

AUSGABE 10/2015

S. 484 - 536

10. Jahrgang

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2015 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Beiträge

- Jahrestagung 2015 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 484
- Kriminologie und Völkerstrafrecht
Diskussionsstand, Forschungsperspektiven,
Erklärungsansätze**
Von Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Köln 485
- The International Criminal Court and the Duty to Arrest
and Surrender
The Case of Omar Al-Bashir in South Africa**
By Prof. Dr. Dire Tladi, LL.M. (Connecticut), Pretoria 493
- Die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen
in der Schweiz**
Von Andreas Müller, Dr. Stefanie Heinrich, Bern 501
- Die Umsetzung des Römischen Statuts in Österreich**
Von Dr. Konrad G. Bühler, Wien,
Dr. Astrid Reisinger Coracini, Salzburg 505
- Das Verbrechen der Aggression im deutschen Strafrecht
Überlegungen zur Umsetzung der Beschlüsse von Kampala**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 514
- Rechtsprechungsübersicht – Internationaler
Strafgerichtshof (IStGH) – 2014-2015**
Von Franziska C. Eckelmans, Den Haag 523
- Stärkung der Effizienz der Verfahren vor dem
Internationalen Strafgerichtshof**
Von Dr. Jürg Lindenmann, Bern 529
- Zwanzig Jahre in Den Haag
Erfahrungen einer Staatsanwältin**
Von Hildegard Uertz-Retzlaff, Den Haag 532

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Jaime Winter Etcheberry

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Jahrestagung 2015 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. **Florian Jeßberger**, Hamburg

Ende Mai 2015 kamen die deutschsprachigen Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler aus Wissenschaft und Praxis zur inzwischen elften Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht¹ zusammen. Im Mittelpunkt des Treffens, das an der Universität Bern stattfand, stand auch dieses Mal der Austausch über aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts. Die auf der Tagung gehaltenen Referate kommen, fast vollständig, in dieser Ausgabe der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik zur Veröffentlichung.

Nach der Begrüßung der über 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer durch die Gastgeber, *Hans Vest* und *Stefan Waeppi*, eröffnete *Michael Lauber*, Bundesanwalt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, die Tagung mit einem Bericht über Struktur und Tätigkeit des „Kompetenzzentrums Völkerstrafrecht“, das vor gut zwei Jahren bei der schweizerischen Bundesanwaltschaft eingerichtet worden ist.² Im Anschluss würdigten *Eleni Chaitidou* und *Claus Kreß* in bewegenden Worten den im Juli 2014 verstorbenen *Hans-Peter Kaul* und erinnerten an seine Verdienste um das Völkerstrafrecht sowie, nicht zuletzt, auch um den Arbeitskreis. *Claus Kreß* übernahm sodann die Präsentation der umfang- und inhaltsreichen Jubiläumsschrift, die aus Anlass des zehnjährigen Bestehens des Arbeitskreises wichtige Beiträge der vergangenen Jahre, ergänzt um weitere Texte, in einem Band zusammenführt.³ Noch unter dem unmittelbaren Eindruck dieser „Früchte“ der unter dem Dach des Arbeitskreises gebündelten Aktivitäten schloss sich der Dank aller anwesenden Mitglieder des Arbeitskreises an *Claus Kreß* an, der den Kreis nicht nur mitbegründet, sondern als Spiritus Rector ganz maßgeblich geprägt hat und der sich nunmehr, nach zehn Jahren, als Leiter des Koordinierungsausschusses zurückzieht.

Die Berichte zu den „aktuellen Entwicklungen“ eröffnete *Franziska Eckelmans* mit einem Überblick über die neuere Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofes.⁴ In der Abteilung „Landesberichte“ informierte zunächst *Andreas Müller*, anknüpfend an den Beitrag von *Lauber*, über die rechtlichen Grundlagen und die praktischen Herausforderungen der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz.⁵ *Christian Ritscher* brachte die Anwesenden sodann auf den neuesten Stand der Praxis des Generalbundesanwaltes in Karlsruhe. Schließlich berichteten *Konrad Bühler* und *Astrid Reisinger Coracini* über die Anpassung des österreichischen Strafrechts an die materiellrechtlichen Bestimmungen des

Römischen Statuts,⁶ u.a. durch Schaffung eines neuen Straftatbestandes des Verbrechens der Aggression.⁷ Zum Abschluss des ersten Tages zog *Hildegard Uertz-Retzlaff* eine ganz persönliche Bilanz aus ihrer über 20-jährigen Tätigkeit als Staatsanwältin in Den Haag.⁸

Den zweiten Tag der Veranstaltung eröffnete *Dire Tladi* mit einem Gastvortrag zu der ebenso aktuellen wie juristisch verwickelten Frage der Immunität im Spannungsfeld von Art. 27 und 98 IStGH-Statut.⁹ Im Anschluss informierte *Jürg Lindenmann* über eine wichtige Initiative zur Steigerung der Effizienz der Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof und stellte die vom Schweizerischen Außenministerium unterstützte Studie einer Gruppe von Wissenschaftlern und Praktikern zu dieser Frage vor.¹⁰ Ihren gelungenen Abschluss fand die Tagung mit dem durch *Nandor Knust* kommentierten Vortrag von *Frank Neubacher*, in dem dieser sich mit dem Stand und den Perspektiven eines kriminologischen Zugriffs auf das Völkerstrafrecht befasste.¹¹

2016 wird die Jahrestagung des Arbeitskreises in Göttingen stattfinden. Dann wird erstmals auch der neu eingerichtete Robert Kempner-Preis¹² des Arbeitskreises verliehen werden.

¹ Siehe hierzu:

<http://www.interim.uni-hamburg.de/category/arbeitskreis> (5.10.2015).

² *Müller/Heinrich*, ZIS 2015, 501.

³ *Kreß* (Hrsg.), 10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht, Geburtstagsgaben aus Wissenschaft und Praxis, 2015.

⁴ *Eckelmans*, ZIS 2015, 523.

⁵ *Müller/Heinrich*, ZIS 2015, 501.

⁶ *Bühler/Reisinger Coracini*, ZIS 2015, 505.

⁷ § 361k öStGB. Vgl. aus Sicht des deutschen Rechts hierzu *Jeßberger*, ZIS 2015, 514.

⁸ *Uertz-Retzlaff*, ZIS 2015, 532.

⁹ *Tladi*, ZIS 2015, 493 (für die Zwecke der Veröffentlichung hat *Tladi* seinen Beitrag dankenswerterweise noch im Hinblick auf die aktuellen Ereignisse um den Besuch des sudanesischen Präsidenten *Al Bashir* in Südafrika ergänzt).

¹⁰ *Lindenmann*, ZIS 2015, 529.

¹¹ *Neubacher*, ZIS 2015, 485.

¹² Nähere Informationen zum Robert Kempner-Preis finden sich hier:

<http://www.interim.uni-hamburg.de/wp-content/uploads/2015/08/AKVöStR-Preis.pdf> (5.10.2015).

Kriminologie und Völkerstrafrecht

Diskussionsstand, Forschungsperspektiven, Erklärungsansätze*

Von Prof. Dr. Frank Neubacher, M.A., Köln

I. Krisen-Kriminologie

In seiner Presidential Address an die Mitglieder der American Society of Criminology hat *William Chambliss* 1988 auf die gleichermaßen theoretischen wie methodischen Herausforderungen hingewiesen, vor die das Phänomen Staatskriminalität die Wissenschaft, insbesondere die Kriminologie stellt. Er meinte seinerzeit: „There is a form of crime that has heretofore escaped criminological inquiry, yet its persistence and omnipresence raise theoretical and methodological issues crucial to the development of criminology as a science. I am referring to what I call ‚state-organized crime‘“.¹ Seitdem sind mehr als 25 Jahre vergangen. In dieser Zeit sind Strafgerichtshöfe der Vereinten Nationen für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag (Niederlande) und für Ruanda in Arusha (Tansania) eingesetzt worden. Ebenfalls in Den Haag hat 2002 ein ständiger Internationaler Strafgerichtshof auf der Grundlage des Römischen Statuts seine Arbeit aufgenommen und Deutschland hat diesen völkerrechtlichen Vertrag durch das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) vom 26. Juni 2002 (BGBl. I 2002, S. 2254) in nationales Recht umgesetzt. Das Völkerstrafrecht boomt also, entsprechende Dissertationen sind Legion.² Ohne Übertreibung kann man konstatieren, dass sich die Strafrechts- bzw. Völkerstrafrechtswissenschaft den mit diesen Entwicklungen verbundenen Fragen in eindrucksvoller Weise gestellt hat.

Ganz anders die Kriminologie – um genau zu sein: die deutschsprachige Kriminologie³. Zwar hat sie auf internationaler Ebene einen Sprachennachteil, weil Englisch zur *lingua franca* der Wissenschaft geworden ist. Doch kann dies die „Unsichtbarkeit“ der deutschsprachigen Kriminologie alleine nicht erklären, zumal auch in deutscher Sprache kaum etwas vorgelegt wird. Die wirklichen Gründe sind für Deutschland eher in der Anbindung der Kriminologie an die Rechtswis-

senschaftlichen Fakultäten zu suchen, die einerseits zwar gute Gründe hat, wenn es um die Aufgabe der kriminologischen Ausbildung von angehenden Juristinnen und Juristen geht, die z.B. auf den Gebieten des Jugendkriminalrechts und des Strafvollzugs mit bloß rechtsdogmatischen Kenntnissen ihre Tätigkeit nicht verantwortungsvoll ausüben könnten. Andererseits hat die Fokussierung als Kehrseite eine Vernachlässigung von kriminalsoziologischen und -psychologischen Fragestellungen, insbesondere dann, wenn diese mit einer herrschaftskritischen Perspektive verbunden wären. Nicht wenige meinen, die deutsche Kriminologie sei auch durch das „kleinklein“ der Täterforschung und zu wenig Aufmerksamkeit für die Makro-Dimension des Verbrechens in eine Krise geraten.⁴ Es wären sicher weitere Gründe zu nennen, wie der Abbau von Lehrstühlen der Kriminalsoziologie⁵ und Kriminalpsychologie in der Sozialwissenschaft, die Ausdünnung der Kriminologie an den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten und die besonderen Schwierigkeiten einer Forschung im Bereich des Völkerstrafrechts, die idealiter ein interdisziplinäres Team aus Völkerstrafrechtlern, Kriminologen und Methodikern erfordert. Aber wie auch immer – Kritik ist berechtigt. Die Kriminologie hat das Feld des Völkerstrafrechts sträflich vernachlässigt.⁶

II. Diskussionstand

Es ist hier nicht der Ort, um einen umfassenden Überblick über den kriminologischen Literatur- und Forschungsstand zu geben. Auf der Basis einer subjektiven Auswahl, auch im Hinblick auf die jeweiligen Inhalte, beschränke ich mich auf einige Buchpublikationen der Jahre 2010-2014.⁷ Im Anschluss an diesen kommentierten Überblick möchte ich kurz die Perspektiven der kriminologischen Forschung (III.) ansprechen, um dann einige kriminologische Erklärungen (IV.) zu erörtern. Denn ob und wie massenhafte Verbrechen zu erklären sind, zählt sicher zu den schwierigsten kriminologischen Fragen, für deren Beantwortung bislang noch niemand

* Es handelt sich um die mit Fußnoten versehene Schriftfassung meines Vortrags während der 11. Sitzung des Arbeitskreises für Völkerstrafrecht am 30. Mai 2015 in Bern. Der dortigen Diskussion verdanke ich Anregungen, für die ich mich bedanken möchte. Außerdem danke ich meiner wiss. Mitarbeiterin *Dr. Nicole Bögelein* für kritische Kommentare. Einige meiner Gedanken habe ich auch in einem Beitrag für die Festschrift für *Heribert Ostendorf* niedergeschrieben, die im Dezember 2015 erscheint: *Neubacher*, in: *Rotsch/Brüning/Schady* (Hrsg.), *Strafrecht – Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis*, Festschrift für *Heribert Ostendorf* zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015, S. 649.

¹ *Chambliss*, *Criminology* 1989, S. 183.

² Exemplarisch etwa *Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, 2015.

³ Auf internationaler Ebene siehe *Hagan/Kaiser/Hanson*, *Iraq and the Crimes of Aggressive War, The Legal Cynicism of Criminal Militarism*, 2015; *Hagan/Rymond-Richmond*, *Darfur and the Crime of Genocide*, 2009; sowie die unter II. aufgeführte neuere Literatur.

⁴ Siehe hierzu die Schwerpunktheft *Neue Kriminalpolitik* 1/2013 und *MschKrim* 2-3/2013. Das „Freiburger Memorandum: Zur Lage der Kriminologie in Deutschland“ ist abgedruckt in *MschKrim* 2012, 385. Innerhalb der *European Society of Criminology* gibt es wenigstens eine „Working Group on Atrocity Crimes and Transitional Justice“.

⁵ Vgl. *Bögelein/Wolter*, *Kriminologisches Journal* 2015, 131.

⁶ Ähnlich *Hagan/Rymond-Richmond*, *Theoretical Criminology* 2009, S. 19: „It took criminology a long time to address some of its most important topics, for example, white-collar crime. It took criminology even longer to confront its more deadly neglected topics, namely genocide, war crimes and crimes against humanity.“

⁷ Zum älteren Schrifttum siehe *Neubacher*, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven*, 2005.

den „Stein der Weisen“ gefunden hat (den die Alchemisten früherer Jahrhunderte bekanntlich vergeblich suchten, weil es ihn nicht gab).

Vielleicht ist es symptomatisch für den Stand auch der internationalen Diskussion, dass ein nicht unerheblicher Teil der Neuerscheinungen Sammelbände sind, die wenig fokussiert ein sehr weites Feld abdecken. So wird unter dem vielversprechenden Titel „Criminology and War“⁸ ein großer Bogen vom Leiden der Kriegsveteranen über das Militär als männlich geprägte Institution bis hin zu politischen Gefangenen in Nordirland gespannt. In ähnlicher Weise entwickelt der Band „Towards a Victimology of State Crime“⁹ nicht etwa eine bestimmte viktimologische Lehre, sondern versammelt überwiegend case studies u.a. zu Kolumbien, Brasilien und Bosnien. Darüber hinaus wird die (m.E. nicht unberechtigte) Frage aufgeworfen, ob Migrationspolitik ein state crime sein könne. Hierzu muss man allerdings wissen, dass sich die Kriminologie als Sozialwissenschaft im Allgemeinen und eine sich selbst als „kritische Kriminologie“ bezeichnende Strömung im Besonderen nicht ausschließlich am Kriterium der Strafrechtswidrigkeit des Verhaltens orientiert, sondern auch andere (legale) sozialschädliche Verhaltensweisen in die Betrachtung miteinbezieht. Einen besonders guten Überblick über die Diskussion der letzten Jahrzehnte erhält die interessierte Leserschaft mit dem voluminösen Reader „The Criminology of War“¹⁰, in dem Beiträge unterschiedlicher Thematik und Güte wiederabgedruckt wurden. Die Auswahl ist insgesamt sehr gelungen und umfasst herausragende Beiträge (z.B. jenen von *Herbert Kelman* aus dem Jahre 1973¹¹) ebenso wie solche, die im Original an entlegenen Stellen publiziert wurden – eine echte Bereicherung also, die sich besonders zum Einstieg in die Thematik eignet.

Gleichfalls bemerkenswert ist die erste Dissertation in deutscher Sprache seit langem¹², die sich eine reizvolle Fragestellung gewählt und die Situationsländer des ICC auf Gemeinsamkeiten im Hinblick auf gesellschaftliche Ursachen sowie individuelle Motivlagen untersucht hat. In eine Reihe mit dem Namen „Key Ideas in Criminology“ ist zu Recht eine knappe, aber unverzichtbare Schrift zu „Genocidal Crimes“¹³ aufgenommen worden. Sie vermittelt einen guten Eindruck von der kriminologischen Perspektive auf Genozid, insbesondere von den diversen Neutralisationstechniken sowie vom „organizational context“ bzw. vom „individual context“. In eine ähnliche Richtung geht das Anliegen von

Olusanya.¹⁴ Abgesehen von einer kriminologischen Wiederentdeckung von Emotionen geht es ihm um die Verschränkung von Makro- und Mikroebene. Sein als „Macro-Micro Integrated Theoretical Model (MMITM)“ bezeichneter Erklärungsversuch erscheint allerdings als recht präntiös, wenn man berücksichtigt, dass die Einbeziehung verschiedener Ebenen sozialwissenschaftlich kaum eine Weltneuheit genannt werden kann. Als besonders anregend habe ich die Lektüre einer Bielefelder Studie zum Holocaust empfunden. Ihr Titel „Ganz normale Organisationen“ ist unverkennbar eine Anspielung auf die geschichtswissenschaftliche Studie von *Christopher Browning*¹⁵, dessen Quellenmaterial zu den Massenerschießungen im südpolnischen Józefów einer erneuten Interpretation unterzogen wurde. Die Kernaussagen der Studie gebe ich hier wörtlich wieder: „Aus soziologischer Perspektive liegt das Beunruhigende am Holocaust darin, dass es bei organisierten Gewaltanwendungen zweitrangig ist, aus welchen Motiven sich Personen an Folterungen, Erschießungen oder Vergasungen beteiligen. Auf Gewaltanwendung spezialisierte Organisationen müssen sich natürlich darauf einstellen, ob ihre Mitglieder sich mit dem Zweck der Tötungen voll identifizieren – ob die Zwecke der Organisation also mit deren eigenen Motiven weitgehend übereinstimmen, ob sie den Zwecken der Organisation eher neutral gegenüberstehen und sich die Beteiligung an von der Organisation als sinnvoll erachteten Handlungen ‚abkaufen‘ oder ‚abnötigen‘ lassen oder ob sie den konkreten Handlungen vielleicht sogar mit Skepsis begegnen. Was am Ende für die Organisation zählt, ist allein, dass die von ihr erwarteten Handlungen ausgeführt werden.“ Und an anderer Stelle: „Der Holocaust [...] konnte in der uns bekannten Art und Weise nur durchgeführt werden, weil der NS-Staat sich auf Organisationen – also auf ein zentrales Prinzip moderner Gesellschaften – stützen konnte. Und Organisationen differenzieren Mitgliedschaftsrollen und bringen ihre Mitglieder dazu, Dinge zu tun, die sie außerhalb der Organisation nicht tun würden.“¹⁶

So oder zumindest so ähnlich kann eine Position umschrieben werden, die sich seit den aufsehenerregenden Arbeiten *Stanley Milgrams*¹⁷ und dem Prozessbericht von *Hannah Arendt*¹⁸ einigen Zuspruchs in der Wissenschaft erfreuen dürfte und der ich selbst nahe stehe.¹⁹ Umso herausfordernder ist die Publikation eines emeritierten kanadischen Soziolo-

⁸ Walklate/McGarry (Hrsg.), *Criminology and War, Transgressing the Borders*, 2015.

⁹ Rothe/Kauzlarich (Hrsg.), *Towards a Victimology of State Crime*, 2014.

¹⁰ Jamieson (Hrsg.), *The Criminology of War*, 2014.

¹¹ *Kelman*, *Journal of Social Issues* 1973, 25.

¹² *Khakzad*, *Kriminologische Aspekte völkerrechtlicher Verbrechen, Eine vergleichende Untersuchung der Situationsländer des Internationalen Strafgerichtshofs*, 2015.

¹³ *Alvarez*, *Genocidal crimes*, 2010.

¹⁴ *Olusanya*, *Emotions, Decision-Making and Mass Atrocities, Through the Lens of the Macro-Micro Integrated Theoretical Model*, 2014.

¹⁵ *Browning*, *Ganz normale Männer, Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die „Endlösung“ in Polen*, 1999.

¹⁶ *Kühl*, *Ganz normale Organisationen, Zur Soziologie des Holocaust*, 2014, S. 245 f. u. 299.

¹⁷ *Milgram*, *Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität*, 1997.

¹⁸ *Arendt*, *Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, 1964.

¹⁹ *Neubacher* (Fn. 7), S. 215 ff. u. 243 ff.

gen, der in seinem Buch²⁰ die Gegenposition vertritt und, abgesehen von Ausführungen zu eigenen Erfahrungen in Ruanda, zu den Grenzen des Strafrechts und Sinn und Zweck von Wahrheitskommissionen, erklärtermaßen das Ziel verfolgt, den Arbeiten von *Milgram* und *Arendt* einen neuen Stellenwert zuzuweisen. Die Kritik an *Milgrams* methodischer Vorgehensweise (z.B. Variationen statt Experiment, Schaffen einer für die Versuchspersonen ambivalenten Situation, unzureichende Dokumentation) sowie die Zweifel an der forschungsethischen Zulässigkeit sind zum Teil berechtigt. Für die wissenschaftliche Einordnung der Ergebnisse scheint sie mir aber nicht durchschlagend zu sein. Denn ist nicht auch die tatsächliche Entscheidungssituation einer Person, die Anordnungen von einer Autorität erhält, von Ambivalenzen geprägt? Auch im „echten Leben“ werden Autoritäten den Ausführenden mit allerlei „guten Gründen“ von der Notwendigkeit und Rechtfertigung des Handelns überzeugen wollen, selbst wenn sich extreme Folgen der Handlung aufdrängen und der Handelnde nicht auf die Beteuerungen der Autorität vertrauen dürfen. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachzuvollziehen, warum das widerstreitende Eindrücke auslösende Setting bei *Milgram* (einerseits die Beschriftung der Schockapparatur bis zu 450 Volt sowie die Schmerzensschreie des vermeintlichen Schülers, andererseits die Ungerührtheit des Versuchsleiters und seine Beteuerung, es würden keine Schäden zurückbleiben) die Validität der Ergebnisse beeinträchtigen soll. Außerdem haben zahlreiche Replikationen der Studie von *Milgram* – zuletzt durch *Jerry M. Burger* 2006 in einer forschungsethisch entschärften Version – zu einer Bestätigung der Ergebnisse und deren Interpretation geführt.²¹ Was wiederum die Kritik an *Hannah Arendt* betrifft, ist dem Autor zu entgegen, dass er *Arendt* – wie so viele – missverstanden hat oder hat missverstehen wollen. Seine Vorhaltung, *Arendt* habe Adolf Eichmann in ihrem Prozessbericht als einen von äußeren Faktoren angetriebenen „Clown“²² dargestellt, ist unzutreffend und verkennt die Stoßrichtung *Arendts*. Sie legte großen Wert darauf, jede Überhöhung und Mystifizierung „des Bösen“ vermeiden. Der Begriff der „Banalität des Bösen“ ist bei ihr als Gegenbegriff zum „radikal Bösen“ entstanden und sollte die Gedankenlosigkeit, aber auch die Unwilligkeit bzw. Unfähigkeit der Täter, sich die Konsequenzen des eigenen Tuns klar zu machen, in den Vordergrund rücken. Einer Exkulpation oder Entlastung der Täter hat *Arendt* nie das Wort geredet, im Gegenteil. Aber sie hat zeigen wollen, dass „das Böse“ in der ungelungenen Gestalt eines Bürokraten aus dem Reichssicherheitshauptamt der SS aufgetreten war bzw. dass „das Böse“ – wie es eine Studentin einmal auf den Punkt brachte – „eine Hornbrille tragen kann“.

III. Forschungsperspektiven

In dem Widerwillen, mit „dem Bösen“ hinter der Fassade des Biedermannes zu rechnen, wirkt möglicherweise der unheilvolle kriminalbiologische Glaube fort, den Kriminellen als „geborenen Verbrecher“ (*Lombroso*) an Äußerlichkeiten erkennen zu können. Wissenschaftlich ist das längst überholt. Kriminologiegeschichtlich folgte bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts ein typologisierendes Denken, mit dem die tonangebenden Juristen und Psychiater nach Abnormitäten und Tätertypen suchten, die das Verbrechen als Folge individueller Defizite zu erklären schienen. Dahinter stand durchaus der Wunsch, den Erwartungen gerecht zu werden, die das Strafrecht und die Strafverfolgungsbehörden an die als „kriminalwissenschaftliche Hilfswissenschaft“ wahrgenommene Kriminologie herantrugen. Beides, die Dienstfertigkeit gegenüber dem Strafrecht sowie die mangelnde Öffnung zu den Sozialwissenschaften, bewirkte in den 1970er Jahren einen tiefreichenden Bruch zwischen der „alten“ und einer „neuen“, sozialwissenschaftlich orientierten Kriminologie. Die Kenntnis dieser Entwicklung kann dazu beitragen, die Skepsis gegenüber Täter-Typologien in der Kriminalwissenschaft nachzuvollziehen.²³ Nun ist 2008 für das Völkerstrafrecht von *Alette Smeulers* eine Typologie vorgelegt worden, mit der die Disziplinen Völkerstrafrecht und Kriminologie einander nähergebracht werden sollen. Dabei wird von vornherein klargestellt, dass die Täter solcher Verbrechen in der Regel normale, an sich gesetzestreue Menschen sind.²⁴ Um die ganze Bandbreite menschlicher Verhaltensweisen und Motive zu erfassen und, wohl auch mit Blick auf die Strafzumessung, Unterscheidungen herauszuarbeiten, werden dann folgende Typen unterschieden: „the criminal mastermind“, „the fanatic“, „the criminal/the sadist“, „the profiteer“, „the careerist“, „the devoted warrior“, „followers and conformists“, „the compromised perpetrator“ sowie „the professional“.²⁵ Wie gesagt: Damit soll nicht hinter sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zurückgegangen werden und das passiert auch nicht. Und doch: Was ist mit einer solchen Typologie gewonnen? Das Bewusstsein, dass es unterschiedliche Rollen und Motive geben kann? Hierfür ist eine Typologie, die stets den Eindruck vermittelt, ein Phänomen sei abschließend geordnet worden, nicht unbedingt erforderlich. Der Eindruck eines Ordnungssystems ist außerdem trügerisch. Gibt es nicht noch weitere Typen? Wie ist es um die Trennschärfe der Typen bestellt oder kann ein und dieselbe Person auch unter verschiedene Typen kategorisiert werden? Es geht mir an dieser Stelle nicht darum, den heuristischen Wert von Typologien in der Sozialwissenschaft generell zu bestreiten. Typologien können das Verständnis von Phänomenen befördern, insbesondere wenn sie von empirischen Daten ausgehen und nicht „freihändig“ entwickelt worden sind, aber sie suggerie-

²⁰ *Brannigan*, *Beyond the Banality of Evil*, *Criminology and Genocide*, 2013.

²¹ *Burger*, *American Psychologist* 2009, 1 ff.; *Neubacher*, *Kriminologie*, 2. Aufl. 2014, S. 119.

²² *Brannigan* (Fn. 20), S. 201.

²³ Vgl. dazu *Höffler*, Tätertypen im Strafrecht und in der Kriminologie, Antrittsvorlesung an der Georg-August-Universität Göttingen am 12.6.2014 (noch unveröffentlicht).

²⁴ *Smeulers*, in: *Smeulers/Haveman* (Hrsg.), *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, 2008, S. 233 (234).

²⁵ *Smeulers* (Fn. 24), S. 244-260.

ren auch eine Scheinexaktheit. Bei Straftätern im Allgemeinen und Tätern von Staatskriminalität im Besonderen ist das größte Problem daran, dass Typologien selbst bei Berücksichtigung des systemischen Kontextes das Augenmerk auf die individuelle Ebene lenken und vom System wegführen – so als seien letztlich doch individuelle Motive ausschlaggebend.

Sollte bis hierhin der Eindruck entstanden sein, die Kriminologie befasse sich vorzugsweise mit Typologien oder Täterpersönlichkeiten, so ist dieser Eindruck jetzt zu korrigieren und muss einem breiten Verständnis dessen Platz machen, was Kriminologie alles sein kann:

- Die *Phänomenologie* versammelt Erkenntnisse zu den konkreten Erscheinungsformen des Verbrechens bzw. des abweichenden Verhaltens. Hierzu zählen, soweit vorhanden, amtliche kriminalstatistische Daten (z.B. aus der Polizeilichen Kriminalstatistik, der Strafverfolgungs- und Strafvollzugsstatistik), aber auch Befunde aus wissenschaftlichen Studien oder Beobachtungen. Letztere gewinnen besonders dann an Gewicht, wenn kriminelle Verhaltensweisen von Mächtigen wegen der „Unantastbarkeit“ der Hauptverantwortlichen nicht strafverfolgt werden und folgerichtig nicht in amtlichen Datensammlungen erscheinen. Einzelphänomene dieser Art können beispielsweise der Handel mit wertvollen Rohstoffen eines Landes oder mit geplünderten Kulturgütern sein, dessen Gewinne in die Privattaschen der Beteiligten fließen, aber auch staatlich angeordnete Massaker, Genozide oder Willkürakte an politischen Gegnern. Eine lohnenswerte Perspektive ist jene der Zeit, die solche Geschehnisse nicht als plötzlich eintretendes Ereignis verstehen, sondern ihren Prozesscharakter herausarbeiten will. In welcher Weise wurden die Konfliktlinien gezogen? Wer oder was hat für die Eskalation gesorgt, ggf. mit welchen Interessen? Wann war der Umschlagpunkt, an dem die Feindseligkeiten in manifeste Gewalt umgeschlagen sind?²⁶ Die Suche nach Mustern im Ablauf solcher Geschehnisse ist von dem Gedanken getragen, Gefahren möglicherweise beizeiten zu erkennen und Schlimmeres zu verhindern. Sie trägt außerdem der Erfahrung Rechnung, dass kollektiven Verbrechen ein Prozess der gesellschaftlichen Diskriminierung, Ausschließung und Entrechtung vorausgeht, in dem die späteren Opfer zunächst markiert und „zugerichtet“ werden.
- Die *Ätiologie* eröffnet das Feld der Erklärungsansätze, auf die später zurückzukommen sein wird (s. unten IV.).
- Die *Pönologie* bzw. Sanktionsforschung untersucht den Prozess der Sanktionierung. Sie analysiert die Strafzumessungspraxis und prüft, ob das Strafrecht hinreichend gleichmäßig angewendet wird (Problem der Selektivität). Da dem Strafrecht viele Wirkungen zugeschrieben werden (z.B. Abschreckung), geht die zentrale Frage dahin, ob solche Zwecke denn tatsächlich erreicht werden. Diese, auf empirischem Wege zu ermittelnden Antworten der

Kriminologie auf die Frage der Sanktionswirkung fallen für das Strafrecht in der Regel wenig schmeichelhaft aus. Die Abschreckungswirkung des Strafrechts geht z.B. ins Leere, wenn ein kalkulierender Täter (und das tun viele Täter nicht einmal!) meint, nicht gefasst oder nicht verurteilt zu werden, mit anderen Worten: sein Entdeckungs- oder Sanktionierungsrisiko gering einschätzt.²⁷ Genau hier liegt nun das Problem eines Völkerstrafrechts, welches erklärtermaßen nicht systematisch, sondern wegen der begrenzten Ressourcen nur exemplarisch und komplementär zur nationalen Justiz zum Einsatz kommen soll – im Übrigen oft erst viele Jahre nach der Tat. Das ist für das Kalkül eines Täters ebenfalls relevant, weil weit in der Zukunft liegende Folgen in einer Kalkulation als weniger gewichtig erscheinen als zeitlich näher liegende.

- Kriminologische *Institutionenforschung* befasst sich mit den Institutionen der formellen strafrechtlichen Sozialkontrolle. Wie sind Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte strukturiert und ausgestattet, welche Personen arbeiten dort in welchen Rollen, mit welchen Qualifikationen und mit welchen Vorannahmen und Einstellungen zu ihrer Tätigkeit bzw. ihrem „Klientel“.
- Die *Viktimologie* wird als Wissenschaft vom (Verbrechens-)Opfer bezeichnet.²⁸ Während sie sich anfangs für die Genese der Tat und eine etwaige Mitwirkung des Opfers interessierte (es gab auch Opfertypologien), richtet sich der Fokus heute stärker auf die durch die Tat ausgelösten Folgen (z.B. Traumatisierung), die Bedürfnisse des Opfers und sein Opferverhalten (z.B. Anzeigebereitschaft) sowie auf seine Bereitschaft, sich auf nichtstrafrechtliche Schlichtungsverfahren einzulassen. Auch das ist ein weites Feld für die Überprüfung von Annahmen. Was bedeutet es für das Strafrecht, wenn der bloße Umstand, dass Tatopfer bzw. ihre Hinterbliebenen vor Gericht in sog. victim impact statements zu Wort kommen, keine direkten therapeutischen Effekte auslöst. Wut und Angst werden nicht in jedem Fall verringert. Allerdings führt ein Opfer-Statement in der Untergruppe derer, die von einem größeren Gefühl der Kontrolle über ihren Heilungsprozess berichten, zu einer deutlichen Reduzierung von Gefühlen der Angst und Wut.²⁹ Besser geht es also nur jenen, die sich auf das konzentrieren, was sie tun können und keine überzogenen Erwartungen haben. Und was bedeutet das für die Opferbeteiligung vor internationalen bzw. internationalisierten (hybriden) Strafgerichten?³⁰ Sind solche viktimologischen Befunde von der nationalen Ebene überhaupt auf die Ebene internationaler Strafgerichte übertragbar?

²⁷ Vgl. Neubacher (Fn. 21), S. 88.

²⁸ Vgl. Schneider, Viktimologie, 1975.

²⁹ Lens u.a., European Journal of Criminology 2015, 30.

³⁰ Zu sog. hybriden Gerichten Hoven/Feiler/Scheibel, Victims in Trials of Mass Crimes, A Multi-Perspective Study of Civil Party Participation at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 2013.

²⁶ Vgl. Klusemann, European Journal of Criminology 2012, 468.

Über die Auswertung von Daten, die die Justiz zur Verfügung stellt (z.B. Zahl der Verfahren und Abgeurteilten, Höhe der Strafen, Dauer der Verfahren), hinaus können die skizzierten Fragestellungen mit den herkömmlichen Methoden der empirischen Sozialforschung angegangen werden. So können im Wege der Aktenanalyse etwa Strafverfahrensakten untersucht werden. Die Analyse kann sich aber auch auf Dokumente ohne Justizbezug erstrecken (z.B. massenmediale Texte). Interviews sind ein geeignetes Mittel für die Befragung von Richterinnen und Richter, von Vertretern der Staatsanwaltschaft, Opfern oder Zeugen, während Fragebögen zur Messung von Einstellungen eingesetzt werden können. Im Allgemeinen kommen sowohl quantitative als auch qualitative Methoden in Betracht (oder eine Mischung von beidem). In Abhängigkeit von den konkreten Forschungsfragen wird man zu entscheiden haben, in welchem Maße völkerstrafrechtliche und kriminologische (einschl. methodischer) Kompetenzen benötigt werden. Das wird in manchen Fällen zu Kooperationen mit anderen Forschungseinrichtungen führen.

IV. Erklärungsansätze

Die besondere Problematik der Verfolgung von völkerstrafrechtlichen Verbrechen besteht darin, dass die Verantwortlichen, in der Regel hohe Funktionäre bzw. die „Spitzen des Staats“, nicht den üblichen Vorstellungen von einem „Kriminellen“ entsprechen und sich offensiv verteidigen, indem sie (wahlweise oder auch in dieser Reihenfolge) das Geschehen leugnen, es formaljuristisch begründen oder politisch rechtfertigen.³¹ Entscheidend dürfte aber sein, dass die Verhaltensweisen nicht in Abweichung, sondern in systemkonformer Übereinstimmung mit den Verhaltenserwartungen des Kollektivs erfolgt sind. Wo Abweichung normal ist, sie gewissermaßen zur Norm wird, ist das Verbrechen schwer auszumachen.³² Das Problem besteht also in Form einer kollektiven „Sehbehinderung“, einer fehlenden Sensibilität für die Unrechtmäßigkeit des kollektiven Vorgehens, die nach einem Systemwechsel nicht einfach verschwindet, sondern bestenfalls allmählich verblasst. Wie lange hat es in Deutschland gedauert, bis eine zaghafte juristische Aufarbeitung und intensiver geführte gesellschaftliche Diskussionen einsetzen, die die Tätergeneration in Bedrängnis brachten? Mindestens zwanzig Jahre, eher mehr.

Es wäre anmaßend, alle Massenverbrechen „über einen Kamm zu scheren“ und vom Holocaust über die Verbrechen im ehemaligen Jugoslawien bis hin zum Genozid in Ruanda mit denselben Erklärungsansätzen alles gleichsam rückstandslos erklären zu wollen.³³ Dafür sind die jeweiligen

historischen Ereignisse zu unterschiedlich. Die Singularität der Vernichtung der europäischen Juden im Holocaust wird indes nicht dadurch geleast, dass man in diesem wie in anderen Verbrechen bestimmte soziale und sozialpsychologische Prozesse bzw. Mechanismen wirken sieht. Von diesen will ich im Folgenden sprechen. Dabei schließe ich daran an, dass die kriminologische Suche nach individuellen Abnormitäten bzw. Pathologien, die das Gesamtgeschehen erklären könnten, erfolglos verlaufen ist. Nicht von ungefähr macht in der Kriminologie gegenwärtig die „Situational Action Theory“ von sich reden, die u.a. auf die Einflüsse des moral environment auf die Entscheidungssituation abstellt und damit auch negative Beeinflussungen durch peer groups meint.³⁴ Gerade am Beispiel politisch motivierter Staatskriminalität bestätigt sich der Eindruck, nicht der Einzelne, sondern die Situation, in die er sich gestellt sieht, mache den Unterschied. Es geht also „nicht um Menschen und ihre Situationen, sondern eher um Situationen und ihre Menschen“.³⁵ Dabei treffen drei Ebenen aufeinander, die in den Blick zu nehmen sind: Die gesellschaftliche Makroebene (System), die Meso- bzw. Zwischenebene (Gruppe) und die Mikroebene (Individuum). Für die Soziologie hat Coleman ein Mikro-Makro-Modell zur Erklärung kollektiver Regelmäßigkeiten entwickelt, welches, durch Esser verfeinert, die gesellschaftliche Makroebene mit der individuellen Mikroebene verknüpft (siehe *Abbildung 1*, S. 492) und in dem sich beide wechselseitig beeinflussen.³⁶ Ein Akteur wird demnach in einer Entscheidungssituation von Faktoren (z.B. Propaganda) beeinflusst, die von der Makroebene herrühren (Logik der Situation).

Diese schlagen in der Weise durch, dass er mit seiner Entscheidung eine Handlung zugunsten einer anderen vorzieht (Logik der Selektion). Die Summe der Handlungen von vielen wirkt wiederum auf die Makroebene zurück (Logik der Aggregation), so dass die Veränderung der sozialen Ordnung von einem Zeitpunkt zu einem anderen durch diesen Prozess erklärbar scheint. Ausgangspunkt des Veränderungsprozesses ist hier die Makroebene und nicht (wie es Typologien nahelegen) das Individuum. Allerdings können, so ist zu ergänzen, Strukturen keine Verbrechen begehen – hierfür bedarf es menschlicher Akteure.

In einer konkreten Situation werden konkrete Verhaltenserwartungen nicht zufällig an ein Individuum herangetragen; vielfach werden sie sich schon aus der sozialen Rolle ergeben

³¹ Treffend ist insofern der Titel des Beitrags von *Opton*, *It Never Happened And Besides They Deserved It*, in: Sanford/Comstock (Hrsg.), *Sanctions for Evil, Sources of Social Destructiveness*, 1971, S. 49.

³² Vgl. *Neubacher* (Fn. 21), S. 170.

³³ Vermutlich muss auch noch stärker nach den einzelnen völkerstrafrechtlichen Tatbeständen (Aggression, Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen) differenziert werden.

³⁴ Vgl. *Wikström*, in: Manzo (Hrsg.), *Analytical Sociology, Actions and Networks*, 2014, S. 74 (87): „SAT proposes that a setting’s criminogeneity depends on its moral context, which involves the moral norms of the environment and personal morals of significant others present (such as peers).“

³⁵ *Goffman*, *Interaktionsrituale, Über Verhalten in direkter Kommunikation*, 1971, S. 9.

³⁶ *Coleman*, *Foundations of Social Theory*, 1990, S. 6 ff.; *Esser*, *Soziologie, Spezielle Grundlagen*, Bd. 1, *Situationslogik und Handeln*, 1999; siehe auch *Lüdemann/Ohlemacher*, *Kriminalsoziologie, Theoretische und empirische Perspektiven*, 2002, S. 18-24; *Schulz-Schaeffer*, *Zeitschrift für Soziologie* 2008, 362.

(z.B. als Soldat). Rollen organisieren Verhaltenserwartungen, aber sie schließen individuelle Motive nicht aus. So sind vom Exzesstäter über begierige Mitläufer, Gedankenlose und Widerwillige bis hin zu jenen, die sich der Situation entziehen oder offen Widerstand leisten, viele Motive und Verhaltensweisen möglich. Weil die konkreten Verhaltenserwartungen in einer Situation oft als stark erlebt werden, bleibt sogar Raum für so banal erscheinende Überlegungen wie z.B. „die anderen nicht alleine zu lassen“ oder „wie hätte ich sonst dagestanden?“. Die individuelle (auch strafrechtliche) Verantwortlichkeit wird hierdurch nicht ausgeschlossen. Denn diese ist in vielen Abstufungen denkbar (und nicht nur ganz oder gar nicht). Außerdem kann das Maß der Schuld davon abhängig gemacht werden, dass man sich – trotz erkennbarer Verhaltenserwartungen, also sehenden Auges – bestimmten Gruppen oder Organisationen angeschlossen hat. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass trotz des im Milgram-Experiment aufgebauten Drucks rund ein Drittel der Versuchspersonen letztlich nicht gehorsam war. Es geht in aller Regel also nicht um Situationen, in denen tatsächlich keine Handlungsalternative bestand. Aber subjektive Einschätzungen bzw. Erwartungen sind mächtige handlungsleitende Annahmen (Thomas-Theorem). Die Akteure empfinden ihre Lage zwar nur als alternativ- und ausweglos, handeln auf dieser Grundlage aber so, dass die Annahmen in ihren Konsequenzen real sind. Im Nachhinein werden die Handlungen dann mit objektiv zwingenden Umständen (z.B. Befehlsnotstand) erklärt. Im Falle der während des Zweiten Weltkriegs verübten Verbrechen hielten solche Behauptungen einer näheren Überprüfung nicht stand. Unter hunderten von Fällen, die die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen in Ludwigsburg untersuchte, ließ sich nicht ein einziger Fall nachweisen, in dem ein Militärangehöriger, der die Ausführung eines verbrecherischen Befehls ablehnte, selbst exekutiert oder ernsthaft bestraft worden wäre, z.B. durch Todesurteil, Erschießung oder Einweisung in ein Konzentrationslager.³⁷ Soweit Befehlsverweigerer Nachteile hinnehmen mussten, handelte es sich überwiegend um Versetzungen an die Front, Rügen und – im Falle von Offizieren – auch um Degradierungen. Allerdings zogen Verweigerungen in beträchtlichem Maße überhaupt keine nachteiligen Folgen nach sich.³⁸

Doch kehren wir zu den Erklärungsansätzen zurück, die von der gesellschaftlichen Makroebene und dem jeweiligen politischen Kontext auszugehen haben. Dort werden Menschen oder Gruppen zu Staatsfeinden erklärt, dort werden Handlungsnotwendigkeiten suggeriert und Situationsdefinitionen (Logik der Situation) „von oben“ vorgegeben. Auf die Handlungssituation bezogene Deutungsmuster einschließlich

Neutralisationstechniken³⁹ werden in Propaganda dem Einzelnen zur Übernahme angeboten und strukturieren damit gegenwärtige und künftige (Handlungs-)Situationen vor, in die der Einzelne gestellt ist. Wo es politisch um das große Ganze geht und wo deshalb besonders viel auf dem Spiel zu stehen scheint, muss „der Feind“ scheinbar mit allen Mitteln bekämpft werden („der Zweck heiligt die Mittel“). Aus diesem Grunde liegt die Anrufung höherer Verbindlichkeiten („Verteidigung von Volk und Heimat“) und die Leugnung des Opfers (Dämonisierung und Dehumanisierung des Feindes) nahe. Die eigene Verantwortung kann dadurch minimiert werden, dass sie auf den Angreifer bzw. auf die politische Führung abgewälzt wird. Außerdem hat die Identifizierung eines gemeinsamen „Feindes“ eine unifizierende Wirkung („Wir“ gegen „die da“). Diese führt zu einer Herabsetzung der Kritikfähigkeit, weil individuelle Belange, Interessen und Auffassungen hinter dem kollektiven Interesse zurücktreten. Es scheint, als ob Menschen zu fast allem gebracht werden können, wenn man ihnen dafür einen „guten Grund“ nennt und ihnen (scheinbar) die Verantwortung abnimmt. Handlungssituationen sind in diesem Sinne nicht seinsmäßig vorgegeben; ihre Bedeutung wird kommunikativ hergestellt.⁴⁰ Man kann das auch als „Frame“ (Esser), als „Referenzrahmen“ (Welzer), „framing process“ bzw. als „cultural frame“ (Hagan) bezeichnen. Nach Hartmut Esser „definiert“ Framing die Situation „auf doppelte Weise: durch die zuspitzende Selektion eines dominierenden Rahmens *und* durch die Festlegung des Akteurs auf diesen Rahmen dadurch, daß der Rahmen dem Akteur subjektiv ganz selbstverständlich erscheint.“⁴¹ Diese Rahmung sowie die tatsächliche Praxis einer Gruppe, der der Täter angehört, sind es, und weniger Einstellungen oder Dispositionen des Einzelnen, die selbst extreme Gewaltformen erklären.⁴²

In sozialpsychologischer Hinsicht erscheint Gewalt als organisierbar. Es gehört zum „Handwerkszeug“ krimineller Machthaber, Prozesse der Autorisierung, Routinisierung⁴³ und Dehumanisierung in Gang zu setzen und sich zu Nutze zu machen. Wenn eine Anordnung von mehreren Personen arbeitsteilig und wiederholt erfüllt wird, wird sich niemand alleine für das ganze Werk verantwortlich fühlen; vor allem aber hat die Wiederholung zur Folge, dass sich der Fokus der Aufmerksamkeit mit zunehmender Dauer von grundsätzlichen Fragen nach richtig oder falsch zu moralisch irrelevanten Details des Handlungsablaufs verschiebt, die die „Tö-

³⁹ Vgl. Alvarez (Fn. 13), S. 115 ff.; Neubacher, in: Hankel (Hrsg.), Die Macht und das Recht, Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2008, S. 23 ff.; Lüdemann/Ohlemacher (Fn. 36), S. 132 f.

⁴⁰ Neubacher (Fn. 21), S. 172.

⁴¹ Esser, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1996, 1 (17).

⁴² Neitzel/Welzer, Soldaten, Protokolle vom Kämpfen, Töten und Sterben, 2011, S. 16 ff. und 394, bzw. Hagan/Rymond-Richmond (Fn. 3), S. 119 („socially framed collective action“).

⁴³ Dazu Kelman (Fn. 11), S. 38 ff.

³⁷ Schreiber, Deutsche Kriegsverbrechen in Italien, Täter, Opfer, Strafverfolgung, 1996, S. 48 m.w.N.; Jäger, Mschr-Krim 1962, 79.

³⁸ Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967, S. 94 ff., 120-122; Baumann, JZ 1963, 120; Browning (Fn. 15), S. 87 f.

tungsarbeit“ optimieren sollen.⁴⁴ Das Töten vieler Menschen wird so als Aufgabe angegangen, die mehr oder weniger effektiv verrichtet werden kann. Zum Beispiel hat ein Täter des Genozids in Ruanda gesagt: “I would teach the people in the group how to kill, and how to kill people without too much noise. I taught them how to be clever in the killings“.⁴⁵ Vielsagend ist auch der Bericht eines ehemaligen Angehörigen des irakischen Sicherheitsapparates unter Saddam Hussein, der schildert, welche Empfindungen und Rationalisierungen den Prozess begleiteten, in dem er zu einem Folterer ausgebildet wurde.⁴⁶ Das Gewissen wird durch Routinisierung regelrecht betäubt – ein Vorgang, den sich militärische Systeme durch das beständige Einüben von Abläufen (Drill) zunutze machen. Tatsächlich ist zu beobachten, dass für Soldaten in vielen Situationen vor allem relevant ist, was von ihnen erwartet wird und was die anderen machen, während rechtliche Normen weitgehend ausgeblendet werden.⁴⁷ Routinisierung minimiert also die Gelegenheiten, Fragen der moralischen Verantwortung aufzuwerfen, und führt zu einem Einschleifen der vorgegebenen Situationsdefinition. Der Umstand, dass nationalsozialistischer Rassenwahn in Deutschland zur Einrichtung von Konzentrations- und Vernichtungslagern führte, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Vernichtungswerk minutiös geplant und in bürokratischer Manier ausgeführt wurde. Für Konzentrationslager galten schriftlich fixierte Lagerordnungen. In gewissem Sinne hatte also selbst der Irrsinn noch seine bürokratischen Regeln und war rational organisiert.⁴⁸ Für Täter und Teilnehmer an den Verbrechen war das ein bedeutsamer Umstand. Denn daraus erwuchs der Anschein einer regelhaften, ordnungsgemäßen Normalität, die, weil sie geregelt war, nicht Unrecht sein konnte.⁴⁹

Als Strategien zur Überwindung von Tötungshemmungen werden etwa das Schaffen räumlicher Distanz, Anordnungen einer Autorität, der Gruppendruck und die Degradierung der Opfer eingesetzt.⁵⁰ Am Beispiel der von *Browning* beschriebenen Massenerschießungen ist kürzlich aufgezeigt worden, dass es auch die „organisierte Plötzlichkeit“⁵¹ war, die als „Dominanztechnik“ anfängliche Hemmungen und emotionale Widerstände zu überwinden half.

Als Fazit lässt sich festhalten: Die Ebene des Individuums ist im Kontext von Staatskriminalität nicht bedeutungslos, doch für die kriminologische Erklärung von Verbrechen weniger relevant als das „gesellschaftliche Klima“, d.h. die Makroebene des Politischen. Dort wird an den Frames gearbeitet, dort werden die Neutralisierungstechniken angeboten, die der Einzelne in sein Rechtfertigungsrepertoire übernehmen kann. Prävention bedeutet daher, den Einzelnen zu befähigen, diesen Täuschungen nicht zu erliegen und sich in entscheidenden Situationen behaupten zu können. Hierfür sind Verfahren bereitzustellen (z.B. Rechtsschutz, Überprüfung von Anordnungen, Berufung auf Gewissen), die den Einzelnen vor Gruppendruck und Übereilung schützen und ihn an seine unveräußerliche Verantwortung erinnern. Nicht jedes politische System wird hierzu allerdings bereit sein.

⁴⁴ *Welzer*, Täter, Wie aus ganz normalen Menschen Massenmörder werden, 2005, S. 86, 129 f., spricht von „instrumentelle[r] Rationalität“.

⁴⁵ *Smeulers/Hoex*, *The British Journal of Criminology* 2010, 450.

⁴⁶ Siehe *Hagan/Kaiser/Hanson* (Fn. 3), S. 29-31 („Learning to Torture“).

⁴⁷ Vgl. *Neitzel/Welzer* (Fn. 42), S. 117, 193.

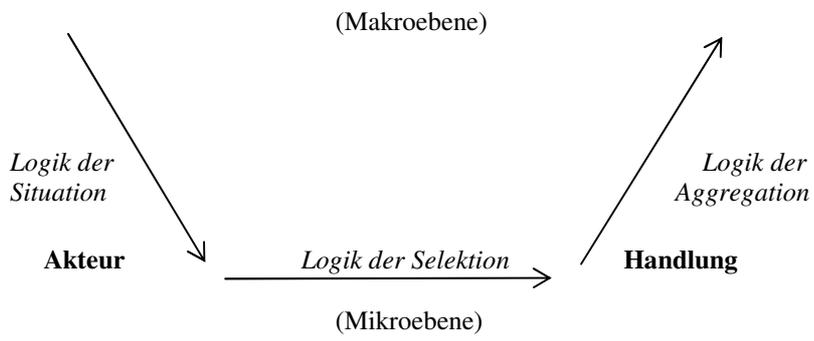
⁴⁸ Vgl. *Sofsky*, *Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager*, 5. Aufl. 2004, S. 131 ff.; *Bertrand*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2012, 1.

⁴⁹ *Neubacher* (Fn. 21), S. 173.

⁵⁰ Vgl. *Kühl* (Fn. 16), S. 204 ff. (207, 209: unter Hinweis auf *Grossman*, *On Killing, The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, 2009).

⁵¹ *Hoebel*, *Zeitschrift für Soziologie* 2014, 448 (452).

Abbildung 1: Colemans „Badewanne“



The International Criminal Court and the Duty to Arrest and Surrender

The Case of Omar Al-Bashir in South Africa

By Prof. Dr. **Dire Tladi**, LL.M. (Connecticut), Pretoria*

I. Statement of the Issues

In June 2015, President Al-Bashir of Sudan attended the African Union (hereinafter “AU”) Summit hosted in South Africa. The result was a Court process that revealed the legal complexities surrounding the execution of the arrest warrant issued against Al-Bashir.¹ With Al-Bashir’s attendance of the Summit, the potential conflict of obligations between South Africa’s obligations to cooperate with the ICC and the other obligations. As is now well-known, the duty to cooperate is central to the Rome Statute.² In particular, while Al-Bashir might have no immunities before the ICC by virtue of Art. 27, he retains his immunities, including inviolability, from foreign national jurisdiction. Thus, while South Africa has a duty to arrest, under customary international law, it is obliged to respect his immunities and inviolability. The potential conflict that arises is dealt with under the Rome Statute by Art. 98, which provides that the ICC may not request cooperation if cooperation would require a State to act inconsistently with its obligations under international law on immunities.³

The aftermath – although I hasten to add that the full repercussions will continue to unfold – of the circumstances of Al-Bashir’s arrival in and departure from South Africa, without being arrested by South African authorities, was a judgment by the North Gauteng High Court (hereinafter the

“NGHC”) determining that there was a duty to arrest Al-Bashir and to surrender him to the International Criminal Court (hereinafter the “ICC”).⁴

While South Africa’s experience with the conflict of obligations caused a stir, several African states had already faced the dilemma. Some of these states, in particular Djibouti and Kenya, have had to make “appearances” before the Bureau of the Assembly of States Parties to the ICC to explain their non-cooperation with the duty to arrest and surrender of Al-Bashir. Others, most notably the Democratic Republic of Congo, Malawi and Chad, have had to appear before the Pre-Trial Chambers of the ICC.⁵ All told, before June 2015, there had been seven cases of non-cooperation with the duty to arrest and surrender Al-Bashir – Kenya, Djibouti, Chad (twice), Malawi, Nigeria and the Democratic Republic of Congo. For South Africa, at least before June 2015, this potential conflict of obligations had, for the most part, been mainly academic. It has been widely reported that South Africa has, since the adoption of the AU decisions, avoided the conflict of obligations by always requesting the Sudanese head of state not to honor invitations to South African events – examples, in this regard, include the two inaugurations of President Zuma, the 2010 World Cup and the funeral of former President Mandela – this has now been confirmed in a

* B.L.C., LL.B. (Pretoria), LL.M. (Connecticut), Ph.D. (Rotterdam). Professor, Department of Public Law and Research Fellow, Institute for Comparative and International Law in Africa, University of Pretoria. Member of the United Nations International Law Commission. The *author* is also Special Legal Adviser to the Minister of International Relations and Cooperation. Parts of this paper were presented at the 11th annual meeting of the Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Bern. This is a short version of a paper published in the *Journal of International Criminal Justice*.

¹ On 4 March 2009, the ICC Pre-Trial Chamber I issued a warrant of arrest for Omar Hassan Al-Bashir for crimes against humanity: ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 4.3.2009 – 02/05-01/09 (Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al-Bashir). On 12 July 2010, the ICC issued a second warrant of arrest for genocide: ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 12.7.2010 – 02/05-01/09 (Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al-Bashir).

² See *Tladi*, *African Journal of Legal Studies* 7 (2014), 381 (386). See, e.g., *Swart*, in: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Vol. 2, 2002, p. 1589. See also *Swart*, in: *ibid.*, p. 1640. *Ciampi*, in: *ibid.*, p. 1607.

³ Art. 98 (1) provides as follows: “The Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity [...]”.

⁴ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others). The matter is far from over at the time of writing this article. The Respondents have expressed an intention to appeal the judgment; at the time of writing an investigation that could lead to a contempt of court process was underway; there will be hearing before an ICC Pre-Trial Chamber on the non-cooperation of South Africa, which itself is subject to appeal; and South African authorities have been publicly talking about withdrawal from the Rome Statute in consequence of the judgment.

⁵ See ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 12.12.2011 – 02/05-01/09 (Decision Pursuant to Art. 87 (7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir, the Prosecutor v. Al Bashir); ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 13.12.2011 – 02/05-01/09 (Decision Pursuant to Art. 87 (7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir, The Prosecutor v. Al Bashir); and ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 9.4.2014 – 02/05-01/09 (Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir).

judgment by South African court.⁶ However, the decision to host the Summit made the potential conflict real for South Africa. The tried and tested method of requesting the Sudanese head of state not to attend could not prevent the conflict since, technically, this was not South Africa's meeting to begin with. Moreover, politically, there would be no incentive for Sudan to agree not to come, since attendance of the meeting would provide Sudan an opportunity to embarrass the ICC – that South Africa might be embarrassed in the process would only be collateral damage.

The purpose of this article is to assess whether, as a matter of South African domestic law, there was a duty to arrest Al-Bashir and surrender him to the ICC. As will become apparent, this assessment necessarily requires an assessment of international law and South Africa's international law obligations. I begin in the next section by giving an overview of the NGHC judgment in the Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice. I then provide an overview of the provisions of the Implementation Act relevant to cooperation and, in particular, arrest and surrender. Finally, I provide an assessment of the potential conflicts of various rules, at both the domestic and international levels, before offering some concluding remarks.

II. The Judgment of the NGHC in Southern African Litigation Centre

On 13 June 2015, on the evening of Al-Bashir's arrival in South Africa, the Southern African Litigation Centre made an urgent application to the NGHC, requesting that the Court order South African authorities to arrest and surrender Al-Bashir. The Court, having heard arguments, ordered, *inter alia*, that the South African authorities are "compelled to take all reasonable steps to arrest President Bashir".⁷ While the purpose of this article is not to provide an analysis of the judgment, a brief description of the reasons for the judgment is warranted in order to place the discussion in context.

The decision of the Court in Southern African Litigation Centre case is based on several propositions. The first important proposition on which the judgment is based is that, because of the Rome Statute, heads of state do not enjoy immunity for Rome Statute crimes.⁸ In particular, the GNHC states that "similar provisions [removing immunity] are expressed in the Implementation Act."⁹ The Rome Statute provision on immunity, the Court states, "means that the immu-

ity that might otherwise have attached to President Bashir as head of state is excluded or waived in respect of crimes and obligations under the Rome Statute."¹⁰ Additionally, the Pretoria Court refers to a decision by the Pre-Trial Chamber of the ICC stating that the immunities of Al-Bashir "have been implicitly waived by the Security Council [...]"¹¹.

The second proposition forming the basis of the NGHC's judgment relates to the content of the Host Agreement between South Africa and the African Union (hereinafter the "Host Agreement").¹² The Host Agreement provides, in part, that the South African Government shall accord the Members of the Commission and Staff Members, the delegates and other representatives of Inter-Governmental Organizations attending the Meetings the privileges and immunities set forth in Sec. C and D, Art. V and VI of the General Convention on the Privileges and Immunities of the OAU.¹³

The General Convention on the Privileges and Immunities of the OAU (hereinafter the "General Convention"), for its part provides that "Representatives of Member States" shall be accorded, *inter alia*, "immunity from personal arrest or detention" and "[s]uch other privileges, immunities and facilities [...] as diplomatic envoys enjoy [...]"¹⁴.

The NGHC first determines that the General Convention is irrelevant for the purposes of disposing of the matter since South Africa never ratified it.¹⁵ Second, the NGHC determines that Host Agreement, on its terms, "does not confer immunity on the Member States or their representatives or delegates."¹⁶ Rather, the NGHC asserts, it "confers immunity on the members and staff of the AU Commission, and on delegates and representatives of Inter-governmental Organi-

¹⁰ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.8.

¹¹ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.9. See also § 30 where the Court states that Al-Bashir "does not enjoy immunity in accordance with the rules of customary international law".

¹² Agreement between the Republic of South Africa and the Commission of the African Union on the Material and Technical Organisation of the Meetings of the 30th Ordinary Session of the Permanent Representatives Committee from 7 to 9 June 2015, the 27th Ordinary Session of the Executive Council from 10 to 12 June and the 25th Ordinary Session of the Assembly on 14 to 15 June 2015 (on file with *author*).

¹³ Art. VIII of the Host Agreement.

¹⁴ Sec. C, Art. V (1) of the General Convention.

¹⁵ See generally High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.4.

¹⁶ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.10.1.

⁶ See for discussion High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 12.

⁷ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 2.

⁸ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.8.

⁹ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.8.

sations.”¹⁷ In other words, “delegates” refers to delegates of intergovernmental organisations and not delegates of AU member states.

The third important element of the NGHC’s decision is that the Minute in the Government Gazette recognising the Summit purporting to confer immunities on the Summit, to the extent that it could be read to confer immunities on al-Bashir, “could not ‘trump’ the international agreement i.e. Rome Statute or the subsequent Implementation Act.”¹⁸ In other words, since the Minute in the Government Gazette recognising the Summit is subordinate legislation, it must be trumped by the provisions of the Implementation Act.

III. Giving Domestic Effect to Cooperation in South Africa

The Implementation Act was adopted in 2002 and provides for the comprehensive implementation of the Rome Statute.¹⁹ It provides for the criminalization and prosecution of Rome Statute crimes as well as for cooperation with the ICC.²⁰ While the national criminalization and prosecution element, provided for in Chapter one of the Implementation Act, is not the focus of this article, it is worth stating that the Implementation Act adopts a rather broad basis of jurisdiction, granting South African court’s jurisdiction even where the alleged offence was committed outside of South Africa and by a non-national.²¹

Chapter Four of the Implementation Act provides for cooperation, which largely follows the Rome Statute. Sec. 8 of the Implementation Act, for example, provides that an arrest warrant issued by the ICC must be endorsed by magistrate “for execution in any part of the Republic.”²² It is noteworthy that the Implementation Act does not provide discretion for the magistrates in whether to endorse the arrest warrant. Rather it provides that on receipt of the request to arrest and surrender a magistrate “must endorse the warrant of arrest”.²³

The provisions in the Implementation Act relating to the actual surrender of a person under an arrest warrant of the

ICC are quite elaborate.²⁴ The Act requires that a magistrate hold an enquiry in order to establish three facts, namely, whether the arrest warrant applies to the person in custody, the person has been arrested in accordance with procedures laid down in domestic law and whether the fundamental rights of the person as provided for in the Constitution have been respected.²⁵ In addition, the magistrate must satisfy him or herself that the person is wanted by the ICC for prosecution of an alleged offence, the imposition of a sentence or to serve a sentence already imposed by the ICC.

The Implementation Act is generally viewed as following the approach of the Rome Statute and removing immunity. *Du Plessis* for example states unequivocally that under the Implementation Act, the jurisdiction of South African courts “trump immunities which usually attach to officials of governments.”²⁶ This assertion is based on sec. 4 (2) of the Implementation Act which provides that notwithstanding any other law to the contrary, including customary international law or treaty law, the fact that a person was a head of state or government or state official is neither a “defence to a crime” or “ground for possible reduction of a sentence”. Yet the ordinary meaning of these words does not amount to an ouster of immunity. This provision rather addresses the criminal accountability of an individual, that is, the substantive accountability or responsibility, whereas immunity is a procedural notion applying to the “right” of a court to entertain a matter. The International Court of Justice has held in this respect that “immunity from criminal jurisdiction [...] does not mean impunity [...]”²⁷ More to the point, the ICJ stated that “[i]mmunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts.”²⁸ In this respect, it is worth pointing out that Art. 27 of the Rome Statute contains two paragraphs. The first paragraph provides that the official capacity of an accused, including their capacity as a head of state, “shall in no case exempt a person from criminal responsibility”.²⁹ As the sec. 4 (2) provision that official capacity is not a defence to crime, this provision removes official capacity as a substantive defence to the commission of crimes but does not address the matter of immunity. Art. 27, however, contains a second paragraph, not included in the Implementation Act, which states that “[i]mmunities [...] which may attach to the official capacity of a person [...] shall not bar the Court from exercising jurisdiction.”³⁰ This suggests that sec. 4 (2) of the Implementation Act does not remove immunities at all, but applies only to the availability

¹⁷ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.10.1.

¹⁸ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 31.

¹⁹ For a detailed discussion see *du Plessis*, South African Journal of Criminal Justice 16 (2003), 1 (14 f.).

²⁰ *du Plessis*, South African Journal of Criminal Justice 16 (2003), 1 (2). See also *du Plessis*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 460 (461 f.).

²¹ See sec. 4 (3) of the Implementation Act which provides, in addition to the normal territorial and nationality basis of jurisdiction, jurisdiction over an offence if the person, “after the commission of the offence is present in the territory of the Republic”.

²² Sec. 8 (2) of the Implementation Act.

²³ Sec. 8 (2) of the Implementation Act.

²⁴ See generally sec. 10 of the Implementation of Act, titled “Proceedings before competent court after arrest for the purposes of surrender”.

²⁵ Sec. 10 (1) of the Implementation Act.

²⁶ See *du Plessis*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 460 (474).

²⁷ Generally ICJ Reports 2000, 3, § 60 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 [DRC v. Belgium]).

²⁸ ICJ Reports 2000, 3, § 60 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 [DRC v. Belgium]).

²⁹ Art. 27 (1) of the Rome Statute.

³⁰ Art. 27 (2) of the Rome Statute.

of defences to the commission of crime. Indeed, in a well-considered analysis of the matter, *du Plessis*, while suggesting that sec. 4 (2) does remove immunity recognises this distinction and states that it will be up to the Courts to interpret the provision.³¹ There is another reason why reliance on sec. 4 (2) to remove immunities is ill-considered. It should be remembered that sec. 4 (2) applies to the exercise of jurisdiction over Rome Statute crimes by the South African courts i.e. it is not directly applicable to cases of arrest and surrender.

Although sec. 4 (2) neither removes inviolability nor applies to arrest and surrender, there is another provision in the Implementation Act that applies to arrest and surrender. Sec. 10 (9) of the Implementation Act provides that the fact that a person is, inter alia, a head of state “does not constitute a ground for refusing to issue an order” for surrender. As *du Plessis* points out, this provision is unambiguous in its effect, i.e. the mere fact that a person is entitled to inviolability is in itself not a justification for not ordering surrender.³² This means that even if a South African court itself cannot exercise jurisdiction over a head of state like Al-Bashir, this does not apply to the arrest and surrender processes described above.

In light of the above, the following two conclusions can be drawn regarding the text of the Implementation Act as pertains to heads of state like Al-Bashir. First, South African courts are not permitted to exercise jurisdiction over heads of state, even in relation to Rome Statute crimes. Second, notwithstanding the retention of immunity before South African courts for the purposes of the exercise of jurisdiction over Rome Statute crimes, inviolability per se is not a ground for not ordering arrest and surrender. It should be noted, however, that while sec. 4 (2) of the Implementation Act contains the qualifier, “[d]espite anything to the contrary”, sec. 10 (9) is not similarly qualified. This means that sec. 10 (9) of the Implementation Act does not have the “trumping” effect of sec. 4 (2) and should be read, “without doing violence to [its] wording”,³³ in such a way as being consistent with other legislative rules.

IV. In Search of Legal Coherence in an Apparently Incoherent Network of Rules

1. General

While the Implementation Act applies to the case of Al-Bashir, there are conflicts between the different legal rules at various levels, making the legal position unclear at best and

incoherent at worst. The Implementation Act, while retaining Al-Bashir’s immunity before South African courts for the purposes of prosecution, strips him of inviolability for the purposes of arrest and surrender – an essential element of immunity. At the one level, this creates a conflict with the rules of customary international law. Paradoxically, the same provisions of the Implementation Act stripping Al-Bashir of his inviolability are consistent with and in furtherance of the Rome Statute.

The multi-layered conflict described above, i.e. the conflict between the Implementation Act and customary international law as one layer; and conflict between customary international law and the Rome Statute as another layer; is further exacerbated by the fact that there appears to also be a conflict in the domestic laws. The Diplomatic Immunities and Privileges Act (hereinafter the “DIPA”) has provisions that require the respect of Al-Bashir’s immunities.³⁴ The law, as it pertains to the duty to arrest and surrender of Al-Bashir, is therefore complex as it consists of various rules that are both mutually reinforcing and conflicting.

2. International Law and the Duty to Arrest and Surrender

It is settled law that heads of state, like Al-Bashir, have immunity *ratione personae* before the domestic courts of foreign states.³⁵ The International Law Commission (hereinafter the “ILC”) has described immunity *ratione personae* as immunity attaching to the so-called Troika, i.e. heads of state, heads of Government and Ministers for Foreign Affairs.³⁶ It is clear from the work of the ILC that immunity includes inviolability.³⁷ The obligations on South Africa to respect the immunity (including the violability) of Al-Bashir is owed to Sudan by virtue of customary international law.

Although the Rome Statute, in Art. 27, does not recognise immunity for proceedings before the Court this applies to proceedings before the ICC itself and does not affect the customary international law rules governing the relationship between states that are party to the Rome Statute and states

³⁴ Diplomatic Immunities and Privileges Act 37 of 2001.

³⁵ See generally ICJ Reports 2000, 3 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 [DRC v. Belgium]); see Draft Articles 3 and 4 of the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, provisionally adopted, in the Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Fifth Session, (6 May – 7 June and 8 July – 9 August 2013), Official Records of the General Assembly, Sixty-Eighth Session, Supplement No. 10 (A/68/10). Cf. High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.8.

³⁶ See Draft Article 3 of the Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction.

³⁷ See § 5 of the Commentary to Draft Article 1 of the Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction. See also ICJ Reports 2000, 3, § 58 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 [DRC v. Belgium]).

³¹ See *du Plessis*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 460 (476).

³² Sec. 10 (9) of the Implementation Act, which provides as follows: “The fact that a person to be surrendered is a person contemplated in section 4 (2) (a) or (b) does not constitute a ground for refusing to issue an order contemplated in subsection (5).”

³³ South African Supreme Court of Appeal, 12.3.2010 – 2012 (4) SA 544 (*Arse v. Minister of Home Affairs and Others*), § 19.

that are not party to the Rome Statute.³⁸ The judgment of the NGHC in *Southern African Litigation Centre v. the Minister of Justice*, however, suggests that by virtue of Art. 27 and the nature of the crimes for which Al-Bashir stands accused, the obligation owed to Sudan to respect Al-Bashir's immunities no longer exists.³⁹ However, this is clearly not correct. The ICJ, in the *Arrest Warrant* case, dismissed the notion that immunity ceases to exist in cases of serious international crimes.⁴⁰ In another judgment, the ICJ emphasised that the rule of international law relating to immunities "is one of the fundamental principles of the international legal order."⁴¹

As explained earlier, the Rome addresses the potential conflict between customary international law and the duty to cooperate in Art. 98. How Art. 98 impacts on the duty to cooperate in the arrest and surrender of Al-Bashir has been the subject of conflicting judicial decisions and literature.⁴² The majority of scholars take the view that because the situation in Sudan was referred to the ICC by the Security Council, by virtue of the priority accorded to Security Council decisions, Sudan becomes like a Party to the ICC such that the exception to Art. 98 does not apply to it.⁴³ It is apposite to point out that the NGHC in *Southern African Litigation Centre v. the Minister of Justice* appears to rely on Security Council Resolution 1593 to support its conclusion that al-Bashir does not have immunity, although the NGHC does not explain the basis for its conclusion.⁴⁴ However, in its first two

cases of non-cooperation, the ICC itself did not adopt this approach.⁴⁵ In a decision that was widely criticized the Court proceeded to decide the matter as if Art. 98 was not part of the Statute.⁴⁶ The Court, in essence, held that immunity did not apply before international courts.⁴⁷ While, in my view, this assessment is correct, it has nothing to do with Art. 98 since the latter provision is not concerned with immunity before the Court – the subject of Art. 27 – but rather with the duty to cooperate and the exception from that duty.

Following the criticism, when next faced with a case in which Art. 98 was invoked to justify non-cooperation; the Pre-Trial Chamber II reversed the finding in *Malawi and Chad* concerning the scope of Art. 27.⁴⁸ First, the Court held that Art. 27, as a general rule, applies to heads of state parties and that heads of state parties would, in principle enjoy immunities before the ICC.⁴⁹ Although the question of immunity before the international court itself is only of tangential relevance for this article, I pause to point out that there is no basis for this conclusion in the Rome Statute. As I read the Statute, Art. 27 applies to anyone who happens to find themselves before Court. Moreover, such a view is based on as-

Counsel for the Applicant pointed to paragraph six, which purports to remove jurisdiction over nationals of non-state parties. Needless to say, this provision is completely unrelated to the question of immunities, but the response satisfied the Court and did not draw a response from Counsel for the Respondent.

⁴⁵ See *Malawi and Chad* decision, *supra* note 5.

⁴⁶ For discussion, see the literature cited in fn. 42.

⁴⁷ See, e.g. ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 12.12.2011 – 02/05-01/09 (Decision Pursuant to Article 87 (7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir, the Prosecutor v. Al Bashir), § 14.

⁴⁸ See the ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 9.4.2014 – 02/05-01/09 (Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), §§ 26 f.

⁴⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 9.4.2014 – 02/05-01/09 (Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), § 26, Pre-Trial Chamber states "Given that the Statute is a multilateral treaty governed by the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Statute cannot impose obligations on third States without their consent. Thus, the exception to the Court's exercise of jurisdiction provided for in Article 27 should, in principle, be confined to those States Parties who have accepted it." At § 27, the Pre-Trial Chamber states that when "the exercise of jurisdiction by the Court entails the prosecution of a Head of State of a non-State Party, the question of personal immunities might validly arise. The solution provided for in the Statute to resolve such conflicts is found in Article 98 (1) of the Statute."

³⁸ Art. 27 (2) provides that immunities "shall not *bar the Court* from exercising jurisdiction" (*emphasis added*).

³⁹ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (*Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others*), § 28.8.

⁴⁰ ICJ Reports 2000, 3, § 58 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 ([DRC v. Belgium]), where the Court states that it "has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability [...]").

⁴¹ ICJ Reports 2012, 99, § 56 (Jurisdictional Immunities of the State [Germany v. Italy; Greece Intervening]). See also the separate opinion of Judge ad hoc Bula Bula in ICJ Reports 2000, 3, §§ 31, 41 (Case Concerning the Arrest Warrant 11 April 2000 [DRC v. Belgium]).

⁴² See for discussion *Greenwalt*, *International Legal Materials* 51 (2012), 393; *Akande*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 333; *Gaeta*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 315; *Tladi*, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 199. See also *Schabas*, *American Society of International Law Proceedings* 2012, 305. See also *Akande*, *EJIL Talk of 8.2.2012*, available at:

<http://www.ejiltalk.org/the-african-unions-response-to-the-icc-s-decisions-on-bashirs-immunity-will-the-icj-get-another-immunity-case/> (23.9.2015).

⁴³ See for example *Akande*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 333.

⁴⁴ During the hearing, on being asked which specific provision of Resolution 1593 removed the immunity of al-Bashir,

sumption that customary international law establishes immunity for proceedings before international courts – it does not.⁵⁰ Having made the conclusion that in principle heads of non-state parties are immune from the jurisdiction of the ICC, the Pre-Trial Chamber then asserts that the duty of cooperation with the ICC imposed by the Security Council on Sudan, amounts to a waiver of the immunity of Sudanese official.⁵¹ While this is not exactly the same as the view espoused by the majority of authors on this subject, it is similar in that it is based on the fact that the situation in Sudan was referred to the ICC by the Security Council.

The problem with the view that referral amounts to a waiver of immunity is that it is based purely on a fiction, and cannot be substantiated either by reference to the Rome Statute or Resolution 1593 itself. For one thing, Resolution 1593 places a duty on Sudan, it does not waive immunities of Sudan. The Council does have the power to deviate from the rules of international law, but whenever it does, it does so expressly and not by implications. Linked to this point, as a general rule, immunity is never waived implicitly but explicitly.⁵² The notion of an implicit waiver of immunity is, therefore, a fiction. Second, subsequent to the adoption of Resolution 1593, and in the light of the controversy about whether Resolution 1593 affects the immunities of Al-Bashir, the Council could have adopted a subsequent resolution confirming that indeed its intention was to waive the customary international law immunities of Sudanese officials. Moreover, twice a year, after the Prosecutor's briefing on ICC's activities in the situation in Sudan, members of the Security Council hold a debate on the report of the Prosecutor. The only member of the Security Council that has consistently referred to the question of immunities has been Russia. Russia's position has consistently been that Security Council Resolution 1593 had no effect on the immunities enjoyed under international law by the Sudanese.⁵³ Moreover, the ICC transmitted

its decisions on the non-cooperation of Malawi, Chad and the DRC to the Security Council. The Council has never acted on them, suggesting that, in its view, there is no non-compliance with its referral in Resolution 1593.

In my view, whether there is a duty under the Rome Statute to arrest Al-Bashir or not, is dependent on the interpretation one gives to Art. 98, and, in particular, the phrase "State and diplomatic immunity of a person or property of a third State". In my view, based on the ordinary meaning of the words, in their context and in the light of the object and purpose, since Al-Bashir is neither a diplomat nor a state, the exception in Art. 98 does not apply to him. Others, notably *Klaus Kreß*, have argued that in the context of criminal law state immunity must be given a broader meaning to include head of state immunity since it is difficult to see how a state could be arrested and surrendered.⁵⁴ It is not necessary to repeat the debate here. It suffices to say that if the argument proposed by *Kreß* is accepted, then there is no duty under the Rome Statute to arrest and surrender Al-Bashir. If, on the other hand, the narrow interpretation of "State immunity" is accepted, then there is a duty to arrest and surrender Al-Bashir under the Rome Statute. This duty, however, would be in conflict with the rules of customary international law.

The complicated state of international law in relation South Africa's obligation with respect to Al-Bashir under customary international law and the Rome Statute is further exacerbated by the fact that South Africa, when hosting the AU Summit, has had to conclude the Host Agreement with the AU as is customary. As explained above, the NGHC interpreted the Host Agreement as not applying to heads of state since the Host Agreement "does not confer immunity on member states or their representatives or delegates."⁵⁵ Rather, according to the NGHC, the Host Agreement "confers immunity on the members and staff of the AU Commission, and on delegates and representatives of Inter-governmental Organisations."⁵⁶ This interpretation is grossly inaccurate for the following two reasons. First, it ignores the fact that Art. VIII of the Host Agreement refers to the General Con-

⁵⁰ See also *Tladi*, *Journal of International Criminal Justice* 13 (2015), 3 (13).

⁵¹ See ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 9.4.2014 – 02/05-01/09 (Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*), § 29.

⁵² See International Law Commission, Third Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction by the Special Rapporteur, Mr Roman Kolodkin, 24 May 2001 (A/CN.4/646), §§ 39-42.

⁵³ For example, during the Security Council's consideration of the Report of the Prosecutor of the ICC in relation to the situation in Sudan, the Russian representative emphasized "the important of the implementation by States of the relevant obligations regarding cooperation with the Court, while complying with norms of international law in the matter of immunity of senior State officials." See Security Council per verbatim record, S/PV.6887 (13.12.2012), p. 16. In the following year, the Russian Federation made a similar statement; see S/PV.7080 (11.12.2013). The only other state to refer to immunities in the course of these debates has been

Australia, which was not on the Council when the Council referred the situation of Sudan to the ICC, and even their statement appears to be concerned with immunities before the ICC itself and not the customary international law immunities between states, see S/PV.7337, p. 4.

⁵⁴ *Kreß*, in: Bergsmo/Yan (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, p. 236. The view of *Klaus Kreß* is that the resolution of the Al-Bashir matter lies not in Art. 98. Rather, like *Akande*, Bashir cannot enjoy the benefits of Art. 98 because the situation in Darfur was referred to the ICC by the Security.

⁵⁵ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.10.1.

⁵⁶ High Court of South Africa, Decision of 23.6.2015 – 27740/2015 (Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others), § 28.10.1.

vention on the Privileges and Immunities of the AU, and in particular, Art. V and VII of the said Convention. Art. V (1) of the General Convention, as described above, provides that “[r]epresentatives of Member States” shall be accorded with “immunity from personal arrest or detention [...]” thus incorporating said immunities into the Host Agreement. Second, and more importantly, this interpretation ignores the basic rule of interpretation that words in a treaty are to be given their ordinary meaning, in their context and in the light of object and purpose of the treaty. This result of this acontextual interpretation is an absurd interpretation in which persons not formally participating in the AU Summit are accorded immunities but the participants are not. The Host Agreement, therefore, also provides immunity to Al-Bashir.

While the international law relating to the arrest and surrender of Al-Bashir is in conflict, the conflict is not inevitable. It is generally accepted by all states and commentators that because of Art. 27, officials of states parties do not enjoy immunities for Rome Statute crimes, even from the jurisdiction of other state parties. In other words, if Sudan were a state party, then it would not be free to rely on the immunities of its heads of state to prevent the arrest and surrender of Al-Bashir. This means that conflict of obligations in relation to the arrest and surrender of Al-Bashir only arises in two situations. The first is where a head of a non-state party is accused of Rome Statute crimes on the territory of state party, i.e. the ICC has jurisdiction over a situation on the territory of state party. The second is in the case of a Security Council referral. In the case of the latter, the conflict would not arise if the Council had placed an obligation on all states to arrest and surrender. In such a case, the obligation to arrest and surrender would flow from the UN Security Council and would, by virtue of Art. 103 of the Charter, trump other obligations – and the Council is remains free to decide imposing such an obligation. This leaves the possible conflict only in those cases, which are yet to manifest, in which a head of non-state party is sought by the ICC for crimes committed on the territory of a state party.

3. Other Domestic Legislation Relevant to Immunities

In assessing the state of the domestic law with respect to the duty to arrest and arrest al-Bashir, the starting point must be the Rome Statute Implementation Act. While sec. 4 (2) of the Implementation Act reserves itself a place of priority by declaring that “despite any other law to the contrary”, status shall not be a defence against responsibility. It is important to emphasize that sec. 4 (2) does not apply to the question of arrest and surrender. Sec. 10 (9) of the Implementation Act, which addresses arrest and surrender and provides that status shall not be a reason for refusing to arrest and surrender, does not include the same “despite any other law to the contrary”. Thus in assessing the state of South African law in relation to the arrest and surrender of Al-Bashir, sec. 10 (9) does not occupy a higher position than other legislative acts. It thus becomes important to consider other rules of South African law potentially applicable to the question of the arrest and surrender of Al-Bashir.

In addition to the Implementation Act, therefore, an assessment of the legal position in relation to the arrest and surrender of al-Bashir in South Africa must take into account other legislative acts. The DIPA has several important provisions in this regard. Sec. 4 of the DIPA provides that a head of state enjoys the immunity that “heads of state enjoy in accordance with the rules of customary international law”.⁵⁷ Although the NGHC dismissed this basis, principally on the ground that customary international law does not recognize immunity for Rome Statute crimes, as was explained earlier, this assertion has no basis in law. Sec. 4 of the DIPA, recognising the immunity of heads of state under customary international law, must also be accounted for in the determination of the South African law.

Additionally, sec. 6 (1) of the DIPA provides that “representatives of any state, participating in an international conference or meeting convened in the Republic enjoy [...] such privileges and immunities as [...] are specifically provided for in any agreement entered into for that purpose [...]”.⁵⁸ As noted above, contrary to the NGHC interpretation, the Host Agreement entered into for the purpose of the Summit does provide immunities for heads of state, including Al-Bashir. In connection with the AU Summit, the NGHC refused to convey immunities also on the grounds that the Minister’s Minute, which sec. 6 (2) requires, could not trump the legislative provisions in the Implementation Act. This, however, is based on the erroneous belief that it is the Minister’s Minute that confers immunity. However, while sec. 6 (2) of the DIPA requires the Minister of International Relations and Cooperation to recognize the meeting, it is not the Minister’s minute that confers immunity, but the DIPA itself, in particular sec. 6 (1). In accordance with the Constitutional Court judgment in Quagliani, sec. 6 (1) (b) provides for the incorporation of the Host Agreement and the immunities provided therein.⁵⁹

Thus, at the domestic law level, there is an apparent conflict between sec. 10 (9) of the Implementation Act and the various provisions of the DIPA under which al-Bashir could claim immunity and inviolability. This conflict has to be addressed through ordinary rules of interpretation, in particular, the rule that so far as possible legislative provisions should be interpreted in such a way as to promote consistency.⁶⁰ What outcome such a process of interpretation yields is difficult to predict. Given the fundamental nature of the rules

⁵⁷ Sec. 4 (1) (a) of the DIPA.

⁵⁸ Sec. 6 (1) (b) of the DIPA.

⁵⁹ South African Constitutional Court, Judgment – CCT24/08, CCT52/08 (President of the Republic of South Africa and Others v. Quagliani, President of the Republic of South Africa and Others v. van Rooyen and Another; Goodwin v. Director-General, Department of Justice and Constitutional Development and Others) – ZACC 1; 2009 (4) BCLR 345 (CC), § 37 and especially at § 42. See also generally *Dugard*, *International Law, A South African Perspective*, 4th ed. 2011, p. 55.

⁶⁰ South African Supreme Court of Appeal, 12.3.2010 – 2012 (4) SA 544 (*Arse v. Minister of Home Affairs and Others*), § 19.

of immunity to international law and the international system,⁶¹ one possible interpretation would be to require the respect of immunity only for international conferences of international organisations such as the AU or the UN. This would mean that for other visits including state visits and personal visits, Al-Bashir, though still entitled to immunity and inviolability under international law, would not have such protection under South Africa law. The reasoning for the differentiation is that with respect to other visits, South Africa is free not to invite him – or to invite him but require him not come to South Africa.

V. Concluding Remarks

In an earlier contribution I have written that the debates surrounding the ICC have tended to be characterized by the hero-villain dichotomy.⁶² The events surrounding Al-Bashir's visit to South Africa have been illustrative of this trend. Many who took the view that South Africa ought to have arrested Al-Bashir, often took the position that those who disagreed were protecting a murderous "Hitler of Africa".⁶³ Those who felt that South Africa did right by not arresting al-Bashir take to criticising the ICC, calling it imperialists and targeting Africa.⁶⁴

Amidst the name calling and point-scoring, basic rules of international law were forgotten. The law, both domestic and international, represents a network of conflicting rules which place a duty to arrest and surrender and, simultaneously, an obligation to refrain from doing so. However, relying on available tools, the network of conflicting rules can be turned into collage of consistency. For South African domestic law, tools include rules of interpretation to address apparently conflicting legislative norms. In cases of Security Council referrals, to prevent conflict of obligations, the Council should, when referring situations, place an obligation on all states to cooperate with the Court. This would provide authority for states wishing to cooperate, but constrained by other obligations, to cooperate with the Court notwithstanding contrary obligations.

⁶¹ See ICJ Reports 2012, 99, § 56 (Jurisdictional Immunities of the State [Germany v. Italy; Greece Intervening]).

⁶² See, e.g. supra note 21.

⁶³ See e.g. *Makhubu*, Pretoria News of 26.6.2015, available at:

<http://www.pressreader.com/south-africa/pretoria-news/20150626/281543699572327/TextView> (23.9.2015).

⁶⁴ *Pheko*, Mayihlome of 18.6.2015, available at:

<http://mayihlomenews.co.za/the-international-criminal-court-is-an-instrument-of-imperialism/> (23.9.2015).

Die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz

Von **Andreas Müller, Dr. Stefanie Heinrich, Bern***

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten der in Schweizer Recht überführten Strafbestimmungen des Römischen Statuts und der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung zum 1. Januar 2011 ging die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in Bundeskompetenz über. Die Bundesanwaltschaft schuf zu diesem Zweck zum 1. Juli 2012 ein Kompetenzzentrum Völkerstrafrecht (CCV). Der folgende Beitrag soll die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in der Schweiz und die entsprechende Tätigkeit der Bundesanwaltschaft skizzieren.

II. Die gesetzlichen Grundlagen

Eine gesetzliche Verankerung der völkerstrafrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz fand sich bereits in den 1968 in das Schweizer Militärstrafgesetz (MStG¹) eingeführten Art. 108-114 aMStG (in der damaligen Fassung). Diese erklärten die Militärjustiz zuständig für die Verfolgung von „Verletzungen des Völkerrechts im Falle bewaffneter Konflikte“, selbst wenn diese durch Zivilpersonen begangen wurden.

Im Banne des Genozids in Ruanda 1994 und der im ehemaligen Jugoslawien begangenen Verbrechen verpflichtete sich die Schweiz Ende 1995 per Gesetz zur Zusammenarbeit mit internationalen Gerichten,² insbesondere den Internationalen Strafgerichtshöfen für Ex-Jugoslawien und Ruanda. Das Schweizer Strafbuch kannte zu diesem Zeitpunkt aber noch keinen Straftatbestand, der Völkermord in der Definition der Genozidkonvention³ unter Strafe stellte. Tathandlungen konnten von den kantonalen Behörden lediglich als mehrfacher Mord strafrechtlich geahndet werden, ohne den typischen Unrechtsgehalt eines Völkermordes zu erfassen. Unter dem Eindruck des Zeitgeschehens und der Bestrebungen zur Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs wurde diese Gesetzeslücke zunehmend als unhaltbar erachtet,⁴ was dazu führte, dass die Bundesversammlung am 24. März

2000 durch einstimmige Annahme im National- und Ständerat den Beitritt der Schweiz zur Genozidkonvention beschloss und die Schweiz diese am 7. September 2000 als 132. Staat ratifizierte.⁵ Durch Schaffung eines Völkermordartikels im Strafbuch (Art. 264 schwStGB⁶), in seiner ersten Fassung in Kraft seit 15. Dezember 2000,⁷ kam die Schweiz ihrer Verpflichtung nach, die in der Konvention umschriebenen Tathandlungen durch konkrete innerstaatliche Vorschriften unter Strafe zu stellen. Zuständig für die Verfolgung waren ab initio die zivilen Bundesbehörden.

Parallel hierzu schritten die internationalen Bemühungen zur Schaffung einer völkerrechtlichen Grundlage des Internationalen Strafgerichtshofs voran. Sie mündeten am 17. Juli 1998 in die Verabschiedung des (in der Schweiz sogenannten) „Römer Statuts“, des Internationalen Strafgerichtshofes, dem die Schweiz am 12. Oktober 2001 als Vertragspartei beitrug.⁸ Es sollte allerdings zehn Jahre dauern, bis das Statut in die Schweizer Gesetzgebung implementiert wurde. Grund hierfür war die anstehende Vereinheitlichung des Strafprozessrechts für die ganze Schweiz mit – je nach Kanton – tiefgreifenden strukturellen Änderungen im Strafverfolgungsapparat. Am 1. Januar 2011 war es soweit: Die neue Strafprozessordnung (schwStPO⁹) trat gleichzeitig mit der Neuordnung des Völkerstrafrechts im nationalen Recht in Kraft.¹⁰ Durch die Umsetzung des Römischen Statuts wurde der Weg für eine lückenlose Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie von Kriegsverbrechen in der Schweiz ermöglicht. Die gesetzlichen Anpassungen betrafen in erster Linie die Schaffung eines neuen Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie die detaillierte Definition von Kriegsverbrechen im Strafbuch sowie im Militärstrafgesetz.¹¹ Diese Neuerungen führten die Errungenschaften des Römer Statuts in der Schweizer Strafrechtsordnung nach und stärkten die (komplementäre) Verantwortlichkeit der innerstaatlichen Justizbehörden im Bereich der völkerrechtlichen Kernverbrechen.¹²

* *Andreas Müller*, Staatsanwalt, und *Dr. Stefanie Heinrich*, juristische Mitarbeiterin, arbeiten für die Schweizerische Bundesanwaltschaft. Der Beitrag ist eine Zusammenfassung des Grußwortes von Bundesanwalt Michael Lauber und dem Vortrag des Kompetenzzentrums Völkerstrafrecht der Bundesanwaltschaft vom 29. Mai 2015 an der elften Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht in Bern.

¹ SR 321.0.

² Bundesgesetz vom 21. Dezember 1995 über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (SR 351.20).

³ Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (SR 0.311.11).

⁴ Botschaft betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl. 1999, 5334.

⁵ Vgl. *Wehrenberg*, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht*, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, Art. 264 Rn. 11 f.

⁶ SR 311.0.

⁷ Bundesgesetz über die Änderung des Strafbuches, des Militärstrafgesetzes und der Bundesstrafrechtspflege vom 24. März 2000, AS 2000, 2729.

⁸ SR 0.312.1.

⁹ SR 312.0.

¹⁰ Bundesgesetz über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 18. Juni 2010, AS 2010, 4963.

¹¹ Vgl. ausführlich Botschaft über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 23. April 2008, BBl. 2008, 3863 ff.

¹² *Lindemann*, in: Vest u.a. (Hrsg.), *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB*, Kommentar, 2014, Allg. Einl. Rn. 100.

Gleichzeitig vereinigte die neue Strafprozessordnung die Zuständigkeit für die Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in (ziviler) Bundeskompetenz (Art. 23 Abs. 1 Bst. g schwStPO), es sei denn, Täter oder Opfer sind Angehörige der Schweizer Armee im Dienst. In diesem Fall ist die Militärjustiz weiterhin zur Verfolgung und Beurteilung der Taten zuständig. Ebenso unterstehen Taten Minderjähriger unter 18 Jahren dem Jugendstrafrecht (Art. 9 Abs. 2 schwStGB) und damit den kantonalen Behörden. Bezüglich des räumlichen Geltungsbereichs Schweizer Rechts führte der Gesetzgeber mit Art. 264m schwStGB zudem eine, den allgemeinen Regeln von Art. 6 und 7 StGB vorgehende, universelle Zuständigkeit der nationalen Strafverfolgungsbehörden ein, sofern sich der Täter einer Tat auf dem Gebiet der Schweiz befindet (selbst wenn die Tat im Ausland gegen Nicht-Schweizer begangen wurde). Eine weitere Besonderheit der neuen Bestimmungen ist die Unverjährbarkeit von Völkerrechtsverbrechen (Art. 101 schwStGB).

Das Rückwirkungsverbot (Art. 2 Abs. 1 schwStGB) ist im Bereich der das Römer Statut umsetzenden Gesetzgebung insbesondere im Hinblick auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a schwStGB) relevant. Bis zum Inkrafttreten dieses Artikels kannte das StGB keinen Tatbestand, der den Unrechtsgehalt der Einzeltat, begangen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs, erfasste. Wie bereits erwähnt, können vor dem 1. Januar 2011 begangene Verbrechen gegen die Menschlichkeit allein nach den „gemeinen“ Bestimmungen des Besonderen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, wie z.B. Freiheitsberaubung (Art. 183 schwStGB) und vorsätzliche Tötung (Art. 111 schwStGB), oder allenfalls nach dem Militärstrafgesetz beurteilt werden.¹³ Dies erklärt, weshalb kantonale Staatsanwaltschaften auch weiterhin zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit zuständig sein können. Jüngstes Beispiel ist das durch die Genfer Behörden gegen den ehemaligen Polizeichef Guatemalas und guatemaltekisch-schweizerischen Doppelbürger Erwin Sperisen geführte Strafverfahren.¹⁴

Die Frage der Rückwirkung stellt sich natürlich auch bei der Verfolgung von Völkermord und Kriegsverbrechen, die vor dem 1. Januar 2011 begangen wurden. Im Falle von Völkermord übernehmen die Kantone die Strafverfolgung für Taten vor dem Inkrafttreten des Völkermordartikels (15. Dezember 2000) nach den Regeln des „gemeinen“ Strafrechts. Bei den vor 1968 begangenen Kriegsverbrechen (Inkrafttreten des Kriegsverbrecherartikels im schwMStG) müsste wohl auf Völkergewohnheitsrecht zurückgegriffen werden, wobei die Zuständigkeit für die Strafverfolgung bei den zivilen Bundesbehörden läge (Art. 449 schwStPO). Die Frage stellt sich aber zunehmend nur noch theoretisch, da die

potenziellen Täter von so weit zurückliegenden Verbrechen aussterben.

III. Das Kompetenzzentrum Völkerstrafrecht (CCV)

Das Parlament bewilligte der Bundesanwaltschaft zur Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen die finanziellen Mittel für 400 zusätzliche Stellenprozent, was die Schaffung des Kompetenzzentrums Völkerstrafrecht (CCV) zum 1. Juli 2012 ermöglichte. Das CCV war zum 1. November 2012 operativ voll einsatzbereit und bestand aus einer Staatsanwältin und einem Staatsanwalt des Bundes, zwei juristischen Mitarbeiterinnen und einem Sachbearbeiter, welche sich die bewilligten Stellenprozente teilten. Sie werden von einer Spezialeinheit der Bundeskriminalpolizei unterstützt, was den Aufbau von Fachkompetenz zentralisiert und eine enge Zusammenarbeit mit nationalen und internationalen Partnerbehörden ermöglicht. Damit wird sichergestellt, dass die Schweiz keinen sicheren Hafen für Völkerrechtsverbrecher bietet und Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Völkermord effizient verfolgt.

Seit seiner Schaffung führte das CCV 28 Strafverfahren. Davon wurden 13 eingestellt, 15 Untersuchungen sind anhängig (Stand: Ende Mai 2015). Gleichzeitig vollzog es 14 internationale Rechtshilfeersuchen. Die anhängigen Strafuntersuchungen betreffen allesamt Kriegsverbrechen und befinden sich in unterschiedlichen Stadien. Die bisher bei der Bundesanwaltschaft angezeigten Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrafen Sachverhalte vor dem 1. Januar 2011, für deren Verfolgung – wie bereits ausgeführt – die kantonalen Behörden zuständig sind. Allerdings vollzog die Bundesanwaltschaft einige Rechtshilfeersuchen ausländischer Strafverfolgungsbehörden in dieser Verbrechenkategorie. Anzeigen wegen Völkermord gingen bei der Bundesanwaltschaft bisher keine ein. Dennoch sind die vom CCV ermittelten Sachverhalte vielseitig und betreffen bewaffnete Konflikte unterschiedlichster Natur. Die Ermittlungen bezogen sich bisher auf Taten in Afghanistan, Algerien, Bosnien-Herzegowina, Burundi, Kolumbien, Demokratische Republik Kongo, Indien, Irak, Israel, Kosovo, Liberia, Libyen, Mexico, Ruanda, Sri Lanka, Syrien und den USA. Ebenso vielschichtig sind die ermittelten Tathandlungen, welche u.a. außegerichtliche Tötungen, Vergewaltigungen, Plünderungen, Rekrutierung von Kindersoldaten und Misshandlung von Kriegsgefangenen zum Gegenstand haben. Der älteste ermittelte Vorfall datiert von 1982.

Strafverfahren wurden bisher überwiegend durch Anzeigen von Nichtregierungsorganisationen angestoßen. Besonders aktiv im Kampf gegen die Straflosigkeit zeigt sich Track Impunity Always (TRIAL) mit Sitz in Genf. Daneben eröffnete die Bundesanwaltschaft fünf Verfahren aufgrund eigener Wahrnehmungen und vier gestützt auf Strafklagen von Opfern. Die Fremdenpolizeibehörden übermittelten, gestützt auf Art. 98a des Asylgesetzes (SR.142.31), der Bundesanwaltschaft in sechs Fällen Informationen über Asylsuchende, bei denen der Verdacht auf Völkerrechtsverbrechen besteht. Die restlichen Fälle sind verschiedenen Ursprungs (Bundeskriminalpolizei, Kantonspolizeien, Übernahme anhängiger Fälle der Militärjustiz).

¹³ Vest, in Vest u.a. (Fn. 12), Systematische Einleitung Rn. 69 ff.

¹⁴ Wegen Beteiligung an zehn außegerichtlichen Ermordungen von Gefangenen in zweiter Instanz am 12. Mai 2015 durch die Genfer Chambre d'Appel et de Révision zu einer lebenslangen Haftstrafe verurteilt.

IV. Die Herausforderungen

Die täglichen Herausforderungen in der nationalen Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen gleichen denen der Internationalen Gerichte.¹⁵ Diese „ganz normalen Probleme“ sind typische Folge der in Konfliktsituationen begangenen Verbrechen und der Zuständigkeit gestützt auf das Weltrechtsprinzip. Die Tathandlungen sind in jeder Beziehung weit weg – geografisch und zeitlich – und sie wurden meist in einem uns völlig fremden kulturellen Kontext begangen, den es zu verstehen und zu berücksichtigen gilt. Meist sind wenig oder keine Beweise in der Schweiz vorhanden. Open-Source-Informationen zum Umfeld des Verbrechens gibt es entweder äußerst spärlich oder in Unmengen, die es auszuwerten gilt. Selbst wenn man in öffentlichen Medien fündig wird, beinhalten sie überwiegend wenige bzw. keine Informationen zur konkret vorgeworfenen Tat. Aussagen von Opfern und Zeugen sind daher fast immer einziges Beweismittel und deren Glaubwürdigkeit mithin eine zentrale Frage. Die Aussagen, sehr häufig erhoben unter Einbezug von Übersetzern, sind unter Berücksichtigung der kulturellen Unterschiede, des Kontexts und des oftmals lange zurückliegenden Sachverhalts zu würdigen. Ebenso wesentlich sind Fragen des Opfer- und Zeugenschutzes, insbesondere für im Ausland und im ermittelten Kontext lebende Beteiligte.

Als relativ neue Einheit begegnet das CCV aber auch spezifischen juristischen wie strukturellen Problemen. Es gibt noch kaum nationale Rechtsprechung, die als Leitfaden zur Verfügung steht. Rechtliche Beurteilungen orientieren sich daher teilweise an der Rechtsprechung der internationalen Gerichte, deren Übertragbarkeit auf das Schweizer Rechtssystem stets zu prüfen ist. Die universelle Strafhoheit der Schweiz bei Anwesenheit eines Verdächtigen nach Art. 264m schwStGB fordert von den Behörden ein rasches Reaktionsvermögen. Erlangt die Bundesanwaltschaft Kenntnis darüber, dass sich ein mutmaßlicher Völkerrechtsverbrecher in der Schweiz befindet, muss sie in kürzester Zeit den Tatverdacht, die Verantwortlichkeit des Verdächtigen für die angezeigte Tat und den Kontext bzw. den Konflikt beurteilen, in welchem die Tat begangen worden sein soll. Bestätigt sich der Verdacht, muss die Person in der Schweiz lokalisiert und die Dauer sowie der Grund des Aufenthalts ermittelt werden, um über weitere Maßnahmen entscheiden zu können.

Zudem musste das CCV, wie jede neue Behörde, sich in bereits existierenden Strukturen „Platz machen“ und Anerkennung schaffen. Ebenso wichtig war der Aufbau eines nationalen wie internationalen Netzwerks. Auf europäischer Ebene hat das CCV Beobachterstatus am European Network of Contact Points in Respect of Persons Responsible for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes (Genoci-

¹⁵ Vgl. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, Special Court for Sierra Leone, Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia, Special Tribunal for Lebanon; Akerson/Warren (Hrsg.), *Prosecuting Mass Atrocities, Lessons from the International Tribunals, A Compendium of Lessons Learned and Suggested Practices from the Offices of the Prosecutors*, 2012, S. 47 ff.

de Network), an dessen halbjährlichen Sitzungen Vertreter des CCV und der Bundeskriminalpolizei teilnehmen. Durch die enge Zusammenarbeit mit den Mitgliedern des Netzwerks tauscht das CCV Erfahrungen mit den Partnerbehörden anderer Länder aus und optimiert seine Ermittlungen strategisch. National gehören das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), das Bundesamt für Justiz und das Staatssekretariat für Migration zu den wichtigen Partnerbehörden des CCV. Darüber hinaus hat Genf, als Sitz internationaler Organisationen und ständiger Missionen, wesentlichen Einfluss auf die Arbeit des CCV. Neben und gemeinsam mit diesen Organisationen ist die Schweiz in der Vermittlung bei bewaffneten Konflikten sehr aktiv. Es kommt daher nicht selten vor, dass an entsprechenden Konferenzen in der Schweiz immer wieder Personen teilnehmen, deren Vergangenheit im Rahmen des gesetzlichen Auftrags des CCV von Interesse sein kann und ein Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden erfordert. Eine Koordination zwischen den Departementen, den einladenden Organisationen und den Strafverfolgungsbehörden ist unabdingbar. Das CCV versucht daher im Rahmen seines Networkings seinen gesetzlichen Auftrag und die internationalen Verpflichtungen der Schweiz publik zu machen. Dank der guten Zusammenarbeit mit den Partnerbehörden und Vertretern der Zivilgesellschaft konnte so ein gegenseitiges Rollenverständnis aufgebaut und gemeinsam das Ziel verfolgt werden, dass die Schweiz keinen sicheren Hafen für Personen bietet, die eines Völkerrechtsverbrechens verdächtigt werden.

V. Publierte Fälle

Abschließend sollen einige (bereits publizierte) Besonderheiten aus Strafverfahren des CCV beschrieben werden. Die erste betrifft ein Verfahren, das im Oktober 2012 gestützt auf Strafanzeige durch die Nichtregierungsorganisation TRIAL und auf Privatklagen gegen einen ehemaligen Verteidigungsminister Algeriens eröffnet wurde. Ihm wurde vorgeworfen, für Kriegsverbrechen, begangen durch Folterungen in Gefängnissen während des algerischen Bürgerkriegs in der Zeit von 1992-1999, verantwortlich zu sein. Der Beschuldigte, von 1992 bis 1994 Mitglied der damaligen fünfköpfigen Militärjunta (Haut Comité d'Etat), befand sich zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung für eine medizinische Behandlung in der Schweiz. Gegen eine Verfügung der Bundesanwaltschaft über deren (universelle) Zuständigkeit führte der Beschuldigte Beschwerde. Er machte darin geltend, dass die Eröffnung des Verfahrens gegen das Rückwirkungsverbot verstoße; außerdem genieße er als Hoheitsträger Immunität für die ihm vorgeworfenen Taten. Mit Entscheid vom 25. Juli 2012 verwehrte die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts dem Beschuldigten das Recht, sich in Bezug auf schwerste Verletzungen der Menschenrechte und der Völkerrechtsordnung auf eine funktionelle Immunität zu berufen. Das Gericht dehnte in diesem Beschluss die Immunität *rationae personae* gestützt auf den Entscheid des Internationalen

Gerichtshofs in Sachen Yerodia vom 14. Februar 2002¹⁶ über die Triade Staatschef /Regierungschef/Außenminister auf Verteidigungsminister aus. Es versagte dem Beschuldigten jedoch die Immunität *rationae materiae* wegen der internationalen und nationalen Tendenz, Immunitäten im Kampf gegen die Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen zurück zu drängen. Das Gericht empfand es als widersprüchlich, das völkerrechtliche Streben nach Beendigung der Straflosigkeit durch die im gleichen Recht fußenden Immunitätsregeln zu behindern.¹⁷ Darüber hinaus bestätigte das Bundesstrafgericht die Auslegung des Art. 264m schwStGB dahingehend, dass eine auch nur vorübergehende Anwesenheit des Beschuldigten auf dem Gebiet der Schweiz – im Zeitpunkt der Eröffnung der Strafuntersuchung – zur Begründung einer univ ersellen Zuständigkeit genüge, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 264m schwStGB erfüllt sind.¹⁸ Diese Regelung sei *lex specialis* zu den allgemeinen Zuständigkeitsregeln, insbesondere Art. 7 schwStGB.¹⁹ Das Rückwirkungsverbot gelte zudem nicht für die formellen Bestimmungen der schwStPO.²⁰ Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde des Beschuldigten nicht ein, da der Beschluss der Beschwerdekammer nicht beschwerdefähig sei.²¹

Eine andere Anzeige von TRIAL führte zu Abklärungen gegen eine Goldraffinerie mit Sitz in der Schweiz. Diese wurde verdächtigt, in der Zeit von 2004 bis 2005 mehrere Tonnen Gold für eine ausländische Edelmetallhandelsfirma verarbeitet zu haben, welche von Rebellen in der Region Ituri im Ostkongo geplündert worden war. Die Bundesanwaltschaft eröffnete im November 2013 ein Verfahren wegen Verdachts der Geldwäscherei und Gehilfenschaft zum Kriegsverbrechen der Plünderung. Die Strafuntersuchung stellte eines der ersten nationalen Verfahren gegen eine Firma für Völkerrechtsverbrechen seit den Nürnberger Nachfolgeprozessen dar. Die Kontextanalyse erforderte eine Auslegung der wirren Situation im Ostkongo um den Tatzeitpunkt. Es musste beurteilt werden, ob damals in der Region Ituri ein bewaffneter Konflikt stattfand, ob dieser internationaler oder nicht-internationaler Natur war und wer die daran teilnehmenden Konfliktparteien waren. Zudem musste der Zeitpunkt der Plünderung des in der Schweiz in der Folge raffinierten Goldes eingegrenzt werden. Dies erforderte nicht nur ein Verständnis dafür, woher das Gold stammte, sondern auch für die technischen Umstände und den zeitlichen Ablauf des Goldabbaus sowie dessen Handelswege. Im Ergebnis kam die Bundesanwaltschaft zum Schluss, dass das Strafver-

fahren einzustellen ist. Zwar bestätigten die Ermittlungen, dass das Rohgold geplündert worden und über illegale Kanäle aus der umkämpften Region im Ostkongo nach Uganda und von da direkt in die Schweiz gelangt war. Vorsätzliches Handeln konnte der Firma und ihren Vertretern jedoch nicht nachgewiesen werden.

Im Januar 2015 verhaftete die Bundesanwaltschaft einen ehemaligen Kommandanten der United Liberation Movement of Liberia for Democracy (ULIMO), einer der Rebellengruppen, die sich im 1. Liberianischen Bürgerkrieg gegen Charles Taylor und seine National Patriotic Front of Liberia (NPFL) stellten. Die Strafanzeige und Privatklagen waren bereits einige Monate zuvor von Nichtregierungsorganisationen eingegangen. Dem Beschuldigten werden die Ermordung von Zivilisten, Vergewaltigung sowie Taten, die darauf abzielten, die Bevölkerung zu versklaven und zu terrorisieren, zwischen 1993 und 1995 vorgeworfen. Es handelt sich dabei um das erste Verfahren der Bundesanwaltschaft, in welchem der Beschuldigte die Taten selbst begangen haben soll. Der Beschuldigte befand sich zum Zeitpunkt des Vortrags noch in Untersuchungshaft.

VI. Schlussbemerkungen

Die bisherigen Erfahrungen in der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen zeigen, dass das CCV wenig überraschend mit identischen Herausforderungen konfrontiert ist, wie seine ausländischen Partnerbehörden. Diese verfügen teilweise über mehrjährigen Erfahrungsvorsprung und der Austausch mit ihnen ist sehr wertvoll. Immer wieder resultiert daraus für die tägliche Arbeit ein echter Mehrwert.

Die letzten drei Jahre zeigten aber auch strukturelles Verbesserungspotenzial. Das CCV befindet sich, wie die ganze Bundesanwaltschaft zurzeit im Umbruch, der mit Beginn der neuen Amtsperiode per Januar 2016 abgeschlossen sein dürfte.

Die Zukunft des CCV bleibt in jeder Beziehung spannend. Einerseits bleibt abzuwarten, wie das Kompetenzzentrum strukturell und personell aufgestellt sein wird, um seinen gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können. Andererseits sind wir gespannt, wie sich die anhängigen Fälle entwickeln werden und welchen neuen Herausforderungen wir uns werden stellen dürfen.

¹⁶ IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Annual Report 2002.

¹⁷ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Beschl. v. 25.7.2012 – BB.2011.140, E. 5.3 ff.

¹⁸ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Beschl. v. 25.7.2012 – BB.2011.140, E. 3.1.

¹⁹ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Beschl. v. 25.7.2012 – BB.2011.140, E. 2.3.

²⁰ Bundesstrafgericht (Beschwerdekammer), Beschl. v. 25.7.2012 – BB.2011.140, E. 3.3.1.

²¹ Bundesgericht, Urt. v. 8.11.2012 – 1B_542/2012, E. 2.

Die Umsetzung des Römischen Statuts in Österreich

Von Dr. Konrad G. Bühler, Wien, Dr. Astrid Reisinger Coracini, Salzburg*

Der Beitrag befasst sich mit der Umsetzung des Römischen Statuts in Österreich. Teil 1 stellt die durch die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene österreichische Völkerstrafrechtsnovelle neu in das österreichische Strafgesetzbuch (öStGB) eingefügten Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen vor.¹ Teil 2 befasst sich mit dem am 1. Januar 2016 in Kraft tretenden Tatbestand des Verbrechens der Aggression² sowie mit dem bereits durch die Völkerstrafrechtsnovelle 2015 in das öStGB eingefügten völkerstrafrechtlichen Allgemeinen Teil.

Teil 1: Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen³

I. Einleitung

Teil 1 stellt die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen vor, die durch die am 1. Januar 2015 in Kraft getretene österreichische Völkerstrafrechtsnovelle neu in das österreichische Strafgesetzbuch (öStGB) eingefügt worden sind.

Zum Titel des Beitrages – „Umsetzung des Römischen Statuts in Österreich“ – ist vorweg anzumerken, dass im Zuge des österreichischen Gesetzesvorhabens bewusst vermieden wurde, von einer Umsetzung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut) zu spre-

chen, da es nach herrschender Meinung keine völkerrechtliche Verpflichtung gibt, die in den Art. 6, 7 und 8 IStGH-Statut enthaltenen Strafbestimmungen in das nationale Recht umzusetzen.⁴ Hingegen besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung, die in den Genfer Abkommen von 1949 (GA) und dem ersten Zusatzprotokoll 1977 (ZP I) enthaltenen Bestimmungen über schwere Verletzungen („grave breaches“) des humanitären Völkerrechts umzusetzen. Da Art. 8 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut diese Tatbestände ausdrücklich in die Kriegsverbrechen des Art. 8 IStGH-Statut einbezieht, wurde beschlossen, ihre Umsetzung durch ein gemeinsames Gesetzesvorhaben vorzunehmen.

II. Die Vorbereitung der österreichischen Völkerstrafrechtsnovelle

Die österreichische Völkerstrafrechtsnovelle trat nach vielen Jahren der Vorbereitung am 1. Januar 2015 in Kraft. Der Text wurde am 29. Dezember 2014 im österreichischen Bundesgesetzblatt (öBGBL.) kundgemacht.⁵

Österreich vertrat grundsätzlich immer die Auffassung, die im humanitären Völkerrecht enthaltenen Verpflichtungen zur Bestrafung von Kriegsverbrechen bereits im Rahmen seiner allgemeinen strafrechtlichen Tatbestände umgesetzt zu haben. Nur für Völkermord gab es in § 321 des Strafgesetzbuches einen speziellen Tatbestand. Die Schaffung spezieller Tatbestände für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, wie dies in Deutschland und der Schweiz erfolgt war, war ein langjähriges Vorhaben, das durch das IStGH-Statut und das Prinzip der Komplementarität neuen Antrieb erhielt.

Das Gesetzesvorhaben war Bestandteil der Regierungsprogramme 2008-2013 sowie 2013-2018 und fand sich u.a. auch in den Versprechen (sog. „Pledges“), die Österreich im Jahr 2010 bei der Überprüfungskonferenz des IStGH-Statuts in Kampala, Uganda, abgegeben hatte.

Die Vorbereitungsarbeiten des österreichischen Justizministeriums wurden von einer interministeriellen Arbeitsgruppe unter Beteiligung des Außen- und des Verteidigungsministeriums und von Wissenschaftlern (darunter auch u.a. Prof. Gerhard Hafner, Dr. Astrid Reisinger Coracini oder Prof. Kirsten Schmalenbach, denen an dieser Stelle ausdrücklich gedankt werden soll) sowie wissenschaftlichen Veranstaltungen wie Symposien in Graz im Jahr 2008 und in Salzburg im Jahr 2010 unterstützt.

* Dr. Konrad G. Bühler ist Gesandter und Leiter der Abteilung I.2. für allgemeines Völkerrecht im österreichischen Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres in Wien. Dr. Astrid Reisinger Coracini ist Lehrbeauftragte an der Universität Salzburg und Leiterin der Salzburg Law School on International Criminal Law, Humanitarian Law and Human Rights Law. Beide Autoren waren Mitglieder der Arbeitsgruppe zur Vorbereitung der österreichischen Völkerstrafrechtsnovelle.

¹ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden, öBGBL. I Nr. 106/2014 v. 29.12.2014, online abrufbar unter:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2014_I_106/BGBLA_2014_I_106.pdf (25.9.2015). Die „Völkerstrafrechtsnovelle“ trat am 1. Januar 2015 in Kraft.

² Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015), öBGBL. I Nr. 112/2015 v. 13.8.2015, online abrufbar unter:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_112/BGBLA_2015_I_112.pdf (25.9.2015).

³ Teil 1 gibt die ungekürzte aktualisierte Fassung eines Vortrags von Konrad G. Bühler am 29. Mai 2015 vor dem Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Bern und ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

⁴ Allerdings werden die Vertragsstaaten des IStGH-Statuts in Abs. 33 der von der 5. Vertragsstaatenversammlung angenommenen Resolution ASP/5/Res. 3 (sog. „Omnibus-Resolution“) eingeladen, im Sinne des Komplementaritätsprinzips die in Art. 6, 7 und 8 IStGH-Statut dargelegten Verbrechen in die nationalen Straftatbestände aufzunehmen. Ein Vertragsstaat, der dies nicht tut, läuft Gefahr, dem Komplementaritätsprinzip nicht in allen Fällen nachkommen zu können.

⁵ öBGBL. I Nr. 106/2014, S. 1.

Bei der Vorbereitung gab es viele Diskussionen über die für Österreich am besten passende Lösung, auch im Hinblick auf die Vorgehensweise anderer Staaten wie Deutschland (Schaffung eines eigenen Völkerstrafgesetzbuchs) und die Schweiz (Aufnahme in das Strafgesetzbuch).

Der Entwurf des Gesetzestextes wurde bereits im Februar 2012 abgeschlossen, es dauerte jedoch fast drei weitere Jahre bis zur Ausarbeitung der Erläuternden Bemerkungen⁶ für die Regierungsvorlage, zur parlamentarischen Genehmigung und zum Inkrafttreten zu Beginn dieses Jahres.

Im Ergebnis folgt das österreichische Gesetzesvorhaben in formaler Hinsicht dem Vorbild der Schweiz, wo die Völkerstrafatbestände in das bestehende Schweizer Strafgesetzbuch (schwStGB) aufgenommen wurden, in inhaltlicher und systematischer Hinsicht in weiten Teilen dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch (dVStGB), jedoch mit einigen sprachlichen und inhaltlichen Abweichungen, auf die in weiterer Folge unter Heranziehung der Erläuterungen näher eingegangen wird.

III. Die neuen Völkerstrafatbestände im österreichischen Strafgesetzbuch

Im Interesse der Zusammenfassung aller Straftatbestände in einem Strafgesetzbuch wurde der bestehende 25. Abschnitt des österreichischen Strafgesetzbuches (öStGB)⁷ erweitert. Der neue 25. Abschnitt mit dem neuen Titel „Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen“ enthält nun zusätzlich zum (unveränderten bisherigen) Tatbestand Völkermord (§ 321 öStGB) in den §§ 321a bis 321f öStGB sechs weitere völkerstrafrechtliche Verbrechen:

- 1. Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 321a öStGB)
- 2. Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 321b öStGB)
- 3. Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte (§ 321c öStGB)
- 4. Kriegsverbrechen gegen internationale Missionen und Missbrauch von Schutz- und Nationalitätszeichen (§ 321d öStGB)
- 5. Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung (§ 321e öStGB)
- 6. Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung (§ 321f öStGB)

In erster Linie wurden dabei die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Art. 7 IStGH-Statut und der Kriegsverbrechen nach Art. 8 IStGH-Statut berücksichtigt, um eine möglichst lückenlose Strafverfolgung und Komplementarität zu ermöglichen. Darüber hinaus sind auch andere Regelungen in den Text eingeflossen, bei denen eine Umsetzungspflicht besteht, darunter u.a. die vier Genfer Abkom-

⁶ Siehe öBGBI. I Nr. 106/2014 v. 29.12.2014, Regierungsvorlage, 348 der Beilagen XXV. GP (der Text der Erläuterungen kann im Internet abgerufen werden unter: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II/00348/fname_372656.pdf [25.9.2015]).

⁷ öBGBI. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch öBGBI. I Nr. 112/2015.

men 1949 („schweren Verletzungen“ in Art. 49 Genfer Abkommen I; Art. 50 Genfer Abkommen II; Art. 129 Genfer Abkommen III; Art. 146 Genfer Abkommen IV)⁸ und Zusatzprotokolle 1977 (Art. 85 ZP I)⁹ sowie das 2. Protokoll zur Haager Kulturgüterschutzkonvention 1954.¹⁰

Die in Kampala beschlossenen sog. „belgischen Änderungen“ des Art. 8 IStGH-Statut betreffend die Strafbarkeit der Verwendung von Gift und Giftgasen bzw. sog. „Dum-Dum“-Geschossen auch in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, die von Österreich am 17. Juli 2014 ratifiziert wurden,¹¹ wurden in der Gesetzesnovelle bereits berücksichtigt.

Der Tatbestand des Verbrechens der Aggression ist in der am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Völkerstrafrechtsnovelle nicht enthalten.¹² Es wurde jedoch im Frühjahr ein Entwurf eines Straftatbestandes vom Völkerrechtsbüro des Außenministeriums ausgearbeitet,¹³ der mittlerweile mit geringfügigen Änderungen in das Paket des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 aufgenommen wurde, das mit 1. Januar 2016 in Kraft treten wird.¹⁴

Bei der folgenden kurzen Darstellung der einzelnen neuen Straftatbestände sollen nur einige Punkte herausgegriffen werden, wo Abweichungen von anderen Regelungen vorgenommen wurden.¹⁵

1. Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 321a öStGB)

Der Tatbestand orientiert sich weitestgehend an der Struktur des Art. 7 IStGH-Statut, wonach zwischen einer Gesamttat („ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung“) und Einzeltaten unterschieden wird. Den Einzeltaten werden, abhängig von der Schwere der Tat, unterschiedliche Strafrahmen zugeordnet. Abweichend vom IStGH-Statut wurde eine Zusammenführung der Tatbestände des Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut und deren Definitionen in Art. 7 Abs. 2 sowie eine Reihung der Tathandlungen nach der Schwere der Tat vorgenommen (vgl. ebenso § 7 dVStGB und Art. 264a schwStGB).

⁸ öBGBI. Nr. 155/1953.

⁹ öBGBI. Nr. 527/1982.

¹⁰ öBGBI. III Nr. 113/2004.

¹¹ öBGBI. III Nr. 96/2015 (der Text der Änderungen kann im Internet abgerufen werden unter:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_III_96/BGBLA_2015_III_96.pdf [25.9.2015]).

¹² Siehe Teil 2 dieses Beitrags.

¹³ Begutachtungsverfahren zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015; Stellungnahme des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres (BMEIA) vom 21. April 2015 (169/SN-98/ME; die Stellungnahme kann im Internet abgerufen werden unter:

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_03276/imfname_405333.pdf [25.9.2015]).

¹⁴ öBGBI. I Nr. 112/2015, S. 16, 23.

¹⁵ Die folgenden Ausführungen zu den einzelnen neuen Völkerstrafatbeständen beruhen auf den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (siehe Fn. 6), an deren Erstellung Dr. Bühler mitgewirkt hat.

Im Zuge des Begutachtungsverfahrens wurde der ursprüngliche Katalog von Einzeltaten (Nr. 1 bis 10 wie im dVStGB) in Absätze je nach Strafdrohung unterteilt. Die Einzeltaten erlangen den Charakter eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit, wenn sie im Rahmen der Gesamttat („ausgedehnter und systematischer Angriff gegen eine Zivilbevölkerung“) erfolgen.

Folgende Beispiele, wo es Abweichungen von den entsprechenden Regelungen in Deutschland und der Schweiz gibt, erscheinen erwähnenswert:

Der Tatbestand in § 321a Abs. 3 Nr. 2 öStGB (Vertreibung einer Bevölkerung) folgt – anders als das dVStGB und schwStGB (Art. 264a lit. h) – dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut und verlangt die zwangsweise Überführung der Bevölkerung (nicht bloß einer einzelnen Person). Als Tatobjekt wird „die Bevölkerung“ genannt, worunter die gesamte Zivilbevölkerung oder ein Teil davon zu verstehen ist.

In § 321a Abs. 3 Nr. 4 öStGB (sexuelle Gewalt) wurde die in Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut sanktionierte „sexuelle Sklaverei“ als spezielle Erscheinungsform der Versklavung und „jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere“ wie im schwStGB aus Bestimmtheitsgründen nicht übernommen und stattdessen die geschlechtliche Nötigung (§ 202 öStGB) als Auffangvorschrift einfügt, um eine Kriminalisierung der im IStGH-Statut verankerten Verhaltensweisen zu gewährleisten.

Aus denselben Gründen (mangelnde Bestimmtheit) wurde auch der Auffangtatbestand in Art. 7 IStGH-Statut betreffend „andere Handlungen von vergleichbarer Schwere“ nicht in das öStGB aufgenommen (anders z.B. Art. 264a lit. j schwStGB).

Für das Verbrechen der Apartheid ist abweichend vom IStGH-Statut (Art. 7 Abs. 1 lit. j und Abs. 2 lit. h IStGH-Statut) kein eigener Tatbestand vorgesehen, obwohl dies ursprünglich im Begutachtungsentwurf geplant war. Da dieser Tatbestand aufgrund der Subsidiaritätsklausel nur in wenigen Fällen zum Tragen gekommen wäre, wurde er aus strafrechtlichen Gründen in eine bloße Qualifikation der Tatbegehung am Ende von § 321a Abs. 4 öStGB umformuliert, obwohl aus politischen Gründen ein separater Tatbestand begrüßenswert gewesen wäre.

2. Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 321b öStGB)

Die Kriegsverbrechenstatbestände in §§ 321b bis 321f öStGB reflektieren Art. 8 IStGH-Statut bzw. die entsprechenden Regelungen der Genfer Abkommen und Zusatzprotokolle. Die Gliederung folgt in groben Zügen dem dVStGB (§§ 8 bis 12).

Die Kriegsverbrechen sind mit wenigen Ausnahmen (z.B. § 321b Abs. 5 Nr. 2: „als Angehöriger einer Besatzungsmacht“; § 321e Abs. 1 Nr. 10: kein Pardon als Vorgesetzter gewähren; § 321g: Verantwortlichkeit als Vorgesetzter, sowie §§ 321h und 321i) als Allgemeindelikte formuliert, weshalb der Täter jedermann sein kann.

Ein bestimmter Sachverhalt kann sowohl als Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder auch als Kriegsverbrechen qualifiziert werden, weil sich die Anwendungsbe-

reiche und die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Verbrechenskategorien teilweise überschneiden.

Sämtliche Kriegsverbrechen müssen „im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt“ oder einer militärischen Besetzung (vgl. Art. 2 GA I-IV) begangen werden. Voraussetzung ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Tat handlung und den Zielen der Kampfführung einer Partei des bewaffneten Konflikts bzw. einer Besatzungsmacht.

In progressiver Weise sind – mit Ausnahme der in § 321b Abs. 5 öStGB genannten Kriegsverbrechen gegen Personen, die nur im Zusammenhang mit einem „internationalen bewaffneten Konflikt“ begangen werden können – alle anderen Kriegsverbrechen in *allen* bewaffneten Konflikten strafbar. Dies war eine bewusste rechtspolitische Entscheidung im Sinne der Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts und internationalen Strafrechts.¹⁶

Auch hier sollen wiederum beispielhaft einige Bestimmungen herausgegriffen werden:

§ 321b Abs. 4 Nr. 2 öStGB verbietet die Rekrutierung und den Einsatz von Kindersoldaten, jedoch mit anderen Altersgrenzen als in Deutschland und der Schweiz: Bei der Rekrutierung für die Streitkräfte beträgt die Altersgrenze 15 Jahre (dies ergibt sich aus dem IStGH-Statut und der UN-Kinderrechtekonvention¹⁷), bei der Rekrutierung für bewaffnete Gruppen jedoch 18 Jahre (dies ergibt sich aus dem Fakultativprotokoll¹⁸ zur UN-Kinderrechtekonvention über die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten).

In § 321b Abs. 5 öStGB sind jene Kriegsverbrechen enthalten, die nur im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts begangen werden können, da einzelne Tatbestandselemente notwendigerweise einen solchen internationalen Konflikt voraussetzen:

- widerrechtliche Verschleppung oder Gefangenhaltung einer nach humanitärem Völkerrecht zu schützenden Person (beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. a [vii] IStGH-Statut), und ungerechtfertigt verzögerte Heimtschaffung (vgl. Art. 85 Abs. 4 lit. b ZP I; Art. 109 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 GA III; Art. 35 Abs. 1 und Art. 134 GA IV).
- Überführung eines Teils der eigenen Zivilbevölkerung durch Angehörige der Besatzungsmacht (Sonderdelikt) in das von ihr besetzte Gebiet, oder der Gesamtheit oder eines Teils der Bevölkerung des besetzten Gebiets innerhalb desselben oder aus diesem Gebiet (beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b [viii] IStGH-Statut).¹⁹

¹⁶ In diesem Zusammenhang sind die im Jahr 2015 laufenden Diskussionen in der „Working Group of Amendments (WGA)“ der „New York Working Group (NYWG)“ der Vertragsstaatenversammlung (ASP) des IStGH und das belgische Arbeitspapier zur Angleichung der Tatbestände des IStGH-Statuts für Kriegsverbrechen in internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten zu erwähnen.

¹⁷ öBGBI. Nr. 7/1993.

¹⁸ öBGBI. III Nr. 92/2002.

¹⁹ Beachte in diesem Zusammenhang die korrespondierende Bestimmung in § 321b Abs. 4 Nr. 3 öStGB, wonach die Ver-

- Nötigung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person zur Dienstleistung in den Streitkräften einer feindlichen Macht (beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. a [v] IStGH-Statut).
- Nötigung eines Angehörigen der gegnerischen Partei zur Teilnahme an Kriegshandlungen gegen sein eigenes Land (beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b [xv] IStGH-Statut).

In § 321b Abs. 6 öStGB werden die „nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Personen“ im Sinne der Genfer Abkommen 1949 und der Zusatzprotokolle 1977 definiert: Abs. 6 erwähnt beispielhaft Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige, Angehörige der Streitkräfte und Kämpfer der gegnerischen Partei, die sich bedingungslos ergeben haben oder sonst außer Gefecht sind, Kriegsgefangene und Zivilpersonen, sofern und solange letztere nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.

3. Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte (§ 321c öStGB)

Die Regelung in § 321c Nr. 2 und 3 öStGB geht über das IStGH-Statut sowie das dVStGB und schwStGB hinaus: Nr. 2 pönalisiert die Zerstörung oder Aneignung von Kulturgut im Sinn der Kulturgüterschutzkonvention 1954. Nr. 3 betreffend völkerrechtswidrige Anordnungen der Aufhebung, Aussetzung oder Nicht-Einklagbarkeit vor Gericht von Rechten und Forderungen der Angehörigen der gegnerischen Partei ist auch auf nicht-internationale Konflikte anzuwenden (anders: § 9 Abs. 2 dVStGB und SchwStGB; Art. 8 Abs. 2 lit. b [xiv] IStGH-Statut).

4. Kriegsverbrechen gegen internationale Missionen und Missbrauch von Schutz- und Nationalitätszeichen (§ 321d öStGB)

§ 321d Abs. 1 Nr. 1 öStGB beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b (iii) und Art. 8 Abs. 2 lit. e (iii) IStGH-Statut und stellt Angriffe gegen humanitäre Hilfsmissionen oder friedenssichernde Missionen unter Strafe, solange sie Anspruch auf den Schutz haben, der Zivilpersonen oder zivilen Objekten nach dem humanitären Völkerrecht gewährt wird. Dieser Schutz endet durch die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten (vgl. Art. 51 Abs. 3 ZP I), sofern diese Teilnahme nicht im Rahmen der Notwehr (§ 3 öStGB) Deckung findet. Nr. 1 setzt auch Art. 9 des Übereinkommens über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal²⁰ um.

§ 321d Abs. 1 Z 2 öStGB beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxiv) und Art. 8 Abs. 2 lit. e (ii) IStGH-Statut und stellt Angriffe gegen Sanitätseinheiten oder -transportmittel unter Strafe, die in Übereinstimmung mit dem humanitären Völkerrecht mit den Schutzzeichen der GA oder der ZP I und II sowie des dritten Zusatzprotokolls (ZP III) aus 2005 („Rotes

Kristall auf weißem Grund“) gekennzeichnet sind (ZP III ist im dVStGB und schwStGB noch nicht berücksichtigt).

§ 321d Abs. 2 öStGB verbietet den Missbrauch von anerkannten Schutzzeichen (Art. 38 GA I und ZP III), der Parlamentärflagge (vgl. Art. 32 Haager Landkriegsordnung) oder der Flagge, militärischer Abzeichen oder der Uniform des Feindes, neutraler Staaten, oder der Vereinten Nationen, wenn dadurch der Tod oder die schwere Verletzung einer Person verursacht wird.

Über das IStGH-Statut sowie das dVStGB und schwStGB hinausgehend erfasst § 321d Abs. 2 öStGB auch den Missbrauch in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten sowie den Missbrauch der Flagge, militärischer Abzeichen oder der Uniform neutraler oder anderer nicht am Konflikt beteiligter Staaten (vgl. Art. 37 Abs. 1 lit. d und Art. 39 ZP I).

5. Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung (§ 321e öStGB)

Einige der Regelungen in § 321e öStGB gehen ebenfalls in progressiver Weise über das IStGH-Statut bzw. das dVStGB und schwStGB hinaus:

§ 321e Abs. 1 Nr. 4 öStGB erklärt die Verwendung von Kulturgut unter verstärktem Schutz zur Unterstützung militärischer Handlungen gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. b des 2. Protokolls zur Haager Kulturgüterschutzkonvention von 1954 für strafbar.

Die Bestimmung in § 321e Abs. 1 Nr. 5 öStGB beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut und setzt Art. 85 Abs. 3 lit. b ZP I um. Nach Nr. 5 macht sich strafbar, wer einen Angriff durchführt, der gegen militärische Ziele gerichtet ist, in dem Wissen, dass dadurch unverhältnismäßige zivile Begleitschäden (Kollateralschäden) verursacht werden. Auf der subjektiven Tatseite wird Wissentlichkeit i.S.d. § 5 Abs. 3 öStGB vorausgesetzt, sodass der Täter das Eintreten der genannten Folgen nicht bloß für möglich, sondern für gewiss halten muss.

§ 321e Abs. 1 Nr. 6 öStGB weicht vom IStGH-Statut und dVStGB ab und setzt Art. 85 Abs. 3 lit. c ZP I um. Es macht sich strafbar, wer einen Angriff gegen gefährliche Kräfte enthaltende Anlagen oder Einrichtungen (Staudämme, Deiche und Kernkraftwerke, siehe taxative Aufzählung in Art. 56 ZP I und Art. 15 ZP II) richtet, in Kenntnis davon, dass dadurch unverhältnismäßige zivile Begleitschäden (Kollateralschäden) verursacht werden. Damit wird auf der subjektiven Tatseite zumindest dolus eventualis (§ 5 Abs. 1 letzter Hs. öStGB) vorausgesetzt.

Gemäß § 321e Abs. 1 Nr. 7 öStGB sind Angriffe, die weitreichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen, auch in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten strafbar (anders: § 11 Abs. 3 dVStGB; Art. 8 Abs. 2 lit. b [iv] IStGH-Statut). Nr. 7 setzt Art. 35 Abs. 3 und Art. 55 ZP I sowie das Übereinkommen über das Verbot der militärischen oder einer sonstigen feindseligen Nutzung umweltverändernder Techniken (ENMOD-Konvention)²¹ um.

treibung von Zivilisten in allen bewaffneten Konflikten strafbar ist.

²⁰ öBGBI. III Nr. 180/2000.

²¹ öBGBI. Nr. 144/1990.

§ 321e Abs. 1 Nr. 9 öStGB beruht auf Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxv) IStGH-Statut und stellt das Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung unter Strafe. Über das IStGH-Statut hinausgehend erfasst Nr. 9 auch nicht-internationale bewaffnete Konflikte (vgl. Art. 14 ZP II).

6. Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung (§ 321f öStGB)

Entsprechend den bei der Überprüfungskonferenz des IStGH-Statuts in Kampala, Uganda, im Jahr 2010 beschlossenen sog. „belgischen Änderungen“ (i.e. Hinzufügung der Ziffern [xiii] bis [xv] in Art. 8 Abs. 2 lit. e IStGH-Statut) sowie dem dVStGB ist gem. § 321a Abs. 1 Nr. 1 und 3 öStGB der Einsatz von Gift und Giftgasen bzw. sog. Dum-Dum-Geschossen auch in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten als Kriegsverbrechen strafbar. § 321a Abs. 1 Nr. 2 öStGB macht die Verwendung biologischer oder chemischer Kampfmittel strafbar.

In den Erläuterungen wird ausdrücklich festgehalten, dass ein Einsatz von Dum-Dum-Geschossen, der nicht im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt steht (z.B. Maßnahmen der Verbrechensbekämpfung wie Geiselnbefreiungen) nicht von Nr. 3 erfasst ist (siehe Nr. 4 der Verbrechensteil zu Art. 8 Abs. 2 lit. e [xv] IStGH-Statut).

Gemäß § 321f Abs. 2 öStGB erhöht sich – abweichend vom dVStGB – der Strafraum, wenn die verbotenen Mittel zur Massenvernichtung bestimmt oder geeignet sind (vgl. § 177a öStGB, Verbot der Herstellung und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen).

Teil 1 hat einen allgemeinen Überblick über die Völkerstrafgesetznovelle vermittelt und dabei einige interessante Details hervorgehoben. Für nähere Informationen zu den einzelnen Straftatbeständen kann auf die ausführlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage verwiesen werden, die im Internet abrufbar sind.²²

Teil 2: Der Tatbestand des Verbrechens der Aggression und die Regelungen des Allgemeinen Teils²³

I. Das Verbrechen der Aggression

Am 1. Januar 2016 wird das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 („StRÄG 2015“) in Kraft treten.²⁴ Neben einer weitreichenden Reform des öStGB, unter anderem im Hinblick auf eine Harmonisierung von Strafraum im Bereich der Delikte gegen Leib und Leben und der Vermögensdelikte sowie Änderungen im Bereich des Sexualstrafrechts, führt das StRÄG 2015 das Verbrechen der Aggression in das öStGB ein und schließt damit die derzeit bestehende Lücke des 25. Abschnitts.

Das Fehlen des Verbrechens der Aggression in der Völkerstrafrechtsnovelle ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass Österreich zum Zeitpunkt der Ausarbeitung dessen Ent-

wurfs die Kampala-Beschlüsse noch nicht ratifiziert hatte.²⁵ Es entspricht weitgehend der österreichischen Praxis, dass eine Überführung internationaler Regelungen in innerstaatliches Recht erst nach Eingehen der entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtung erfolgt. Nun ergibt sich aus den Kampala-Beschlüssen ebenso wenig eine Verpflichtung zur innerstaatlichen Umsetzung der Kernverbrechen wie aus dem Rom-Statut. Das Rom-Statut war neben Umsetzungsverpflichtungen aus anderen internationalen Verträgen aber doch Anlass für die Anpassung der innerstaatlichen Gesetzgebung an geltendes Völkerrecht. Als sich der Vorbereitungsprozess der Völkerstrafrechtsnovelle ressourcenbedingt so weit verzögerte, dass die Ratifizierung der Kampala-Beschlüsse noch vor Abschluss der Arbeiten erfolgte, war die Akkordierung des Gesetzestexts bereits abgeschlossen, sodass gegen einen Wiedereinstieg in die Entwurfsphase optiert wurde.²⁶

Das Fehlen des Verbrechens der Aggression in der Völkerstrafrechtsnovelle ist demnach keinesfalls auf einen Unwillen des Gesetzgebers zur innerstaatlichen Pönalisierung dieses Tatbestands zurückzuführen. Im Gegenteil, die Erläuterungen zur Völkerstrafrechtsnovelle verweisen ausdrücklich auf die Kampala-Beschlüsse zum Verbrechen der Aggression und stellen klar, dass „[d]ie Aufnahme eines entsprechenden Tatbestands [...] zu einem späteren Zeitpunkt in Aussicht genommen“ wird.²⁷ Dementsprechend nahm das österreichische Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres (BMEIA) das Begutachtungsverfahren des StRÄG 2015 zum Anlass, auf das fehlende Verbrechen der Aggression hinzuweisen und einen Entwurf eines Straftatbestandes zu unterbreiten.²⁸ Der Entwurf wurde vom Bundes-

²⁵ Die Ratifizierung erfolgte am 17.7.2014 (vgl. United Nations Treaties Series, Status of Treaties, online abrufbar unter:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&lang=en [25.9.2015] sowie unter:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en [25.9.2015]), während weite Teile der Völkerstrafrechtsnovelle bereits in den Jahren 2008-10 ausgearbeitet worden waren.

²⁶ Etwas differenziert stellt sich die Lage im Hinblick auf die Kampala-Beschlüsse zu Art. 8 IStGH-Statut dar, die trotz fehlender Ratifizierung Eingang in die Völkerstrafrechtsnovelle gefunden haben. Durch die weitgehende Gleichstellung von Kriegsverbrechen im internationalen und nicht-internationalen Konflikt war der Einsatz bestimmter Waffen unabhängig von der Klassifizierung des Konflikts bereits von Anfang an berücksichtigt.

²⁷ öBGBI. I/106 v. 29. 12.2014, 348 der Beilagen XXV. GP, Regierungsvorlage, Erläuterungen, S. 2.

²⁸ Stellungnahme des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres zu dem Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz,

²² Siehe Fn. 6.

²³ Dieser Teil des Beitrages gibt die aktualisierte Fassung eines Vortrags von *Astrid Reisinger Coracini* am 29. Mai 2015 vor dem Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Bern wieder.

²⁴ Art. 12 StRÄG 2015.

ministerium für Justiz in nur geringfügig abgeänderter Form in das StRÄG 2015 aufgenommen und wird als neuer § 321k öStGB den 25. Abschnitt ergänzen.

Es ist erfreulich, dass nunmehr alle Kernverbrechen Eingang in das österreichische Strafrecht gefunden haben und dass die sukzessive Umsetzung der Tatbestände unter systematischen Gesichtspunkten erfolgte, wodurch Sonderregelungen und Inkohärenzen vermieden werden konnten. Allein die formal-legislatorische Lösung der Einfügung des Verbrechens der Aggression am Ende des 25. Abschnitts muss sich vorhalten lassen, dass eine Realisierung des Vorhabens in einem Guss wohl doch vorteilhafter gewesen wäre. Mit der Völkerstrafrechtsnovelle wurde der gesamte Komplex völkerstrafrechtlicher Regelungen als §§ 321a bis j öStGB hinter den bereits bestehenden (und im 25. Abschnitt bisher einzigen) Tatbestand des Völkermords, d.h. „zwischen“ § 321 und § 322 öStGB eingefügt. Idealerweise wäre das Verbrechen der Aggression – wie auch vom BMEIA vorgeschlagen – am Ende der Liste völkerrechtlichen Tatbestände, vor den besonderen Regelungen des Allgemeinen Teils anzusiedeln. Die Verwendung einer weiteren Unterscheidungsebene (z.B. § 321f [i]) wäre für einen österreichischen Gesetzestext jedoch ungewöhnlich. Die Alternative einer Neu Nummerierung innerhalb oder ab dem 25. Abschnitt – zumal sich der 25. Abschnitt abgesehen von Übergangs- und Inkrafttretensbestimmungen am Ende des öStGB befindet – wurde allerdings nicht goutiert. So befindet sich das Verbrechen der Aggression am Ende des 25. Abschnitts, durch Regelungen eines völkerstrafrechtlichen Allgemeinen Teils von den anderen Straftatbeständen getrennt, zumindest räumlich abgeschnitten.

Die Tatbestandsdefinition des Verbrechens der Aggression in § 321k öStGB orientiert sich – im Wortlaut der akkordierten deutschen Fassung – weitgehend an den Kampala-Beschlüssen. Im Vergleich zu Art. 8bis IStGH-Statut sind aber dennoch einige Besonderheiten zu verzeichnen.

§ 321k öStGB teilt sich in zwei Absätze. Abs. 1 enthält die eigentliche Tatbestandsbeschreibung und formuliert die individuelle strafbegründende Handlung des Täters. Abs. 2 greift den in Abs. 1 verwendeten Begriff der Aggressionshandlung auf und definiert die kollektive Handlung, die der Täter (mit)verwirklicht.

Der Tatbestand ist erfüllt, wenn ein qualifizierter Täter eine qualifizierte Aggressionshandlung „plant, vorbereitet, einleitet oder ausführt“²⁹. Gemäß Art. 8bis Abs. 1 IStGH-Statut unterliegt die Angriffshandlung einer Schwellenklausel, d.h. eine Angriffshandlung ist nur dann strafrechtlich relevant, wenn sie „ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umstand nach eine offenkundige Verletzung der Satzung der Vereinten Nationen darstellt“.³⁰ Ebenfalls gemäß Art. 8bis (1)

IStGH-Statut ist der Tatbestand als Sonderdelikt gestaltet. Als Täter kommt nur eine Person in Frage, die „tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“.³¹ Obwohl die vom BMEIA vorgeschlagenen Elemente der Erläuterungen auf den „absoluten Sonderdeliktscharakter“ des Verbrechens der Aggression im IStGH Statut verweisen³², geht der österreichische Gesetzgeber in diesem Zusammenhang eigene Wege. Das Verbrechen der Aggression ist als unrechtsbezogenes Sonderpflichtdelikt ausgestaltet. Insoweit, als der Intraneus nicht unmittelbarer Täter sein muss, sondern sich in jeder Täterschaftsform des § 12 öStGB an der Tat beteiligen kann,³³ geht die österreichische Rechtslage mit dem IStGH-Statut konform. Der Hinweis „[w]irkt kein Intraneus an der Tat mit, sind die beteiligten Extranei straflos“³⁴ lässt jedoch erkennen, dass eine Strafbarkeit der Extranei bei Mitwirkung eines Intraneus sehr wohl gegeben ist. In diesem Hinblick geht die österreichische Rechtslage bewusst über den begrenzten Täterkreis des IStGH-Statuts hinaus.

Der Strafrahmen des Verbrechens der Aggression wurde nach der Schwere der Tat gestaffelt. Wer eine Angriffshandlung „einleitet oder ausführt, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren zu bestrafen“, die Planung oder Vorbereitung „ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen“.³⁵

§ 321k Abs. 2 öStGB definiert den Begriff der Angriffshandlung im Sinne von Art. 8bis Abs. 2 IStGH Statut bzw. Abs. 1 der Aggressionsdefinition der Generalversammlung der Vereinten Nationen.³⁶ Auf den in Art. 8bis IStGH-Statut vorhandenen Formalverweis auf GA Res 3314/1974 wird verzichtet. Dies entspricht der österreichischen Praxis bei Verweisen auf völkerrechtliche Materialien. Verzichtet wird aber auch auf die Liste der in Art. 8bis Abs. 2 IStGH-Statut bzw. Art. 3 der Aggressionsdefinition der Generalversammlung angeführten konkreten Angriffshandlungen. Diese werden im Rahmen der Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur näheren Bestimmung der allgemeinen Beschreibung von Angriffshandlungen angeführt. Durch Verschieben der Liste in die Erläuterungen scheint sich für Österreich eine der Art. 8bis IStGH-Statut betreffenden Variablen gelöst zu haben: Die Liste ist als beispielhaft anzusehen.

II. Der „Allgemeine Teil“ des 25. Abschnitts

Neben jenen Verbrechen nach Völkerrecht, die in die Zuständigkeit der IStGH fallen, enthält der geänderte 25. Abschnitt des öStGB weitere Straftatbestände sowie Vorschriften eines „besonderen Allgemeinen Teils“. In diesem Zusammenhang ist auf die Umsetzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit (Art. 28 IStGH-Statut) in den §§ 321g bis i öStGB sowie das

das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015), v. 21.4.2015, vgl.

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_03276/index.shtml (25.9.2015).

²⁹ § 321k Abs. 1 öStGB.

³⁰ § 321k Abs. 1 öStGB.

³¹ § 321k Abs. 1 öStGB.

³² Vgl. Stellungnahme des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres (Fn. 28), S. 7 f.

³³ Vgl. § 14 Abs. 1 letzter Satz öStGB.

³⁴ öBGBI. I Nr. 112/2015, Regierungsvorlage, 689 der Beilagen XXV. GP, Erläuterungen, S. 44.

³⁵ § 321k Abs. 1 öStGB.

³⁶ GA Res 3314/1974, Annex.

Handeln auf Befehl (Art. 33 IStGH-Statut) in § 321j öStGB zu verweisen. Zu beachten ist, dass dieses Regelungsnetzwerk nur für die Verbrechen des 25. Abschnitts gilt. Aufgrund der erfolgten Aufteilung der in das Strafgesetzbuch überführten Verbrechen nach Völkerrecht ist dieser spezielle Allgemeine Teil nur auf die Kernverbrechen, nicht jedoch auf die Tatbestände der Folter oder des Verschwindenlassens jenseits der Voraussetzungen der Kernverbrechen³⁷ anwendbar.

1. Vorgesetztenverantwortlichkeit

Das Regelungsnetzwerk des öStGB zur Vorgesetztenverantwortlichkeit umfasst im Hinblick auf die unter Strafe gestellten Handlungen grundsätzlich die in Art. 28 IStGH-Statut geregelten Fälle. Allerdings bestehen hinsichtlich der Systematik und des Aufbaus der Regelungen auffällige Unterschiede. Diesbezüglich orientieren sich §§ 321g bis i teilweise an der Umsetzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im dVStGB.³⁸

Allem voran ist festzuhalten, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit anders als auf internationaler Ebene nur zum Teil als besondere Begehungsform von Verbrechen nach Völkerrecht umgesetzt wurde. Zwar begründet § 321g öStGB die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorgesetzten für von ihren Untergebenen begangene Kernverbrechen, die Verletzung der Aufsichtspflicht (§ 321h öStGB) ebenso wie die Unterlassung der Meldung einer Straftat (§ 321i öStGB) hingegen werden als selbstständige Straftatbestände formuliert. In den Materialien wird dazu die Rechtsauffassung vertreten, dass alle drei unter Strafe gestellten Aspekte der Vorgesetztenverantwortlichkeit als „echte Unterlassungsdelikte“ anzusehen sind. „Die Nichtvornahme eines gebotenen Tuns wird mit Strafe bedroht; die Tatbestände sind als Sonderdelikte für Vorgesetzte konzipiert“.³⁹

Anders als das IStGH-Statut (und das deutsche Völkerstrafgesetzbuch) trennen § 321g bis i öStGB formal nicht zwischen militärischen und zivilen Vorgesetzten. Durch die Definition eines weiten Vorgesetztenbegriffs in § 321g Abs. 2 öStGB werden sowohl de iure als auch de facto militärische und zivile Vorgesetzte erfasst. Eine Verantwortlichkeit eines reinen de iure-Vorgesetzten, der nicht auch „tatsächlich Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle“ ausübt, ist allerdings – ebenso wie im IStGH-Statut – ausgeschlossen.

Dazu kommt es im Gegensatz zu Art. 28 IStGH-Statut zu einer Vereinheitlichung der subjektiven Tatseite. Während Art. 28 IStGH-Statut zwischen „knew or should have known“ beim militärischen Vorgesetzten und „knew or consciously disregarded information“ beim zivilen Vorgesetzten unterscheidet, verlangt der österreichische Gesetzgeber einheitlich, dass dem Vorgesetzten das Bevorstehen einer Straftat „erkennbar“ hatte sein müssen. Der z.B. im deutschen Völkerstrafgesetzbuch für zivile Vorgesetzte verwendete Standard „ohne weiteres erkennbar war“⁴⁰, wurde im öStGB nicht berücksichtigt.

³⁷ Vgl. §§ 312a und 312b öStGB.

³⁸ Vgl. Art. 4, 12 und 13 dVStGB.

³⁹ öBGBI. I/106 v. 29.12.2014, Regierungsvorlage, 348 der Beilagen XXV. GP, Erläuterungen, S. 17.

⁴⁰ Art. 13 Abs. 2 dVStGB.

2. Handeln auf Befehl

§ 321j öStGB ist im Vergleich zu Art. 33 IStGH-Statut einfacher gehalten und entspricht im Wesentlichen der deutschen und schweizerischen Formulierung. Der Täter bleibt dann straffrei, wenn er nicht wusste, dass der tatbestandsrelevante Befehl oder die Anordnung rechtswidrig war. Dabei ist, wie auch in den Erläuterungen angeführt, zu beachten, dass Befehle zur Begehung eines Völkermords oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit als offensichtlich rechtswidrig anzusehen sind.⁴¹ Der Anwendungsbereich des Verbotsirrtums nach § 321j öStGB ist demnach auf Kriegsverbrechen und nunmehr das Verbrechen der Aggression beschränkt.

III. Zuständigkeit

1. Strafanwendungsrecht

In Hinblick auf den Geltungsbereich des österreichischen Strafrechts unterscheiden §§ 62 ff. öStGB zwischen strafbaren Handlungen im Inland und im Ausland. Das Territorialitätsprinzip gilt uneingeschränkt, auch für Straftatbestände nach dem 25. Abschnitt.⁴² In Hinblick auf strafbare Handlungen im Ausland ist zudem zwischen strafbaren Handlungen, die unter Beachtung des Grundsatzes der doppelten Strafbarkeit (§ 65 StGB öStGB) verfolgt werden und jenen „strafbare[n] Handlungen im Ausland, die ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts bestraft werden“ (§ 64 StGB öStGB), zu unterscheiden.

Völkermord, der bis zum Inkrafttreten der Völkerstrafrechtsnovelle einzige Tatbestand des 25. Abschnitts, unterlag als Auslandstat der Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit. Dies wurde mittlerweile zugunsten einer Verfolgbarkeit unabhängig von der Strafbarkeit im Tatortstaat gemäß § 64 öStGB geändert. Der neu eingefügte § 64 Abs. 1 Nr. 4 lit. c öStGB führt auf Ebene der Zuständigkeit alle Verbrechen nach Völkerrecht zusammen. Bei Folter, Verschwindenlassen und strafbaren Handlungen nach dem 25. Abschnitt gelten die österreichischen Strafgesetze unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts, wenn der Täter oder das Opfer Österreicher ist (a), durch die Tat sonstige österreichische Interessen verletzt worden sind⁴³ (b) oder der Täter zur Zeit der Tat Aus-

⁴¹ öBGBI. I/106 v. 29. 12.2014, Regierungsvorlage, 348 der Beilagen XXV. GP, Erläuterungen, S. 18.

⁴² Vgl. § 62 öStGB, „Strafbare Handlungen im Inland“, sowie § 63 öStGB, „Strafbare Handlungen an Bord österreichischer Schiffe oder Luftfahrzeuge“. Gemäß § 67 Abs. 2 öStGB gilt eine mit Strafe bedrohte Handlung an jedem Ort als begangen, „in dem er gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen“.

⁴³ Österreichische Interessen gelten vornehmlich als verletzt, wenn Täter oder Opfer Österreicher sind, was jedoch durch Fall 1 bereits abgedeckt wird. Das Kriterium für die Verletzung „sonstige[r] österreichische[r] Interessen“ wäre ein konkreter Bezug der Tat zu Österreich. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu Geldfälschungsdelikten und Drogenhandel könnte etwa auf die Verwendung österreichischer Waffen

länder war und entweder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder sich in Österreich aufhält und nicht ausgeliefert werden kann (c)⁴⁴.

Neben dem Territorialitätsprinzip wurden durch diese Sonderregelung das aktive und das passive Personalitätsprinzip ebenso wie das Schutzprinzip verwirklicht. Die beiden Unterfälle der lit. c knüpfen an den Aufenthalt des Täters an. Zuständigkeit ist beim gewöhnlichen Aufenthalt jedenfalls gegeben. Bei einem sonstigen (temporären) Aufenthalt gilt dies nur im Zusammenspiel mit dem Grundsatz *aut dedere aut iudicare*. Wenn man vor diesem Hintergrund von der Verwirklichung eines (eingeschränkten) Weltrechtspflegeprinzips sprechen möchte, wäre dieses demnach an die Voraussetzung des Aufenthalts des Täters in Österreich und im letzteren Fall auch an eine Nichtauslieferung geknüpft. Die Möglichkeit der Auslieferung ist grundsätzlich als prioritär anzusehen. Allerdings muss der Nichtauslieferung nicht notwendigerweise ein (gescheitertes) Auslieferungsverfahren vorangehen. Der Oberste Gerichtshof bestätigte im ersten österreichischen Völkermordfall, dass österreichische Gerichtsbarkeit auch dann gegeben ist, „wenn eine Auslieferung an den Tatortstaat mangels funktionierender Rechtshilfeverfahren mit den dortigen Justizbehörden nicht möglich ist“.⁴⁵

Insofern als das Weltrechtsprinzip nicht uneingeschränkt verwirklicht wurde, könnte sich zwar auf akademischer Ebene die Frage geringfügiger Abweichungen zur Verfolgungsverpflichtung der schweren Verstöße der Genfer Abkommen stellen. Im Kontext des öStGB ist die Regelung aber als ausgesprochen weitreichende Zuständigkeit anzusehen. Nur auf eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eines Opfers, wie dies etwa bei Sexualverbrechen, Menschenhandel oder Sklaverei verwirklicht ist, wurde verzichtet⁴⁶.

Erfreulicherweise nicht umgesetzt wurde das ursprünglich ins Auge gefasste Erfordernis einer Verfolgungsvoraussetzung bei Auslandstaten. Bis kurz vor der Begutachtungsphase sah der Entwurf der Völkerstrafrechtsnovelle noch vor, dass ein ausländischer Täter wegen einer im Ausland begangenen Tat nur mit Ermächtigung der Bundesregierung zu verfolgen sei.

Diese Verfolgungsermächtigung, die im Rahmen des Arbeitskreises bereits mehrmals diskutiert und auch kritisiert wurde, war ursprünglich als *caveat* für Verfolgungshandlungen auf Grundlage des Weltrechtspflegeprinzips eingebaut worden, um der Besorgnis ausufernder Verfahren entgegenzutreten.

Inhaltlich war die Verfolgungsermächtigung an § 318 öStGB angelehnt, der eine Ermächtigung der Bundesregierung zur Verfolgung hochverräterischer Angriffe gegen einen fremden Staat (§ 316 öStGB) und Herabwürdigung fremder

Symbole (§ 317 öStGB) vorsieht – Delikte, die mit den Straftatbeständen des 25. Abschnitts wenige Gemeinsamkeiten aufweisen. Das Erfordernis einer Genehmigung war aus mehreren Gründen, nicht nur in Hinblick auf die Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Justiz, problematisch: Erstens wäre gemäß seiner Formulierung das Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung nicht nur bei Verfahren auf Grundlage des Weltrechtsprinzips zur Anwendung gekommen, sondern hätte sämtliche Taten ausländischer Täter im Ausland erfasst, auch dann, wenn österreichische Opfer oder österreichische Interessen betroffen gewesen wären. Zweitens hätte dies völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den Genfer Konventionen, der Folterkonvention und der Konvention über das Verschwindenlassen entgegengestanden. Drittens hätte das Genehmigungsverfahren im Hinblick auf den Tatbestand des Völkermords eine zusätzliche Bürde im Vergleich zur vor der Völkerstrafrechtsnovelle bestehenden Gesetzeslage bedeutet. Zwar war die Verfolgung des Tatbestands des Völkermords ursprünglich an den Grundsatz doppelter Strafbarkeit gekoppelt, sie bedurfte jedoch keiner besonderen Ermächtigung.

Die Bestimmung wurde letztlich aus dem Entwurf entfernt, da Bedenken einer ausufernden Strafverfolgung bereits durch die Formulierung des Strafanwendungsrechts entkräftet werden konnten.

Erfreulich ist ebenfalls die Formulierung eines einheitlichen Strafanwendungsrechts für alle Verbrechen nach Völkerrecht. Dies betrifft zum einen die Tatbestände der Folter (§ 312a öStGB) und des Verschwindenlassens (§ 312b öStGB) jenseits der Anwendungsschwelle der Kernverbrechen. Obwohl diese beiden Tatbestände aufgrund ihres Begehungszusammenhangs als „strafbare Verletzungen der Amtspflicht“ in den 22. Abschnitt des öStGB eingegliedert wurden, verdeutlicht das gemeinsame Strafanwendungsrecht ihre Zusammengehörigkeit mit den schwersten Verbrechen gegen die internationale Gemeinschaft. Darüber hinaus überwogen auch bei der Einführung des Verbrechens der Aggression systematische Erwägungen. Während der Vorschlag des BMEIA Überlegungen zu geringfügigen Modifizierungen des Strafanwendungsrechts in Hinblick auf das Verbrechen der Aggression anregte,⁴⁷ entschied sich das Bundesministerium für Justiz für eine uneingeschränkte Anwendung des bestehenden Regelwerks.⁴⁸ Das Absehen von der Schaffung einer weiteren Sonderzuständigkeit scheint auch angesichts der bereits ausufernden Ausmaße des § 64 öStGB sinnvoll. Inwieweit manche der Regelungsfälle implizit dennoch nicht auf das Verbrechen der Aggression anwendbar sind, ebenso wie die Frage der Individualopfer, obliegt demnach der Rechtsprechung.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit für Verbrechen nach dem 25. Abschnitt liegt bei den Landesgerichten, bei dem durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 geschaffenen großen

verwiesen werden. Zudem könnte die Verletzung österreichischer Interessen nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aber auch aus einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Verfolgung bestimmter Straftaten abgeleitet werden (OGH, Urt. v. 9.12.1981 – 11 Os 161/81).

⁴⁴ § 64 Abs. 1 Nr. 4 lit. c öStGB.

⁴⁵ OGH, Urt. v. 13.7.1994 – GZ 15 Os 99/94.

⁴⁶ § 64 Abs. 1 Nr. 4 lit. a öStGB.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres (Fn. 28), S. 8.

⁴⁸ Vgl. öBGBI. I/106 v. 29.12.2014, 348 der Beilagen XXV. GP, Regierungsvorlage, Erläuterungen, S. 44.

Schöffengericht. Gemäß § 32 Abs. 1a öStPO besteht dieses aus zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen (in Erweiterung der an Landesgerichten als Schöffengericht üblichen einfachen Richterbesetzung).

Der österreichische Gesetzgeber vertraut dementsprechend auf eine dezentrale Durchsetzung des Völkerstrafrechts. Noch in der Begutachtungsfassung war die Schaffung einer „bundesweiten Zuständigkeit“ der Staatsanwaltschaft Wien bzw. des Landesgerichts Wien zur Verfolgung von Verbrechen nach dem 25. Abschnitt vorgesehen;⁴⁹ dies auch in Hinblick auf den Ratsbeschluss (2003/335/JI) vom 8. Mai 2003 betreffend die Ermittlung und Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Die Errichtung einer solchen Sonderzuständigkeit stieß jedoch auf heftige Kritik, insbesondere von Seiten der Richterschaft und der österreichischen Rechtsanwälte. Unter den zahlreichen Kritikpunkten finden sich etwa der Vorwurf mangelnden Vertrauens in die Fähigkeiten der Richterschaft, sowie die Ansicht, dass Verbrechen nach Völkerrecht weder besonders komplexe Tatbestände darstellen würden noch besonders aufwendige Rechtshilfverfahren erwarten lassen. Zudem wurde auf die Überlastung des Landesgerichts Wien und höhere Prozess- und Verteidigungskosten verwiesen.⁵⁰ Für die Gesetzesfassung wurde daher den Einwänden Rechnung getragen und von der Schaffung einer Sonderzuständigkeit wieder abgesehen.

IV. Ausblick

Mit der Völkerstrafgesetznovelle und dem StRÄG 2015 konnte Österreich eine spätestens seit Errichtung des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien von der Wissenschaft monierte Lücke im öStGB schließen. Mit der Überführung des Verbrechens der Aggression in die nationale Rechtsordnung übernimmt Österreich darüber hinaus eine impulsgebende Rolle.

Durch die weitgehende Übernahme der Formulierungen des IStGH-Statuts (und deren behutsame Weiterentwicklung) dürfte die Voraussetzung für die primäre Durchsetzung des

Völkerstrafrechts auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Komplementarität geschaffen sein. Andererseits inkorporiert das öStGB auch ungelöste Interpretationsfragen des IStGH-Statuts, die nun bundesweit vor Berufs- und Laienrichtern verhandelt werden können. Mit einem plötzlichen Ansturm völkerrechtlicher Fälle dürfte trotz der relativ weiten, jedoch im Sinne der Systematik des StGB angepassten Zuständigkeitsregelung, dank des Absehens von plakativen Verweisen auf das Weltrechtspflegeprinzip und nicht zuletzt mangels zentraler Verfolgungsstellen, nicht zu rechnen sein. Eine solide Grundlage zur Rechtsdurchsetzung ist dennoch geschaffen.

⁴⁹ Vgl. Art. 2 des Begutachtungsentwurfs, 2/ME XXV. GP (online abrufbar unter:

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00062/fname_365504.pdf [25.9.2015]) zur Einführung einer „bundesweite[n] Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft Wien zur Verfolgung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit“.

⁵⁰ Vgl. z.B. Stellungnahme der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter, Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden, online abrufbar unter:

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_01694/index.shtml (25.9.2015); sowie Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags, online abrufbar unter:

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_01755/index.shtml (25.9.2015).

Das Verbrechen der Aggression im deutschen Strafrecht

Überlegungen zur Umsetzung der Beschlüsse von Kampala

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg*

Am 11. Juni 2010 hat die Überprüfungskonferenz in Kampala (Uganda) Änderungen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut) beschlossen (hier sog. Beschlüsse von Kampala).¹ Diese Änderungen, die frühestens 2017 wirksam werden, betreffen insbesondere das Verbrechen der Aggression (Art. 8^{bis}, 15^{bis}, 15^{ter} und 25 Abs. 3^{bis}).² Mit Gesetz vom 20. Februar 2013 hat der Bundestag den in Kampala beschlossenen Änderungen des Römischen Statuts zugestimmt.³ Die Bundesregierung hat – vor inzwischen drei Jahren – erklärt, sie beabsichtige, das deutsche (Straf-) Recht an das geänderte Römische Statut anzupassen.⁴ Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und in welcher Form das Verbrechen der Aggression gem. Art. 8^{bis} IStGH-Statut in das deutsche Strafrecht übertragen werden kann und entwickelt einen Regelungsvorschlag.⁵

I. Problemaufriss

Mit Blick auf das „Ob“ und das „Wie“ der Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in das deutsche Recht ist zwischen den (verfassungs-, völker-, straf-) rechtlichen Vorgaben auf der einen und den (verfassungs-, völker-, straf-) rechtspolitischen Erwägungen auf der anderen Seite zu unterscheiden. Zusammengenommen bilden rechtliche Vorgaben und rechtspolitische Erwägungen den Rahmen, innerhalb dessen eine mögliche Anpassung des deutschen Strafrechts zu erfolgen hat.

Rechtliche Bindungen ergeben sich zunächst aus Art. 26 GG, der einen Pönalisierungsauftrag an den Gesetzgeber formuliert, sodann vor allem aus Art. 103 Abs. 2 GG, der insbesondere die hinreichende Bestimmtheit der Strafgesetze verlangt, aus dem Schuldprinzip sowie weiteren, verfassungs-

rechtlich abgesicherten Fundamentalnormen des deutschen Strafrechts, aus den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die über Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sind (u.a. betreffend die Ausdehnung des Geltungsbereiches der Strafrechtsordnung) sowie aus der Einbindung Deutschlands in das System kollektiver Sicherheit der Vereinten Nationen, u.a. durch Art. 25 SVN. Aus dem Römischen Statut folgt hingegen keine völkerrechtliche Pflicht zur Anpassung des deutschen Strafrechts an die Beschlüsse von Kampala.⁶

Rechtspolitische Vorfestlegungen ergeben sich zunächst daraus, dass der Gesetzgeber mit dem 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuch bereits materiellrechtliche Bestimmungen des Römischen Statuts umgesetzt hat. Man mag es als ein Gebot legislativer Konsistenz begreifen, dass dieselben rechtspolitischen Erwägungen (betreffend das „Ob“ und das „Wie“), die 2002 maßgeblich waren,⁷ grundsätzlich auch die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala bestimmen. Eine „1:1-Übertragung“ der Überlegungen, die für die Implementierung des Verbrechens des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen maßgeblich waren, verbietet sich allerdings. Die Ausgangssituation bei Schaffung des Völkerstrafgesetzbuches war ähnlich wie heute, aber nicht gleich. Vier Unterschiede können hervorgehoben werden: Ein erster Unterschied betrifft den Grad der tatbestandlichen Konsolidierung. Die Definition des Verbrechens der Aggression ist völker(gewohnheits)rechtlich nach wie vor nicht in gleicher Weise verfestigt wie es die Tatbestände des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen heute sind und in den Jahren 1998 und 2002 bereits waren. Zudem geht Art. 8^{bis} IStGH-Statut über den völkergewohnheitsrechtlich akzeptierten Kern des Aggressionsverbrechens hinaus.⁸ Zweitens unterscheiden sich die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen: Für das Verbrechen der Aggression gelten teilweise andere völkerrechtliche Regeln als für das Verbrechen des Völkermordes, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen, etwa was die Reichweite der staatlichen Strafgewalt, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Universalitätsprinzips⁹, betrifft. Drittens ist die Ausgangslage eine andere, was die im deutschen Recht vorgefundenen Strafbestimmungen angeht. Mit § 80 StGB findet sich im deutschen Strafrecht bereits eine Bestimmung, die einen Ausschnitt des Verfassungsauftrages aus Art. 26 GG aufgreift

* Bei dem Beitrag handelt es sich um die mit Fußnoten versehene Fassung einer Stellungnahme, die der *Verf.* im September 2013 im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz vorgelegt hat. Grundlage der Stellungnahme war ein Fragenkatalog; die sich daraus ergebende Struktur der Überlegungen wurde beibehalten.

¹ Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Official Records, 2010.

² Resolution RC/Res. 6 vom 11. Juni 2010. Vgl. dazu u.a. *Ambos*, ZIS 2010, 649, *Kreß/v. Holtzendorff*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1179, und *Schmalenbach*, JZ 2010, 745.

³ BGBl. II 2013, S. 139; siehe auch BT-Drs. 17/10975.

⁴ BT-Drs. 17/10975, S. 6

⁵ Siehe zur Bedeutung und den möglichen Implikationen der Beschlüsse von Kampala betreffend das Aggressionsverbrechen für das deutsche Recht auch *Hoven*, in Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 339 ff.; *Krieger*, DÖV 2012, 449; *Oeter*, in Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2012, S. 101; *Zimmermann/Henn*, ZRP 2013, 240. Vgl. ferner *Frau*, Der Staat 53 (2014), 533.

⁶ Allgemein zur Anpassung des staatlichen Strafrechts an das materielle Völkerstrafrecht *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 82 ff.

⁷ Hierzu BT-Drs. 14/8524 und *Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches, 2000; *Weigend*, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 197; zu den „juristischen Profilen“ des VStGB siehe *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725.

⁸ Vgl. nur *Werle* (Fn. 6), Rn. 1436.

⁹ Hierzu näher unten III.

und zugleich Teilaspekte des Art. 8^{bis} IStGH-Statut regelt. Während beispielsweise § 220a StGB a.F. und Art. 6 IStGH-Statut, die Bestimmungen über das Verbrechen des Völkermordes, nahezu wortgleich formuliert waren, unterscheiden sich § 80 StGB und Art. 8^{bis} IStGH-Statut. So geht § 80 StGB über Art. 8^{bis} IStGH-Statut hinaus, indem Personen außerhalb des engsten Führungszirkels nicht ausdrücklich als Täter ausgeschlossen sind (formal kein Sonderdelikt) und indem bereits die Herbeiführung einer Kriegsgefahr die Strafbarkeit begründen kann (konkretes Gefährdungsdelikt). Umgekehrt geht Art. 8^{bis} IStGH-Statut über § 80 StGB hinaus, indem ein Bezug zu Deutschland („beteiligt“, „Kriegsgefahr“) nicht vorausgesetzt ist, Angriffshandlungen jenseits des Angriffskrieges erfasst sind und als Tathandlungen über die „Vorbereitung“ hinaus auch „Planung“, „Einleitung“ und „Ausführung“ strafbar sind. Und viertens schließlich unterscheidet sich die heutige Ausgangslage von derjenigen zum Zeitpunkt der Schaffung des Völkerstrafgesetzbuches dadurch, dass der Gesetzgeber nunmehr die Möglichkeit hat, die Erfahrungen aus mehr als zehn Jahren Völkerstrafgesetzbuch zu berücksichtigen.¹⁰

Als Ausgangsbefund lässt sich damit festhalten: Von Völkerrechts wegen ergibt sich aus den Beschlüssen von Kampala kein Handlungsbedarf im Sinne einer Rechtspflicht zur Änderung des deutschen Strafrechts. Ganz zutreffend heißt es in der Begründung zum Vertragsgesetz: „Im Zusammenhang mit diesem Gesetz besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Strafrechts.“¹¹ Aus Sicht des Völkerrechts sind es vor allem rechtspolitische Erwägungen, die für eine Anpassung des deutschen Strafrechts sprechen. Deshalb ist es richtig, wenn es in der Gesetzesbegründung weiter heißt: „Die Bundesregierung wird jedoch, insofern insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Komplementarität angezeigt, die Voraussetzungen dafür schaffen, dass das nationale Strafrecht angepasst wird.“¹² Der in der Gesetzesbegründung hervorgehobene „Gesichtspunkt der Komplementarität“, der in diesem Zusammenhang darauf zielt, dass Deutschland sich in die Lage versetzt, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes fallenden Völkerrechtsverbrechen selbst verfolgen und ahnden zu können, ist freilich nur ein Aspekt, der diese richtige Entscheidung völkerrechtspolitisch trägt. Weitere Stichworte lauten: Völkerstrafrechtsfreundlichkeit und „Signalwirkung“.¹³ Zugleich mahnen die bisherigen Erfahrungen mit dem Völkerstrafgesetzbuch dazu, bei der Ausgestaltung der Umsetzungsgesetzgebung mögliche rechtspolitische und strafrechtsdogmatische „Kollateralschäden“ im Blick zu behalten. Nicht zuletzt die bisherigen Erfahrungen mit dem Völkerstrafgesetzbuch lassen erwarten, dass auch ein neu geschaffener Straftatbestand des Aggressions-

verbrechens weitgehend symbolisches Strafrecht bleiben wird.

Dagegen besteht eine – nicht neue – verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des deutschen Strafrechts. Das Pönalisierungsgebot des Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG ist unmissverständlich. Jenseits des tatbestandlich eng geführten § 80 StGB (Angriffskrieg, Deutschlandbezug, konkrete Gefahr) sind Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, de lege lata nicht strafbar.¹⁴

II. Tatbestand

Wer nach den Konturen eines Tatbestandes des Verbrechens der Aggression im deutschen Recht fragt, hat zunächst Art. 8^{bis} IStGH-Statut einerseits und § 80 StGB andererseits in den Blick zu nehmen. Nach Art. 8^{bis} IStGH-Statut bedeutet „Verbrechen der Aggression“ die Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung einer Angriffshandlung, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt, durch eine Person, die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken (Abs. 1). Abs. 2 bestimmt den Begriff der „Angriffshandlung“ näher. Danach bedeutet „Angriffshandlung“ die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen anderen Staat. Nach § 80 StGB wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft, wer einen „Angriffskrieg (Art. 26 Abs. 1 GG), an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll, vorbereitet und dadurch die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführt“. Die Gesetzgebung anderer Vertragsstaaten des Römischen Statuts bietet kaum zusätzliche Orientierung. Zwar haben inzwischen 23 Vertragsstaaten die Beschlüsse von Kampala ratifiziert.¹⁵ Eine Anpassung des innerstaatlichen Strafrechts ist aber erst in wenigen Staaten

¹⁰ Für eine Bilanz vgl. die Beiträge in Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2012; ferner Safferling/Kirsch, JA 2012, 481.

¹¹ BT-Drs. 17/10975, S. 6.

¹² BT-Drs. 17/10975, S. 6.

¹³ Näher Werle/Jeßberger, JZ 2002, 725

¹⁴ Vgl. nur Classen, in Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 80 Rn. 6 ff. Wer die Diskussion um die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala – und auch die Diskussion im Zusammenhang mit der Schaffung des VStGB – verfolgt, dem muss auffallen, mit welcher Akribie und „Musterschülerhaftigkeit“ die Implementierung der völkerrechtlichen Mutternormen betrieben wird. Es besteht offenbar die Sorge, Deutschland könne durch eine nicht 100%ige Abbildung der Beschlüsse von Kampala im deutschen Recht dem friedenspolitischen Anliegen insgesamt Schaden zufügen. Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass das grundgesetzliche Pönalisierungsgebot aus Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG, das ganz unmittelbar die historische Erfahrung des Dritten Reiches reflektiert, bei weitem nicht so ernst genommen zu werden scheint.

¹⁵ Stand: 1. September 2015.

erfolgt,¹⁶ namentlich in Luxemburg, Slowenien, Kroatien, der Tschechischen Republik, Ecuador, Samoa und in Österreich. In den meisten dieser Staaten wurde die Definition aus Art. 8^{bis} IStGH-Statut freilich schlicht wortgleich in das innerstaatliche Strafrecht überführt.¹⁷

1. Tathandlungen

Die Einzelphasen „Planung“, „Vorbereitung“, „Einleitung“ und „Ausführung“ einer Angriffshandlung lassen sich mit den Stufen der Deliktsverwirklichung¹⁸ in Deckung bringen: In der Phase der Planung bewegt sich die Tat noch weitgehend im Innern als Gedanke und Entwurf; im Vorbereitungsstadium tritt die Tat erstmals nach außen (d.h. aus dem Kreis der zuvor konspirativ Eingeweihten heraus), indem Tätigkeiten ergriffen werden, die die Tat objektiv fördern. In zeitlicher Hinsicht lassen sich Planung und Vorbereitung nicht trennscharf voneinander absichten. So können Vorbereitungsmaßnahmen bereits betrieben werden, ohne dass die Planungsphase beendet worden ist. Mit Blick auf die Erweiterung der bislang in § 80 StGB vorgesehenen Tathandlung (nur „Vorbereitung“) um die Fälle der „Planung“, „Einleitung“ und „Ausführung“ ist wie folgt zu unterscheiden:¹⁹

Es spricht nichts dagegen, in Anlehnung an Art. 8^{bis} IStGH-Statut auch die „Ausführung“ einer Angriffshandlung bzw. das „Führen“²⁰ eines Angriffskrieges in den Tatbestand aufzunehmen. Im Gegenteil würde dadurch die bislang in § 80 StGB bestehende einseitige Fokussierung auf Vorberei-

tungshandlungen justiert.²¹ Als „Einleitung“ sollen solche Maßnahmen erfasst sein, die dem Ausbruch der Kampfhandlungen vorgelagert sind und die ohne zeitliche Zäsur unmittelbar in den Ausbruch des Angriffskrieges (bzw. die Anwendung der Gewalt) einmünden. Regelmäßig wird die „Einleitung“ der Anwendung von Waffengewalt mit dem Versuch der Ausführung zusammenfallen. Insofern sprechen systematische Gründe eher dagegen, die „Einleitung“ als Tathandlung gesondert zu erfassen, jedenfalls dann, wenn die allgemeinen Regeln der §§ 22, 23 StGB ggf. i.V.m. § 2 VStGB gelten sollen.

Anders als die Tathandlungsvarianten der „Ausführung“ und der „Einleitung“ ist das Merkmal der „Planung“ – wie im Übrigen auch das der „Vorbereitung“ – mit Blick auf den Schuldgrundsatz problematisch. Ein Fundamentalprinzip des deutschen Schuldstrafrechts lautet, dass Vorbereitungshandlungen (zumal solche des Einzeltäters) ebenso wie bloße Absichten, Pläne und Gesinnungen grundsätzlich nicht strafbar sind. Wer die Schwelle zum strafbaren Versuch nicht überschreitet, bleibt, selbst wenn er in böser Absicht handelt, regelmäßig straflos. Der Grund für dieses Eckdatum des deutschen, überhaupt eines liberalen Strafrechts findet sich in den Legitimationsbedingungen der Kriminalstrafe als Sanktion. Strafe setzt strafwürdiges Unrecht voraus. Strafwürdiges Unrecht stellen grundsätzlich nur solche sozialschädlichen Verhaltensweisen dar, welche ein Rechtsgut beeinträchtigen. Wer Mordpläne (bloß) ausheckt oder wer ein Messer erwirbt, um damit bei passender Gelegenheit, eine Körperverletzung zu begehen, beeinträchtigt (noch) kein Rechtsgut. Nichts anderes gilt für denjenigen, der Pläne zur Invasion eines anderen Staates schmiedet. Zunächst sprechen also sehr grundsätzliche Erwägungen dagegen, die bloße „Planung“ eines Aggressionsaktes mit Strafe zu bedrohen. Hinzu kommt noch die besondere Schwierigkeit, dass es im Stadium der „Planung“ – ebenso wie im Stadium der „Vorbereitung“ – einer Angriffshandlung häufig noch ungewiss ist, ob die geplante oder vorbereitete Anwendung von Waffengewalt „offenkundig die UN-Charta verletzt“ oder nicht.

Allerdings lassen sich durchaus auch Gründe finden, weshalb die Pönalisierung der „Planung“ als solcher, jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen, doch legitimiert werden kann. Denn erstens ist der eben skizzierte Grundsatz nicht ohne Ausnahme: So ist auf Basis der (herrschenden) rechtsgutgestützten Unrechtslehre anerkannt, wenn auch nicht unumstritten, dass schon die (abstrakte) Gefährdung eines Rechtsguts strafwürdiges Unrecht darstellen kann. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Beeinträchtigung eines Rechtsguts lässt sich aber nur dann rechtfertigen, wenn ein hinreichend enger Bezug zur eigentlichen Beeinträchtigung des Rechtsgutes gewährleistet ist. Dies kann etwa der Fall sein, weil durch die gefährliche Handlung ein nicht mehr beherrschbarer Kausalverlauf in Richtung der Beeinträchtigung des Rechtsgutes in Gang gesetzt wird oder weil die inkriminierte Handlung sich in einen Gruppenprozess mit

¹⁶ Siehe die Übersicht auf den Webseiten der „Global Campaign for the Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression“:

www.crimeofaggression.info (12.10.2015). – Soweit sich in staatlichen Gesetzgebungen bereits vor 2010 entsprechende Strafnormen fanden – dies ist neben Deutschland etwa in Griechenland, Dänemark, Polen, China, den USA und Australien der Fall; vgl. *Strapatsas*, in: Stahn/van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, 2010, S. 450 (454 f.) – dienen diese, wie § 80 StGB, primär dem Schutz der äußeren Souveränität und territorialen Integrität des Staates und taugen schon deshalb nur eingeschränkt zur Orientierung.

¹⁷ Eine Ausnahme bildet insbesondere § 321k des österreichischen StGB; dazu eingehend *Bühler/Reisinger Coracini*, ZIS 2015, 505.

¹⁸ Hierzu *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 1 ff.

¹⁹ Die Tathandlungen des Art. 8^{bis} IStGH-Statut sind in Anlehnung an Art. 6c Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes vom 8. August 1945 gefasst. Für die Zwecke der Auslegung und Abgrenzung der einzelnen Tathandlungen ist der Rückgriff auf das Nürnberger Recht allerdings wenig hilfreich. Dem Urteil des IMG lässt sich immerhin entnehmen, dass der Ausbruch der Kampfhandlungen die Zäsur bildet, die Planung, Vorbereitung und Einleitung einerseits und Führung/Ausführung andererseits trennt.

²⁰ „Durchführung“ in Art. 6a des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes vom 8. August 1945.

²¹ Zum Streit, ob § 80 bereits de lege lata auch das Führen eines Angriffskrieges erfasst, vgl. nur *Classen* (Fn. 14), § 80 Rn. 30.

seiner eigenen (unberechenbaren) Dynamik einfügt. Von diesem Ausgangspunkt aus lässt sich zweitens argumentieren, dass das Rechtsgut „Weltfrieden“ bereits (abstrakt) gefährdet sein kann, wenn Personen, die das politische oder militärische Handeln eines Staates kontrollieren, konkrete Angriffspläne schmieden. Drittens lässt sich darauf abstellen, dass die Planung eines Angriffskrieges durch einen Einzeltäter wohl nur theoretisch denkbar ist – und es sich insofern de facto regelmäßig um Konstellationen handeln wird, die nahe denen des § 30 Abs. 2 StGB stehen (gruppendynamische Prozesse als risikoe erhöhendes Moment). Viertens lassen sich Friktionen mit dem Schuldprinzip dadurch abfedern, dass die Strafbarkeit der „Planung“ als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet wird, das den Eintritt eines (Gefährdungs-) Erfolges voraussetzt (Herbeiführung einer konkreten Gefahr für das Rechtsgut Frieden).²² Dies würde der Regelung in § 80 StGB entsprechen. Alternativ wäre – als objektive Bedingung der Strafbarkeit – zu verlangen, dass die Angriffshandlung tatsächlich „begangen“, das heißt zumindest eingeleitet wird. Nur dann wäre die Beteiligung in Vorstadien der Deliktsverwirklichung, das heißt in der Planungs- oder Vorbereitungsphase, strafbar. Auch die Verbrechenselemente zu Art. 8^{bis} IStGH-Statut machen die tatsächliche „Begehung“ der Angriffshandlung in Übereinstimmung mit dem Völkergewohnheitsrecht zur Voraussetzung der Strafbarkeit.²³ Und fünftens schließlich wird man – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Internationalen Militärgerichtshofes²⁴ – verlangen können und müssen, dass das Merkmal der Planung eng auszulegen ist („konkreter Plan“, deutliche Hervorhebung des chartawidrigen Ziels, zeitliche Nähe zum Tatentschluss und zur Ausführung).

Nichts anderes als für die Frage der Einbeziehung der „Planung“ in den Tatbestand gilt für die „Vorbereitung“ – mit dem Unterschied, dass diese bereits de lege lata in § 80 StGB unter Strafe gestellt ist. Als „Vorbereitung“ erfasst werden alle Maßnahmen, die objektiv geeignet sind, den Angriffskrieg bzw. die Anwendung von Waffengewalt herbeizuführen. In Anlehnung an die Auslegung von § 80 StGB wird man im Übrigen verlangen müssen, dass es sich um Vorbereitungshandlungen „von einigem Gewicht“ handelt²⁵ und

²² Die Möglichkeit, die objektive Entfernung von der Rechtsverletzung durch die Erhöhung der subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit oder durch die Vorgabe konkreter Tatmodalitäten schuldstrafrechtlich zu kompensieren, wie dies z.B. bei § 89a StGB im Ansatz der Fall ist („Anschlagsabsicht“), kommt hier angesichts der völkerrechtlichen Ausgangslage wohl nicht in Betracht.

²³ Siehe Element Nr. 3 zu Art. 8^{bis} IStGH-Statut („The act of aggression – the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations – was committed“); siehe auch *Werle* (Fn. 6), Rn. 1449.

²⁴ Vgl. auch *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 352 f.

²⁵ *Generalbundesanwalt*, JZ 2003, 908; *Laufhütte/Kuschel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafge-*

setzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 80 Rn. 8 m.w.N.

setzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 80 Rn. 8 m.w.N.
dass die vorbereitete Angriffshandlung in ihren Umrissen bereits hinreichend konkretisiert ist.²⁶
Nach alledem kann es im Ergebnis noch vertretbar sein, sowohl „Vorbereitung“ als auch „Planung“ mit Strafe zu bedrohen, jedenfalls dann, wenn nicht nur eine enge Auslegung erfolgt, sondern wenn durch zusätzliche Voraussetzungen (konkrete Gefahr, objektive Strafbarkeitsbedingung), die in dem sogleich präsentierten Regelungsvorschlag expliziert sind, noch ein hinreichender Bezug zur Rechtsgutsverletzung sichergestellt ist.²⁷

2. Täterkreis

Durchgreifende rechtliche Gründe, die dagegen sprechen, das Verbrechen der Aggression als Sonderdelikt auszugestalten und dabei die Formulierung aus Art. 8^{bis} IStGH-Statut aufzugreifen („Person, die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“), sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Formulierung der „leadership clause“ in Art. 8^{bis} unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zwar problematisch, im Ergebnis aber wohl noch vertretbar. Hinzuweisen ist dabei auf Folgendes:

Die Anforderungen von Art. 8^{bis} IStGH-Statut („to exercise control over or to direct the political or military action of a state“) sind strenger als diejenigen, die jedenfalls in einigen der Nürnberger Nachfolgeprozesse zu Grunde gelegt worden sind („to shape and influence a policy“²⁸). Vorzugswürdig ist es gleichwohl, die Formulierung aus dem Statut aufzugreifen, auch weil zweifelhaft ist, ob die Nürnberger Rechtsprechung tatsächlich gewohnheitsrechtlich verfestigt ist. Eine Beschränkung des Tatbestandes auf Täter, die selbst den Status von Staatsorganen haben (Präsident, Regierungschef, Minister), ist weder geboten noch ergibt sich eine solche aus der Mutternorm des Art. 8^{bis} IStGH-Statut. Maßgeblich ist (und

setzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 80 Rn. 8 m.w.N.

²⁶ Das Ausarbeiten von Kriegsplänen soll jedenfalls noch keine „Vorbereitung“ sein; vgl. *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 80 Rn. 15.

²⁷ Im Übrigen sei der Hinweis erlaubt, dass das Völkerstrafrecht und die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala sicher nicht der geeignete Ort und richtige Anlass sind, um die prinzipielle Diskussion über schuldstrafrechtliche Defizite zu führen, die sich inzwischen an vielen Stellen der deutschen Strafrechtsordnung finden und die ganz zu Recht kritisiert werden. Exemplarisch etwa die Diskussion um die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 89a StGB; siehe hierzu etwa *Sinn*, in: *Sinn/Gropp/Nagy* (Hrsg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, 2011, S. 13, sowie *BGH NStZ* 2014, 703, und *meine* Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 22. April 2009.

²⁸ Vgl. die präzise Rekonstruktion des Meinungsspektrums in der Rechtsprechung der U.S. Military Tribunals bei *Heller*, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, 2011, S. 193 f.

sollte sein), dass der Täter in tatsächlicher Hinsicht die effektive Kontrolle über das Handeln eines Staates ausüben kann; dies wird freilich typischerweise voraussetzen, dass er eine Organstellung innehat. Es sind im Übrigen auch keine zwingenden Gründe ersichtlich, die es erfordern würden, nicht-staatliche Angriffshandlungen zu kriminalisieren und insofern von den Beschlüssen von Kampala abzuweichen. Völkerrechtswidrige Gewaltakte nicht-staatlicher Akteure werden vielfach bereits von anderen Normen des Völkerstrafrechts erfasst. Der Charakter des Verbrechens der Aggression als Führungsdelikt, das sich insoweit von den übrigen Völkerrechtsverbrechen unterscheidet, sollte auch nicht dadurch diffundiert werden, dass die Beihilfe „Untergebener“ unter Strafe gestellt wird, also solcher Teilnehmer, die nicht auch selbst in der Lage sind, das politische und militärische Handeln eines Staates zu lenken. Insofern sollte eine Art. 25 Abs. 3^{bis} IStGH-Statut entsprechende Regelung getroffen werden.²⁹ Das nicht nur kriminalpolitische, sondern möglicherweise auch verfassungsrechtlich (Art. 26 GG) konnotierte Problem, dass mit Einführung einer solchen „leadership clause“ die Strafbarkeitszone gegenüber dem geltenden § 80 StGB – der eine solche Voraussetzung nicht ausdrücklich vorsieht – verengt würde, wird dadurch abgeschwächt, dass § 80 StGB von der h.M. bereits heute so ausgelegt wird, dass der Tatbestand „nach seiner Struktur auf Personen in staatlichen Machtpositionen zugeschnitten“ ist, die „aufgrund ihrer Stellung die Möglichkeit besitzen, Angriffskriege vorzubereiten“³⁰ – denn nur diese seien überhaupt in der Lage, durch ihr Handeln eine Kriegsgefahr herbeizuführen (eine Strafbarkeitsvoraussetzung, die wiederum Art. 8^{bis} IStGH-Statut nicht kennt).

Die „leadership clause“ tritt auf staatlicher Ebene – anders als auf Ebene des International Strafgerichtshofes (Art. 27 IStGH-Statut) – in ein Spannungsverhältnis zu den Bestimmungen über die Immunität ausländischer Hoheitsträger. Über § 20 Abs. 2 GVG gelten diesbezüglich die allgemeinen völkerrechtlichen Regeln. Wenn der Kreis der möglichen Täter und Teilnehmer des Aggressionsverbrechens deckungsgleich wäre mit dem Kreis derjenigen Personen, die von Völkergewohnheitsrechts wegen Immunität *ratione personae* genießen (und die deshalb jedenfalls während ihrer Amtszeit vor deutschen Gerichten auch wegen Völkerrechtsverbrechen nicht verfolgt werden können), würde die Bestimmung leer laufen. Dies ist aber nicht der Fall. Denn zum einen richtet sich der Tatbestand des Verbrechens der Aggression gerade auch an deutsche Täter, bei denen ohnehin kein völkerrechtlicher Immunitätsschutz besteht. Zum anderen ist die persönliche Immunität nur auf einen kleinen Kreis höchster Repräsentanten eines Staates beschränkt.³¹

3. Angriffskrieg und Angriffshandlung

Art. 8^{bis} Abs. 2 IStGH-Statut bestimmt als „Angriffshandlung“ die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen anderen Staat (S. 1). S. 2 legt fest, dass jedenfalls die in Resolution 3314³² der UN-Generalversammlung genannten Handlungen als Angriffshandlungen gelten. Bedenken gegen die Überführung dieser Definition der Angriffshandlung in das deutsche Recht könnten aus zwei Gründen bestehen: Zum einen wegen der Ausdehnung über den Bereich des Angriffskrieges (nach § 80 StGB bzw. Völkergewohnheitsrecht³³) hinaus, zum anderen weil die Formulierung des Statuts möglicherweise nicht den Anforderungen der Bestimmtheit von Strafgesetzen entspricht. Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

Erstens ist die Ausdehnung der Strafbarkeitszone über den völkergewohnheitsrechtlich fest abgesicherten Kern des Verbrechens (Angriffskrieg) – die im Merkmal der Angriffshandlung angelegt und auch durch die sogleich zu besprechende Schwellenklausel nicht zurückgenommen wird – jedenfalls dann unproblematisch, wenn und soweit sich der Strafgesetzgeber, wie hier vorgeschlagen³⁴, darauf beschränkt, territoriale und personale Strafgewalt auszuüben. Zweitens ist mit Blick auf die Bestimmtheit zunächst festzustellen: Der Umstand, dass der Begriff der Angriffshandlung auf die (Un-)Vereinbarkeit mit der UN-Charta abstellt, also auf eine externe Rechtsordnung verweist, ist zwar nicht unproblematisch, aber grundsätzlich hinnehmbar. Im Völkerstrafgesetzbuch finden sich bereits jetzt mehrfach Verweisungen auf Regeln des Völkerrechts.³⁵ Bedenkenswert erscheint es, durch das beispielhafte Hinzufügen des Merkmals „Angriffskrieg“ als der gewohnheitsrechtlich abgesicherten Kernfigur der satzungswidrigen Aggression die Bestimmtheit der tatbestandlichen Umschreibung der Angriffshandlung zu steigern („Angriffskrieg oder sonstige Anwendung von Waffengewalt gegen einen Staat“). Dies hätte zugleich den Charme, dass Terminologie und Regelungskern von Art. 26 GG bzw. § 80 StGB weiterhin zur Geltung kämen. Auf diese Weise bildet die Formulierung aus Art. 8^{bis} Abs. 2 S. 1 IStGH-Statut einen guten und auch unter Bestimmtheitsgesichtspunkten tragfähigen Ausgangspunkt für die Definition der Angriffshandlung. Dagegen erscheint, drittens, eine Übernahme der Regelung aus Art. 8^{bis} Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut weder erforderlich noch sinnvoll. Es sollte vielmehr genügen, wenn diese Gesichtspunkte im Rahmen der Auslegung des neuen Straftatbestandes Berücksichtigung finden. Denn zum einen sind die in S. 2 genannten Fallgruppen teilweise selbst höchst unbestimmt gefasst. Zum anderen gehen einige Fallgruppen über das schlichte Präzisieren der allgemeinen Regelung („Anwendung von Waffengewalt“) hinaus

²⁹ Auch im Zusammenhang mit § 80 StGB ist streitig, ob „Untergebene“ sich strafbar machen können. Dafür die h.M., vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 25), § 80 Rn. 15 f.; dagegen z.B. *Paeffgen* (Fn. 26), § 80 Rn. 25.

³⁰ *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 25), § 80 Rn. 16.

³¹ Näher *Werle/Jeßberger*, *Principles of International Criminal Law*, 3. Aufl. 2014, Rn. 734 ff.

³² A/Res/3314 v. 14.12.1972 („Definition der Aggression“).

³³ Zum Stand des Völkergewohnheitsrechts siehe *Werle* (Fn. 6), Rn. 1436.

³⁴ Siehe unten III.

³⁵ Z.B. in § 7 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 9 VStGB: „unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts“.

und erweitern den Bereich vom Tatbestand erfasster Angriffshandlungen.

In den Blick rückt schließlich die sog. Schwellenklausel des Art. 8^{bis} Abs. 1 IStGH-Statut. Danach vermögen nur qualifizierte Angriffshandlungen die Strafbarkeit auszulösen, nämlich solche, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellen. Maßgeblich sind objektive Kriterien (und, was ebenfalls diskutiert wurde, nicht etwa ein animus aggressionis). Ziel der Schwellenklausel ist es, die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Konstellationen „glasklarer“³⁶ und schwerwiegender Verstöße gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot zu beschränken. Zweifelsfälle sollen ebenso wie Bagatellfälle ausgeschieden werden.

Das Merkmal der „Offenkundigkeit“ eines Verstoßes gegen eine externe Rechtsnorm ist – erneut insbesondere unter Bestimmtheitsgesichtspunkten – nicht unproblematisch. Das Ziel, Bagatellfälle auszuschneiden, lässt sich regelungstechnisch einfacher (und ohne vergleichbare Friktionen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz) durch das Merkmal „schwerwiegend“ oder „erheblich“ erreichen. Die eigentliche Schwierigkeit betrifft die (bekanntlich zahlreichen) „Zweifelsfälle“ (Handelt es sich wirklich um eine völkerrechtswidrige Gewaltanwendung?), die ausgeschieden werden sollen, indem die „Offenkundigkeit“ der Satzungsrechtsverletzung zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht wird. „Offenkundig“ („manifest“) bedeutet, dass die Satzungswidrigkeit für jeden Betrachter auf der Hand liegt.³⁷ Es ist schon fraglich, ob hierdurch die erhoffte Restriktion der Reichweite des Tatbestandes erreicht werden kann. Es ist jedenfalls so, dass das Merkmal „offenkundig“ die Unbestimmtheit des Tatbestandes erhöht. Bedenkenswert ist es deshalb, das Merkmal der „nach Art, Umfang und Schwere offenkundigen“ Verletzung nicht in einen deutschen Straftatbestand zu übernehmen bzw. – um jedenfalls Bagatellfälle auszuschneiden – auf das Merkmal der „schwerwiegenden“ oder „erheblichen“ Anwendung von Waffengewalt zu reduzieren. Ganz ähnlich wird das Merkmal des „Angriffskrieges“ in § 80 StGB ausgelegt, nämlich als „Anwendung von Gewalt in größerem Umfang, die hinreichend schwerwiegend, einem Völkerrechtssubjekt zurechenbar und unzulässig“ sein muss.³⁸ Aus völkerrechtlicher Sicht spricht nichts gegen eine solche Abweichung von

³⁶ Im Übrigen wird freilich dann, wenn es tatsächlich gelingt, den Anwendungsbereich eines deutschen Straftatbestandes auf den Bereich „glasklarer“ Fälle zu beschränken, davon auszugehen sein, dass diese Fälle, gerade weil sie so unumstritten sind, in Den Haag verhandelt werden.

³⁷ Jedenfalls der Begriff der „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ ist dem deutschen Strafrecht nicht fremd. Er findet sich auch jetzt schon im Völkerstrafgesetzbuch, nämlich in § 3. Dort geht es um die fehlende „offensichtliche Rechtswidrigkeit“ des Befehls als Voraussetzung einer Entschuldigung des Täters. Vgl. auch § 326 Abs. 6 StGB, wonach eine Strafbarkeit ausscheidet, wenn schädliche Einwirkungen [...] wegen der geringen Menge der Abfälle offensichtlich ausgeschlossen“ sind.

³⁸ *Classen* (Fn. 14), § 80 Rn. 14.

Art. 8^{bis} IStGH-Statut. Im Übrigen: Die Feststellung, ob eine Handlung mit einer Rechtsnorm vereinbar ist oder nicht, ist eine Kernfunktion richterlicher Tätigkeit. Dies gilt heute auch mit Blick auf die Vereinbarkeit mit Rechtsnormen, die außerhalb des staatlichen Binnenraums geschaffen sind (z.B. EU-Recht). Der Einwand, die deutsche Strafjustiz könne nicht Streitfragen des allgemeinen Völkerrechts entscheiden, greift deshalb zu kurz. Es ist keineswegs selten so, dass auch die deutsche Strafjustiz dazu berufen ist, Völkerrechtsnormen auf Tatbestandsebene (siehe die Beispiele aus dem Völkerstrafgesetzbuch oben) oder auf Rechtswidrigkeitsebene (z.B. humanitäres Völkerrecht und strafrechtliche Rechtfertigung) anzuwenden.

III. Geltungsbereich

Die Ausübung extraterritorialer Strafgewalt setzt voraus, dass sich eine entsprechende völkerrechtliche Erlaubnisnorm feststellen lässt.³⁹ Eine solche Erlaubnisnorm bildet, grundsätzlich, das Universalitätsprinzip. Ob das Universalitätsprinzip auch die Ausübung von Strafgewalt über das Aggressionsverbrechen erlaubt, ist zweifelhaft.⁴⁰ Einerseits lässt sich eine hinreichend dichte Staatenpraxis, die einen entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz tragen könnte, wohl kaum annehmen,⁴¹ selbst wenn man die Voraussetzungen einer solchen Praxis an die Besonderheiten des Völkerstrafrechts anpasst. Dies gilt richtiger Ansicht nach auch für den engsten Kernbereich des Verbrechens der Aggression, den Angriffskrieg. Andererseits lässt sich schwerlich übergehen, dass sich die Tat, das Aggressionsverbrechen, gegen ein Weltgemeinschaftsinteresse richtet – den Weltfrieden –, so dass es insoweit schwierig zu rechtfertigen wäre, dass ausgerechnet das Aggressionsverbrechen anders als die übrigen Kernverbrechen nicht dem Universalitätsprinzip

³⁹ Näher *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 199 ff.

⁴⁰ Vgl. *Werle/Jeßberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 18), Vor § 3 Rn. 240 m.w.N. Gegen einen entsprechenden völkerrechtlichen Erlaubnissatz z.B. *Krieger*, DÖV 2012, 449 (455); *Oeter*, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2012, S. 101 (120); *Tomuschat*, in: Cremer u.a. (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 315 (342). Das Universalitätsprinzip auch auf das Verbrechen der Aggression erstrecken wollen aber *Scharf*, Harvard International Law Journal 53 (2012), 357 (358), und *Weigend*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 955 (972).

⁴¹ Ausweislich des Berichts des UN Generalsekretärs an die Generalversammlung „The scope and application of the principle of universal jurisdiction“ vom 29. Juli 2010 (A/65/181) sind „crimes against peace“, „aggression“ oder „preparation of aggressive war“ (nur) in den Gesetzgebungen von fünf Staaten als Straftaten benannt, für die universelle Jurisdiktion begründet ist (Aserbaidschan, Weißrussland, Bulgarien, Estland und die Tschechische Republik).

unterfällt.⁴² Vor diesem Hintergrund erscheint gesetzgeberische Zurückhaltung bei der Ausgestaltung des transnationalen Geltungsbereichs jedenfalls rechtspolitisch ratsam und es sprechen letztlich die besseren Gründe dafür, den in § 1 VStGB für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen festgelegten Weltrechtspflegegrundsatz nicht auch auf das Verbrechen der Aggression zu erstrecken. Die Ausübung deutscher Strafgewalt über Aggressionstaten sollte nur unter den Gesichtspunkten des Territorialitätsprinzips, des Staatsangehörigkeitsprinzips sowie des Staatsschutzprinzips vorgesehen werden.⁴³ Bei Auslandstaten würde das deutsche Strafrecht nur gelten, wenn und soweit ein deutscher Staatsangehöriger Täter (oder Teilnehmer) ist, etwa in dem Fall, in dem ein Deutscher sich in einer entsprechenden Führungsposition an Angriffskriegen dritter Staaten beteiligt. Ob die Tat auch nach dem Recht des Tatortes strafbar ist, ist unerheblich. Als Inlandstat würde die Tat dem deutschen Strafrecht nicht nur unterliegen, wenn die Tathandlung auf deutschem Staatsgebiet vorgenommen wird, sondern auch, wenn der (Gefährdungs-) Erfolg der Tat in Deutschland eintritt (§ 9 StGB). Eine sub specie Erfolgstheorie ausreichende Wirkung auf und in Deutschland wird dann anzunehmen sein, wenn Deutschland Ziel einer Angriffshandlung ist; insoweit kommt hier zugleich der strafanwendungsrechtliche (Staats-) Schutzgedanke zur Geltung.

IV. Deutsche Straffjustiz, Internationaler Strafgerichtshof und VN-Sicherheitsrat

Die Bestimmung des Verhältnisses von Internationalem Strafgerichtshof und VN-Sicherheitsrat war eines der Schlüsselprobleme, dessen Lösung in Kampala gelang (Art. 15^{bis} und 15^{ter} IStGH-Statut). Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob und wie sich die im Statut nunmehr getroffenen Regelungen auf das Verhältnis der deutschen Straffjustiz zum Internationalen Strafgerichtshof einerseits und zum VN-Sicherheitsrat andererseits auswirken. Grundsätzlich gilt: Die deutsche Straffjustiz übt originäre Strafgewalt aus (jedenfalls dann, wenn, wie hier vorgeschlagen, nicht der Weltrechtspflegegrundsatz Anwendung findet). Diese Strafgewalt gründet im Kernbereich staatlicher Souveränität. Schon deshalb ist Deutschland – d.h. sowohl der Gesetzgeber als auch die Organe der Rechtspflege – befugt, ganz unabhängig von externen Akteuren, wie dem Internationalen Strafgerichtshof oder dem VN-Sicherheitsrat, zu agieren. Eine rechtliche Bindung an die Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofes oder des Sicherheitsrates besteht grundsätzlich nicht.

Diese prinzipielle Autonomie lässt sich aus zwei Richtungen in Frage stellen: Der erste Gesichtspunkt ist die materiellrechtliche Koppelung des deutschen Straftatbestandes an die

Verletzung der Charta der Vereinten Nationen, die eine tatbestandliche Voraussetzung der Strafbarkeit ist. Hier stellt sich die Frage, ob die deutsche Justiz selbstständig über das Vorliegen eines Verstoßes entscheiden oder ob sie insoweit doch an die Feststellung der zur Anwendung und Auslegung des Satzungsrechtes primär berufenen Organe gebunden sein soll. Der zweite Gesichtspunkt könnte der Umstand sein, dass Deutschland vertraglich sowohl in das System der Vereinten Nationen als auch in das „System“ des Römischen Statuts eingebunden ist. Das Römische Statut zwingt die Vertragsstaaten bzw. deren Gerichte freilich nicht dazu, die rechtlichen Wertungen des Internationalen Strafgerichtshofes zu übernehmen oder strikt nachzuvollziehen. Im Gegenteil: Dass Internationaler Strafgerichtshof und staatliche Strafgerichte bei der Auslegung der Normen oder bei der Würdigung derselben Sachverhalte zu unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen gelangen, widerspricht nicht nur nicht dem Statut, sondern ist auch in der Praxis nichts Ungewöhnliches. Anders liegt es möglicherweise im Blick auf die Einbindung in das System der Vereinten Nationen: Hieraus folgt u.a., dass Deutschland als Mitgliedstaat die Beschlüsse des Sicherheitsrates „anzunehmen und durchzuführen“ hat (Art. 25 SVN; vgl. auch Art. 48 SVN). Praktisch problematisch könnte dies freilich nur dann werden, wenn der Sicherheitsrat beschlösse, dass eine bestimmte Handlung keine Angriffshandlung im Sinne der Charta darstellt; dass ein solcher Beschluss ausdrücklich je getroffen wird, erscheint allerdings unwahrscheinlich.

V. Zusammenfassung und Regelungsvorschlag

Bei Einführung des Völkerstrafgesetzbuches hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, einen neuen Tatbestand des Aggressionsverbrechens zu schaffen oder die §§ 80, 80a StGB in das Völkerstrafgesetzbuch zu überführen. Dies war die seinerzeit richtige Entscheidung, schon weil das Römische Statut das Verbrechen der Aggression nicht definierte. Mit Art. 8^{bis} IStGH-Statut liegt nunmehr eine solche Definition vor. Eine völkerrechtliche Pflicht zur Anpassung des deutschen Strafrechts an das durch die Beschlüsse von Kampala geänderte Römische Statut besteht freilich nach wie vor nicht. (Völker-) rechtspolitische Erwägungen sprechen aber dafür, nunmehr einen eigenständigen Straftatbestand des Verbrechens der Aggression im deutschen Recht zu schaffen. Gestützt wird diese Position auch durch die fortbestehende verfassungsrechtliche Verpflichtung, „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören,“ unter Strafe zu stellen.

Der Änderung von § 80 StGB vorzuziehen ist die Schaffung eines neuen Straftatbestandes des Verbrechens der Aggression im Völkerstrafgesetzbuch. Naheliegender ist die Einfügung eines § 12a in Abschnitt 2 des zweiten Teils des Völkerstrafgesetzbuches. Abschnitt 2 ist dann neu als „Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression“ zu bezeichnen. Durch die Einfügung des Tatbestandes in das Völkerstrafgesetzbuch wird der Charakter des Verbrechens als Weltfriedensstörung betont. Der hier vorgeschlagene neue § 12a sieht eine differenzierte Umsetzung vor, die ein Verletzungs- bzw.

⁴² Vgl. auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 31), Rn. 1466.

⁴³ Diese Festlegung sollte unmittelbar in der Geltungsbereichsnorm erfolgen. Die „prozessuale Korrektur“ eines völkerrechtlich (z.B. auf Grundlage des Weltrechtspflegegrundsatzes zu) weit ausgreifenden materiellen Geltungsbereichsrechts kann nur ein Notbehelf sein; hierzu *Werle/Jeßberger* (Fn. 40), § 6 Rn. 36.

Erfolgssdelikt (Abs. 1), ein abstraktes Gefährdungsdelikt mit objektiver Strafbarkeitsbedingung (Abs. 2 Nr. 1) und ein konkretes Gefährdungsdelikt (Abs. 2 Nr. 2) unterscheidet.

§ 12a Abs. 1 geht in Übereinstimmung mit Art. 8^{bis} IStGH-Statut vom Begriff der Angriffshandlung aus und führt den Angriffskrieg als speziellen Fall und völkerstrafrechtlichen „Prototyp“ der Angriffshandlung gesondert auf. In S. 2 wird der Begriff der Angriffshandlung in Anlehnung an Art. 8^{bis} Abs. 1, 2 S. 1 IStGH-Statut legal definiert. Nur qualifizierte Verletzungen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes vermögen die Überschreitung der Strafbarkeitsschwelle zu bewirken. Das bedenklich unbestimmte Merkmal der „Offenkundigkeit“ der Satzungswidrigkeit wird durch das Merkmal der „schwerwiegenden“ Anwendung von Waffengewalt ersetzt. Die Tathandlungen selbst („Ausführen“, „Führen“) orientieren sich am Römischen Statut. Das „Einleiten“ einer Angriffshandlung ist bereits durch die allgemeine Versuchsstrafbarkeit (§ 12a Abs. 1 i.V.m. § 2 VStGB, 22 StGB) erfasst.

§ 12a Abs. 2 regelt die Strafbarkeit von Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung – Vorbereitung und Planung. Grundsätzlich sind die Vorbereitungshandlungen so gefährlich, dass sie bereits strafwürdig sind. Ein Strafbedürfnis entsteht freilich erst dann, wenn sich die materielle Normwidrigkeit des Verbrechens der Aggression realisiert, wenn es also entweder tatsächlich zu einer Angriffshandlung kommt oder jedenfalls eine konkrete Gefährdung festgestellt werden kann. Die folgenlose Planung einer Invasion, so die ratio, ist noch nicht strafbedürftig. Beiträge im Vorbereitungsstadium werden danach nur unter qualifizierten Voraussetzungen zur selbstständigen Täterschaft erhoben. Voraussetzung ist, dass entweder die vorbereitete bzw. geplante Tat tatsächlich begangen (Nr. 1, objektive Bedingung der Strafbarkeit) oder eine konkrete Gefahr für Deutschland herbeigeführt (Nr. 2) wird. Strafflos bleiben Handlungen im Vorbereitungsstadium, wenn es zu der (geplanten oder vorbereiteten) Angriffshandlung nicht kommt und durch die Vorbereitungshandlungen eine (konkrete Kriegs-) Gefahr entweder überhaupt nicht herbeigeführt wird oder jedenfalls nicht Deutschland betrifft.

Das Römische Statut sieht für das Verbrechen der Aggression keine besonderen Rechtsfolgen vor. Anwendbar ist die allgemeine Regelung des Art. 77 IStGH-Statut, wonach eine Freiheitsstrafe bis zu 30 Jahren bzw., bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden kann. Für die im deutschen Recht sub specie Gesetzlichkeitsprinzip erforderliche Zuweisung eines bestimmten Strafrahmens⁴⁴ bilden die Rechtsfolgensysteme des Strafgesetzbuches und des Völkerstrafgesetzbuches Orientie-

rungspunkte, insbesondere die in den §§ 80 StGB, 6 bis 8 VStGB angedrohten Strafen.⁴⁵ Die unterschiedlichen Schweregrade der einzelnen in § 12a zusammengefassten Tatvarianten sind auch auf der Rechtsfolgenseite abzubilden. So unterscheidet sich der Unrechtsgehalt des Führens eines Angriffskrieges einerseits und der Planung oder Vorbereitung einer völkerrechtswidrigen Anwendung von Waffengewalt andererseits. Eine Abschichtung auf der Rechtsfolgenseite ließe sich wie folgt gestalten: Für das „Führen“ eines Angriffskrieges bzw. das „Ausführen“ einer Angriffshandlung wäre lebenslange Freiheitsstrafe mit der Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falles (dann: Freiheitsstrafe von zehn bis 15 Jahren) vorzusehen. Für den Versuch („Einleitung“) besteht gem. § 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB (über § 2 VStGB) die Möglichkeit der fakultativen Strafmilderung. Das „Planen“ und „Vorbereiten“ eines Angriffskrieges oder einer Angriffshandlung wäre mit Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren bedroht. Damit läge für die Tatbestandsvariante des „Vorbereitens“ die Mindeststrafe unter derjenigen, die bislang bei § 80 StGB vorgesehen ist (Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahre). Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass der hier vorgeschlagene § 12a Abs. 2 VStGB anders als § 80 StGB auch die Vorbereitung von Gewaltanwendungen unterhalb der Schwelle des Angriffskrieges erfasst. Dies entspräche auch der Rechtsfolgensystematik, wie sie an anderer Stelle des Strafgesetzbuches zum Ausdruck kommt, beispielsweise in § 83 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens gegen den Bund: Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren; das Unternehmen selbst wird mit Freiheitsstrafe von zehn bis 15 Jahren bestraft) und § 30 Abs. 2 StGB, der unter dem Gesichtspunkt der Verbrechensverabredung eine obligatorische Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorsieht (z.B. Verbrechen selbst: lebenslange Freiheitsstrafe; Verabredung zum Verbrechen: Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren).

Die Einfügung des Straftatbestandes in das Völkerstrafgesetzbuch setzt nicht zwingend voraus, dass das Verbrechen der Aggression auch dem Weltrechtspflegegrundsatz unterworfen wird (vgl. §§ 13, 14 VStGB). Die Ausübung von Strafgewalt über das Verbrechen der Aggression sollte am Gebietsgrundsatz und am (nicht durch das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit eingeschränkten) Staatsangehörigkeitsgrundsatz ausgerichtet werden. Angriffshandlungen, die sich gegen Deutschland richten, werden über §§ 3, 9 StGB i.V.m. § 2 VStGB (als Inlandstaten) erfasst. Auslandstaten, die keinen derartigen Bezug zu Deutschland aufweisen, werden nur erfasst, soweit ein Deutscher als Täter beteiligt ist. § 1 VStGB ist um einen entsprechenden S. 2 zu ergänzen. In § 1 (nunmehr: S. 1), zweiter Halbsatz VStGB ist klarzustellen,

⁴⁴ Verfassungsrechtlich – Bestimmtheitsgrundsatz, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ist es geboten, dass die Strafdrohung am spezifischen Unrechtsgehalt der Straftat ausgerichtet ist. So verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass Tatbestand und Rechtsfolge „sachgerecht“ aufeinander abgestimmt sein müssen, BVerfGE 120, 224 Rn. 37). Dabei kommt dem Gesetzgeber freilich ein breiter Gestaltungsspielraum zu.

⁴⁵ Weitere Anhaltspunkte bilden § 83 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens gegen den Bund: Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren; das Unternehmen selbst wird mit Freiheitsstrafe von zehn bis 15 Jahren bestraft) und § 30 Abs. 2 StGB, der unter dem Gesichtspunkt der Verbrechensverabredung eine obligatorische Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorsieht (z.B. Verbrechen selbst: lebenslange Freiheitsstrafe; Verabredung zum Verbrechen: Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren).

dass sich dieser nicht auf das Verbrechen der Aggression gem. § 12a bezieht. Änderungen der Strafprozessordnung sind nicht erforderlich. § 153f Abs. 1 StPO erfasst durch den Verweis auf die §§ 6 bis 14 VStGB auch den neu eingefügten § 12a VStGB.

Aus den bis hierin entwickelten Vorschlägen zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches ergeben sich schließlich Konsequenzen für das Strafgesetzbuch. So sind § 5 Nr. 1 und § 80 StGB aufzuheben. Auch § 80a StGB sollte aufgehoben werden. Die grundsätzlich vorstellbare Überführung von § 80a StGB in das Völkerstrafgesetzbuch erscheint schon deshalb nicht angezeigt, weil es an einer entsprechenden Norm im Völkerstrafrecht fehlt. Eine Strafbarkeitslücke würde durch die Aufhebung von § 80a StGB im Übrigen nicht entstehen.⁴⁶ Nach zutreffender Ansicht steht § 80a StGB im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zu § 111 StGB.⁴⁷ Im Übrigen kann auf den Umgang des deutschen Gesetzgebers mit der Regelung über das Aufstacheln zum Völkermord in Art. 25 Abs. 3 e) IStGH-Statut im Zusammenhang mit der Schaffung des Völkerstrafgesetzbuches verwiesen werden.⁴⁸

Zusammengefasst ergibt sich aus den vorstehenden Überlegungen der folgende Regelungsvorschlag:

I. Das *Strafgesetzbuch* wird wie folgt geändert:
§ 5 Nr. 1, §§ 80 und 80a werden aufgehoben.

II. Das *Völkerstrafgesetzbuch* wird wie folgt geändert:

1. In § 1 werden die Wörter „die in ihm bezeichneten Verbrechen“ durch die Wörter „die in den §§ 6 bis 12 bezeichneten Straftaten“ ersetzt und folgender neuer Satz 2 eingefügt:

Für Taten nach § 12a, die im Ausland begangen werden, gilt dieses Gesetz unabhängig vom Recht des Tatorts, auch wenn der Täter Deutscher ist.

2. Nach § 12 wird der folgende § 12a eingefügt:
§ 12a VStGB. Verbrechen der Aggression

(1) Wer einen Angriffskrieg führt oder eine sonstige Angriffshandlung ausführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Eine Angriffshandlung ist jede schwerwiegende Anwendung von Waffengewalt gegen einen anderen Staat, die eine Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt.

(2) Wer einen Angriffskrieg oder eine sonstige Angriffshandlung (Absatz 1 Satz 2) plant oder vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. Die Tat ist nur strafbar, wenn

1. der Angriffskrieg tatsächlich geführt oder die Angriffshandlung tatsächlich ausgeführt wird oder

2. durch die Planung oder Vorbereitung für die Bundesrepublik Deutschland die Gefahr eines Angriffskrieges oder einer Angriffshandlung herbeigeführt wird.

(3) Täter oder Teilnehmer einer Tat nach Absatz 1 und Absatz 2 kann nur sein, wer tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken.

(4) In minder schweren Fällen des Absatz 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

(5) Der Versuch einer Tat nach Absatz 2 Satz 1 ist nicht strafbar.

⁴⁶ Im Übrigen würde die Streichung des § 80a StGB einen Wertungswiderspruch beseitigen: So hat § 80a strengere Voraussetzungen (Inland, Aufstacheln statt Auffordern) als § 111; zugleich ist nach § 111 eine höhere Strafe angedroht (Verweis auf § 26, deshalb Strafrahmen des § 80), wenn das Aufstacheln tatsächlich erfolgreich ist.

⁴⁷ *Classen* (Fn. 14), § 80a Rn. 12.

⁴⁸ BT-Drs. 14/8524, S. 19.

Rechtsprechungsübersicht – Internationaler Strafgerichtshof (IStGH) – 2014-2015

Von **Franziska C. Eckelmans**, Den Haag*

In der kurzen Zeitspanne, die diese Rechtsprechungsübersicht umfasst – Mitte 2014 bis September 2015 –, setzte der IStGH einige wichtige Meilensteine. Die ersten beiden Verurteilungen und die erste Freilassung wurden rechtskräftig, das erste Entschädigungsverfahren wurde beendet und die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verfahren vor dem IStGH wurde im Rahmen der Libyensituation gefestigt und weiter ausgebaut. Dies sind die Themenschwerpunkte dieser Rechtsprechungsübersicht, gefolgt von einer Übersicht über die laufenden Verfahren, die auch das Verfahren gegen den Präsidenten von Kenia erfasst.

I. Abschluss der ersten drei Hauptverfahren

Drei Urteile der Hauptverfahrenskammer in der Situation in der Demokratischen Republik Kongo („DRC“) wurden im Berichtszeitraum rechtskräftig. Damit kamen die ersten Hauptverfahren vor dem IStGH zu einem Ende.¹ Die Revisionskammer bestätigte mehrheitlich die Verurteilung von Thomas Lubanga Dyilo zu 14 Jahren Haft wegen der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten im Zeitraum von September 2002 bis August 2003 in der von ihm als Präsidenten der UPC (Union des Patriotes Congolais) geleiteten bewaffneten Gruppe FPLC (Force Patriotique pour la Liberation du Congo).²

Andere Parteien dieses bewaffneten Konflikts griffen zusammen am 24. Februar 2003 einen Militärstützpunkt der UPC/FPLC in dem Dorf Bogoro an.³ Die Einwohner von Bogoro selbst waren auch Ziel dieses Angriffs.⁴ Mathieu Ngujolo Chui wurde in Bezug auf diesen Anschlag aus Mangel an Beweisen freigesprochen.⁵ Die Hauptverfahrenskammer war nicht überzeugt, dass er bereits während dieses Anschlags Anführer der in Rede stehenden bewaffneten

Gruppierung war.⁶ Die Berufungskammer bestätigte dieses Urteil mit einer Mehrheit von drei der fünf Richter/-innen.⁷

Germain Katanga wurde am 8. März 2014 verurteilt, da er zu diesem Anschlag und damit zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen beigetragen hatte.⁸ Am 23. Mai 2014 wurde er zu einer Gesamtstrafe von zwölf Jahren Haft verurteilt.⁹ Er widerrief die bereits eingelegte Revision am 25. Juni 2014.¹⁰ Die Anklagebehörde nahm die Gegenrevision am gleichen Tag zurück.¹¹ Damit wurde seine Verurteilung rechtskräftig. Die Opferentschädigung wird derzeit noch vor der Hauptverfahrenskammer verhandelt.¹²

Diese drei Verfahren sind prägend für die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs in den ersten Jahren seiner Existenz, da sie in den Jahren 2006 (Lubanga) und 2007 (Katanga und Ngudjolo) als erste vor dem Internationalen Strafgerichtshof anhängig wurden.¹³ Thomas Lubanga hat bereits neuneinhalb Jahre seiner Haftstrafe verbüßt. Eine dreiköpfige Kammer der Berufungsabteilung erwog – wie von Art. 110 Rom-Statut vorgeschrieben – eine Strafreduzierung, reduzierte jedoch die Strafe im Ergebnis nicht.¹⁴ In Bezug auf Germain Katanga ist die Überprüfung der zwölfjährigen Strafe im August 2015 in Gang gesetzt worden.¹⁵

⁶ IStGH (TC II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3, Rn. 496 ff.

⁷ IStGH (AC), Urt. v. 7.4.2015 – ICC-01/04-02/12-271, Corr A, mit abweichender Meinung von Richter Tarfusser und Richterin Trendafilova, ICC-01/04-02/12-271-AnxA.

⁸ IStGH (TC II), Urt. v. 8.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436, mit verschiedenen Meinungen in Annexes I und II; Verurteilung für Verbrechen gegen die Menschlichkeit: „morder“, Kriegsverbrechen: „Murder, attacking a civilian population, destruction of property and pillaging“; Freispruch in allen anderen Anklagepunkten; abweichende Meinung von Richterin van den Wyngaert, die für einen Freispruch plädierte.

⁹ IStGH (TC II), Urt. v. 23.5.2014 – ICC-01/04-01/07-3483, mit abweichender Meinung von Richterin van den Wyngaert, ICC-01/04-01/07-3483-Anx1.

¹⁰ IStGH (Verteidigung Katanga), Widerruf v. 25.6.2014, ICC-01/04-01/07-3497.

¹¹ IStGH (OTP), Widerruf v. 25.6.2014, ICC-01/04-01/07-3498.

¹² Vgl. IStGH (TC II), Beschl. v. 1.4.2015 – ICC-01/04-01/07-3531.

¹³ Für eine Übersicht zu den Verfahren, siehe: ICC, Case Information Sheet, jeweils online abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf> (Lubanga; 28.9.2015);

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/KatangaEng.pdf> (Katanga; 28.9.2015);

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/ChuiEng.pdf> (Ngujolo; 28.9.2015).

¹⁴ IStGH (AC), Entsch. v. 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3171.

¹⁵ IStGH (AC), Beschl. v. 13.8.2015 – ICC-01/04-01/07-3574.

* Juristin, Appeals Division beim Internationalen Strafgerichtshof (2015 beurlaubt). Die im Beitrag dargestellten Meinungen sind die der *Autorin* und können dem IStGH nicht zugerechnet werden. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag der *Autorin* beim „Arbeitskreis Völkerstrafrecht“ im Mai 2015 in Bern (Schweiz). Der Artikel erfasst Entscheidungen bis zum 29.9.2015.

¹ Die in diesem Beitrag zitierten Entscheidungen können mit der angegebenen Dokumentennummer (z.B. „ICC-01/04-01/06-800“) gesucht werden, sowohl auf www.legal-tools.org als auch in einer Suchmaschine.

² IStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121, Red A4; Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3122, A5, A6.

³ IStGH (TC II), Urt. v. 8.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Katanga), Rn. 728 ff., 748, 817, 824, 828.

⁴ IStGH (TC II), Urt. v. 8.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Katanga), vgl. Rn. 748, 817, 824, 828.

⁵ IStGH (TC II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3.

Mathieu Ngudjolo Chui musste nach der Ablehnung seines Asylantrags in den Niederlanden das Land verlassen und ist derzeit in der DRC. Er hat im August 2015 Kompensation für siebeneinhalb Jahre in der Untersuchungshaftanstalt des IStGH beantragt.¹⁶

Zur Rechtsprechung der Revisionskammer ist zu sagen, dass diese in vielerlei Hinsicht der der anderen internationalen Tribunale ähnlich ist, insbesondere derjenigen der Revisionskammern der Jugoslawien- und Ruandatribunale (ICTY/ICTR). Allerdings gibt es interessante Unterschiede, zum Beispiel im Ansatz der Revisionskammer zu Beweismitteln vor der letzten Instanz, den Begründungserfordernissen für die Revisionsgründe und dem Ansatz zum Strafmaß; Unterschiede, kleiner oder größer, die zumeist auf anders formulierten Gesetzestexten beruhen.¹⁷

So hatte die Revisionskammer zu entscheiden, welcher dogmatische Ansatz zur gemeinschaftlichen Tatbegehung mit Art. 25 Abs. 3 lit. a Rom-Statut in Übereinstimmung steht.¹⁸ Die von den Vor- und Hauptverfahrenskammern angewandte Tatherrschaftslehre („control over the crime theory“) wurde auch von ihr als Art. 25 Abs. 3-konform angesehen.¹⁹ Demzufolge kann die Tat auch dann gemeinschaftlich begangen werden, wenn einer (oder mehrere) der Täter nicht unmittelbar die Tat begehen, sondern anderweitig „essentiell“ für die Tatbegehung sind, d.h. die Tat hätten verhindern können.²⁰ Damit wurde entschieden, dass die „joint criminal enterprise“, die als subjektive Zurechnungstheorie von der ständigen Rechtsprechung des ICTY und ICTR angewendet wird, keine Basis im Rom-Statut hat, aber auch nicht die mehr auf den Wortlaut des Art. 25 Rom-Statut abstellende Theorie von Richter van den Wyngaert, die nur eine unmittelbare Tatbegehung als Art. 25-konform ansieht, allerdings auch auf die Bedeutung der genauen Definition der jeweiligen Tathandlung verweist.²¹

Wichtig ist zudem der Ansatz der Revisionskammer zur Beweislage. Sie fand es im Lubanga-Revisionsurteil – mehrheitlich – nicht beanstandenswert, dass die Hauptverfahrenskammer aufgrund von Videoaufnahmen überzeugt war, dass bestimmte Soldaten jünger als 15 Jahre waren.²² Zudem setzte sie sich nicht mit der Frage auseinander, ob die Anklage

bezüglich der zur Verurteilung führenden Fakten bestimmt genug war, da sie fand, dass die Darlegungslast nicht erfüllt war.²³ Eine abweichende Meinung gab es von Richter Ušacka zu diesen beiden aufgeworfenen Punkten.²⁴ Im Ngudjolo-Revisionsurteil war die Kammer ebenfalls gespalten, allerdings ging es um die Frage der Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf das Urteil als solches. Richter Trendafilova und Richter Tarfusser hätten das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und zur Neuentscheidung zurückverwiesen, während die Mehrheit der Kammer nicht der Meinung war, dass die Beweislage ausreichend sein könnte, um zu einer Verurteilung statt zu einem Freispruch zu gelangen.²⁵

II. Erstes abgeschlossenes Entschädigungsverfahren

Das Entschädigungsverfahren vor dem IStGH ist in gewissen Aspekten mit dem Adhäsionsverfahren vor einem deutschen Strafgericht vergleichbar, hat aber auch ganz eigene Charakteristika, die im Revisionsurteil vom 3. März 2015 im Lubanga-Fall erstmalig in höchster Instanz angesprochen wurden. Dieses Urteil erging auf der Basis der Entschädigungsentscheidung der Hauptverfahrenskammer I, die entschieden hatte, keine Entschädigung gegen Thomas Lubanga anzuordnen. Allerdings ordnete sie kollektive Entschädigungen an, die sie (verpflichtend) in die Hände des Treuhandfonds legte; begleitet nur, sofern nötig, durch eine Kammer des IStGH.²⁶

Die Revisionsinstanz entschied, dass eine Entschädigungsanordnung a) nur gegen den Verurteilten, d.h. Thomas Lubanga, erlassen werden könne, b) dieser über den Rahmen seiner Verantwortlichkeit informiert werden müsse, c) zudem Gründe für den ausgewählten Entschädigungstyp gegeben werden müssten (kollektiv oder individuell), d) das Schadensmaß und die passende Entschädigungsart definiert werden müssten und e) die Opfer identifiziert werden müssten oder, insofern als dies dem Treuhandfonds überlassen würde, die grundsätzlichen Kriterien, die es zulassen, die Opfer zu bestimmen, die Entschädigung erhalten sollten.²⁷ Im Ergebnis berichtigte („amend“) die Revisionsinstanz das Urteil der Hauptverfahrenskammer. Es erließ gegen den Verurteilten den Bescheid, kollektive Entschädigungen an Opfer zahlen zu müssen, die zur Zeit der Tathandlung Kindersoldaten in der UPC-FPLC gewesen waren. Dem Treuhandfonds wurde es ermöglicht, Geld aus sonstigen Mitteln freizumachen, d.h. Mittel, die nicht vom Verurteilten stammen, um diese Projek-

¹⁶ IStGH (Verteidigung), Antrag v. 14.8.2015, ICC-01/04-02/12-291.

¹⁷ Vgl. *Eckelmans/Staker*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. Aufl. 2015, Art. 81 Rn. 23 ff.

¹⁸ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 434 ff.

¹⁹ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 462 ff.

²⁰ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 473.

²¹ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 470 ff.; vgl. IStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4, abweichende Meinung von Richter van den Wyngaert.

²² IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 216 ff.

²³ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red, Rn. 133 ff.

²⁴ IStGH (AC), Urte. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Anx2, abweichende Meinung von Richter Ušacka.

²⁵ Vgl. IStGH (AC), Urte. v. 7.4.2015 – ICC-01/04-02/12-271-Corr A, Rn. 284 ff.; abweichende Meinung von Richter Tarfusser und Richter Trendafilova, ICC-01/04-02/12-291-Anx, Rn. 30 (die abweichende Meinung hätte auch den anderen Revisionsgründen stattgegeben).

²⁶ IStGH (TC I), Entsch. v. 7.8.2012 – ICC-01/04-01/06-2904.

²⁷ Vgl. IStGH (AC), Urte. v. 3.3.2015 – ICC-01/04-01/06-3129 A A1 A2, Rn. 1.

te durchzuführen und die genauen Begünstigten zu ermitteln.²⁸

Das Urteil verdient eine gesonderte eingehende Betrachtung, die den Rahmen dieser Rechtsprechungsübersicht sprengen würde, da es reich an Grundsatzentscheidungen ist. Nicht nur die Gründe für die gerade angesprochenen Entscheidungen sind interessant, sondern auch andere Entwicklungen, wie z.B. die Begründungen zum Beweismaßstab („standard of proof“), den Entschädigungsprinzipien, Kausalitätserfordernissen; Entscheidungen, die auch für die Hauptverfahrenskammer II im Katanga-Entschädigungsverfahren, sowie in anderen Folgeverfahren, maßgeblich sein werden.

III. Weiterführende Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verfahren

Die Zulässigkeit von Verfahren vor dem IStGH ist ein wichtiger Dreh- und Angelpunkt für die Legitimität des Gerichts und wird aus einer Vielzahl von Gesichtspunkten kommentiert und betrachtet.²⁹ Das Grundprinzip ist das der Komplementarität, das in Art. 1, 17 Abs. 1 lit a und b, Abs. 2 und 3 IStGH-Statut seinen Ausdruck findet. Der IStGH ist das Gericht, das erst dann herangezogen werden sollte, wenn die vorrangigen nationalen Verfahren sich nicht auf denselben Fall beziehen oder bezogen haben oder die nationalen Autoritäten nicht willens oder nicht fähig sind oder waren, diese Verfahren zu führen. Dies ist eine in ihrer politischen Dimension deutliche Ansage, die allerdings seit dem Beginn der Verfahren vor dem IStGH von allen Seiten auf die Probe gestellt wird. Dies geschieht zum einen durch die „Self-referrals“ – das Übertragen von Situationen in der DRC, Uganda und der Zentralafrikanischen Republik durch diese Staaten selbst,³⁰ zum anderen durch die Entscheidung des UN-Sicherheitsrates, die Situation in Libyen an den IStGH zu übertragen; eine Entscheidung, die auch Wirkung über den Regimewechsel in Libyen hinaus entfaltet.³¹ Dies führte dazu, dass die beiden vom IStGH Beschuldigten Saif Al-Islam Gaddafi und Abdullah Al Senussi vom Nachfolgeregime verfolgt wurden, das konsequenterweise auch die Zulässigkeit dieser Verfahren vor dem IStGH rügte. Die Vorverfahrenskammer fand, dass Libyen erfolgreich ein eigenes Verfahren gegen Abdullah Al Senussi begonnen hatte und zwar für dieselben Taten, die auch von der IStGH-Anklage-

behörde ermittelt wurden.³² Die von Libyen vorgelegten Beweise bezüglich eines laufenden Verfahrens wurden im Fall Gaddafi allerdings nicht für ausreichend befunden, obwohl die Vorverfahrenskammer der Regierung zusätzlich Zeit gegeben hatte, weitere Beweise vorzulegen.³³ Zudem fand die Vorverfahrenskammer, dass Libyen unfähig war, Gaddafi zur Verantwortung zu ziehen, da er sich in Zintan (Libyen) befand und es unsicher war, ob die libysche Regierung dort Einfluss hatte.³⁴ Beide Urteile wurden von der Mehrheit der Rechtsmittelkammer grundsätzlich bestätigt, obwohl die Meinungen bezüglich der Herangehensweise an den Komplementaritätsgrundsatz in der Kammer auseinandergingen; abweichende Meinungen legten Richterin Ušacka und Richter Song vor.³⁵

Diese Urteile bestätigten die bereits bestehende Rechtsprechung des IStGH in diesem Bereich. Die im Frühjahr 2015 von der Rechtsmittelkammer in neuer Zusammensetzung erlassene Entscheidung zu Simone Gbagbo in der Situation der Elfenbeinküste hat diese Rechtsprechung verfestigt.³⁶

Von der Rechtsmittelkammer geprägt, konzentriert sich der IStGH in der Prüfung der Zulässigkeit auf sehr bestimmte Details der jeweiligen Parallelverfahren, d.h. auf die genauen Fakten, die im IStGH-Haftbefehl genannt werden, auf einen Vergleich dieser Fakten mit denen, die von den nationalen Behörden ermittelt oder verfolgt werden, auf die Frage, ob diese Fakten substantiell dieselben sind, und darauf, ob der jeweilige Staat genügend Beweise vorgelegt hat, die seine Behauptung unterstützen.³⁷ Die erwähnte Entscheidung im Fall Simone Gbagbo hat zudem bestätigt, dass der Staat wirklich handeln muss, d.h. auch Ermittlungen, die keine Fortschritte erzielen, können als Untätigkeit des Staates gedeutet werden, mit der Folge, dass das Verfahren vor dem IStGH zulässig ist.³⁸ Ein Vergleich mit den Ermittlungsfortschritten

²⁸ IStGH (AC), Urt. v. 3.3.2015 – ICC-01/04-01/06-3129 A A2 A3, mit Entschädigungsanordnung, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA.

²⁹ Vgl. den Sammelband Stahn/El Zeidy (Hrsg.), *From Theory to Practice*, 2011; *Nouwen*, *Complementarity in the Line of Fire*, 2013; vgl. auch Referenzen in: IStGH (AC) Entsch. v. 21.5.2014, ICC-01/11-01/11-547-Anx2 OA4 (Gaddafi), abweichende Meinung von Richterin Ušacka.

³⁰ Vgl. *Kress*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 944.

³¹ Interessant in dem Kontext sind die OTP Reports zum UN-Sicherheitsrat, die sich auch generell mit der Jetzt-Situation in Libyen befassen (vgl. 9th Report of the Prosecutor v. 12.5.2015).

³² IStGH (PTC I), Beschl. v. 11.10.2013 – ICC-01/11-01/11-466-Red.

³³ IStGH (PTC I), Beschl. v. 21.5.2014 – ICC-01/11-01/11-344-Red.

³⁴ Siehe auch zu diesem Thema, indirekt, die Entscheidung zur Nichtkooperation Libyens: IStGH (PTC I), Beschl. v. 10.12.2014 – ICC-01/11-01/11-577.

³⁵ IStGH (AC), Entsch. v. 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11-565 OA6 (Al Senussi); Entsch. v. 21.5.2014 – ICC-01/11-01/11-547-Red OA4 (Gaddafi).

³⁶ IStGH (AC), Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red OA.

³⁷ IStGH (AC), Entsch. v. 25.9.2009 – ICC-01/04-01/07-1497 OA8 (Katanga), Rn. 78; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-01/11-307 OA (Ruto et al.), Rn. 41, 62; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-02/11-274 OA (Muthaura et al.), Rn. 40, 61; Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Gaddafi), Rn. 70 ff. (zum Thema, was „substantially“ derselbe Fall ist).

³⁸ IStGH (AC), Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Simone Gbagbo), Rn. 128 ff., vgl. Entsch. v. 25.9.2009 – ICC-01/04-01/07-1497 OA8 (Katanga), Rn. 78; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-01/11-307 OA (Ruto et al.), Rn. 41, 62; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-02/11-274 OA (Muthaura et al.), Rn. 40, 61; Entsch. v. 24.7.2014 – ICC-01/11-

der IStGH-Anklagebehörde über den Haftbefehlsantrag hinaus wird allerdings nicht durchgeführt; die Beweislast trägt allein der Staat. Der Staat wiederum sollte keinesfalls zu früh eine Zulässigkeitsrüge vor den IStGH bringen, sondern erst dann, wenn er wirklich progressive Ermittlungen durchführt.³⁹

Es ist nicht nötig, dass dieselben Verbrechenstatbestände anhängig sind wie vor dem IStGH.⁴⁰ Jedoch muss dieselbe Person Objekt des Verfahrens sein, das sich zudem substantiell auf dieselben dieser Person zuzurechnenden Fakten beziehen muss, soweit ein verbrecherischer Zusammenhang zwischen den Taten eines Beschuldigten und den Taterfolgen denn zu vermuten ist.⁴¹ Mit anderen Worten: Es wird erwartet, dass nationale und internationale Anklagebehörden diesen Zusammenhang ähnlich sehen und sich zudem auch auf grundsätzlich dieselben Taterfolge richten.

Der genauen Kontrolle des IStGH in diesen Fragen steht gegenüber, dass der IStGH grundsätzlich nicht aus Fairnessgesichtspunkten in die jeweiligen nationalen Verfahren eingreifen kann, wie von der Beschwerdekammer im Fall Al Senussi entschieden.⁴²

Die Haltung der Rechtsmittelkammer, sich als eine Art Revisionsinstanz in diesem Verfahren zu sehen, wurde auch in der kürzlich erlassenen Entscheidung zu Simone Gbagbo deutlich. Sie akzeptiert keine neuen Beweismittel und Fragen der Übereinstimmung zwischen den Parallelverfahren werden nur in Bezug auf Fehler in der Faktenanalyse der Vorverfahrenskammer betrachtet; mit derselben Deferenz, die für eine Revision kennzeichnend ist.⁴³

IV. Sonstiges

1. Hauptverfahren

Gegenwärtig werden vor dem IStGH fünf Hauptverfahren (Bemba, Bemba et al., Ruto und Sang, Ntaganda, Gbagbo und Blé Goudé) und ein Entschädigungsverfahren (Katanga) geführt. Die Abschlussplädoyers im Fall Jean-Pierre Bemba Gombo wurden am 12. und 13. November 2014 gehalten.

Hauptverfahrenskammer III ist derzeit in der Beratungsphase.⁴⁴

Dieses Hauptverfahren führte zu den ersten Verfahren auf Grundlage von Art. 70 IStGH-Statut – Straftaten gegen die Rechtspflege. Gegen Jean-Pierre Bemba, zwei Mitglieder seines Verteidigerteams, Aimé Kilolo Musamba und Jean-Jaques Mangenda Kabongo, sowie gegen Fidèle Babala Wandu und Narcisse Arido wurde Anklage erhoben, weil sie, unter anderem, Zeugen beeinflusst haben sollen.⁴⁵ Die Verhandlung vor der Hauptverfahrenskammer VII hat am 29. September 2015 begonnen. Die vier zusätzlichen Angeklagten wurden im November und Dezember 2013 sowie im März 2014 in Haft genommen und nach Haftbeschwerde am 21. Oktober 2014 auf Anordnung des Einzelrichters der Vorverfahrenskammer entlassen.⁴⁶ Diese Entscheidung wurde von der Rechtsmittelkammer der Form nach wegen Fehlern in der Begründung zurückgewiesen, aber nicht aufgehoben, da dies zu stark in die Rechte der Angeklagten eingegriffen hätte.⁴⁷ Die Hauptverfahrenskammer hat die Freilassung mit Bedingungen am 17. August 2015 bestätigt.⁴⁸ Interessant ist der Fall nicht nur, weil er der erste größere Fall in Bezug auf Verbrechen gegen die Rechtspflege ist, sondern auch, weil er interessante beweisrechtliche Fragen aufwirft, z.B. in Bezug auf Beweisverwertungsverbote und Zwangsmaßnahmen.

Die Hauptverfahrenskammer V[A] führt das Verfahren gegen William Samoei Ruto, den Vizepräsidenten von Kenia und Joshua Arap Sang in Verband mit einer Anklage für Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verantwortliche für Gewalt, die sich nach den Wahlen in Kenia 2007/2008 entwickelt hatte.⁴⁹ William Samoei Ruto ist im Hauptverfahren grundsätzlich nicht anwesend. Er wurde auf eigenen Wunsch davon freigestellt, da er als Vizepräsident wichtige Aufgaben in und um Kenia zu erfüllen hat.⁵⁰ Die IStGH-Staatenversammlung hatte auf Drängen Kenias und der Afrikanischen Union im November 2013 neue Regeln erlassen, die eine solche Ausnahme zuließen.⁵¹ Die Anklagebehörde

01/11-565 OA6 (Al Senussi), Rn. 166 („genuine investigation“).

³⁹ IStGH (AC), Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-01/11-307 OA (Ruto et al.), Rn. 60 ff.; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-02/11-274 OA (Muthaura et al), Rn. 61; Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Gaddafi), Rn. 164.

⁴⁰ Vgl. IStGH (AC), Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Simone Gbagbo), Rn. 98 ff.

⁴¹ IStGH (AC), Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Gaddafi), Rn. 70 ff.

⁴² IStGH (AC), Entsch. v. 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11-565 OA6 (Al Senussi), Rn. 213, 218 ff., 230.

⁴³ Vgl. IStGH (AC), Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-01/11-307 OA (Ruto et al), Rn. 9 ff., 100; Entsch. v. 30.9.2011 – ICC-01/09-02/11-274 OA (Muthaura et al.), Rn. 10 ff., 98; Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Gaddafi), Rn. 43; Entsch. v. 24.7.2014 – ICC-01/11-01/11-565 OA6 (Al Senussi), Rn. 55 ff. (Beweismittel); Entsch. v. 27.5.2015 – ICC-02/11-01/12-75-Red (Simone Gbagbo), Rn.78 f.; 128 ff.

⁴⁴ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BembaEng.pdf> (28.9.2015).

⁴⁵ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/Bemba-et-alEng.pdf> (28.9.2015).

⁴⁶ Vgl. *Hieramente*, ZIS 2014, 123.

⁴⁷ IStGH (AC), Entsch. v. 29.5.2015 – ICC-01/05-01/13-969.

⁴⁸ IStGH (TC VII) Beschl. v. 17.8.2015 – ICC-01/05-01/13-1151.

⁴⁹ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RutoKosgeySangEng.pdf> (28.9.2015).

⁵⁰ Vgl. IStGH (TC V[A]), Gründe v. 18.2.2014, ICC-01/09-01/11-1186, mit Meinung von Richter Eboe-Osuji, ICC-01/09-01/11-1186-Anx.

⁵¹ Vgl. VBO 134 ter und quater; ICC-ASP/12/20, S. 52; online abrufbar unter: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP12/ICC-ASP-12-Res7-ENG.pdf (28.9.2015).

schloss die Beweisaufnahme am 10. September 2015.⁵² Die Hauptverfahrenskammer führt derzeit ein „No case to answer“-Verfahren durch, da die Verteidigung – nach Freigabe durch die Kammer – einen solchen Antrag gestellt hat.⁵³

Das Parallelverfahren gegen den Präsidenten von Kenia, Uhuru Muigai Kenyatta, wurde am 13. März 2015 eingestellt, nachdem die Anklagebehörde am 5. Dezember 2014 die Anklage gegen ihn widerrufen hatte.⁵⁴ Die Anklagebehörde war, nach eigener Aussage, nicht in der Lage, die notwendigen Beweise zu erbringen, und fand, dass Kenias mangelnde Kooperation mitentscheidend dafür war. Hauptverfahrenskammer V[B] entschied dennoch, dass es die Nichtkooperation Kenias nicht an die Staatenversammlung verweisen würde.⁵⁵ Diese Entscheidung wurde am 19. August 2015 von der Beschwerdekammer aufgehoben und zur Neuentscheidung zurückverwiesen.⁵⁶ Die Beschwerdekammer fand, dass die Hauptverfahrenskammer Ermessensfehler in dieser Entscheidung begangen habe. Unter anderem hatte sie ein eventuelles Eigenverschulden der Anklagebehörde widersprüchlich gewertet.⁵⁷

Ein weiteres Hauptverfahren hat im September 2015 im Fall Bosco Ntaganda in der Situation in der Demokratischen Republik Kongo vor der Hauptverfahrenskammer VI begonnen. Als vormaliges Mitglied der UPC/FPLC unterliegt er einer ähnlichen Anklage wie Thomas Lubanga, allerdings wurden entscheidende weitere Anklagepunkte für Kriegsverbrechen sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit hinzugefügt.⁵⁸ Zudem wurden vor kurzem die Fälle Laurent Gbagbo (vormaliger Präsident der Elfenbeinküste) und Charles Blé Goudé zusammengefügt.⁵⁹ Das Hauptverfahren gegen die Mitangeklagten soll vor der Hauptverfahrenskammer I im November 2015 beginnen.⁶⁰ Die Hauptverfahrenskammer I änderte die Charakterisierung der Anklage dahingehend, dass Laurent Gbagbo auch für Befehlsherrschaft zur Verantwortung gezogen werden kann, obwohl die Vorverfahrenskam-

mer I eine andere Sicht auf die Beweismittel hatte.⁶¹ Gegen diese Entscheidung ließ die Hauptverfahrenskammer I die Beschwerde zu, die im September 2015 von der Verteidigung eingelegt worden ist.⁶²

Das Hauptverfahren gegen Abdallah Banda Abakaer Nourain wurde im August 2014 unterbrochen. Abdallah Banda war ein Rebellenführer, dem vorgeworfen wird, für den Überfall auf die Friedenssicherungsgruppe der Afrikanischen Union in Sudan verantwortlich zu sein, bei dem Soldaten ums Leben kamen. Der Ankläger beantragte im Jahr 2008 einen Haftbefehl gegen ihn.⁶³ Die Vorverfahrenskammer I lud ihn jedoch nur vor.⁶⁴ Die Anklage für Kriegsverbrechen wurde am 7. März 2011 nach freiwilligem Erscheinen der beiden Angeklagten (der Mitangeklagte verstarb zwischenzeitlich⁶⁵) bestätigt.⁶⁶ Seitdem lief die Hauptverfahrensvorbereitung; unter anderem erschwert dadurch, dass die Angeklagten Zaghawa sprachen – eine Sprache mit beschränktem Vokabular. Die Angeklagten hatten das Recht, die Hauptpunkte der Anklage und der Beweismaterialien in diese Sprache übersetzt zu bekommen.⁶⁷ Seit kurzem näherte sich Abdallah Banda, der vormalige Rebell, der Regierung politisch an und übernahm anscheinend im Jahr 2014 eine Regierungsposition im Sudan. Die Hauptverfahrenskammer IV befand, dass dieser Fakt das Erscheinen des Angeklagten zu Hauptverfahrensbeginn objektiv unwahrscheinlich erscheinen ließ, da der Sudan nicht mit dem Gerichtshof kooperiere.⁶⁸ Sie erließ daher unmittelbar einen Haftbefehl gegen Abdallah Banda, wie ursprünglich im Jahr 2008 von der Anklagebehörde beantragt.⁶⁹ Zugleich entschied die Hauptverfahrenskammer, dass sie sich erst dann weiter mit dem Fall befassen werde, wenn Abdallah Banda verhaftet werde oder freiwillig erscheine.

⁵² IStGH (OTP), Schriftsatz v. 10.9.2015 – ICC-01/09-01/11-1954 (Notification of Closure of the Prosecution’s Case).

⁵³ Vgl. IStGH (TC V [A]), Beschl. v. 18.9.2015 – ICC-01/09-01/11-1970.

⁵⁴ IStGH (TC V [B]), Beschl. v. 13.3.2015 – ICC-01/09-02/11-1005.

⁵⁵ IStGH (TC V [B]), Beschl. v. 3.12.2014 – ICC-01/09-02/11-982.

⁵⁶ IStGH (AC), Entsch. v. 19. 8.2015 – ICC-01/09-02/11-1032.

⁵⁷ IStGH (AC), Entsch. v. 19.8.2015 – ICC-01/09-02/11-1032, Rn. 86 ff.

⁵⁸ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/NtagandaEng.pdf> (28.9.2015).

⁵⁹ IStGH (TC I), Beschl. v. 11.3.2015 – ICC-02/11-01/15-1; eine Beschwerde gegen diese Entscheidung wurde nicht genehmigt.

⁶⁰ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/Gbagbo-and-BleGoudeEng.pdf> (28.9.2015).

⁶¹ IStGH (TC I), Beschl. v. 20.8.2015 – ICC-02/11-01/15-185; vgl. Rn. 1 zur Sicht der Vorverfahrenskammer I.

⁶² Vgl. IStGH (AC), Beschl. v. 21.9.2015 – ICC-02/11-01/15-232.

⁶³ IStGH (OTP), Haftbefehlsantrag v. 20.11.2008 – ICC-02/05-03/09-20-Red.

⁶⁴ IStGH (PTC I), Vorladung v. 27.8.2009 – ICC-02/05-03/09-3.

⁶⁵ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BandaEng.pdf> (28.9.2015); am 4.10.2013 wurde das Verfahren gegen den Mitangeklagten beendet.

⁶⁶ IStGH (PTC I), Entsch. v. 7.3.2011 – ICC-02/05-03/09-455.

⁶⁷ Grundsatzentscheidung der Beschwerdekammer: IStGH (AC), 27.5.2008 – ICC-01/04-01/07-522 (Katanga und Ngudjolo Chui); siehe im Bandverfahren: IStGH (PTC), Beschl. v. 29.9.2010 – ICC-02/05-03/09-74.

⁶⁸ IStGH (TC IV), Entsch. v. 11.9.2014 – ICC-02/05-03/09-606, mit abweichender Meinung von Richter Eboe-Osuji, ICC-02/05-03/09-606-Anx-Corr.

⁶⁹ IStGH (TC IV), Entsch. v. 11.9.2014 – ICC-02/05-03/09-606, Rn. 20 ff.; vgl. die abweichende Meinung von Richter Eboe-Osuji, ICC-02/05-03/09-606-Anx-Corr.

Die Beschwerde bezüglich der fehlenden Anhörung vor Erlass des Haftbefehls wurde zurückgewiesen.⁷⁰

2. Vorverfahren

Die Vorverfahrenskammern arbeiteten im Jahr 2014 hart und bestätigten die Anklagen gegen Bosco Ntaganda, Charles Blé Goudé, Laurent Gbagbo, sowie gegen die Angeklagten im Bemba et al. Art. 70-Verfahren (Straftaten gegen die Rechtspflege).

Derzeit ist auch das Verfahren gegen Dominic Ongwen anhängig. Er stellte sich im Januar 2015 aufgrund eines Haftbefehls aus dem Jahr 2005. Dieser Haftbefehl gehört zu den ersten, die von einer IStGH-Vorverfahrenskammer erlassen wurden. Sie beziehen sich auf die Situation in Uganda und insbesondere auf die Verantwortlichkeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen bestimmter Mitglieder der Lords Resistance Army, geführt von Joseph Kony. Nach der Verhaftung von Dominic Ongwen beantragte die Anklagebehörde mehr Zeit, um die Ermittlungen wieder aufzunehmen. Die Vorverfahrenskammer gewährte ihr dies und setzte den Termin für die Anhörung der Anklage auf Januar 2016, d.h. ein Jahr nach der Verhaftung, fest.⁷¹ Ein interessanter Aspekt dieses Verfahrens ist die Rechtsprechung der Beschwerdekammer zu der sogenannten „in-depth analysis chart“, einer analytischen Übersicht über die Materialien, die zur Akteneinsicht zur Verfügung gestellt werden.⁷²

Die Anklagebehörde beschloss am 24. September 2014 in der zweiten Situation, die sich auf die Zentralafrikanische Republik bezieht (Verbrechen begangen im Konflikt, der 2012 begonnen hat), Ermittlungen aufzunehmen.⁷³ Die seit 2013 geführten Ermittlungen in Mali haben am 26. September 2015 zur der Überführung von Ahmad Al Mahdi zum IStGH geführt. Ihm wird vorgeworfen, in Timbuktu (Mali) religiöse und historische Monumente zerstört zu haben.

Schlussendlich ist eine derzeit vor der Beschwerdekammer anhängige Sache von Bedeutung, nämlich die Entscheidung der Vorverfahrenskammer in Bezug auf die Nichtaufnahme von Ermittlungen in der Situation „Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia“. Die betroffenen Staaten haben gemäß Art. 53 Abs. 3 lit. a Rom-Statut Beschwerde gegen die Nichtaufnahme der Ermittlungen eingelegt. Die Vorverfahrenskammer hat dieser Beschwerde am 16. Juli 2015 stattgegeben.⁷⁴ Eine teilweise abweichende Meinung wurde von Richter Kovács erstellt.⁷⁵ Das Gericht beschäftigt sich damit

erstmalig mit einem der in Art. 53 Abs. 3 Rom-Statut vorgesehenen Mechanismen, die einer gewissen Kontrolle über die Anklagebehörde dienen; entfernt einem Klageerzwingungsverfahren verwandt.

⁷⁰ IStGH (AC), Entsch. v. 3.3.2015 – ICC-02/05-03/09-632.

⁷¹ Vgl. Case Information Sheet, online abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/OngwenEng.pdf> (28.9.2015).

⁷² IStGH (AC), Entsch. v. 17. 6.2015 – ICC-02/04-01/15-251.

⁷³ Vgl. IStGH (OTP), Pressebericht v. 24.9.2014 – ICC-OTP-20140924-PR1043, online abrufbar unter:

http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/icc/press%20and%20media/press%20releases/pages/pr1043.aspx (28.9.2015).

⁷⁴ IStGH (PTC I), Beschl. v. 16.7.2015 – ICC-01/13-34.

⁷⁵ IStGH (PTC I), Beschl. v. 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr, teilweise abweichende Meinung.

Stärkung der Effizienz der Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof

Von Dr. Jürg Lindenmann, Bern*

I. Ausgangspunkt

Achteinhalb Jahre. – Sechseinhalb Jahre. – Sieben Jahre. So lange mussten Thomas Lubanga, Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo in Den Haag im Gefängnis warten, bis der Internationale Strafgerichtshof (ICC) die beiden erstgenannten definitiv für schuldig und letzteren für unschuldig befand.

„Die Mühlen der Justiz mahlen langsam“, sagt der Volksmund. Aber selbst wenn man berücksichtigt, dass es sich um die ersten Fälle einer jungen Institution handelte, sie äußerst komplex waren und sich in fernen, konfliktreichen Regionen zugetragen haben, lassen diese Zahlen die Frage nach der Effizienz der ICC-Verfahren aufkommen.

Es ist eine wichtige Frage. Die Effizienz der Verfahren ist nicht nur im Interesse der Angeklagten sondern auch der Opfer. Sie ist ein entscheidender Faktor für die Verwendung der Ressourcen, aber vor allem auch für die Glaubwürdigkeit des ICC als „Leuchtturm“ der internationalen Strafjustiz.

II. Expertenbericht und Retraite

Aus diesem Grund haben wir von Seiten des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten nicht gezögert, als uns 2013 eine Gruppe von verdienten Praktikern und Experten angefragt hat, ob wir die Erstellung einer Studie zur Effizienz der ICC-Verfahren unterstützen würden. Die unabhängige Gruppe stand unter der Leitung von Prof. *Guénaél Mettraux*, einem Strafverteidiger vor diversen internationalen Gerichten. Sie erstellte pro bono einen rund 250-seitigen Bericht mit eingehenden Analysen und diversen Empfehlungen.¹

Die Experten kamen insbesondere zu dem Schluss, dass das größte Potential für die Effizienz der Verfahren in Praxisänderungen liege. Mit anderen Worten könnten Verhaltensänderungen innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens des Römer Statuts und seiner sekundären Regeln am meisten zur Effizienz beitragen. Diese Erkenntnis kontrastiert mit dem Ansatz, den das Gericht und die Vertragsstaaten des Römer Statuts in den Jahren zuvor schwergewichtig verfolgt hatten. Sie steckten viel Energie in den langwierigen Prozess

* Botschafter, Dr. iur., Fürsprecher, Stv. Direktor der Direktion für Völkerrecht DV des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten EDA. Der *Autor* äussert sich in diesem am 29. Mai 2015 auf der elften Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht in Bern ursprünglich mündlich vorgetragenen Beitrag in seiner persönlichen Eigenschaft. Seine Ansichten sind nicht als offizielle Haltung der Schweiz bzw. des EDA zu verstehen. Es handelt sich nicht um eine Publikation des EDA. Der *Autor* dankt *Matthias Lanz*, Stv. Chef der Sektion Humanitäres Völkerrecht der DV, für seine wertvolle Unterstützung

¹ Expert Initiative on Promoting Effectiveness at the International Criminal Court, Dezember 2014, online unter: <http://ilawyerblog.com/wp-content/uploads/2014/12/Expert-Initiative-on-Promoting-Effectiveness-at-the-International-Criminal-Court-December-2014.pdf> (29.9.2015).

zur Änderungen der Verfahrens- und Beweisordnung. Ich nenne nur einige der Stationen, die durchlaufen werden müssen: Gerichtsintern sind es die Working Group on Lessons Learnt und das Advisory Committee on Legal Texts; im Rahmen der Versammlung der Vertragsstaaten die Study Group on Governance, die Working Group on Amendments und schließlich die Versammlung der Vertragsstaaten selbst.² Ob die punktuellen Änderungen der Regeln³ bislang tatsächlich zu einer Verbesserung der Effizienz geführt haben, bleibt dabei unklar.

Um die Frage der Effizienz der Verfahren mit den Hauptbeteiligten offen und konstruktiv zu diskutieren, lud die Schweiz im September 2014 zu einer Retraite in Glion ein. Die Chefs der drei Hauptorgane des ICC, diverse andere ICC-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter, Vertreterinnen und Vertreter von Staaten und der Zivilgesellschaft trafen sich für eine gut zweitägige Diskussion auf der Grundlage des Expertenberichts.⁴

Ich möchte nicht im Detail auf den Inhalt des Berichts eingehen. Er wurde von den unabhängigen Experten erstellt und er richtet sich in allererster Linie an den ICC selbst und die Personen, die tagtäglich mit den komplexen Verfahren arbeiten. Es ist kein Stoff für Diplomaten. Überhaupt plädiere ich dafür, dass das Gericht bei Fragen rund um die Effizienz der Verfahren die primäre Verantwortung übernimmt. Die Staaten ihrerseits sollten dagegen mehr Zurückhaltung üben, indem sie den ICC strategisch anleiten und die nötigen Anreize schaffen, ohne sich in technische Fragen einzumischen.

Ich beschränke mich aus diesen Gründen auf einige beispielhafte Empfehlungen aus dem Bericht,⁵ die mögliche Praxisänderungen illustrieren:

- Ein Kernteam aus Anklägern, Ermittlern und Analysten soll einen Fall durch alle prozedurale Etappen begleiten, damit die Kontinuität gesichert ist.

² Vgl. zum Verfahren die Roadmap on reviewing the criminal procedures of the International Criminal Court, paras. 5-12, Annex I to the Report of the Bureau on Study Group on Governance, ICC-ASP/12/37, 15.10.2013.

³ Amendments to the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/12/Res.7, 27.11.2013; Amendment of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/11/Res.2, 21.11.2012; Amendments to the rule 4 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/10/Res.1, 20.12.2011.

⁴ Federal Department of Foreign Affairs, Background Document, Retreat on Strengthening the Proceedings at the International Criminal Court (Glion, Switzerland, 3.-5. September 2014), 15.8.2014, online unter: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/dfa/dfa_aussenpolitik_voelkerrecht_Background_Document_ICC_Retreat_en.pdf (29.9.2015).

⁵ Für sämtliche Empfehlungen vgl. Expert Initiative on Promoting Effectiveness at the International Criminal Court (Fn. 1), S. 7 ff.

- Alle zentralen Untersuchungshandlungen sollen vor dem Bestätigungsverfahren abgeschlossen werden.
- Das Beweisverfahren soll auf die umstrittenen Fakten ausgerichtet sein, indem höhere Schwellen für die Zulassung von Beweisen durchgesetzt werden.
- Die Bekanntgabe von Beweisen soll konsequent durchgesetzt werden.
- Der Bestätigungsentscheid soll zu klar umschriebenen Anklagepunkten führen und die relevanten Fakten aufzeigen.
- Mündliche Anhörungen und Entscheide sollen verstärkt genutzt werden, insbesondere bei Zwischenentscheiden.
- Die unterschiedlichen Rollen und Funktionen von Anklägerin und Opfern im Prozess sollen stärker gelebt werden.
- Die Verteidigung soll genügend Ressourcen erhalten.
- Richterinnen und Richter sollen vermehrt nach den Bedürfnissen beim ICC ausgewählt werden und auf der Basis ihrer Erfahrung mit der Leitung von komplexen Strafprozessen.
- Die Mechanismen zum Schutz der Zeugen sollen überprüft und mehr Relokationsabkommen mit Staaten abgeschlossen werden.

Naturgemäß gab es an der Retraite in Glion unterschiedliche Auffassungen über die einzelnen Empfehlungen. Es herrschte jedoch große Einigkeit darüber, dass das Potenzial auf der Ebene von Praxisänderungen ausgeschöpft werden soll und dass die Kompetenz und Verantwortung dafür in erster Linie beim Gericht liegt.

Auf großes Interesse stieß auch die Idee der Schaffung von „Indikatoren“, die es den Staaten erlauben würden, die Bemühungen des Gerichtshofs zu begleiten. Wie ich bereits unterstrichen habe, sollten sich die Staaten nicht in die Details der Verfahren einmischen. Hingegen wäre es nützlich, wenn der Gerichtshof selbst Indikatoren entwickelt, die es den Staaten erlauben würden, besser zu beurteilen, ob der Gerichtshof seine Arbeit effizient macht, und falls nicht, wo genau angesetzt werden muss.⁶ Indikatoren würden nicht nur als Aufsichtsinstrument dienen, sondern dem Gerichtshof auch ermöglichen, seine Bedürfnisse gegenüber den Staaten deutlich zu machen. In diesem Sinn halten wir Indikatoren für eine zukunftsweisende Möglichkeit der konstruktiven Zusammenarbeit zwischen Staaten und Gericht.⁷

III. Rolle der Vertragsstaaten

Für die Schweiz war immer klar, dass diese informellen Prozesse auch auf der politischen Ebene Niederschlag finden

⁶ Expert Initiative on Promoting Effectiveness at the International Criminal Court (Fn. 1), S. 44 ff.

⁷ Zu den Ergebnissen der Retraite von Glion siehe Federal Department of Foreign Affairs, Chair's Summary, Retreat on Strengthening the Proceedings at the International Criminal Court (Glion, Switzerland, 3.-5. September 2014), 15.8.2014, online unter:

https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/dfa/dfa_aussenpolitik_voelkerrecht_Chair_Summary_%20ICC%20Retreat_en.pdf (29.9.2015).

sollten. Wir haben uns deshalb im letzten Jahr bemüht, dass die Versammlung der Vertragsstaaten entsprechende Beschlüsse zur Frage der Effizienz der Verfahren fällt. Dies ist im Dezember 2014 geschehen. Die sogenannte „Omnibus-Resolution“ anerkennt unter anderem die Bedeutung der Effizienz der ICC-Verfahren und begrüßt die bisherigen Bemühungen des Gerichts in diesem Bereich.⁸ Konkret wurde folgendes beschlossen:

- Der Gerichtshof soll seine Aktivitäten zur Förderung der Effizienz intensivieren, unter anderem, indem er Praxisänderungen in die Wege leitet.
- Der Gerichtshof soll qualitative und quantitative Indikatoren erstellen.
- Anlässlich der nächsten Session der Versammlung der Vertragsstaaten im November 2015 soll es eine thematische Diskussion zu Fragen der Effizienz der Verfahren vor dem ICC geben.

Wir stellen heute fest, dass die Effizienz der Verfahren viel mehr Aufmerksamkeit genießt als noch vor einigen Jahren. Der ehemalige Präsident, Richter Sang-Hyun Song, machte dies am Ende seiner Amtszeit mehrmals deutlich.⁹ Die neue Präsidentin des ICC, Richterin Silvia Fernández de Gurmendi, erklärte das Thema Effizienz nun gar zur „top priority“ ihrer Amtszeit.¹⁰ Die Anklägerin, Fatou Bensouda, leitete bereits diverse Reformschritte ein und zeigt sich gewillt, diesen Weg auch im Rahmen der neuen Strategie ihres Büros weiterzugehen.¹¹ Kanzler Herman von Hebel seinerseits setzt zurzeit das „ReVision“-Projekt um, das unter anderem die Abläufe im Gericht verbessern soll. Zudem arbeitet er in Zusammenar-

⁸ Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, ICC-ASP/13/Res.5, 17.12.2014, insb. OP 57 f. sowie Annex I, OP 7.

⁹ Judge *Sang-Hyun Song*, President of the International Criminal Court, Statement at the opening of the 13th Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, New York, 8.12.2014, online unter:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/presidency/Pres-ASP-13.pdf> (29.9.2015).; *ders.*, Keynote remarks at the event „Promoting Accountability for Human Rights Violations – Forging Effective and Efficient Litigation of International Atrocity Crimes“ organized by the International Criminal Justice Consortium and The Kingdom of the Netherlands on the occasion of Human Rights Day, New York, 10.12.2014, online unter: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/presidency/141210-President-Human-Rights-Accountability.pdf> (29.9.2015).

¹⁰ Judge *Silvia Fernández de Gurmendi*, President of the International Criminal Court, Remarks to the 25th Diplomatic Briefing, The Hague, 26.3.2015, online unter: <http://icc-cpi.int/iccdocs/db/25DB-Pres-Eng.pdf> (29.9.2015).

¹¹ *Fatou Bensouda*, Prosecutor of the International Criminal Court, Remarks to the 25th Diplomatic Briefing, The Hague, 26.3.2015, online unter:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/db/25DB-OTP-Eng.pdf> (29.9.2015).

beit mit den anderen Organen an der Erstellung der Indikatoren.¹² All diese Elemente zeigen, dass die Sensibilität für das Thema beim ICC groß ist und ein gewisser Kulturwandel eingesetzt hat.

Gleichzeitig möchte ich betonen, dass die Staaten im Bereich der Effizienz ebenfalls viele Hausaufgaben zu erledigen haben. Die erwähnte „Omnibus-Resolution“ vom Dezember 2014 unterstreicht dies, indem sie die Arbeitsmethoden der Vertragsstaatenversammlung thematisiert.¹³ Die Staaten tendieren zum Mikro-Management statt zur strategischen Aufsicht über das Gericht. Der schon erwähnte Prozess zur Änderung der Verfahrens- und Beweisordnung ist viel zu umständlich. Es braucht mehr Abkommen zur Relokation von Zeugen und zur Strafverbüßung in Vertragsstaaten. Die Zusammenarbeit muss verbessert werden. Und ganz allgemein muss die politische Unterstützung des ICC stärker werden.

Wie Sie gewiss bemerkt haben, war das eingangs zitierte Sprichwort nicht ganz vollständig. Es heißt nämlich, „die Mühlen der Justiz mahlen langsam, aber stetig.“ In diesem Sinn bin ich überzeugt, dass Staaten, Gericht und Zivilgesellschaft weiterhin auf größere Effizienz hinarbeiten müssen. Hartnäckig aber geduldig.

¹² *Herman von Hebel*, Registrar of the International Criminal Court, Remarks to the 25th Diplomatic Briefing, The Hague, 26.3.2015, online unter:

<http://icc-cpi.int/iccdocs/db/25-DB-Reg-Eng.pdf> (29.9.2015).

¹³ Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties (Fn. 8), insb. OP 59-62 sowie Annex I, OP 8 und Annex IV.

Zwanzig Jahre in Den Haag

Erfahrungen einer Staatsanwältin

Von Hildegard Uertz-Retzlaff, Den Haag

I. Einleitung

Ich will meinen Erfahrungsbericht auf fünf Fragen bzw. Themen beschränken, die mich durch meine Arbeit begleitet haben, nämlich: Wer wird angeklagt? Was wird angeklagt? Das Thema Verfahrensdauer. Was können Tribunale zum Frieden beitragen? Und schließlich das Thema Abschreckung.

Während der Arbeitskreis hier tagt, findet gleichzeitig in Den Haag im Friedenspalast ein internationales Seminar unter dem Motto „Reconciliation versus Accountability: Balancing interests of Peace and Justice“ statt. Das klingt als wären Frieden und Gerechtigkeit Gegensätze. Tatsächlich wird immer noch ernsthaft diskutiert, dass kurzfristige Konfliktbeilegungen mit Straffreiheit für schwerste Menschenrechtsverletzungen erkauft werden können. Dem setze ich entgegen, dass es dauerhaften Frieden ohne Rechtsfrieden nicht geben kann. Zum Glück war sich die Weltgemeinschaft im Hinblick auf die Einrichtung des Jugoslawientribunals weitgehend einig. Ich sehe aber, dass der Internationale Strafgerichtshof und auch andere (zukünftige) Tribunale sehr wohl weiterhin mit diesem Aspekt zu kämpfen haben werden. Gerechtigkeit für die Opfer und Bestrafung der Täter sorgen für langfristige Sicherheit. Dazu braucht es internationale Strafgerichte, wenn die nationale Justiz versagt. Davon bin ich nach wie vor überzeugt. Und ich bin stolz, dass ich seit zwanzig Jahre in diesem Bereich arbeite.

Am 1. Mai 1995 habe ich meinen Dienst beim Jugoslawien-Strafgerichtshof angetreten. Ich hatte einen Jahresvertrag als Legal Advisor und dachte, ein Jahr gegen Kriegsverbrecher ermitteln, sei eine interessante und sehr wichtige Aufgabe. Ich war überzeugt, dass ein solches Tribunal Kriegsverbrechen verhindern würde – und zwar durch seine bloße Existenz. Als im August 1995 das Ausmaß der Verbrechen von Srebrenica bekannt wurde, war ich von der internationalen Strafjustiz zunächst einmal sehr enttäuscht: Offenbar unbeeindruckt von der Existenz des eigens für den Jugoslawien-Konflikt errichteten Tribunals war das schwerste Einzelverbrechen in dem Krieg in Bosnien-Herzegowina begangen worden.

Heute zwanzig Jahre später bin ich nach vielen Erfolgen und trotz verschiedener Rückschläge überzeugt, dass internationale Strafjustiz erfolgreich sein kann, wenn erstens die politische Unterstützung vorhanden ist, zweitens die Gerichte ausreichend mit qualifiziertem Personal und den notwendigen Mitteln ausgestattet sind und wenn, drittens, ihre Entscheidungen (insbes. Haftbefehle) auch durchgesetzt werden. Beim Jugoslawien-Strafgerichtshof waren diese Voraussetzungen gegeben.

II. Die Entwicklung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes: Aufbau und Rückbau

Wir haben beim Jugoslawien-Strafgerichtshof klein angefangen und sind sehr schnell expandiert. Als ich in Den Haag anfang, befand sich der Jugoslawien-Strafgerichtshof noch in

der Aufbauphase und belegte gerade mal einen Seitenflügel des heutigen Gerichtsgebäudes. Das Office of the Prosecutor (OTP) war eine kleine Einheit mit einigen Ermittlungsteams, die sich auf bestimmte Sachverhalte – „ethnic cleansing“ in den municipalities 1992, Sarajevo 1992-1995 und Srebrenica 1995 – beschränkten.

Vor meinem Wechsel an den Haager Gerichtshof hatte ich viele Jahre bei der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraftaten in Bochum gearbeitet und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nur aus Büchern über das Nürnberger Tribunal und die Nachfolgeprozesse gekannt. So ging es den meisten meiner neuen Kollegen beim Tribunal ebenfalls. Es waren fast ausschließlich Kollegen aus dem Common Law-Bereich, die Großverfahren bis dahin nur aus ihrer Arbeit in Wirtschaftsstrafsachen oder im Bereich der Organisierten Kriminalität kannten. Wir arbeiteten nach der Devise „learning by doing“. Die einzige Rechtsprechung, auf die zurückgegriffen werden konnte, um die abstrakten Rechtsbegriffe mit Leben zu füllen, stammte aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg. Heute gibt es eine Vielzahl von internationalen Strafgerichten – neun an der Zahl –, eine große Zahl von Gerichtsentscheidungen und viele gut ausgebildete, erfahrene und kompetente internationale Strafrjuristen. Dies ist nicht zuletzt den beiden Geschwistertribunalen, dem Jugoslawien-Strafgerichtshof und dem Ruanda-Strafgerichtshof, zu verdanken. Selbst im „downsizing modus“ wird beim Jugoslawien-Strafgerichtshof weiter ausgebildet. So fand einige Tage vor der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht eine Fortbildung zum Thema „hate-speech“ statt. Deshalb schaue ich eigentlich hoffnungsvoll in die Zukunft der internationalen Strafgerichtsbarkeit. Obwohl ich leider auch zunehmend das Gefühl bekomme, dass der politische Rückhalt und die Unterstützung bröckeln.

Was in Den Haag auf mich und meine Kollegen zukam, an harter, physisch wie emotional schwerer Arbeit habe ich nicht vorausgesehen. Insbesondere die Tätigkeit vor Ort während der ersten Ermittlungsjahre, der Anblick der Zerstörungen, der Not der Menschen und die Arbeit mit den Opferzeugen, hat mich emotional nicht unerheblich beeinträchtigt und verändert. Die Arbeit mit den Tätern hat mich einige Male ziemlich wütend gemacht – und dennoch musste man bei allem sachlich und distanziert bleiben. Und auch die Rechtsprechung des – „meines“ – Gerichtshofes hat mich einige Male erzürnt, was ich anhand einiger Beispiele im Laufe meines Beitrages verdeutlichen werde.

III. Bilanz

Sowohl aus allgemeiner als auch aus meiner ganz persönlichen Sicht fällt die Bilanz im Hinblick auf das vom Jugoslawien-Strafgerichtshof Erreichte positiv aus. 161 Personen sind angeklagt worden, niemand ist mehr auf der Flucht. Alle vor dem Tribunal Angeklagten sind entweder verurteilt oder freigesprochen worden. Einige sind verstorben, bei anderen ist die Anklage zurückgenommen worden. Hinzu kommen

die Verfahren gegen Karadzic, wo wir das Urteil in diesem Jahr erwarten; Mladic, hier wird die Hauptverhandlung im kommenden Jahr abgeschlossen werden; weitere Verfahren betreffen Seselj, der vorläufig auf freiem Fuß ist und Hadzic, welcher erkrankt ist. Außerdem stehen noch Urteile in einigen wenigen Berufungsverfahren aus.

Ich selbst habe insgesamt 15 Personen angeklagt, darunter acht Personen wegen Vergewaltigungen in verschiedenen Lagern in Foca (Kunarac et al.) und drei Mitglieder der Führungsriege des Foca KPDom (Krnjelac et al.), dem Lager für die männlichen Internierten. Bis auf zwei der erstgenannten Gruppe, die bei ihrer Festnahme getötet wurden, sind alle zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt worden, teils in Den Haag (drei) und teils in Bosnien-Herzegowina (zwei; auf Grundlage der sog. Rule 11^{bis} Überweisungen). Der Angeklagte Zelenovic wurde in Den Haag nach einem „guilty plea“ verurteilt. In der Sache Krnjelac wurde der Lagerleiter in Den Haag verurteilt, seine beiden Stellvertreter wiederum in Bosnien-Herzegowina nach entsprechenden Überweisungen.

Was aber viel wichtiger ist, ist die Tatsache, dass die Verurteilungen in Den Haag die internationale Strafjustiz weitergebracht haben. So wurde im Kunarac-Verfahren festgestellt, dass Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht nur Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter dem Aspekt „Vergewaltigung“ sind, sondern je nach den Umständen auch die Tatbestände der Verfolgung, Folter, Versklavung und den Tatbestand des Angriffs auf die Menschenwürde erfüllen können. Auch im Krnjelac-Verfahren haben wir ähnlich weitgefächert (einschließlich Sklavenarbeit und Deportation) angeklagt. In der Berufungsinstanz hat es dann tatsächlich auch entsprechende Verurteilungen gegeben. Auch die Verschwundenen haben wir mit einbezogen und insoweit Anklage wegen Deportation erhoben, weil wir deren Tod nicht nachweisen konnten. Das Gericht hat dies bestätigt. In beiden Urteilen wurde auch mit dem Thema „consent“ aufgeräumt (Vergewaltigung, „deportation“ und „enslavement“). In beiden Fällen wurde jeweils spätestens von der Berufungskammer festgestellt, dass die „Einwilligung“ des Opfers keine Bedeutung hat, wenn das Opfer keine Wahl hatte („circumstances deprive the consent of any value“).

Völkermord haben wir in beiden Fällen nicht angeklagt. Die Verstöße gegen die Genfer Konventionen (Art. 2 JStGH-Statut), die ursprünglich von der Anklage umfasst waren, haben wir zurückgezogen, um das Verfahren zu straffen. Im Blick auf den Völkermord erschien uns die Beweislage problematisch: Weder fanden wir das Merkmal „intent to destroy in whole or in part a group“ in den Äußerungen der Täter wieder, noch ließ sich die Kenntnis von der Völkermord-Kampagne nachweisen.

IV. Wer soll angeklagt werden?

Zu Beginn der Arbeit des Jugoslawien-Strafgerichtshofes stand die Frage im Vordergrund, wer angeklagt werden soll. Wir haben mit sog. „crime-base“-Verfahren angefangen. Danach sollten die Verfahren gegen die Hauptverantwortlichen und das „Mittelmanagement“ folgen. Der Gerichtshof ist zeitweise in die Kritik geraten, weil zu viele „low level“-

Täter, also unmittelbare Täter, angeklagt worden seien. Diese Kritik halte ich aus vier Gründen für verfehlt: Erstens müssen auch für die Anklagen gegen „Spitzenpolitiker“ und Militärs die einzelnen Taten vor Ort nachgewiesen werden; deshalb kann man sich die „crime-base“-Ermittlungen nicht sparen, denn diese Ermittlungsergebnisse sind in die Verfahren gegen die Hauptverantwortlichen eingeflossen. Zweitens sind auch die Zeugenaussagen aus den „crime-base“-Prozessen gemäß Verfahrensregeln 92^{bis}, ^{ter} und ^{quarter} in die Großverfahren gegen die Hauptverantwortlichen eingeflossen und haben diese ganz erheblich verkürzt. Dasselbe gilt für die „adjudicated facts“ nach Verfahrensregel 94 („judicial notice“). Drittens haben es die Ergebnisse in den „crime-base“-Prozessen möglich gemacht, sich bei den späteren Anklagen auf die Einzeltaten zu beschränken, in denen die Haupttäter ihre Spuren nicht haben vollständig verwischen können. Und schließlich, viertens, gab es einige sehr wichtige „guilty pleas“ von Angeklagten, die sich zur Kooperation entschlossen haben und dadurch zu wichtigen Zeugen in den Verfahren gegen die Hauptverantwortlichen wurden.

In Verfahren, die – anders als z.B. die Prozesse nach Ende des Zweiten Weltkrieges – nicht „dokumentenlastig“ sind, erscheint mir die Strategie der Anklagebehörde, nämlich der Aufbau der Ermittlungen und Hauptverfahren „von unten nach oben“, die erfolgreichste zu sein. Ich habe vor kurzem mit Genugtuung ein Interview von Frau Bensouda, der jetzigen Chefanklägerin des Internationalen Strafgerichtshofes, gelesen, in dem auch sie von diesem Strategieansatz ausging. Was meine beiden „crime base“-Verfahren angeht: In den beiden Foca-Verfahren haben die Ermittlungen je sechs Monate gedauert, ebenso die Hauptverhandlung. Die Ergebnisse sind später in alle „leadership“-Verfahren (Milosevic, Karadzic, Mladic, Krajisnik, Plavsic) eingeflossen.

V. Welche Straftatbestände sollen angeklagt werden?

Von Anfang an und noch mehr in den späteren Jahren, stellte sich außerdem die Frage: Was soll genau angeklagt werden? Illustrieren lässt sich die interne Diskussion mit dem Stichwort „forced cooking“, das ein (männlicher) Kollege im Hinblick auf den Tatbestand der Versklavung von Frauen im Kunarac-Verfahren vorgebracht hat. Eine weitere Anklage, die ich verfasst habe, richtete sich gegen Slobodan Milosevic und betraf den Komplex der in Kroatien begangenen Verbrechen. Ich möchte hier nicht auf die Einzelheiten dieser Anklage eingehen. In den drei Milosevic-Anklagen (Kosovo, Kroatien, Bosnien) sind insgesamt 66 einzelne Straftatbestände angeklagt worden. Das klingt sehr viel und der Umstand wurde in der Diskussion immer wieder für die lange Dauer des Verfahrens verantwortlich gemacht. Ich kann dazu nur sagen, dass dieser Vorwurf fehlt geht.

Ob eine bestimmte Straftat verschiedene Straftatbestände verletzt, macht die Tatsachenfeststellung im Hauptverfahren nicht länger, allenfalls die Plädoyers und das Urteil. Eine Ausnahme bildeten die Verstöße gegen die Genfer Konvention gem. Art. 2 des JStGH-Statuts, die deshalb auch in die späteren Anklagen nicht mehr aufgenommen wurden. Nicht einmal die Anklage wegen Völkermordes gem. Art. 4 JStGH-Statut, eine wirklich schwierige Strafnorm, verlängert die

Verfahren. Denn wer Verfolgung, Mord und Ausrottung anklagt, muss die Tötungen und den Tötungsvorsatz nachweisen und deshalb die Worte und die Handlungen der Angeklagten und die Gesamtumstände ohnehin genauestens in der Hauptverhandlung darlegen. Die für den Völkermord erforderliche Zerstörungsabsicht ergibt sich aus denselben Tatsachen. Das Verfahren gegen Milosevic ist nicht wegen der 66 Straftatbestände so lang geworden, sondern weil die drei Anklagen Verbrechen in drei verschiedenen Konflikten umfassten. Es ist innerhalb und außerhalb des Gerichtshofes sehr kontrovers über die Verbindung der Bosnien- und Kroatienanklagen mit der bei der Überstellung von Milosevic bereits erhobenen Kosovoanklage diskutiert worden. Gerade wegen des Gesundheitszustands des Angeklagten und der zu erwartenden Dauer des Gesamtverfahrens waren viele dafür, zunächst eine Hauptverhandlung nur bezüglich des Kosovo-Komplexes zu führen, und anschließend zwei Hauptverfahren zu Kroatien und Bosnien. Ich gestehe, ich war auch dafür. Heute sehe ich das anders. Gerade unsere US-amerikanischen Kollegen am Tribunal hatten Erfahrung damit, erst nur einen kleinen Tatkomplex anzuklagen, der zu einer raschen Verurteilung führt. So geschah es etwa im Fall Saddam Hussein. Und dann? Die Erfahrung zeigt, es gibt in der Regel kein Folgeverfahren. Das Ergebnis im Milosevic-Verfahren wäre vielleicht eine Verurteilung wegen der Kosovo-Straftaten gewesen. Bosnien und Kroatien wären wohl außen vor geblieben. Das fände ich im hohen Maße unbefriedigend, insbesondere für die Opfer. Dem Rechtsfrieden dient so ein Ergebnis nicht, sondern es öffnet dem Revisionismus Tür und Tor. In jedem Fall wären zwei getrennte Verfahren (noch) länger geworden.

Hätte man das Verfahren durch Streichung verschiedener Einzeltaten innerhalb der drei Anklagen abkürzen können? Sicherlich, denn dies ist ja dann auch bei den späteren Anklagen gegen Karadzic und Mladic so geschehen. Da ist jeweils die Zahl der Einzeltaten drastisch reduziert worden. Auch hier wurde intern diskutiert, ob man einige Komponenten der Anklage komplett herausnehmen sollte, zum Beispiel die „Sarajevo shelling and sniping campaign“. Schließlich hat man sich dagegen entschieden. Ich denke, dass das richtig war: Schließlich geht es im Strafverfahren um die präzise Feststellung von Schuld und Verantwortung und da kann man derart massive Straftaten nicht schlicht herauslassen.

VI. Verfahrensdauer, insbesondere in den Verfahren gegen Milosevic und Seselj

Noch einmal zum Milosevic-Verfahren: Wenn man sich anschaut, warum das Verfahren so lange dauerte, wird deutlich, dass die zahlreichen Verhandlungspausen auf Grund der Gesundheit des Angeklagten dafür verantwortlich sind. Was das Verfahren drastisch verkürzt hätte, wäre eine Pflichtverteidigung gewesen. Das hat die Staatsanwaltschaft im Milosevic-Verfahren im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Angeklagten versucht, ist jedoch gescheitert. Die abschlägige Entscheidung der Berufungskammer hat mich zwar enttäuscht, ich habe sie aber für nachvollziehbar gehalten. Richtig erzürnt jedoch hat mich die Entscheidung der Kammer zum selben Thema im Seselj-Verfahren.

Für die Anklage und die Prozessvorbereitung im Seselj-Verfahren war ich zuständig. Es war eine neue Herausforderung, weil es diesmal unter anderem um die Bewertung von „hate-speech“ als Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ging. Ende 2006 wurde das Eröffnungsplädoyer gehalten, die ersten Zeugen waren bereits in Den Haag, als das Verfahren wegen des Hungerstreiks des Angeklagten gestoppt werden musste. Wegen dieser Obstruktion durch Seselj wurde eine Pflichtverteidigung („stand-by counsel“) angeordnet, die in der Berufungsinstanz aus Gründen, die ich nicht nachvollziehen kann, wieder aufgehoben wurde. Diese Entscheidung hat dem Angeklagten die Möglichkeit geboten, das Verfahren immer wieder zu sabotieren. Ich spreche hier nicht nur von der fast einjährigen Verzögerung des Verfahrens durch den Hungerstreik, sondern auch von der bewussten Enttarnung geschützter Zeugen sowie der Zeugenbeeinflussung.

Seselj ist bis heute nicht verurteilt, wurde kürzlich vorläufig entlassen und ich habe Zweifel, dass es gelingen wird, das Verfahren durch ein Urteil abzuschließen. Zwar hat die Berufungskammer die vorläufige Entlassung vor kurzem aufgehoben und die Festnahme von Seselj angeordnet, ich glaube jedoch nicht, dass eine Überstellung an das Tribunal erfolgen wird.

Ich halte es nach wie vor für falsch, dass es zwar theoretisch eine Pflichtverteidigung in der internationalen Strafjustiz geben kann, aber eine solche in der Praxis unterbleibt. Ist bei den anderen Tribunalen eine obligatorische Pflichtverteidigung, und sei es durch „stand-by counsel“, in Erwägung gezogen worden? Auch das „adversarial system“ trägt nicht zur Verfahrensverkürzung bei. Ist das je bei den Folgetribunalen und dem Internationalen Strafgerichtshof diskutiert worden?

VII. Das Verfahren gegen Karadzic

Auch im Karadzic-Verfahren verteidigt sich der Angeklagte selbst. Im Gegensatz zu Milosevic und Seselj verhält er sich aber kooperativ, wenn auch erst, seitdem ihm nach einem „Streik“ zu Beginn der Hauptverhandlung im Oktober 2010 ein „stand-by counsel“ zugeordnet wurde. Diesmal hat die Berufungskammer mitgezogen. Sehr hilfreich war auch der Umstand, dass die Strafkammer es erlaubt hat, dass Karadzics „legal advisor“ Robinson im Gerichtssaal anwesend sein und auch Stellung zu rechtlichen Fragen nehmen konnte.

Ich habe eingangs über den Nutzen der „crime-base cases“ für die Verfahren gegen die Hauptverantwortlichen gesprochen. Meine Ausführungen bestätigen sich ganz klar im Karadzic-Verfahren. Wir haben in großem Umfang von den Verfahrensregeln 92^{bis} bis 92^{quarter} Gebrauch gemacht. Mit Ausnahme einiger Experten hat kein Zeuge der Anklage „viva-voce“ ausgesagt, sondern alle nach 92^{ter} (das Protokoll der früheren Aussage wird als Beweis akzeptiert; Zeuge muss zum Kreuzverhör erscheinen). Auch die Verteidigung hat viel Gebrauch von 92^{ter} gemacht. Die Staatsanwaltschaft hat stark auf Verfahrensregel 94 gesetzt. Danach kann das Gericht bestimmte Tatsachen zur Kenntnis nehmen („judicial notice“), die entweder allgemein bekannt sind („common knowledge“) oder die in einem früheren Verfahren vom Gericht

festgestellt worden sind („adjudicated facts“); bringt die Verteidigung einen begründeten Zweifel an der Richtigkeit dieser Tatsachen vor, ist deren Beweiskraft erschüttert. Das Gericht ist dem gefolgt und hat hinsichtlich der „crime base“ von vielen Einzeltaten „judicial notice“ genommen. Die Kammer hat auch die Authentizität von Dokumenten nach dieser Vorschrift anerkannt. Das beinhaltet natürlich ein gewisses Risiko für die Ankläger im Hinblick auf Angriffe der Verteidigung auf bestimmte „adjudicated facts“.

Was ist ein erfolgreicher Angriff? Ist es ein erfolgreicher Angriff auf „adjudicated facts“, wenn ein Zeuge der Verteidigung behauptet, er wisse nichts von Übergriffen auf Frauen in Foca? Reicht es schon, wenn ein Zeuge behauptet, er sei im Mai 1992 einige Tage als Wachmann im Vergewaltigungslager Partizan Sportshall eingesetzt gewesen und habe Soldaten den Zugang verwehrt, wenn die angeklagten Taten zwischen Juli und August stattfanden? Oder ist es ein erfolgreicher Angriff, wenn er von einem Zeugen kommt, dessen Glaubwürdigkeit nachhaltig erschüttert werden konnte? Der Staatsanwaltschaft zufolge sind das alles keine Angriffe, die die „adjudicated facts“ erschüttern können. Letztlich werden wir sehen, was die Kammer dazu im Urteil feststellt. Im Bereich der schriftlichen Beweismittel und „judicial notice“ sollte sich noch etwas bewegen. Das würde die Verfahrensdauer reduzieren.

Im Hinblick auf das Karadzic-Verfahren möchte ich nur auf zwei materiell-rechtliche Aspekte eingehen, nämlich den Völkermordtatbestand und die Frage der Zurechnung insbesondere der Voraussetzungen der Beihilfestrafbarkeit.

Ich hab schon zu Beginn darauf hingewiesen, dass wir Zweifel hatten, ob bei den Foca-„crime base“-Tätern die im Völkermordtatbestand vorausgesetzte Zerstörungsabsicht nachzuweisen wäre. In dem Zusammenhang möchte ich an das Jelesic-Verfahren erinnern. Jelesic wurden massive Tötungen in Brcko vorgeworfen. Er selbst nannte sich den „serbischen Adolf“ und war zeitweise Lagerleiter des Lukacamps. Ich bin eigentlich davon ausgegangen, dass das, gepaart mit anderen sehr markanten Sprüchen dieses Angeklagten, zur Erfüllung der subjektiven Voraussetzungen des Völkermordtatbestandes ausgereicht hätte. Ich hätte auch gedacht, dass ein Täter, der den Vorsatz äußert, alle Muslime und Kroaten zu ermorden, und mit den Tötungen auch beginnt, wegen Völkermordes verurteilt werden würde, selbst wenn es ihm aus Gründen, die außerhalb seiner Entscheidung liegen, nur gelingt, eine begrenzte Anzahl Muslime und Kroaten zu ermorden. Anschaulich präsentiert wird die Problematik in einem Aufsatz von Kai Ambos¹, der die ganze Komplexität mit vielen Beispielen darlegt. Jelesic ist in diesem Punkt jedoch freigesprochen worden. Während die Strafkammer schon das Merkmal „intent“ verneinte („random executions“, „disturbed personality“), hat die Berufungskammer diesen Ansatz der Strafkammer für fehlerhaft angesehen, den Freispruch wegen Völkermordes im Ergebnis aber bestätigt, diesen aber am Merkmal „substantial part“ (der geschützten Gruppe) festgemacht.

¹ Ambos, International Review of the Red Cross 91 (2009), 833.

Im Karadzic-Verfahren haben wir eine im Kern vergleichbare Situation. Hier haben wir einen Angeklagten, der sehr offen von der Eliminierung der Muslime spricht, die „municipalities“ werden ethnisch „gesäubert“ und es kommt zu Massentötungen. Im Milosevic-Verfahren hat die Strafkammer in ihrer Entscheidung nach dem „prosecution case“ vom 16. Juni 2006, basierend auf einer ähnlichen Beweislage, „genocidal intent“ bei den Führern der bosnischen Serben, einschließlich Karadzic, festgestellt und im Hinblick auf sieben „municipalities“ den Völkermordvorwurf bestätigt. Darunter waren auch drei „municipalities“, in denen die Tötungen im Hinblick auf den territorialen und zeitlichen Zusammenhang nicht so massiv waren. Zwischenstand im Karadzic-Verfahren ist, dass die Strafkammer ihn vom Völkermordvorwurf freigesprochen hat, da sie den Sachverhalt als nicht hinreichend schwerwiegend angesehen hat, um daraus auf den Völkermordvorsatz zu schließen. Die Berufungskammer hat diesen Freispruch jedoch aufgehoben und nun warten wir gespannt auf das Urteil.

Zu dem zweiten materiell-rechtlichen Aspekt, den ich ansprechen möchte, die Frage der Zurechnung, insbesondere der Beihilfe, möchte ich nur kurz Folgendes anmerken: Es wurde bereits bei der letzten Sitzung des Arbeitskreises über die Freisprüche in den Verfahren gegen Perisic, Stanisic und Simatovic im Blick auf das Merkmal „special direction“ kontrovers diskutiert. Aktuell ist der Stand hier wie folgt: Inzwischen hat auch die Berufungskammer des Jugoslawien-Strafgerichtshofes in den Entscheidungen Sainovic (23.1.2015) und Popovic (30.1.2015) das Merkmal der „special direction“ als Voraussetzung der Beihilfestrafbarkeit zurückgewiesen. Das bedeutet im Klartext, die Entscheidungen über die Berufung gegen die Freisprüche von Stanisic und Simatovic könnten von der aktuellen Besetzung der Beschwerdekammer in diesem Verfahren abhängen. Auch das zeigt, dass es auch nach 20 Jahren für mich noch spannend ist.

VIII. Ein Aspekt, der sich durch alle meine Verfahren zieht: „command responsibility“ nach Art. 7 Abs. 3 JStGH-Statut

Ich habe die „command responsibility“ immer als die schwierigste Form der Tatbeteiligung gesehen. Sie findet sich in allen meinen Anklagen, aber immer nur als Auffangtatbestand, als „fall back position“, wenn alles andere keinen Erfolg hat.

Jedes Merkmal für sich – „effective control“, „knowledge“, „failure to prevent and to punish“ – ist sehr schwierig zu beweisen, insbesondere bei politischen Führern wie Milosevic (im Hinblick de jure und de facto control im Kroatischen Konflikt und Bosnien-Herzegowina) oder bei überlappenden Befehlsstrukturen („double chain of command“) wie bei Perisic und Karadzic. Und selbst in „crime base“-Verfahren kann man überrascht werden. Hier lohnt es noch einmal auf meine erste Anklage zurückzukommen. Kunarac wurde nicht nur als direkter Täter angeklagt, sondern darüber hinaus als „commander“ einer Aufklärungseinheit, auch unter dem Aspekt der „command responsibility“ nach Art 7 Abs. 3 JStGH-Statut. In diesem Punkt wurde er jedoch freigesprochen, denn hier kam „re-subordination“ ins Spiel. Basierend

auf den Ausführungen des Sachverständigen fand die Strafammer, dass Kunarac nur dann effektive Kontrolle über seine Untergebenen hatte, wenn sie im Feld waren und nicht mehr nach Rückkehr an den Standort. Wir sind nicht in Berufung gegangen in diesem Aspekt, denn am Ergebnis hat dies nichts geändert. Hinsichtlich der Taten seiner Soldaten ist er als Mittäter bzw. Gehilfe oder Anstifter verurteilt worden. Im Milosevic-Verfahren hätte es sicher interessante und wegweisende Ausführungen zur „command responsibility“ gegeben, wäre der Angeklagte nicht verstorben.

IX. Versöhnung und Abschreckung

Abschließend möchte ich noch zwei Gesichtspunkte ansprechen, die mich sehr beschäftigen und die sicherlich die Grenzen der internationalen Strafjustiz aufzeigen. Der erste ist der Gedanke der „reconciliation“, der Versöhnung. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof war immer auch als ein Mittel der Versöhnung gedacht. Auch ich persönlich hatte diesbezüglich am Anfang meiner Arbeit große Hoffnungen. Die habe ich leider nicht mehr. Zeugen, die wahrheitsgemäß gegen Angeklagte ihrer eigenen Ethnie aussagen, müssen Angst um ihr Leben oder ihre berufliche Existenz haben. Sie müssen geschützt und in einigen Fällen sogar umgesiedelt werden. Angeklagte, wie Milan Babic, der seine Schuld in einem „guilty plea“ eingestand und Reue zeigte, wurden als Verräter beschimpft, während Verurteilte nach der Verbüßung der Strafe bei ihrer Rückkehr als Helden gefeiert werden. Geständige Verurteilte können nicht zurückkehren, weil sie dann um ihr Leben fürchten müssen und ein und dasselbe Urteil wird, je nach ethnischer Zugehörigkeit der Angeklagten und der Betrachter, entweder mit Applaus bedacht oder verdammt. Wenn es hierbei nur um einige wenige „die-hards“, also unverbesserliche Einzelpersonen, ginge, könnte man darüber hinweg sehen. Traurigerweise scheint mir jedoch jeweils ein großer Teil der Bevölkerungen einschließlich deren politische Führer betroffen zu sein – Revisionismus überall.

Zur Zeit sehe ich nicht, dass die Feststellungen des Jugoslawien- oder des Ruanda-Strafgerichtshofes mit ihren Urteilen bereits zur Versöhnung beigetragen hätten. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass sich dies vielleicht langfristig doch noch ändert. Schließlich haben auch wir Deutschen letztlich recht lange gebraucht, um unangenehme Wahrheiten anzunehmen.

Der zweite und letzte Gesichtspunkt, den ich noch erwähnen möchte, ist die Frage der Abschreckung. Tragen die Urteile des Jugoslawien-Strafgerichtshofes und der anderen internationalen Tribunale zur Abschreckung bei? Wie eingangs bereits erwähnt, wurden meine überschwänglichen Hoffnungen, auch diesbezüglich, sehr schnell zerstört. Wenn ich mir die Welt heute anschau, müsste ich eigentlich ganz klar sagen: „Nein“, die Internationalen Tribunale schrecken nicht ab. Ich sage aber nicht „Nein“! Zum einen gehe ich fest davon aus, dass die Verurteilten selbst nachhaltig abgeschreckt worden sind. Denn zumindest diese haben am eigenen Leibe erfahren, dass es keine Straflosigkeit für Verbrechen in Konfliktzonen gibt. Ihre Verurteilungen haben zumindest ein deutliches Ausrufezeichen hinter die Frage nach

„Impunity“ gesetzt. Zum anderen, und das scheint mir noch wichtiger, ist aufzuzeigen, dass die Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes und der anderen Tribunale heute weltweit bekannt ist, insbesondere bei Juristen und Beratern der Militärs und Politiker, und ich bin mir sicher, dass die Offiziere in demokratisch kontrollierten Armeen heutzutage entsprechend geschult werden. Ich habe diesbezüglich schon eine eigene Erfahrung gemacht, als ich vor einiger Zeit einen Vortrag vor Offizieren der Führungsakademie der Bundeswehr gehalten habe. Wir haben am Beispiel von Sarajevo die Grenzen bei der Bombardierung dicht besiedelter Städte diskutiert und besprochen, welche Abwägungen der Befehlshaber treffen muss, damit sein Befehl nicht hinterher den Tatbestand eines Kriegsverbrechens erfüllt. Hier seien nur das nach wie vor stark umstrittene Stichwort „proportionality analysis“ und die Frage, was genau in diese Analyse einfließen kann und muss, erwähnt. Ich war letztlich sehr erfreut zu sehen, wie engagiert sich die zukünftigen Mitglieder des Generalstabs der Bundeswehr mit dem Thema auseinandersetzen.

Das motiviert mich und gibt mir Hoffnung. Deshalb glaube ich auch heute noch, dass eine couragierte internationale Strafjustiz unerlässlich ist, wenn man es mit dem „fight against impunity“, der Bekämpfung der Straflosigkeit schwerster Menschenrechtsverbrechen, ernst meint.