

Der Präsident und sein Gericht

Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Boris Burghardt**, Wiss. Mitarbeiterin **Julia Geneuss***

I. Einleitung

Als der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), Luí Moren Ocampo, am 14.7.2008 einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gegen den Präsidenten des Sudan, Omar Al Bashir, wegen der Verbrechen in Darfur stellte, ging ein Raunen durch die Weltgemeinschaft. Erstmals sollten sich die Strafverfolgungsbemühungen des IStGH gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt richten. Schnell waren, selbst aus höchsten Kreisen der Vereinten Nationen, kritische Stimmen zu vernehmen, die zu bedenken gaben, die Strafverfolgungsaktivitäten des IStGH würden internationale Friedensbemühungen in Darfur erschweren.

Am 4.3.2009 hat die Vorverfahrenskammer I des IStGH über den Antrag entschieden und Haftbefehl gegen Al Bashir wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit erlassen.¹ Dagegen hat sie hinreichende Verdachtsgründe für das Vorliegen von Völkermord abgelehnt. Die Kammer ist damit in einem in seiner symbolischen Bedeutung kaum zu überschätzenden Punkt von dem Antrag des Anklägers abgewichen.

Der vorliegende Beitrag fasst die Entscheidung zusammen und nimmt eine Bewertung der rechtlichen Ausführungen der Vorverfahrenskammer vor. Dabei ist es hilfreich, sich zunächst die Hintergründe des Darfur-Konflikts vor Augen zu führen und zu erläutern, wie der IStGH dazu kam, sich mit der Situation in Darfur zu befassen (dazu II.). Sodann werden die prozessualen und materiellrechtlichen Aspekte der Entscheidung analysiert (unter III.), wobei insbesondere Fragen nach der Immunität Al Bashirs (unter 1. und 4.), der Auslegung des Tatbestands der Kriegsverbrechen (2. a) aa) und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (2. a) bb) sowie nach der individuellen Verantwortlichkeit Al Bashirs (2. b) vertieft werden. Der Schwerpunkt des Beitrags liegt auf den Ausführungen zum Völkermordtatbestand (2. a) cc), insbesondere dem Erfordernis eines Kontextelements (1) und dem prozessualen Beweismaßstab bei der Zerstörungsabsicht (3). In einem abschließenden Fazit werden die wichtigsten Punkte der Entscheidung zusammengefasst und der Versuch eines Ausblicks unternommen (unter IV.).

* Dr. Boris Burghardt ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte, Julia Geneuss ist Wiss. Mitarbeiterin an der Lichtenberg-Professur für Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, beide Humboldt-Universität zu Berlin. Prof. Dr. Gerhard Werle und Prof. Dr. Florian Jeßberger danken wir für wertvolle Anregungen.

¹ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009 (Al Bashir, Pre-Trial Chamber I). Die Entscheidung ist abrufbar unter www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf, der Haftbefehl unter www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf (10.4.2009).

II. Die Vorgeschichte: Der IStGH und Darfur

1. Der Darfur-Konflikt

Darfur bezeichnet eine Region im Westen Sudans.² Die Bevölkerung Darfurs setzt sich aus einer Vielzahl verschiedener Stämme zusammen, die alle sunnitische Muslime sind.³ Anhand ihrer Lebensweise kann die Bevölkerung in zwei Gruppen unterteilt werden: Zum einen in nomadische Viehzüchter, in der Regel arabische Stämme, deren Existenz auf Einwanderungsbewegungen im 13. und Mitte des 18. Jahrhunderts zurückgehen; zum anderen in zumeist afrikanisch-stämmige, sesshafte Ackerbauern. Zu letzteren zählen auch die Stämme der Fur, Masalit und Zaghawa.

Konflikte innerhalb dieses ethnisch komplexen Gefüges gab es schon lange; gewöhnlich ging es dabei um den Zugang zu Land und Wasser. Die Konkurrenz um knappe Ressourcen verschärfte sich mit der Zeit jedoch zusehends. Es kam, bedingt durch lang anhaltende Dürreperioden, zum Rückgang von Anbauflächen, Weideland und Wasserstellen, was zu schweren Hungersnöten führte. Es folgten Wanderbewegungen in die niederschlagsreicheren Gebiete. Die nomadisch lebenden arabischen Stämme griffen zunehmend auf das Weideland der sesshaften afrikanischen Bauern zu. Diese wiederum versuchten, die Nomaden von dem fruchtbareren Land auszusperrten. Dadurch kam es zu immer gewalttätigeren Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen Gruppen, die durch traditionelle Streitschlichtungsmechanismen nicht mehr aufzulösen waren.⁴ Die Kontrahenten dieser Konflikte waren demnach zwar durchaus ethnisch zu unterscheiden, die ethnische Diversität war jedoch nicht die Ursache der Auseinandersetzungen.⁵

Erst im Laufe der Zeit wurden die Auseinandersetzungen ethnisch aufgeladen. Die wirtschaftliche und politische Marginalisierung durch die Zentralregierung führte zur ökonomischen und sozialen Unterentwicklung Darfurs.⁶ Durch Arabisierungsbemühungen der sudanesischen Regierung und politische Benachteiligung der afrikanischen Stämme wurde das

² Der Name stammt aus dem Arabischen und bedeutet „Land/Heimat/Haus der Fur“. Die Region Darfur erstreckt sich über ein Gebiet, das etwa der Größe Frankreichs entspricht, und umfasst drei der 26 sudanesischen Bundesstaaten. Vgl. *Elliesie*, Verfassung und Recht in Übersee 2007, 199 (200).

³ *El Ouazghari*, Grund zur Hoffnung? Die Afrikanische Union und der Darfur Konflikt, HSFK-Report 14/2007, S. 16.

⁴ Siehe hierzu *Strube-Edelmann*, Der Darfur-Konflikt – Genese und Verlauf, Wissenschaftliche Dienste – Deutscher Bundestag, 2006, S. 10; *Khalafalla*, Aus Politik und Zeitgeschichte 4/2005, 40 (43).

⁵ *Khalafalla*, Aus Politik und Zeitgeschichte 4/2005, 41; *Elliesie*, Verfassung und Recht in Übersee 2007, 201 f.

⁶ *El Ouazghari* (Fn. 3), S. 17.

zwischen den Gruppen bestehende Konfliktpotenzial von der Politik ausgenutzt, um eigene Interessen durchzusetzen und Macht und Einfluss zu gewinnen.⁷ In dieser Situation bildeten sich verschiedene bewaffnete Widerstandsbewegungen in Darfur, deren Mitglieder zum größten Teil den Stämmen der Fur, Masalit oder Zaghawa angehören. Als die größten und einflussreichsten dieser Rebellengruppen sind die *Sudan Liberation Army* (SLA) und das *Justice and Equality Movement* (JEM) zu nennen; doch besteht daneben eine Vielzahl von Splittergruppen. Die Rebellengruppen fordern eine gerechtere Verteilung finanzieller Ressourcen und politischer Macht, sind untereinander jedoch teilweise zerstritten und bekämpfen sich gegenseitig.

Die gegenwärtige Phase des Konflikts begann Anfang 2003 mit Angriffen der Rebellen auf El Fasher, die Hauptstadt des Bundesstaates Nord-Darfur. Bei diesen Angriffen wurden unter anderem der Flughafen und militärisches Gerät zerstört und zahlreiche Regierungssoldaten getötet.⁸ Die Zentralregierung in Khartoum antwortete ihrerseits mit massiver militärischer Gewalt. Bei der Bekämpfung der Rebellen bediente sie sich nicht nur der bewaffneten Streitkräfte, der Polizei und des Geheimdienstes, sondern auch der sogenannten *Janjaweed*-Milizen. Dabei handelt es sich um berittene und bewaffnete, gut organisierte arabische Gruppen, die sich in einer „Grauzone zwischen Banditentum und regierungsnahen Schlägertruppen“⁹ bewegen und bereits Ende der 80er Jahre zum ersten Mal in Erscheinung traten. Die Regierungsseite beschränkte sich nicht auf gezielte Aktionen gegen die Rebellen, sondern richtete ihre Angriffe vor allem gegen die Zivilbevölkerung.¹⁰ Die Angriffe liefen in der Regel nach einem einheitlichen Muster ab: Die Armee führte zunächst großflächige Bombardements aus der Luft durch. Nach den Luftangriffen rückten die *Janjaweed* an, umstellen die Dörfer, plünderten und brannten die Häuser nieder, vergewaltigten und töteten die fliehenden Dorfbewohner.¹¹

⁷ Auswärtiges Amt, Hintergrund und Entwicklung des Darfur-Konflikts bis 2007, abrufbar unter www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/RegionaleSchwerpunkte/Afrika/SudanDarfurHi-Gru.html (10.4.2009). Die politischen Ambitionen der Konfliktparteien hängen unter anderem auch mit der damit einhergehenden Kontrolle über die Erdölvorkommen und andere Bodenschätze in Darfur zusammen, vgl. *Strube-Edelmann* (Fn. 4), S. 12 f., 24.

⁸ *Beck*, Zeitschrift für Genozidforschung 2004, 52 (54); *El Ouazghari* (Fn. 3), S. 17.

⁹ *Prunier*, Darfur. Der „uneindeutige“ Genozid, 2007, S. 129. Die Milizen rekrutieren sich aus Straßenräubern, entlassenen Soldaten, Arbeitslosen. Die Regierung des Sudan bestreitet zwar eine Kooperation mit den *Janjaweed*, doch lässt sich dies in Anbetracht der zahlreichen Beweise kaum bezweifeln; vgl. *Beck*, Zeitschrift für Genozidforschung 2004, 56; *El Ouazghari* (Fn. 3), S. 18.

¹⁰ Auswärtiges Amt (Fn. 7); vgl. auch *Welzer*, Klimakriege, 2008, S. 98.

¹¹ Vgl. *Prunier* (Fn. 9), S. 132 ff.; *Beck*, Zeitschrift für Genozidforschung 2004, 56 f.

Allein bis zum Februar 2005 wurden in dieser Weise etwa 75% der Dörfer in Darfur niedergebrannt.¹² Nach Schätzungen hat der Konflikt bislang zwischen 200.000 und 500.000 Tote gefordert.¹³ Etwa 2,5 Millionen Menschen wurden zur Flucht gezwungen.¹⁴ Sie leben und sterben in behelfsmäßigen Flüchtlingslagern im Grenzgebiet zum Tschad unter katastrophalen Bedingungen.

Obleich die Intensität der Angriffe inzwischen abgenommen hat, kommt es bis heute immer wieder zu den beschriebenen Attacken auf Siedlungen und Flüchtlingslager. Auch den Rebellengruppen wird vorgeworfen, humanitäres Völkerrecht in massiver Weise zu missachten. Verschiedene Waffenstillstands- und Friedensabkommen zwischen den Rebellengruppen und der Regierung, unter anderem durch Vermittlung des Tschad und der Afrikanischen Union, wurden bis in die jüngste Vergangenheit stets innerhalb kurzer Zeit von beiden Konfliktparteien gebrochen.¹⁵

2. Die „Situation Darfur“ vor dem IStGH

Als sich die Eskalation der Gewalt und das Ausmaß der humanitären Katastrophe in Darfur immer deutlicher abzeichneten, beauftragte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen im Jahr 2004 eine unabhängige Expertenkommission mit der Untersuchung der Situation in Darfur unter völkerstrafrechtlichen Gesichtspunkten.¹⁶ In ihrem Bericht kam die Kommission zu dem Schluss, dass von der Regierung des Sudan und den *Janjaweed* Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen begangen werden. Eine Völkermordpolitik werde seitens der Regierung des Sudan jedoch nicht verfolgt. Weiter stellte die Kommission fest, dass das sudanesisches Justizsystem weder bereit noch in der Lage sei, die begangenen Verbrechen selbst zu verfolgen.¹⁷

Der Empfehlung der Expertenkommission folgend, überwies der Sicherheitsrat die „Situation Darfur“¹⁸ gemäß Kapi-

¹² *Cohen/O'Neill*, 62 Bulletin of the Atomic Scientists (2006), 51 (54), zitiert nach *El Ouazghari* (Fn. 3), S. 18.

¹³ *Welzer* (Fn. 10), S. 96.

¹⁴ Auswärtiges Amt (Fn. 7).

¹⁵ Vgl. hierzu auch *Welzer* (Fn. 10), S. 98 f.

¹⁶ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1564 vom 18.9.2004, UN Doc. S/RES/1564 (2004), abrufbar unter <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/515/47/PDF/N0451547.pdf?OpenElement> (10.4.2009).

¹⁷ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General of 25 January 2005, UN Doc. S/2005/60. Der Bericht der Kommission, die von dem ehemaligen Präsident des Jugoslawien-Strafgerichtshofs *Antonio Cassese* geleitet wurde, ist abrufbar unter www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (10.4.2009). Zu dem Bericht siehe *Fletcher/Ohlin*, 3 Journal of International Criminal Justice (2005), 539; *Kreß*, 3 Journal of International Criminal Justice (2005), 562; *Schabas*, 18 Leiden Journal of International Law (2005), 871.

¹⁸ Der Begriff der „Situation“ ist hier im prozessualen Sinne zu verstehen (vgl. Art. 13, 14 IStGH-Statut): Er umfasst den gesamten Konflikt, in dem möglicherweise Völkerrechtsverbrechen begangen werden, und steht damit in Abgrenzung

tel VII der UN-Charta durch Resolution 1593 vom 31.3.2005 an den IStGH.¹⁹ Am 6.6.2005 leitete der Ankläger des IStGH gemäß Art. 53 Abs. 1 IStGH-Statut ein förmliches Ermittlungsverfahren ein. Ende April 2007 erließ der Gerichtshof auf Antrag des Anklägers gegen den ehemaligen sudanesischen Innenminister Ahmad Harun sowie den *Janjaweed*-Führer Ali Kushayb Haftbefehl wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.²⁰ Am 14.7.2008 beantragte der Ankläger bei der Vorverfahrenskammer I gemäß Art. 58 IStGH-Statut den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir wegen des Verdachts von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Völkermord.²¹

III. Die Entscheidung der Vorverfahrenskammer

Die Vorverfahrenskammer hat dem Antrag des Anklägers auf Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir stattgegeben. Die erforderlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls hat die Kammer in drei Schritten untersucht. Zunächst prüft sie, ob der Fall grundsätzlich der Gerichtsbarkeit (jurisdiction) des IStGH unterfällt und die Ausübung der Gerichtsbarkeit zulässig (admissible) ist (siehe dazu 1.). Im zweiten Schritt wird untersucht, ob nach dem vom Ankläger präsentierten Beweismaterial begründeter Verdacht besteht, dass Al Bashir für mindestens ein der Jurisdiktion des IStGH unterfallendes Verbrechen strafrechtlich verantwortlich ist (dazu 2.). Schließlich prüft die Kammer, ob der Haftbefehl als prozessuales Instrument erforderlich ist (dazu 3.). Darüber hinaus trifft sie bestimmte Begleitverfügungen zum Haftbefehl (dazu 4.).

1. Gerichtsbarkeit und Zulässigkeit

a) Gerichtsbarkeit in örtlicher, zeitlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht

Die Begründung der Gerichtsbarkeit des IStGH in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht bereitet der Vorverfahrens-

zu einem konkreten Fall (case) im Sinne des Art. 17 IStGH-Statut, der sich bereits auf bestimmte Personen oder Taten bezieht. Siehe hierzu *Olásolo*, 20 *Leiden Journal of International Law* (2007), 193.

¹⁹ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1593 vom 31.3.2005, UN Doc. S/RES/1593 (2005), abrufbar unter <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/73/PDF/N0529273.pdf?OpenElement> (10.4.2009). Die dem IStGH als Institution zumindest skeptisch gegenüber eingestellten ständigen Sicherheitsratsmitglieder China, Russland und USA ermöglichten diesen Beschluss, indem sie sich ihrer Stimme enthielten. Zu der Resolution 1593 siehe *Condorelli/Ciampi*, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), 590.

²⁰ IStGH, Beschl. v. 27.4.2007 (Ahmad Harun and Ali Kushayb, Pre-Trial Chamber I). Die Haftbefehle sind abrufbar unter www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0205/ (10.4.2009).

²¹ Verschiedene rechtliche Gesichtspunkte des Antrags des Anklägers werden in den *Editorial Comments* von *Cayley*, *Gosnell*, *Jeßberger/Geneuss*, *Sluiter* und *Ciampi*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008), 829-897, vertieft.

kammer keine Schwierigkeiten. *Ratione loci* und *ratione temporis* ergibt sich die Gerichtsbarkeit aus Art. 13 lit. b IStGH-Statut kraft Zuweisung durch Beschluss des UN-Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta.²² Dass der Sudan kein Vertragsstaat des IStGH-Statuts ist, hindert die Gerichtsbarkeit des IStGH nicht. Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut, der bestimmt, dass der Gerichtshof grundsätzlich nur über Taten urteilt, die entweder auf dem Territorium oder von Staatsangehörigen eines Vertragsstaates begangen wurden, findet in Fällen der Überweisung einer Situation durch den Sicherheitsrat keine Anwendung.²³ In sachlicher Hinsicht betreffen die Vorwürfe des Anklägers Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord, so dass auch an der Gerichtsbarkeit des IStGH *ratione materiae* gemäß Art. 5 Abs. 1 IStGH-Statut kein Zweifel besteht.²⁴

Etwas größeren Begründungsaufwand widmet die Kammer hingegen der Gerichtsbarkeit *ratione personae*.²⁵ Hier stellt sich die Frage der Immunität Al Bashirs angesichts seiner amtlichen Eigenschaft als Staatsoberhaupt des Sudan. Zwar regelt Art. 27 IStGH-Statut, dass die amtliche Eigenschaft einer Person weder einen Ausschlussgrund für die strafrechtliche Verantwortlichkeit bildet (Abs. 1) noch prozessuale Verfolgungshindernisse begründen kann (Abs. 2). Im vorliegenden Fall war jedoch zu berücksichtigen, dass der Sudan kein Vertragsstaat zum IStGH-Statut ist. Zu prüfen war daher, ob Art. 27 IStGH-Statut dennoch Anwendung findet oder ob auf die Immunitätsregelungen des Völkerrechts zurückgegriffen werden muss. Ob auch nach diesen Regeln eine Immunität Al Bashirs ausscheidet, ist zweifelhaft.²⁶

²² Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 37 ff.

²³ Das ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut. Vgl. hierzu *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 232. Abgeleitet wird die Gerichtsbarkeit des IStGH in diesen Fällen unmittelbar vom UN-Sicherheitsrat, der nach Kapitel VII der UN Charta völkerrechtlich verbindliche Maßnahmen zur Friedenssicherung gegenüber allen Mitgliedstaaten der UN treffen kann. Auf dieser Grundlage wurden 1993 der Jugoslawien- (JStGH) und 1995 der Ruanda-Strafgerichtshof (RStGH) errichtet.

²⁴ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 39.

²⁵ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 40 ff.

²⁶ Völkerrechtlich genießt ein enger Kreis von hochrangigen Staatsbediensteten für die Dauer ihrer Amtszeit grundsätzlich Immunität *ratione personae*. Hierunter fallen Staats- und Regierungschefs, Diplomaten und nach dem Urteil des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im Haftbefehlsfall auch Außenminister. Nach Auffassung des IGH gilt dies selbst im Fall des Verdachts eines Völkerrechtsverbrechens. Siehe IGH, Urt. v. 14.2.2002 (Arrest Warrant of 11 April 2000 [Democratic Republic of the Congo v. Belgium]). Zum Ganzen ausführlich *Kreicker*, *Völkerrechtliche Exemtionen*, 2007; *ders.*, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 2008, S. 157; *Kreß*, GA 2003, 25; *Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 26 Rn. 41. Umstritten ist jedoch, ob der persönliche Immunitätsschutz völkergewohnheitsrechtlich nur vor staatlichen oder auch vor internationalen Gerichten gilt.

Die Vorverfahrenskammer ist der Ansicht, die Funktion Al Bashirs als amtierender Präsident des Sudan schließe die Kompetenz des IStGH *ratione personae* nicht aus. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen folgende Überlegung geltend: Mit der Übertragung der Darfur-Situation durch den UN-Sicherheitsrat sei das gesamte Regelungsinstrumentarium des IStGH anwendbar geworden. Aus dem IStGH-Statut ergebe sich aber die Unbeachtlichkeit der amtlichen Eigenschaft als Staatsoberhaupt und der Ausschluss sämtlicher Immunitätsregeln. Dabei bezieht sich die Kammer neben Art. 27 IStGH-Statut auch auf die Präambel, nach der übergeordnetes Ziel des Gerichtshofs ist, Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechern zu vermeiden.²⁷ Angesichts dieser klaren Grundentscheidung des Statuts zur Frage der Immunität komme auch ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht in Betracht, da es an der für einen solchen Rückgriff gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. a und b IStGH-Statut erforderlichen Regelungslücke fehle. Diese Argumentation vermag freilich nur dann zu überzeugen, wenn man zwei implizite Annahmen der Vorverfahrenskammer teilt: Erstens, dass der UN-Sicherheitsrat auf der Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta rechtsschöpferisch tätig werden kann. Nur dann lässt sich begründen, warum mit der Übertragung der Situation Darfur auf den IStGH die Vorschriften des IStGH-Statuts ungeachtet ihrer Geltung als Völkergewohnheitsrecht anwendbar sein sollen. Und zweitens muss die Prämisse überzeugen, dass in der Übertragung einer Situation an den IStGH tatsächlich die Erklärung zu sehen ist, jede Einzelregel des IStGH-Statuts solle anwendbar sein.²⁸

b) Zulässigkeit (*admissibility*)

Grundsätzlich umfasst die Zulässigkeitsprüfung nach Art. 17 IStGH-Statut Fragen des Vorrangs nationaler Strafverfahren (Komplementaritätsprinzip) und der Erheblichkeit (*gravity*) der Sache.²⁹ Ob der Grundsatz der Komplementarität auch dann Anwendung findet, wenn der IStGH aufgrund der Übertragung einer Situation zur Untersuchung durch Beschluss des Sicherheitsrats tätig wird, wird nicht einheitlich beur-

Für den völkergewohnheitsrechtlichen Ausschluss des Immunitätsschutzes *ratione personae* vor internationalen Gerichten *Werle* (Fn. 23), Rn. 616; *Kreicker*, Exemtionen, a.a.O., S. 759 ff.; *Steinberger-Frauenhofer*, Internationaler Strafgerichtshof und Drittstaaten, 2008, S. 202 ff. In diese Richtung weist auch ein *obiter dictum* des IGH im Haftbefehlsfall: Eine Strafverfolgung amtierender Amtsträger vor einem zuständigen internationalen Strafgerichtshof käme durchaus in Betracht; dabei nimmt der IGH u.a. ausdrücklich auf Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut Bezug; IGH, a.a.O., para. 61; siehe auch *Kreß*, a.a.O., 37 ff. Zur Immunität *ratione personae* gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit siehe unten III. 4.

²⁷ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 42 ff.

²⁸ Dass diese Prämissen nicht selbstverständlich sind, zeigen beispielhaft *Bock/Preis*, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 2007, S. 148.

²⁹ Zur Zulässigkeitsprüfung vgl. *Cárdenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2005.

teilt.³⁰ Die Kammer stellt insoweit fest, dass eine Prüfung der Zulässigkeit gemäß Art. 19 Abs. 1, 2 IStGH-Statut in ihrem Ermessen liege. Im vorliegenden Fall verzichtet sie vorerst auf eine genaue Prüfung, da zum einen der Antrag des Anklägers auf Erlass des Haftbefehls *ex parte* und vertraulich eingereicht wurde und zum anderen keine Tatsachen vorlägen, die der Kammer Anlass geben, an der Zulässigkeit zu zweifeln. Insbesondere seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass im Sudan ein Verfahren gegen Al Bashir für die hier in Frage stehenden Taten durchgeführt werde oder die Taten unter der in Art. 17 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut aufgestellten Erheblichkeitsschwelle zurück blieben.³¹

2. Bestehen eines begründeten Verdachts gegen Al Bashir

Der Erlass eines Haftbefehls kommt nach Art. 58 Abs. 1 IStGH-Statut nur dann in Betracht, wenn nach Auffassung der Vorverfahrenskammer angesichts des vom Ankläger vorgetragenen Beweismaterials der „begründete Verdacht“ (*reasonable grounds to believe*) besteht, dass die betreffende Person die ihr vorgeworfenen Verbrechen begangen hat. Entsprechend der bei den *ad hoc*-Strafgerichtshöfen wie dem IStGH üblichen Systematisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen³² erfolgt die Untersuchung in zwei Hauptschritten: Im ersten Schritt prüft die Vorverfahrenskammer, ob begründeter Verdacht besteht, dass überhaupt Völkerrechtsverbrechen gemäß Art. 5 IStGH-Statut in Darfur begangen wurden (hierzu a).³³ Dabei fragt die Kammer zunächst jeweils nach dem sogenannten Kontextelement, also dem Kontext organisierter Gewalt, welcher der Einzeltat ihr spezifisches völkerstrafrechtliches Gepräge gibt,³⁴ sodann nach dem Einzelverbrechen. Im zweiten Schritt untersucht die Kammer, ob begründeter Verdacht besteht, dass Al Bashir für ein solches Verbrechen strafrechtlich verantwortlich ist (dazu unter b).³⁵

a) Völkerrechtsverbrechen in Darfur

Die Vorverfahrenskammer gelangt zu dem Ergebnis, dass begründeter Verdacht hinsichtlich der Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliege. Dagegen verneint sie ausreichende Verdachtsgründe für Völkermord.

³⁰ Nach *Werle* (Fn. 23), Rn. 245, finden die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 17 in diesem Fall keine Anwendung; a.A. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 10; *Meißner*, Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, 2003, S. 104 ff.; *Kleffner*, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008, S. 165 m.w.N.

³¹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 46 ff.

³² Siehe dazu näher *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, S. 265 ff. Vgl. auch *Zahar/Sluiters*, International Criminal Law, 2008, S. 220.

³³ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 52 ff.

³⁴ Siehe dazu *Werle* (Fn. 23), Rn. 332.

³⁵ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 209 ff.

aa) *Kriegsverbrechen*

Die Kammer stellt fest, dass begründeter Verdacht hinsichtlich der Begehung von Kriegsverbrechen in Darfur vorliege. Jedenfalls zwischen März 2003 und Juli 2008 habe ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt zwischen der sudanesischen Regierung in Khartum und ihren Streitkräften, einschließlich der *Janjaweed*-Milizen, auf der einen Seite und den Rebellen, insbesondere der *SLA* und der *JEM*, auf der anderen Seite bestanden.³⁶

Nach Art. 8 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut ist der nicht-internationale bewaffnete Konflikt insbesondere von inneren Unruhen und Spannungen (internal disturbances and tensions) abzugrenzen. Die Kriegsverbrechenstatbestände finden daher nur auf solche bewaffneten Auseinandersetzungen Anwendung, die „lang anhaltend“ (protracted) sind. Was „lang anhaltend“ meint, hat dieselbe Kammer bereits in ihrer Entscheidung zur Bestätigung der Anklage (confirmation of charges) gemäß Art. 61 IStGH-Statut im Verfahren gegen Thomas Lubanga Dyilo näher bestimmt. Danach bezeichnet „lang anhaltend“ nicht nur eine zeitliche Ausdehnung der Auseinandersetzung, sondern auch einen bestimmten Grad an Intensität der Gewaltanwendung.³⁷ Die Kammer hat angesichts der umfangreichen Militäroperationen der beiden Konfliktparteien keinen Zweifel daran, dass die Ereignisse einen entsprechenden „lang anhaltenden“ Charakter aufweisen.³⁸

Es bestehe überdies der begründete Verdacht, dass im Rahmen dieses Konfliktes Kriegsverbrechen begangen wurden, nämlich das Kriegsverbrechen des vorsätzlichen Angriffs auf die Zivilbevölkerung als solche oder auf einzelne Zivilpersonen, die an den Feindseligkeiten nicht unmittelbar teilnehmen (Art. 8 Abs. 2 lit. e, i IStGH-Statut) und das Kriegsverbrechen der Plünderung (Art. 8 Abs. 2 lit. e, v IStGH-Statut).³⁹ In diesem Zusammenhang spricht die Kammer von hunderten von Angriffen der Regierungskräfte auf die Zivilbevölkerung der Fur, Masalit und Zaghawa und nennt beispielhaft eine Reihe von Angriffen auf bestimmte Siedlungen, Dörfer und Städte.⁴⁰

bb) *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*

Die Kammer bejaht darüber hinaus das Vorliegen begründeten Verdachts hinsichtlich verschiedener Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäß Art. 7 IStGH-Statut. Seitens der Regierungstruppen habe es in Darfur einen ausgedehnten und systematischen Angriff auf die Zivilbevölkerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 IStGH-Statut gegeben. Dörfer und Städte insbesondere der Fur, Masalit und Zaghawa seien über fünf Jahre immer wieder nach demselben Muster angegriffen worden. Es bestehe der begründete Verdacht, dass es im Rahmen dieser Angriffe zu vorsätzlichen Tötungen (Art. 7

Abs. 1 lit. a IStGH-Statut), Ausrottung (Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut), zwangsweiser Überführung der Bevölkerung (Art. 7 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut), Folter (Art. 7 Abs. 1 lit. f IStGH-Statut) und Vergewaltigungen (Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut) gekommen sei.⁴¹

Eine Konkretisierung dieser Tatbestände erfolgt nur für die Ausrottung und die vorsätzliche Tötung. Während sich die nähere Bestimmung des Ausrottungstatbestands in den Pfaden der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale bewegt,⁴² findet sich bei der Prüfung vorsätzlicher Tötungen ein interessanter Gedanke. Diesbezüglich stellt die Vorverfahrenskammer klar, dass im vorliegenden Fall nur solche vorsätzlichen Tötungen den Verbrechenstatbestand gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut erfüllen, die nach den Regeln des humanitären Völkerrechts verboten sind.⁴³ Damit schneidet sie – wenngleich lediglich beiläufig – eine komplexe und bislang wenig behandelte Rechtsfrage an, die das Verhältnis der völkerrechtlichen Verbrechenstatbestände zueinander bzw. ihre Beeinflussung durch die Regeln des humanitären Völkerrechts betrifft. Zwar zwingt das Recht der bewaffneten Konflikte grundsätzlich zu der Unterscheidung militärischer und nichtmilitärischer Ziele (principle of distinction) und untersagt prinzipiell Angriffe gegen Zivilisten und zivile Objekte. Es gibt es jedoch Ausnahmen. Nicht jede vorsätzliche Tötung eines Zivilisten ist nach den Regeln des humanitären Völkerrechts verboten.⁴⁴ Andererseits können Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach allgemeiner Auffassung auch (und gerade) im Rahmen bewaffneter Konflikte begangen werden.⁴⁵

Wird eine Ausstrahlungswirkung des humanitären Völkerrechts auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit verneint, stellt sich daher das Problem, dass die Tötung einer Person nach dem Recht der bewaffneten Konflikte zulässig sein kann, während sie als Verbrechen gegen die Menschlichkeit als strafbares Verhalten bewertet werden würde.⁴⁶ In

⁴¹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 109.

⁴² Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 96 ff. Zur Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe siehe zuletzt zusammenfassend RStGH, Urt. v. 12.3.2008 (Seromba, Appeals Chamber), para. 189; RStGH, Urt. v. 18.12.2008 (Bagosora u.a., Trial Chamber), paras. 2191 ff.

⁴³ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 92.

⁴⁴ Zum principle of distinction als Grundsatz im Recht der bewaffneten Konflikte sowie zu Situationen, in denen die vorsätzliche Tötung oder Verletzung von Zivilisten nicht gegen das Recht der bewaffneten Konflikte verstößt, siehe ausführlich *Olásolo*, *Unlawful Attacks in Combat Situations. From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*, 2008, S. 13 ff.

⁴⁵ Vgl. nur Art. 6 lit. c IMG-Statut, Art. 5 lit. c IMGFO-Statut und Art. 5 JStGH-Statut, die jeweils noch verlangen, das Verbrechen gegen die Menschlichkeit müsse im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt verübt werden. Zu dieser inzwischen auch als Jurisdiktionserfordernis überwundenen Voraussetzungen siehe *Werle* (Fn. 23), Rn. 744 ff.

⁴⁶ Parallele Probleme sind auch im Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und dem Völkermordtatbestand denkbar. Vgl. dazu *Krefß*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener*

³⁶ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 70.

³⁷ Vgl. IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial I), paras. 234, 235, im Anschluss an JStGH, Beschl. v. 2.10.1995 (Tadic, Appeals Chamber), para. 70.

³⁸ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 60 ff.

³⁹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 78.

⁴⁰ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 72 ff.

der Konsequenz liefe dies auf eine zusätzliche Limitierung der völkerrechtlich zulässigen Kampfhandlungen hinaus. Es entstünde eine zweite, versteckte Spur des humanitären Völkerrechts, ein Ergebnis, das den Zweck eines *ius in bello* konterkariert und daher nicht überzeugen kann. Sofern ein Verhalten oder die Herbeiführung eines Erfolges im Rahmen eines bewaffneten Konflikts nach den Regeln des humanitären Völkerrechts erlaubt ist, scheidet auch eine Strafbarkeit wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus. Dies kann sowohl im Wege einer teleologischen Reduktion des Verbrechenstatbestands als auch unter Heranziehung eines unbewachten Strafausschlussgrunds (ground for excluding criminal responsibility) gemäß Art. 31 Abs. 3 IStGH-Statut erreicht werden.⁴⁷ Der um eine Harmonisierung der Regeln des humanitären Völkerrechts und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit bemühte Standpunkt der Kammer ist also durchaus begrüßenswert. Zweifelhaft bleibt allerdings, ob sie zum jetzigen Verfahrensstand Stellung zu dieser grundsätzlichen Rechtsfrage beziehen musste.⁴⁸

cc) Völkermord

Die bei weitem ausführlichsten Ausführungen betreffen den begründeten Verdacht für das Vorliegen von Völkermord in Darfur. Im Ergebnis hat die Vorverfahrenskammer einen solchen Verdacht in einer Mehrheitsentscheidung verneint. Nach Ansicht der aus der Vorsitzenden Richterin *Kuenyehia* und der Richterin *Steiner* bestehenden Mehrheit der Kammer fehlt es an tragfähigen Hinweisen auf die für das Verbrechen des Völkermords kennzeichnende Zerstörungsabsicht (intent to destroy).⁴⁹ Zu einem anderen Ergebnis gelangt dagegen die Richterin *Usacka* in einem abweichenden Sondervotum.⁵⁰

(1) Kontextelement des Völkermords

Die Vorverfahrenskammer unternimmt zunächst einige grundsätzliche Rechtsausführungen zum Kontextelement des Völkermordtatbestands.⁵¹ Das ist bemerkenswert, weil es sich nicht um entscheidungstragende Überlegungen handelt. Die Kammer verzichtet insoweit sogar gänzlich auf eine fallbezogene Subsumtion. Noch überraschender sind diese Ausführungen,

weil sie einen strafrechtsdogmatischen Paukenschlag beinhalten, mit dem der IStGH mit der bisherigen Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale zum Völkermord bricht.

(a) Problemaufriss

Erforderlich ist nach Ansicht der Kammer, dass das von der Zerstörungsabsicht getragene Verhalten für den Fortbestand der angegriffenen Gruppe eine konkrete Bedrohung (a concrete threat) darstellt.⁵² Der Bestimmung des Völkermords in Art. 6 IStGH-Statut ist ein solches Merkmal nicht zu entnehmen. Danach ist stets nur das Begehen einer in Art. 6 lit. a-e IStGH-Statut genannten Einzeltat mit der für den Völkermord charakteristischen Zerstörungsabsicht erforderlich. Ein Kontextelement wie der systematische oder ausgedehnte Angriff auf eine Zivilbevölkerung bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder der bewaffnete Konflikt bei den Kriegsverbrechen findet sich nicht. Das gilt auch für die weitgehend wortgleichen Bestimmungen des Völkermords in Art. II der Völkermord-Konvention von 1948, in Art. 4 Abs. 2 JStGH-Statut und Art. 2 Abs. 2 RStGH-Statut.⁵³ Dementsprechend haben sowohl der JStGH als auch der RStGH festgestellt, dass es nicht eines die Tat des Einzelnen umfassenden Völkermordgeschehens, eines kollektiven genozidalen Handlungszusammenhangs oder einer genozidalen Politik bedürfe. Es komme auch nicht darauf an, ob das Einzelverbrechen tatsächlich zur Zerstörung der geschützten Gruppe oder eines Teils der Gruppe führe.⁵⁴

Allerdings sehen die Verbrechenstelemente (Elements of Crimes) zu Art. 6 IStGH-Statut, anders als das IStGH-Statut selbst, ein solches Kontextelement vor. Dort heißt es: „The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.“⁵⁵

Wie mit diesem Befund umzugehen ist, ist seit der Staatenkonferenz in Rom umstritten. Möglich ist es, Art. 6 IStGH-Statut im Licht der gefestigten Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale zu lesen und die Verbrechenstelemente als dem IStGH-Statut widersprechend gemäß Art. 9 Abs. 3 IStGH-

Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2 (im Erscheinen 2009), § 6 VStGB Rn. 92 f.

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso *Akhavan*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008), 21; *Cryer/Friman/Robinson/Wilms-hurst*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2007, S. 193 f.; *Fenrick*, *Crimes in Combat: The Relationship Between Crimes Against Humanity and War Crimes*, S. 11 ff., abrufbar unter www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E7C759C8-C5A4-4AD3-8AB5-EF6ED68AC1D4/0/Fenrick.pdf (10.4.2009). Ähnlich auch *Special Court for Sierra Leone*, Urt. v. 28.5.2008 (*Fofana and Kondewa*, Appeals Chamber), paras. 250 ff.

⁴⁸ Siehe dazu unter III. 2. a) cc) (1) (c) (cc).

⁴⁹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 205, 206.

⁵⁰ Vgl. Abweichendes Sondervotum Richterin *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 84 ff.

⁵¹ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 117 ff.

⁵² Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 124.

⁵³ Dem entsprechend fehlt ein solches Kontextelement auch in der eng an der völkerrechtlichen „Mutternorm“ orientierten § 6 VStGB.

⁵⁴ Vgl. JStGH, Urt. v. 5.7.2001 (*Jelusic*, Appeals Chamber), para. 48; JStGH, Urt. v. 19.4.2004 (*Krstic*, Appeals Chamber), paras. 223 ff.; RStGH, Urt. v. 20.5.2005 (*Semanza*, Appeals Chamber), para. 260; RStGH, Urt. v. 27.11.2007 (*Simba*, Appeals Chamber), para. 260. Allerdings haben die *ad hoc*-Strafgerichtshöfe zugleich stets betont, dass es kaum denkbar sei, individuelle Zerstörungsabsicht nachzuweisen, wenn der Täter in seinem Handeln nicht in einem genozidalen Kontext stehe; vgl. nur JStGH, Urt. v. 5.7.2001 (*Jelusic*, Appeals Chamber), para. 48.

⁵⁵ Vgl. Verbrechenstelemente zu Art. 6 lit. a IStGH-Statut, Nummer 4; Art. 6 lit. c, d, Nummer 5, Art. 6 lit. e, Nummer 7.

Statut zu übergehen.⁵⁶ Möglich ist es aber auch, das Kontextelement unter Berücksichtigung teleologischer Überlegungen bereits der Verbrechendefinition zu entnehmen. Bei dieser Lesart sprechen die Verbrechenselemente lediglich ausdrücklich aus, was bereits Art. 6 IStGH-Statut – wie auch alle anderen völkerrechtlichen Regelungen des Völkermords zuvor – bei richtiger Auslegung enthält.⁵⁷ Eine vermittelnde Lösung erkennt in der Regelung der Verbrechenselemente zwar einen Widerspruch zu Art. 6 IStGH-Statut, will diese aber als mittelbaren Ausdruck des Willens der Vertragsstaaten nicht außer Acht lassen. Das Kontextelement wird daher nicht als Merkmal des Verbrechenstatbestands verstanden, sondern als ein die Jurisdiktion des IStGH beschränkendes Kriterium, als eine spezifische Ausformung der in Art. 17 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut vorgesehenen Erheblichkeitsschwelle (gravity threshold).⁵⁸

(b) Die Lösung der Vorverfahrenskammer

Die Kammer schlägt sich auf die Seite derjenigen, die das Kontextelement als ein Merkmal des Völkermordtatbestands berücksichtigt wissen wollen. Allerdings übernimmt sie nicht das Kontextelement in der Fassung der Verbrechenselemente, sondern formuliert, ohne dies näher zu erläutern, neu: Das Verbrechen des (vollendeten) Völkermords liege nur dann vor, wenn das untersuchte Verhalten eine konkrete Bedrohung für den Fortbestand der angegriffenen Gruppe oder eines Teiles dieser Gruppe darstelle (the crime of genocide is only completed when the relevant conduct presents a concrete threat to the existence of the targeted group, or part thereof).⁵⁹ Ihre Begründung besteht aus mehreren methodischen Überlegungen.

Zunächst wischt die Kammer die entgegenstehende Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale als für sie unbeachtlich beiseite. Der IStGH sei gem. Art. 21 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut primär stets an sein Statut, die Verbrechenselemente und seine Beweis- und Verfahrensregeln gebunden. Andere, in Art. 21 Abs. 1 lit. b und c genannte Rechtsquellen, seien nur dann relevant, wenn Statut, Verbrechenselemente und Verfahrens- und Beweisregeln eine Lücke (lacuna) erkennen ließen, die sich auch mit den in Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention geregelten Mitteln der Auslegung nicht schließen lässt.⁶⁰ Dass für die Rechtsprechung der *ad*

hoc-Tribunale unter diesen Voraussetzungen kein Platz bleibt, kann nicht überraschen.

Sodann erklärt die Kammer, die Verbrechenselemente seien solange zu beachten, wie sie nicht in einem unauflösliehen Widerspruch (irreconcilable contradiction) zum IStGH-Statut stünden. Ein solcher Widerspruch liege aber hinsichtlich des in den Verbrechenselementen zum Völkermord vorgesehenen Kontextelementes nicht vor.⁶¹ Vielmehr – und damit führt die Vorverfahrenskammer ihre dritte methodische Überlegung ein – entspreche das Erfordernis eines Kontextelementes für den Völkermord dem in Art. 22 IStGH-Statut geregelten Grundsatz *nullum crimen sine lege*, insbesondere dessen Konkretisierung in Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut.⁶² Danach ist nicht nur die enge Auslegung der Statutsvorschriften geboten. Vielmehr sieht Satz 2 der Vorschrift eine Auslegung der Verbrechenstatbestände im Zweifelsfall zugunsten des Angeklagten vor, erstreckt also den Grundsatz *in dubio pro reo* – für den deutschen Strafrichter befremdlich – auch auf Rechtsfragen.⁶³ Die Kammer meint, jede andere Auslegung als die von ihr gewählte laufe diesen Grundsätzen zuwider und führe daher zu einer spürbaren Schwächung des *nullum crimen sine lege*-Prinzips (the safeguards provided for by the article 22 *nullum crimen sine lege* principle would be significantly eroded).⁶⁴

(c) Stellungnahme

Eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Vorverfahrenskammer zwingt zur Differenzierung zwischen der Entscheidung in der Sache und der gelieferten Begründung. Die Begründung ist abzulehnen. In der Sache lassen sich hingegen Gründe finden, ein Kontextelement in der von der Kammer geforderten Form für das Vorliegen von Völkermord vorauszusetzen. Schließlich ist zu fragen, ob es angemessen ist, dass die Vorverfahrenskammer in der gegebenen Verfahrenssituation eine derart grundsätzliche Rechtsfrage behandelt.

(aa) Die Begründung der Vorverfahrenskammer

Die Begründung der Kammer verdient Kritik. Sie lässt inhaltliche Überlegungen zum Unrecht des Völkermords vermissen und beschränkt sich stattdessen auf zweifelhafte methodische Erwägungen. Nach diesen ist ein Rückgriff auf Rechtsquellen außerhalb des Statuts, der Verbrechenselemente und der Verfahrens- und Beweisregeln im Grunde stets ausgeschlossen. Denn eine Lücke, die sich, wie es die Kammer fordert, selbst unter Heranziehung der gängigen Auslegungsmethoden nicht schließen lässt, findet nur, wer sie finden will. Die Aussage der Vorverfahrenskammer bedeutet im Kern nicht mehr,

⁵⁶ So z.B. *Ambos* (Fn. 30), § 7 Rn. 145; *Lüders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, 2004, S. 163 f.

⁵⁷ In diesem Sinne z.B. *Kreß*, 18 *European Journal of International Law* (2007), 619 (621 ff.); *Triffterer*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1415 ff. (1442), allerdings mit unterschiedlicher dogmatischer Einordnung des Kontextelementes. Ähnlich auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.1997 (Jorgic).

⁵⁸ So beispielsweise *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst* (Fn. 47), S. 169, 177 f.; *Werle* (Fn. 23), Rn. 705. Ähnlich *Mettraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, S. 204.

⁵⁹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 124.

⁶⁰ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 126.

⁶¹ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 128 ff.

⁶² Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 133.

⁶³ Siehe zu Art. 22 IStGH-Statut *Broomhall*, article 22, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008. Zu dem prozesualen *in dubio pro reo*-Grundsatz siehe unter III. 2. a) cc) (3) (b).

⁶⁴ Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 131.

als dass ihre Bereitschaft, in der Frage des Kontextelements beim Völkermord eine solche Lücke ausfindig zu machen, sehr gering ist.

Durch die Rechtsquellenlehre des Art. 21 IStGH-Statut ist dieses Ergebnis viel weniger determiniert, als die Kammer glauben machen möchte. Denn nach Art. 21 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut sind Grundsätze und Regeln des Völkerrechts, als deren Ausdruck die Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale mittelbar zu verstehen sind, „an zweiter Stelle, soweit angebracht“ (in the second place, where appropriate) zu berücksichtigen. Diese Formel lässt sich mit guten Gründen offener deuten, als die Vorverfahrenskammer meint.⁶⁵ Ein solcher Grund ist vor allem die Einheitlichkeit des Völkerstrafrechts. Es ist zwar möglich, das IStGH-Statut als ein selbständiges, geschlossenes Regelsystem des Völkerstrafrechts zu verstehen. Wünschenswert ist es aber nicht. Kurzfristig mag eine solche Emanzipation des IStGH insbesondere von der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale heilsam erscheinen, weil subjektiv empfundene Fehlentwicklungen in der Rechtsfortbildung so auf bequeme Weise korrigiert werden können. Mittel- und langfristig führt dieser Weg aber zu einer Fragmentierung in ein Völkerstrafrecht des IStGH und seiner Vertragsstaaten und ein Völkerstrafrecht jenseits dieser Institution.

Eine solche Fragmentierung schadet aber auf lange Sicht nicht nur der Akzeptanz des IStGH, sondern gefährdet die Grundidee des Völkerstrafrechts selbst. Die Überzeugungskraft des Völkerstrafrechts schöpft sich nämlich in wesentlichem Maß aus seiner universellen wertrationalen Evidenz.⁶⁶ Eine Fragmentierung der Rechtsmaterie zerbricht diese Evidenz und rührt daher an ihren Legitimationsgrundlagen. Das gilt jedenfalls, soweit es um die Verbrechenstatbestände geht, also um die Frage, ob ein Verhalten völkerstrafrechtlich kriminalisiert ist oder nicht.

⁶⁵ Für eine offenere Deutung auch *McAuliffe deGuzman*, article 21, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 9 f.; *Pellet*, in: Cassese u.a. (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, S. 1051 (1067 ff.); *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. Aufl. 2007, S. 195 f.; *Werle* (Fn. 23), Rn. 179. Enger dagegen *Jesse*, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, 2009, S. 110 ff.

⁶⁶ Besonders anschaulich z.B. *Tallgren*, 13 *European Journal of International Law* (2002), 561. Mit der „wertrationalen Evidenz“ ist freilich nicht gemeint, dass das Völkerstrafrecht etwa der Frage nach seiner Legitimation enthoben sei. Im Gegenteil, diese Evidenz hat zu inzwischen vielfach kritisierten Begründungsdefiziten des Völkerstrafrechts geführt, vgl. nur *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 14 ff.; *Pawlik*, *ZIS* 2006, 274; *Tallgren*, a.a.O., 561 ff. Dieses Begründungsdefizit bedeutet aber nicht, dass das Völkerstrafrecht auf seine unmittelbare, sozusagen unkritische Evidenz verzichten könnte. Im Gegenteil: Die Kriterien zur Überprüfung der Legitimität des Völkerstrafrechts, seien sie nun beispielsweise dem internationalen Recht der Menschenrechte oder der Kantischen Rechtslehre entnommen, bedürfen ihrerseits dieser apriorischen Überzeugungskraft.

Wem es mit dem Völkerstrafrecht ernst ist, dem kann die von der Vorverfahrenskammer so schneidig beschworene Beschränkung des Blicks also kaum behagen. Vorzugswürdig ist vielmehr eine Konkretisierung der Statutsvorschriften, die stets im Dialog mit dem überkommenen Völkerstrafrecht, insbesondere mit der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale, erfolgt.⁶⁷ In diesem Dialog ersetzt dann weder ein vermeintlich eindeutiger Wortlaut des Statuts oder der Verbrechen-elemente noch eine ständige Rechtsprechung die inhaltliche Argumentation. Wünschenswert wäre daher gewesen, dass die Vorverfahrenskammer die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung in der Sache gesucht und begründet hätte, warum diese Rechtsprechung inhaltlich nicht zutreffend ist.

Die weiteren methodischen Argumente der Kammer wirken beliebig. Dass die Verbrechen-elemente solange verbindlich sein sollen, wie sie nicht in einem unauflösbaren Widerspruch (irreconcilable contradiction) zum IStGH-Statut stehen, lässt sich Art. 9 IStGH-Statut keineswegs entnehmen.⁶⁸ Woraus sich diese Aufwertung der Verbrechen-elemente ergeben soll, erläutert die Kammer nicht.⁶⁹ Mehr noch: Sie selbst hält sich nicht an den zuvor aufgestellten Grundsatz, sondern formuliert das Kontextelement in inhaltlicher Abweichung von den Verbrechen-elementen neu.

Allenfalls geringe Überzeugungskraft besitzt zudem der Verweis auf das Gebot der engen Auslegung und einer Auslegung in Zweifelsfällen zugunsten des Beschuldigten, Angeklagten oder Verurteilten gemäß Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut. Einmal abgesehen von der rechtstheoretisch intrikaten Frage, wann eine Begriffsbestimmung zweifelhaft ist (oder vielmehr: wann nicht), bleibt festzustellen, dass der IStGH – und zwar nicht zuletzt in Gestalt der entscheidenden Vorverfahrenskammer selbst – in seiner noch jungen Geschichte bereits mehrfach eine Interpretation gewählt hat, die sich unter diesen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen lässt.⁷⁰ Die Berufung

⁶⁷ Ähnlich auch *Werle* (Fn. 23), Rn. 173.

⁶⁸ Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut spricht davon, dass die Verbrechen-elemente dem Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung der Verbrechenstatbestände „helfen“ sollen (shall assist). Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut verlangt, dass die Verbrechen-elemente mit dem Statut vereinbar sind (shall be consistent). Ein weniger enges Verständnis teilen daher z.B. auch *Jesse* (Fn. 65), S. 161 ff.; *Koch*, *ZIS* 2007, 150; *Pellet* (Fn. 65), S. 1077 f.; *Werle* (Fn. 23), Rn. 173.

⁶⁹ Folgerichtig lehnt die Richterin *Usacka* den von der Kammermehrheit gewählten Maßstab des unauflösbaren Widerspruchs (irreconcilable contradiction) ab, vgl. Abweichendes Sondervotum Richterin *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 17.

⁷⁰ Exemplarisch kann hier die Auslegung des in seiner Formulierung nach allgemeiner Ansicht missglückten Art. 30 IStGH-Statut genannt werden, der die Standardanforderungen der subjektiven Tatseite für alle Verbrechenstatbestände regelt. Obwohl der Wortlaut dieser Vorschrift, die als Musterbeispiel einer nach ihrer Bedeutung zweifelhaften Bestimmung gelten kann, eher dafür spricht, *dolus eventualis* im Hinblick auf die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs nicht ausreichen zu lassen, hat dieselbe Vorverfahrenskammer

auf Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut erscheint daher recht bemüht. Wie bei den Ausführungen zur Bedeutung der Verbrechenselemente fehlt der Glaube, dass der IStGH die hier aufgestellten Maßstäbe in künftigen Fällen ähnlich ernst nehmen wird.

(bb) Die Entscheidung in der Sache

Dagegen lassen sich bei einer sachbezogenen Betrachtung durchaus Gründe für die Position der Vorverfahrenskammer finden. Unbestritten ist, dass zwischen der Phänomenologie des Völkermords und seiner völkerstrafrechtlichen Umschreibung eine Divergenz besteht. Der völkerstrafrechtliche Tatbestand erweckt den Anschein, als sei das Kennzeichen des Verbrechens eine Absicht von Einzelpersonen. Die kollektive, makrokriminelle Dimension, die allen bislang als Völkermord bewerteten Geschehnissen in phänomenologischer Hinsicht eignet, wird damit auf der Ebene der Verbrechenstypologie invisibilisiert.⁷¹

Diese Divergenz lässt sich freilich im Hinblick auf das spezifisch völkerstrafrechtliche Unrecht des Völkermords erklären und rechtfertigen. Die für den Völkermord charakteristische Weltfriedensstörung liegt nämlich in der Bedrohung des Fortbestands einer (tatbestandlich näher bestimmten) geschützten Gruppe.⁷² Die Einbindung in einen kollektiven Begehungszusammenhang verbürgt dieses Bedrohungspotential zwar regelmäßig, und alle historischen Beispiele von Völkermord weisen einen solchen Begehungszusammenhang auf. Vorstellbar ist aber, dass in besonderen Fallkonstellationen das Handeln einzelner oder einiger weniger Personen den Fortbestand einer Gruppe gefährdet, entweder, weil die angegriffene Gruppe zahlenmäßig sehr klein ist, oder aber, weil die Täter Waffen mit einer entsprechend großen Zerstörungswirkung einsetzen.⁷³ Nicht die Kollektivität der Begehungsweise, sondern die Bedrohung des Fortbestands der

geschützten Gruppe kennzeichnet den Völkermord als Völkerrechtsverbrechen.

Es lässt sich also zunächst festhalten, dass der Verzicht auf einen kollektiven Aktionszusammenhang als Tatbestandsvoraussetzung in Art. 6 IStGH-Statut im Hinblick auf die spezifisch völkerrechtliche Dimension des Völkermords nicht zu beanstanden ist. Soweit die Verbrechenselemente einen solchen Begehungszusammenhang erfordern, stellen sie eine Ergänzung des Tatbestandes dar, die im Hinblick auf das spezifisch völkerrechtliche Unrecht des Völkermords nicht überzeugt.

Etwas anderes gilt für ein Kontextelement in der von der Vorverfahrenskammer geforderten Form. Wenn diese eine „konkrete Bedrohung“ des Fortbestands der angegriffenen Gruppe voraussetzt und damit solche Fälle ausschließt, in denen dem Täter jede realistische Chance fehlt, sein Ziel zu erreichen, knüpft sie unmittelbar an das charakteristische Unrecht des Völkermords an. Tatsächlich lässt sich fragen, ob eine Weltfriedensstörung konstatiert werden kann, wenn eine reale Bedrohung des Fortbestands einer geschützten Gruppe nicht einmal prospektiv zu befürchten ist. Dies mag sich mit Verweis auf die abstrakte Gefährlichkeit begründen lassen, die ausnahmslos jeder Verwirklichung eines Einzelverbrechens mit Zerstörungsabsicht zugeschrieben wird.⁷⁴ Gegen eine solche Konzeption des Völkermords lassen sich allerdings verschiedene Erwägungen geltend machen. Zum einen vertritt sich eine Ausdeutung des Völkermords als abstraktes Gefährdungsdelikt nur schlecht mit der Bewertung als schwerstes völkerstrafrechtliches Unrecht, als *crime of crimes*.⁷⁵ Zum anderen spricht dagegen, dass die abstrakte Bedrohung des Fortbestands der Gruppe bereits in einigen völkerstrafrechtlichen Sonderverbrechenstatbeständen erfasst wird, nämlich der in Art. 25 Abs. 3 lit. e IStGH-Statut geregelten Anstachelung zum Völkermord und der völkergewohnheitsrechtlich strafbaren, in das IStGH-Statut allerdings nicht aufgenommenen Verschwörung zum Völkermord.⁷⁶ Warum nicht nur diese subsidiären Sondertatbestände, sondern auch das eigentliche Völkermordverbrechen im Hinblick auf das unmittelbar völkerrechtliche Schutzgut ein abstraktes Gefährdungsdelikt sein soll, lässt sich nur schwer begründen.

Bei einer am spezifisch völkerrechtlichen Unrechtsgehalt orientierten Betrachtung ist es überzeugender, für den Völkermordtatbestand mehr als eine lediglich abstrakte Bedrohung für den Fortbestand der angegriffenen Gruppe, also mehr als die rein innere Tatsache der Zerstörungsabsicht an sich zu fordern. Ein solches Mehr wäre bereits, wenn die Möglichkeit, den Fortbestand der angegriffenen Gruppe zu bedrohen, als objektiver Bezugspunkt der Zerstörungsabsicht vorausgesetzt wird. Diese Möglichkeit kann sich entweder

mer im Verfahren gegen Lubanga Dyilo entschieden, es reiche aus, wenn der Täter lediglich die erhebliche Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts kenne, vgl. IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), para. 37. Zu Art. 30 IStGH-Statut siehe *Werle/Jeßberger*, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), 35; *Roßkopf*, Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH-Statut, 2007.

⁷¹ Vgl. *Kreß*, 18 *European Journal of International Law* (2007), 620.

⁷² Vgl. *Kreß* (Fn. 46), § 6 VStGB Rn. 3 f.; *Lüders* (Fn. 56), S. 91; *Werle* (Fn. 23), Rn. 91, 660 ff., jeweils m.w.N.

⁷³ Ebenso z.B. *Lüders* (Fn. 56), S. 163; *Triffterer* (Fn. 57), S. 1434; *Werle* (Fn. 23), Rn. 702. Unpassend ist es, wenn *Schabas* insoweit von „little more than a sophomore hypothesis d'école, and a distraction for international judicial institutions“ spricht, vgl. *Schabas*, 18 *Leiden Journal of International Law* (2005), S. 877. Es geht um eine dem charakteristischen Unrecht und dem Schutzgut entsprechende Verbrechenstypologie. Der Fall des Einzeltäters mag praktisch irrelevant sein. Er schärft aber das Bewusstsein für den eigentlichen Schutzzweck.

⁷⁴ In diesem Sinne z.B. *Lüders* (Fn. 56), S. 93 f., 164.

⁷⁵ So der Untertitel von *Schabas* Monographie zum Völkermord, vgl. *Schabas*, *Genocide in International Law*, 2. Aufl. 2009. Siehe auch IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 133.

⁷⁶ Vgl. RStGH, Urt. v. 18.12.2008 (Bagosora u.a., Trial Chamber), paras. 2084 ff.; RStGH, Urt. v. 28.11.2007 (Nahimana u.a., Appeals Chamber), paras. 673 ff., 893 ff. Siehe *Werle* (Fn. 23), Rn. 581, 724 ff.

aus dem Handeln des Täters des Einzelverbrechens ergeben oder aber aus einem kollektiven Begehungszusammenhang, in den sich dieses Handeln stellt.

Gut begründbar erscheint also eine Ausdeutung des Völkermordtatbestands als potentiell oder abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt. Etwas anderes dürfte auch die Kammer mit ihrer Formulierung, erforderlich sei eine „konkrete Bedrohung“ (a concrete threat), nicht gemeint haben. Methodisch lässt sich dieses Ergebnis als teleologische Reduktion des Tatbestandes, genauer als am spezifisch völkerrechtlichen Unrecht des Völkermords orientierte Auslegung der Zerstörungsabsicht beschreiben.⁷⁷ Dem Verweis auf die Verbrechenselemente kommt in diesem Begründungszusammenhang allenfalls Hilfscharakter zu.

(cc) Funktionsspezifische Einwände

Bei den Überlegungen der Kammer zum Erfordernis eines Kontextelements beim Völkermord handelt es sich um ein *Obiter*. Nicht nur, dass im Falle Darfurs ein solches Kontextelement fraglos gegeben war, die Kammer also bereits insofern hätte offen lassen können, ob es einer solchen zusätzlichen Voraussetzung bedurfte. Die Überlegungen sind auch deswegen im Gang der Entscheidungsbegründung überflüssig, weil die Kammer begründeten Verdacht hinsichtlich des Völkermords letztlich im Hinblick auf das Vorliegen von Zerstörungsabsicht ablehnt.

Die Frage, ob die Vorverfahrenskammer in einer solchen Verfahrenssituation berufen war, eine derart grundsätzliche Rechtsfrage zu erörtern, drängt sich daher auf. Im Rahmen des Gerichtsaufbaus erfüllt die Vorverfahrenskammer primär eine andere Funktion. Sie dient der Kontrolle des Anklägers in den verschiedenen Stadien der Ermittlungen bis zur Anklageerhebung. Ihre Aufgabe ist die vorläufige Bewertung des vom Ankläger präsentierten Beweismaterials im Hinblick auf die Vornahme prozessualer Maßnahmen und Entscheidungen.⁷⁸

Auffällig ist nun, dass die Vorverfahrenskammern, und hier insbesondere die Vorverfahrenskammer I, in der bisherigen Verfahrenspraxis ihre Tätigkeit über diese Kernaufgabe hinaus schrittweise ausgedehnt und so die Bedeutung des Vorverfahrens erheblich aufgewertet haben. Dazu gehört auch, dass vor allem die Vorverfahrenskammer I in ihren Entscheidungen zur Bestätigung der Anklage (conformation of charges) in den Verfahren gegen Lubanga Dyilo und gegen Katanga and Ngudjolo Chui fallrelevante Rechtsfragen ausführlich und in grundsätzlicher Weise erörtert hat.⁷⁹ Indem

⁷⁷ Ebenso *Kreß* (Fn. 46), § 6 VStGB Rn. 15, 78.

⁷⁸ Vgl. Art. 15, 18, 19, 54 Abs. 2, 57, 61 Abs. 7 und 72 IStGH-Statut. Zusammenfassend zur Rolle der Vorverfahrenskammer *Nerlich*, in: Cassese u.a. (Hrsg.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, S. 458 f.

⁷⁹ Vgl. nur die Ausführungen der Vorverfahrenskammer zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 [Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I], paras. 322 ff.) oder zu den Merkmalen der mittelbaren Täterschaft (IStGH, Beschl. vom 30.9.2008 [Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I], paras. 480 ff.).

die Kammer dies nun sogar in einer Konstellation tut, in der die grundsätzlichen Rechtsausführungen offensichtlich nicht tragend für die getroffene Entscheidung sind, geht sie noch einen Schritt weiter.

Wie diese Entwicklung zu bewerten ist und ob sie von Dauer sein wird, lässt sich derzeit noch nicht abschließend sagen.⁸⁰ Die bereits jetzt erkennbare Folge ist eine Verlängerung der Verfahrensdauer. Das Vorverfahren hat zunehmend das Gepräge einer vorgelagerten, umfassenden Verhandlung des Falles bekommen, in der die wesentlichen Rechtsfragen bereits erstmals in aller Ausführlichkeit erörtert werden. Im Hinblick auf die Dauer der Verfahren vor dem IStGH, die, so lässt sich prognostizieren, ohnehin erheblich sein wird, ist diese Entwicklung jedenfalls dann besorgniserregend, wenn sich der Angeklagte bereits in Untersuchungshaft befindet.⁸¹ Insgesamt hätte der Kammer jedenfalls weniger allzu deutlicher Willen zur Rechtsfortbildung und mehr *judicial self-restraint* gut zu Gesicht gestanden.⁸²

(2) Die geschützte Gruppe

Im Anschluss an die Ausführungen zum Kontextelement widmet sich die Kammer den weiteren charakteristischen Merkmalen des Völkermords. Voraussetzung sei, dass die Opfer des jeweiligen Einzelverbrechens einer geschützten Gruppe im Sinne von Art. 6 IStGH-Statut angehören und der Täter mit der Absicht handle, diese Gruppe ganz oder teilweise zu zerstören.⁸³ Die Überlegungen der Kammer zum Merkmal der geschützten Gruppe entsprechen der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale. Erforderlich ist also eine Kennzeichnung der angegriffenen Gruppe durch bestimmte Merkmale der Nationalität, ethnischen Zugehörigkeit, der Rasse oder der Religion. Eine ausschließlich am Fehlen bestimmter Eigenschaften orientierte Gruppendifinition wird dagegen abgelehnt.⁸⁴

⁸⁰ Der Blick auf den JStGH weckt insoweit die Hoffnung, dass es sich lediglich um ein Phänomen der Anfangszeit handelt. Auch der JStGH hat nämlich in den ersten Jahren seiner Tätigkeit in Ermangelung von Angeklagten in seinem Gewahrsam die Bedeutung von Vorverfahrensentscheidungen, damals insbesondere nach Regel 61 der Verfahrens- und Beweisregeln, ausgeweitet. Die berühmte Jurisdiktionsentscheidung im Verfahren gegen Tadic, JStGH, Beschl. v. 2.10.1995 (Tadic, Appeals Chamber), ist in ihrer Ausführlichkeit und ihrem greifbaren Willen, grundsätzliche Rechtsfragen zu erörtern, ebenfalls eine typische Frucht dieser Anfangszeit. Zu den Verfahren nach Regel 61 siehe *Friman*, in: Cassese u.a. (Fn. 78), S. 458 f.

⁸¹ Im Verfahren gegen Lubanga Dyilo lag zwischen Erlass eines Haftbefehls und der Bestätigung der Anklageschrift etwa ein Jahr, im Verfahren gegen Katanga und Ngudjolo Chui waren es 15 Monate.

⁸² In diesem Sinne auch das abweichende Sondervotum der Richterin *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 16, 20.

⁸³ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 134.

⁸⁴ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 135. Zur Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale siehe JStGH, Urt. v. 22.3.2006 (Stakic),

Die Anwendung dieser Begriffsbestimmung auf den konkreten Fall wirft allerdings Fragen auf. Nach Ansicht der Kammermehrheit ist der Antrag des Anklägers auf Erlass eines Haftbefehls jedenfalls insofern fehlerhaft gewesen, als er die Fur, Masalith und Zaghawa zu einer geschützten Gruppe zusammenfasse. Tatsächlich handle es sich unter Berücksichtigung von ethnischen Merkmalen wie Sprache, Stammesgebräuchen und an ein bestimmtes Siedlungsgebiet gebundenen Traditionen um drei verschiedene geschützte Gruppen im Sinne von Art. 6 IStGH-Statut.⁸⁵

Die Kammer wählt somit einen ausschließlich objektiven Ansatz zur Bestimmung der geschützten Gruppe. Außer Betracht bleibt dabei der Täterhorizont. Das kann nicht überzeugen, weil die geschützte Gruppe gerade im Hinblick auf die Zerstörungsabsicht des Täters bestimmt wird. Dementsprechend vertreten die *ad hoc*-Tribunale inzwischen auch in ständiger Rechtsprechung einen Ansatz, der weitgehend auf die Täterperspektive Bezug nimmt und lediglich eine gewisse Objektivierbarkeit der vom Täter für die Gruppenzugehörigkeit für entscheidend gehaltenen Merkmale verlangt.⁸⁶ Es ist daher zu begrüßen, dass Richterin *Usacka* in ihrem abweichenden Sondervotum die Täterperspektive stärker in den Vordergrund rückt und deutlich macht, dass die Fur, Masalith und Zaghawa als schwarzafrikanische, dem arabisch-dominierten Regime in Khartum feindliche Stämme in den Augen der Angreifer möglicherweise doch als eine einzige Gruppe erscheinen.⁸⁷ Ob man die Schlussfolgerungen des Sondervotums in diesem Punkt teilt, mag dahin stehen. Der Mehrheitsentscheidung gerät die Täterperspektive jedenfalls allzu sehr aus dem Blick.

(3) Zerstörungsabsicht

(a) Vorliegen von Zerstörungsabsicht

Auch bei der näheren Bestimmung der Zerstörungsabsicht knüpft die Vorverfahrenskammer an aus der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale Bekanntes an. So wird die Zerstörungsabsicht im Sinne eines *dolus specialis* oder, um mit Begriffen der deutschen Strafrechtsdogmatik zu sprechen, einer Absicht im technischen Sinne, also *dolus directus* ersten Grades, verstanden, die in der Deliktsstruktur eine überschießende Innentendenz des Täters beschreibt. Damit wird, ohne dass

die Kammer das ausführlicher begründet, der so genannte *knowledge-based-approach* zurückgewiesen, der zunehmend Befürworter in der völkerstrafrechtlichen Literatur gefunden hat.⁸⁸ Danach fällt unter die Zerstörungsabsicht auch *dolus directus* zweiten Grades. Es werden also insbesondere auch solche Fälle erfasst, in denen der Täter weiß, dass er im Rahmen eines genozidalen Geschehens handelt, auch wenn er selbst die Zerstörung der angegriffenen Gruppe nicht zu seinem Handlungsziel erhebt. Dieser Ansatz kann nicht überzeugen. Er versucht, auf der Ebene der Verbrechensdefinition ein Problem zu lösen, das sachgerecht im Rahmen der Beteiligungslehre zu behandeln ist.⁸⁹ Die Klarstellung der Vorverfahrenskammer ist insofern zu begrüßen.

Der Begriff der Zerstörung wird, auch insoweit im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung von JStGH und RStGH, ebenfalls eng ausgelegt. Danach ist die Absicht, eine Gruppe ganz oder teilweise zu zerstören, insbesondere von der Absicht zu unterscheiden, eine Gruppe aus einer bestimmten Region zu vertreiben. Die Praxis ethnischer Säuberungen erlaubt daher zwar den Schluss auf die im Rahmen der Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut erforderliche Diskriminierungsabsicht, nicht ohne weiteres aber den Schluss auf die für den Völkermord charakteristische Zerstörungsabsicht.⁹⁰

In der Beweiswürdigung kommt die Kammermehrheit zu dem Ergebnis, dass sich aus den systematischen Verbrechen der auf Seiten der sudanesischen Zentralregierung unter Al Bashir kämpfenden Streitkräfte gegen die Fur, Masalit und Zaghawa nicht zwangsläufig der begründete Verdacht für das Vorliegen von Zerstörungsabsicht ableiten lasse.⁹¹ Dabei untersucht die Kammer die Zerstörungsabsicht nicht für Al Bashir selbst, sondern für die sudanesisische Regierung insgesamt, ohne klarzustellen, welche Rückschlüsse sich aus der Prüfung dieses Kollektivs für die Absicht Al Bashirs ziehen lassen.⁹² Die Mehrheit der Kammer ist der Ansicht, weder

Appeals Chamber), paras. 20 ff. Ebenso IGH, Urt. v. 27.2.2007 (Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), paras. 192 ff.

⁸⁵ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 136 f.

⁸⁶ Vgl. z.B. JStGH, Urt. v. 22.3.2006 (Stakic, Appeals Chamber), para. 25; JStGH, Urt. v. 1.9.2004 (Brdanin, Trial Chamber), paras. 683 f.; RStGH, Urt. v. 28.11.2007 (Nahimana u.a., Appeals Chamber), para. 496; RStGH, Urt. v. 17.6.2004 (Gacumbitsi, Trial Chamber), para. 254; RStGH, Urt. v. 12.11.2008 (Nchamihigo, Trial Chamber), para. 338. So auch *Lüders* (Fn. 56), S. 60 ff.; *Werle* (Fn. 23), Rn. 668 ff.; *Ambos* (Fn. 30), § 7 Rn. 133.

⁸⁷ Abweichendes Sondervotum *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 23 ff.

⁸⁸ Vgl. zum *knowledge-based-approach* insbesondere *Greenawalt*, 99 Columbia Law Review (1999), 2259; *Kreß*, 3 Journal of International Criminal Justice (2005), 562 ff.; *Triffterer* (Fn. 57), S. 1422, 1438 ff., 1441 ff. Ähnlich *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, S. 104 ff.

⁸⁹ Ähnlich *van Sliedregt*, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), 184 (193); *Werle* (Fn. 23), Rn. 713; *van der Wilt*, 4 Journal of International Criminal Justice (2006), 239 (243 ff.).

⁹⁰ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 141 ff. Zur Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale vgl. z.B. JStGH, Urt. v. 14.1.2000 (Kupreskic u.a., Trial Chamber), para. 636. Ebenso IGH, Urt. v. 27.2.2007 (Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), paras. 187 ff.

⁹¹ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 202 ff.

⁹² Vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 147 ff.; siehe hierzu auch die kritische Bemerkung von Richterin *Usacka* in ihrem abweichenden Sondervotum zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, Fn. 4.

aus den offiziellen Stellungnahmen und Verlautbarungen der Regierung noch aus den in Darfur begangenen Verbrechen ergebe sich die Zerstörungsabsicht in hinreichend sicherem Maße. Denkbar sei stets auch, dass die Regierung zwar mit der Absicht gehandelt habe, die Stämme der Fur, Masalit und Zaghawa zu diskriminieren, nicht aber diese Stämme zu zerstören. Die Kammermehrheit verweist zur Begründung wiederholt darauf, dass der Ankläger selbst das Vorgehen der Regierungsseite in seinem Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gegen Ahmad Harun und Ali Kushayb nicht als Völkermord bewertet habe. Es sei nicht zu erkennen, warum sich die rechtliche Bewertung nun im Fall Al Bashirs geändert habe.⁹³

Zu einem anderen Schluss kommt Richterin *Usacka*. In ihrem abweichenden Sondervotum kommt sie zu dem Ergebnis, dass das vorgelegte Beweismaterial begründeten Verdacht für das Vorliegen der Zerstörungsabsicht Al Bashirs trägt.⁹⁴

(b) Der prozessuale Prüfungsmaßstab

Als entscheidend für die Ablehnung begründeten Verdachts hinsichtlich der Zerstörungsabsicht erweist sich die von der Kammermehrheit gewählte Konkretisierung des bei Art. 58 IStGH-Statut erforderlichen prozessualen Bewertungsmaßstabs. Im konkreten Fall war zu klären, wann vom Vorliegen begründeten Verdachts der Zerstörungsabsicht auszugehen ist. Die Ausführungen der Kammer sind jedoch verallgemeinerungsfähig und daher auch im Hinblick auf künftige Verfahren vor dem IStGH von besonderer Bedeutung.

Zunächst stellt die Kammer fest, dass der Prüfungsmaßstab des Art. 58 IStGH-Statut dann erfüllt ist, wenn aus dem vom Ankläger im Zuge seines Haftbefehlantrags vorgelegten Beweismaterial das Bestehen begründeten Verdachts der Zerstörungsabsicht die einzig vernünftige Schlussfolgerung (the only reasonable conclusion) ist.⁹⁵ Dieser Feststellung ist zuzustimmen: Nach dem Wortlaut des Art. 58 Abs. 1 IStGH-Statut müssen die Richter vom Vorliegen des begründeten Verdachts überzeugt sein.⁹⁶ Richterliche Überzeugung bedeutet subjektive Gewissheit.⁹⁷ Bestehen hingegen vernünftige Zweifel, lässt also die Beweiswürdigung mehr als nur eine einzige vernünftige Schlussfolgerung zu, so besteht diese Gewissheit nicht. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, dass Gegenstand der Überzeugung der begründete Verdacht

ist, nicht etwa die Tatsache, auf die sich der begründete Verdacht beziehen muss, hier die innere Tatsache der Zerstörungsabsicht.

Nur einen Absatz später kommt die Kammermehrheit jedoch im angeblichen Umkehrschluss aus der soeben getroffenen Feststellung zu dem Ergebnis, dass der erforderliche prozessuale Bewertungsmaßstab dann nicht erfüllt sei, wenn das Bestehen der Zerstörungsabsicht nicht die einzige vernünftige Schlussfolgerung aus dem vorgelegten Beweismaterial ist.⁹⁸ Dabei beruft sie sich – wie schon bei ihren Ausführungen zum Kontextelement beim Völkermordtatbestand⁹⁹ – auf Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut. Aus dieser Vorschrift ergebe sich ein allgemeiner Auslegungsgrundsatz *in dubio pro reo* (general principle of interpretation *in dubio pro reo*). Anhand dieses Bewertungsmaßstabs erfolgt dann auch die konkrete Beweiswürdigung.

Damit macht die Kammermehrheit im Ergebnis den Gegenstand des begründeten Verdachts, also die Zerstörungsabsicht, zum Gegenstand der erforderlichen Überzeugung. Die Konsequenz ist, dass die Richter das Vorliegen der Zerstörungsabsicht anhand des Maßstabs der Überzeugung prüfen, der eigentlich nach Art. 66 Abs. 3 IStGH-Statut für die Verurteilung erforderlich ist (proof beyond reasonable doubt). Das im IStGH-Statut enthaltene System abgestufter Beweismaßstäbe wird auf diese Weise eingeengt.

Nach diesem System sind – je nach Funktion des jeweiligen Verfahrensstadiums – verschiedene Verdachtsgrade vorgesehen: Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist nach Art. 53 Abs. 1 IStGH-Statut lediglich erforderlich, dass eine „hinreichende Grundlage“ besteht, um ein Verfahren aufzunehmen (sufficient basis to proceed). Der Erlass eines Haftbefehls, der eine verfahrenssichernde Funktion erfüllt,¹⁰⁰ erfolgt bei Vorliegen „begründeten Verdachts“ (reasonable grounds to believe), Art. 58 Abs. 1 IStGH-Statut. Zur Bestätigung der Anklage, die zumindest auch dazu dient, den Angeschuldigten vor haltlosen oder falschen Vorwürfen zu schützen, muss gemäß Art. 61 Abs. 7 IStGH-Statut „dringender Verdacht“ (substantial grounds to believe) gegeben sein.¹⁰¹ In der Hauptverhandlung, in der die Schuld des Angeklagten festzustellen ist, muss das Gericht von der Schuld des Angeklagten „so überzeugt sein, dass kein vernünftiger Zweifel besteht“ (convinced of the guilt beyond reasonable doubt), Art. 66 Abs. 3 IStGH-Statut.

⁹³ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 176, 200, 204.

⁹⁴ Abweichendes Sondervotum *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 36 ff., 84 ff.

⁹⁵ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 158, vgl. aber auch paras. 201, 203, 205.

⁹⁶ Nach Art. 58 Abs. 1 IStGH-Statut erlässt die Kammer den beantragten Haftbefehl, wenn sie „zu der Überzeugung gelangt ist, dass begründeter Verdacht besteht, dass die Person ein [...] Verbrechen begangen hat“.

⁹⁷ Vgl. *Schabas*, article 66, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 23 ff. Zur richterlichen Überzeugung nach deutschem Recht vgl. *Schoreit*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 6. Aufl. 2008, § 261 Rn. 2.

⁹⁸ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 159.

⁹⁹ Siehe oben III. 2. a) cc) (1) (c) (aa).

¹⁰⁰ Vgl. die Haftgründe in Art. 58 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut: Sicherstellung des Erscheinens vor dem Gerichtshof, Verdunkelungsgefahr, Gefahr der fortdauernden Begehung der dem Haftbefehl zugrunde liegenden oder mit diesem im Zusammenhang stehenden Verbrechen.

¹⁰¹ Siehe IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), para. 37; in para. 39 führt die Vorverfahrenskammer I aus, dass der Prüfungsmaßstab des dringenden Verdachts dann erfüllt ist, wenn die Anklage handfeste Beweise vorgelegt „demonstrating a clear line of reasoning underpinning its specific allegations“.

Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des „begründeten Verdachts“ inhaltlich auszufüllen.¹⁰² Auf der Skala der Beweismaßstäbe ist er zwischen der „hinreichenden Grundlage“ und dem „dringenden Tatverdacht“ anzusiedeln.¹⁰³ Begründeter Verdacht kann mithin angenommen werden, wenn die Richter nach Auswertung des vorgelegten Beweismaterials zu dem Schluss kommen, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Verdächtige die Tat begangen hat bzw. – auf den vorliegenden Fall gemünzt – die Zerstörungsabsicht vorliegt.¹⁰⁴ Die hohe Wahrscheinlichkeit muss hinter der Gewissheit zurückbleiben; sie impliziert, dass nach der Beweislage auch das Nichtvorliegen der Zerstörungsabsicht möglich ist. Damit besteht auch dann begründeter Verdacht der Zerstörungsabsicht, wenn dies nicht die einzig vernünftige Schlussfolgerung nach Auswertung der vorgelegten Beweise ist, sondern einer von mehreren möglichen Schlüssen, sofern er nur besonders wahrscheinlich ist.

Ähnlich argumentiert auch Richterin *Usacka* in ihrem Sondervotum. Ihr zufolge ist es im jetzigen Verfahrensstadium ausreichend, dass aus dem vorgelegten Beweismaterial vernünftigerweise *auch* auf die Zerstörungsabsicht geschlossen werden kann, solange dieser Schluss nicht in einem nächsten Prüfungsschritt durch die Beweismittel derart erschüttert wird, dass er auf zweiten Blick doch unvernünftig erscheint (rendered unreasonable).¹⁰⁵

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung eines „allgemeinen Auslegungsgrundsatzes *in dubio pro reo*“. Dabei ist zunächst zweifelhaft, ob sich ein solcher Grundsatz tatsächlich aus Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut ergibt. Seinem Wortlaut nach findet diese Zweifelsregelung nur auf die Auslegung der Verbrechenstatbestände, also auf materielle Rechtsfragen, Anwendung.¹⁰⁶ Ein prozessualer *in dubio*-Grundsatz kann hingegen aus der Unschuldsvermutung nach Art. 66 Abs. 1, 3 IStGH-Statut abgeleitet werden: Jede Person gilt als unschuldig, solange ihre Schuld nicht zweifelsfrei nachgewiesen ist. Die Unschuldsvermutung gilt nach dem Wortlaut nicht nur für den Angeklagten im Hauptverfahren,

sondern bereits – zumindest mittelbar – im Vor- und damit auch im Haftbefehlsverfahren.¹⁰⁷

Konkret bedeutet das: Ist die Kammer vom Vorliegen begründeten Verdachts nicht überzeugt, bestehen also vernünftige Zweifel daran, dass der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht ist, so ist der Antrag auf Erlass des Haftbefehls abzulehnen. Es bedeutet hingegen nicht, dass bei Zweifeln bezüglich des Vorliegens der Zerstörungsabsicht zugunsten des Verdächtigen zu entscheiden ist, da die Möglichkeit des Nichtvorliegens der Zerstörungsabsicht dem begründeten Verdacht immanent ist. Stünden Zweifel beim Vorliegen der Zerstörungsabsicht selbst dem Erlass eines Haftbefehls entgegen, so wie es die Ansicht der Vorsitzenden Richterin *Kuenyehia* und Richterin *Steiner* nahelegt, so würde die Haftbefehlsentscheidung als vorgezogene Hauptverhandlung zweckentfremdet. Das zu diesem Zeitpunkt vorgelegte – unvollständige – Beweismaterial würde durch die Vorverfahrenskammer bereits abschließend bewertet. Im Falle der Annahme der Zerstörungsabsicht käme dies einer „Vorverurteilung“ gleich. Eine abschließende Beurteilung des vorgelegten Beweismaterials ist der Vorverfahrenskammer jedoch nicht gestattet, sie muss den Richtern der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben.¹⁰⁸

b) Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit Al Bashirs

In Bezug auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit folgt die Vorverfahrenskammer dem Ankläger und bejaht begründeten Verdacht für die mittelbare (Mit-)Täterschaft Al Bashirs hinsichtlich der in Darfur begangenen Völkerrechtsverbrechen. Wie schon in den Verfahren gegen Lubanga Dyilo¹⁰⁹ und gegen Katanga and Ngudjolo Chui¹¹⁰ betont die Kammer unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die deutsche Strafrechtsdogmatik, dass die Abgrenzung zwischen Tätern im Sinne des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut und Teilnehmern mittels des Kriteriums der Tatherrschaft (notion of control of the crime) durchzuführen sei.¹¹¹ Begründeter Verdacht hinsichtlich der Tatherrschaft Al Bashirs wird von der Kammer sodann anhand der Lehre der Organisationsherrschaft bejaht: Er übe als Präsident des Sudan und als Befehlshaber über die Streitkräfte *de jure* und *de facto* Kontrolle über den hierarchisch organisierten Staatsapparat aus. Diese Kontrolle habe er bewusst genutzt, um die in Frage stehenden Verbrechen durch andere zu begehen. Die Taten der selbst

¹⁰² Weder im Statut noch in den Verfahrens- und Beweisregeln finden sich zu dem Begriff des begründeten Verdachts nähere Angaben. Der Entstehungsgeschichte ist immerhin zu entnehmen, dass er objektive Kriterien zum Ausdruck bringt, siehe „Zutphen Draft“, 1.4.1998, Fn. 10, 11 zu Art. 52 [28]: “The term ‘reasonable grounds’ was understood to embody objective criteria. Some delegations preferred other terms such as ‘serious reasons’”. Vgl. *Hall*, article 58, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 9, Fn. 20.

¹⁰³ Vgl. *Schabas*, article 66, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 23.

¹⁰⁴ Da es um den Erlass eines Haftbefehls geht, also eine für den Verdächtigen äußerst einschneidende Maßnahme, ist ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich, der jedoch hinter dem des dringenden Verdachts i.S.v. Art. 61 Abs. 7 zurückbleibt.

¹⁰⁵ Abweichendes Sondervotum *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 34.

¹⁰⁶ Vgl. *Broomhall*, article 22, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 39.

¹⁰⁷ So *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst* (Fn. 47), S. 356, *Zappalà*, in: Cassese u.a. (Fn. 78), S. 458.

¹⁰⁸ Nicht überzeugend ist es im Übrigen, dass die Kammer dem Umstand große Bedeutung zumisst, dass sich die Zerstörungsabsicht als innere Tatsache in Ermangelung direkter Aussagen Al Bashirs nur mittels Indizienbeweis (proof of inference) feststellen lässt, vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para 147. Der Indizienbeweis kann den prozessual erforderlichen Beweismaßstab keinesfalls modifizieren.

¹⁰⁹ IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), paras. 326-339.

¹¹⁰ IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), paras. 484 ff.

¹¹¹ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, para. 210.

vollverantwortlich handelnden unmittelbaren Ausführungstä-
ter würden ihm daher zugerechnet.¹¹²

Offen lässt die Richtermehrheit jedoch, ob Al Bashir als mittelbarer Täter (indirect perpetrator) oder als mittelbarer Mittäter (indirect co-perpetrator) anzusehen ist.¹¹³ Die Figur der mittelbaren Mittäterschaft wurde von der Vorverfahrenskammer erstmals in Katanga and Ngudjolo Chui ausführlich diskutiert.¹¹⁴ In diesem Fall standen sowohl Germain Katanga als auch Mathieu Ngudjolo Chui jeweils alleine an der Spitze verschiedener, hierarchisch organisierter bewaffneter Gruppen von Kindersoldaten. Gleichzeitig lagen zwischen den beiden die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft vor. Insbesondere hatten sie einen gemeinsamen Tatplan entwickelt, an deren Umsetzung die beiden Organisationen zwingend beteiligt sein mussten. Damit war es nach Ansicht der Vorverfahrenskammer möglich, die Katanga mittels Organisationsherrschaft zugerechneten Verbrechen seiner Ausführungstä-ter auch Ngudjolo Chui im Wege der Mittäterschaft zuzurechnen – und umgekehrt. So verstanden ist die Figur der mittelbaren Mittäterschaft eine hintereinander geschaltete Kombination aus mittelbar-täterschaftlicher Zurechnung auf vertikaler und mittäterschaftlicher Zurechnung auf horizontaler Ebene.

Im vorliegenden Fall bestätigt die Kammer ihre Rechtsprechung,¹¹⁵ scheint unter der Rechtsfigur zugleich aber etwas anders zu verstehen. Es geht nicht darum, dass einzelne Führungsfiguren alleinige Organisationsherrschaft über einen Teil des Staatsapparates haben und die von diesem Teil des Apparates begangenen Verbrechen den Mittätern auf der

Führungsebene zugerechnet werden sollen. Vielmehr stellt sich die Vorverfahrenskammer die Frage, ob Al Bashir als alleiniger Führer an der Spitze des hierarchisch gegliederten Staatsapparates steht, ob er also die Organisationsherrschaft alleine innehat, oder ob nicht vielmehr ein Zirkel mehr oder minder gleichrangiger Funktionäre den Staatsapparat kontrolliert und somit gemeinsam die Organisationsherrschaft ausübt.¹¹⁶ Ob die mittäterschaftlich-horizontale Zurechnung in solchen Fällen erforderlich ist, soll im Rahmen dieses Beitrages nicht vertieft werden. Der BGH hat diese Notwendigkeit in den Verfahren gegen die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR und des Politbüros der SED jedenfalls nicht gesehen.¹¹⁷

3. Notwendigkeit der Festnahme

Schließlich hält die Kammer die Festnahme Al Bashirs gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut für notwendig, um sicherzustellen, dass er zur Verhandlung erscheint, die weiteren Ermittlungen nicht behindert oder gefährdet, und um ihn an der Begehung weiterer Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu hindern. Da Al Bashir bisher auch keine Bereitschaft gezeigt habe, vor dem Gerichtshof zu erscheinen oder sonst mit ihm zu kooperieren, stelle eine Ladung im Sinne des Art. 58 Abs. 7 IStGH-Statut keine Alternative dar.

4. Festnahme- und Überstellungsersuchen

Zur Umsetzung der Haftbefehlsentscheidung weist die Vorverfahrenskammer die Kanzlei (registry) an, Festnahme- und Überstellungsersuchen an den Sudan, die Vertragsstaaten des Rom-Statuts und die Mitgliedstaaten des Sicherheitsrats, die keine Vertragsstaaten sind, zu übermitteln.¹¹⁸ Zudem sollen Ersuchen vorbereitet werden, die gegebenenfalls weiteren Nicht-Vertragsstaaten zugestellt werden können.

In diesem Zusammenhang stellen sich zwei abschließende Fragen, die für den Verlauf des Verfahrens von entscheidender Bedeutung sind. Erstens: Sind diese Staaten zur Kooperation mit dem IStGH und damit zur Festnahme Al Bashirs verpflichtet? Und zweitens: Steht einer Festnahme Al Bashirs durch diese Staaten nicht vielmehr dessen Immunität *ratione personae* entgegen? Denn formell gesehen handelt es sich bei

¹¹² Mittelbare Täterschaft wird in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut geregelt; ausdrücklich anerkannt wird dort auch die Figur des „Täters hinter dem Täter“. Nach Ansicht der Vorverfahrenskammern I und III lässt sich daraus ableiten, dass das IStGH-Statut damit auch die Lehre von der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft inkorporiert; vgl. IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), paras. 94-96, in der letztlich jedoch Mittäterschaft angenommen wurde; IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), paras. 495 f.; IStGH, Haftbefehl vom 10.6.2008 (Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III), para. 24. Zu der Anwendung dieser im deutschen Recht von *Roxin* entwickelten dogmatischen Figur durch den IStGH siehe *Jeßberger/Geneuss*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008), 853.

¹¹³ Der Antrag des Anklägers basiert hingegen ausschließlich auf der Täterschaftsform der indirect perpetration, vgl. Anklagebehörde, Antrag vom 14.7.2008, paras. 39, 247.

¹¹⁴ IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), paras. 495 ff.

¹¹⁵ Noch deutlicher als zuvor behandelt die Kammer die mittelbare Mittäterschaft als eine vierte eigenständige Form der Täterschaft im Sinne des Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut neben der unmittelbaren, der mittelbaren und der Mittäterschaft, vgl. IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 210, 213. Siehe hierzu auch die Ausführungen der Kammer in IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), paras. 490 ff.

¹¹⁶ Richterin *Usacka* geht ausschließlich von mittelbarer Täterschaft Al Bashirs aus: Nach dem vom Ankläger vorgebrachten Beweismaterial sei nicht hinreichend klar, ob neben Al Bashir auch andere Regierungsmitglieder Tatherrschaft besitzen. Daher scheidet Mittäterschaft im jetzigen Verfahrensstadium aus, Abweichendes Sondervotum *Usacka* zu IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, paras. 103 f.

¹¹⁷ Die Zurechnung der Erschießungen an der deutsch-deutschen Grenze erfolgte in diesen Verfahren ausschließlich im Wege der mittelbaren Täterschaft; vgl. BGH, Urt. v. 26.7.1994, BGHSt 40, 218 und Urt. v. 8.11.1999, BGHSt 45, 270.

¹¹⁸ IStGH, Beschl. v. 4.3.2009, S. 93, wobei die Kammer nicht näher erläutert, warum die Ersuchen auch an die Mitgliedstaaten des Sicherheitsrats übermittelt werden.

einer Festnahme durch staatliche Behörden um die Ausübung eigener, nationaler Strafgerichtsbarkeit, selbst wenn damit einem Rechtshilfeersuchen des IStGH nachgekommen wird. Gegenüber nationalen Gerichtsbarkeiten genießen amtierende Staats- und Regierungschefs aber nach allgemeiner Ansicht ausnahmslos und absolut völkergewohnheitsrechtliche Immunität *ratione personae*.¹¹⁹

Relativ einfach lassen sich diese Fragen im Hinblick auf den Sudan selbst klären. Der Sudan – hier stellt sich die Frage nach der völkerrechtlichen Immunität *ratione personae* nicht – ist unmittelbar nach der Sicherheitsratsresolution 1593 verpflichtet, dem Festnahme- und Überstellungsersuchen des IStGH nachzukommen. Dort heißt es: „[T]he Government of Sudan [...] shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution“.¹²⁰ Freilich ist es, jedenfalls zum derzeitigen Zeitpunkt, äußerst unwahrscheinlich, dass der Sudan dieser Verpflichtung nachkommt.

Komplizierter sieht es hingegen bei den Vertragsstaaten zum IStGH-Statut aus. Die Pflicht zur Kooperation mit dem Gerichtshof, und damit auch die Pflicht, dem Festnahmeersuchen Folge zu leisten, ergibt sich zwar grundsätzlich aus den Art. 86, 89 IStGH-Statut. Nach Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut ist es dem Gerichtshof jedoch nicht gestattet Rechtshilfe- und Überstellungsersuchen zu stellen, wenn damit von dem ersuchten Staat verlangt würde, gegen völkerrechtlich bestehende „horizontale“, also zwischenstaatliche, Immunitätsregelungen zu verstoßen. Ziel des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut ist es, „völkerrechtliche Pflichtenkollisionen“ zu vermeiden.¹²¹

Entscheidend ist demnach, ob die grundsätzlich bestehende „horizontale“ Immunität Al Bashirs möglicherweise aufgehoben wurde. Aus der Sicherheitsratsresolution, die die „Situation Darfur“ an den IStGH überweist, kann nicht unmittelbar auf eine Aufhebung der Immunität Al Bashirs durch den Sicherheitsrat geschlossen werden, die auch staatliche Rechtshilfe Maßnahmen zugunsten des IStGH umfasst. Die Resolution verpflichtet ausschließlich den Sudan zur Kooperation mit dem IStGH, andere Staaten werden lediglich dringend dazu angehalten.¹²² Ohne ausdrückliche Kooperations-

verpflichtung lässt sich jedoch eine umfassende Aufhebung der Immunität Al Bashirs kaum begründen.¹²³

Diese Feststellung stimmt auch mit den Ausführungen der Vorverfahrenskammer zur Prüfung der „vertikalen“ Immunität Al Bashirs überein:¹²⁴ Die Kammer stützt ihre Argumentation, dass die Immunität Al Bashirs einer Strafverfolgung durch den IStGH nicht entgegensteht, nicht unmittelbar auf die UN-Resolution selbst, sondern beruft sich auf Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut, da mit der Übertragung der Darfur-Situation durch den UN-Sicherheitsrat das gesamte Regelungsinstrumentarium des IStGH anwendbar geworden ist.

Folgt man dieser Argumentationslinie stellt sich als nächstes jedoch die Frage, ob von Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut dann nicht auch die staatlichen Rechtshilfe Maßnahmen zugunsten des IStGH umfasst sind. Im Falle von Vertragsstaatsangehörigen wird dies im Schrifttum vertreten und so der Widerspruch zwischen Art. 27 Abs. 2 und 98 Abs. 1 IStGH-Statut aufgelöst: Der Immunitätsausschluss des Art. 27 Abs. 2 IStGH wird nicht in einem engen, technischen Sinne verstanden, der allein die Gerichtsbarkeit des IStGH erfasst; vielmehr müsse er, um nicht regelmäßig ins Leere zu laufen, auch die das internationale Strafverfahren erst ermöglichenden vertikalen Kooperationsmaßnahmen der Vertragsstaaten zugunsten des IStGH, insbesondere Festnahme und Überstellung, umfassen.¹²⁵ Geht man im vorliegenden Fall

¹²³ Nach *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst* (Fn. 47), S. 441, ist eine Immunität *ratione personae* von Nicht-IStGH-Vertragsstaatsangehörigen gegenüber staatlichen Gerichtsbarkeiten dann nicht anzunehmen, wenn der UN-Sicherheitsrat die Situation nach Kapitel VII der UN-Charta an den IStGH überweist und die Resolution die entsprechenden Staatenverpflichtungen beinhaltet. Ähnliche Überlegungen stellt *Kreß*, GA 2003, 39 unter Bezugnahme auf den Erlass des Haftbefehls gegen Slobodan Milosevic durch den JStGH an. Denkbar wäre es ebenfalls, nicht aus der Resolution, sondern unmittelbar aus einem völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsausschluss *ratione personae* vor internationalen Strafgerichten auf das Nicht-Entgegenstehen der Immunität auch gegenüber staatlichen Strafgerichtsbarkeiten, die Rechtshilfe Maßnahmen zugunsten des IStGH ausführen, zu schließen; ähnlich *Kreß*, a.a.O., 39 f., *ders.*, NStZ 2000, 617 (622). Ob ein solch weit reichender völkerrechtlicher Immunitätsausschluss tatsächlich angenommen werden kann, kann im Rahmen dieses Beitrages jedoch nicht weiter vertieft werden.

¹²⁴ Siehe oben III. 1. a).

¹²⁵ Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut ist nach dieser Argumentation letztendlich irrelevant, sofern es um die Immunität *ratione personae* eines Vertragsstaatsangehörigen geht. Zu diesem Ergebnis kommen auch die Vertreter der Ansicht, nach der Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut bei Vertragsstaatsangehörigen schon von vornherein keine Anwendung findet, da mit „Drittstaaten“ allein Nicht-Vertragsstaaten gemeint sind. Anders *Kreicker*, Exemtionen (Fn. 26), S. 1380 ff., nach dem zum einen Art. 98 IStGH-Statut auch auf Vertragsstaaten Anwendung findet, und zudem Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut eng auszulegen ist und nur die Gerichtsbarkeit des IStGH umfasst, nicht die vertragsstaatliche Gerichtsbarkeit. Damit

¹¹⁹ So für amtierende Staats- und Regierungschefs sowie Außenminister ausdrücklich der IGH, Urt. v. 14.2.2002 (Arrest Warrant of 11 April 2000 [Democratic Republic of the Congo v. Belgium]), paras. 52 ff. Vgl. hierzu *Kreß*, GA 2003, 30 ff., 39; *Ipsen* (Fn. 26), § 26 Rn. 35, 41 f.

¹²⁰ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1593 (Fn. 19), S. 1. Zur Umsetzung der Resolution ist der Sudan gem. Art. 25 UN-Charta verpflichtet.

¹²¹ Vgl. hierzu *Kreicker*, Exemtionen (Fn. 26), S. 1380 ff; *Ambos* (Fn. 30), § 8 Rn. 66.

¹²² „While recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligations under the Statute, the [UN Security Council] urges all States [...] to cooperate fully.“ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1593 (Fn. 19), S. 1.

mit der Kammer von der durch den Sicherheitsrat gewollten Anwendung des Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut aus, so kann konsequenterweise nichts anderes gelten.

Diese Argumentation ist jedenfalls mit dem Schutzzweck von Immunitäten *ratione personae* gegenüber nationalen Gerichtsbarkeiten vereinbar, da Rechtshilfemaßnahmen einzelner Staaten zugunsten des Gerichtshofs grundsätzlich einen anderen Charakter haben als Maßnahmen, die allein im Rahmen nationaler Strafverfolgungen erfolgen. In diesen Fällen handelt es sich ausschließlich um Hilfstätigkeiten für den IStGH, da dieser mangels eigener Vollzugsbehörden „durch“ seine Vertragsstaaten handeln muss. Ein Verstoß gegen den Grundsatz souveräner Gleichheit aller Staaten liegt nicht vor, da der ersuchte Staat nicht über einen anderen zu Gericht sitzt. Die Gefahr politischen Missbrauchs der staatlichen Strafverfolgung ist somit derart eingeschränkt, dass es vertretbar erscheint, der effektiven Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch den IStGH den Vorrang vor der umfassenden Immunität *ratione personae* einzuräumen.¹²⁶

Damit war es dem Gerichtshof nach Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut gestattet, Festnahme- und Überstellungsersuchen an seine Vertragsstaaten zu stellen. Die Vertragsstaaten sind demnach berechtigt und zugleich verpflichtet, dem Ersuchen nachzukommen. Es erübrigt sich folglich die Frage, wie ein Vertragsstaat mit nach seiner Ansicht „rechtswidrigen“, das heißt entgegen den Voraussetzungen des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut gestellten, Rechtshilfeersuchen, umzugehen hat.¹²⁷

dürfen Staaten bei Bestehen völkerrechtlicher Immunität keine Strafgerichtsbarkeit ausüben, auch nicht, wenn es sich um eine Rechtshilfemaßnahme zugunsten des IStGH handelt – der Gerichtshof muss zunächst bei dem betreffenden Vertragsstaat einen Verzicht auf Immunität zugunsten der nationalen Strafgerichtsbarkeit erreichen. Zum Ganzen siehe *Kreß*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Stand: Februar 2009, Vor III 26 Rn. 244; *Kreß/Prost*, article 98, in: Triffterer (Fn. 63), Rn. 9, 13 f.; *Akande*, 98 American Journal of International Law (2004), 407 (419 ff.).

¹²⁶ Ähnlich *Kreß*, GA 2003, 41.

¹²⁷ Im Schrifttum wird überwiegend vertreten, dass der IStGH die alleinige Entscheidungskompetenz über die Immunitätsfrage im Sinne des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut innehat. Folglich darf ein ersuchter Staat nicht selbst Konsequenzen aus der nach seiner Ansicht nach aufgrund des „rechtswidrigen“ Ersuchens des IStGH bestehenden Pflichtenkollision ziehen und die Erledigung des Ersuchens verweigern. Er kann lediglich auf seine abweichende Rechtsauffassung hinweisen und zur Not die Rechtmäßigkeit des Ersuchens anfechten, so *Meißner* (Fn. 30), S. 121. Gestützt wird diese Ansicht auf den Wortlaut des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut und Regel 195 der Verfahrens- und Beweisanordnung. Eine gegenteilige Ansicht wird teilweise von den Vertragsstaaten vertreten, die sich in ihren Kooperationsgesetzen ein eigenes Prüfungsrecht vorbehalten. So i.E. auch *Steinberger-Frauenhofer* (Fn. 26), S. 215. Zum Ganzen vgl. *Akande* 98 American Journal of International Law (2004), 431 f.; *Broomhall*,

Was Nicht-Vertragsstaaten angeht, so kann eine Kooperationsverpflichtung mit dem IStGH aus dem Statut naturgemäß nicht abgeleitet werden. Sie ergibt sich, wie bereits dargestellt, auch nicht unmittelbar aus der Sicherheitsratsresolution. Aus der Resolution und ebenfalls über den „Umweg“ des IStGH-Statuts ließe sich jedoch möglicherweise eine Berechtigung der Nicht-Vertragsstaaten zur Festnahme Al Bashirs herleiten: Indem sich der Sicherheitsrat das Statut zu Eigen gemacht hat, entfaltet es mittelbar Wirkung nicht nur gegenüber den Vertragsstaaten, sondern auch gegenüber Nicht-Vertragsstaaten. Diese wären damit – wenn der oben erläuterten weiten Auslegung des Art. 27 IStGH-Statut gefolgt wird – zu Rechtshilfemaßnahmen zugunsten des Gerichtshofs zumindest berechtigt.

IV. Fazit und Ausblick

Auf das bereits nach Bekanntwerden des Antrags auf Erlass des Haftbefehls gegen Al Bashir äußerst kontrovers diskutierte Verhältnis von politischen Friedensbemühungen und internationaler Strafverfolgung und die damit angesprochenen, sehr grundsätzlichen Fragen der Funktionsbestimmung und Legitimation internationaler Strafjustiz sind die Richterinnen in ihrer Entscheidung nicht eingegangen.¹²⁸ Die Haftbefehlsentscheidung der Vorverfahrenskammer behandelt aber Probleme des materiellen Völkerstrafrechts und des Verfahrensrechts, die für die weitere Tätigkeit des IStGH von außerordentlicher Bedeutung sind. Allerdings verdienen die Ausführungen überwiegend Kritik: Die Überlegungen zum Erfordernis eines Kontextelements beim Völkermord können nicht überzeugen, weil die Kammer eine sachbezogene Argumentation vermissen lässt und sich stattdessen auf fragwürdige methodische Erwägungen beschränkt. Auch die Ausführungen der Kammermehrheit zum prozessualen Prüfungsmaßstab sind abzulehnen; insoweit steht allerdings zu hoffen, dass die Berufungskammer zeitnah eine Korrektur herbeiführen wird.¹²⁹

International Justice and the International Criminal Court, S. 142; *Kreß*, NStZ 2000, 622. Im deutschen Recht wird der Gedanke des Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut durch § 21 GVG umgesetzt; siehe hierzu *Kreß*, GA 2003, 42 f.; *Kreicker*, Exemptionen (Fn. 26), S. 1396, insbesondere Fn. 360.

¹²⁸ Vgl. dazu z.B. *Cayley*, 6 Journal of International Criminal Justice (2008), 829; *Ciampi*, 6 Journal of International Criminal Justice (2008), 885; *Gosnell*, 6 Journal of International Criminal Justice (2008), 841; *Nguyen*, Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, 2008, S. 368 ff.

¹²⁹ Der Ankläger hat gegen die Entscheidung der Kammer am 10.3.2009 Beschwerde gemäß Art. 82 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut eingelegt. Die Beschwerde ist abrufbar unter www2.icc-cpi.int/NR/exeres/CC751CCC-B58D-49A8-8073-83E0D06D3717.htm (10.4.2009). Sie richtet sich im Wesentlichen gegen die Interpretation des prozessualen Beweismaßstabs durch die Kammermehrheit und deren konkrete Würdigung des Beweismaterials bezüglich der Zerstörungsabsicht. Es bleibt abzuwarten, ob der IStGH die Beschwerde annehmen wird.

Fallübergreifend bestätigt die Entscheidung zwei Tendenzen, die jedenfalls erheblicher Skepsis begegnen. Zum einen wird erneut der Wille der Vorverfahrenskammer I überdeutlich, die Rechtsentwicklung des IStGH maßgeblich zu prägen. Mit den erkennbar nicht entscheidungsrelevanten, dem gefestigten Stand der internationalen Rechtsprechung widersprechenden Ausführungen zum Kontextelement des Völkermords in einer Haftbefehlsentscheidung erreicht diese Entwicklung einen Punkt, der zu einer Rückbesinnung auf die verfahrensimmanenten Aufgaben der Vorverfahrenskammer Anlass geben sollte. Zum anderen fällt die bewusste Absetzung des IStGH von der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale ins Auge. Diese Tendenz ist nicht an sich problematisch. Sie ist aber dort zu kritisieren, wo sie – wie im vorliegenden Fall bei den Überlegungen der Vorverfahrenskammer zum Kontextelement des Völkermords – nicht in inhaltlicher Auseinandersetzung erfolgt, sondern in formaler Betonung der Eigenständigkeit des IStGH.

Für den Fortgang des eigentlichen Verfahrens ist dagegen entscheidend, dass der Haftbefehl gegen Al Bashir ausgeführt und der sudanesischer Präsident festgenommen und dem IStGH überstellt wird. Hier sind insbesondere die Vertragsstaaten aufgerufen, ihrer Verpflichtung gegenüber dem IStGH gerecht zu werden, sobald sich die Gelegenheit dazu ergibt.