.

<sup>11</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 155.

<sup>12</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor) unter teilweiser Wiedergabe von RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor), para. 862.

Einklang mit den relevanten Urteilen des Tribunals und anderen Interpretationsquellen, einschließlich der Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg und der travaux préparatoires der Völkermordkonvention.<sup>13</sup> Insbesondere merkte sie an, dass sich, mit Ausnahme des erstinstanzlichen Kalimanzira Urteils, alle Verurteilungen für unmittelbare und öffentliche Anreizung zum Völkermord vor dem RStGH auf Reden vor großen Gruppen in aller Öffentlichkeit bezogen oder auf Nachrichten, die durch die Medien bekannt gegeben wurden bzw. mittels öffentlicher Lautsprecheranlagen über einen großen öffentlichen Bereich.<sup>14</sup> Der Zuhörerkreis in diesen Fällen war weit größer als die Gruppen, die in Frage stehenden Straßensperren bewachten.<sup>15</sup>

Das Tribunal von Nürnberg hatte Aufrufe unter anderem zur Tötung oder Ausrottung berücksichtigt, die weit verbreitete Reden und Artikel betrafen, nicht Reden vor relativ kleinen oder geschlossenen Gruppen.<sup>16</sup>

Die travaux préparatoires der Völkermordkonvention bestätigten, dass öffentliche Anreizung sich auf Massenkommunikation bezieht.<sup>17</sup> Die Definition wurde überarbeitet, um privates Anreizen, verstanden als subtilere Formen der Kommunikation, wie private Treffen oder Mitteilungen vom Anwendungsbereich der Völkermordkonvention auszuschließen.<sup>18</sup> Das Verbrechen wurde auf „unmittelbare und öffentliche Anreizung zur Begehung von Völkermord“ begrenzt, verstanden als Anreizen in öffentlichen Reden oder in der Presse, durch Radio, Kino oder auf anderen die Öffentlichkeit erreichenden Wegen.<sup>19</sup>

Im Ergebnis stellte die Rechtsmittelkammer daher fest, dass die Entscheidung im Fall Nahimana et al. Präcedenzwirkung für das Kalimanzira-Verfahren entfaltete, was die Hauptverfahrenskammer nicht ausreichend berücksichtigt hatte.<sup>20</sup> In beiden Fällen sei es nicht um Massenkommunikation

gegangen.<sup>21</sup> Kalimanziras Anwesenheit an den Straßensperren und der dortige Austausch seien eher vergleichbar mit privatem Anreizen, wie es in den travaux préparatoires der Völkermordkonvention erwähnt wurde.<sup>22</sup>

In Bezug auf das Verhalten an beiden Straßensperren stellte die Rechtsmittelkammer fest, dass der subjektive Tatbestand nicht bewiesen wurde, da es naheliege, dass Kalimanzira nur den Vorsatz hatte, die Leute anzureizen, die die Straßensperren bemannten und nicht die allgemeine Öffentlichkeit.<sup>23</sup>

In seinem Sondervotum (separate opinion) merkte Richter Pocar an, dass die Rechtsmittelkammer das Merkmal der Öffentlichkeit nicht definiert habe, obwohl erstinstanzliche Kammern dazu Stellung genommen hatten.<sup>24</sup> In den Verfahren Akayesu und Kajelijeli stellten die Hauptverfahrenskammern auf den Ort der Aufstachelung ab, sowie darauf, ob die Zuhörerschaft ausgewählt oder begrenzt war.<sup>25</sup>

Statt nach einer Definition zu suchen, habe die Rechtsmittelkammer hier auf die Größe der Zuhörerzahl Bezug genommen.<sup>26</sup> Richter Pocar hält diese Vorgehensweise für inkorrekt, da es keine Mindestzuhörerzahl gebe.<sup>27</sup> Mit Blick auf die Ansicht der Völkerrechtskommission sei es ausreichend, wenn die Anreizung gegenüber mehreren Personen an einem öffentlichen Ort stattfand oder sich an die allgemeine Öffentlichkeit richtete.<sup>28</sup>

Richter Pocar ist allerdings auf die Folgefrage, was einen Ort zu einem öffentlichen Ort macht, nicht eingegangen. Die Hauptverfahrenskammer hatte in Bezug auf beide Straßensperren festgestellt, dass Kalimanziras Äußerungen an einem öffentlichen Ort stattfanden.<sup>29</sup> Für den sich auf das Merkmal

<sup>13</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 156.

<sup>14</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 156.

<sup>15</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 156.

<sup>16</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 157 unter Berufung auf Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals (1946), in: The Trial of German Major Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, 2001, S. 101, 102, 128.

<sup>17</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 158.

<sup>18</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 158.

<sup>19</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 158.

<sup>20</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), paras. 159, 160.

<sup>21</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 159.

<sup>22</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), para. 159.

<sup>23</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), paras. 161-164.

<sup>24</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Partially Dissenting and Separate Opinion of Judge Pocar, paras. 43-44.

<sup>25</sup> RStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), para. 556; RStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 1.12.2004 – ICTR-98-44A-T (The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli), para. 851.

<sup>26</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Partially Dissenting and Separate Opinion of Judge Pocar, para. 45.

<sup>27</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Partially Dissenting and Separate Opinion of Judge Pocar, para. 45.

<sup>28</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Partially Dissenting and Separate Opinion of Judge Pocar, para. 45.

<sup>29</sup> RStGH (Trial Chamber III), Urt. v. 22.6.2009 – ICTR-05-88-T (The Prosecutor v. Callixte Kalimanzira), paras. 561, 589.

der Öffentlichkeit beziehenden Teil des subjektiven Tatbestands müsste es dann ausreichen,<sup>30</sup> dass Kalimanzira den Vorsatz hatte, die aufstachelnden Worte vor mehreren Personen an einem öffentlichen Ort zu sprechen. Trotzdem stimmte Richter Pocar der Mehrheit im Ergebnis zu, die Kalimanzira vom Vorwurf der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung mangels Vorsatzes freisprach.<sup>31</sup> Es ist nicht völlig klar, wie er zu diesem Ergebnis kommt. Möglicherweise ergibt sich für ihn doch eine Einschränkung aus dem Umstand, dass Kalimanzira seine Worte nur an diejenigen richten wollte, die die Straßensperre bemannten.

## II. Der subjektive Tatbestand des Völkermords basierend auf sexueller Nötigung und sein Beweis im Kontext von Massengewalt

Im Fall Rukundo ging es unter anderem um die Frage, wann aus den Umständen – speziell dem Kontext von Massengewalt – geschlossen werden kann, dass der wegen sexueller Nötigung Angeklagte den subjektiven Tatbestand des Völkermordes erfüllt, also mit Zerstörungsabsicht<sup>32</sup> handelt.

Emmanuel Rukundo war Militärgeistlicher in Ruanda<sup>33</sup> und wurde erstinstanzlich unter anderem wegen Völkermords durch Verursachung von schwerem seelischem Schaden verurteilt.<sup>34</sup> Die Verurteilung basierte auf einer sexuellen Nötigung (sexual assault) begangen an einer jungen Tutsi-Frau.<sup>35</sup> Die junge Frau hatte sich an Rukundo gewandt mit der Bitte, sie zu verstecken.<sup>36</sup> Rukundo erwiderte, dass ihre ganze Familie getötet werden müsste, weil ihr Verwandter „Inyenzi“<sup>37</sup> half.<sup>38</sup> Nach Aussage der jungen Frau sagte Ru-

kundo: „Er war mein Freund, aber seit er anfang Inyenzi zu helfen, ist er nicht mehr mein Freund.“<sup>39</sup> In der Hoffnung, Rukundo würde seine Meinung ändern, half die junge Frau Rukundo, Sachen in seinen Raum zu tragen.<sup>40</sup> Als Rukundo sich mit dem Opfer in seinem Raum befand, sagte er zu der jungen Frau, dass er sie verstecken würde, wenn er dies könnte.<sup>41</sup> Rukundo legte seine Waffe auf den Tisch und zwang das Opfer auf das Bett. Dort versuchte er zunächst vergeblich, Sex mit ihr zu haben. Nach ihrer kontinuierlichen Gegenwehr gab er sein Vorhaben auf, hielt sie unter sich fest und ejakulierte.<sup>42</sup> Nach Aussage der jungen Frau bekam sie erst Angst, als sie sich mit Rukundo in seinem Raum befand und er die Tür verschloss.<sup>43</sup>

Die Hauptverfahrenskammer schloss Rukundos Völkermordabsicht aus dem generellen Kontext der Massengewalt gegen Tutsi und aus der Äußerung von Rukundo vor der sexuellen Nötigung, dass die ganze Familie des Opfers getötet werden müsse, weil sie „Inyenzi“ unterstützte.<sup>44</sup>

Rukundo wandte sich gegen diese Verurteilung unter anderem mit dem Argument, dass die Hauptverfahrenskammer in ihrer Feststellung irrte, dass er dem Opfer mit Völkermordabsicht schwere Schäden zugefügt habe. Es sei keine vernünftige Schlussfolgerung, dass er es auf das Opfer aufgrund ihrer Ethnizität abgesehen hatte.<sup>45</sup>

Die Mehrheit der Rechtsmittelkammer kam zu dem Ergebnis, dass es nicht erwiesen war, dass Rukundo mit Völkermordabsicht gehandelt hatte und sprach ihn vom Vorwurf des Völkermords basierend auf der sexuellen Nötigung frei.<sup>46</sup> Die Rechtsmittelkammer bestätigte ihre frühere Rechtsprechung, dass die Zerstörungsabsicht u.a. aus anderen Hand-

---

<sup>30</sup> Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz in Bezug auf direkte und öffentliche Anreizung. Dieser Vorsatz setzt, wie von der Rechtsmittelkammer in Nahimana et al. festgestellt, Völkermordabsicht voraus; RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor), para. 677.

<sup>31</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-05-88-A (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Partially Dissenting and Separate Opinion of Judge Pocar, para. 41.

<sup>32</sup> Völkermord erfordert gemäß Art. 2 Abs. 2 des RStGH-Statuts die Absicht, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören.

<sup>33</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 2.

<sup>34</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 227.

<sup>35</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 227.

<sup>36</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 227.

<sup>37</sup> „Inyenzi“ bedeutet „Kakerlaken“ und wurde während des Völkermords in Ruanda von den génocidaires benutzt, um Tutsi zu bezeichnen. Siehe RStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 27.2.2009 – ICTR-2001-70-T (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 479.

---

<sup>38</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), paras. 227, 234, 235 fn. 578.

<sup>39</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235 fn. 578.

<sup>40</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 227.

<sup>41</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235.

<sup>42</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 227.

<sup>43</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235 fn. 579.

<sup>44</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 234.

<sup>45</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 232.

<sup>46</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), paras. 237, 238.

lungen hergeleitet werden kann, die sich systematisch gegen dieselbe Gruppe richten.<sup>47</sup> Sie stellte jedoch fest, dass ein zentraler Punkt in der Feststellung der Zerstörungsabsicht seitens der Hauptverfahrenskammer Rukundos Aussage war, dass die gesamte Familie des Opfers getötet werden müsse, weil einer ihrer Verwandten „Inyenzi“ half.<sup>48</sup> Die Rechtsmittelkammer hielt zwar fest, dass dieser Ausdruck den Schluss zulassen *könne*, dass Völkermordabsicht besteht.<sup>49</sup> Jedoch müsse es der einzig vernünftige Schluss sein (“the only reasonable inference“). Rukundos Aussage könne hier aber auch als Ausdruck seiner Verärgerung angesehen werden, dass ein ehemaliger Freund von ihm Tutsi half, und nicht als persönlicher Wunsch, alle Tutsi auszulöschen.<sup>50</sup> Nach Ansicht der Rechtsmittelkammer wurde diese Interpretation dadurch gestützt, dass Rukundos Aussage als solche das Opfer nicht verängstigt hatte. Außerdem habe Rukundo dem Opfer gesagt, dass er sie versteckt hätte, wenn er die Möglichkeit dazu gehabt hätte.<sup>51</sup>

Die Mehrheit der Rechtsmittelkammer fand auch den generellen Kontext von Massengewalt, in dem die Tat begangen wurde, unzureichend, um daraus Völkermordabsicht zu schließen.<sup>52</sup> Die sexuelle Nötigung sei qualitativ verschieden von den anderen Tathandlungen, die Rukundo begangen habe: Systematische und wiederholte Suche nach Tutsi auf der Basis von Identitätskarten oder Listen und das darauffolgende Töten oder Zufügen schwerer körperlichen Schäden. Im Gegensatz dazu erschiene die sexuelle Nötigung ungeplant und spontan und könne als opportunistisches Verbrechen angesehen werden, das nicht mit Völkermordabsicht begangen wurde. Obwohl die sexuelle Nötigung während des Völkermordes stattgefunden habe, könne geschlussfolgert

werden, dass sie nicht notwendigerweise Teil des Völkermords war.<sup>53</sup>

Richter Pocar stimmte dem Ergebnis und der Begründung der Mehrheit nicht zu. Für ihn ergibt sich aus der Aussage von Rukundo vor dem Verbrechen, dass die gesamte Familie des Opfers wegen der Unterstützung von „Inyenzi“ getötet werden müsse, dass Rukundo Völkermordabsicht hatte, insbesondere unter Berücksichtigung der Schwere der Tat sowie der Kampagne von Massengewalt gegen Tutsi, an der Rukundo teilnahm.<sup>54</sup> Ob das Opfer durch die Aussage verängstigt war, sei irrelevant.<sup>55</sup>

Richter Pocar stimmte auch nicht mit der Begründung der Mehrheit überein, dass diese Tat sich qualitativ von Tötungen und der Zufügung schwerer körperlicher Schäden unterscheidet.<sup>56</sup> Er verwies auf die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) im Verfahren Kunarac et al., wonach sexuelle Gewalt zwangsläufig schwere Schmerzen oder Leiden physischer oder psychischer Art verursacht.<sup>57</sup> Die Rechtsmittelkammer im Fall Kunarac et al. hatte dies im Kontext von Vergewaltigung festgestellt.<sup>58</sup> Obwohl es hier nicht zur Penetration und daher nicht zu einer Vergewaltigung gekommen war, war nach Ansicht von Richter Pocar die sexuelle Nötigung von ähnlicher Schwere.<sup>59</sup>

Die Beschreibung der sexuellen Nötigung durch die Mehrheit als „nur opportunistisch“ berücksichtige den Unter-

<sup>47</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 234 unter anderem unter Berufung auf JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 9.5.2007 – IT-02-06-A (Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić), para. 123; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Prosecutor v. Radislav Krstić), para. 33.

<sup>48</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235.

<sup>49</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235 unter Berufung auf Abschnitt III. B. 1. d. des Urteils und RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor), para. 739.

<sup>50</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235.

<sup>51</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 235.

<sup>52</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 236.

<sup>53</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), para. 236.

<sup>54</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 3.

<sup>55</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 3.

<sup>56</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 4.

<sup>57</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 9 unter Berufung auf JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23-A & IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.), para. 150 und weitere Urteile des JStGH und des RStGH.

<sup>58</sup> JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23-A & IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.), para. 150: “Generally speaking, some acts establish *per se* the suffering of those upon whom they were inflicted. Rape is obviously such an act. The Trial Chamber could only conclude that such suffering occurred even without a medical certificate. Sexual violence necessarily gives rise to severe pain or suffering, whether physical or mental, and in this way justifies its characterisation as an act of torture.“

<sup>59</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 9.

schied zwischen Motiv und Vorsatz nicht ausreichend.<sup>60</sup> Wie der JStGH schon im Kunarac et al.-Verfahren festgestellt hat, schließt ausschließlich sexuelle Motivation den Vorsatz, Schmerzen oder schweres Leid zuzufügen, nicht aus.<sup>61</sup>

Nach Ansicht von Richter Pocar ist es nicht von Bedeutung, dass es sich bei dieser Tat Rukundos um sexuelle Nötigung handelt und nicht, wie im Kontext, um Mord oder Zufügung schwerer körperlicher Schäden. Die sexuelle Nötigung sei von ähnlicher Schwere und passe genau in den Kontext von Gewalt gegen Tutsi in der Umgebung und Rukundos eigenem Verhalten in Bezug auf den Völkermord.<sup>62</sup> Im Gegensatz zu dem, was die Mehrheit andeutete, sei identisches Handeln nicht erforderlich. Im Fall Semanza hatte die Rechtsmittelkammer z.B. entschieden, dass Völkermordabsicht von anderen Handlungen hergeleitet werden kann, die sich systematisch gegen dieselbe Gruppe richten.<sup>63</sup>

Mit Richter Pocar kann man sich hier tatsächlich die Frage stellen, warum die Mehrheit einen qualitativen Unterschied zwischen der sexuellen Nötigung und den anderen dem Völkermord zugrunde liegenden Akten sieht. Wenn man sexuelle Nötigung als Gewaltverbrechen ansieht, fällt es schwer, einen qualitativen Unterschied zu sehen. Möglicherweise basiert die Ansicht der Mehrheit darauf, dass es sich um einen Einzelfall handelte und sexuelle Nötigung in diesem Fall nicht, wie z.B. im Verfahren gegen Akayesu, als systematische Vorgehensweise festgestellt wurde.<sup>64</sup> Es ist allerdings fragwürdig, ob es einen Unterschied machen kann, ob eine bestimmte Form von Gewalt systematisch oder nur vereinzelt stattfindet, wenn es sich qualitativ um dieselbe Art von Verbrechen handelt. Das ist vor allem dann bedenklich, wenn man berücksichtigt, dass Völkermordabsicht aus "other culpable acts systematically directed against the same

group"<sup>65</sup> hergeleitet werden kann und diese, wie von Richter Pocar zurecht festgestellt,<sup>66</sup> sich nicht auf identisches Verhalten beschränken.

### III. Die Anforderungen an „Anordnen“

Um die Anforderungen an ein „Anordnen“ (ordering) i.S.v. Art. 6 Abs. 1 RStGH-Statut ging es im Fall Renzaho.

Tharcisse Renzaho, der damalige Präfekt der Kigali-Ville Präfektur,<sup>67</sup> wurde erstinstanzlich unter anderem wegen Anordnung von Völkermord verurteilt.<sup>68</sup> Renzaho hatte angeordnet, in Kigali Straßensperren zu errichten, und hatte die Anschaffung von Waffen durch lokale Beamte zur Verteilung an die Zivilbevölkerung unterstützt.<sup>69</sup> Obwohl es keine ausdrücklichen Beweise gab, dass Renzaho die Tötung von Tutsi an den Straßensperren angeordnet hatte, stellte die Hauptverfahrenskammer aufgrund von Indizienbeweisen fest, dass Renzaho die Tötung angeordnet haben musste.<sup>70</sup> Sie schloss dies aus Renzahos Autoritätsstellung, seiner Hilfe bei der Errichtung der Straßensperren, deren Rolle in der „Verteidigung“ der Stadt, das weit reichende und kontinuierliche Betreiben der Straßensperren, sowie Renzahos Anordnung der Verteilung von Waffen.<sup>71</sup>

Renzaho legte Rechtsmittel ein mit der Begründung, es habe keine ausdrücklichen Beweise gegeben und die Wortwahl der Kammer, dass er die Tötung angeordnet haben *musste* zeige, dass die Schlussfolgerung nicht sicher war.<sup>72</sup>

In einer Mehrheitsentscheidung (3:2) sprach die Rechtsmittelkammer Renzaho vom Vorwurf des Anordnens von Völkermord an den Straßensperren frei.<sup>73</sup> Die Rechtsmittelkammer wiederholte zunächst frühere Rechtsprechung, dass es für Strafbarkeit wegen Anordnens nicht erforderlich ist, dass ein Verbrechen als solches angeordnet wird. Vielmehr sei es ausreichend, wenn eine Person in Autoritätsstellung ein Tun oder Unterlassen im Bewusstsein der substantiellen Wahrscheinlichkeit (substantial likelihood) anordnet, dass in der Ausführung der Anordnung ein Verbrechen begangen

<sup>60</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 10.

<sup>61</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 10 unter Berufung auf JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23-A & IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.), para. 153.

<sup>62</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 11.

<sup>63</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 11 unter Berufung auf, RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.5.2005 – ICTR-97-20-A (Laurent Semanza v. The Prosecutor), para. 252.

<sup>64</sup> RStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), para. 731: "Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole."

<sup>65</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.5.2005 – ICTR-97-20-A (Laurent Semanza v. The Prosecutor), para. 252.

<sup>66</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 20.10.2010 – ICTR-2001-70-A (Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 11.

<sup>67</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 2.

<sup>68</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 255.

<sup>69</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 316.

<sup>70</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 317.

<sup>71</sup> Siehe RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 319.

<sup>72</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 314.

<sup>73</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 321.

wird.<sup>74</sup> Anordnen in diesem Bewusstsein müsse als Akzeptieren des Verbrechens verstanden werden.<sup>75</sup>

Die Rechtsmittelkammer im Fall Renzaho bestätigte auch die ständige Rechtsprechung, dass es keiner direkten Beweise für die Anordnung bedarf. Vielmehr seien Indizienbeweise ausreichend, so lange es die einzig vernünftige Schlussfolgerung ist, dass der Angeklagte eine Anordnung geben hat.<sup>76</sup> Die Kammer war jedoch mehrheitlich der Ansicht, dass die Hauptverfahrens-kammer nicht erklärt habe, warum es die einzig vernünftige Schlussfolgerung war, dass Renzaho eine spezifische (distinct) Anordnung zu Tötungen gegeben hatte.<sup>77</sup> Selbst wenn alle Faktoren, auf die die Hauptverfahrens-kammer abgestellt hatte, zeigten, dass Renzahos Handeln das Ziel hatte, Tutsi an Straßensperren zu töten, oder er sich des Risikos bewusst war, dass Tutsi an Straßensperren getötet würden, sei dies unzureichend um festzustellen, dass Renzaho solche Tötungen im Rechtssinne angeordnet habe.<sup>78</sup>

Darüber hinaus ging die Mehrheit auch davon aus, dass die Feststellung, dass Renzaho Tötungen an Straßensperren angeordnet hatte, für sich allein mangels ausreichender Begründung keine ausreichende Basis für strafrechtliche Verantwortung darstellte.<sup>79</sup> Die Hauptverfahrens-kammer habe keine Feststellungen getroffen, wann und wo Renzaho die Anordnung gegeben habe, wem oder welcher Art von Personen gegenüber er die Anordnung gegeben habe und ob Renzaho dem Empfänger gegenüber die für das Anordnen erforderliche Autoritätsstellung besaß.<sup>80</sup>

Die Richter Güney und Pocar stimmten der Entscheidung im Ergebnis nicht zu.<sup>81</sup> Zwar teilten beide die Ansicht der Mehrheit, dass die Hauptverfahrens-kammer irrtete als sie entschied, dass Renzaho eine spezifische oder explizite Anordnung zur Tötung an der Straßensperre gegeben haben muss-

te.<sup>82</sup> Jedoch waren beide der Meinung, dass die Hauptverfahrens-kammer ausreichende Feststellungen für eine Verurteilung wegen Anordnens getroffen hatte.<sup>83</sup> Sie bezogen sich auf die oben beschriebene Rechtsprechung, wonach es ausreicht, wenn der Angeklagte ein Tun oder Unterlassen anordnet, im Bewusstsein der substantiellen Wahrscheinlichkeit, dass in der Ausführung ein Verbrechen begangen wird.<sup>84</sup>

Nach Feststellung der Hauptverfahrens-kammer ordnete Renzaho das Aufstellen von Straßensperren an und diese wurden tatsächlich errichtet. An diesen Straßensperren wurden sodann Tutsi, Personen die man für Tutsi hielt oder Oppositionelle ausgesondert und getötet. Renzaho war sich auch bewusst, dass es in Ausführung seiner Anordnung wahrscheinlich zu Tötungen kommen würde. Darüber hinaus wusste Renzaho von der Völkermordabsicht der Täter an den Straßensperren und teilte sie sogar.<sup>85</sup>

Nach Ansicht von Richter Pocar war Renzahos Anordnung, Straßensperren zu errichten im Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit, dass Tutsi-Zivilisten getötet werden, per se – bei Anwendung des oben beschriebenen Standards – eine Anordnung zum Töten von Tutsi-Zivilisten.<sup>86</sup>

Es stellt sich daher die Frage, warum die Mehrheit Renzahos Handeln nicht als Anordnen eines Tuns oder Unterlassens im Bewusstsein der substantiellen Wahrscheinlichkeit, dass in der Ausführung der Anordnung ein Verbrechen begangen wird, analysiert hat. Dies ist vor allem deshalb unklar, weil die Mehrheit diesen Standard in ihren Rechtsausführungen für ausreichend hielt.

#### IV. Die Frage der angemessenen Verfahrensdauer<sup>87</sup>

Im Fall Renzaho beschäftigte sich die Rechtsmittelkammer auch mit der Frage der angemessenen Verfahrensdauer.

Zwischen Renzahos Festnahme und der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils lagen sieben Jahre, zwischen dem Ende der Hauptverhandlung und der Verkündung des ersten-

<sup>74</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 315 unter Berufung auf RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor), para. 481 mit den dortigen Nachweisen.

<sup>75</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 315 unter Berufung auf JStGH, (Appeals Chamber), Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Tihomir Blaškić), para. 42.

<sup>76</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 318 unter anderem unter Berufung auf JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Prosecutor v. Dragomir Milošević), para. 265.

<sup>77</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 319.

<sup>78</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 319.

<sup>79</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 320.

<sup>80</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 320.

<sup>81</sup> Richter Güney stimmte allerdings mit der Mehrheit überein, dass die erstinstanzliche Kammer keine ausreichende Begründung geliefert habe.

<sup>82</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Güney, para. 3; Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 5.

<sup>83</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Güney, paras. 3, 4; Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, paras. 8-10.

<sup>84</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Güney, para. 1; Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 6.

<sup>85</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Güney, paras. 4-5; Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, paras. 8-10.

<sup>86</sup> RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar, para. 11.

<sup>87</sup> Hierzu mit eingehender kritischer Würdigung *Hoven*, ZIS 2011, 830.

stanzlichen Urteils eineinhalb.<sup>88</sup> Im Rechtsmittelverfahren rügte Renzaho, dass sein Fall nicht innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt wurde.<sup>89</sup> Darüber hinaus sei sein Recht auf ein faires Verfahren durch die unangemessen lange Zeit zwischen dem Ende der Hauptverhandlung und der Verkündung des Urteils verletzt worden.<sup>90</sup>

Obwohl sich die Rechtsmittelkammer über die Länge des Verfahrens insgesamt besorgt zeigte, verwarf sie im Ergebnis Renzahos Rüge.<sup>91</sup> Die Rechtsmittelkammer verwies auf Art. 20 Abs. 4 lit. c RStGH-Statut, wonach ein Urteil gegen den Angeklagten ohne *unangemessene* Verzögerung ergehen muss.<sup>92</sup> Die Rechtsmittelkammer stellte unter Berufung auf ihr Urteil im Verfahren gegen Nahimana et al. fest, dass unter anderem folgende Faktoren für die Frage der Angemessenheit der Verzögerung relevant sind:

- die Länge der Verzögerung,
- die Komplexität des Verfahrens (d.h. die Anzahl der Anklagepunkte, Angeklagten und Zeugen; die Quantität der Beweismittel; die Komplexität der Fakten und des Rechts),
- das Verhalten der Parteien,
- das Verhalten der involvierten Behörden und
- die Beschwer für den Angeklagten, falls eine solche vorlag.<sup>93</sup>

Die Rechtsmittelkammer merkte an, dass Renzaho nicht vorgetragen hatte, dass die Verzögerung einer der Parteien oder dem Tribunal zuzurechnen war oder dass er (abgesehen von der Verzögerung als solcher) durch die Länge des Verfahrens beschwert war.<sup>94</sup> Die Rechtsmittelkammer wies weiter auf die Komplexität des Falles hin.<sup>95</sup> Die Dauer des Hauptverfahrens von 13 Monaten war nach Ansicht der Rechtsmittelkammer nicht unangemessen.<sup>96</sup> Besorgniserregend fand die Rechtsmittelkammer jedoch, dass eineinhalb Jahre vergingen zwischen Ende der Hauptverhandlung und

der Verkündung des Urteils. Im Hinblick auf die Komplexität des Falles, einschließlich der Anzahl der Anklagepunkte und der Beweismittel, habe Renzaho jedoch nicht gezeigt, dass die Verkündung des Urteils unangemessen verzögert wurde.<sup>97</sup>

Die Frage der Verfahrensdauer beschäftigte auch die Hauptverfahrenskammer im sogenannten Butare-Verfahren (Nyiramasuhuko et al.), wo einer der Angeklagten fast 15 Jahre, ein anderer 12 Jahre inhaftiert war, bevor das erstinstanzliche Urteil erging.<sup>98</sup> Im Ergebnis fand die Hauptverfahrenskammer die Länge des Verfahrens jedoch angemessen unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles und der Menge des zugrunde liegenden Materials (trial record).<sup>99</sup> Die Kammer verglich diesen Fall mit anderen vor dem RStGH verhandelten Fällen und verwies darauf, dass ein Richter ersetzt werden musste, alle sechs Verteidigungsteams ihre Version des Falles (defence case) präsentierten und dass jeder Zeuge einer Vielzahl von Kreuzverhören unterworfen war.

In Bezug auf den Government II-Fall (Casimir Bizimungu et al.)<sup>100</sup> wurde als weiterer Grund für die Verzögerung bei der Abfassung des Urteils angeführt, dass Richter an mehreren Verfahren arbeiten und qualifizierte Mitarbeiter das Tribunal verlassen, bevor das Urteil, an dem sie arbeiten, fertig gestellt ist.<sup>101</sup> Beide ad hoc Tribunale, die bis Ende 2014 ihre

<sup>88</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 237.

<sup>89</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 237.

<sup>90</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 237.

<sup>91</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 242.

<sup>92</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 238.

<sup>93</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor) unter anderem unter Berufung auf RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor), para. 1074.

<sup>94</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 239.

<sup>95</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), paras. 239, 240.

<sup>96</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 241.

<sup>97</sup> RStGH (Appeals Chamber), Ur. v. 1.4.2011 – ICTR-9-31-A (Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor), para. 241.

<sup>98</sup> RStGH (Trial Chamber II), Ur. v. 24.6.2011 – ICTR-98-42-T (The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al.), paras. 134-143. Das Eröffnungsplädoyer fand am 12.6.2001 statt und nach 726 Verhandlungstagen erklärte die Hauptverfahrenskammer am 30.4.2009 die Hauptverhandlung für beendet. Siehe Case Minutes des Falles unter [www.unictr.org/Cases](http://www.unictr.org/Cases) (zuletzt aufgerufen am 22.9.2011).

<sup>99</sup> RStGH (Trial Chamber II), Ur. v. 24.6.2011 – ICTR-98-42-T (The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al.), para. 142. Die Hauptverfahrenskammer hörte 189 Zeugen in 726 Verhandlungstagen. Während des Verfahrens wurden 1.457 Beweisstücke vorgebracht, was ca. 13.000 Seiten entspricht, davon wurden 913 als Beweise zugelassen. Dazu kommen 125.951 Seiten Protokoll, 58.252 in Englisch, 67.699 in Französisch.

<sup>100</sup> Die Hauptverhandlung begann am 3.11.2003 und wurde nach 404 Verhandlungstagen am 5.12.2008 beendet. Siehe Case Minutes des Falles unter [www.unictr.org/Cases](http://www.unictr.org/Cases) (zuletzt aufgerufen am 22.9.2011). Das erstinstanzliche Urteil soll am 30.9.2011 ergehen, RStGH (Trial Chamber II), Scheduling Order v. 1.9.2011 – ICTR-99-50-T (The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al.).

<sup>101</sup> Report on the Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as of 12 May 2011), S/2011/317, para. 11: “The Chamber has delayed the projection of judgement delivery to the end of August 2011, owing in part to the significant obligations of two of the judges in finalizing the *Gatete* judgement, which was rendered at the end of March 2011, as well as the departure of the case’s fourth judgement coordinator during the reporting period, which resulted in understaffing for the latter part of 2010.“

Arbeit beendet haben sollen,<sup>102</sup> haben große Personalprobleme, unter anderem ist es schwierig, erfahrene Mitarbeiter zu halten.<sup>103</sup> Es besteht daher die Besorgnis, dass der RStGH die Ziele der sogenannten "completion strategy" möglicherweise nicht erreichen kann, falls die Personalsituation nicht verbessert wird.<sup>104</sup>

#### V. Ausblick

Zur Zeit befindet sich ein Verfahren im Vorverfahren (pre-trial), und sechs Verfahren sind vor den Hauptverfahrenskammern anhängig,<sup>105</sup> darunter der oben beschriebene Government II-Fall gegen vier Angeklagte, dessen erstinstanzliches Urteil am 30.9.2011 ergehen soll.<sup>106</sup> Neun Verfahren befinden sich in der Rechtsmittelfase.<sup>107</sup> Anders als beim JStGH sind allerdings noch neun Angeklagte flüchtig, darunter drei "top level fugitives".<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Security Council Resolution 1966, S/RES/1966 (2010), para. 3. Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen schuf den so genannten "International Residual Mechanism for Criminal Tribunals", der für den RStGH am 1.7.2012 und für den JStGH am 1.7.2013 die Arbeit aufnimmt. Gemäß Art. 2 Statute of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, führt dieser "Residual Mechanism" die Funktionen des JStGHs und des RStGHs weiter.

<sup>103</sup> Report on the Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as of 12 May 2011), S/2011/317, paras. 44, 46, 58, 82. Assessment and report of Judge Patrick Robinson, President of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004) (covering the period from 15 November 2010 to 15 May 2011), S/2011/316, paras. 7, 21, 22, 50, 57, 58, 72-80.

<sup>104</sup> Report on the Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as of 12 May 2011), S/2011/317, para. 44.

<sup>105</sup> Siehe Status of Cases unter [www.unict.org/Cases](http://www.unict.org/Cases) (zuletzt aufgerufen am 22.9.2011).

<sup>106</sup> RStGH (Trial Chamber II), Scheduling Order v. 1.9.2011 – ICTR-99-50-T (The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al.).

<sup>107</sup> Siehe Status of Cases unter [www.unict.org/Cases](http://www.unict.org/Cases) (zuletzt aufgerufen am 22.9.2011).

<sup>108</sup> Statement by Justice Jallow, Prosecutor of the ICTR to the United Nations Security Council v. 6.6.2011, unter [www.unict.org/AboutICTR/ICTRCompletionStrategy](http://www.unict.org/AboutICTR/ICTRCompletionStrategy) (zuletzt aufgerufen am 22.9.2011).

---

# Victim`s Participation before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia\*

Von Silke Studzinsky, Phnom Penh\*\*

## I. Introduction

The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (otherwise known as the ECCC, or the Khmer Rouge Tribunal) is the first internationalized Court dealing with mass crimes that allows victims to apply as civil parties and to become a party to the proceedings alongside the prosecution and the defense. In case 1, against Kaing Guek Eav (alias Duch), the former director of the security center, S-21, the Trial Chamber announced a judgment in July 2010. This judgment is currently under appeal by all Parties. The Supreme Court Chamber will hold the Appeal hearings by the end of March 2011.

In case 2, against four senior leaders of the Khmer Rouge regime, indictments were finalised in January 2011 and the Trial Chamber and all parties to the proceedings are currently preparing for the trial. The substantive hearing in case 2 is expected to be scheduled for the middle of this year.

Now that case 1 has finished in the first instance and the substantive hearings in case 2 is looming, the time is ripe for stocktaking some of the issues in this unique jurisdiction. It is worthwhile to look at (1) what lessons can be learnt from the experience in case 1; (2) what significant changes between the first and second case, have been made to the Internal Rules, which govern the conduct of proceedings and (3) relevant jurisprudence which definitively affect civil parties and their participation.

Since my time is limited, I am only able to focus on some aspects of civil party participation and have therefore tried to identify those issues which most significantly impact on civil parties. Although there is much to discuss, I will limit myself to only the following issues:

- Admissibility criteria and procedure for civil parties in case 1 and 2
- Right to reparation; the judgment on reparation in case 1; pending appeals and the Rule amendments in case 2
- Legal representation and the new Lead Co-Lawyer section, affecting participation rights
- Dealing with sexual crimes

---

\* This article is based on a speech held on 5 March 2011 in London at the 2<sup>nd</sup> Biennial War Crimes Conference on: "Justice? – Whose Justice? Punishment, Mediation of Reconciliation?" at the International Institute of Advanced Legal Studies.

\*\* Silke Studzinsky is currently working as International Lawyer at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) and Senior Legal Advisor to the Khmer Rouge Tribunal Program of Legal Aid of Cambodia in the framework of the Civil Peace Service of the German Development organization GIZ.

## II. Admissibility criteria and proceedings

In case 1 only 94 victims applied as civil parties, of whom one was declared inadmissible by the Trial Chamber at the beginning because of having missed the deadline for applying. Three others withdrew in the course of the proceedings. Out of the remaining 90 civil party applicants, 28 were declared admissible within the closing order (the indictment) by the Co-Investigating Judges who are seized with the investigations, very similar to the French system.

The Trial Chamber was then seized with the decision on the admissibility of the remaining 66 civil party applicants, and responsible for the decision to either grant them full procedural rights, or to reject them, thereby invoking their rights to appeal this decision before the Supreme Court Chamber.

Due to the public pressure to start the hearing as soon as possible, the Trial Chamber failed to take a decision on the admissibility of the civil party applications at the beginning. Instead, it either granted them "interim status" or started to refer to them as "civil parties", even though the decision on their admissibility had not yet been made. In this way, the Trial Chamber allowed all 90 civil parties and applicants to fully participate.

During the course of the trial, these 66 civil party applicants were treated equally to the admitted civil parties. Through their lawyers, they submitted motions, made requests, and questioned witnesses, experts and civil parties. In addition, these persons testified as a civil party without being required to give an oath and also questioned the accused personally. They were present in the court room and took part in regular monthly meetings with their lawyers in order to get updated, informed and involved with the trial. Because of the degree of participation they were permitted, these individuals felt like fully admitted civil parties. Importantly, they were, during the whole trial, referred to as "civil parties" instead of "applicants". The individuals took on a prominent position in their communities and made frequent visits to Phnom Penh, revered by their communities because of their apparent "civil party" status.

On the day of the judgment, more than eight months after the closing statements in November 2009, and after nearly all civil parties and applicants had exercised full participation rights, the names of the admissible applicants were read out in a broadcasted session, while the 24 (27,7 %) rejected were not named. The impact of this broadcasted judgment, on the victims, was a shocking moment which led to traumatic experiences – not only for those whose applications were rejected but also for those who were admitted, who suffered in solidarity.

This problem occurred because the Trial Chamber applied a two step-process: First the applicants were granted "interim status". Then, at the end of the trial the Chamber decided on the admissibility of all applicants and even all civil parties who had already been admitted by the Co-Investigating

Judges. The Chamber was of the opinion that it had the right to decide on admissibility at the end of the trial. It derived this opinion from Rule 100, which arguably, only stated that the decision about the civil party claims will be issued in the judgment.

The Internal Rules (Rev. 3) are clear with regard to the admissibility process and do not provide for a two step-process such as this.

Although the Internal Rules did not clearly determine when the decision on the civil party application has to be carried out, it is clearly derived from the fact that only “civil parties” can perform their participation rights, that the respective body (either Co-Investigating Judges or Trial Chamber) has to decide on civil party admissibility as soon as possible in order to enable the victim to perform his/her participation rights as a civil party.

Consequently, the rejection orders for all 24 rejected applicants are under appeal before the Supreme Court Chamber.

With regard to the serious impact of the Trial Chambers’ delayed decision on the victims, the lesson learned from case 1 is that the bodies of the Court must provide clarity and demonstrate strict application of the Internal Rules and the Cambodian law.

In September 2009, the plenary of the judges adopted an amended procedure for the applications of victims seeking to become a civil party with regard to (1) the process and responsibility of taking the admissibility decisions, (2) the regulation on the appeal against rejections, and (3) the deadline for applications.

Under the current Internal Rules, the Co-Investigating Judges must decide on all civil party applications, at the latest, by the issuance of the closing order. These admissibility decisions can be appealed to the Pre-Trial Chamber within an expedited timeframe of ten days. The Internal Rules explicitly exclude any requests for extensions of time. It is noteworthy that nearly 4000 persons applied to become civil parties, and that the OCIJ issued 25 admissibility orders, over a period of two weeks, with orders based on the residence of the applicants by provinces. This is the context in which the decisions and corresponding appeals were conducted in case 2. You can only imagine that this was a very intensive time for Civil Party Lawyers!

In addition, the deadline for applications in case 2 has been shortened, compared to case 1, when the deadline was ten days before the Trial Chamber’s Initial Hearing. In case 2, the deadline was changed to 15 days after the announcement of the closing of the investigations by the Co-Investigating Judges, which was the 29<sup>th</sup> January 2010.

Importantly, in case 2, all civil party applicants applied under previous revisions of the Internal Rules (Rev. 1-4). The previous applicable Internal Rule 23 (2) reads, “the right to take civil action may be exercised by Victims of a crime coming within the jurisdiction of the ECCC”. The personal, temporal and subject matter jurisdiction is determined in the Agreement between the Kingdom of Cambodia and the UN, and in the implementing ECCC law. Accordingly, the ECCC tries senior leaders and those most responsible for crimes and serious violations of the Cambodian Penal Code, internation-

al humanitarian law and custom and international conventions recognized by Cambodia, committed from 17<sup>th</sup> April 1975 to 6<sup>th</sup> January 1979. The subject matter is further defined in Art. 3 new to 8 of the ECCC law.

Most of the victims’ application forms were collected with the assistance of NGOs. In the absence of any information from the Court they logically collected the applications in accordance with the Internal Rules which were in forth at the time of collection.

In November 2009, shortly before the deadline for applications expired, the Co-Investigating Judges announced in a press release, the crimes and crime sites they had been investigating since 2007. They further announced that only applicants who raise facts, linked to these crimes and crime sites, would be admitted as civil parties.

In the following plenary in February 2010, after the deadline for applications had already expired, the substantive criteria for civil party admissibility were changed and brought in accordance with the substance of the OCIJ’s press release from November 2009.

Consequently, the applicant must, “demonstrate as a direct consequence of at least one of the crimes alleged against the Charged Person, that he or she has in fact suffered physical, material or psychological injury” (Internal Rule 23<sup>bis</sup> (1) (b)).

When the first civil party applicants learned about the new changes they wrote an open protest letter to the OCIJ and claimed to be recognized as civil parties on the basis of the Rules that were in forth at the time that they applied and demanded that the rules not be changed in the middle of the game.

Nevertheless, this amendment was retroactively applied on all applicants, regardless of the broader admissibility criteria provided in previous rules, according to which they had to demonstrate only that they were victims of a crime within the jurisdiction of the Court.

Despite the chance to collect and submit supplementary information from the applicants until the end of June 2010, 48 % of the applicants were still rejected. Further, some civil parties were rejected in decisions made before the opportunity to gather and submit further supplementary information was granted for all applicants. Consequently, Civil Party Lawyers submitted extensive appeals for around 1800 rejected persons. These appeals are still pending before the Pre-Trial Chamber.

In both cases 1 and 2, the lack of clarity of the organs of the Court with regard to the process and criteria for admissibility resulted in an enormous injustice for victims, including creating secondary harm to civil party applicants. The amended Internal Rules, and all the corresponding system of inadmissibility decisions, in both cases, is even less comprehensible given that mandatory legal representation and a lead Co-Lawyer system is now in place. The institution of the Co-Lead Lawyer system was created with a view to managing what was envisaged to be an extensive civil party participation in case 2. I will speak in more detail about this issue later on.

### III. Reparations

Since its establishment, the Internal Rules provided only "collective and moral" reparations for civil parties. This deviated from the applicable national criminal procedure code according to which financial compensation for the civil party, born by the convicted person, is the standard.

In case 1 the Internal Rules stipulated that "collective and moral" reparations, which were not defined, had to be borne by the accused. The civil party applicants were not guided by the Trial Chamber as to what "collective and moral" reparations could be. Therefore, the applicants continued to be in an ongoing state of uncertainty in terms of what types of reparations they could claim.

Noteworthy to mention is that since the beginning, all Accused were held out as being indigent by simple statement of the Defence Support Section. No further financial investigations into their financial affairs were conducted by the court. Civil party lawyers requested for financial investigation into the assets of the accused in case 2, but the demand was rejected by the Co-Investigating Judges, alleging that investigating the accused' assets is beyond their mandate. The Pre-Trial Chamber rejected the appeal of the Civil Parties as inadmissible and ruled that the ECCC is not vested with the power to investigate the financial situation, or to preserve, freeze or seize assets of the accused.

Nearly all reparation requests that were brought before the Trial Chamber in case 1 were rejected. The only reparations granted were the mere inclusion of the names of the civil parties and their relationship to the immediate victims, the publication of the final judgment on the homepage of the Court and the compilation of the apologies of the accused which were made during the trial.

This outcome was very disappointing for the civil parties. After analyzing the judgment, it was clear that the Trial Chamber did not decide on some of the requests at all. In addition, it required a degree of specificity of the claim such as particulars of estimated costs or the necessary permissions either of the owner of a location for the construction of a memorial or necessary state permissions, for example, for state-owned land where it was requested that a memorial be built. The requirement for this level of specificity is an unacceptable burden for civil parties and goes beyond what they could possibly do. Further, claims such as free medical and mental health care were rejected as not falling under the criteria of "collective and moral" and were instead, deemed, to be individual financial reparation. It also seemed to be the case, that the Trial Chamber considered the indigence of the Accused to be an obstacle to any reparation requests which had a financial ramification.

In my opinion, the Trial Chamber's reasoning was flawed. It is, in fact, questionable whether there was any reasoning at all! The Trial Chamber's narrow and uncreative approach very much disappointed the civil parties who expected much more than what was granted to them. In retrospect, considering the judicial outcomes, it seems to me that the numerous discussions with civil parties organized by NGOs and lawyers in order to identify the civil parties' needs

in the framework of moral and collective reparations, were largely wasted time.

Hopefully, the Supreme Court Chamber will overturn the judgment in case 1 with regard to the reparation order, and grant the reparations that were requested.

For case 2 the Internal Rules have changed, but the scope of reparation continues to be limited to "collective and moral" reparations. However, unlike in case 1, the previous form of reparations, which had to be exclusively borne by the accused, was extended. In case 2, reparations can be borne by third entities. In addition, the mandate of the Victims Support Section is broader and it can implement so called "non-judicial measures for victims". The Internal Rules stipulate that the Victims Support Section "shall be entrusted with the development and implementation of non-judicial programs and measures addressing the broader interests of victims. Such programs may be developed and implemented in collaboration with governmental and non-governmental organizations external to the ECCC".

This, of course, sounds rather promising at first glance, since two new avenues have been added which broaden the possibility for civil parties and victims to receive reparation.

In case 2, the final reparation request has to be filed at the end of the hearing – foreseeably in a time of two to four years. Meanwhile, the Victims Support Section could, within its new mandate, make reparation in the form of non-judicial measure readily available.

However, after more than one year of being seized with this mandate, nothing visible has been done by the Victims Support Section. Only recently, in October 2010 a national program manager was hired and in December 2010 an international advisor to the reparation mandate joined the Victims Support Section to give expert advice on "the development and implementation of non-judicial measures addressing the broader interests of victims". Only by making use of strong project management skills this mandate can be performed. It is questionable if the burden on the Victims Support Section to design and implement reparations, which necessarily includes fundraising for projects, is too hopeful, and cannot be accomplished given the lack of resources.

For the civil parties and the victims the outcome in case 1 and case 2, so far, is ZERO, disregarding the tiny awards that were granted in case 1. With an eye toward the future the hope of providing meaningful reparations either to civil parties or victims generally, does not seem very promising with the developments so far. For instance, there have been no steps towards the establishment of a national trust fund, which would be necessary to implement any projects or programs under the Victims Support Sections new mandate. Interesting, the need for a trust fund has been often discussed and noted, although nothing has yet been done toward that goal.

### IV. Legal representation and the new Lead Co-Lawyer section, affecting participation rights of civil parties

The Internal Rules made legal representation mandatory early on. However, it did not set up a legal aid scheme. Whilst at the very beginning, civil parties were given a right to speak

personally and directly in the hearings, this changed in 2008, when civil parties' participation in court had to be exercised strictly only through their lawyers. When the trial in case 1 started, civil parties could only speak in person when they were summoned by the Court to testify.

However, the representing lawyers had direct contact with their clients and could frame questions to witnesses, civil parties and experts according to the instructions of their clients. To reach that point, it was necessary that civil parties be closely informed about the ongoing trial in order to be able to work out what they wanted to know and subsequently what questions should be asked. With regard to legal issues the lawyers could directly intervene in the best interest of their clients and submit their respective legal opinions.

The civil party lawyers in case 1, who had never before worked together, improved coordination and cooperation among themselves during the hearing.

In case 2, involving 12 different legal teams of representatives, the framework of civil party representation has fundamentally changed. A Lead Co-Lawyer section was established, comprised by one national and one international Lead Co-Lawyer, employed by the Court to begin their work at the commencement of the trial phase. They represent qua Internal Rules the interests of the so called "consolidated group" of all civil parties, and pursuant to Internal Rule 12<sup>ter</sup> to ensure effective organization of civil party representation, including having ultimate responsibility for the overall advocacy, strategy and in-court presentation of the interests of the consolidated group. Lead Co-Lawyers do not have powers of attorney and have no direct client-lawyer relationship. This means that civil party lawyers still carry the majority of the workload.

According to the Internal Rules the role of civil party lawyers is to support the Lead Co-Lawyers. Only three national lawyers are paid by the court. International posts were advertised but never filled. <sup>2</sup>/<sub>3</sub> of all Civil Parties and applicants are represented by non-court funded lawyers who are not paid for their work at all.

Although civil party lawyers hold the direct powers of attorney with their clients, they are now excluded from directly representing their clients in court, and rely on the good will and bona fides of the two Lead Co-Lawyers to permit them leave to act.

In addition, the new system disadvantages civil party lawyers as their deadlines for drafting and submitting motions are shortened, having to necessarily go through the lead lawyers before any submission can be filed by the required deadline. As the international Lead Co-Lawyer is French, the need for translation at the drafting stage, again, leads to further shortened deadlines for the English speaking teams.

The new structure demonstrates that the Court is far from paying appropriate and sufficient attention to the needs of civil parties and their proper legal representation.

By imposing on them Lead Co-Lawyers at a late stage of the proceedings, who have yet to become familiar with the court procedural rules, and the jurisdiction, as well as the very complex facts in case 2, without properly referring to the non-paid work of civil party lawyers, the Court clearly

demonstrates that it is not interested in having participation rights performed by civil party lawyers, who themselves have the working relationship with the civil parties. Any lawyer working with victims would know that this relationship is the key to any success.

In short, the Lead Co-Lawyer scheme has presented huge challenges for civil party participation at the ECCC, affecting the performance and participation rights of civil parties. The contribution by pro-bono civil party lawyers is reduced in practical terms, by the shortening of deadlines, language obstacles and the dependence on the ability and willingness of the Lead Co-Lawyers to accept drafts and proposals from civil party lawyers and to deal with them in a timely manner.

## V. Dealing with sexual crimes

The first preliminary investigations by the Co-Prosecutors which resulted in the Introductory Submission – binding the Co-Investigating Judges – did not include cases of sexual violence at all. Although this Court was established after the ad hoc-tribunals and the ICC, the ECCC seems to be far behind these courts with regard to the investigation of sexual crimes.

In case 1, only one case of rape, disclosed and admitted by the accused during the investigations, was indicted and subsequently convicted. It was the rape of a prisoner by an interrogator. The accused did not punish him which was – according to the accused – with the agreement of his superior, a member of the Standing Committee. Although there was more evidence that suggested that other cases of rape were committed, these cases were not investigated, and witnesses were not interviewed in detail. The rape case of a civil party that was disclosed only during the hearing when she saw the perpetrator testifying was rejected on the basis that it was introduced too late.

The Trial Chamber used the narrow rape definition of the ICTY Appeals Chamber in the Kunaraca case which excludes the application of rape against males and requires proving the absence of the consent of the victim.

Evidence that indicated that under the order of the Accused, at least one case of forced marriage among staff had taken place was not included and the respective witness was removed from the witness list.

Any questioning on the topic of forced marriage was interrupted by the President of the Trial Chamber. It was even considered to be unworthy to shed light on this aspect of the life and working conditions of staff.

All efforts by civil party lawyers to have sexual violence cases included into case 1, beyond the single admitted rape case, failed.

In case 2, I had, early on, tried to push the issue of forced marriages by seeking further investigations from the Court on this widespread practice of the Khmer Rouge. In my interviews with clients, I had discovered that this was a very common policy –and crime in Democratic Kampuchea. Fortunately, this has been acknowledged by the court, and the crime, nation-wide, was included as part of the "scope of investigations". 628 Civil Parties were admitted on the basis of the forced marriage claims they raised. This must be seen

as one of the successes of the participation of civil parties many of whom are direct and indirect victims of forced marriages. Forcing people to marry was a population policy which was widespread and systematically imposed on hundred thousands of victims in order to breed the new revolutionary human.

The investigations resulted in the indictment of forced marriage as rape under crimes against humanity and forced marriage as another inhuman act. But the indictment does not hold the Accused liable for the few investigated cases of rape in security centers and worksites, alleging that rape was not one of the common purposes of the Khmer Rouge, and stating, to the contrary, that sexual violence was harshly punished (as a policy) if discovered.

Civil party lawyers are going to demonstrate that this conclusion is not justified and submit that rapes were committed, akin to torture, ill-treatment and killing against the declared enemy, without being punished.

The accused appealed the closing order inter alia with the objection to the charge of rape as a crime against humanity stating that during the relevant time 1975-1979, rape was not yet applicable as a listed crime under crimes against humanity. The Pre-Trial Chamber agreed with this argument and held in its 17<sup>th</sup> of February 2011 decision that rape was not a crime in its own but ruled that the facts described as rape can be subsumed as "other inhumane acts".

The legal characterization of the Pre-Trial Chamber is not binding for the Trial Chamber which has already concluded in case 1 that rape existed as a listed crime under crimes against humanity. However the Trial Chamber has to look into the arguments more thoroughly.

The half victory that civil parties achieved by having forced marriages country wide, included into the indictment, is tainted by the exclusion of rapes outside of the context of forced marriage, the flawed definition for the facts of forced marriage and rape, and the Pre-Trial Chamber decision which excludes rape as a crime against humanity at all, for the relevant period of time.

### **VI. Conclusion**

The ECCC is the first court dealing with mass crimes that grants victims the role of parties to the proceedings. This could be a unique chance for the ECCC to have victims actively involved as a party and to become a model for any future internationalized courts.

However, as demonstrated by the examples arising out of the four selected topics – civil party admissibility, reparations, representation by Lead Co-Lawyers and dealing with cases of sexual violence – the first experiences from case 1 have been rather disappointing for the victims. The practice of the civil party admissibility decisions did actual harm to the civil party applicants and possible remedy is awaited by the Supreme Court Chamber and Pre-Trial Chamber respectively dealing with the appeals.

The amended reparation scheme opening new paths for civil parties and victims can only be used for the benefit of victims, if the Victims Support Section is provided with sufficient resources to fulfill its mandate as it is responsible for

the implementation of the Trial Chamber awards and the realization of non-judicial measures for victims.

Furthermore, the amendments to the Internal Rules have effectively reduced the actual possibilities of civil parties to participate by imposing a Lead Co-lawyer section, responsible for representing the "consolidated group".

It could be demonstrated that the ECCC, since the beginning, has disregarded cases of sexual violence and that what has been achieved can be seen as the result of civil party lawyers' work. The Court itself seems to be rather hesitant about properly and appropriately addressing sexual crimes.

However, the role of civil parties to obtain some remnant of justice through actively participating in this process remains a continuing challenge and one that must be balanced against secondary harm cause to civil parties and applicants by the gaps and inadequacies that have resulted so far in both cases 1 and 2.

It is unfortunate that there is so little time remaining for further embellishment about these unprecedented issues – however, I would be happy to discuss any points further in the light of any questions from the floor.

## Report: International Colloquium “Eichmann in Jerusalem – 50th Anniversary”

University of Lisbon Law School, 27.-28.4.2011

By Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, Prof. Dr. Luís Pereira Coutinho, Lisbon

On the occasion of the 50th anniversary of the end of the Eichmann trial, the University of Lisbon Law School organized and hosted an international colloquium on the book “Eichmann in Jerusalem”. The main purpose was to evoke *Hannah Arendt’s* oeuvre and to reflect upon the Eichmann trial. “Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil” is indeed an important keystone to understanding *Arendt’s* work as a whole and constitutes a reference point in itself when addressing crucial problems in the fields of Criminal Law, International Criminal Law and Philosophy of Law.

*Jorge Miranda*, president of the Institute for Public Law, recalled these principal aims at the opening session. Then *Fernanda Palma*, president of the Institute for Penal Law and Criminal Sciences, stressed the central significance of *Arendt’s* reflection upon the problem of evil and raised the issue of the connection between *Arendt’s* analysis of the Eichmann trial and guilt in Criminal Law. According to *Palma*, the crucial point is to discover whether or not *Arendt’s* conception of the “banality of evil” is in conflict with a strong concept of guilt and, at the same time, with a retributive response to crimes against Humanity following the same pattern as the so-called Final Solution. She also questioned whether an understanding of evil, in dimensions analogous to the Eichmann’s case, contributes to more profound responses to the problem of apportioning guilt and punishment in such crimes where collective neutralization of individual conscience can be recognized. *Palma* stressed furthermore that an understanding of evil and guilt within the framework of the aforementioned procedures of neutralization implies focusing on new ethical standards of crime prevention and reparation as renewal of the recognition of the other in us (oneself as another) as an essential part of the self.

The second session, dedicated to the Context and Legacy of *Hannah Arendt* and chaired by *Barbas Homem*, began with a general overview of the author’s thinking provided by *Maria Luísa Ribeiro Ferreira*. She emphasized that *Arendt’s* thought, at its various levels and on multiple themes, has a common feature: it is based on experience, on everyday events, on life itself. Thus there is a fundamental difference between *Arendt* and those philosophers who develop their work with an attitude of remoteness towards the world. *Alexandre Franco de Sá* focused on *Arendt’s* treatment of totalitarianism, arguing that there is a surprising continuity between her idea of totalitarianism and *Carl Schmitt’s* characterization of the late Republic of Weimar as a total State. According to that characterization, the total State is the one in which political parties become able to take over the State, disseminating their ideology throughout the State and, eventually, dissolving the distinction between State and Society. *Massimo La Torre* argued that a concept of Law is implicated in *Arendt’s* thought. According to this concept, the reason for the existence of Law is not to restrict the opportunities for human action, but instead to open up new ways and novel areas of conduct. Law in short is not regulative, but constitu-

tive. In this sense, *Arendt’s* contribution is a criticism and an alternative to the traditional theory of Law, which is obsessed with and centred on the experience and the mode of prescription. *Miguel Morgado* closed this session by referring to *Arendt’s* conception of the political, highlighting that this should be understood in line with *Montesquieu’s* conception.

The third session focused on “Eichmann in Jerusalem” in *Hannah Arendt’s* oeuvre and was chaired by *Paula Costa e Silva*. It began with *António de Araújo* exploring the notions of “banality of evil” and “radical evil”. He stressed the connection between these notions and *Arendt’s* treatment of the problem of the public vs. private distinction in “The Origins of Totalitarianism”. *Miguel Nogueira de Brito* emphasized that “Eichmann in Jerusalem” is not a mere journalistic break in the life of a philosopher, arguing that the concept of the “banality of evil” in fact epitomizes *Arendt’s* political thought. *Luís Pereira Coutinho* argued that the idea of “banality of evil” can be understood as both an absence of meaning and as an absence of the subject’s ability to think and act meaningfully, which is essential to the idea of personhood within the personalistic tradition *Arendt’s* portrayal of Eichmann expresses the destruction of personhood and its replacement by totalitarian agency. *Rui Guerra da Fonseca* addressed the influence that the experience of the Eichmann trial had on “The Life of the Mind”, *Arendt’s* last book.

The fourth session on Criminal Law and the Judgment of the Past, chaired by *Luís Pereira Coutinho*, was opened by *Francisco Muñoz Conde*, who referred to the Spanish experience and the difficulty, even today, of dealing with the crimes perpetrated by the dictatorship. Firstly, he dealt with the issue of whether it is worthwhile to judge the past, taking into account that in Spain the transition towards democracy left the crimes of the Franco regime unpunished. Secondly, he argued for the need nowadays to declare as null the convictions imposed on thousands of citizens by the dictatorship. Next, *José de Sousa e Brito* referred to the crimes of the Portuguese dictatorship under Salazar and Caetano, and also discussed possible excesses committed by the democratic regime, when publishing retroactive legislation that punished past membership of the former political state police. *Paulo de Sousa Mendes* discussed the trial of Eichmann and *Arendt’s* concern that his trial should only serve to render justice, and nothing else. He analyzed and commented on passages from the book and from her letters that best expressed her opinion that other purposes, like the propaganda produced by Prime Minister Ben-Gurion and Chief Prosecutor Gideon Hausner, were not legitimate. Hence, doing justice is not the same as applying a fair penalty, and this implies that there is a purpose in holding a trial that goes far beyond the proper purpose of the penalty. He stressed that *Arendt* gives an excellent lesson to experts in criminal law, who are often engaged in a discussion about the purposes of criminal sanctions, but who less often pay attention to the scope of the trial itself. *Kai Ambos* also addressed the trial of Eichmann, defending three

ideas. Firstly, he suggested that the Eichmann trial can be approached differently, depending on the perspective, on the one hand, of jurists and, on the other, of social scientists. Secondly, he claimed that the State of Israel was capable of promoting a fair trial, in circumstances where other States and the International Community were unable to do so. Lastly, he pointed out that the sentence, from the point of view of the legal technicalities, was very puzzling, mainly when with regard to the definition of the responsibility of principals and accessories.

The fifth session on Human Rights and Transitional Justice was chaired by *Paulo de Sousa Mendes*. *Cristina García Pascual* discussed the challenge that exists of how to face and oppose massive violations of Human Rights. She questioned what should be done when those violations are carried out by States or by agents under the protection of or tolerated by governments, raising also some crucial questions about the basis of contemporary legal and moral reality. *Jan Simon*, relying on his own experience, within the framework of the United Nations, on truth commissions in Latin America, e.g. Guatemala, reflected on the limits of criminal trials for constructing a collective memory of mass crimes. He developed some fundamental ideas on the need for distinct, new models to deal with the past. *Pablo Galain Palermo*, referring to the military dictatorships of the Southern Cone in the 1970's and 80's, put forward a critique of the so-called Transitional Justice, understood as a set of mechanisms to support societies in order to deal with mass crimes of the past. This kind of Justice is also implemented under the aegis of reconciliation and enduring peace after a period of political confrontation. He analyzed the forms in which three countries – Argentina, Chile and Uruguay – dealt with the terror regimes that lasted almost three decades.

In the last session on Legal and Philosophical Issues raised by the Eichmann Trial, chaired by *Paulo Otero*, *Fernando Araújo* introduced the topic of moral luck, which has become well known through the works of *Bernard Williams* and *Thomas Nagel*. His presentation contrasted attributing responsibility with the difficulty of considering a subject responsible for the effects of his action that he could not control. *José Lamego* stressed that, for legal philosophy, the problem of evil is far more interesting than the problem of virtue, as the basis of political association is avoiding absolute evil and not promoting individual virtue. This is a common ground of modern political thinking, from *Hobbes* to *Kant*. From *Augustine* and *Aquinas* to *Finnis* and *Alexy*, legal philosophy has dealt with the problem of extreme unjust laws. *Radbruch*, after Auschwitz, gave a canonical answer to the problem of legal validity and the problem of legal duty in the case of extreme unjust laws: the most important tool in legal philosophy to resist totalitarian rule is not a natural law perspective on legal validity, but the institutionalization of a universal law (mainly, a universal criminal law and an international criminal court) to punish crimes against Humanity, which cannot be prosecuted under national jurisdictions. *Manuel Duarte Oliveira*, in the search for an understanding of the complexities that lead Eichmann to stand trial in Jerusalem for crimes against the Jewish People, claimed that the

roots of an overwhelming hatred that enslaved Europe for far too long and far beyond what imagination could ever conceive within the limits of reason alone should be viewed beyond the surface of contemporary events. *Miguel Galvão Teles* addressed the objections according to which Eichmann was subjected to retroactive law and tried by a “victor’s tribunal”. As to the first objection, he argued that there was no rule of international law determining *nullum crimen sine lege praevia*, and so the issue of retroactivity should be addressed at a metapositive (but not natural law) level, which ultimately could justify it. As to the second objection, he claimed that what is commonly called “victor’s justice” should be theoretically viewed as representing a second level state of nature. This was the final conference of the international colloquium, all sessions of which were particularly well attended.

### B u c h r e z e n s i o n

**Sebastian Senn**, Immunitäten vor dem Internationalen Strafgerichtshof, Carl Heymanns Verlag, Köln u.a. 2010, 451 S., € 68,-

Auf den ersten Blick vermag eine Monografie zur Bedeutung von Immunitäten für den Internationalen Strafgerichtshof zu verwundern, legt doch Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut klar und deutlich fest, dass Immunitäten den Gerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit hindern. Der IStGH geht denn auch wie selbstverständlich von einer Irrelevanz völkerrechtlicher Immunitäten aus: In ihrer Entscheidung vom 27.6.2011 zum Haftbefehlsantrag unter anderem gegen den libyschen Staatschef Muammar Gaddafi, der zum Entscheidungszeitpunkt faktisch das Staatsoberhaupt von Libyen war und damit grundsätzlich völkerrechtliche Immunität genoss, begnügte sich die *Vorverfahrenskammer I* mit der pauschalen Feststellung, die offizielle Position einer Person sei für die Gerichtsbarkeit des IStGH ohne Relevanz.<sup>1</sup> Tatsächlich aber stehen die Verfolgungskompetenzen des IStGH und die völkerrechtlichen Immunitäten in einem erheblichen Spannungsverhältnis zueinander. Der *Verf.* der vorliegenden Rezension hat in dieser Zeitschrift<sup>2</sup> sowie in einem 2010 erschienenen Kommentarbeitrag<sup>3</sup> aufzuzeigen versucht, dass einige völkerrechtliche Immunitäten auch bei Völkerstraftaten gelten und zum Teil ungeachtet Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut sogar der Gerichtsbarkeit des IStGH Schranken setzen, während es bezüglich anderer Immunitäten immerhin erheblichen argumentativen Aufwandes bedarf, um ihre Unbeachtlichkeit für Strafverfahren vor dem IStGH zu begründen.

Zu diesem Ergebnis kommt auch *Sebastian Senn* in seiner umfangreichen, aber gut lesbaren Arbeit, die vom Völkerrechtler RiBVerfG Prof. Dr. Andreas Paulus betreut, vom Völkerstrafrechtler Prof. Dr. Kai Ambos zweitbegutachtet und 2010 von der Göttinger Universität als Dissertation angenommen wurde. Bereits die beeindruckende Vielzahl der von *Senn* intensiv ausgewerteten wissenschaftlichen Publikationen zur Relevanz völkerrechtlicher Immunitäten bei Strafverfahren wegen völkerrechtlicher Verbrechen und vor dem IStGH macht deutlich, dass es sich um eine äußerst komplexe und vielschichtige Materie handelt, die im Übrigen nach wie vor kontrovers diskutiert wird. Es ist daher ungeachtet der großen Zahl vorheriger einschlägiger Veröffentlichungen begrüßenswert, dass sich mit der hier zu besprechenden Dissertation von *Senn* eine weitere wissenschaftliche Arbeit der Immunitätsproblematik bei supranationaler Strafverfolgung annimmt.

In einem ersten Teil seiner Dissertation geht *Senn* allerdings zunächst ausführlich der Frage nach, inwieweit völkerrechtliche Immunitäten einer nationalen Ahndung von Völ-

kerstraftaten durch einzelne Staaten entgegenstehen (S. 33-118). Diese Vorüberlegungen sind schon deshalb angebracht, weil der IStGH eine von den Vertragsstaaten gegründete und getragene Institution ist, die ihre Strafverfolgungskompetenz aus den an das Gericht delegierten Kompetenzen der Vertragsstaaten schöpft. Prinzipiell kann die Strafverfolgungskompetenz des IStGH deshalb nicht über die der Vertragsstaaten hinausreichen, so dass die für einzelne Staaten geltenden Immunitäten grundsätzlich auch für den IStGH maßgeblich sind.

*Senn* beginnt mit einer Vorstellung der Staatenimmunität, die aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten folgt und in erster Linie zivilrechtliche Verfahren gegen einen Staat vor Gerichten eines anderen Staates untersagt, allerdings nur für hoheitlich-staatliches Handeln gilt (S. 34-41). Zutreffend arbeitet *Senn* heraus, dass aus der Staatenimmunität auch eine zeitlich unbegrenzte strafrechtliche Immunität einzelner Personen ungeachtet ihres Status und ihrer Funktion folgt, soweit Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs hoheitlich-dienstliches Handeln für einen fremden Staat ist (S. 41-44). Es überrascht dann allerdings, dass *Senn* nun nicht der naheliegenden Frage nachgeht, ob diese handlungsbezogene Immunität (Immunität *ratione materiae*) bei den hier interessierenden Völkerstraftaten eine Ausnahme erfährt, sondern er sich – anders als in anderen Teilen der Arbeit eine stringente und klare Gedankenführung vermissen lassend – sogleich und im Folgenden ausschließlich den (besonderen) Immunitäten für bestimmte staatliche Funktionsträger, nämlich Staatsoberhäupter und Regierungsmitglieder, Diplomaten und Konsuln sowie Mitarbeiter internationaler Organisationen und Soldaten, zuwendet (S. 46-118).

In Übereinstimmung mit der ganz vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur spricht *Senn* amtierenden Staatsoberhäuptern, Regierungschefs und Außenministern vollständige Immunität aufgrund ihres persönlichen Status (Immunität *ratione personae*) zu, die erga omnes gilt, also von allen Staaten außer dem Heimatstaat der betreffenden Person zu achten ist. Hinsichtlich der nach wie vor umstrittenen Frage, ob auch sonstige Fachminister Immunität *ratione personae* genießen, positioniert sich *Senn* nicht eindeutig, steht einer solchen Exemption aber zumindest skeptisch gegenüber (S. 47-48). Wiederum in Übereinstimmung mit der Judikatur und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur geht *Senn* davon aus, dass die Immunität *ratione personae* amtierender höchster staatlicher Funktionsträger bezogen auf Strafverfolgungen durch nationale Gerichte keine Ausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen erfährt. Zutreffend weist er darauf hin, dass die Staatenpraxis bis in die jüngste Zeit hinein einen solchen vollständigen Immunitätsschutz immer wieder bejaht hat (S. 54-59). Anschließend erörtert *Senn* ausgehend von der im Völkerrecht unbestrittenen Annahme, dass die vollständige Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern und anderen höchsten staatlichen Funktionsträgern mit der Funktionsbeendigung erlischt, allerdings eine Immunität für frühere Amtshandlungen zeitlich unbegrenzt fortbesteht, die Frage, inwieweit *ehemalige* Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister durch Immunität vor einer Strafverfolgung wegen völkerrechtlichen

<sup>1</sup> IStGH (Vorverfahrenskammer I), Entsch. v. 27.6.2011 – ICC-01/11-12, para. 9.

<sup>2</sup> Kreicker, ZIS 2009, 350.

<sup>3</sup> Kreicker, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Stand: 22. Lfg., Juli 2011, Teil III E: Völkerrechtliche Immunitäten.

Verbrechen geschützt sind (S. 59-81). Ganz zu Recht verwirft er die teilweise in der Literatur vertretene These, völkerrechtliche Verbrechen könnten, weil sie verboten seien, nicht als (immunitätsgeschützte) Amtshandlungen klassifiziert werden, als „realitätsfremd“ und „ergebnisorientiert“ (S. 60-63). Vielmehr geht er zutreffend davon aus, dass die fortbestehende Immunität für Amtshandlungen gar keine eigenständige Immunität ist, sondern es sich (lediglich) um einen Anwendungsfall der allgemeinen Staatenimmunität handelt (S. 59). Vor diesem Hintergrund diskutiert er nunmehr (!) – gewissermaßen inzident – die letztlich ohne Zweifel zu bejahende Frage, ob die Staatenimmunität bei Völkerstraftaten eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme erfährt (S. 65-81). Angesichts der insofern einhelligen Rechtsprechung und Literatur überrascht es nicht, dass auch *Senn* eine solche gewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme bejaht und mit dieser Argumentation richtigerweise eine Immunität ehemaliger höchster staatlicher Funktionsträger bei Strafverfahren wegen völkerrechtlichen Verbrechen verneint.

Anschließend skizziert *Senn* die Immunitäten der Mitglieder diplomatischer und konsularischer Vertretungen, die im WÜD und WÜK völkervertraglich normiert sind (S. 81-91). Zutreffend kommt er zu dem Ergebnis, dass die vollständige Immunität *ratione personae* amtierender Diplomaten (Art. 31 Abs. 1 S. 1 WÜD) auch vor einer Strafverfolgung wegen Völkerstraftaten schützt (S. 90). Dagegen nimmt *Senn* an, dass die auf Diensthandlungen beschränkte Immunität *ratione materiae*, die insbesondere Mitgliedern konsularischer Vertretungen (Art. 43 Abs. 1 WÜK) sowie ehemaligen Diplomaten (Art. 39 Abs. 2 S. 2 WÜD) zukommt, bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht gilt (S. 87). Denn er geht davon aus, dass es sich bei sämtlichen Immunitäten *ratione materiae* des Völkerrechts um ein einheitliches Rechtsinstitut handelt, es also gewissermaßen nur eine einzige Immunität *ratione materiae* gibt. Die im WÜD und WÜK normierten Immunitäten für Diensthandlungen seien lediglich vertraglich normierte Anwendungsfälle der Staatenimmunität, die aber – wie ausgeführt – bei Völkerstraftaten nicht gilt (S. 83, 88). Zwar befindet sich *Senn* mit dieser Auffassung in guter Gesellschaft, wird die These einer einheitlichen Immunität *ratione materiae* doch auch von einigen namhaften Völkerstrafrechtlern – etwa *Cassese* und *Werle* – vertreten. Gleichwohl ist diese Annahme falsch; das BVerfG hat sie ganz zu Recht in seiner Entscheidung zur Immunität des ehemaligen syrischen Botschafters in der DDR verworfen.<sup>4</sup> Der *Rezensent* hat in seinen eingangs erwähnten Veröffentlichungen im Einzelnen dargelegt, dass es sich bei dem Begriff „Immunität *ratione materiae*“ lediglich um eine Sammelbezeichnung für verschiedene Immunitäten des Völkerrechts handelt, die nicht mehr vereint, als dass sie – in unterschiedlichem personellen, sachlichen und räumlichen Umfang – auf Diensthandlungen bezogen sind. So ist beispielsweise unbestritten, dass die Staatenimmunität nur für hoheitliche Diensthandlungen (*acta iure imperii*) gilt, die Immunitäten *ratione materiae* des Diplomaten- und Konsularrechts dagegen alle Arten von Diensthandlungen i.S.d. des WÜD bzw. WÜK erfassen. Dafür aber

gelten sie, wie Art. 40 WÜD und Art. 54 WÜK zeigen, anders als die Staatenimmunität nur im jeweiligen Empfangsstaat. Im Übrigen wird sogar noch innerhalb des Diplomaten- und Konsularrechts zwischen verschiedenen Immunitäten *ratione materiae* differenziert: Die Immunitäten für Personen mit ständigem Wohnsitz im Empfangsstaat erfassen nur die unmittelbaren Amtshandlungen (*Amtshandlungsimmunität*; vgl. Art. 38 Abs. 1 WÜD, Art. 71 Abs. 1 WÜK), die anderen Immunitäten *ratione materiae* dagegen sämtliche Aktivitäten, die als Diensthandlungen zu werten sind (*Amtstätigkeitsimmunität*; vgl. Art. 37 Abs. 3 WÜD, Art. 43 Abs. 1 WÜK). Richtigerweise hätte *Senn* deshalb zu dem Ergebnis kommen müssen, dass mangels völkergewohnheitsrechtlich anerkannter Ausnahme auch die Immunitäten *ratione materiae* des Diplomaten- und Konsularrechts bei völkerrechtlichen Verbrechen eingreifen, allerdings lediglich den jeweiligen Empfangsstaat an einer Strafverfolgung hindern. Immerhin aber – und das gebührt ausdrücklich positiv erwähnt zu werden – unterschlägt *Senn* die vom *Rezensenten* und im Übrigen auch von namhaften Völkerstrafrechtlern – etwa *Ambos* – vertretene Rechtsauffassung nicht, sondern erwähnt sie, wenngleich er sich mit ihr inhaltlich nur sehr knapp auseinandersetzt (S. 83, 86-89).

Aufgrund des Kardinalfehlers der pauschalen Gleichsetzung aller Immunitäten *ratione materiae* gelangt *Senn* auch im weiteren Verlauf seiner Analyse zu Ergebnissen, denen die Gefolgschaft zu versagen ist: So legt er am Beispiel der UN zwar zutreffend dar, dass Mitarbeiter internationaler Organisationen aufgrund völkervertraglicher Bestimmungen gegenüber der nationalen Strafjustiz der Mitgliedsstaaten der betreffenden Organisation in aller Regel (lediglich) Immunität *ratione materiae* für ihre Diensthandlungen genießen (S. 93), zieht hieraus dann jedoch ohne Weiteres aufgrund der anerkannten Immunitätsausnahme bei der Staatenimmunität den – falschen – Schluss, dass Mitarbeitern internationaler Organisationen (einschließlich UN-Blauhelmsoldaten) generell kein Schutz vor einer Strafverfolgung wegen Völkerstraftaten zukomme (S. 97, 118).

Beizupflichten vermag der *Rezensent* dagegen den Ausführungen *Senns* zu den – praktisch besonders relevanten – Befreiungen für Soldaten nationaler Streitkräfte. Ganz zu Recht stellt *Senn* klar, dass Soldaten grundsätzlich keine besondere Immunität zukommt, sondern für sie lediglich – wie für alle staatlichen Funktionsträger – die Staatenimmunität gilt, die aber gerade bei den hier interessierenden Völkerstraftaten eine Ausnahme erfährt (S. 99, 101, 104). Dies gilt selbst dann, wenn Soldaten mit Mandat des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII UN-Charta tätig werden (S. 100-101), es sei denn, der UN-Sicherheitsrat legt – wie beispielsweise jüngst mit der Resolution 1970 (2011) vom 26.2.2011 hinsichtlich des Militäreinsatzes in Libyen – unmittelbar in der zum militärischen Eingriff ermächtigenden Resolution eine Immunität i.S.e. ausschließlichen Verfolgungszuständigkeit des Entsendestaates fest (S. 101-103). Zutreffend erläutert *Senn* weiter, dass sich gewisse Befreiungen von nationaler Strafgerichtsbarkeit aus Status of Forces Agreements wie dem NATO-Truppenstatut ergeben können, wenngleich diese Verträge in der Regel lediglich die Strafverfolgungskompe-

<sup>4</sup> BVerfGE 96, 68.

tenzen zwischen dem Entsende- und dem Aufnahmestaat aufteilen und sich hieraus nur mittelbar Strafverfolgungshindernisse ergeben (S. 104-110). In diesem Zusammenhang ist positiv hervorzuheben, dass *Senn* klar herausarbeitet, dass nach Art. VII Abs. 1 lit. b NATO-TS der Aufnahmestaat über Soldaten eines anderen NATO-Staates nur Strafgerichtsbarkeit wegen Taten ausüben darf, die im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates begangen wurden. Dies bedeutet, worauf *Senn* zu Recht hinweist, dass Soldaten eines anderen NATO-Staates, die sich dienstlich in Deutschland befinden, wegen eines im Ausland begangenen völkerrechtlichen Verbrechens nicht nach dem VStGB zur Verantwortung gezogen werden dürfen (S. 106)!

In einem kurzen zweiten Teil seiner Dissertation skizziert *Senn* die Immunitätsregelungen für andere supranationale Strafgerichte (S. 119-123), um sich dann im nächsten Teil seiner Arbeit dem Internationalen Strafgerichtshof und damit der eigentlichen Fragestellung seiner Untersuchung zuzuwenden.

Im dritten Teil seiner Studie analysiert *Senn* zunächst die Entstehungsgeschichte, den Wortlaut und den Zweck von Art. 27 IStGH-Statut und kommt zutreffend zu dem Ergebnis, dass dessen Absatz 2 pauschal sämtliche völkerrechtlichen Immunitäten für unbeachtlich erklärt, während Absatz 1 festlegt, dass die amtliche Eigenschaft einer Person keine Relevanz für die materielle Strafbarkeit (etwa i.S.e. Strafausschlussgrundes) hat (S. 126-148).

Anschließend geht *Senn* im Einzelnen der Frage nach, inwieweit der von Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut postulierte generelle Immunitätsausschluss völkerrechtskonform ist. In Übereinstimmung mit der insoweit einhelligen Auffassung in der Literatur stellt *Senn* klar, dass alle Vertragsstaaten des Römischen Statuts mit dessen Ratifizierung der Regelung des Art. 27 IStGH-Statut zugestimmt und insoweit in Bezug auf Strafverfolgungsaktivitäten des IStGH auf sämtliche ihnen zukommenden Exemtionen verzichtet haben (S. 149). Bei einer Strafverfolgung von Funktionsträgern von Vertragsstaaten des Römischen Statuts stellt sich mithin, was ein Tätigwerden des IStGH anbelangt, kein Immunitätsproblem.

Anders stellt sich die Situation jedoch in Bezug auf Funktionsträger von Nichtvertragsstaaten des Römischen Statuts dar, weil das Statut als Vertrag zwischen den Mitgliedsstaaten nicht über völkerrechtliche Rechtspositionen von Drittstaaten disponieren kann (S. 182-183, 188). Es griffe deshalb zu kurz, sich mit einem Hinweis auf Art. 27 IStGH-Statut zu begnügen. Ganz zu Recht fragt *Senn* mithin, inwieweit sich aus dem Völkerrecht jenseits des Römischen Statuts eine Unbeachtlichkeit von Immunitäten von Funktionsträgern von Nichtvertragsstaaten ableiten lässt (S. 152-228). Allerdings stellt sich für *Senn* – durchaus folgerichtig – lediglich die Frage, ob die Immunitäten *ratione personae* der Strafgerichtsbarkeit des IStGH Grenzen setzen, geht er doch – wie gezeigt – hinsichtlich aller Immunitäten *ratione materiae* von einer generellen Immunitätsausnahme bei völkerrechtlichen Verbrechen aus (vgl. S. 153).

Im Kern geht es für *Senn* zutreffend um die Frage, ob sich (mittlerweile) Völkergewohnheitsrecht dahingehend heraus-

gebildet hat, dass die Immunitäten *ratione personae*, die einer nationalen Strafverfolgung entgegenstehen, gegenüber dem IStGH eine Ausnahme erfahren. Diese Frage verneint *Senn* – nach Ansicht des *Rezensenten* zu Unrecht. *Senn* legt zwar dar, dass es gewichtige Staatenpraxis gibt, die für die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausnahme (jedenfalls bezüglich der Immunitäten amtierender Staatsoberhäupter und sonstiger höchster staatlicher Funktionsträger) ins Feld geführt werden kann (S. 160-163) – genannt seien die Strafverfolgung von Milosević vor dem ICTY, das Verfahren gegen Taylor vor dem SCSL, die Ausführungen des IGH im Arrest-Warrant-Urteil von 2002 sowie der Haftbefehl des IStGH gegen Al Bashir (und nunmehr auch der Haftbefehl gegen den libyschen Staatschef Gaddafi). Durchaus scharfsinnig und für sich genommen auch zutreffend argumentierend misst *Senn* jedoch keinem der von ihm analysierten Präzedenzfälle hinreichende Aussagekraft zu (S. 163-168), so dass er zu dem Ergebnis kommt, dass die Immunitäten *ratione personae* von Funktionsträgern von Nichtvertragsstaaten auch gegenüber dem IStGH gelten (S. 185); er fordert deshalb eine völkerrechtskonform-einschränkende Auslegung des Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut (die eigentlich bei *Senns* Sichtweise gebotene Feststellung einer partiellen Völkerrechtswidrigkeit des klaren und damit streng genommen einer geltungsreduzierenden Auslegung gar nicht zugänglichen Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut scheut er aus unbekanntem Gründen). Nach dem Dafürhalten des *Rezensenten* argumentiert *Senn* damit jedoch im Ergebnis zu konservativ. Die gebotene Gesamtschau der jüngeren Staatenpraxis macht vielmehr hinreichend deutlich, dass sich in der gesamten Völkergemeinschaft eine Rechtsüberzeugung dahingehend herausgebildet hat, dass Staatsoberhäupter und andere höchste staatliche Funktionsträger – und zwar auch solche aus Drittstaaten – gegenüber dem IStGH keinen Immunitätschutz genießen. In den vorgenannten Judikaten kommt diese Rechtsüberzeugung jeweils hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Was die Immunitäten von Mitgliedern diplomatischer (und konsularischer) Vertretungen von Drittstaaten anbelangt, greift *Senn* eine vom *Rezensenten* entwickelte Argumentationslinie<sup>5</sup> auf und weist darauf hin, dass die Exemtionen des WÜD (und WÜK) lediglich gegenüber dem jeweiligen Empfangsstaat gelten, womit sich der IStGH auf eine von Immunität unberührte und an ihn delegierte Strafverfolgungskompetenz der übrigen Vertragsstaaten des Statuts stützen kann (S. 188-192). Allerdings meint *Senn* im Hinblick auf die Regelung des Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut, wonach der IStGH nur zuständig ist für Taten, die entweder von einem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates oder im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates begangen wurden, dass diese Argumentation nur eingreifen könne, wenn der Tatortstaat nicht der Staat ist, der als Empfangsstaat des Diplomaten zur Immunitätsgewährung verpflichtet ist. Bei einer im Empfangsstaat verübten Tat eines Diplomaten mit Immunität

<sup>5</sup> Vgl. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 628-634.

ratione personae aus einem Drittstaat sei der IStGH an einer Strafverfolgung gehindert; Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut sei insofern nicht völkerrechtskonform (S. 189-192). Dieser Einschränkung vermag der *Rezensent* jedoch nicht zu folgen. Im Hinblick darauf, dass Völkerstraftaten dem Weltrechtsprinzip unterfallen, kann der IStGH seine Befugnis zur Nichtachtung von Immunität unabhängig vom Tatort stets aus der Verfolgungskompetenz jedes einzelnen Vertragsstaates und nicht nur des Tatortstaates ableiten; dass Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut die Zuständigkeit des IStGH gleichwohl gegenüber dem Weltrechtsprinzip beschränkt, ist eine ausschließlich völkerrechtspolitische Entscheidung. Im Ergebnis sind mithin sämtliche Immunitäten des Diplomaten- und Konsularrechts für den IStGH ohne Relevanz.

Hinsichtlich der Verfolgbarkeit von Soldaten erinnert *Senn* zu Recht daran, dass diesen grundsätzlich lediglich funktionelle Immunität (genauer: Staatenimmunität) zukommt, die bei Völkerstraftaten nicht gilt, so dass sie auch für den IStGH irrelevant ist (S. 193). Allerdings weist *Senn* richtigerweise darauf hin, dass Soldaten von Nichtvertragsstaaten des Römischen Statuts ausnahmsweise dann Immunität auch gegenüber dem IStGH genießen, wenn sie aufgrund einer Ermächtigungsresolution des UN-Sicherheitsrates tätig werden und – wie in der Vergangenheit wiederholt geschehen – in der Resolution eine ausschließliche Verfolgungszuständigkeit des Entsendestaates festgeschrieben ist. Denn an Resolutionen des UN-Sicherheitsrates ist – ungeachtet Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut – auch der Strafgerichtshof gebunden (S. 194-195). Anders als *Senn* meint, kommt zudem UN-Blauhelmsoldaten Immunität gegenüber dem IStGH (in Bezug auf ihre Diensthandlungen) zu, weil diese als Funktionsträger der UN tätig werden, die – wie bereits erwähnt – gegenüber allen UN-Staaten Immunität *ratione materiae* genießen, so dass sich der IStGH insofern auf keine von den Vertragsstaaten an ihn übertragene Strafkompentenz stützen kann. Diese Rechtslage spiegelt sich auch im Zusammenarbeitsübereinkommen zwischen den UN und dem IStGH vom 4.10.2004 wider, mit dem sich die UN verpflichtet haben, erforderlichenfalls auf eine ihren Funktionsträgern zukommende Immunität zu verzichten. *Senn* dagegen vermag – folgerichtig – eine solche Immunität nicht anzuerkennen, weil er von einer generellen Nichtgeltung aller Immunitäten *ratione materiae* bei völkerrechtlichen Verbrechen ausgeht (S. 219-221). Damit aber liefe das Übereinkommen zwischen den UN und dem IStGH praktisch leer. Auch dies zeigt, dass *Senns* Annahme einer einheitlichen, bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht eingreifenden Immunität *ratione materiae* dem geltenden Völkerrecht widerstreitet.

Zwar hält *Senn* die Immunitäten *ratione personae* von Funktionsträgern von Nichtvertragsstaaten des Römischen Statuts grundsätzlich für auch für den IStGH beachtlich, allerdings geht auch er – wie die ganz vorherrschende Meinung – davon aus, dass sämtliche Immunitäten dann für den Gerichtshof irrelevant sind, wenn eine Strafverfolgung auf eine Überweisung einer Situation an den Gerichtshof durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gemäß Art. 13 lit. b IStGH-Statut zurückgeht, und zwar auch dann, wenn in der Überweisungsresolution nicht explizit die Irrelevanz

etwaiger Immunitäten verfügt wird (S. 206-208). Denn wenn der UN-Sicherheitsrat eine Strafverfolgung gemäß Art. 13 lit. b IStGH-Statut initiiert, wird damit implizit verfügt, dass eine solche Strafverfolgung nicht an völkerrechtlichen Immunitäten scheitern soll (S. 208-209). An eine solche Immunitätsaufhebung durch eine Sicherheitsratsresolution nach Kapitel VII UN-Charta sind alle Staaten gebunden, so dass eine Strafverfolgung durch den Gerichtshof ohne Rücksicht auf Immunitäten von Nichtvertragsstaaten in einem solchen Fall nicht in die Souveränitätsrechte von Drittstaaten eingreift. Schon aus diesem Grunde steht außer Frage, dass die vom IStGH erlassenen Haftbefehle gegen den amtierenden Präsidenten des Sudan, Al Bashir, sowie den libyschen Staatsführers Gaddafi keinen Immunitätsverstoß darstellen, beruhen die Strafverfolgungsaktivitäten des IStGH doch in beiden Fällen auf Überweisungsresolutionen des UN-Sicherheitsrates (Res. 1593 [2005] und Res. 1970 [2011]).

Erfreulicherweise belässt es *Senn* nicht bei seinen Ausführungen zur Relevanz völkerrechtlicher Immunitäten für den IStGH, also zur Reichweite des Art. 27 Abs. 2 IStGH. Denn für die Frage, inwieweit der Gerichtshof faktisch strafverfolgend tätig werden kann, ist ebenso wichtig wie seine eigene Strafverfolgungskompetenz die völkerrechtliche Befugnis einzelner Staaten zur Ergreifung von Unterstützungsmaßnahmen für den IStGH, namentlich zur Festnahme von Beschuldigten für den IStGH und zur Überstellung von Personen an diesen. Denn der Gerichtshof verfügt bekanntlich über keine eigenen Vollstreckungsorgane. Insofern ist es zu begrüßen, dass sich *Senn* in einem weiteren und sehr umfangreichen Abschnitt des dritten Teils seiner Dissertation mit großer Akribie und unter intensiver Auswertung der umfangreichen wissenschaftlichen Literatur der Frage widmet, inwieweit einzelne Staaten aufgrund völkerrechtlicher Immunitäten an Unterstützungsmaßnahmen für den IStGH gehindert sind (S. 228-416). Diese Frage ist in Art. 98 IStGH-Statut angesprochen, einer sowohl sprachlich als auch inhaltlich missglückten Norm, deren Zweck – wie *Senn* zu Recht betont – es ist, Pflichtenkollisionen für die Vertragsstaaten zu vermeiden, und zwar zwischen einerseits Verpflichtungen gegenüber anderen Staaten zur Beachtung völkerrechtlicher Immunitäten und andererseits Pflichten zur Kooperation mit den IStGH (S. 242).

Da Unterstützungsmaßnahmen einzelner Staaten für den IStGH in immunitätsrechtlicher Sicht in gleicher Weise Ausübung von Strafgerichtsbarkeit darstellen wie eigene nationale Strafverfolgungen, sind die Staaten in dem Umfang, in dem ihnen aufgrund von Immunitäten eine eigene nationale Ahndung von Völkerstraftaten untersagt ist, grundsätzlich auch daran gehindert, unterstützend für den IStGH tätig zu werden. Diese Verpflichtung akzeptiert Art. 98 IStGH-Statut, indem er dem IStGH untersagt, Vertragsstaaten um Unterstützungsmaßnahmen zu ersuchen, soweit der betreffende Staat damit gegen eine ihm gegenüber einem Drittstaat obliegende Pflicht zur Immunitätsgewährung verstieße und soweit der immunitätsberechtigte Staat keinen Immunitätsverzicht erklärt hat. Zu Recht weist *Senn* darauf hin, dass Art. 98 IStGH-Statut die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Pflicht zur Immunitätsgewährung besteht, selbst nicht

beantwortet, sondern gewissermaßen dynamisch das gesamte geltende Völkerrecht in Bezug nimmt (S. 281). Zutreffend kommt *Senn* bei seiner Analyse weiter zu dem Ergebnis, dass Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut ungeachtet des zu engen Wortlauts der Norm alle völkerrechtlichen Immunitäten erfasst – also sowohl völkervertraglich als auch lediglich völkergewohnheitsrechtlich normierte und sowohl Immunitäten *ratione materiae* als auch Immunitäten *ratione personae* –, soweit diese im konkreten Fall die nationale Strafgerichtsbarkeit des ersuchten Staates beschränken (S. 244-251).

Unstreitig haben die Vertragsstaaten des Römischen Statuts bei Unterstützungsmaßnahmen für den IStGH die Immunitäten von Funktionsträgern von Nichtvertragsstaaten des Statuts zu beachten, so dass sie in Bezug auf Funktionsträger von Nichtvertragsstaaten insoweit, als ihnen eine eigene Strafverfolgung untersagt ist, auch keine Rechtshilfe Maßnahmen für den IStGH ergreifen dürfen. Deshalb stellt *Senn* zu Recht klar, dass der Begriff des „Drittstaates“ in Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut auf jeden Fall Nichtvertragsstaaten erfasst (S. 252). Die große Streitfrage zu Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut, die in der Literatur nach wie vor kontrovers diskutiert wird, ist dagegen, ob ein um Unterstützungsmaßnahmen ersuchter Staat auch Immunitäten von Funktionsträgern anderer Vertragsstaaten des Römischen Statuts zu beachten hat, der Begriff „Drittstaat“ in Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut also jeden anderen Staat und damit auch andere Vertragsstaaten erfasst (S. 251-277). Zu Recht weist *Senn* darauf hin, dass der Begriff „Drittstaat“ in Teil 9 des IStGH-Statuts nicht als Synonym für einen Nichtvertragsstaat verwendet wird, sondern als Bezeichnung für jeden anderen als den konkret um Kooperation ersuchten Staat (S. 267-270). Gleichwohl kommt *Senn* in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Auffassung in der Literatur zu dem Ergebnis, dass sämtliche Immunitäten von Funktionsträgern von Vertragsstaaten des Römischen Statuts nicht nur für den Gerichtshof selbst ohne Relevanz sind, sondern auch gegenüber anderen Staaten nicht gelten, soweit es um Unterstützungsmaßnahmen für den IStGH geht. Wie große Teile der bisherigen wissenschaftlichen Literatur sieht er Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 1 IStGH-Statut und meint, dass sich der mit Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut verbundene Verzicht der Vertragsstaaten auf ihnen zukommende Immunitäten nicht nur auf Maßnahmen des Gerichtshofes selbst, sondern auch auf Unterstützungsmaßnahmen anderer Staaten erstreckt (S. 253-264, 273-277). Auch wenn *Senn* insofern tiefgründig und engagiert argumentiert, wird nach Auffassung des *Rezensenten* mit einer derart weitreichenden Interpretation des Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut jedoch dessen Anwendungsbereich überdehnt. Weiter arbeitet *Senn* – in Übereinstimmung mit der insofern einhelligen Rechtsauffassung in der Literatur – klar heraus, dass die Entscheidungskompetenz darüber, ob im Einzelfall ein um Kooperation ersuchter Staat aufgrund einer Immunität an der Durchführung einer Unterstützungsmaßnahme gehindert ist oder nicht, ausschließlich beim Gerichtshof liegt (S. 292-294).

Abschließend wendet sich *Senn* ausführlich Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut zu, der denselben Zweck verfolgt wie

Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut, sich aber der Intention nach speziell auf Status of Forces Agreements wie beispielsweise das NATO-Truppenstatut bezieht und dem IStGH untersagt, einen sogenannten Aufnahmestaat, in dessen Hoheitsgebiet sich ein beschuldigter Funktionsträger – insbesondere Soldat – eines Entsendestaates aufhält, um Überstellung dieser Person an den Gerichtshof zu ersuchen, soweit der Aufnahmestaat aufgrund eines derartigen Abkommens im konkreten Fall an einem strafrechtlichen Tätigwerden gehindert ist und soweit der IStGH nicht zuvor einen Verzicht des Entsendestaates auf die Befreiung von der Strafgerichtsbarkeit des ersuchten Staates erwirkt hat (S. 326-414). *Senn* erläutert zunächst, wie diese Norm von den USA missbraucht worden ist, um durch bilaterale Nichtüberstellungsabkommen mit Vertragsstaaten des Römischen Statuts die Überstellung eigener Staatsangehöriger an den Gerichtshof zu verhindern (S. 334-340). Hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut vertritt *Senn* – wie schon bezüglich Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut – eine (allzu) restriktive Auffassung: Sofern sowohl der Entsende- als auch der Empfangsstaat Vertragsparteien des Römischen Statuts seien, habe das Statut mit den dort normierten Kooperationspflichten Vorrang vor Status of Forces Agreements und anderen Verträgen, die die Strafgerichtsbarkeit des Aufnahmestaates beschränken – ältere Verträge würden insoweit durch das Römische Statut i.S.d. *lex posterior*-Grundsatzes modifiziert; jüngere Verträge seien im Geiste des Statuts auszulegen (S. 367-371). Dem ist allerdings in Bezug auf Verträge, die älter sind als das Römische Statut, entgegenzuhalten, dass Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut von deren unbeeinträchtigt Fortgeltung gerade ausgeht, und zwar ohne zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten des Statuts zu differenzieren. Zudem sei, so *Senn* weiter, Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut immer dann nicht einschlägig, wenn der Entsendestaat Vertragsstaat des Römischen Statuts sei, denn Vertragsstaaten hätten aufgrund ihrer Zustimmung zum Römischen Statut, namentlich zu dessen Art. 27 Abs. 2, auch auf etwaige Zustimmungserfordernisse bezüglich einer Überstellung ihrer Funktionsträger an den IStGH verzichtet, die sich aus Verträgen wie Status of Forces Agreements ergeben (S. 398-400). Hiergegen ist allerdings – wie auch in Bezug auf Art. 98 Abs. 2 IStGH-Statut – einzuwenden, dass Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut ausschließlich von der Ausübung von Gerichtsbarkeit durch den IStGH selbst spricht und sich zur (unterstützenden) Gerichtsbarkeit einzelner Staaten gar nicht verhält.

Als Fazit ist festzuhalten, dass *Senn* in seiner Dissertation, für die er mit großem Fleiß die umfangreiche einschlägige Rechtsprechung und Literatur gründlich recherchiert und ausgewertet hat, zwar keine neuen Denkansätze und Argumentationslinien entwickelt, aber die seit Gründung des IStGH im Jahr 1998 geführte Diskussion über die Relevanz völkerrechtlicher Immunitäten für den IStGH differenziert nachzeichnet und sich – kritisch, klar und ganz überwiegend auch sehr subtil argumentierend – im Rahmen der vielfältigen bisher vertretenen Rechtsauffassungen positioniert. Es gefällt insbesondere, dass *Senn* – anders als mancher andere Autor – nicht dominiert vom verständlichen Wunsch, die *supranatio-*

---

nale Strafgerichtsbarkeit zu stärken, völkerrechtliche Immunitäten – für die es im Einzelfall gute Gründe gibt! – „kleinredet“, sondern seine Positionen jeweils auf völkerrechtliche Argumente stützt. Auch wenn der *Rezensent* etlichen Ergebnissen, zu denen *Senn* kommt, nicht zuzustimmen vermag und insbesondere zu kritisieren ist, dass *Senn* in Verkennung der Völkerrechtslage von der Existenz einer einheitlichen Immunität *ratione materiae* ausgeht und daher – wie allerdings auch etliche andere (namhafte) Stimmen in der Literatur – den Fehler macht, aus der Nichtgeltung der Staatenimmunität bei Völkerstraftaten auf eine Irrelevanz aller anderen Immunitäten *ratione materiae* bei völkerrechtlichen Verbrechen zu schließen, so bleibt doch ein insgesamt klar positiver Gesamteindruck, zumal *Senn* abweichende Rechtsauffassungen – auch die des *Rezensenten* – nicht unterschlägt, sondern sich mit ihnen inhaltlich auseinandersetzt.

*RiLG Dr. Helmut Kreicker, z.Zt. GBA, Karlsruhe*

### B u c h r e z e n s i o n

**Laurent Lafleur**, Der Grundsatz der Komplementarität, Der Internationale Strafgerichtshof im Spannungsfeld zwischen Effektivität und Staatensouveränität, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, 395 S., € 99,-

„Nach der Konferenz von Rom kursierte nach den Worten des später zum Richter am IStGH gewählten italienischen Strafrechtslehrers, Richters und Diplomaten *Mauro Politi* ein *Bonmot* unter den Delegierten: „*Since there is a Statute, now we have to find out what's in it*“ (Lafleur, S. 381).

Mit dieser Reminiszenz an die Geburtsstunde des modernen Völkerstrafrechts beschließt *Laurent Lafleur* seine an der Universität Augsburg verfasste Dissertationsschrift. Der Blick des *Verf.* richtet sich gen Zukunft. Außerhalb des Blickfeldes bleibt dabei jedoch, dass die Arbeit *Lafleurs* selbst einen stattlichen Weg in diese Zukunft ebnet. Ihr schlichter Titel „Der Grundsatz der Komplementarität“ könnte beim unkundigen Leser womöglich zunächst Assoziationen an die aus ferner Schulzeit bekannte Farbenlehre wecken. Indes weiß der vorgefärbte Leser sofort, dass im Völkerstrafrecht Komplementarität etwas recht Neues und zugleich nicht allzu leicht Erklärbares ist. *Lafleur* ist es zu verdanken, dass sich manch grauer Schleier um dieses Prinzip nun aufgehellt haben dürfte. Ihm ist es (jedenfalls in deutscher Sprache) als Erstem gelungen, das gesamte Spektrum völkerstrafrechtlicher Komplementarität klar, systematisch und dabei in wissenschaftlicher Tiefe abzubilden.

Die Dissertation gliedert sich übersichtlich in zehn Kapitel, die mit ihrem klug aufeinander abgestimmten Verlauf einen wohl durchdachten Untersuchungsgang widerspiegeln. Im Zentrum steht stets diese eine Frage: Wann ist die Strafverfolgungskompetenz des IStGH eröffnet, obwohl eigentlich die Staaten selbst dazu berufen sind, dem Verdacht einer Völkerstraftat nachzugehen? Ein historischer Einstieg in die Völkerstrafrechtsprechung – zunächst ohne Komplementaritätsprinzip – weckt die Sensibilität für die Problematik: angefangen beim Versailler Vertrag, weiter über die Militärgerichtshöfe von Nürnberg und Tokio bis hin – flankiert von den Ad-Hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda – zur langen Entwicklungsphase des IStGH-Status durch die International Law Commission (ILC). Interessant ist dabei *Lafleurs* Hinweis, dass erstmalig in einem ILC-Entwurf des Statuts von 1992 der Begriff „komplementär“ überhaupt verwendet wird. Eine mehrstufige, ergänzende Kompetenzprüfung eines internationalen Strafgerichts ist also eine ureigene Besonderheit des IStGH, die heute ausdrücklich in der Präambel und in Art. 1 S. 2 seines Statuts („complementary“) verankert ist. Die Darstellung der allmählichen Entwicklung des IStGH-Statuts liefert auch im weiteren Verlauf der Dissertation wertvolle Erkenntnisse.

Ausgehend vom entscheidenden Art. 17 arbeitet *Lafleur* im zentralen 6. Kapitel seiner Arbeit die wesentlichen Eigenschaften des Komplementaritätsprinzips heraus. Dies gelingt ihm in bestechender Klarheit und mit uneingeschränkter Plausibilität. Demnach ist immer die Verfahrenskompetenz des IStGH im Einzelfall bei grundsätzlich bestehender Zu-

ständigkeit, also im Falle der im Statut formulierten *core crimes*, zu klären. Anknüpfungspunkt dafür ist regelmäßig eine „Sache“ („*case*“), die der *Verf.* zu Recht in Anlehnung an den deutschen strafprozessualen Begriff der Tat definiert. Bei der Kompetenzprüfung selbst führt ein stets zweistufiger Ansatz zur Lösung der Zulässigkeitsfrage: Auszugehen ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Strafverfahrens vor dem IStGH. Dies ist ein wichtiger, wenn auch häufig unbeachteter Aspekt. Geht man nämlich von der grundsätzlichen Zulässigkeit des internationalen Strafverfahrens aus, sind Gründe gegen sie zu suchen – und nicht umgekehrt, wie das Komplementaritätsprinzip häufig missverstanden wird. Erst auf der zweiten Stufe weist *Lafleur* die statutarisch verankerte Vermutung der Unzulässigkeit für verschiedene Fallkonstellationen nach, die im Katalog von Art. 17 IStGH-Statut normiert sind.

Konsequenterweise gilt es dann die Vermutungstatbestände des Statuts zu widerlegen, wenn sie denn einschlägig sind. Sind sie nicht einschlägig, ist das Strafverfahren vor dem IStGH im Einklang mit der Ausgangsvermutung zulässig. Mit dieser schlichten, aber stichhaltigen Erkenntnis gelingt es *Lafleur*, die Komplementarität konturenscharf abzubilden. Die vorhandenen Probleme grenzt er auf diese Weise geschickt und systematisch überzeugend auf die Voraussetzungen einer Unzulässigkeitsvermutung ein. Wahrheitskommissionen und Amnestien sollen diese Voraussetzungen nicht erfüllen, weil ihnen jeder Bezug zu einem Strafverfahren fehle. Im Übrigen aber sollen nationale Strafverfolgungsmaßnahmen eine Unzulässigkeitsvermutung begründen. Dies ist ein einleuchtendes Ergebnis, das der weiterhin vorrangigen Staatensouveränität und auch der Grundidee des IStGH als letztes (komplementäres, also ergänzendes) Mittel gegen die Nichtverfolgung schwerster internationaler Verbrechen gerecht wird. Allerdings existieren hier noch nicht ganz gefestigte Stellschrauben, auf deren Justierung es zur Abgrenzung von der Unzulässigkeitsvermutung nicht mehr genügenden nationalen Strafverfolgungsmaßnahmen ankommen kann. Jüngst stellte die *Appeals Chamber* des IStGH im Fall „*Situation in the Republic of Kenya*“ (Urt. v. 30.8.2011 – ICC-01/09-02/11 OA) klar, dass nicht schon die bloße Behauptung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens – um bei den Worten *Lafleurs* zu bleiben – den Tatbestand der Unzulässigkeitsvermutung erfüllt. In seinem zweiten Leitsatz verlangt das Gericht dafür „*evidence with a sufficient degree of specificity and probative value that demonstrates that it is indeed investigating the case*“. Dagegen soll eine bloße Bereitschaft zu entsprechenden Ermittlungshandlungen (Abschnitt 40) ebenso wenig genügen wie lediglich behauptete Ermittlungshandlungen ohne stützende Beweismittel (Abschnitt 62). Der *Verf.* konnte diese Entscheidung noch nicht berücksichtigen. Sie deutet an, dass an die Unzulässigkeitsvermutung in der Folge eines nationalen Strafverfahrens womöglich etwas strengere Anforderungen zu stellen sind.

Einzig für einen Anwendungsfall erkennt *Lafleur* Missbrauchsgefahr: wenn bald nach einem abgeschlossenen nationalen Strafverfahren ein Strafverzicht ausgesprochen wird, sei es in individueller oder genereller Form. Bereits die Erinnerung an die US-amerikanische Gnadenpraxis nach den

Nürnberger Folgeverfahren erweist, dass es sich um ein Defizit des IStGH-Statuts handelt, das praktische Relevanz erlangen kann. Der Nachweis, dass das vorgeschaltete Strafverfahren nur zum Zwecke anschließender Begnadigung durchgeführt wurde, wird, wie der *Verf.* zutreffend bemerkt, häufig nicht zu führen sein. Ganz allgemein erscheint es sachgerecht, mit *Lafleur* den Nachweis drohender Scheinverfahren auf Grundlage von genauer dargestellten Indizien zu erleichtern und so die Unzulässigkeitsvermutung für den Einzelfall doch noch zu widerlegen.

Den sauber herausgearbeiteten theoretischen Grundlagen schließt sich ein Teil zur praktischen Umsetzung der Vorgaben der Komplementarität an. Eine gefestigte Rechtsprechung dazu muss sich naturgemäß erst noch entwickeln. So hat die Darstellung *Lafleurs* ihrer Stringenz wegen eher umgekehrt das Potential, als Vorlage für zukünftige Verfahren zu dienen. Dies gilt umso mehr deshalb, weil der *Verf.* seine dogmatischen Überlegungen mit einem feinen Gespür für die Bedürfnisse der Praxis verbindet und überdies in den größeren Zusammenhang der internationalen Politik einbettet. Mit seiner durchgängig ausgewogenen Argumentation hat *Lafleur* demnach alle Chancen, die zukünftige richterliche Entfaltung der noch sehr in der Entwicklung befindlichen Rechtsmaterie zu beeinflussen. Im Anschluss an die oben zitierte Überlieferung *Politis* beendet *Lafleur* sein Werk mit dem Satz: „Ich hoffe, mit dieser Arbeit einen Beitrag zu dieser Suche geleistet zu haben.“ Es ist nicht gewagt festzustellen, dass diese Hoffnung berechtigt ist.

*Rechtsreferendar Dr. Björn Schiffbauer, Köln*