

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

12/2022
1. Jahrgang

S. 641-684

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2022 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Jahrestagung 2022 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin

641

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

Ein internationales Aggressionstribunal für die Ukraine?

Ein Mittel gegen die materielle Selektivität in der strafrechtlichen Aufarbeitung
des Ukraine Konflikts

Von Dr. Annegret Hartig, Berlin

642

Krieg in Europa und das Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian Tomuschat, Berlin

648

Aggression gegen die Ukraine

Völkerstrafrechtliche Verfolgungsansätze auf nationaler Ebene

Von Dr. Astrid Reisinger Coracini, Wien

651

Recent Developments in the Jurisprudence of the International Criminal Court

By Eleni Chaitidou, Den Haag

662

Ein Glücksfall – Die Cour Pénale Spéciale in der Zentralafrikanischen Republik
Aufbau, Arbeit und Kontext eines hybriden Strafgerichts

Von Prof. Dr. Volker Nerlich, Berlin/Bangui, Stefan Waespi, Bangui

673

Aktuelle Entwicklungen im Völkerstrafrecht in Österreich

Von Christine Gödl, Wien

680

Aktuelle Entwicklungen der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz

Von Andreas Müller, Bern

682

Jahrestagung 2022 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Berlin

Nachdem die Jahrestagungen des Arbeitskreises Völkerstrafrecht¹ 2020 und 2021 pandemiebedingt nur online stattfinden konnten, war die Freude groß, dass der Arbeitskreis im Mai 2022 zu seiner 17. Jahrestagung wieder in Präsenz, diesmal an der Humboldt-Universität zu Berlin, zusammenkommen konnte. Rund 80 Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler folgten der Einladung nach Berlin. Im Mittelpunkt der zweitägigen Veranstaltung stand auch diesmal der Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft über neuere Entwicklungen und aktuelle Fragen des Völkerstrafrechts. Einige der auf der Tagung gehaltenen Referate werden in dieser Ausgabe der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft publiziert.

Vor dem Hintergrund des wenige Wochen zuvor erfolgten Überfalls russischer Streitkräfte auf die Ukraine stand das Thema „Krieg in Europa und das Völkerstrafrecht“ im Zentrum des ersten Tages. In ihrem Beitrag zu dem von Prof. Dr. Gerhard Hafner (Wien) moderierten Panel befasste sich zunächst Dr. Annegret Hartig² (Berlin) mit der (Un-)Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung des russischen Aggressionsverbrechens vor dem Internationalen Strafgerichtshof und der Debatte um die Einrichtung eines Sondertribunals. Anschließend nahm Prof. Dr. Christian Tomuschat³ (Berlin) die Thematik aus Perspektive des völkerrechtlichen Gewaltverbots in den Blick und erörterte die völkerrechtlichen Sanktionierungsmöglichkeiten. Dr. Astrid Reisinger Coracini⁴ (Wien) ging der Frage nach, ob und inwieweit die für das Aggressionsverbrechen Verantwortlichen vor staatlichen Strafgerichten zur Rechenschaft gezogen werden können. In seinem abschließenden Beitrag führte Prof. Dr. Claus Kreß (Köln) die unterschiedlichen Perspektiven und Ansatzpunkte für die völkerstrafrechtliche Bewertung der Ereignisse in der Ukraine noch einmal zusammen.

Es folgte der zweite, schon traditionelle Themenblock zu den „Berichten aus der Praxis“. Hier gab Eleni Chaitidou⁵ (IStGH, Den Haag) einen Überblick über die neuere Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofes. Einen festlichen Abschluss fand der erste Sitzungstag mit der Verleihung der Robert-Kempner-Preise für 2020 und 2022, einem Preis, der alle zwei Jahre an jüngere Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler für herausragende Monografien auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts vergeben wird. Den Preis für das Jahr 2020 erhielt Dr. Wenke Brückner-Hauert für ihre im Nomos Verlag 2018 erschienene Dissertation „Minderheitenschutz im Völkerstrafrecht“. In seiner Laudatio würdigte Prof. Dr. Florian Jeßberger (Berlin) die Pionierleistung der Preisträgerin, die sich mit Sorgfalt und Präzision einem wichtigen Thema des Völkerstrafrechts gewidmet habe. Mit dem Ro-

bert-Kempner-Preis 2022 wurde Dr. Tanja Altunjan für ihre Dissertation „Reproductive Violence and International Criminal Law“ ausgezeichnet. In seiner Würdigung hob Michael Kratz (Auswärtiges Amt, Berlin) die angesichts aktueller Krisen besondere praktische Relevanz der 2021 im Verlag T.M.C. Asser Press erschienen Monografie hervor, welche einen bislang vernachlässigten Aspekt des Völkerstrafrechts beleuchte.

Der zweite Tag begann mit einem Vortrag zum Thema „International Criminal Law and the Global South“ von Dr. Michelle Burgis-Kasthala (Edinburgh), in welchem sie sich aus kritischer Perspektive mit dem Völkerstrafrecht und der Völkerstrafrechtspraxis beschäftigte. Dr. Leonie Steidl (Berlin) moderiert die anschließende Aussprache. Die Fortsetzung des Berichtsblocks („Berichte aus der Praxis“) eröffneten Prof. Dr. Volker Nerlich (Berlin/Bangui) und Stefan Waespi⁶ (Bangui) mit einem Einblick in die Arbeit des neu errichteten Sonderstrafgerichtshofes der Zentralafrikanischen Republik. Es folgten Länderberichte zu den aktuellen Entwicklungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Zunächst berichtete Dr. Stephanie Egerer-Uhrig (Generalbundesanwalt, Karlsruhe) über die Verfahren gegen Jennifer W.⁷ und Taha Al-J⁸, bevor Christine Gödl⁹ (Bundesministerium der Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Wien) die neuen Regelungen zur Gerichtsbarkeit sowie das erste Urteil wegen Kriegsverbrechen gegen Personen in Österreich vorstellte und Andreas Müller¹⁰ (Bundesanwaltschaft, Bern) über Ablauf und Ergebnis des ersten völkerstrafrechtlichen Prozesses vor der zivilen Strafjustiz in der Schweiz informierte. Ihren Abschluss fand die Tagung mit einem „Epilog/Prolog“ von Prof. Dr. Florian Jeßberger, in dem dieser einige aktuelle Fragen der Völkerstrafrechtspolitik, insbesondere der Reform des Völkerstrafgesetzbuches, erörterte.

Ein Teil der Teilnehmerinnen und Teilnehmer nahm im Anschluss noch die Gelegenheit wahr, an der Führung durch das Berliner Kammergericht teilzunehmen, in dessen Plenarsaal nicht nur der (Nürnberger) Hauptkriegsverbrecherprozess vor dem Internationalen Militärgerichtshof eröffnet wurde, sondern auch der Volksgerichtshof die am Attentat des 20. Juli 1944 Beteiligten in Schauprozessen zum Tode verurteilte. Die nächste Tagung des Arbeitskreises wird im Mai 2023 in Den Haag stattfinden.

¹ Nähere Informationen zum Arbeitskreis: <https://fli.berlin/arbeitskreis-voelkerstrafrecht>.

² Hartig, ZfIStw 12/2022, 642.

³ Tomuschat, ZfIStw 12/2022, 648.

⁴ Reisinger Coracini, ZfIStw 12/2022, 651.

⁵ Chaitidou, ZfIStw 12/2022, 662.

⁶ Nerlich/Waespi, ZfIStw 12/2022, 673.

⁷ OLG München, Urt. v. 25.10.2021 – 8 St 9/18.

⁸ OLG Frankfurt, Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20.

⁹ Gödl, ZfIStw 12/2022, 680.

¹⁰ Müller, ZfIStw 12/2022, 682.

Ein internationales Aggressionstribunal für die Ukraine?

Ein Mittel gegen die materielle Selektivität in der strafrechtlichen Aufarbeitung des Ukraine Konflikts*

Von Dr. Annegret Hartig, Berlin**

Um den wohl klarsten Fall eines Aggressionsverbrechens seit dem Zweiten Weltkrieg trotz der Jurisdiktionsbeschränkungen des Internationalen Strafgerichtshofes aufarbeiten zu können, wird die Errichtung eines Sondertribunals zur Aburteilung russischer Führungspersönlichkeiten diskutiert. Dadurch könnte das Territorialitätsprinzip mit Blick auf das Aggressionsverbrechen in der Situation in der Ukraine bekräftigt und dem schwerwiegenden Vorwurf materieller Selektivität begegnet werden. Die kursierenden Vorschläge bemühen sich überwiegend um einen internationalen Charakter des Sondertribunals und lassen sich insbesondere nach Art seiner Errichtung unterscheiden. Der Beitrag spricht sich für eine Errichtung unter Einbindung der VN-Generalversammlung aus, um dem Forum eine Reaktionsmöglichkeit einzuräumen, dessen Grundnorm durch die russische Invasion infrage gestellt wurde.

I. Das Aggressionsverbrechen und die selektive strafrechtliche Aufarbeitung des Ukraine Konflikts

Am 24. Februar 2022 wurde die Weltgemeinschaft Zeugin einer „Absurdität im 21. Jahrhundert“.¹ Es begann der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine. Ohne jegliche haltbare völkerrechtliche Rechtfertigung² verkündete der Staatschef eines Landes, eine „militärische Spezialoperation“ gegen einen souveränen Nachbarstaat durchzuführen.³ Dies stellt den wohl klarsten Fall eines Aggressionsverbrechens seit dem Zweiten Weltkrieg dar. Ein solches liegt nach Art. 8bis IStGHSt vor, wenn eine Person, die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken, eine Angriffshandlung plant, vorbereitet, einleitet oder ausführt, die ihrer Art, Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung des Gewaltverbots der VN-Charta darstellt.

Eine Reaktion mit Mitteln des Völkerstrafrechts folgte prompt auf die russische Invasion. Bereits Anfang März

* Der Beitrag ist die schriftliche Fassung des Vortrags, den die Verf. in der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht vom 6. und 7. Mai 2022 in Berlin gehalten hat.

** Die Verf. ist ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin der Universität Hamburg und Programmdirektorin des Global Institute for the Prevention of Aggression.

¹ Vgl. die Rede des VN-Generalsekretärs António Guterres vom 28.4.2022, abrufbar unter

<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2022-02-24/statement-secretary-general-ukraine> (2.12.2022).

² Vgl. Green/Henderson/Ruys, *Journal on the Use of Force and International Law* 9 (2022), 4; Kreß, *TOAEP Occasional Paper Series* 13 (2022), 1.

³ Vgl. Rede des russischen Präsidenten Putin vom 24.2.2022, abrufbar unter

<http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843> (2.12.2022).

leitete der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) nach einer bemerkenswerten kollektiven Staatenüberweisung Ermittlungen in der Situation in der Ukraine ein.⁴ Gepaart mit der noch immer geltenden ad hoc-Anerkennung der Jurisdiktion des IStGH durch die Ukraine von 2015 ermöglicht diese Staatenüberweisung dem Internationalen Strafgerichtshof, Vorwürfen von Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord nachzugehen.⁵

Eine Ausweitung der Ermittlungen des IStGH auf das Aggressionsverbrechen ist allerdings nicht möglich. Dies liegt an den in Kampala beschlossenen Jurisdiktionsbeschränkungen für das Aggressionsverbrechen.⁶ Danach kann der IStGH keine Aggressionsverbrechen verfolgen, die auf dem Territorium oder von den Staatsangehörigen eines Nichtvertragsstaates begangen wurden.⁷ Obwohl die Ukraine durch ihre ad hoc-Anerkennung der Jurisdiktion des IStGH einem Vertragsstaat gleichsteht,⁸ genügt für den Ausschluss die fehlende Mitgliedschaft Russlands.⁹ Eine Umgehung dieser Jurisdiktionsbeschränkung ist bei einer VN-Sicherheitsratsüberweisung möglich.¹⁰ Eine derartige Überweisung ist allerdings aufgrund des russischen Vetorechts im Sicherheitsrat de facto ausgeschlossen – jedenfalls solange ein Regimewechsel in Russland und eine Reformation des Vetorechts der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates ausstehen.

Die fehlende Reaktionsmöglichkeit des IStGH auf das Aggressionsverbrechen lässt befürchten, dass es nur zu einer selektiven strafrechtlichen Aufarbeitung des Ukraine Konflikts kommt. Von den im IStGHSt definierten Völkerrechtsverbrechen wird ausschließlich den Vorschriften zu Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord im Ukraine Konflikt zur Geltung verholphen.

II. Die Bekräftigung des Territorialitätsprinzips mit Blick auf das Aggressionsverbrechen

Aufgrund dieser unbefriedigenden Situation, nicht mit dem IStGHSt auf den offenkundigen Verstoß gegen das Gewaltverbot im Ukraine Konflikt reagieren zu können, wurden unmittelbar nach der russischen Invasion Stimmen laut, ein Sondertribunal zur Aburteilung des Aggressionsverbrechens zu errichten. Dieser Vorschlag kam erstmals ins Spiel durch

⁴ Vgl. <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (2.12.2022). Insgesamt schlossen sich 43 Staaten der Überweisung an.

⁵ Vgl. die Erklärung der Ukraine gem. Art. 12 Abs. 3 IStGHSt vom 8.9.2015, abrufbar unter

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine (2.12.2022).

⁶ Vgl. Review Conference of the Rome Statute, Resolution RC/Res.6 v. 11.6.2010, Annex I.

⁷ Vgl. Art. 15bis Abs. 5 IStGHSt.

⁸ Vgl. Art. 12 Abs. 3 IStGHSt.

⁹ Vgl. Art. 15bis Abs. 5 IStGHSt.

¹⁰ Vgl. Art. 15ter IStGHSt.

Philippe Sands und traf in kürzester Zeit auf prominente Unterstützung durch den ukrainischen Außenminister Dmytro Kuleba, dem ehemaligen britischen Premier Gordon Brown, dem amerikanischen Chefankläger in den Nürnberger Nachfolgeprozessen Ben Ferencz sowie über rund 50 ehemalige Staats- und Regierungschefs.¹¹

Grundlage eines solchen Sondertribunals wäre jedenfalls die territoriale Jurisdiktion der Ukraine über Taten, die auf ihrem Staatsgebiet begangen werden. Die Ausübung von Strafgewalt auf Grundlage des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips ist in seinem Kern unumstritten.¹² Es gilt als das tragende Geltungsprinzip im Strafrecht.¹³ Dabei bleibt es der Ukraine unbenommen, seine territoriale Jurisdiktion auf einen internationalen Strafgerichtshof zu übertragen.¹⁴ Dies geschah mit Blick auf Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord durch die ukrainische ad hoc-Erklärung von 2015, die die entsprechende Jurisdiktion des IStGH anerkennt. Eine Form der Zustimmung von Russland ist für Strafverfahren auf Grundlage der territorialen Jurisdiktion der Ukraine nicht erforderlich. Das ist die Kernaussage des Territorialitätsprinzips. Die Annahme eines Zustimmungserfordernisses Russlands für die strafrechtliche Verfolgung russischer Staatsangehöriger würde fälschlicherweise von einer ausschließlichen Zuständigkeit Russlands für die Aburteilung seiner Staatsangehörigen ausgehen.¹⁵ Diese haben allerdings durch ihre eigenen Taten auf fremdem Staatsgebiet einen Anknüpfungspunkt zur Strafgewalt einer anderen Entität geschaffen. Aufgrund dieses Grundverständnisses territorialer Strafgewalt ist auch die Errichtung eines Sondertribunals für das Aggressionsverbrechen bei Einbindung der Ukraine ohne Zustimmung Russlands möglich. Gegenteilige Annahmen verkennen den Unterschied zwischen Strafverfahren und zwischenstaatlichen Verfahren.¹⁶ Strafverfahren zielen selbst bei staatsgestützter Kriminalität auf die Feststellung individueller Schuld einer Person ab. In diesem vertikalen Verhältnis erhebt sich kein Staat in zustimmungsbedürftiger Weise über seinesgleichen.

Mit Blick auf die eingeschränkten Reaktionsmöglichkeiten des IStGH im Ukrainekonflikt stellt sich die Frage, in

wieweit das Territorialitätsprinzip hinsichtlich des Aggressionsverbrechens bekräftigt werden sollte. Neben der Errichtung eines Sondertribunals wurde vereinzelt gefordert, die Jurisdiktionsbeschränkungen für das Aggressionsverbrechen im IStGHSt abzuändern.¹⁷ Insbesondere könnte der Ausschluss von Nichtvertragsstaaten in Art. 15bis Abs. 5 IStGHSt gestrichen werden, der derzeit russischen Staatsangehörigen zugutekommt. Danach würde allein der territoriale Anknüpfungspunkt durch die Ukraine genügen, die die Jurisdiktion des IStGH ad hoc anerkannt hat. Dadurch könnte eine generelle und nachhaltige Bekräftigung des Territorialitätsprinzips mit Blick auf künftige Aggressionsverbrechen erreicht werden. Allerdings ist eine Änderung des IStGHSt aufwendig. Sollte für diese Änderung die Ratifizierung von 7/8 aller Vertragsstaaten erforderlich sein,¹⁸ bedeutet das, dass 108 nationale Parlamente aktiv werden müssten. Fraglich ist auch, ob eine derartige Vertragsänderung rückwirkend die russische Invasion der Ukraine erfassen könnte.

Im Vergleich dazu dürfte es zielführender und politisch einfacher sein, zunächst ein Sondertribunal zu errichten, welches das Territorialitätsprinzip mit Blick auf das Aggressionsverbrechen nur selektiv in der Situation in der Ukraine bekräftigt. Schließlich würde ein solches Tribunal mit dem faktischen Zuschnitt auf das russische und belarussische Führungspersonal für andere Staaten als politisch „sicher“ gelten, das Recht nicht gegen eigene Staatsangehörige anzuwenden.¹⁹ Der ukrainische Präsident Selenskyj wirbt auf verschiedenen Veranstaltungen mit der Idee eines Sondertribunals. Kürzlich rief er vor der VN-Generalversammlung und der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Errichtung eines Aggressionstribunals auf.²⁰

III. Errichtungsmöglichkeiten

Die meisten Vorschläge, die derzeit zirkulieren, bemühen sich um die Errichtung eines Sondertribunals mit „internationalem Charakter“, selbst wenn vereinzelt nationale oder hybride Sonderkammern im ukrainischen Gerichtssystem gefordert werden.²¹ Der internationale Charakter des Tribunals

¹¹ Vgl. Chatham House, Statement, Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine, 4.3.2022, abrufbar unter <https://www.chathamhouse.org/events/all/research-event/criminal-tribunal-aggression-ukraine> (2.12.2022).

¹² Vgl. Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 227 ff.

¹³ Jeßberger (Fn. 12), S. 227 ff.

¹⁴ Schabas/Pecorella, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 15.

¹⁵ Vgl. allgemein Cormier, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-State Parties, 2020, S. 21; Scharf, Case Western Reserve Journal of International Law 64 (2001), 68 (75).

¹⁶ Eingehend Hartig, Making Aggression a Crime Under Domestic Law, 2023, Kap. 5 Abschn. 5.1.3 (erscheint demnächst).

¹⁷ Vgl. Stellungnahme des Global Institutes for the Prevention of Aggression v. 24.3.2022; Parliamentarians for Global Action, Proposal to Amend Article 15bis of the Rome Statute on the Crime of Aggression, abrufbar unter <https://www.pgaction.org/news/24th-international-justice-day.html> (2.12.2022).

¹⁸ Vgl. Art. 121 Abs. 4 IStGHSt.

¹⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung von „safe“ und „unsafe tribunals“ Cryer, Prosecuting International Crimes – Selectivity and the International Criminal Law Regime, 2005, S. 232 f.

²⁰ Vgl. die Reden des ukrainischen Präsidenten v. 13.10.2022 vor der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, vor der VN-Generalversammlung v. 22.9.2022 und bei der „Ukraine Accountability Conference“ in Den Haag v. 14.7.2022, abrufbar unter <https://www.president.gov.ua/en/news/speeches> (2.12.2022).

²¹ Vgl. dazu den Gesetzesvorschlag der Public International Law & Policy Group, einen „High War Crimes Court of Ukraine“ zu errichten, abrufbar unter

kann insbesondere durch Art der Errichtung, Komposition der Gerichtskammern und die Verwendung der international anerkannten Definition des Aggressionsverbrechens erreicht werden. Ein hoher Grad an Internationalität wäre aus Legitimitätsgründen vorzugswürdig, würde selbst die persönliche Immunität der Führungselite beiseiteschieben und zu keiner Kollision mit ukrainischem Verfassungsrecht führen.²²

Bezüglich der Art seiner Errichtung lassen sich im Wesentlichen drei Möglichkeiten unterscheiden, 1. kraft multilateralen Vertrags zwischen der Ukraine und interessierten Staaten, 2. auf Grundlage eines Vertrages zwischen der Ukraine und den Vereinten Nationen auf Empfehlung der VN-Generalversammlung und 3. unter Einbindung regionaler Foren, wie der Europäischen Union oder des Europarates.

1. Nürnberg 2.0: Multilateraler Vertrag zwischen der Ukraine und interessierten Staaten

Das Nürnberger Modell, für welches unmittelbar nach Kriegsbeginn geworben wurde,²³ errichtet das Sondertribunal mithilfe eines multilateralen Vertrages zwischen der Ukraine und allen interessierten Staaten. Auf diese Weise erfolgte die Errichtung des Nürnberger Hauptkriegsverbrechertribunals 1945.²⁴ Das von den vier Siegermächten ausgehandelte Londoner Viermächteabkommen stand anderen Staaten zum Beitritt offen, was weitere 20 Staaten nutzten.²⁵ Allerdings stammt dieses Errichtungsmodell aus einer Zeit, in der der Völkerbund gescheitert war und es noch keine Generalversammlung oder den Sicherheitsrat gab. Würde man heutzutage ein Sondertribunal auf Grundlage eines Vertrags von rund 20 Staaten errichten, würde man die existierenden Foren umgehen, die die internationale Stimme bündeln. Ein weiterer Nachteil der Errichtung auf Grundlage eines multilateralen Vertrages wäre die Gefahr, einen Präzedenzfall zu schaffen, den Russland und Belarus mit Unterstützung einer Hand voll weiterer Staaten für die Errichtung eines ähnlichen Tribunals nutzen könnten. Besser wäre daher die Errichtung

<https://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/draft-law-ukrainian-high-war-crimes-court> (2.12.2022).

Dieser ähnelt dem Vorschlag von *Owiso*, An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe, *Opinio Juris* v. 30.3.2022, abrufbar unter

<http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/> (2.12.2022).

²² Vgl. zu der möglichen Kollision mit ukrainischem Verfassungsrecht bei Errichtung von nationalen Sondergerichten innerhalb des ukrainischen Gerichtssystems *Komarov/Hathaway*, *The Best Path for Accountability for the Crime of Aggression Under Ukrainian and International Law*, *Just Security* v. 11.4.2022, abrufbar unter

<https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/> (2.12.2022).

²³ Vgl. den Vorschlag des Chatham Houses (Fn. 11).

²⁴ Eingehend dazu *Ahlbrecht*, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, 1999, S. 65 ff.

²⁵ Vgl. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/350?OpenDocument> (2.12.2022).

unter Einbindung bestehender regionaler oder internationaler Foren, die mehr Staaten vereinen.

2. Internationales Forum: Vertrag zwischen der Ukraine und dem VN-Generalsekretär auf Empfehlung der VN-Generalversammlung

Als internationales Forum bieten sich die Vereinten Nationen an. An sie, als auch an die Europäische Union und den Europarat, richtete das ukrainische Parlament den Appell, ein internationales Sondertribunal zur Aburteilung des Aggressionsverbrechens zu errichten.²⁶ Mit Beschluss der Generalversammlung könnte der Generalsekretär der Vereinten Nationen mit der Ukraine eine Vereinbarung aushandeln, welche die Errichtung eines Sondertribunals vorsieht. Eine derartige Errichtung unter Einbindung der Vereinten Nationen, aber unter Ausschluss des Sicherheitsrates, war bereits bei den Außerordentlichen Kammern in Kambodscha erfolgreich.²⁷ Die ausgehandelte Vereinbarung erhielt eine weitere internationale Absegnung durch die Generalversammlung und wurde von Kambodscha in ein nationales Gesetz gegossen.²⁸

Die Errichtung auf Grundlage eines Abkommens mit den Vereinten Nationen und unter Einbindung der Generalversammlung hätte den Vorteil, dass diejenige internationale Organisation auf die offenkundige Verletzung des Gewaltverbots reagiert, deren Charta das Gewaltverbot als Grundnorm verbietet.²⁹ Das besondere Verhältnis der Generalversammlung zum verletzten Recht verleiht ihr eine spezielle Autorität und jedem Schuldspruch expressiven Nachdruck.³⁰ Zudem wäre es der globalste Ansatz. 192 Staaten hätten die Gelegenheit, durch ihre Stimme in der Generalversammlung ihre Missbilligung zum Ausdruck zu bringen. Ausreichender Wille zur *politischen* Verurteilung der russischen Aggression bestand zumindest Ende Februar 2022, als 141 Staaten für eine entsprechende Resolution der Generalversammlung stimmten.³¹ Eine derart überwältigende Mehrheit war selbst sieben Monate nach Kriegsbeginn noch zu erreichen, als die Generalversammlung die Scheinreferenden in Luhansk, Donezk,

²⁶ Vgl. die verabschiedete Resolution v. 7.10.2022 unter <https://www.euointegration.com.ua/eng/news/2022/10/7/7148268/> (2.12.2022).

²⁷ Vgl. zu deren Errichtung *Cryer/Robinson/Vasiliev*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2019, S. 179 f.

²⁸ Vgl. VN-Generalversammlung, Resolution A/Res/57/228B v. 13.5.2003; *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period Of Democratic Kampuchea*, NS/RKM/1004/006 (2004).

²⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 4 VN-Charta.

³⁰ Vgl. zur Wichtigkeit des Standings der Person oder des Organs, welches den strafrechtlichen Tadel ausspricht, *Dannenbaum*, in: *Heller/Megret/Nouwen/Ohlin/Robinson* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, 2020, S. 129 (134).

³¹ Vgl. VN-Generalversammlung, Resolution A/ES-11/1 v. 2.3.2022. Es gab fünf Gegenstimmen (Belarus, Eritrea, Nordkorea, Russland und Syrien) und 35 Enthaltungen.

Saporischschja und Cherson verurteilte.³² Selbst wenn Skepsis geäußert wurde, ob bei einer spezifischeren Abstimmung zur Errichtung eines Sondertribunals ähnliche Zahlen erreicht werden würden, erscheint eine solide Mehrheit nicht abwegig.³³

3. Regionales Forum: Errichtung unter Einbindung des Europarates oder der Europäischen Union

Anstatt zu testen, ob der erforderliche politische Wille unter den Staaten der Generalversammlung besteht, könnte man geneigt sein, ein Sondertribunal unter Einbindung eines kleineren internationalen bzw. regionalen Forums zu errichten, dessen Mitgliedstaaten bereits gezeigt haben, dass sie die Pönalisierung des Aggressionsverbrechens ernst nehmen. In Frage kommen dabei die Europäische Union und der Europarat. Knapp 80 % der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und rund 60 % der Mitglieder des Europarates haben die IStGH-Vertragsergänzungen zum Aggressionsverbrechen ratifiziert.³⁴ In über 50 % der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Europarates ist das Aggressionsverbrechen bzw. das Verbrechen des Angriffskrieges ein nationaler Straftatbestand.³⁵ Die mehrheitliche Ratifikation und Implementierung des Aggressionsverbrechens verleiht diesen europäischen Staaten ein moralisches Standing, welches einem durch sie errichteten Sondertribunal zugutekommt.³⁶

Der Weg über die Europäische Union ist nicht wegen der fehlenden Mitgliedschaft der Ukraine versperrt. Schließlich hat dies auch bei Errichtung der Kosovo-Sonderkammern nicht geschadet.³⁷ Diese wurden nach Verhandlungen zwischen der Europäischen Union und dem Kosovo auf Grundlage eines nationalen Gesetzes errichtet.³⁸ Im Mai 2022 hat das Europäische Parlament bereits die europäischen Institutionen und

Mitgliedstaaten in einer Resolution aufgefordert, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, und auf die Notwendigkeit eines Sondertribunals zur Schließung der Verfolgungslücke des IStGH hingewiesen.³⁹

Ein Sondertribunal wurde bisher noch nie unter Einbindung des Europarates errichtet. Abwegig erscheint der Weg über dieses Forum nicht. Immerhin wurde der Europarat unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg in der Hoffnung gegründet, durch einen europäischen Zusammenschluss den Frieden zu festigen.⁴⁰ Die Parlamentarische Versammlung und das Ministerkomitee des Europarates befürworten die Errichtung eines Aggressionstribunals für die Ukraine.⁴¹ Im Oktober 2022 hat die Parlamentarische Versammlung die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Errichtung eines internationalen Sondertribunals für die Ukraine zu beschleunigen.⁴² Technisch wäre die Errichtung eines Sondertribunals über ein multilaterales Abkommen denkbar, welches das Ministerkomitee des Europarates beschließt und den Mitgliedstaaten zur Unterzeichnung vorlegt.⁴³

Allerdings hat die Errichtung über ein europäisches Forum den expressiven Nachteil, dass auf die offenkundige Verletzung der Grundnorm der Völkerrechtsgemeinschaft keine bloß regionale, sondern eine internationale Antwort angebracht ist. Die Schuldsprüche eines regional errichteten Sondertribunals laufen Gefahr, als Output eines eurozentristischen Projekts abgetan zu werden.

IV. Materielle vs. situative Selektivität

Gewiss ist die Selektivität ein Grundproblem des Völkerstrafrechts.⁴⁴ Die Kritik an der Selektivität reicht zurück bis zum Vorwurf der Siegerjustiz in den Nürnberger Nachkriegsprozessen⁴⁵ und erstreckt sich bis zur afrikaaffinen Verfolgungspraxis des IStGH.⁴⁶ Da die Selektivität bei der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen unvermeidbar erscheint, stellt sich die Frage, in welcher Form sie inakzeptabel wird.⁴⁷

Jedes Sondertribunal ist dem Vorwurf der situativen Selektivität ausgesetzt, weil es das Völkerstrafrecht nur selektiv

³² Vgl. VN-Generalversammlung, Resolution A/ES-11/L.5 v. 12.10.2022. 143 Staaten stimmten dafür. Es gab fünf Gegenstimmen (Belarus, Nicaragua, Nordkorea, Russland und Syrien) und 35 Enthaltungen.

³³ Vgl. VN-Generalversammlung, Yale Club Roundtable: A Special Tribunal for the Crime of Aggression Recommended by the UN General Assembly?, A/ES-11/7-S/2022/616 v. 17.8.2022, S. 10.

³⁴ 21 von 27 Mitgliedstaaten der EU sowie 28 von 46 Mitgliedstaaten des Europarates haben sie ratifiziert. Für den Status der Ratifikationen von Resolution RC/Res.6 of the Review Conference of the International Criminal Court, siehe <https://treaties.un.org/> (2.12.2022).

³⁵ 15 von 27 Mitgliedstaaten der EU und 24 von 46 Mitgliedstaaten des Europarates haben einen entsprechenden nationalen Straftatbestand. Vgl. *Hartig* (Fn. 16), Anhang; Selected National Laws and Regional Instruments on the Crime of Aggression, in: *Kreß/Barriga* (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, 2017, S. 1079.

³⁶ Vgl. dazu *Dannenbaum* (Fn. 30), S. 134.

³⁷ Vgl. zu deren Errichtung *Cryer/Robinson/Vasiliev* (Fn. 27), S. 195 f.

³⁸ Vgl. Kosovo Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office v. 3.8.2015, 05/L-053, abrufbar unter https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf (2.12.2022).

³⁹ Vgl. EU Parlament, Resolution „Bekämpfung der Straflosigkeit bei Kriegsverbrechen in der Ukraine“ 2022/2655 (RSP) v. 19.5.2022.

⁴⁰ Vgl. Präambel, Satzung des Europarates.

⁴¹ Vgl. Parlamentarische Versammlung des Europarates, Resolution 2436 (2022) v. 28.4.2022, und Resolution 2463 (2022) v. 13.10.2022.

⁴² Vgl. Parlamentarische Versammlung des Europarates, Resolution 2463 (2022) v. 13.10.2022.

⁴³ Vgl. *Brummer*, *Der Europarat*, 2008, S. 64.

⁴⁴ Siehe *Cryer* (Fn. 19), S. 202; *van der Wilt*, in: *Jeßberger/Geneuss* (Hrsg.), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?*, 2020, S. 305 ff.; *van Sliedregt*, *Leiden Journal of International Law* 34 (2021), 283 (283).

⁴⁵ Vgl. *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 25.

⁴⁶ Vgl. *Steinl*, in: *Jeßberger/Vormbaum/Burghardt* (Hrsg.), *Strafrecht und Systemunrecht*, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 295.

⁴⁷ Vgl. *Cryer* (Fn. 19), S. 192.

in der jeweiligen Situation durchsetzt. So wurden die Bestrebungen zur Errichtung eines Sondertribunals für die Ukraine deswegen kritisiert, da frühere zwischenstaatliche Gewaltanwendungen, beispielsweise in der Situation im Irak, völkerstrafrechtlich nicht aufgearbeitet wurden.⁴⁸ Der Pönalisierung zwischenstaatlicher Aggression würde nur in der Situation in der Ukraine Geltung verschafft werden.

Auch der IStGH wurde für seine situative Selektivität kritisiert, also für die Auswahl der Situationen, in denen er Ermittlungen einleitete.⁴⁹ Erfolgt Verfahren in einzelnen Situationen wurden diese wiederum für die Auswahl der angeklagten Personen oder Verbrechen kritisiert, also für ihre personenbezogene und materielle Selektivität. Beispielsweise wurde die Anklagebehörde des IStGH im Verfahren gegen Lubanga für ihre materielle Selektivität gerügt, da trotz klarer Anzeichen für die sexuelle Viktimisierung von Kindersoldatinnen keine Anklage wegen sexualisierter Gewalt erhoben wurde.⁵⁰ Wenn bestimmte Taten, wie die der sexualisierten Gewalt, dem Konflikt sein spezifisches Gepräge geben, erscheint es unbillig, diese bei der strafrechtlichen Aufarbeitung auszuklammern. Es genüge für das Gerechtigkeitsempfinden nicht, dass Lubanga für andere Verbrechen verurteilt wurde. Notdürftig berücksichtigte der IStGH die sexualisierte Gewalt zumindest bei der Strafzumessung.⁵¹ Dies wäre grundsätzlich auch bei den Verfahren denkbar, die der IStGH wegen Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und womöglich wegen Völkermord gegen russische Führungspersönlichkeiten und deren Verbündete einleiten kann. Dass diese infolge eines Aggressionsverbrechens begangen wurden, könnte als „circumstances of the crime“ bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.⁵² Dies wäre aber ebenso notdürftig. Um dem Vorwurf der materiellen Selektivität effektiv zu begegnen, wäre der Umstand, dass der Konflikt auf einem offenkundigen Bruch des Gewaltverbots beruht, bereits in der Anklage zu berücksichtigen. Der Vergleich zu den in den letzten Jahrzehnten dominierenden innerstaatlichen militärischen Konflikten zeigt, dass die zwischenstaatliche Gewaltanwendung dem russisch-ukrainischen Konflikt sein spezifisches Gepräge gibt. Würde diese offenkundig völkerrechtswidrige Gewaltanwendung gegen einen anderen Staat als bloßer Begleitumstand anderer Völkerrechtsverbrechen, nicht aber als eigens abgeurteiltes Verbrechen Berücksichtigung finden, besteht dadurch zudem die Gefahr einer empfindlichen Erosion der Grundnorm zwischenstaatlichen Miteinanders. Durch die russische

Invasion wurde das zwischenstaatliche Gewaltverbot der VN-Charta nachhaltig infrage gestellt. Zur ebenso nachhaltigen Bekräftigung seiner Gültigkeit bedarf es daher einer umfassenden und nicht bloß peripheren strafrechtlichen Aufarbeitung. Zudem könnte die zusätzliche Anklage des Aggressionsverbrechens dazu beitragen, das durch den russischen Angriffskrieg verursachte menschliche Leid umfassender zu erfassen. Die Gewalt gegen Kombattanten und Zivilisten wäre ansonsten nur partiell erfasst, nämlich nur, sofern die Voraussetzungen von Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord erfüllt sind. So bliebe die vielfache Tötung von Kombattanten aufgrund ihres Status und der von Zivilisten als Kollateralschaden ungesühnt, selbst wenn sie Folge der völkerrechtswidrigen russischen Invasion war. Aufgrund der Vereinbarkeit dieser Tötungen mit dem humanitären Völkerrecht würden sie nicht als Kriegsverbrechen gelten. Sie könnten allerdings in der „Schwere“ der nach Art. 8bis IStGHSt strafbaren Angriffshandlungen erfasst werden. So dürfte die Völkerrechtsgemeinschaft ohne Errichtung eines Aggressionstribunals aufgrund der Unzulänglichkeit der bloßen Verfolgung anderer Völkerrechtsverbrechen dem schwerwiegenden Vorwurf der materiellen Selektivität ausgesetzt sein.

Um dem verbleibenden Vorwurf situativer Selektivität bei Errichtung eines Sondertribunals für die Ukraine wirksam zu begegnen, empfiehlt es sich, parallel die Streichung der Jurisdiktionsbeschränkungen des IStGH anzustoßen.⁵³ Dadurch könnten Staaten zeigen, dass sie die Pönalisierung zwischenstaatlicher Aggression ganz nach der Vorstellung des amerikanischen Chefanklägers in den Nürnberger Prozessen auch gegen sich gelten lassen. Jackson betonte, dass das Recht zwar zunächst nur gegen die deutschen Aggressoren angewandt werde, es aber nur einen Nutzen haben könne, wenn es auch die Aggression anderer Nationen erfasse, einschließlich derer, die damals zu Gericht saßen.⁵⁴

V. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, ob es gelingt, ein Sondertribunal für die Situation in der Ukraine zu errichten. Eine Besinnung auf die bereits bestehenden Mittel der Völkerrechtsgemeinschaft, wie sie mitunter befürwortet wird,⁵⁵ hat wegen der Jurisdiktions-

⁴⁸ Vgl. Kaleck, Spiegel v. 9.7.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/ausland/wladimir-putin-vor-gericht-ecchr-chef-wolfgang-kaleck-ueber-internationale-strafjustiz-a-cd5b8c60-f402-4001-a381-69a717c713dc> (2.12.2022).

⁴⁹ Vgl. Steinl (Fn. 46), S. 303.

⁵⁰ Vgl. IStGH (Trial Chamber), Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute v. 10.7.2012 – ICC-01/04-01/06 (Lubanga Dyilo), Rn. 60.

⁵¹ (Trial Chamber), Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute v. 10.7.2012 – ICC-01/04-01/06 (Lubanga Dyilo), Rn. 68 ff.

⁵² Vgl. IStGH, Rules of Procedure and Evidence, Rule 145 Abs. 1 lit. b.

⁵³ Zustimmend zu einem parallelen Vorgehen auch Yale Club Roundtable, A Special Tribunal for the Crime of Aggression Recommended by the UN General Assembly, A/ES-11/7-S/2022/616, S. 9.

⁵⁴ Vgl. Jackson, Opening Statement before the International Military Tribunal v. 21.11.1945, abrufbar unter roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/ (2.12.2022).

⁵⁵ Vgl. die Aussagen der damals noch britischen Justizministerin Liz Truss, The Guardian v. 29.4.2022, abrufbar unter [theguardian.com/world/2022/apr/29/uk-to-send-investigators-to-ukraine-to-gather-evidence-of-war-crimes-truss-says](https://www.theguardian.com/world/2022/apr/29/uk-to-send-investigators-to-ukraine-to-gather-evidence-of-war-crimes-truss-says) (2.12.2022), und des Chefanklägers des IStGH Karim Khan, siehe Schifrin, Public Broadcasting Service (PBS), News Hour v. 22.6.2022, abrufbar unter

beschränkungen des IStGH zur Folge, dass dem Vorwurf der materiellen Selektivität in der strafrechtlichen Aufarbeitung des russisch-ukrainischen Konflikts kaum begegnet werden kann. Ein Aggressionstribunal für die Ukraine wäre dagegen in der Lage, das spezifische Gepräge des Konflikts und das verursachte menschliche Leid in seiner Gänze zu berücksichtigen und der Erosion des zwischenstaatlichen Gewaltverbots entgegenzuwirken. Scheitert seine Errichtung, kann dem Vorwurf der materiellen Selektivität allenfalls vereinzelt durch strafrechtliche Verfolgung auf nationaler Ebene abgeholfen werden.⁵⁶

[pbs.org/newshour/show/international-criminal-courts-top-prosecutor-discusses-justice-for-russian-war-crimes](https://www.pbs.org/newshour/show/international-criminal-courts-top-prosecutor-discusses-justice-for-russian-war-crimes)
(2.12.2022).

⁵⁶ Vgl. dazu *Reisinger Coracini*, ZfIStw 12/2022, 651.

Der von der Russischen Föderation gegen die Ukraine geführte Angriffskrieg verletzt in massiver Weise die Grundprinzipien des Völkerrechts, insbesondere das Gewaltverbot und die Normen zum Schutz des menschlichen Lebens. Dem Völkerrecht eignet freilich nur ein schwaches Potential zur Sanktionierung dieser Rechtsbrüche. Die Russische Föderation hat sich durch die Erhebung des Gewaltprinzips zur Leitmaxime ihres Handelns gegenwärtig aus dem Kreis der nations civilisées verabschiedet.

The war of aggression unleashed by the Russian Federation against Ukraine violates massively the fundamental principles of international law, in particular the ban on the use of force and the rules for the protection of human life. Yet international law has only a weak potential suited to sanction these breaches. By embracing the use of force as the primordial guideline of its political action, the Russian Federation has currently left the circle of civilized nations.

I. Sicherung des Friedens im Rahmen der UN-Charta

Es ist bedrückend und beunruhigend zugleich, wie ein Staat versucht, seinen militärischen Überfall auf ein anderes Land mit dreister Verdrehung aller Tatsachen als gerechtfertigte Abwehrstrategie hinzustellen. So verlieren die einschlägigen Rechtsnormen, insbesondere das Aggressionsverbot und die Pönalisierung des Völkermordes, gänzlich ihren Sinn. „Legt ihr's nicht aus, so legt was unter“ – aber hier wird Goethe noch übertroffen! Das gesamte Völkerrecht wird zu einer ungefügten Masse, die man beliebig kneten und verunstalten kann. Die einzige Norm der gegenwärtigen Weltordnung, an der Russland, korrekt die Russische Föderation, keine Zweifel zu haben scheint, ist die Bestimmung des Art. 27 Abs. 3 der VN-Charta, wonach – mit Ausnahme reiner Verfahrensbeschlüsse – Entscheidungen des Sicherheitsrats der Zustimmung aller ständigen Mitglieder dieses Gremiums bedürfen. Dass dies ein überragendes und legitimes Kernelement der im Jahre 1945 geschaffenen Verfassung der Welt sei, steht für die Moskauer Regierung unerschütterlich fest. Nach dieser Ansicht hat sich die gesamte Welt ihrer Sicht zu unterwerfen, wobei nicht nur das Vetorecht den Ausschlag gibt, sondern zugleich die Tatsache, dass Russland einer der wenigen Staaten im Besitz von Atomwaffen ist. Offen sind schon die Drohungen ausgesprochen worden, dass man nicht zögern werde, von seinem Nuklearpotential Gebrauch zu machen, falls die angegriffene Ukraine sich auf Grund der ihr vom Westen geleisteten Hilfe weigern sollte, die Waffen zu strecken. Und auch die Unterstützer der Ukraine sind bereits mit ähnlichen Drohungen überzogen worden.

* Der Beitrag ist die schriftliche Fassung des Vortrags, den der Verf. in der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht vom 6. und 7. Mai 2022 in Berlin gehalten hat.

** Der Verf. ist emeritierter Professor für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Humboldt-Universität zu Berlin und ehemaliges Mitglied des UN-Menschenrechtsausschusses und der UN-Völkerrechtskommission.

Bei der Gründungskonferenz von San Francisco glaubte man ein immerhin passables, wenn auch nicht ideales Konzept für eine institutionelle Weltordnung gefunden zu haben, das später zusätzlich zu den 51 Gründungsmitgliedern von weiteren 142 Staaten von allen Kontinenten gutgeheißen worden ist. Die Sowjetunion sowie die Ukraine gehörten beide zu dem Kernbestand der 51 Gründer. Allerdings blieb der Rechtsstatus der Ukraine bis zur Auflösung der Sowjetunion im Jahre 1991 in einem gewissen Halbdunkel, da das Land weiterhin im sowjetischen Staatsverband feststeckte und damit keine Souveränität für sich beanspruchen konnte, wie sie Art. 2 Abs. 1 der Charta an sich allen Mitgliedern der Weltorganisation zuspricht.

Man hat sich in den mittlerweile 77 Jahren seit dem Inkrafttreten der Charta daran gewöhnen müssen, dass die Charta trotz der Freude über ihr Zustandekommen eben doch nur ein höchst unvollkommenes Instrument der Friedenssicherung ist. 1945 ist zwar ein bedeutsamer Schritt getan, aber kein ganz neues, revolutionäres Kapitel der Weltgeschichte aufgeschlagen worden.

Die Unvollkommenheiten auf dem Gebiet der Rechtsetzung, der Exekutivfunktion wie auch der Rechtsprechung sind allen hier bekannt. Ich verzichte deshalb darauf, sie im Einzelnen vorzuführen.

Die Vereinten Nationen haben keine umfassende *Rechtsetzungskompetenz* erhalten, sondern sind in der Generalversammlung darauf angewiesen, in Resolutionen ihre politischen Standpunkte zu artikulieren. Diese Resolutionen verkörpern Wünsche und Bestrebungen, bilden aber kein Recht mit verpflichtender Kraft. So ist es der Generalversammlung auch verwehrt, aus eigener Machtvollkommenheit ein internationales Strafgesetzbuch zu schaffen oder einen internationalen Strafgerichtshof zu gründen. Die im Jahre 1998 eingesetzte Institution dieses Namens resultiert aus einem multilateralen Vertrag (Römisches Statut), dem sich weder die Russische Föderation noch die Ukraine angeschlossen haben.

Die *Exekutivfunktion* ist mit dem Sicherheitsrat besser ausgestattet, da dieser bei Einigkeit der ständigen fünf Mitglieder die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen ergreifen darf, aber eben doch nur, solange nicht ein ständiges Mitglied opponiert. Die Russische Föderation macht sich dieses Privileg mit größter Selbstverständlichkeit zunutze.

Ähnliche Unvollkommenheit zeichnet die *Judikative* aus. Zuständigkeit haben sowohl der „klassische“ Internationale Gerichtshof wie auch der Internationale Strafgerichtshof nur, soweit die an einem Streitverfahren unmittelbar oder über ihre Angehörigen beteiligten Staaten ihr Zustimmung erteilt haben, wobei sich hier ein breites Feld für die Suche nach einer relevanten Zustimmungserklärung eröffnet. Der Internationale Gerichtshof hat in der Jurisdiktionsklausel der Völkermordkonvention von 1948 (Art. IX) die Grundlage für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gesehen (16. März 2022), die aber von der Russischen Föderation sogleich als kompetenzwidrig zurückgewiesen wurde. Für den IStGH gilt überdies, dass er kein Abwesenheitsverfahren kennt. Der

Beschuldigte muss also, damit ein Verfahren durchgeführt werden kann, zunächst einmal gefasst werden und dann nach Den Haag verbracht worden sein. Dieses Erfordernis ist die Schwäche des IStGH, bewahrt ihn aber vor der Gefahr, Geisterspiele im leeren Raum aufzuführen.

Dass die von der Russischen Föderation ins Werk gesetzte Aggression den Zielen und Normen der Weltorganisation widerspricht, braucht nicht eigens dargelegt zu werden. Die im Jahr 1974 von der Generalversammlung einhellig verabschiedete Definition der Aggression¹ statuiert ausdrücklich: „A war of aggression is a crime against international peace“, und die Völkermordkonvention äußert sich ebenso kompromisslos zum Völkermord: „[G]enocide [...] is a crime under international law which [the Contracting Parties] undertake to prevent and to punish“ (Art. I).² Ähnliche Bestimmungen gelten für Kriegsverbrechen, die wie selbstverständlich von der ILC in die Liste der Regeln des jus cogens aufgenommen worden sind.³

Trotz aller dieser wohlklingenden Beschwörungsformeln hat der Krieg in der Ukraine durch Russlands Angriff begonnen und wird trotz aller Mahnungen, die erst vor wenigen Tagen UN-Generalsekretär Guterres – in allerdings übervorsichtiger Form – an den Kremlherrn gerichtet hat,⁴ ohne jede Unterbrechung fortgesetzt. Besonders deutlich zeigt der jetzige Krieg die Diskrepanz zwischen materiellem Recht und faktischer Geltungskraft auf, die dem gesamten System des Völkerrechts bis zum heutigen Tage zu eigen ist, aber doch eher selten so offen und krass zutage tritt: Eine Großmacht mit ständigem Sitz im Sicherheitsrat kann sich mit legalen Mitteln gegen ihre Sanktionierung wehren. Dennoch vermag sie sich dem politischen Vorwurf rechtswidrigen Handelns nicht zu entziehen, den ihr am 2. März 2022 die Generalversammlung mit einer deutlichen Mehrheit von 141 gegen 5 Stimmen förmlich ausgesprochen hat.⁵ Allerdings konnte dieser Vorwurf gegenüber dem Adressaten keine unmittelbaren Wirkungen erzeugen. Bei der Gründungskonferenz war man eben peinlich genau darauf bedacht gewesen, die Vereinten Nationen nicht zu einer echten supranationalen Organisation werden zu lassen. Das Prinzip „Souveränität“ steht über den Gemeinschaftswerten Frieden und Menschenrechte, soweit es jedenfalls darum geht, aus den hehren Zielen und Grundsätzen außerhalb eines dem Sicherheitsrat anvertrauten schma-

len Segments praktische Folgerungen zu ziehen. Man stößt hier offensichtlich an gewisse Grenzen, die der Durchsetzungskraft des Rechts gegenüber dem Faktor Macht gesetzt sind. Aber die Missbilligung durch die internationale Gemeinschaft bleibt bestehen und hat sich in der Folgezeit durch die Suspendierung der Mitgliedschaft der Russischen Föderation im Menschenrechtsrat am 7. April 2022, 17:51 Uhr Ortszeit New York, noch weiter verfestigt.⁶

II. Das Hemmungspotential des Vetorechts

Die Frage darf aufgeworfen werden, ob nicht ein Veto, das keinen anderen Zweck hat, als die Ausübung der Befugnisse des Sicherheitsrates lahmzulegen, rechtswidrig und deswegen unbeachtlich ist. Von der rechtlichen Position her ist es nicht abwegig, diese Frage zu stellen. Alle Rechtsordnungen kennen das Konzept des Rechtsmissbrauchs. Man sollte sich allerdings nichts vormachen: Den Verfassern der Charta war völlig bewusst, dass ein ständiges Mitglied im Rat seine Position zum eigenen Vorteil würde nutzen können. Das ist im Grundsatz nicht verboten. Es gibt keine Regel über Befangenheit, die ein Mitglied des Sicherheitsrats daran hindern würde, sein Stimmrecht dann auszuüben, wenn seine eigenen Interessen Gegenstand der Beschlussfassung sind. Und in der Tat gibt es unzählige Fälle, in denen ein ständiges Mitglied in der Tat seines eigenen Vorteils wegen den Rat blockiert hat. Aber genaue Betrachtung lehrt, dass Unterscheidungen sich geradezu aufdrängen. Es gab bisher meines Wissens keinen einzigen Fall, wo ein ständiges Mitglied einen Eroberungsfeldzug gegenüber einem anderen Staat geführt hätte. Das ist vorliegend genau der Fall. Die Russische Föderation leugnet die Eigenständigkeit der Ukraine als Staat. Sie will ihr das spezifisch Ukrainische austreiben und sie allenfalls als nachgeordnete fügsame Provinz bestehen lassen. Gleichzeitig richtet sich der Angriff auf die Menschen, welche die spezifische ukrainische Identität hochhalten und sie verteidigen. Nach Moskauer Sicht sind dies „Faschisten“, die kein Lebensrecht haben, wie man den Äußerungen aus Moskau entnehmen muss.

Mit dieser Zielsetzung vergeht sich die Russische Föderation in der flagrantesten Weise gegen den ihr von der internationalen Gemeinschaft in vorrangiger Form gegebenen Auftrag, den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu gewährleisten. Eine derartige Pervertierung der Garantenstellung hat es in der bisherigen Praxis der Weltorganisation noch kein einziges Mal gegeben. Die Rechtswidrigkeit liegt auf der Hand, eindeutig sind auch die Grenzen jeder juristischen Bemäntelungskunst überschritten. Dennoch wird man nicht ohne weiteres den Schluss ziehen können, dass ein Veto der Russischen Föderation wegen des flagranten Verstoßes gegen die Grundprinzipien der Charta unbeachtlich sei. Denn

¹ VN-Generalversammlung, Resolution 3314 (XXIX), Definition der Aggression v. 14.12.1974.

² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide v. 9.12.1948, 78 UNTS 277.

³ Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens), Annex: The basic rules of international humanitarian law, [2019] Report of the ILC, A/74/10, Chapter V, S. 141: The basic rules of international humanitarian law.

⁴ Siehe den Bericht über seine Reise nach Moskau im April 2022, abrufbar unter <https://unric.org/en/guterres-holds-frank-discussions-in-moscow> (1.12.2022).

⁵ VN-Generalversammlung, Resolution A/RES/ES-11/1 v. 2.3.2022.

⁶ VN-Generalversammlung, Resolution A/RES/ES-11/3 v. 8.4.2022, siehe hierzu UN-News v. 7.4.2022, abrufbar unter <https://news.un.org/en/story/2022/04/1115782> (1.12.2022).

Die Resolution wurde angenommen mit 93 Ja-Stimmen gegen 24 Nein-Stimmen bei 58 Enthaltungen. Offensichtlich haben zu dieser etwas enttäuschenden Konstellation auch allgemeine politische Überlegungen betreffend das Verhältnis zur Russischen Föderation beigetragen.

es fehlt an jeder Art von Verfahren, in dem die Vorwürfe vorgebracht und geprüft werden könnten. Die Russische Föderation würde sich mit allen Kräften gegen die Behauptung einer Direktwirkung des begangenen Missbrauchs zur Wehr setzen, nicht zu Unrecht mit dem Argument gravierender Rechtsunklarheit angesichts des Fehlens einer spezifischen Regelung in der Charta. Die Charta ist ein politisch höchst sorgsam austariertes Verfassungsdokument, das nicht ohne weiteres aus allgemeinen Rechtsgedanken heraus ergänzt oder modifiziert werden kann.

Allerdings wird man konstruktiv wohl den Schluss ziehen dürfen, dass in der gegebenen Situation alle Handlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden sollten, um die russische Aggression mit unanfechtbaren Methoden bloßzustellen. Der Menschenrechtsrat hat mit Beschluss 49/1 vom 3. März 2022 eine Untersuchungskommission eingesetzt (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine), die auf dem Gebiet der Ukraine alle dort begangenen schweren Menschenrechtsverletzungen im Hinblick auf eine spätere Strafverfolgung dokumentieren soll. Von konkreten ersten Schritten dieser Kommission, die parallel zur Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshofs arbeitet, ist im Internet noch keine Spur zu erkennen.⁷ Sie sollte aber nach besten Kräften vom Generalsekretär unterstützt werden.

III. Amnestieklauseln in einem künftigen Friedensvertrag

Überlegt werden sollte schon zum jetzigen Zeitpunkt, wie Bestimmungen in einem künftigen Vertrag zwischen den beiden Konfliktparteien über eine Amnestie für alle im Laufe des Krieges begangenen Straftaten zu bewerten wären. Aus europäischer historischer Tradition sind solche Amnestieklauseln bekannt, vor allem aus den Friedensverträgen von Münster und Osnabrück (*perpetua oblivio et amnestia*). Man sicherte sich gegenseitig Vergessen und Strafverfolgungsfreiheit zu. In der jüngeren Vergangenheit hat es bekanntlich heftige Kontroversen über die Zulässigkeit solcher Klauseln gegeben, die insbesondere in Südafrika dazu dienen sollten, den Eintritt des Landes in einen befriedeten Zustand zu sichern. In Südafrika sind sie aufgrund eines breiten Konsenses innerhalb der Gesellschaft im Ergebnis unangefochten geblieben. Solche Parallelen erscheinen im vorliegenden Zusammenhang allerdings schier denkunmöglich. Die russische Aggression mit ihren verheerenden Begleiterscheinungen, vor allem der Ermordung von möglicherweise schon Zehntausenden von Zivilisten, ist keine ausschließlich zwischenstaatliche Angelegenheit im Verhältnis zwischen der Russischen Föderation und der Ukraine, sondern erschüttert die Grundfesten der gesamten internationalen Gemeinschaft. Die Russische Föderation hat sich mit ihrer zielgerichteten Eroberungs- und Mordpolitik außerhalb des Kreises der zivilisierten Gemeinschaft gestellt, was von dieser Gemeinschaft

nicht hingenommen werden kann, will sie sich nicht dem Vorwurf der Komplizenschaft aussetzen. So vermögen jedenfalls derartige Abreden nicht die Ausübung von Zuständigkeit durch staatliche Gerichte nach dem Weltrechtsprinzip zu hemmen. Dennoch wird es allein schon durch Zeitablauf zwangsläufig zu gewissen pragmatischen Lösungsversuchen kommen, die sich im Raum außenpolitischer Diskretionalität bewegen werden – und die man angesichts der herrschenden Machtkonstellationen nicht wird zu Fall bringen können.

IV. Recht gegen militärische Macht

So bleibt die rechtliche Aufarbeitung in Bezug auf die beiden untersuchten Gesichtspunkte bei einem unbefriedigenden Ergebnis stehen. Eine besser zufriedenstellende Antwort wird es auch kaum geben können im Hinblick auf ein Regime, das sich allein auf seine faktische Macht stützt und das der auf die Charta gestützten Weltordnung durch seine Aggression, die Zurückweisung der in der Generalversammlung zum Ausdruck gebrachten Missbilligung sowie die Missachtung der einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs der geltenden Völkerrechtsordnung eine grundsätzliche Absage erteilt hat. Zu hoffen bleibt, dass die internationale Strafjustiz zumindest einen Teil dieser Unvollkommenheit kompensieren kann.

⁷ Ein erster Besuch der Kommission fand Anfang Juni 2022 in der Ukraine statt, siehe die Pressemitteilung der VN v. 3.6.2022, abrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/06/commission-inquiry-ukraine-conduct-first-mission-country> (1.12.2022).

Aggression gegen die Ukraine Völkerstrafrechtliche Verfolgungsansätze auf nationaler Ebene*

Von Dr. Astrid Reisinger Coracini, Wien**

Seit Anfang 2014 ist die Ukraine Ziel der Anwendung von Waffengewalt. Diese bewaffneten Angriffe gegen die Souveränität und territoriale Unversehrtheit der Ukraine stellen als Aggressionshandlungen nicht nur schwere Verletzungen des Völkerrechts dar, sondern begründen auch individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob und inwieweit die Urheber der Aggression gegen die Ukraine vor nationalen Gerichten (völker-)strafrechtlich verfolgt werden können.

I. Einordnung und Diskurskritik

Der „Angriffskrieg“ gegen die Ukraine dominiert seit seiner Eskalation durch den Einfall russischer Streitkräfte, den massiven Beschuss von Zielen auf dem gesamten ukrainischen Staatsgebiet, sowie der versuchten Einnahme der ukrainischen Hauptstadt Kiew ab 24. Februar 2022 den öffentlichen Diskurs. Dabei fällt auf, dass nicht nur die mediale, sondern teilweise auch die völker(straf)rechtliche Diskussion sehr – und letztlich zu – eng gefasst ist. Zur besseren Verortung sollen daher drei berechtigte Bemerkungen dem eigentlichen Thema, Optionen zur Verfolgung des Verbrechens der Aggression auf nationaler Ebene, vorangestellt werden.

1. Der Beginn

Die „Angriffshandlungen“ gegen die Ukraine, und damit möchte ich von der überholten „Kriegs“-Terminologie der Zwischenkriegszeit zum Gewaltbegriff der Satzung der Vereinten Nationen (VN) übergehen,¹ begannen nicht im Februar 2022, sondern im Februar 2014. Am 1. April 2014 verabschiedete die Vollversammlung der VN Resolution 69/262 über die territoriale Integrität der Ukraine.² Darin bekennt sich die Vollversammlung zur „Souveränität, politischen Un-

abhängigkeit, Einheit und territorialen Unversehrtheit der Ukraine innerhalb ihrer international anerkannten Grenzen“ (Abs. 1) und bestätigt die völkerrechtliche Ungültigkeit und Wirkungslosigkeit des in der Autonomen Republik der Krim am 16. März 2014 abgehaltenen Referendums (Abs. 5 und 6). Eine klare Verurteilung der Geschehnisse als Verletzung des Gewaltverbots bzw. als Aggressionshandlung unterbleibt jedoch. Deutlichere Worte fand bereits damals die Parlamentarische Versammlung des Europarats, welche die Autorisierung der Anwendung von Waffengewalt gegen die Ukraine durch das russische Parlament, die militärischen Angriffshandlungen der Russischen Föderation und die Einverleibung der Krim als klare Verletzung des Völkerrechts auf das Schärfste verurteilte.³

Der Zeitpunkt Februar 2014 als Beginn der Aggression scheint zwar grundsätzlich präsent, wird jedoch vom ungleich intensiveren Angriff im Februar 2022 überschattet. Dies wird u.a. auch in den Resolutionen der 11. Dringlichkeitssitzung der Vollversammlung gemäß der Uniting for Peace Resolution deutlich.⁴ Ungewöhnlich schnell findet die Vollversammlung bereits am 1. März 2022 ungewöhnlich deutliche Worte: „Deplores in the strongest terms the aggression by the Russian Federation against Ukraine in violation of Article 2 (4) of the Charter“.⁵ Die Vollversammlung bekräftigt ihr Bekenntnis

* Der Beitrag gibt die ungekürzte Fassung eines am 5.6.2022 vor dem Arbeitskreis Völkerstrafrecht in Berlin gehaltenen Vortrags der *Verfasserin* wieder. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten und um weiterführende Fußnoten ergänzt.

** Die *Verfasserin* ist Universitätsassistentin (post-doc) an der Abteilung Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Wien.

¹ Vgl. „threat or use of force“ bzw. „Drohung mit Gewalt“ oder „Gewaltanwendung“, Art. 2 Abs. 4; „act of aggression“ bzw. „Angriffshandlung“, Art. 39 der Satzung der Vereinten Nationen (SVN).

² „Territorial integrity of Ukraine“, VN-Vollversammlung, Resolution 68/262 v. 1.4.2014, A/RES/68/262; die Annahme erfolgte per Abstimmung mit einer Mehrheit von 100 Stimmen (bei elf Gegenstimmen [Armenien, Belarus, Bolivien, Cuba, Nicaragua, Nordkorea, Russische Föderation, Sudan, Syrien, Venezuela, Zimbabwe], 58 Stimmenthaltungen und 24 Nichtwählenden), vgl. die Zusammenfassung des Abstimmungsergebnisses unter <https://digitallibrary.un.org/record/767565?ln=en> (1.12.2022).

³ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recent developments in Ukraine: threats to the functioning of democratic institutions, Resolution 1988 (2014), Abs. 14: „The Assembly strongly condemns the authorisation of the Parliament of the Russian Federation to use military force in Ukraine, the Russian military aggression and the subsequent annexation of Crimea, which is in clear violation of international law, including the Charter of the United Nations, the Helsinki Final Act of the OSCE and the Statute and basic principles of the Council of Europe.“, abrufbar unter <https://pace.coe.int/en/files/20873/html> (1.12.2022).

⁴ Auf Ersuchen der Ukraine beschloss der Sicherheitsrat der VN am 27.2.2022 die Einberufung einer solchen Dringlichkeitssitzung, vgl. Sicherheitsrat der VN, Resolution 2623 (2022), abrufbar unter <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/271/32/PDF/N2227132.pdf?OpenElement> (1.12.2022). Der „Uniting for Peace-Mechanismus“ sieht die Einberufung einer Dringlichkeitssitzung der Vollversammlung (durch den Sicherheitsrat bzw. die Vollversammlung der VN) vor, wenn der Sicherheitsrat durch die Ausübung eines Vetorechts eines seiner ständigen Mitglieder in der Ausübung seiner primären Zuständigkeit über den Weltfrieden und die internationale Sicherheit gehindert ist, vgl. VN-Vollversammlung, Resolution 377 (V), 1950, A/RES/5/377, abrufbar unter <http://www.un-documents.net/a5r377.htm> (1.12.2022).

⁵ „Aggression against Ukraine“, VN-Vollversammlung, Resolution A/ES-11/1 v. 1.3.2022, Nr. 2, abrufbar unter

zur Souveränität, politischen Unabhängigkeit, Einheit und territorialen Unversehrtheit der Ukraine innerhalb ihrer international anerkannten Grenzen und verlangt die sofortige Beendigung der Anwendung von Waffengewalt und den Rückzug russischer Truppen.⁶ Ebenso verurteilt sie die russische Anerkennung der Unabhängigkeit der ukrainischen Verwaltungsgebiete Donetsk und Luhansk als „violation of the territorial integrity and sovereignty of Ukraine and inconsistent with the principles of the Charter“ und verlangt deren sofortige Rücknahme.⁷ In diesem Sinne verurteilt die Vollversammlung in der Folge auch die Organisation rechtswidriger „sogenannter“ Referenda auf und über den Status ukrainischen Staatsgebiets, die „versuchte rechtswidrige Annexion“ der Regionen Donetsk, Kherson, Luhansk and Zaporizhzhia und bestätigt deren Rechtsunwirksamkeit.⁸ Über die Annexion und fortbestehende Einverleibung der Krim schweigt die Vollversammlung.

Angesichts der vergleichsweise stärkeren Reaktion der Staatengemeinschaft auf die Geschehnisse des Jahres 2022 und die fehlende Rezeption des Status der Krim in den Resolutionen der 11. Dringlichkeitssitzung soll hier ein eindringliches Plädoyer für eine Gesamtschau der Ereignisse erfolgen.

Bereits 2014 hat die Russische Föderation Waffengewalt gegen die Ukraine i.S.v. Art. 1 der Definition der Aggression der Vollversammlung der VN (Aggressionsdefinition)⁹ bzw. Art. 8bis Abs. 2 des Rom-Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof (IStGHSt)¹⁰ angewendet, „die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politi-

sche Unabhängigkeit [...] gerichtet oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbar ist“. Zumindest zwei, wenn nicht drei, der in Art. 3 der Aggressionsdefinition bzw. Art. 8bis Abs. 2 IStGHSt beispielhaft angeführten Aggressionshandlungen wurden verwirklicht.¹¹ Dies betrifft die zahlenmäßige Überschreitung des im Vertrag über die Schwarzmeerflotte festgesetzten russischen Truppenkontingents auf der Krim sowie deren vertragswidrigen Einsatz, was als Verstoß gegen Art. 3 lit. e der Aggressionsdefinition bzw. Art. 8bis Abs. 2 lit. e IStGHSt zu werten ist.¹² Die Operation russischer Streitkräfte auf der Krim¹³ und die völkerrechtsrechtswidrige Annexion der ukrainischen Schwarzmeerhalbinsel spiegeln sich in Art. 3 lit. a der Aggressionsdefinition bzw. Art. 8bis Abs. 2 lit. a IStGHSt wider.¹⁴ Hinsichtlich der engen Verbindung bewaffneter Verbände in der Ostukraine zur Russischen Föderation stellt sich darüber hinaus die Frage, inwieweit diesbezüglich die Aggressionshandlung des Entsendens bewaffneter Banden oder Söldner gem. Art. 3 lit. g der Aggressionsdefinition bzw. Art. 8bis Abs. 2 lit. g IStGHSt verwirklicht wurde.¹⁵ Im kürzlich ergangenen Urteil im Fall des Abschusses von Flug MH 17, erkannte die erstinstanzliche Rechtbank in Den Haag, dass bereits ab April 2014 aufgrund der engen Verbindung der bewaffneten Gruppen mit Moskau

¹¹ An dieser Stelle sei der Hinweis gestattet, dass mit den Geschehnissen des Jahres 2022 von der Erfüllung sämtlicher Aggressionshandlungen ausgegangen werden kann. Vgl. dazu Open Society Justice Initiative, Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine v. Mai 2022, abrufbar unter

<https://www.justiceinitiative.org/publications/model-indictment-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine> (1.12.2022).

¹² „[D]er Einsatz von Streitkräften eines Staates, die sich mit der Zustimmung eines anderen Staates in dessen Hoheitsgebiet befinden, unter Verstoß gegen die in der entsprechenden Einwilligung oder Vereinbarung vorgesehenen Bedingungen oder jede Verlängerung ihrer Anwesenheit in diesem Hoheitsgebiet über den Ablauf der Geltungsdauer der Einwilligung oder Vereinbarung hinaus [...]“, Art. 8bis Abs. 2 lit. e IStGHSt.

¹³ Zur Zuordnung der oftmals als „grüne Männer“ bezeichneten russischen Spezialkräfte vgl. z.B. *Reeves/Wallace*, *International Law Studies* 91 (2015), 361.

¹⁴ „[D]ie Invasion des Hoheitsgebiets eines Staates oder der Angriff auf dieses durch die Streitkräfte eines anderen Staates oder jede, wenn auch vorübergehende, militärische Besetzung, die sich aus einer solchen Invasion oder einem solchen Angriff ergibt, oder jede gewaltsame Annexion des Hoheitsgebiets eines anderen Staates oder eines Teiles desselben [...]“, Art. 8bis Abs. 2 lit. a IStGHSt.

¹⁵ „[D]as Entsenden bewaffneter Banden, Gruppen, irregulärer Kräfte oder Söldner durch einen Staat oder in seinem Namen, die mit Waffengewalt gegen einen anderen Staat Handlungen von solcher Schwere ausführen, dass sie den oben aufgeführten Handlungen gleichkommen, oder seine wesentliche Beteiligung daran [...]“, Art. 8bis Abs. 2 lit. g IStGHSt.

[https://daccess-](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/ES-11/1&Lang=E)

[ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/ES-11/1&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/ES-11/1&Lang=E) (1.12.2022); die Annahme erfolgte per Abstimmung mit einer Mehrheit von 141 Stimmen (bei fünf Gegenstimmen [Belarus, Eritrea, Nord-Korea, Russische Föderation, Syrien] und 35 Stimmenthaltungen), vgl. A/ES-11/PV.5 v. 2.3.2022, S. 14 f.

⁶ VN-Vollversammlung, Resolution A/ES-11/1 v. 1.3.2022, Nr. 1, 3 und 4.

⁷ VN-Vollversammlung, Resolution A/ES-11/1 v. 1.3.2022, Nr. 5 und 6.

⁸ „Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations“, VN-Vollversammlung, Resolution A/ES-11/4 v. 7.10.2022, Nr. 2 und 3, abrufbar unter

<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FES-11%2F14&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (1.12.2022); die Annahme erfolgte per Abstimmung mit einer Mehrheit von 143 Stimmen (bei fünf Gegenstimmen [Belarus, Nikaragua, Nord-Korea, Russische Föderation, Syrien] und 35 Stimmenthaltungen), vgl. A/ES-11/PV.14 v. 13.10.2022, S. 14 f.

⁹ „Definition of Aggression“, VN-Vollversammlung, Resolution 3314 (XXIX) v. 14.12.1974, abrufbar unter

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (1.12.2022).

¹⁰ 2187 United Nations Treaty Series 3; öBGBI. III Nr. 180/2022 i.d.F. öBGBI. III Nr. 53/2005.

von einer „overall control“ der Russischen Föderation und dementsprechend von einem internationalen bewaffneten Konflikt in der Ostukraine auszugehen sei.¹⁶ Gleichzeitig versagte das Gericht den Mitgliedern der bewaffneten Gruppe – mangels offizieller Anerkennung durch Moskau – Kombattantenstatus. Das Urteil, das sich zuständigkeitskonform nicht mit Fragen der Verletzung des *ius ad bellum* beschäftigte, lässt demnach offen, inwieweit die enge Verbindung der bewaffneten Gruppen mit Moskau auch eine Zurechnung der Gewaltanwendung durch die bewaffneten Gruppen als staatliche Handlung der Russischen Föderation auf Grundlage des im Recht der Staatenverantwortlichkeit anzuwendenden „effective control“ Standards zulassen würde.¹⁷

Als Dauerdelikte im Sinne der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit und des Völkerstrafrechts bestehen diese, teils 2014, teils 2022 begangenen, schweren Verletzungen des Völkerrechts fort, und zwar so lange, bis der völkerrechtskonforme Zustand der Souveränität, territorialen Unversehrtheit und politischen Unabhängigkeit der Ukraine wiederhergestellt ist. Eine Konzentration der Aufmerksamkeit auf die Geschehnisse des Jahres 2022 wirkt sich negativ auf die wahrgenommene Schwere und andauernde Natur der Völkerrechtsverletzungen durch die rechtswidrige Annexion der Krim aus, die zudem als Wurzel der Eskalation im Jahr 2022 anzusehen ist. Eine solche Schiefelage würde zudem die Erkenntnis notwendiger Zusammenhänge innerhalb dieser seit 2014 bestehenden Gesamtsituation¹⁸ erschweren.

2. Aggressor(en)

In Hinblick auf die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Urheber der Aggression gegen die Ukraine fokussiert der Diskurs sich sehr stark auf Aggressionshandlungen, die von der Russischen Föderation vorgenommen wurden. Das ist verständlich, zumal die Aggression in ihrer Planung, Vorbereitung und Lenkung seit 2014 primär von der Russischen Föderation ausgeht und dieser auch zurechenbar ist.

Dies soll jedoch nicht die Kooperation von Belarus in der Eskalationsphase ab Februar 2022 überdecken. So verurteilt auch die Vollversammlung in ihrer ersten Dringlichkeitssitzung zur Ukraine „the involvement of Belarus in this unlawful use of force against Ukraine, and calls upon it to abide by its international obligations“.¹⁹ Diese Formulierung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Handlungen

von Belarus nicht nur als Beihilfe zu einer schweren Verletzung einer zwingenden Norm des Völkerrechts gemäß den Regeln der Staatenverantwortlichkeit zu bewerten ist.²⁰ Die Erlaubnis zur Nutzung staatlichen Hoheitsgebiets durch einen anderen Staat für Aggressionshandlungen gegen einen Drittstaat stellt gem. Art. 3 lit. f der Aggressionsdefinition und Art. 8bis Abs. 2 lit. f IStGHSt eine selbstständige Aggressionshandlung dar, die auch individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet.²¹ In diesem Sinne hat Belarus nicht nur an russischen Aggressionshandlungen mitgewirkt, sondern auch selbst Aggressionshandlungen vorgenommen.

Zuletzt wirft die deutliche Verurteilung der völkerrechtswidrigen Aggression gegen die Ukraine auch Fragen der Verantwortlichkeit von Drittstaaten für Unterstützungshandlungen auf Seiten der Russischen Föderation bzw. Belarus, insbesondere in Form von Waffenlieferungen, auf.²²

3. Täter

Auch hinsichtlich der Frage verantwortlicher Einzelpersonen für die Aggression gegen die Ukraine ist der Diskurs stark verkürzt, ist er doch oftmals auf die Person des Präsidenten der Russischen Föderation, Vladimir Putin, zugespitzt. Dies gilt nicht nur für den allgemeinen Diskurs über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Verbrechen der Aggression, sondern auch für die Diskussion über die Errichtung eines internationalen Sondertribunals zur Ahndung des Verbrechens der Aggression gegen die Ukraine.²³

¹⁶ Abschrift der mündlichen Urteilsverkündung (Transcript of the MH17 judgment hearing) v. 17.11.2022, abrufbar unter <https://www.courtmh17.com/en/news/2022/transcript-of-the-mh17-judgment-hearing.html> (1.12.2022).

¹⁷ Zur Diskrepanz der Zurechnungsstandards vgl. z.B. *Cassese*, *European Journal of International Law* 18 (2007), 649.

¹⁸ Eine Gesamtbetrachtung der Situation in der Ukraine würde sich auch in Hinblick auf die vom IStGH zu untersuchende Situation „Alleged crimes committed in the context of situation in Ukraine since 21 November 2013“ (ICC-01/22) anbieten, vgl. <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (1.12.2022).

¹⁹ VN-Vollversammlung, Resolution A/ES-11/1 v. 1.3.2022, Nr. 10.

²⁰ Vgl. Art. 16 und 40 ff., Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission at its fifty-third session, 2001, A/56/10.

²¹ „[D]as Handeln eines Staates, wodurch er erlaubt, dass sein Hoheitsgebiet, das er einem anderen Staat zur Verfügung gestellt hat, von diesem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen [...]“, Art. 8bis Abs. 2 lit. f IStGHSt.

²² Vgl. z.B. *Hamilton*, *EJIL:talk!* v. 23.11.2022, abrufbar unter

<https://www.ejiltalk.org/corporate-accountability-and-iranian-drones-in-the-ukraine-war-could-sanctions-lead-to-prosecutions-for-international-crimes/> (1.12.2022).

²³ So sprach sich etwa Richter Christine van den Wyngaert im Rahmen einer Konferenz des Asser Institutes am 14.11.2022 abwertend gegen die Errichtung eines „Putin-Tribunals“ aus. Zur Errichtung einer Sonderzuständigkeit vgl. z.B. Annex to the letter dated 12 August 2022 from the representatives of Latvia, Liechtenstein and Ukraine to the United Nations addressed to the Secretary-General, Yale Club Roundtable: A Special Tribunal for the Crime of Aggression Recommended by the UN General Assembly?, A/ES-11/7-S/2022/616 v. 17.8.2022, abrufbar unter

<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/09/UNSC-Letter-12-August-2022.pdf> (1.12.2022); siehe auch die Beiträge der Just Security Serie „Prosecuting the Crime of Aggression Against Ukraine“, abrufbar unter

Das Verbrechen der Aggression ist ein Sonderdelikt. Als Täter kommt nur eine Person in einer Führungsposition in Frage, insbesondere eine Person, „die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“.²⁴ Demensprechend ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Strafnorm, dass der Täterkreis des Verbrechens der Aggression zwar eingegrenzt ist, jedoch über die Ebene des Staatsoberhauptes, sogar über die Regierungsebene hinausreicht. Verwiesen sei hier insbesondere auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der militärischen Führung eines Staates.²⁵ Zudem beruht die Tatbestandsbeschreibung nicht auf der (Staats-)Organeigenschaft des Täters. Angesichts der Anklage führender Industrieller für Verbrechen gegen den Frieden wurde auch in den travaux préparatoires zu Art. 8bis IStGHSt die strafrechtliche Verantwortung von Privatpersonen bewusst nicht ausgeschlossen.²⁶

Mit diesen Vorüberlegungen zum allgemeinen Diskurs darf ich mich nun meinem eigentlichen Thema der völkerstrafrechtlichen Verfolgungsansätze auf nationaler Ebene zuwenden. Angesichts der Fülle der anzusprechenden Themen, deren detaillierte Diskussion jeweils eigenständiger Beiträge bedürfte, muss sich der folgende Abschnitt mit dem Anspruch der Darstellung eines Überblicks mit beispielhaften Verweisen auf die staatliche Praxis begnügen.

II. Materielle Umsetzungsgesetzgebung

Völkerstraftaten zeichnen sich nach herrschender Lehre dadurch aus, dass die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Person sich direkt aus dem Völkerrecht ergibt.²⁷ Sie besteht unabhängig von der Strafbarkeit nach nationalem Recht. Demnach stellt eine unmittelbare Durchsetzung des Völker(straf)rechts auch bei Fehlen einer nationalen Strafnorm keine Verletzung des menschenrechtlich verbürgten Rückwirkungsverbots dar.²⁸ Dies gilt für alle Völkerstraftaten, einschließlich des Verbrechens der Aggression.

Soweit die Völker(straf)rechtsdogmatik. In der Praxis stehen einer direkten Durchsetzung des Völkerrechts oft verfassungsrechtlich enger gefasste Ausformungen des Legalitätsprinzips, insbesondere im Sinne des Erfordernisses einer *lex scripta*, im Wege. Die Umsetzung der völkerrechtlichen Norm in nationales Strafrecht bleibt daher gerade im kontinentaleuropäischen und lateinamerikanischen Raum oft fakti-

<https://www.justsecurity.org/tag/u-n-general-assembly-and-international-criminal-tribunal-for-aggression-against-ukraine/> (1.12.2022).

²⁴ Art. 8bis Abs. 1 IStGHSt, § 321(k) öStGB, § 13 Abs. 4 VStGB.

²⁵ Vgl. z.B. *McDougall*, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2021, S. 214 ff.

²⁶ Vgl. dazu auch *Hajdin*, *American Journal of International Law* 116 (2022), 788.

²⁷ Für viele *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 81 ff.

²⁸ Art. 11 Abs. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; Art. 15 Abs. 1 IPbPR; Art. 7 EMRK; dazu im Detail *Reisinger Coracini*, in: *Binder/Nowak/Hofbauer/Janig* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Bd. 2, 2022, S. 198 (201 ff.).

sche Voraussetzung für die Verfolgung von Völkerstraftaten auf nationaler Ebene.

Die nationale Umsetzung des Völkerstrafrechts hat sich im Zuge der Errichtung des IStGH massiv verbessert, auch wenn sie weiterhin nicht flächendeckend erfolgt.²⁹ Die nationale Umsetzung des Verbrechens der Aggression hingegen hinkt der allgemeinen Umsetzung von Völkerstraftaten bedauerlicherweise hinterher. Das mag einerseits der zeitlich verzögerten Definition des Verbrechens für das IStGHSt geschuldet sein.³⁰ Einige (wenige) Staaten vertreten zudem die Auffassung, dass das Verbrechen der Aggression primär von internationalen Gerichten verfolgt werden sollte, wie das etwa die Schweiz im Zusammenhang mit der Ratifikation der Kampala-Änderungen verlautbart hat.³¹ Auswirkungen dürfte in diesem Zusammenhang aber auch das angespannte Verhältnis der organisierten Zivilgesellschaft, einschließlich der NGO-Koalition für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs, zum Verbrechen der Aggression gehabt haben. Umsetzungskampagnen und legislative Unterstützungsleistungen waren stark von NGOs dominiert, die das Verbrechen der Aggression bis zum 24. Februar 2022 (und teilweise

²⁹ Vgl. z.B. National Implementing Legislation Database (NILD) of the International Criminal Court (ICC) Statute, verfügbar über ICC Legal Tools; *Bekou*, in: *Jalloh/Bantekas* (Hrsg.), *The International Criminal Court and Africa*, 2017, S. 272.

³⁰ Trotz Verankerung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression mit Annahme des Statuts im Jahr 1998 (Art. 5 Abs. 1 IStGHSt) konnte der IStGH diese Zuständigkeit gem. Art. 5 Abs. 2 IStGHSt erst mit Annahme einer Aggressionsbestimmung ausüben. Diese Voraussetzung war zwar mit Annahme der Kampala-Beschlüsse im Jahr 2010 erfüllt (Resolution RC/Res.6 v. 11.6.2010, abrufbar unter <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> [1.12.2022]), allerdings sahen diese Beschlüsse eine weitere Legislative bis zu einem weiteren Aktivierungsbeschluss vor, der von der Vertragsstaatenversammlung 2017 mit Wirkung vom 1. Juli 2018 angenommen wurde (Resolution ICC-ASP/16/Res 5 v. 14.12.2017, abrufbar unter https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf [1.12.2022]).

³¹ Botschaft zur Genehmigung der Änderungen des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs betreffend das Verbrechen der Aggression und die Kriegsverbrechen v. 19.2.2014, 14.021, BBl. 2014, S. 2045 (2047). Diese Grundsatzzentscheidung könnte allerdings geändert werden. Am 27.9.2022 beschloss der schweizerische Ständerat, den Bundesrat zu beauftragen, „eine Botschaft über die Übernahme des Verbrechens der Aggression in das Schweizerische Strafgesetzbuch und das Militärstrafgesetz auszuarbeiten und dem Parlament zu unterbreiten“, vgl. Antrag 22.3362 v. 18.3.2022, abrufbar unter

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20223362> (1.12.2022).

darüber hinaus) im besten Fall ignoriert haben, sofern sie nicht aktiv dagegen aufgetreten sind.³²

Nichtsdestotrotz findet sich das Verbrechen der Aggression in über 40 nationalen Strafgesetzen.³³ Es soll hier nicht im Detail auf einzelne Ausformungen nationaler Tatbestände eingegangen werden. Neben Staaten, die v.a. öffentliche Aufrufe zur zwischenstaatlichen Gewalt und Kriegspropaganda unter Strafe stellen, zeigen sich in Hinblick auf die Tatbestandsmäßigkeit von Aggressionshandlungen deutlich zwei Grundformen nationaler Bestimmungen: einerseits Tatbestände älteren Datums, die sich an der Definition der Verbrechen gegen den Frieden der Nachkriegsprozesse nach dem Zweiten Weltkrieg orientieren und die teilweise noch in den 1990er Jahren in der Folge des Zusammenbruchs der Sowjetunion Eingang in nationale Strafgesetze fanden;³⁴ andererseits Tatbestände jüngerer Datums, die die Definition des Verbrechens gegen die Aggression des IStGHSt als neuen Standard domestizieren.³⁵

Die Ukraine³⁶, die Russische Föderation³⁷ und Belarus³⁸, die drei an der Situation in der Ukraine direkt beteiligten

³² Zur ablehnenden Haltung transnationaler Menschenrechts-NGOs, vgl. z.B. *Schabas*, in: Kreß/Barriga (Hrsg), *The Crime of Aggression – A Commentary*, 2016, S. 351 (357 ff.). Neben lokalen Experten, haben alleine Parliamentarians for Global Action und das Global Institute for the Crime of Aggression die nationale Umsetzung des Verbrechens der Aggression vorangetrieben.

³³ *Reisinger Coracini*, in: Kreß/Barriga (Hrsg), *The Crime of Aggression – A Commentary*, 2016, S. 1038 (1038). Dazu kommen zwischenzeitlich u.a. Afghanistan, Peru und Schweden. Vgl. z.B. *Hartig*, *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019), 485.

³⁴ Vgl. z.B. Armenien, Aserbaidschan, Belarus, Georgien, Kasachstan, Tadschikistan, Russische Föderation, Ukraine, Usbekistan; vgl. dazu *Reisinger Coracini* (Fn. 33), S. 1055 ff.

³⁵ Vgl. z.B. Afghanistan, Dominikanische Republik, Ecuador, Estland, Finnland, Kroatien, Luxemburg, Österreich, Peru, Samoa, Schweden, Slowenien, Tschechische Republik; vgl. dazu *Reisinger Coracini* (Fn. 33), S. 1040 ff., und weitere Information in Fn. 33.

³⁶ Art. 437 des ukrainischen StGB („Planning, Preparation and Waging of an Aggressive War“) lautet: (1) Planning, preparation or waging of an aggressive war or armed conflict, or conspiring for any such purposes – shall be punishable by imprisonment for a term of seven to twelve years. (2) Conducting an aggressive war or aggressive military operations – shall be punishable by imprisonment for a term of ten to fifteen years.

³⁷ Art. 353 des russischen StGB („Planning, Preparation, Unleashing or Waging of Aggressive War“) lautet: (1) Planning, preparation or unleashing of an aggressive war shall be punished by deprivation of freedom for a term of seven to fifteen years. (2) Waging of aggressive war shall be punished by deprivation of freedom for a term of ten to twenty years.

³⁸ Art. 122 des belarussischen StGB („Preparing or Conducting an Aggressive War“) lautet: (1) Planning or preparing an aggressive war shall be punished by imprisonment of five to

Staaten, verfügen über – weitgehend identische – nationale Straftatbestände, die sich am Vorbild der Verbrechen gegen den Frieden orientieren. Auf dieser Grundlage hat ein ukrainisches Gericht bereits 2016 zwei russische Soldaten für Verbrechen der Aggression verurteilt.³⁹ Das Verbrechen der Aggression dürfte aber auch in aktuellen Verfahren wegen Kriegsverbrechen eine bedeutende Rolle spielen.⁴⁰ Am 20. Mai 2021 beschloss das ukrainische Parlament (Verkhovna Rada) das Gesetz Nr. 2689 „On amendments to certain legislative acts on the Enforcement of International Criminal and Humanitarian Law“.⁴¹ Mit dieser Strafrechtsnovelle sollte u.a. der rudimentäre und teils überholte Bestand der Kriegsverbrechen (Art. 432–435 und 438 des ukrainischen StGB) modernisiert und der fehlende Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in das ukrainische Strafgesetzbuch eingeführt werden (vgl. v.a. Art. 438-1, 442-1 n.F.). Insbesondere sollte auch der Tatbestand der Aggression (Art. 437, 436 des ukrainischen StGB) an den aktuellen Standard des Art. 8bis IStGHSt angepasst werden. Bedauerlicherweise ist diese Novelle bis heute nicht in Kraft getreten. Mangels Unterzeichnung durch Präsident Selenskyj konnte das Gesetz nicht kundgemacht werden. Die mittlerweile neu erarbeitete Novelle dürfte neben anderen Abweichungen den ursprünglich vorgeschlagenen Sonderdeliktcharakter des Verbrechens der Aggression (der allerdings auch in Art. 437 des ukrainischen Strafgesetzbuchs nicht explizit erwähnt ist) eliminieren.⁴²

Nationale Bestimmungen, die sich an die Definition der Verbrechen gegen den Frieden anlehnen, finden sich aber auch in Litauen⁴³ und Polen⁴⁴, jenen beiden Staaten, die als

fifteen years. (2) Starting or conducting an aggressive war shall be punished by imprisonment for a term of seven to twenty-five years or life imprisonment, or the death penalty with confiscation of property or without such confiscation.

³⁹ BBC News vom 18.2.2016, abrufbar unter

<https://www.bbc.com/news/world-europe-36070383>

(1.12.2022). Kurioserweise dürften die beiden Soldaten nach ihrer Verurteilung Teil eines Gefangenenaustausches mit der Russischen Föderation geworden sein. Ähnliches wurde auch über russische Soldaten bekannt, die 2022 von ukrainischen Gerichten wegen Kriegsverbrechen verurteilt wurden. Vgl. dazu z.B. *Vasiliev*, *Foreign Policy* v.17.6.2022, abrufbar unter

<https://foreignpolicy.com/2022/06/17/war-crimes-trials-ukraine-russian-soldiers-shishimarin/> (1.12.2022).

⁴⁰ Krit. dazu *Marchuk*, *Domestic Accountability Efforts in Response to the Russia-Ukraine War: An Appraisal of the First War Crimes Trials in Ukraine*, *Journal of International Criminal Justice* (2022 – Advance Access).

⁴¹ Zitiert nach

<https://www.asser.nl/media/795282/draft-bill-2689-eng.pdf> (1.12.2022).

⁴² Draft Law Nr. 7290 on Amendments to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure of Ukraine, siehe <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1271913> (1.12.2022).

⁴³ Art. 110 des litauischen StGB („Aggression“) lautet: Any person who causes an aggression against another state or is in

erste Drittstaaten angekündigt haben, Ermittlungen zum Verbrechen der Aggression gegen die Ukraine aufzunehmen. Mittlerweile haben u.a. Deutschland und Schweden Strukturverfahren zur Ukraine eingeleitet.⁴⁵

Am 25. März 2022 gründeten die Ukraine, Litauen und Polen mit der Unterstützung von Eurojust ein joint investigation team (JIT) zur Verfolgung von in der Ukraine begangener völkerrechtlicher Kernverbrechen,⁴⁶ an dem sich mittlerweile auch der IStGH,⁴⁷ Estland, Lettland und die Slowakei⁴⁸ sowie Rumänien⁴⁹ beteiligen. Sowohl die Gründung eines JIT für Kernverbrechen als auch die institutionelle Beteiligung des IStGH stellen Neuland in der internationalen Kooperation zur Verfolgung von Völkerstraftaten dar. In einer weiteren begrüßenswerten Entwicklung erweiterte die Europäische Union das Mandat von Eurojust um die Sicherung, Analyse und Speicherung von Beweismitteln über Völkerstraftaten. Offen bleibt jedoch, ob das Mandat des JIT über „Kernverbrechen“ bzw. über „Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und damit zusammenhän-

command thereof shall be punished by imprisonment for a period of ten up to twenty years or by life imprisonment.

⁴⁴ Art. 117 des polnischen StGB lautet: (1) Whoever initiates or wages a war of aggression shall be subject to the penalty of the deprivation of liberty for a minimum term of twelve years, the penalty of deprivation of liberty for twenty-five years or the penalty of deprivation of liberty for life. (2) Whoever makes preparation to commit the offence specified under § 1, shall be subject to the penalty of the deprivation of liberty for a minimum term of three years. (3) Whoever publicly incites to initiate a war of aggression or publicly praises the initiating or waging a war of aggression shall be subject to the penalty of the deprivation of liberty for a term of between three months and five years.

⁴⁵ Beide Staaten haben das Verbrechen der Aggression in nationales Recht umgesetzt, vgl. Abschn. 11a des schwedischen Act on Criminal Responsibility for Certain International Offences sowie § 13 VStGB, wobei das Verbrechen der Aggression in Deutschland, in Abweichung zu anderen Völkerstraftaten, nicht dem Weltrechtspflegeprinzip unterliegt (§ 1 VStGB).

⁴⁶ EuroJust, Pressemitteilung v. 28.3.2022, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/news/eurojust-supports-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes-ukraine> (1.12.2022).

⁴⁷ EuroJust, Pressemitteilung v. 25.4.2022, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/news/icc-participates-joint-investigation-team-supported-eurojust-alleged-core-international-crimes> (1.12.2022).

⁴⁸ EuroJust, Pressemitteilung v. 31.5.2022, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/news/estonia-latvia-and-slovakia-become-members-joint-investigation-team-alleged-core-international> (1.12.2022).

⁴⁹ EuroJust, Pressemitteilung v. 13.10.2022, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/news/romania-becomes-seventh-member-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes> (1.12.2022).

gende Straftaten“ ein Mandat über das Verbrechen der Aggression mitumfasst.⁵⁰

III. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit nationaler Gerichte ergibt sich aus den jeweiligen innerstaatlichen Jurisdiktionsnormen. Das gilt für gewöhnliche nationale Straftatbestände ebenso wie für Völkerstraftaten. Diesbezüglich wäre anzumerken, dass Völkerstraftaten in nationalen Strafgesetzbüchern gewöhnlich keine Sonderstellung hinsichtlich anerkannter Anknüpfungspunkte einnehmen, sondern die jeweils geltenden Jurisdiktionsnormen auch auf Völkerstraftaten anwendbar sind. Besonderheiten der Zuständigkeit im Vergleich zu anderen Tatbeständen ergeben sich allenfalls durch die Anerkennung des Weltrechtspflegeprinzips oder durch das Erfordernis einer Prüfung der Anklageerhebung.⁵¹

Festzuhalten ist jedenfalls, dass aus den Verhandlungen über die Ausübung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression keinerlei Beschränkung der Strafverfolgung auf nationaler Ebene abzuleiten ist. Dies betrifft sowohl die grundsätzliche Möglichkeit der Strafverfolgung auf nationaler Ebene als auch allfällige prozedurale Einschränkungen.⁵²

1. Territorialität

Die Zuständigkeit nationaler Gerichte über Aggression gegen die Ukraine ist in der Ukraine zweifelsfrei über das Territori-

⁵⁰ Regulation (EU) 2022/838 of the European Parliament and the Council of 20 May 2022 amending Regulation (EU) 2018/1727 as regards the preservation, analysis and storage at Eurojust of evidence relating to genocide, crimes against humanity, war crimes and related criminal offences, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/celex-32022r0838-en.pdf> (1.12.2022).

⁵¹ Vgl. z.B. Abschn. 2 (5) des schwedischen Strafgesetzbuchs in Hinblick auf das Verbrechen der Aggression.

⁵² Die eingeschränkte Ausübung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression stellt einen politischen Kompromiss für den Bereich des IStGHSt dar. Weder können daraus rechtliche Positionen abgeleitet werden, noch hat dieser Kompromiss Auswirkungen auf nationale Zuständigkeiten. Auch Understanding 5 (Resolution RC/Res.6 v. 11.6.2010, abrufbar unter <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> [1.12.2022]), ebenfalls das Produkt eines politischen Kompromisses, hat keinerlei Auswirkungen auf die Verfolgung des Verbrechens der Aggression vor nationalen Gerichten. Im Sinne seines (bewusst gewählten) Wortlauts stellt es klar, dass aus den Kampala-Beschlüssen keine Rechte oder Verpflichtungen hinsichtlich der Strafverfolgung auf nationaler Ebene abgeleitet werden sollen. Das Understanding äußert sich jedoch nicht zu bestehenden Rechten oder Verpflichtungen. Verfehlt daher der Bericht des Advisory Committee on Public International Law v. 12.9.2022, Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities, S. 7 ff., abrufbar unter <https://t.co/6jYRh323Yp> (1.12.2022).

alitätsprinzip gegeben. Territoriale Zuständigkeit läge grundsätzlich auch in der Russischen Föderation und in Belarus vor, bleibt derzeit jedoch eine theoretische Feststellung.⁵³

Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Verbrechen der Aggression setzt die Vollendung einer staatlichen Aggressionshandlung voraus, die wiederum in der Anwendung von Waffengewalt eines Staates gegen einen anderen Staat besteht.⁵⁴ Eine staatliche Aggressionshandlung beinhaltet somit notwendigerweise eine grenzüberschreitende Aktivität. Durch die Verwirklichung von Tatbestandselementen in beiden Staaten ergibt sich die territoriale Zuständigkeit des Aggressorstaates ebenso wie jene des Opferstaates.

2. Extra-territoriale Anknüpfungspunkte

Der Sonderdeliktcharakter des Verbrechens der Aggression stellt nicht auf die Nationalität des Täters ab. Eine Person, die „tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“,⁵⁵ kann daher ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass staatliche Führungspersonen zwar nicht notwendigerweise, aber doch regelmäßig die Nationalität des Staates, für den sie tätig werden, besitzen. Demnach könnte die Zuständigkeit eines Aggressorstaates nicht nur über das Territorialitätsprinzip, sondern regelmäßig auch über das aktive Personalitätsprinzip begründet werden. Letzteres gilt auch für Drittstaaten, deren Staatsangehörige Kontroll- oder Lenkungsfunktion in einem Aggressorstaat ausüben. Das aktive Nationalitätsprinzip wäre sowohl in der Russischen Föderation als auch in Belarus ein valider Anknüpfungspunkt für Strafverfahren vor nationalen Gerichten,⁵⁶ von dessen Nutzung derzeit jedoch nicht auszugehen ist.

Die extraterritoriale Zuständigkeit mancher Staaten dürfte zumindest punktuell über das passive Personalitätsprinzip gegeben sein, zumindest insofern, als Staatsangehörige zu Opfern von Aggressionshandlungen geworden sind. Je nach nationaler Auslegung dieses Anknüpfungspunktes könnten nicht nur direkte Opfer, sondern auch indirekte Opfer der Gewaltausübung jurisdiktionsbegründend wirken.

Für den Staat, der Opfer einer Aggressionshandlung wird, könnte sich auch über das Schutzprinzip ein Anknüpfungspunkt ergeben, der sich jedoch mit der Zuständigkeit nach dem Territorialitätsprinzip überschneidet. Das Schutzprinzip könnte aber auch für Drittstaaten jurisdiktionsbegründend sein. So sieht Art. 112 des polnischen StGB eine extraterritoriale Zuständigkeit für Straftaten gegen die innere oder äußere Sicherheit Polens oder bei Straftaten gegen die wirtschaftlichen Interessen Polens vor.⁵⁷ Diese Voraussetzungen könnten

durch die räumliche Nähe zum Kriegsgeschehen und dem Einschlag von Abwehrraketen auf polnischem Staatsgebiet (Nr. 1) bzw. angesichts der Auswirkungen der Aggression gegen die Ukraine auf die Weltwirtschaft, einschließlich der Wirtschaft Polens (Nr. 3) gegeben sein.

Auch in Österreich gibt es aktuelle Überlegungen zu den Anwendungsvoraussetzungen des Schutzprinzips. Ausgangspunkt dafür ist eine ausgesprochen enge Auslegung des für Völkerstraftaten einschlägigen bedingten Weltrechtspflegeprinzips durch die österreichische Rechtsprechung.⁵⁸ Das Erfordernis der zumindest zeitweisen Anwesenheit des Täters im Inland zur Begründung inländischer Gerichtsbarkeit führt dazu, dass im Inland verfügbare Beweise, die zu einem späteren Zeitpunkt in einem inländischen, ausländischen oder internationalen Verfahren von Interesse sein könnten, nicht selbstständig (d.h. nur auf Grundlage eines Rechtshilfeersuchens) erhoben werden. Infolge des durch die in der Ukraine begangenen Völkerstraftaten neu entfachten politischen Willens zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts legte die Justizministerin im Juli 2022 einen Erlass „zur inländischen Gerichtsbarkeit bei im Ausland begangener Kriegsverbrechen und anderer Straftaten“ vor.⁵⁹ Darin wird „[a]ngesichts der hohen Zahl an Flüchtlingen aus der Ukraine“ u.a. die Frage aufgeworfen, ob „österreichische Interessen in Hinblick auf aufgrund eines Verbrechens nach dem 25. Abschnitt des StGB nach Österreich geflüchtete Personen verletzt werden können“.⁶⁰ Diese etwas unglückliche Formulierung ergibt sich daraus, dass inländische Gerichtsbarkeit bei Völkerstraftaten u.a. dann vorliegt, „wenn durch die Tat sonstige [d.h. über das passive Personalitätsprinzip hinausreichend, *Verf.*] österreichische Interessen verletzt worden sind“.⁶¹ Im Gegensatz zum bedingten Weltrechtspflegeprinzip nach § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. c öStGB ist die Begründung einer Zuständigkeit nach dem Schutzprinzip nach § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. b öStGB nicht an die Anwesenheit des Täters gebunden (und würde daher die Einleitung von Ermittlungsverfahren und Beweisaufnahme auch bei Abwesenheit des Täters erlauben). Andererseits ist eine allgemeine Annahme inländischer Zuständigkeit aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts (ausländischer)

law applies to a Polish national or a foreigner who commits: 1) an offence against the internal or external security of the Republic of Poland, 2) an offence against Polish offices or public officials, 3) an offence against Poland's material economic interests, 4) an offence of false testimony made before a Polish office, 5) an offence from which a material benefit was gained, even if indirectly, in the Republic of Poland.

⁵⁸ Gem. § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. c öStGB gelten die österreichischen Strafgesetze für Völkerstraftaten unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts, wenn „der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war und entweder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder sich in Österreich aufhält und nicht ausgeliefert werden kann“.

⁵⁹ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022.

⁶⁰ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022, S. 3.

⁶¹ § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. b öStGB.

⁵³ Art. 11 des russischen StGB, Art. 5 des belarussischen StGB.

⁵⁴ Art. 8bis Abs. 2 IStGHSt sowie Element 3 der Verbrechenselemente des Verbrechens der Aggression.

⁵⁵ Art. 8bis Abs. 1 IStGHSt.

⁵⁶ Art. 12 des russischen StGB, Art. 5 des belarussischen StGB.

⁵⁷ Art. 112 des polnischen StGB („Absolute application of Polish law“) lautet: Notwithstanding the provisions in force in the place where an offence is committed, Polish criminal

Opfer nicht möglich. Diese wurde im öStGB zwar für Menschenhandel, Sklaverei oder Sexualstraftaten verwirklicht, nicht jedoch für Völkerstraftaten.⁶²

Laut Rechtsansicht des Bundesministeriums für Justiz, die sich auf eine weite Auslegung des Begriffs der „Verletzung österreichischer Interessen“ in der Rechtsprechung beruft, kann eine derartige Interessensverletzung vorliegen, wenn Personen aufgrund einer Völkerstraftat nach Österreich flüchten.⁶³ Entsprechend dem Wortlaut müsse die Interessensverletzung jedenfalls „durch die (konkrete) Tat herbeigeführt werden“, wobei ein Kausalzusammenhang zwischen der Tat und der Flucht zu prüfen sei. So werde es etwa beim Verbrechen der Aggression „verhältnismäßig leicht festzustellen sein, dass ein Flüchtlingsstrom ‚durch die Tat‘ ausgelöst wurde“. Hingegen sei es bei einem Mord an einer Zivilperson im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt „deutlich schwieriger festzustellen, ob aufgrund dieser Tat Personen nach Österreich geflüchtet sind“.⁶⁴

Die Rechtsansicht des BMJ, die auf eine rechtliche Begründung verzichtet, wirft einige Fragen auf. Trotz der Beteuerung, dass die Verletzung österreichischer Interessen *durch die Tat* herbeigeführt werden muss, scheint der Erlass doch darüber hinauszugehen. Andernfalls wäre nicht nachvollziehbar, warum bei Vorliegen einer derartigen Interessensverletzung zusätzlich noch ein Kausalzusammenhang zur Flucht geprüft werden sollte. Sobald eine Verletzung österreichischer Interessen durch die Tat vorliegt, wären die Voraussetzungen zur Anwendung des Schutzprinzips ohnehin gegeben. Die Prüfung dieses zusätzlichen Elements scheint nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Prüfung der Interessensverletzung von der Tat an sich auf den Kausalzusammenhang zwischen Tat und Flucht verlagert. Insofern könnte der Erlass Grundlage für eine einzelfallbezogene Öffnung der Anwendung des Schutzprinzips im Zusammenhang mit Fluchtbewegungen bieten, ohne eine generelle Zuständigkeit auf Grundlage des gewöhnlichen Aufenthalts von Opfern anzuerkennen. Eine alternative Begründung könnte in einer kategorisch anzunehmenden Verletzung österreichischer Interessen durch eine Völkerstraftat gegeben sein. Eine Straftat, welche die Interessen der internationalen Gemeinschaft als Ganzes verletzt, verletzt notwendigerweise auch die Interessen jedes Mitglieds dieser Gemeinschaft. Im Sinne dieser (weiten) Auslegung, die auch der Rechtfertigung des Weltrechtspflegeprinzips zugrunde liegt, könnte der Aufenthalt von Geflüchteten als faktische Einengung der Zuständigkeit anzusehen sein, die im Einzelfall zu prüfen wäre. Unabhängig von der rechtlichen Begründung bleibt die Frage offen, ob auf die Flucht von „Personen“ oder auf einen „Flüchtlingsstrom“ abzustellen ist. So erfreulich es ist, dass das BMJ die inländische Zuständigkeit für das Verbrechen der Aggression auf Grundlage des Schutzprinzips für leicht feststellbar hält, umso

schwerer nachvollziehbar erscheint die Unterscheidung zu anderen Völkerstraftaten. Insbesondere der Verweis auf Mord als Kriegsverbrechen verkennt, dass die Einzeltat der Tötung in die Kollektivhandlung eines bewaffneten Konflikts eingebettet ist (bzw. bei einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die Kollektivhandlung eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf eine Zivilbevölkerung eingebettet wäre)⁶⁵. Warum und inwieweit eine Unterscheidung dieser drei Kollektivhandlungen gerechtfertigt ist, bleibt jedoch unklar. Es ist abzuwarten, inwieweit die unabhängige Justiz diese autoritative, jedoch nicht verbindliche Rechtsansicht des BMJ übernehmen wird. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste die erkannte Lücke in der Verfolgung von Völkerstraftaten im Wege einer Gesetzesänderung geschlossen werden.

Zwischen traditionellen Anknüpfungspunkten und dem Weltrechtspflegeprinzip scheinen Generalklauseln zu völkerrechtlichen Normen angesiedelt zu sein, die ebenfalls eine Verfolgung des Verbrechens der Aggression vor nationalen Gerichten begründen könnten. So sieht z.B. das litauische Strafbuch inländische Zuständigkeit für Verbrechen vor, deren Strafbarkeit sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergibt. Dazu zählt gem. Art. 7 Abs. 1 des litauischen StGB auch das Verbrechen der Aggression.⁶⁶ Die Regelung könnte als Variante eines Weltrechtspflegeprinzips auf der Grundlage von vertraglich festgelegten Völkerstraftaten gesehen werden. Die Regelung unterscheidet sich jedenfalls grundlegend von ähnlichen Bestimmungen, etwa des polnischen⁶⁷ oder des österreichischen Strafbuch⁶⁸, wo sich eine inländische Zuständigkeit nur aufgrund einer in völkerrechtlichen Verträgen normierten Verpflichtung zur Strafverfolgung ergeben kann, was den Anwendungsbereich der Norm erheblich verengt und eine Anwendbarkeit auf das Verbrechen der Aggression, mangels einschlägiger vertraglicher Verpflichtung, wohl ausschließt.

⁶⁵ §§ 321 lit. a–f öStGB.

⁶⁶ Art. 7 des litauischen StGB („Criminal Liability for the Crimes Provided for in Treaties“) lautet: Persons shall be liable under this Code regardless of their citizenship and place of residence, also of the place of commission of a crime and whether the act committed is subject to punishment under laws of the place of commission of the crime where they commit the following crimes subject to liability under treaties: 1) crimes against humanity and war crimes (Articles 99–113), ... (diese Formulierung schließt das Verbrechen der Aggression in Art. 110 des litauischen StGB mit ein).

⁶⁷ Art. 113 des polnischen StGB („Prosecution under international agreements“) lautet: Regardless of regulations in force in the place where the offence was committed, Polish criminal law applies to a Polish national, or to a foreigner for whom no decision on extradition has been taken, in respect of an offence committed abroad, which the Republic of Poland is obliged to prosecute under international agreements.

⁶⁸ § 64 Abs. 6 öStGB: „sonstige strafbare Handlungen, zu deren Verfolgung Österreich, auch wenn sie im Ausland begangen worden sind, unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts verpflichtet ist“.

⁶² Vgl. § 64 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4c öStGB.

⁶³ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABl Nr. 18/2022, S. 4, darin zitiert a.A. Müller, Journal für Strafrecht 2022, 213 (218).

⁶⁴ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABl Nr. 18/2022, S. 4.

3. Weltrechtspflegeprinzip

Die Frage nach der Geltung des Weltrechtspflegeprinzips für das Verbrechen der Aggression bleibt kontrovers.⁶⁹

Eine Staatenpraxis hierzu ist vorhanden, wenn auch in geringerem Ausmaß als bei anderen Völkerstraftaten (was jedoch auch auf die Diskrepanz zur Umsetzung des Straftatbestandes in nationales Recht zurückzuführen sein kann). Neben Staaten, die wie Litauen eine Auffangzuständigkeit für vertraglich normierte Völkerstraftaten anerkennen,⁷⁰ dürfte die weiteste Zuständigkeitsnorm, ein uneingeschränktes Weltrechtsprinzip für Aggressionsverbrechen, wohl in Samoa zu finden sein. Samoanische Gerichte sind für sämtliche Aggressionsverbrechen zuständig, die innerhalb und außerhalb des Staatsgebiets begangen werden.⁷¹

Beispiele für ein bedingtes Universalitätsprinzip, insbesondere bedingt durch die zumindest temporäre Anwesenheit des Täters, finden sich u.a. in Bulgarien, Luxemburg, Moldau, den Niederlanden, Österreich, Ost-Timor. Die kroatische Regelung, die auf das Erfordernis doppelter Strafbarkeit abstellt,⁷² dürfte dagegen dogmatisch bereits in der Nähe der stellvertretenden Strafrechtspflege zu verorten sein.

Ohne im Detail auf die Diskussion eingehen zu wollen, sollen an dieser Stelle zwei Punkte angemerkt sein. Einerseits ist festzustellen, dass Gesetzestexte sowohl als Staatenpraxis als auch als Rechtsüberzeugung zur Bildung des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts beitragen können.⁷³ Diese Bedeutung wird durch mangelnde Rechtsanwendung, die vielerlei Gründe haben kann, nicht gemindert. Andererseits ist festzustellen, dass Staaten, die das Verbrechen der Aggression in zeitlicher Verzögerung zu anderen Völkerstraftaten umgesetzt haben, ihren systematischen Ansatz fortgeführt haben. Wenn das Weltrechtspflegeprinzip für Völkerstraftaten bereits vorgesehen war, dann galt dieses oftmals auch für das nachfolgende Verbrechen der Aggression.⁷⁴

Daran anschließend sei der Wert einer einheitlichen Systematik des Völkerstrafrechts hervorgehoben. Das Weltrechtspflegeprinzip stützt sich auf den Gedanken, dass die am schwersten wiegenden Verstöße gegen das Völkerrecht die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffen und eine nationale Strafverfolgung daher schon aufgrund der Art der Straftat erlaubt bzw. gar geboten ist.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund und

⁶⁹ *McDougall* (Fn. 25), S. 381 ff.

⁷⁰ Vgl. oben Fn. 66.

⁷¹ Abschnitt 7A (1) des novellierten samoischen International Criminal Court Act.

⁷² Art. 16 und 14 des kroatischen StGB.

⁷³ United Nations, Report of the International Law Commission, Seventieth session (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018), A/73/10, S. 129, abrufbar unter <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/252/67/PDF/G1825267.pdf?OpenElement> (1.12.2022).

⁷⁴ So etwa in Luxemburg oder Österreich. Anders jedoch § 1 VStGB.

⁷⁵ Vgl. für viele Prinzip Nr. 1 der Princeton Principles on Universal Jurisdiction, 2001, abrufbar unter <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/princeton.html> (1.12.2022).

der historisch weitgehend unsystematischen Praxis der Durchsetzung des Völkerstrafrechts, scheint die Forderung vertretbar, den gewohnheitsrechtlichen Nachweis völkerstrafrechtlicher Grundsätze auf Grundlage der Gesamtheit der völkerstrafrechtlichen Praxis und Rechtsüberzeugung zu führen. Demnach müsste nicht der gewohnheitsrechtliche Nachweis der Anwendbarkeit des Weltrechtspflegeprinzips für jede einzelne Verbrechenkategorie oder gar jeden Einzeltatbestand innerhalb einer solchen Verbrechenkategorie erbracht werden. Die Gesamtheit der völkerstrafrechtlichen Praxis und Rechtsüberzeugung könnte vielmehr in den Nachweis der Anwendbarkeit des Weltrechtspflegeprinzips für Völkerstraftaten fließen.

IV. Beachtlichkeit völkerrechtlicher Immunitätsbestimmungen?

Vergleichbar mit der Diskussion um die Geltung des Weltrechtspflegeprinzips ist auch die Frage nach der Beachtlichkeit völkerrechtlicher Immunitäten bei der Verfolgung des Verbrechens der Aggression noch nicht abschließend geklärt. Dass letzterer Punkt in den vergangenen Jahren ungleich höhere Aufmerksamkeit generiert hat, ist nicht zuletzt dem Projekt der Völkerrechtskommission zur „Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction“ zu verdanken, das im Juli 2002 in erster Lesung angenommen wurde.⁷⁶

1. Immunität *ratione personae*

Gemäß der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs genießen Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister für die Zeit der Ausübung ihres Amtes volle Immunität vor ausländischen Gerichten.⁷⁷ Diese umfassende Immunität *ratione personae* bestätigt auch der Entwurf der Völkerrechtskommission.⁷⁸ Eine Strafverfolgung dieser (auf drei Funktionen beschränkten) Personengruppe ist laut IGH nur unter folgenden Umständen möglich: 1. vor eigenen Strafrecht-

⁷⁶ Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), A/77/10, S. 189 ff., abrufbar unter <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/448/48/PDF/G2244848.pdf?OpenElement> (1.12.2022).

⁷⁷ IGH, Urt. v. 14.2.2002 – Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Rn. 53 f.

⁷⁸ Vgl. Draft Art. 3 („Persons enjoying immunity *ratione personae*“): Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity *ratione personae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction. Draft Art. 4 („Scope of immunity *ratione personae*“): 1. Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity *ratione personae* only during their term of office. 2. Such immunity *ratione personae* covers all acts performed, whether in a private or official capacity, by Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs during or prior to their term of office. 3. The cessation of immunity *ratione personae* is without prejudice to the application of the rules of international law concerning immunity *ratione materiae*.

richten, 2. vor fremden Strafgerichten, wenn der Sendestaat auf die Immunität verzichtet, 3. vor fremden Strafgerichten nach Ende der jeweiligen Amtszeit, oder 4. vor einem zuständigen internationalen Gericht.⁷⁹ Die Strafverfolgung eines amtierenden Mitglieds der Troika vor einem ausländischen Strafgericht wäre dementsprechend nur im (unwahrscheinlichen) Fall eines Immunitätsverzichts möglich.

Für das Verbrechen der Aggression, das in größerem Ausmaß als andere Völkerstraftaten an staatliche Entscheidungen auf höchster Ebene anknüpft, bedeutet das eine eingeschränkte, jedoch keine unmögliche Strafverfolgung vor ausländischen Gerichten. Trotz seines Sonderdeliktcharakters geht der Täterkreis des Verbrechens der Aggression über die Funktionen des Staatsoberhauptes, des Regierungschefs und des Außenministers hinaus. Andere Minister, Mitglieder eines nationalen Sicherheitsrats oder hohe Generäle könnten unverzüglich, d.h. noch während ihrer Amtszeit verfolgt werden. Die drei Mitglieder der Troika hingegen können grundsätzlich erst verzögert, nach Beendigung ihrer Amtszeit, vor ausländischen Gerichten verfolgt werden. Allerdings hat der IGH auch aufgezeigt, dass sogar umfassende Immunitäten erst ab dem Zeitpunkt der Zirkulation eines Haftbefehls zum Tragen kommen.⁸⁰ Es scheint demnach, dass Ermittlungen und die Beweissicherung im Vorfeld keine Verletzung der umfassenden Immunität darstellen würden.

Im Zusammenhang mit der Errichtung einer Sonderzuständigkeit zur Verfolgung des Verbrechens der Aggression gegen die Ukraine wurde zudem eine mögliche weitere Immunitätsausnahme, sogar der umfassenden Immunität, zur Diskussion gestellt, die an den Sonderstatus der Kriegsparteien anknüpft. Demensprechend würde das im Rahmen des humanitären Völkerrechts verbürgte Kombattantenprivileg ebenso wie die Ermächtigung zur Gefangennahme gegnerischer Kombattanten als *lex specialis* das völkerrechtliche Immunitätsrecht verdrängen und eine Strafverfolgung, jedenfalls vor den Gerichten einer gegnerischen Kriegspartei, zulassen.⁸¹ Ein ähnlicher Ansatz wurde auch unter Zugrundelegung des völkerrechtlichen Rechts auf Selbstverteidigung vorgeschlagen.⁸² Diesen Überlegungen folgend wäre eine Strafverfolgung auch des russischen bzw. belarussischen Staatsoberhauptes, Regierungschefs oder Außenministers vor ukrainischen Gerichten noch vor Ablauf deren Amtszeit möglich.⁸³

⁷⁹ IGH, Urt. v. 14.2.2002 – Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Rn. 61.

⁸⁰ IGH, Urt. v. 14.2.2002 – Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Rn. 70 ff.

⁸¹ Akande, Launch of an expert declaration on „A criminal tribunal for aggression in Ukraine“, Chatham House auf YouTube v. 4.3.2022, Video-Aufnahme bei 41:20, abrufbar unter <https://youtu.be/XdHGf50fCCK?t=2419> (1.12.2022).

⁸² Dannenbaum, Just Security v. 10.3.2022, abrufbar unter <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/> (1.12.2022).

⁸³ In Anwendung der Delegationstheorie könnte diese auf die Ukraine beschränkte Ausnahme auch vor einem internationa-

2. Immunität *ratione materiae*

Eine Auseinandersetzung mit zeitlich begrenzten persönlichen Immunitäten setzt gewissermaßen voraus, dass Immunitäten *ratione materiae* bei Völkerstraftaten keine Anwendung finden. Denn wenn Staatsorgane Immunität vor Strafverfolgung vor ausländischen Gerichten für staatliches Handeln während, aber auch nach Ablauf ihrer Amtszeit genießen würden, wäre die Frage weiterer Immunität obsolet. Staatsorgane, die einen Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen oder das Verbrechen der Aggression begehen, wären bereits qua staatlichen Handelns vor Strafverfolgung geschützt.⁸⁴

Aufbauend auf das dictum des Urteils des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses: „[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced“⁸⁵ erschien der Grundsatz individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit für Völkerstraftaten, unabhängig von der staatlichen Funktion eines Täters, als einer der unbestrittenen Grundpfeiler der modernen Völkerstrafrechtswissenschaft.⁸⁶ Sofern es sich dabei um einen umfassenden *acquis* handelte, verzeichnet dieser durch die Arbeit der Völkerrechtskommission jedenfalls Risse.

Gespalten hinsichtlich der Kodifizierung von Völkerstraftaten als Ausnahmen zur Immunität *ratione materiae* sah sich die Völkerrechtskommission im Jahr 2017 zum ersten Mal seit ihrer Gründung gezwungen, von ihrem Konsensgrundsatz abzuweichen und eine Abstimmung durchzuführen.⁸⁷ Draft

len Gericht, an dem sich die Ukraine beteiligt, von Relevanz sein (sofern Immunitäten vor einem internationalen Gericht überhaupt beachtlich sind). Ein Schwachpunkt der Theorie, die auf den aktiven Status als Kriegspartei abstellt, liegt jedoch in der Frage, inwieweit ein allfälliges Recht auf Strafverfolgung auch nach Ende der Kampfhandlungen zum Tragen kommen könnte.

⁸⁴ Vgl. dagegen die Annahme, die Begehung von Völkerstraftaten stelle kein staatliches, sondern privates Handeln dar, in diesem Sinne z.B. IGH, Urt. v. 14.2.2002 – Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergethal, Rn. 85.

⁸⁵ Trial of Major War Criminals before the International Military Tribunal, Bd. 1, 1947, S. 223.

⁸⁶ Vgl. Prinzip I der Nürnberger Prinzipien, International Law Commission, Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, Report of the International Law Commission on the work of its second session, A/1316 (A/5/12), 1950, Part I, Rn. 13 f., abrufbar unter

https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf (1.12.2022); Art. 27 IStGHSt.

⁸⁷ Draft Art. 7 wurde während der 3378. Arbeitssitzung der ILC am 20.7.2017 mit 21 Stimmen bei acht Gegenstimmen und einer Stimmenthaltung angenommen; vgl. Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session (1 May–2

Art. 7, der Immunitätsausnahmen für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Apartheid, Folter und Verschwindenlassen festlegt, wurde von einer weitgehenden Mehrheit der Mitglieder der Völkermordkommission angenommen.⁸⁸ Dennoch muss bereits der fehlende Konsens über die Frage der Immunitätsausnahmen als drohender Rückschlag des Völkerstrafrechts angesehen werden. Noch schwerer wiegt das Fehlen des Verbrechens der Aggression in der Liste der Ausnahmen. Trotz verbreiteter Anerkennung einer Immunitätsausnahme für das Verbrechen der Aggression innerhalb der ILC, musste von einer Aufnahme des Verbrechens in Draft Art. 7 abgesehen werden, da dies die mehrheitliche Annahme des Artikels gefährdet hätte.⁸⁹

Dieses Ergebnis ist sowohl angesichts der systematischen Einheit des Völkerstrafrechts als auch hinsichtlich der Praxis nationaler Strafverfolgung des Verbrechens der Aggression auf nationaler Ebene seit dem Zweiten Weltkrieg nicht nachvollziehbar.⁹⁰ Dazu kommt, dass das Verbrechen der Aggression (vergleichbar mit dem Verbrechen der Folter) geradezu darauf abzielt, staatliches Handeln unter Strafe zu stellen. Die völkerrechtliche Anerkennung einer Völkerstraftat, die aufgrund völkerrechtlicher Immunitäten für staatliches Handeln nicht verfolgbar wäre, wäre geradezu absurd.

Es ist erfreulich, dass manche Staaten im Rahmen der Diskussion über das Projekt der Völkerrechtskommission im 6. Komitee bereits klare Worte hinsichtlich der notwendigen

Aufnahme des Verbrechens der Aggression gefunden haben.⁹¹ Gerade angesichts des durch die Aggression gegen die Ukraine geschaffenen politischen Momentums bleibt zu hoffen, dass im schriftlichen Verfahren weitere Staaten dieser Position Ausdruck verleihen werden und die Aufnahme des Verbrechens der Aggression in den Ausnahmenkatalog des Draft Art. 7 in zweiter Lesung erfolgen wird.

V. Fazit

Die Verfolgung des Verbrechens der Aggression auf nationaler Ebene ist rechtlich möglich und findet statt. Insoweit sie einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung unter Wahrung individueller Rechte leistet, soll sie auch stattfinden. Die völkerrechtswidrige Aggression gegen die Ukraine, insbesondere nach deren Eskalation im Februar 2022, bildet die bedauernde und zu verurteilende Ausgangslage, aus der sich ein verstärkter politischer Wille zur Verfolgung des Verbrechens der Aggression auf nationaler Ebene entwickeln konnte. Die intensivierte rechtliche Auseinandersetzung mit dem Verbrechen der Aggression und die Bildung von Staatenpraxis bietet die Chance zur Festigung und Klärung der gewohnheitsrechtlichen Grundlage des Verbrechens der Aggression. Dies könnte dazu beitragen, Zweifel an der Einheit des Völkerstrafrechts auszuräumen.

Für die Verfolgung des Verbrechens der Aggression auf internationaler Ebene hat die Aggression gegen die Ukraine das Bestehen einer eklatanten Verfolgungslücke verdeutlicht. Diese sollte sowohl kurzfristig für den Anlassfall, aber auch langfristig für künftige Fälle geschlossen werden. Ersteres könnte durch eine, von der Ukraine mit Nachdruck geforderte, Errichtung einer internationalen Sonderzuständigkeit für das Verbrechen der Aggression erfolgen. Zweiteres erfordert eine Anpassung und eine damit einhergehende Vereinheitlichung des Jurisdiktionsregimes des ISTGH, die Mitgliedstaaten einen institutionellen Schutz vor völkerrechtswidriger Aggression bietet.

June and 3 July–4 August 2017), A/72/10, S. 114, abrufbar unter

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/237/29/PDF/G1723729.pdf?OpenElement> (1.12.2022).

⁸⁸ Draft Art. 7 („Crimes under international law in respect of which immunity *ratione materiae* shall not apply“): 1. Immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance. Vgl. auch Draft Art. 6 („Scope of immunity *ratione materiae*“): 1. State officials enjoy immunity *ratione materiae* only with respect to acts performed in an official capacity. 2. Immunity *ratione materiae* with respect to acts performed in an official capacity continues to subsist after the individuals concerned have ceased to be State officials. 3. Individuals who enjoyed immunity *ratione personae* in accordance with draft article 4, whose term of office has come to an end, continue to enjoy immunity with respect to acts performed in an official capacity during such term of office.

⁸⁹ Vgl. Erklärungen von Mitgliedern der Völkerrechtskommission in Anschluss an die Abstimmung über Draft Art. 7, International Law Commission, Provisional summary record of the 3378th meeting, A/CN.4/SR.3378, S. 9 ff., abrufbar unter

https://legal.un.org/ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3378.pdf (1.12.2022).

⁹⁰ Vgl. z.B. *Reisinger Coracini* (Fn. 33), S. 1069 ff.

⁹¹ Vgl. z.B. die Redebeiträge von Österreich (https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/ilc/27mtg_austria_2.pdf [1.12.2022]), Polen (https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/ilc/26mtg_poland_2.pdf [1.12.2022]) und Slowenien (https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/ilc/26mtg_slovenia_2.pdf [1.12.2022]). Vgl. dazu auch den Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022, S. 5 ff. Auch das niederländische Advisory Committee on Issues of Public International Law hat in seinem Bericht v. 12.9.2022 zu „Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities“ die Anerkennung einer Immunitätsausnahme (*ratione materiae*) für das Verbrechen der Aggression als „either being consistent with international law or contributing to a legal development that already has strong momentum“ bezeichnet (Schlussfolgerung Nr. 8), abrufbar unter <https://t.co/6jYRh323Yp> (1.12.2022).

By Eleni Chaitidou, Den Haag*

This article is based on the presentation of selected developments in the jurisprudence of the International Criminal Court (ICC) given at the 2022 meeting of the “Arbeitskreis Völkerstrafrecht” in Berlin.¹ It discusses decisions of three instances rendered in 2020 and 2021: the confirmation decision against Ali Kushayb and a decision rendered in the situation of the Bolivarian Republic of Venezuela I (pre-trial); the trial judgment and sentencing of Dominic Ongwen (trial); and the appeals judgment regarding the conviction of Bosco Ntaganda (appeal).

The political developments since February 2022 in Ukraine have put the ICC back in the spotlight. However, before this period, the Court has steadfastly fulfilled its mandate and the judges quietly have rendered decisions marking new milestones in the Court’s jurisprudential output.

From the plethora of decisions and judgments, only a very small selection of judicial decisions is presented in this article. As always, the “appetizers” presented in this short overview do not cover all developments that deserve to be discussed here. It is hoped that the interested reader will take this overview as an incentive to seek out further information on the Court’s website. The selection of decisions and proposed key findings reflect the author’s personal choice and preference – any misrepresentation or inaccuracy rests with the author alone. A factsheet introduces the situation or case discussed, thus informing the reader of relevant basic facts.

I. Situation in Uganda,² The Prosecutor v Dominic Ongwen (Trial Chamber IX)³

- 8.7.2005: Warrant of arrest
- 16.1.2015: Transfer Ongwen to the Court
- 23.3.2016: Confirmation of charges
- 6.12.2016–12.3.2020: Trial
- 5.–7.6.2018: Judicial site visit in Uganda
- 4.2.2021: Conviction
- Victims participating: 4,095 (trial)
- Current status: Reparations

* The *author* is a Senior Legal Officer at the Kosovo Specialist Chambers. The views expressed in this article are those of the *author* alone and do not reflect the views of the Kosovo Specialist Chambers. All decisions discussed in this paper can be accessed on the ICC’s website or the website of the Legal Tools Database <https://www.legal-tools.org> (2.12.2022). In 2021, the Court launched its own database in which key findings across the decisions can be searched. The Case Law Database (CLD) is also available on the Legal Tools website.

¹ Previous overviews of the Court’s jurisprudence are available at *Guhr*, ZIS 2008, 367; *Chaitidou*, ZIS 2008, 371; *ead.*, ZIS 2010, 726; *ead.*, ZIS 2011, 843; *ead.*, ZIS 2013, 130; *Eckelmans*, ZIS 2015, 523; *Chaitidou*, ZIS 2016, 813; *ead.*, ZIS 2017, 733; *ead.*, ZIS 2018, 23; *ead.*, ZIS 2018, 73; *Körner*, ZIS 2018, 546; *Chaitidou*, ZIS 2019, 567; *ead.*, ZIS 2020, 551; *ead.*, ZIS 2021, 46.

² The record carries the situation number ICC-02/04.

³ The record carries the case number ICC-02/04-01/15.

Dominic Ongwen was charged with 70 counts of crimes against humanity and war crimes committed by fighters of the Lord’s Resistance Army (“LRA”) between 1 July 2002 and 31 December 2005 in Northern Uganda. At the beginning of the period relevant to the charges, Ongwen was a battalion commander of the Sinia brigade, one of the four brigades of the LRA. Over time, he was promoted by Joseph Kony, the LRA’s undisputed leader, to higher positions and ranks. Ultimately, he was appointed commander of the Sinia brigade. The charges were presented in four clusters: (i) the brutal attacks of LRA fighters subordinate to Ongwen against civilians in four villages: Pajule, Odek, Abok and Lukodi; (ii) Ongwen’s personal responsibility in enslaving, mistreating and sexually abusing seven “wives” distributed to him; (iii) the coordinated and systematic effort to abduct and enslave women and girls in Northern Uganda and to distribute them as “wives” or domestic servants to LRA fighters of the Sinia brigade; and (iv) the coordinated and systematic effort to abduct children under the age of 15 in Northern Uganda and forcing them to serve as LRA soldiers in the Sinia brigade in hostilities.

Ongwen’s trial has attracted a lot of attention, not least because of Ongwen’s very unique biography. He is born in or around 1978 and was abducted in 1987 on his way to school by the LRA and was forcibly integrated as a child soldier into the LRA. He turned from victim to perpetrator in the same armed group that had caused him suffering and provided him a home. These particular circumstances led the Defence to argue exclusionary grounds under Art. 31 of the Rome Statute⁴ and the Court to address them in-depth for the first time.

On 4 February 2021, Trial Chamber IX, presided by Judge Bertram Schmitt, convicted Ongwen for 61 counts of crimes against humanity and war crimes.⁵ On 6 May 2021, the Judges sentenced him, by majority, to 25 years imprisonment.⁶

1. Conviction

With regard to the conviction judgment, only three topics are presented, namely the Chamber’s interpretation of the exclusionary grounds of mental disease or defect, the crimes of forced pregnancy and forced marriage, and the concurrence of certain crimes.

a) Exclusionary Grounds

At the outset, the Chamber clarified that the burden and standard of proof, as set out in Art. 66 (2) and (3), apply equally to the negative finding that grounds of criminal responsibility

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (UN [ed.], Treaty Series, vol. 2187, p. 3). All articles mentioned in this contribution without reference to the legal instrument are those of the Rome Statute.

⁵ ICC (Trial Chamber IX), Trial Judgment of 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15-1762-Red (Ongwen Judgment).

⁶ ICC (Trial Chamber IX), Sentence of 6.5.2021 – ICC-02/04-01/15-1819-Red, Partly Dissenting Opinion of Judge Raul C. Pangalangan, ICC-02/04-01/15-1819-Anx.

are lacking. This means that the Prosecutor must prove that the accused is responsible for the crimes charged and the Court must be convinced of his guilt beyond reasonable doubt.⁷ The Judges further added that the grounds for excluding criminal responsibility must be present at the time of the accused's conduct.

Moreover, the Chamber clarified that raising an alibi is not a ground for excluding criminal responsibility within the meaning of Art. 31, but is assessed as a matter of evidence relating to the accused's presence in a location other than the scene of the crime at the relevant time.⁸

The Defence argued that two grounds for excluding Ongwen's criminal responsibility were applicable, namely mental disease or defect and duress. As to the relationship between the two grounds, the Chamber observed that the two cannot co-exist, as mental disease or defect rests on the incapacity to appreciate the unlawfulness of the nature of the conduct, while duress rests on the conscious choice to engage in conduct that amounts to a crime.⁹

aa) Mental Disease or Defect, Art. 31 (1) (a)

The Defence argued that Ongwen suffered from "severe depressive illness, post-traumatic stress disorder and dissociative disorder (including depersonalization and multiple identity disorder) as well as severe suicidal ideation and high risk of committing suicide", and from "dissociative amnesia and symptoms of obsessive compulsive disorder".¹⁰ At first, the Chamber clarified that the mental disease or defect must have existed at the time of the conduct. To this end, it may draw inferences from the accused's mental state during the proceedings, which must be clearly explained and reliable.¹¹ Whether the legal requirements are fulfilled is determined only by the Chamber which must base its judicial finding on the evidence available.¹² The Judges received forensic reports of six experts and heard five of them;¹³ they also drew upon the witnesses' descriptions of Ongwen's behaviour during the relevant time. On evidence, the Chamber found that there was no support for the existence of a mental disease or defect at the relevant time.¹⁴ Notably, the witnesses heard during trial, in particular Ongwen's "wives", did not indicate any particularity suggestive of symptoms of a mental disease or defect.

bb) Duress, Art. 31 (1) (d)

The Defence further argued that Ongwen acted under duress because he was under "continuing threat of imminent death and serious bodily harm" from Joseph Kony and his military apparatus through strict disciplinary rules, tight supervision of commanders, severe punishments and the assertion of spiritual powers.¹⁵ In the view of the Chamber, the ground of duress has three elements: (i) the existence of a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person; the threat in question may either be made by another person or constituted by other circumstances beyond the person's control; the words "imminent" (i.e. immediately) and "continuing" (i.e. ongoing) refer to the nature of the harm (death or bodily injury), not the threat itself; abstract danger or an elevated probability that a dangerous situation might occur does not suffice; lastly, the threat is assessed at the time of the person's conduct;¹⁶ (ii) the person acts necessarily and reasonably to avoid the threat; not all conceivable actions to avoid the threat, irrespective of considerations of feasibility and proportionality, can be expected; it is relevant what others, in comparable circumstances, were able to necessarily and reasonably avoid the threat;¹⁷ (iii) the person did not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided, the emphasis being on the person's intention, not whether the greater harm was indeed avoided; this is assessed case-by-case.¹⁸

On evidence, the Chamber denied that Ongwen, as higher-level commander, was at the time of the conduct relevant to the charges under any threat of imminent death or physical punishment.¹⁹ To the contrary, the Judges found Ongwen to have taken decisions on the basis of what he thought right or wrong, without consequences, and to have been a source of threats to others.²⁰ He stayed loyal to Joseph Kony and was promoted for his good performance.²¹ The Defence's claim that commanders would be executed for non-obedience of Joseph Kony's orders was also found to be unsupported in evidence.²² Moreover, the Judges denied the existence of a serious threat insofar as Ongwen had attempted to escape the LRA in 2003 without being killed, and that, as evidenced by many other examples, escaping the LRA was common practice without consequences.²³ Lastly, Joseph Kony's alleged spiritual powers were not deemed capable to create or sustain a threat to Ongwen, nor did the evidence reveal that these alleged powers ever played a role for Ongwen.²⁴

⁷ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 231, 2455, 2588.

⁸ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2449.

⁹ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2671.

¹⁰ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2450.

¹¹ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2454.

¹² Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2456.

¹³ Ongwen allowed only the two experts called by the Defence and the Chamber-appointed expert to interview him psychiatrically. The other three experts called by the Prosecutor based their forensic reports on audio-visual and documentary material provided to them and the information contained in the forensic reports of the experts Ongwen agreed to speak with.

¹⁴ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2580.

¹⁵ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2586.

¹⁶ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2581–2582.

¹⁷ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2583.

¹⁸ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2584.

¹⁹ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2591, 2668–2670.

²⁰ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2591–2608, 2666–2667.

²¹ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2659–2665.

²² Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2609–2618.

²³ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2619–2635.

²⁴ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2643–2658.

b) Forced Pregnancy, Art. 7 (1) (g), Art. 8 (2) (e) (vi)

The Chamber held that this crime is grounded in the woman's right to personal and reproductive autonomy and the right to family.²⁵ In the view of the Judges, it does not suffice to punish this crime as a combination of rape and unlawful detention or under the category of "any other form of sexual violence". Rather, this crime has an independent meaning. In a nutshell, the crime depends on the unlawful confinement of a (forcibly made) pregnant woman, with the effect that the woman is deprived of reproductive autonomy.²⁶

aa) Actus reus

The actus reus of the crime, whether as a war crime or crime against humanity, is committed when: (i) the perpetrator confined unlawfully a woman; the woman's physical movement must have been restricted, without requiring a specific qualification (e.g. "severe") or minimum duration;²⁷ (ii) the woman was forcibly made pregnant prior to or during the unlawful confinement without the perpetrator being the one to have forcibly made the woman pregnant;²⁸ the term "forcibly" does not necessarily require physical violence, but may be accepted in case of "threat of force, or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against the woman or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or that the woman made pregnant was a person incapable of giving genuine consent"; it is the existence of coercive circumstances that "undermine the woman's ability to give voluntary and genuine consent".²⁹

bb) Mens rea

The perpetrator must have acted with specific intent affecting the ethnic composition of any population or, in the alternative, carrying out other grave violations of international law, such as "confining a woman with the intent to rape, sexually enslave, enslave or torture her".³⁰ The specific intent does not require that the perpetrator intended to keep the woman pregnant.³¹

c) Forced Marriage, Art. 7 (1) (k)

Ongwen was charged for having forced women to serve as "conjugal partners" to himself and other LRA fighters in his brigade. Like the Pre-Trial Chamber,³² the Trial Judges grounded the penalization of such conduct in the residual provision Art. 7 (1) (k).³³ They explained that, even though

parts of the relevant conduct are captured under other enumerated acts in Art. 7 (1), the "full scope of the culpable conduct" of forced marriage, as well as the impact it has on victims, is not.³⁴

In the view of the Judges, every person has the right to enter a marriage with the free and full consent of another person, thus creating a consensual and contractual relationship. Conversely, forced marriage is the imposition, regardless of the will of the victim, of duties that are associated with marriage, including in terms of exclusivity of the (forced) conjugal union imposed on the victim, as well as the consequent social stigma. In delineating the harm, the Judges drew on the fact that the state of being forcibly married "has also social, ethical and even religious effects", which have a serious impact on the victims' well-being, "as the victims may see themselves as being bonded or united to another person despite the lack of consent". Further, if forced marriage results in the birth of children, this affects equally emotionally and psychologically the victim and their children, beyond the physical effects of pregnancy and childbearing. Lastly, the victims' social environment may see them as the "legitimate" spouse.³⁵ The Chamber concluded that the harm suffered from forced marriage can consist of "being ostracized from the community, mental trauma, the serious attack on the victim's dignity, and the deprivation of the victim's fundamental rights to choose his or her spouse".³⁶ Against this background, the Chamber compared the concept of forced marriage with other related crimes and concluded that it exists independently of them: For example, sexual enslavement criminalizes the perpetrator's restriction or control of the victim's sexual autonomy while held in a state of enslavement, whereas forced marriage does not necessarily involve ownership over the victim, the quintessential element of enslavement. Rape does not involve the imposition of a marital status on the victim that stigmatizes and traumatizes the victim of forced marriage beyond the suffering from rape.³⁷ Lastly, the Chamber clarified that forced marriage is a continuing crime, covering the entire period of the forced conjugal relationship until the moment the victim is freed from it.³⁸

aa) Actus reus

The actus reus of the crime is committed when: (i) the victim, regardless of his or her will, is forced into a conjugal union with another person; (ii) by using physical or psychological force, threat of force or taking advantage of a coercive environment. Importantly, whether the conduct in question constitutes forced marriage under Art. 7 (1) (k) is assessed on the facts of the case.³⁹

²⁵ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2717.

²⁶ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2722.

²⁷ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2724.

²⁸ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2723.

²⁹ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2725.

³⁰ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2727.

³¹ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2728–2729.

³² ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen of 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red, paras 88–95.

³³ Ongwen Judgment (Fn. 5), para. 2748.

³⁴ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2747–2748.

³⁵ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2748.

³⁶ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2749.

³⁷ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2750.

³⁸ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2752.

³⁹ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2751.

bb) Mens rea

The perpetrator must have acted with intent and need not make a value judgment as to the “inhumane” character of the act. In addition, the perpetrator need only be aware of the factual circumstances that established the character of the inhumane act.

d) Concurrence of Crimes

Whereas the Prosecutor had charged Ongwen with 70 counts, the Chamber convicted him only for 61 counts. This is the result of the Chamber’s approach, encouraged by the Appeals Chamber in the Bemba et al. case,⁴⁰ not to retain certain legal qualifications of facts proposed in the charges “on account of impermissible concurrence of crimes”. The Judges conceded that such an impermissibility rule is not contained in the Statute and that cumulative convictions on the basis of the same conduct may be addressed adequately in sentencing.⁴¹ While they accepted cumulative convictions for the same underlying facts on the basis of two provisions that each contain at least one different legal element requiring proof of fact not required by the other, the Judges opined that cumulative convictions may be impermissible, for example if one crime is fully consumed by or is subsidiary to another.⁴²

aa) Permissible concurrence

As regards analogous crimes against humanity and war crimes, namely forced pregnancy, sexual slavery, rape, murder and torture, the Chamber found that the concurrence of analogous crimes against humanity and war crimes is permissible. It followed other Trial Chambers agreeing that the contextual elements, which constitute integral part of the specific crimes, require proof of fact not required by the other. To this argument the Chamber added that also the protection offered by the two sets of crimes is different (crimes against humanity protect the civilian population in times of widespread or systematic attack, war crimes protect persons in times of armed conflict) and that, in terms of protected interests, war crimes and crimes against humanity “complement” each other in the incrimination of the specific crimes.⁴³

As regards the concurrence of rape and sexual slavery, both as crimes against humanity and war crimes, the Chamber found that these crimes contain each an element not contained in the other. With a view to capturing fully the culpability of Ongwen, concurrence of the crimes of rape and sexual slavery on the basis of the same facts is permissible. The Judges explained that while rape requires the invasion of the body of a person by conduct resulting in penetration,

sexual slavery requires that the victim is subjected to any act of a sexual nature, not necessarily rape. At the same time, sexual enslavement requires that the perpetrator exercises powers attaching to the right of ownership over the victim, which is not required for rape.⁴⁴

bb) Impermissible concurrence

As regards the concurrence of the war crime of torture and the war crime of cruel treatment in case of the same underlying facts, the Chamber was of the view that the legal elements of cruel treatment were fully encompassed within the legal elements of torture, with the latter containing an additional constitutive mental element. In these circumstances, the Chamber held that concurrence of crimes, and consequently cumulative convictions, is impermissible, despite the facts fulfilling the legal elements of both crimes.⁴⁵

As regards the concurrence of torture and other inhumane acts as crimes against humanity in case of the same underlying facts, the Chamber recalled the residual character of the crime of other inhumane acts within Art. 7 (1) and that, in light of the established facts, the harm and protected interests were already fully encompassed by the crime of torture. In these circumstances, the Chamber held that concurrence of crimes, and consequently cumulative convictions, is impermissible.⁴⁶

As regards the concurrence of enslavement and sexual slavery as crimes against humanity, the Chamber held, similar to its discussion on the relationship between torture and cruel treatment, that, based on the same facts, the two crimes cannot concur because the crime of enslavement is entirely encompassed in the crime of sexual slavery. Sexual slavery is a specific form of enslavement, as it requires the victim to engage in at least one act of a sexual nature. However, where the victims, while enslaved, were not subjected to sexual abuse, the Chamber convicted Ongwen for the crime of enslavement.⁴⁷

2. Sentencing

After conviction, the Prosecutor requested the Chamber to sentence Ongwen to not less than 20 years imprisonment, considering also Ongwen’s abduction and difficult adolescent years in the LRA. The victims, drawing upon a series of aggravating circumstances, pleaded to sentence Ongwen to life imprisonment; interestingly, they rejected the suitability of traditional methods of restorative justice. Conversely, the Defence highlighted a series of mitigating circumstances and requested a lenient sentence, namely time served, or maximum a sentence of 10 years imprisonment. In addition, the Defence insisted that Ongwen should go through Acholi reconciliation rites, including the Mato Oput ritual that serves to reconcile members of two clans by paying compensation and a ritual of reconciliation intended to prevent killings.

As regards the Acholi traditional justice, the Judges opined that, pursuant to Art. 23 and 77, it does not have a

⁴⁰ ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” of 8.3.2018 – ICC-01/05-01/13-2275-Red, para. 751.

⁴¹ Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2792.

⁴² Ongwen Judgment (fn. 5), para. 2796.

⁴³ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2820–2821.

⁴⁴ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 3037, 3039, 3079.

⁴⁵ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2835, 2893, 2946, 2992.

⁴⁶ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 2837, 2891, 2944, 2990.

⁴⁷ Ongwen Judgment (fn. 5), paras 3051, 3086.

place within the statutory regime as it would contravene the principle of *nulla poena sine lege*. The Chamber stressed that in light of the principle of legality it is precluded from introducing penalties or sentencing mechanisms not otherwise foreseen in the statutory framework.⁴⁸ Besides legal reasons, the Chamber also criticized that the Acholi rituals, the details of which are unclear, were reserved to the members of the Acholi community, thus excluding victims from other ethnic groups.⁴⁹ It rejected the Defence claim that traditional justice mechanisms are readily available in Northern Uganda and supposedly accepted by the victims of the case.⁵⁰ Lastly, the Judges were also attentive to the reservations towards Mato Oput expressed by witnesses with experience in the field and the High Court of Uganda.⁵¹ In light of all the above considerations, the Chamber concluded that in fact non-deferral to traditional justice mechanisms does not run counter the culture of the people of Northern Uganda.⁵²

The Judges, by majority, sentenced Ongwen to 25 years imprisonment, considering as mitigating circumstance Ongwen's abduction and experience as child soldier in the LRA.⁵³ The Majority Judges rejected life imprisonment due to the unique personal situation of Ongwen.⁵⁴

The Chamber rejected the Defence arguments for mitigation stemming from circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility, pursuant to Rule 145 (2) (a) (i) of the Rules of Procedure and Evidence.⁵⁵ As regards Ongwen's current poor health, the Chamber made clear that such considerations are primarily a matter for the enforcement of the imposed sentence. Only in extreme and exceptional circumstances (e.g. the person is terminally ill) could health be taken into account in mitigation.⁵⁶ Likewise, duress as a mitigating circumstance was denied for the same reasons set forth in the conviction judgment.⁵⁷

⁴⁸ ICC (Trial Chamber IX), Sentence of 6.5.2021 – ICC-02/04-01/15-1819-Red (Ongwen Sentence), para. 26. See also ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute” of 8.3.2018 – ICC-01/05-01/13-2276-Red, para. 77.

⁴⁹ Ongwen Sentence (fn. 48), para. 30.

⁵⁰ Ongwen Sentence (fn. 48), paras 35–40.

⁵¹ Ongwen Sentence (fn. 48), paras 32–34.

⁵² Ongwen Sentence (fn. 48), para. 41.

⁵³ Ongwen Sentence (fn. 48), paras 65–83, 88, 392, 395–396.

⁵⁴ Ongwen Sentence (fn. 48), paras 387–391.

⁵⁵ The Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3 and Corr.1, as amended by resolutions ICC-ASP/10/Res. 1, ICCASP/11/Res. 2, ICC-ASP/12/Res. 7, ICC-ASP/15/Res. 5 [provisional rules drawn up by the judges] and ICCASP/17/Res. 2). All rules mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the ICC's Rules of Procedure and Evidence.

⁵⁶ Ongwen Sentence (fn. 48), para. 103.

⁵⁷ Ongwen Sentence (fn. 48), paras 108–112.

The dissenting Judge, while agreeing fully with the individual sentences, disagreed with his colleagues on the length of the joint sentence. He would have sentenced Ongwen to 30 years imprisonment in order to give due weight to the suffering of the victims. In his view, not imposing on Ongwen a life sentence would have taken adequately Ongwen's particular personal situation into account.

Ongwen came into custody of the Court when the authorities of the Central African Republic, acting as the custodial State, received him on 16 January 2015 on the basis of the ICC warrant of arrest. Accordingly, the period between 16 January 2015 and 6 May 2021, when the sentencing decision was rendered, was ordered to be deducted from the total time of imprisonment.⁵⁸ However, the Chamber also exercised its discretion, given in Art. 78 (2), second sentence, and ordered the deduction of the time Ongwen spent in detention between his arrest by the Séléka group on 4 January 2015 and his transfer to the competent authorities of the Central African Republic on 16 January 2015.

II. Situation in the Democratic Republic of Congo,⁵⁹ The Prosecutor v Bosco Ntaganda (Trial Chamber VI)⁶⁰

- 22.8.2006: First warrant of arrest (public on 28.4.2008)
- 13.7.2012: Second warrant of arrest
- 22.3.2013: Surrender to the Court
- 9.6.2014: Confirmation of charges
- 2.9.2015–30.8.2018: Trial
- 8.7.019: Conviction
- Victims participating: 2,129 (trial)
- Current status: Reparations

Bosco Ntaganda, as a high level member of the Union des Patriotes Congolais (“UPC”) and its military wing, the Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (“FPLC”), was convicted for the commission of 18 counts of crimes against humanity and war crimes committed in the context of two attacks in Ituri between 6 August 2002 and 31 December 2003 and was sentenced to 30 years imprisonment.⁶¹ Upon appeal of the Prosecutor and the Defence, the Appeals Chamber handed down its judgment on 31 March 2021 confirming Trial Chamber VI's conviction of Ntaganda.⁶² A handful of key findings are highlighted in the following.

1. Specificity of Charges

The Defence had argued that most of the charges, as confirmed, had been described “at the level of individual criminal acts”, but that the Trial Chamber had convicted Ntaganda

⁵⁸ Ongwen Sentence (fn. 48), para. 401.

⁵⁹ The record carries the situation number ICC-01/04.

⁶⁰ The record carries the case number ICC-01/04-02/06.

⁶¹ See *Chaitidou*, ZIS 2019, 567 (571–574).

⁶² ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled “Judgment” of 30.3.2021 – ICC-01/04-02/06-2666-Red (Ntaganda Appeals Judgment).

for acts not contained in the confirmation decision,⁶³ thus exceeding the facts and circumstances described in the charges. In its view, the criminal acts must be “identified exhaustively” in the document containing the charges (DCC).

At the outset, the Appeals Chamber confirmed that the Pre-Trial Chamber “sets the parameters of the charges by confirming or declining to confirm them in the confirmation decision”. After the charges are confirmed, additional details to the charges can be provided in “auxiliary documents”, or the charges may be modified by means of amendment.⁶⁴ Turning to the case at hand, the Appeals Judges ruled that “the charges must be described in such a way that the trial chamber as well as the parties and participants are able ‘to determine with certainty which sets of historical events, in the course of which crimes under the jurisdiction of the Court are alleged to have been committed form part of the charges, and which do not’”. They agreed that charges may consist of individual acts, but may also be formulated by specifying a period of time, the geographical area, an identifiable group of perpetrators and an identifiable group of victims. If charges are formulated with the help of parameters, then certain individual acts may be included in the DCC, but the scope of the charges is not limited to them; other facts, not described in the DCC, may fall under the scope of the charges, as long as they fall within the parameters.⁶⁵

On the basis of the aforementioned approach, the Appeals Chamber rejected Ntaganda’s complaint that certain individual acts were not part of the “facts and circumstances”, as they had not been individualized in the DCC.⁶⁶ The Appeals Chamber went even further: Where the Pre-Trial Chamber has remained silent on a particular allegation, it cannot be presumed that these factual allegations have been rejected.⁶⁷ According to the Appeals Chamber’s understanding, the Pre-Trial Chamber had “considered evidence of some aspects of the crimes charged and, based on that evidence, confirmed the crimes charged in their entirety”.⁶⁸ In other words, the Pre-Trial Chamber may analyse, on the basis of the evidence presented at the confirmation hearing, only parts of the charges, but confirm them in “their entirety”.

The Appeals Chamber’s findings must be put in context. In the Ntaganda case, the charges, as confirmed by the Pre-Trial Chamber, had been “updated” in a second DCC by the Prosecutor during trial, upon authorization of the Trial Chamber. At the time the Trial Chamber argued that the Prosecutor provided further specifics to the confirmed charges – the Ntaganda Defence would say: added new facts that had not been considered by the Pre-Trial Chamber.⁶⁹ Admit-

tedly, the Appeals Chamber seeks to find a balance between the interests of the accused person to be informed with sufficient detail of the charges and the impossibility in war crime cases to provide neatly all factual details. The Appeals Judges in the Ntaganda case deviated in part from the appeals ruling in the Bemba case that had established, by majority, that only those factual allegations described in the confirmation decision would form the “facts and circumstances” of the charges. Context is key in this regard: While in the Bemba case the charges had been confirmed by the Pre-Trial Chamber broadly, encompassing crimes committed on the entire territory of the Central African Republic for a duration of approximately five months,⁷⁰ the Pre-Trial Chamber in the Ntaganda case had confirmed the charges as specified by parameters, such as the locations (*collectivité*) and specific time periods. Thus, in the Ntaganda case, it can be argued that informing the accused person at trial of individual criminal acts related to known, existing attacks is possible. However, the accused’s rights may be prejudiced when the charges are not further specified by certain parameters and confirmed in this manner.

In addition, the Appeals Chamber’s understanding that the Pre-Trial Chambers conduct their analyses only in relation to “some aspects of the crimes charged” is also rather peculiar. When comparing the DCCs and the confirmation decisions in the Katanga/Ngudjolo, Ntaganda, Bemba et al, Gbagbo, Blé Goudé and the two Kenya cases, it is clear that the Pre-Trial Chambers analysed *all* facts, as presented by the Prosecutor, and did not limit themselves to certain parts of the charges. A partial or selective review of the factual allegations would not conform with the delineating and filter function of the confirmation process. Moreover, the assumption that the Pre-Trial Chamber’s consideration of parts of the evidentiary record for Art. 61 (7) purposes entails that only aspects of the factual allegations underpinning the charges are examined confuses the concept evidence and factual allegations. The Appeals Chamber did also not explain why it accepts that necessary details, in relation to which Ntaganda’s conviction is sought by the Prosecutor, were not included in the DCC at the confirmation stage, but were added only at trial, when viewed in light of its own assertion that the investigation should be largely completed at the confirmation stage.⁷¹

⁷⁰ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), paras 107, 110.

⁷¹ See ICC (Appeals Chamber), Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence” of 13.10.2006 – ICC-01/04-01/06-568, para. 54; ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled “Decision on the confirmation of charges” of 30.5.2012 – ICC-01/04-01/10-514, para. 44, see also ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute of 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul, paras 44–52; ICC (Pre-Trial Chamber II), Corrigendum to Decision on the “Prosecution’s Request to Amend the

⁶³ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda of 9.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309.

⁶⁴ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 325.

⁶⁵ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 326.

⁶⁶ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 332.

⁶⁷ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 335.

⁶⁸ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 336.

⁶⁹ See *Chaitidou* ZIS, 2017, 733 (742).

2. Crimes

a) Contextual Elements of Crimes against Humanity

Crimes against humanity are committed as part of a widespread or systematic attack “directed against any civilian population”, within the meaning of the chapeau of Art. 7 (1). In determining whether the target of the attack was indeed “any civilian population”, all Chambers across instances considered consistently whether the civilian population was the “primary, as opposed to incidental, object of the attack”. On appeal, the Defence challenged that the Trial Judges had not entered a specific finding that the civilian population was indeed the primary object of the attack.

The Appeals Chamber affirmed that the consideration that the civilian population was “primary, as opposed to incidental, object of the attack” is used to explain the circumstances in which an attack may be considered to be directed against the civilian population. In the view of the judges, it is not an additional legal requirement that must be satisfied.⁷² Importantly, what is meant by “primary object of the attack” is simply that the civilian population was targeted. It does not mean that the main aim of the relevant acts was to attack civilians. To the contrary, an attack directed against a civilian population may also serve other objectives or motives. Whether an attack was directed against a civilian population requires a factual assessment that can be undertaken by means of the criteria set out by the ICTY Appeals Chamber in the Kunarac et al. case.⁷³

b) Ordering Displacement of Civilian Population, Art. 8 (2) (e) (viii)

Having regard to the wording of Art. 8 (2) (e) (viii), the Elements of Crimes, and, in the second place, Art. 17 of Additional Protocol II to the Geneva Conventions and Rule 129 (B) of the ICRC’s compilation of customary rules of international humanitarian law, the Appeals Chamber clarified that territorial control over the area by the perpetrator is not required for the war crime of displacement to take place in the context of a non-international armed conflict (“NIAC”).⁷⁴ Notably, the reference to occupied territory in the equivalent crime in the context of an international armed conflict (Art. 8 [2] [b] [viii]) cannot be transposed to the NIAC context. This also means that the civilian population does not need to be

under the perpetrator’s power and control. Rather, whether the perpetrator was able to give effect to an order to displace the civilian population must be assessed on the facts of the case, having due regard to the perpetrator’s “position [...] and his or her duties and responsibilities, including his or her ability to ensure compliance with his or her orders”.⁷⁵

c) Attacks against Protected Objects/Buildings, Art. 8 (2) (e) (iv)

The Prosecutor challenged the Trial Chamber’s interpretation of the law as too narrow when stating that the “attack”, committed during the actual conduct of hostilities, is an “act of violence against the adversary, whether in offence or defence”, without causing damage or harm to the protected object or building. The Appeals Judges were not unanimous on the interpretation of the word “attack” within the meaning of Art. 8 (2) (e) (iv), but rejected, by majority, for various reasons, the ground of appeal presented by the Prosecutor.⁷⁶

3. Criminal Responsibility

Ntaganda was convicted for crimes on the basis of indirect co-perpetration, pursuant to Art. 25 (3) (a). The Defence, while not challenging the concept as such, took issue, inter alia, with the Trial Chamber’s evidentiary discussion related to the elements of the common plan and Ntaganda’s essential contribution. The Appeals Chamber findings confirm earlier key findings rendered in the Lubanga case.

a) Common Plan

The Appeals Judges reiterated that, in the absence of direct evidence, the common plan between co-perpetrators may be inferred from their subsequent concerted action, or “from the wider circumstances, including the events on the ground”.⁷⁷ In their view, the Trial Chamber was therefore correct in relying on evidence of various meetings, specific orders and instructions to the troops, and not only the behaviour of UPC/FPLC members.

b) Essential Contribution

As to whether the essential contribution must be directed to the crime or the common plan, the Appeals Chamber reiterated its Lubanga finding that an accused’s essential contribution must be to the crime for which he or she is responsible, but that “the contribution to the implementation of the common plan more generally may still suffice”. What matters is whether the perpetrator’s contribution “within the framework of the agreement was such that without it, the crime could not

Final Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61 (9) of the Statute” of 21.3.2013 – ICC-01/09-02/11-700-Corr, paras 35–36; ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision Postponing the Date of the Confirmation of Charges Hearing of 6.3.2015 – ICC-02/04-01/15-206, para. 32; ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (c) (i) of the Rome Statute of 3.6.2013 – ICC-02/11-01/11-432, paras 25 and 35; ICC (Pre-Trial Chamber II), Second Decision on Disclosure and Related Matters of 4.4.2019 – ICC-01/14-01/18-163, para. 28.

⁷² Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 418.

⁷³ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 424.

⁷⁴ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), paras 547–550, 564.

⁷⁵ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 559.

⁷⁶ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), paras 1164–1168; Separate opinion of Judge Howard Morrison and Judge Piotr Hofmański on the Prosecutor’s appeal, ICC-01/04-02/06-2666-Red-Anx1; Separate opinion of Judge Solomy Balungi Bossa on the Prosecutor’s appeal, ICC-01/04-02/06-2666-Red-Anx4; Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, ICC-01/04-02/06-2666-Red-Anx5.

⁷⁷ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), paras 918, 922.

have been committed or would have been committed in a significantly different way”.⁷⁸

c) Subjective Element

The Appeals Chamber held that for indirect co-perpetration “the ‘knowledge’ component of *mens rea* includes an awareness on the part of the co-perpetrator of the factual circumstances that enabled him or her, together with other co-perpetrators, to jointly exercise control over the crime”.⁷⁹

III. Situation in Darfur/Sudan,⁸⁰ The Prosecutor v Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman („Ali Kushayb”) – Trial Chamber I⁸¹

- 27.4.2007: First warrant of arrest (public on 28.4.2008)
- 16.1.2018: Second warrant of arrest
- 9.6.2020: Voluntary surrender to the Court
- 15.6.2020: Severance from Ahmed Muhammad Harun case
- 9.7.2021: Confirmation of charges
- 5.4.2022: Commencement of trial
- Victims participating: 151
- Current status: Trial

The accused, nicknamed Ali Kushayb, and alleged to be a senior leader of the Janjaweed militia in the Wadi Salih and Mukjar localities, was charged with 31 counts of crimes against humanity and war crimes committed by Janjaweed fighters, together with members of the Sudanese armed forces, police and other auxiliary forces, between August 2003 and March 2004 in Darfur/Sudan. Specifically, the charges concern three attacks on (i) Kodoom, Bindisi and surrounding areas (15–16 August 2003); (ii) Mukjar (late February to beginning March 2004); and (iii) Deleig and surrounding areas (5–7 March 2004). In the following pages, some selected key developments at the pre-trial stage are presented.

1. Confirmation Decision

On 9 July 2021, Pre-Trial Chamber II confirmed the charges against Ali Kushayb.⁸² The key findings of the confirmation decision are summarised in what follows.

a) Charges

The Defence had argued that the Prosecutor was prevented from adding in the DCC charges that had not been mentioned in the warrants of arrest. The Pre-Trial Chamber clarified, as others before it, that the Prosecutor is “not bound by the charges as formulated in the warrant(s) of arrest”.⁸³ The

wording of the Pre-Trial Chamber is somewhat unfortunate as the warrant of arrest under the Rome Statute does not contain the “charges”, but allegations of crimes for which a person is sought to be arrested. The charges are formulated in the DCC at the confirmation stage, limiting the Prosecutor’s amendment powers. That being said, the Pre-Trial Judges are correct in arguing that the Prosecutor is entitled to continue investigating after the issuance of the warrant(s) of arrest, with the possibility to redefine the precise nature and contours of the charges.⁸⁴

The Pre-Trial Chamber also accepted the reference to “surrounding areas” to be sufficiently precise as the victims, targeted in the towns identified, were either fleeing these locations or were transported from there to other locations where they were allegedly executed.⁸⁵

Further, the Pre-Trial Chamber confirmed that alternative forms of criminal responsibility are, in principle, permissible and do not per se prejudice the person charged, as long as the “DCC specifies the charged acts and conduct of the suspect in relation to each alternative form of criminal responsibility”.⁸⁶ Nevertheless, the Chamber only retained one or two forms of criminal responsibility per attack, on the basis that it was not “necessary” to entertain other forms of criminal responsibility.⁸⁷

b) Reasoning of Confirmation Decision

The Pre-Trial Chamber emphasized that it “must engage in an overall assessment of the entire evidentiary basis relied upon by the Prosecutor, including with a view to detecting inconsistencies, ambiguities, contradictions or other weaknesses which would result in the allegations not being supported to the relevant standard”.⁸⁸

As regards the level of sufficient reasoning, the Pre-Trial Judges opined that, in contrast to Art. 74 (5) for judgments on the innocence and guilt of the accused, the Statute does not contain a similar provision in respect of Art. 61 (7) decisions. Nevertheless, the adequacy of the reasoning is to be “assessed against the specificity, the rigour and the clarity of the formulation of the findings made by the Chamber”.⁸⁹

c) Mistake of Law

The Defence alleged that Ali Kushayb had not been trained in international humanitarian law (“IHL”), Sudanese law made it a capital offence to support the rebels, and he acted upon orders of Ahmed Harun, former Minister of Interior of Sudan. In other words, because of Sudanese law, and/or orders from Ahmed Harun, Ali Kushayb assumed that he was obliged to attack the civilian population, thus excluding his criminal responsibility pursuant to Art. 32 (2) and 33. The Chamber responded by saying that the majority of crimes do not re-

⁷⁸ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 1041.

⁷⁹ Ntaganda Appeals Judgment (fn. 62), para. 1045.

⁸⁰ The record carries the situation number ICC-02/05.

⁸¹ The record carries the case number ICC-02/05-01/20.

⁸² ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’) of 9.7.2021 – ICC-02/05-01/20-433-Corr (Ali Kushayb Confirmation Decision).

⁸³ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 23.

⁸⁴ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 23.

⁸⁵ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 25.

⁸⁶ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 29.

⁸⁷ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), paras 95, 105, 114.

⁸⁸ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 39.

⁸⁹ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 40.

quire that the perpetrator make a *legal* evaluation of the status of victims, but require only that the “perpetrator was aware of the factual circumstances that establish the protected status of the persons or objects that are the subject of these crimes”.⁹⁰ The Judges observed that, in any event, Ali Kushayb was only required to be aware that the “notion of ‘civilian’ relates to someone who is not involved in military matters and does not engage in acts of warfare”.⁹¹ As to the Defence claim that he was not sufficiently trained in IHL, or that he followed orders, the Chamber remained unconvinced on evidence.⁹² Consequently, it rejected the argument of mistake of law and superior orders.

d) *Co-Perpetration: Common Plan*

Ali Kushayb was charged with co-perpetration for crimes committed in Mukjar and Deleig, within the meaning of Art. 25 (3) (a). More specifically, the common plan was labelled “Mukjar common plan” and “Deleig common plan”, thus specifying it geographically and temporally. Nevertheless, the target of the common plan was the same as well as the actors involved in the execution of the common plan. The Pre-Trial Chamber agreed that it is possible for the Prosecutor to define the common plan in respect of each of the charged incidents, in this case Mukjar and Deleig.⁹³

e) *Identity of Ali Kushayb*

Since his initial appearance, Ali Kushayb denied that he is called by that name and insisted to be referred to as Mr Abd-Al-Rahman. This is of significance, as all Court documents, including the two warrants of arrest, and evidence contain this name. Having heard the parties and received evidence on the link between the suspect and the name Ali Kushayb, the Pre-Trial Chamber was convinced that the name Ali Kushayb was attributable to the person in the custody of the Court who refers himself as Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman. It relied on witness testimonies making a strong connection between the person and the nickname, the fact that he appeared voluntarily before the Court without claiming mistaken identity, and a video in which the accused introduces himself as Ali Kushayb.⁹⁴

2. *Transmission of Case File to Trial*

The Pre-Trial Chamber, while acknowledging that Ali Kushayb is entitled to receive the confirmation decision in Arabic, the language he fully understands and speaks, varied the time limit for the Defence to request, if it so wishes, leave to appeal the confirmation decision. That being said, the Judges nevertheless ordered that the case file be transmitted to the Presidency so that a Trial Chamber be constituted and

trial preparations start.⁹⁵ While it is understandable that the transfer of the case take place as soon as possible, the constitution or operation of the Trial Chamber, while the Pre-Trial Chamber is also competent to decide on an Art. 82 (1) (d) request, raises questions. A competence in parallel of a trial and pre-trial chamber on aspects of the case is foreseen only in the narrowly defined situation described in Art. 61 (11). In the present instance, the Pre-Trial Chamber proprio motu extended its competence in the confirmation decision.

The Presidency constituted Trial Chamber I and assigned it with the case on 21 July 2021.⁹⁶ Judge Korner, who is presiding, is joined by Judge Alapini-Gansou and Judge Alexis Windsor.

3. *Leave to Appeal and Reconsideration*

After having received the translation of the confirmation decision in Arabic, the Defence and the Prosecutor requested on 3 and 6 September 2021, respectively, reconsideration and leave to appeal the confirmation decision, pursuant to Art. 82 (1) (d). With decision dated 15 November 2022, the Pre-Trial Chamber rejected all requests.⁹⁷

As to the reconsideration requests, the Pre-Trial Chamber dismissed them in limine based on the argument that it had retained its competence only in relation to a possible request for leave to appeal, as stipulated in the confirmation decision.⁹⁸

As regards the requests for leave to appeal, the Pre-Trial Chamber rejected all issues presented by the parties. However, it is worth reading what the Judges added as afterthought after the discussion on Art. 82 (1) (d). The Chamber’s starting point is that decisions challenged under Art. 82 (1) (d) must be interlocutory in nature in the sense that, “should they be found flawed only in the context of an appeal against the final judgement, [they] would adversely impact the proceedings and possibly affect their outcome”.⁹⁹ In their view, the confirmation decision is not interlocutory, but final in nature and, for this reason, not subject to appeals under Art. 82 (1) (d).¹⁰⁰ This is based on the understanding that the factual findings of the Pre-Trial Chamber are final, as opposed to the Pre-Trial Chamber’s evidentiary discussion and conclusions.¹⁰¹ Lastly, the prompt assignment of the case to a Trial Chamber after confirmation of the charges and the principle

⁹⁵ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), paras 115–116.

⁹⁶ ICC (The Presidency), Decision constituting Trial Chamber I and referring to it the case of The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’) of 21.7.2021, ICC-02/05-01/12-440.

⁹⁷ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on requests for reconsideration, leave to appeal the confirmation decision and related matters (ICC-02/05-01/20-438-Conf, ICC-02/05-01/20-448, ICC-02/05-01/20-457, ICC-02/05-01/20-465, ICC-02/05-01/20-466-Conf) of 15.11.2021 – ICC-02/05-01/20-517 (Decision on Reconsideration).

⁹⁸ Decision on Reconsideration (fn. 97), para. 11.

⁹⁹ Decision on Reconsideration (fn. 97), para. 47.

¹⁰⁰ Decision on Reconsideration (fn. 97), paras 46 et seq.

¹⁰¹ Decision on Reconsideration (fn. 97), para. 49.

⁹⁰ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 76.

⁹¹ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), para. 77.

⁹² Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), paras 78–85.

⁹³ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), paras 42–44.

⁹⁴ Ali Kushayb Confirmation Decision (fn. 82), paras 53–60.

of expeditiousness militate against the conclusion that confirmation decisions are appealable under Art. 82 (1) (d).¹⁰² Interpreting Art. 82 (1) (d) in this manner goes against the actual wording of the provision (which does not contain any limitation as to appealable decisions) and the case-law of the Pre-Trial Chambers. The Judges of the Pre-Trial Chambers have been acutely aware of the risk to delay proceedings if requests for appeal were granted. This is evidenced by their recurring reminders that, considering the travaux préparatoires, the remedy is restrictive, and reflected in the fact that only twice, in the Gbagbo and Mbarushimana cases, Pre-Trial Chambers have authorised the parties to appeal the confirmation decision. A clarification of non-appealability in the Court's legal texts could be useful, if this was the wish to the legislator, but is not necessary.

4. Amendment of Charges

Having been denied reconsideration and the right to appeal, the Prosecutor sought an amendment of the charges through Art. 61 (9) to increase the number of victims of the murder charges, having investigated the allegations further after the DCC had been submitted. This request was also rejected by decision on 14 March 2022.¹⁰³ Relying on the recent Ntaganda Appeals judgment that in the confirmation decision only some "aspects of the crimes charged" need to be discussed and that criminal acts not mentioned in the DCC may still fall within the facts and circumstances of broadly described charges, the Judges confirmed that they had analysed only what is necessary to show the line of reasoning.¹⁰⁴ They explained that the numbers of murders and rapes indicated in the confirmation decision are not limitative or definitive, and do not prevent alleging further victims beyond those specifically mentioned.¹⁰⁵ It seems the Pre-Trial Chamber views any changes to the number of victims (within the geographical and temporal parameters of the broadly described charges) as a precision of the charge and not an amendment. That being said, it must be ensured that the accused person must be given prompt notice of the content and scope of the charges, either by the Pre-Trial Chamber through the confirmation decision or the Prosecutor by way of auxiliary documents.¹⁰⁶

This decision is contrary to the approach in the Al Hassan case where the Pre-Trial Chamber authorised the adding of factual allegations related to existing charges.¹⁰⁷

IV. Situations in the Bolivarian Republic of Venezuela I & II (Pre-Trial Chamber I)¹⁰⁸

- 27.9.2018: First referral
- 13.2.2020: Second referral
- Current status: investigation/preliminary examination

Six States Parties (Argentina, Canada, Colombia, Chile, Paraguay and Peru) referred the situation concerning the Bolivarian Republic of Venezuela I to the Prosecutor on 27 September 2018, alleging the commission of crimes against humanity by State security forces and groups aligned with the Venezuelan Government on the territory of Venezuela since 12 February 2014. On 13 February 2020, the Prosecutor received a second referral from the Government of Venezuela alleging the commission of crimes against humanity as a result of the application of unlawful coercive measures adopted unilaterally by the Government of the United States of America against Venezuela at least since 2014.

In relation to the first referral, the Government of Venezuela approached the Pre-Trial Chamber with the request to exercise its judicial control over the Prosecutor's preliminary examination and to, inter alia, (i) grant Venezuela access to material and information available to the Prosecutor and (ii) assess whether the Prosecutor engaged sufficiently with the Government of Venezuela in a constructive dialogue.¹⁰⁹

The Pre-Trial Chamber rejected Venezuela's request by decision dated 14 June 2021,¹¹⁰ arguing that prior to the Prosecutor's decision under Art. 53 (1), the Pre-Trial Chamber does not have any authority to exercise judicial control over the Prosecutor's conduct of the preliminary examination, neither on the basis of Art. 15, 53 and 18, Regulation 46 (2) of the Regulations of the Court, nor on the basis of extra-statutory powers.¹¹¹ Rather, the Judges suggested that the Prosecutor maintain a "meaningful dialogue with Venezuela, in line with the complementary principle, during the preliminary examination and beyond, as the case may be".¹¹²

This decision, which is the second of its kind, stands somewhat in contrast with the general approach taken by Pre-Trial Chamber III in the situation in the Central African Republic in 2006. The Central African authorities similarly had

¹⁰⁸ The record related to the first referral carries the situation number ICC-02/18. The record related to the second referral carries the situation number ICC-01/20.

¹⁰⁹ ICC (Registry), Transmission of Documents Received from the Authorities of the Bolivarian Republic of Venezuela on 9 July 2021 of 13.7.2021 – ICC-02/18-14, with Annex 1, confidential, and Annexes 2–4, public.

¹¹⁰ ICC (Pre-Trial Chamber I), Public Redacted Version of "Decision on the 'Request for judicial control submitted to the Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court by the Bolivarian Republic of Venezuela pursuant to Articles 15 and 21.3 of the Statute and Rule 46.2 of the Rules of the regulations of the Court'" of 14.3.2021 – ICC-02/18-9-Red. (Venezuela Decision). The decision was made public on 2.3.2022.

¹¹¹ Venezuela Decision (fn. 110), paras 11–15.

¹¹² Venezuela Decision (fn. 110), para. 20.

¹⁰² Decision on Reconsideration (fn. 97), para. 50.

¹⁰³ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision on the Prosecution's application to amend the charges of 14.3.2022 – ICC-02/05-01/20-626 (Ali Kushayb Amendment Decision).

¹⁰⁴ Ali Kushayb Amendment Decision (Fn. 103), para. 17.

¹⁰⁵ Ali Kushayb Amendment Decision (Fn. 103), paras 18–23.

¹⁰⁶ Ali Kushayb Amendment Decision (Fn. 103), paras 25–26.

¹⁰⁷ ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision on the Applicable Procedure following the Prosecutor's Filing of Her Request for Corrections and Amendments of the Decision to Confirm the Charges of 21.2.2020 – ICC-01/12-01/18-608-Red-tENG.

approached the Pre-Trial Chamber requesting that they be provided with an update about the status of the preliminary examination which, at the time, had been ongoing for two years. Pre-Trial Chamber III had decided at the time that the preliminary examination conducted by the Prosecutor must be concluded within a reasonable time from the receipt of the referral. Since no information had been given to the referring State, the Chamber requested the Prosecutor to give an estimate when the preliminary examination will be concluded and when a decision whether to open an investigation will be taken.¹¹³

On 3 November 2021, the Prosecutor announced that he would open an investigation into the situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I. The preliminary examination regarding the situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II is still ongoing.

¹¹³ ICC (Pre-Trial Chamber III), Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic of 30.11.2006 – ICC-01/05-6.

Ein Glücksfall – Die Cour Pénale Spéciale in der Zentralafrikanischen Republik Aufbau, Arbeit und Kontext eines hybriden Strafgerichts*

Von Prof. Dr. Volker Nerlich, Berlin/Bangui, Stefan Waespi, Bangui**

Die Cour Pénale Spéciale (CPS) ist ein zentralafrikanisches Gericht, das 2015 zur strafrechtlichen Aufarbeitung schwerster Völkerrechtsverbrechen, die in der Zentralafrikanischen Republik seit 2003 begangen wurden, gegründet wurde. Es handelt sich um ein hybrides bzw. internationalisiertes Gericht, in dem zentralafrikanische und internationale Richterinnen und Richter und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zusammenarbeiten. Der vorliegende Beitrag stellt die rechtlichen Grundlagen, Aufbau und Funktionsweise der CPS dar, fasst die bisher durchgeführten Ermittlungen und Fälle zusammen und weist auf Herausforderungen hin, die die Arbeit des Gerichts beinträchtigen könnten. Auch das Verhältnis der CPS zur vor kurzem gegründeten zentralafrikanischen Wahrheitskommission, zu anderen innerstaatlichen Gerichten sowie zum Internationalen Strafgerichtshof, der ebenfalls Völkerrechtsverbrechen in der Zentralafrikanischen Republik untersucht, wird analysiert. Dabei erweist sich, dass die CPS ein großes Potential hat, einen wichtigen Beitrag zur Ahndung schwerster Straftaten zu leisten, und ein Vorbild für strafrechtliche Reaktionen auch in anderen Konflikten sein könnte.

I. Die Cour Pénale Spéciale (Stefan Waespi)

1. Einleitung

Die Cour Pénale Spéciale (CPS), bei der wir beide als internationale Magistrate arbeiten, hat zur Aufgabe, die seit 2003 in der Zentralafrikanischen Republik (ZAR) begangenen internationalen Verbrechen wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen oder Völkermord zu untersuchen und in fairen Gerichtsverfahren zu beurteilen.

Dass die CPS, die 2015 innerhalb kürzester Zeit nach den gewaltsamen Wirren von 2013/2014 mit großzügiger Hilfe der internationalen Gemeinschaft von Parlament und Exekutive geschaffen wurde, überhaupt existiert, ist ein Wunder, und kein kleines. Die Voraussetzungen für eine Erfolgsgeschichte der CPS sind meines Erachtens ideal:

- Die rechtlichen Grundlagen (CPS-Gesetz,¹ Verfahrensordnung,² Internes Reglement³) sind für ein hybrides Tribunal „state of the art“ und erlauben pragmatische Lösungen.

* Die folgenden Äußerungen spiegeln die persönliche Meinung der beiden Verfasser wider. Der Beitrag ist die schriftliche Fassung der Vorträge, die die Verfasser in der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht vom 6. und 7. Mai 2022 in Berlin gehalten haben. Der Vortragsstil wurde beibehalten; hinzugefügt wurden Belege und aktualisierte Informationen.

** Prof. Dr. Volker Nerlich ist Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin und seit November 2021 Richter an der Rechtsmittelkammer der Cour Pénale Spéciale; zuvor war er am IStGH und an den ECCC tätig. Stefan Waespi war Senior Trial Attorney am Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien, ICTY (Den Haag), und Staatsanwalt des Bundes (Bern); seit Januar 2021 ist er Internationaler Untersuchungsrichter am CPS.

- Die institutionelle Aufstellung mit den Untersuchungs-, Beschwerde-, Straf- und Berufungskammern, der Sonderstaatsanwaltschaft und der Gerichtsadministration ist ebenso zweckmäßig wie die Gebäude und Büros.
- Die hybride Natur des CPS mit einer Mischung von internationalem und nationalem Personal ist nicht nur auf dem Papier ideal. Als kardinal hat sich zudem erwiesen, dass in allen Abteilungen eine Handvoll international rekrutierter, von UNDP bezahlter, exzellenter juristischer und polizeilicher Berater arbeiten, die bisher den Karren gezogen haben.
- Die CPS verfügt über eine eigene polizeiliche Ermittlungsabteilung, die auch unsere Haftbefehle vollzieht, wovon andere Kriegsverbrechertribunale nur träumen können (zu den Herausforderungen, die sich in dieser Hinsicht auch für die CPS stellen, siehe unten).
- Es gibt es ein großes Potential an Beweismitteln, oft exzellent aufbereitet durch UN und NGOs – eine ideale Ausgangslage für unsere Ermittlungen.⁴
- Der CPS wird eine großzügige Finanzierung und Unterstützung durch die nationale und internationale Gemeinschaft zuteil.
- Die CPS steht in Kontakt mit diversen nationalen Strafvollzugsbehörden und insbesondere dem IStGH; namentlich die Zusammenarbeit mit letzterem hat ein enormes Potential, das noch ausgeschöpft werden muss.
- Die CPS genießt eine breite Akzeptanz und den Goodwill der Bevölkerung – im Gegenzug stellt diese aber auch hohe Erwartungen an die CPS!

2. Grundlagen

Seit Jahren schlingert die ZAR durch Krisen, Aufstände und bewaffnete Konflikte, mit desaströsen Folgen für die Zivilbevölkerung.⁵ Als Hauptakteure und Täter gelten Angehörige

¹ Loi Organique N° 15-003 portant creation, organisation et fonctionnement de la Cour Pénale Spéciale en République Centrafricaine v. 3.6.2015, abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/fd284b/> (16.12.2022).

² Loi Organique N° 18-010 portant Règlement de Procédure et de Preuve devant la Cour Pénale Spéciale de la République Centrafricaine v. 2.7.2018, abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/f2t8zd/> (16.12.2022).

³ Règlement intérieur v. 22.10.2018, das v.a. unsere interne Administration des Gerichts regelt.

⁴ Insbesondere der im Mai 2017 publizierte Report of the Mapping Project documenting serious violations of international human rights and international humanitarian law committed within the territory of the Central African Republic between January 2003 and December 2015 der Vereinten Nationen (UN Mapping Report, 2017) bietet eine umfassend dokumentierte Zusammenstellung und Analyse.

⁵ Vgl. beispielsweise den UN Mapping Report (Fn. 4) oder den kürzlich publizierten Bericht der Fédération Internatio-

der sog. Anti-Balaka- und Seleka-Milizen sowie der regulären Armee- und Polizeieinheiten der ZAR. Überdies sind bewaffnete Elemente insbesondere benachbarter Staaten aktiv, dazu solche russischer Herkunft. Hinzu kommen die diversen im Rahmen der MINUSCA eingesetzten UN-Blauhelmkontingente. All diese Akteure unterliegen grundsätzlich der Zuständigkeit der CPS.⁶

Gegründet wurde die CPS durch das bereits erwähnte CPS-Gesetz vom 3. Juni 2015, keinen Monat nachdem das „Bangui Forum zur nationalen Versöhnung“ die Kreation diverser Mechanismen von „transitional justice“ empfohlen hatte.⁷ Operativ ist das Gericht seit dem 18. Oktober 2018, an dem auch das fünfjährige Mandat begonnen hat, das „bei Bedarf“ verlängert werden kann.⁸ Die CPS ist ein nationales Gericht, das nationales Recht anwendet, d.h. konkret die ihr maßgeschneiderte Verfahrensordnung vom 2. Juli 2018⁹ sowie die materiellen Strafnormen des Strafgesetzbuches vom 6. Januar 2010.¹⁰ Darüber hinaus regelt das CPS-Gesetz in den Art. 54–58 explizit den Bereich „Täterschaft und Teilnahme“, namentlich auch mit der Einführung der Vorgesetztenverantwortung ins nationale Recht. Zudem „kann“ sich der CPS – allerdings eigentlich nur unter gewissen Voraussetzungen – auf das sich auf internationalem Niveau etablierte materielle und prozedurale Recht berufen.¹¹

Die hybride Natur der CPS äußert sich neben der zu großen Teilen internationalen Finanzierung und seiner für ein spezialisiertes Kriegsverbrechertribunal klassischen Struktur insbesondere in der sowohl nationalen als auch internationalen Herkunft des Personals, namentlich der Magistratinnen und Magistraten sowie den Beraterinnen und Beratern,¹² die in allen Bereichen des Gerichts „hybrid“ vertreten sind.

3. Aufbau

Die CPS basiert auf dem zentralafrikanischen und damit letztlich auf dem französischen prozeduralen Strafjustizsystem,

nale pour les Droits Humains (FIDH), *Quelle justice en République centrafricaine? Etat et enjeu de la complémentarité entre mécanismes nationaux et internationaux*, Oktober 2022, N° 799f, mit einem konzisen Überblick.

⁶ Art. 4 CPS-Gesetz.

⁷ Vgl. Bericht des VN-Generalsekretärs zur Situation in der Zentralafrikanischen Republik v. 29.7.2015, S/2015/576, Nr. 2 und 51.

⁸ Art. 70 CPS-Gesetz.

⁹ Grundlage auch der Verfahren vor dem CPS bleibt allerdings die normale Prozessordnung in Strafsachen (Code de procédure pénale centrafricaine v. 6.1.2010); vgl. Art. 5 CPS-Gesetz.

¹⁰ Vgl. insbesondere die Art. 152 (Völkermord), Art. 153 (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) sowie Art. 154–156 (Kriegsverbrechen).

¹¹ Art. 3 Abs. 4 CPS-Gesetz.

¹² Es handelt sich meist um Rechtsberaterinnen und -berater (Art. 52 der Verfahrensordnung der CPS), die zurzeit aus Burkina Faso, mehrere aus der Demokratischen Republik Kongo und Frankreich sowie aus der Schweiz kommen und von UNDP rekrutiert und bezahlt werden.

auch die Gerichtssprache ist Französisch.¹³ Das Gericht besteht zunächst aus vier Kammern: Es sind dies 1. die Untersuchungskammer (Chambre d’instruction), in der auf drei „cabinets“ aufgeteilt insgesamt sechs Untersuchungsrichterrinnen und -richter arbeiten; 2. die Beschwerdekammer (Chambre d’accusation spéciale), welche die Verfügungen der Untersuchung-Cabinets überprüft; 3. die Strafkammer (Chambre d’assises); sowie 4. die Rechtsmittelkammer (Chambre d’appel). Dazu kommt die siebenköpfige Sonderstaatsanwaltschaft (Parquet Spécial), welche in einer Art Klammerfunktion im Rahmen von Vorermittlungen zunächst die Verfahren anstößt und dann – nach abgeschlossener Ermittlung und Zulassung einer Anklage durch ein Untersuchungs-Cabinet – auch wieder als klassische Anklagevertretung vor Gericht auftritt. Die Gerichtsadministration (Greffes) verfügt über die üblichen Dienste, darunter eine Zeugen- und Opferschutzabteilung und eine kleine Kommunikationseinheit.¹⁴ Dazu gesellt sich die polizeiliche Ermittlungsabteilung (Unité Spéciale de Police Judiciaire, USPJ), die zurzeit 18 Ermittlerinnen und Ermittler umfasst, darunter eine technisch-forensische Einheit. Die Verteidigung ist im „Corps spécial d’avocats“ organisiert.

Die in den vier Kammern, der Sonderstaatsanwaltschaft und der Gerichtskanzlei tätigen insgesamt elf internationalen Magistratinnen und Magistraten¹⁵ kommen zurzeit aus Ägypten, Belgien, Burkina Faso (zwei), der Demokratischen Republik Kongo, Deutschland (zwei), Frankreich, Madagaskar und der Schweiz (zwei) und werden von ihren Entsendeländern auch bezahlt.¹⁶ Das hat zusammen mit der sehr schlanken Struktur zur Folge, dass das Budget der CPS im Vergleich zu anderen hybriden Gerichten sehr klein ist.¹⁷

4. Ermittlungen

Wie erwähnt führt die Sonderstaatsanwaltschaft eine Vorermittlung durch, welche in der Regel nach ca. einem Jahr in eine Überweisungsverfügung (Réquisitoire introductif) mündet, die zusammen mit dem bereits umfangreichen Dossier, das u.a. die Protokolle in der Regel von der USPJ einvernommener Zeuginnen und Zeugen enthält, an die Untersu-

¹³ Sowohl der FIDH-Bericht (Fn. 5), S. 18, 20, als auch *Ainley Kersten*, *Dakar Guidelines on the Establishment of Hybrid Courts*, 2019, S. 107, enthalten hilfreiche Organigramme.

¹⁴ Vgl. Organigramm der Gerichtsadministration auf S. 20 des FIDH-Berichtes (Fn. 5).

¹⁵ Die zweite internationale Stelle in der Chambre d’accusation spéciale und eine der Magistratspositionen bei der Sonderstaatsanwaltschaft sind derzeit vakant.

¹⁶ Die kompetitive Rekrutierung für diese Positionen wird gemeinsam von der MINUSCA und UNDP durchgeführt. Dieses Finanzierungsmodell hat allerdings zur Folge, dass das Rekrutierungspotential des CPS auf die wenigen Länder beschränkt bleibt, welche zu Sekundierungen von Magistratinnen und Magistraten bereit sind. Die Praxis zeigt, dass diesen Pool kompetenter Kandidatinnen und Kandidaten ganz erheblich einschränkt.

¹⁷ Die Gehälter der insgesamt elf nationalen Magistraten werden vom zentralafrikanischen Staat übernommen.

chungskammer geht.¹⁸ Das damit betraute Cabinet beginnt dann mit seiner Untersuchung, der „Instruktion“, und zwar „à charge et à décharge“. Die reichlich vorhandenen öffentlich zugänglichen Berichte insbesondere von diversen UN-Kommissionen¹⁹ und NGOs²⁰ bilden eine ideale Grundlage. In der Folge ist es allerdings weit schwieriger, die Zusammenarbeit der jeweiligen Institutionen zu gewinnen – aus durchaus nachvollziehbaren Gründen –, um etwa die Kontaktdaten von Zeuginnen und Zeugen zu erhalten. Dies geschieht in der Regel im Rahmen von Rechtshilfeersuchen, neben den Einvernahmen von Opfern und anderen Zeuginnen und Zeugen, unserem wichtigsten Ermittlungsinstrument. Neben internationalen Ersuchen – z.B. auch an einen europäischen Staat, der qua Weltrechtsprinzip ein in der Diaspora lebendes ehemaliges Mitglied der notorischen Präsidentengarde verhaftet hat – sind die Ersuchen an unsere eigene nationale Ermittlungseinheit USPJ, die ich als sehr kompetent erachte, von großer Bedeutung. Die USPJ, angeleitet von zwei ausgezeichneten „conseillers d’enquête“ aus Burkina Faso und der Demokratischen Republik Kongo, nehmen u.a. forensische Abklärungen am Tatort vor, führen Einvernahmen gerade in Situationen durch, wo wir Magistraten uns aus diversen Gründen nur schwer bewegen können, und vollziehen insbesondere unsere Haftbefehle.

Die hybride Natur des CPS sieht vor, dass mein nationaler Kollege und ich „en collègue“ arbeiten, also jede Ermittlungshandlung gemeinsam durchführen. Ich finde dieses System sehr zweckmäßig, mein Kollege verfügt nicht nur sprachlich und kulturell über den Zugang zu den Opfern, sondern kennt als ehemaliger „Doyen des Magistrats“ in Bangui auch die Winkelzüge des meines Erachtens etwas formalistischen prozeduralen Systems. Ich bringe meine Expertise und Ideen bei den Ermittlungen solcher relativ komplexen Sachverhalte sowie die Kenntnis des materiellen Rechts ein, sodass wir uns ideal ergänzen.

Zurzeit²¹ werden in der Untersuchungskammer insgesamt 14 durch die Sonderstaatsanwaltschaft zugewiesene Ermittlungsdossiers bearbeitet. Dazu kommen allerdings noch knapp 40 direkte Klagen von einer potentiellen „partie civile“,²² davon eine – in meinem Cabinet anhängige – „Sammelklage“ mit allein 519 Opfern von Vergewaltigung, Tötung und Plünderung. Diese individuellen Klagen müssen von den Cabinets genauso behandelt werden, wie die von der Sonderstaatsanwaltschaft vorermittelten und überwiesenen Fälle. Die Untersuchung wird bei Vorliegen ausreichender Beweise mit einer

¹⁸ Bei der Sonderstaatsanwaltschaft gingen seit 2019 237 Klagen von Opfern ein, davon 77 im Jahre 2021 (Stand: Dezember 2021; Quelle: Bulletin d’information de la Cour Pénale Spéciale, Dezember 2021).

¹⁹ Der UN Mapping Report (Fn. 4) ist eine umfassende Sammlung und Analyse von Verletzungen insbesondere des humanitären Völkerrechts in den für den CPS relevanten Jahren 2003–2015.

²⁰ Zum Beispiel die diversen Berichte von Human Rights Watch.

²¹ Stand: 15.10.2022.

²² Art. 74 Verfahrensordnung – eine Art Nebenklage.

Überweisungsverfügung (Ordonnance de renvoi)²³ an die Strafkammer abgeschlossen.

Zurzeit²⁴ befinden sich insgesamt 15 Personen in Untersuchungshaft, die maximal drei Jahre dauern darf und jederzeit gerichtlich überprüft werden kann.²⁵

5. Fälle

Die laufenden Fälle sind dem Untersuchungsgeheimnis unterworfen. Die Verbrechen, die zurzeit in unserem ersten Prozess verhandelt werden, der gerade erst am 19. April 2022 begonnen hat,²⁶ sind allerdings sehr charakteristisch für unsere „crime base“. Im Verfahren gegen drei Angehörige der bewaffneten Miliz „3R“ geht es um ein Massaker an der Zivilbevölkerung in den beiden Dörfern Lemouna und Koundjili im Nordosten des Landes am 21. Mai 2019 mit Dutzenden von Opfern.²⁷ Anklagepunkte sind u.a. Mord, Folter und unmenschliche Behandlung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Dazu kommt die Vorgesetztenverantwortlichkeit des ranghöchsten der Angeklagten für die Vergewaltigung von sechs Frauen durch seine Untergebenen – eine Zurechnung, die für jede Anklage anspruchsvoll ist.²⁸ (In unserem Cabinet hat im Übrigen jedes einzelne unserer Dossiers sexuelle Gewalt als eines der zu untersuchenden Beweisthemen.)

Der erste Prozesstag im Fall Lemouna/Koundjili hat in diesem Zusammenhang ein (kaum bemerktes) Schlaglicht auf die extrem magere Präsenz von Frauen an unserem Gericht geworfen. Unter all den Anwesenden, den Richtern, Verteidigern, Staatsanwälten, Gerichtsschreibern gab es keine einzige Frau!²⁹ Bestimmt keine ideale Umgebung für ein Vergewaltigungsoffer bei ihrer Aussage.³⁰

6. Verteidigung

Dieser erste Prozesstag begann im Übrigen mit einem Paukenschlag, denn sowohl die Vertreter der drei Angeklagten als

²³ Vgl. Art. 104 der Verfahrensordnung der CPS.

²⁴ Stand: 3.11.2022.

²⁵ Art. 98 der Verfahrensordnung der CPS.

²⁶ Das Urteil ist für den 31.10.2022 angekündigt.

²⁷ Pressemitteilung CPS vom 28.2.2022.

²⁸ Mit Ur. v. 31.10.2022 hat die Strafkammer die drei Angeklagten wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verurteilt. Dazu kommt die Verurteilung des Vorgesetzten wegen Vergewaltigung. Vom Anklagepunkt der Folter wurden die drei freigesprochen (siehe Pressemitteilung der CPS v. 31.10.2022; je eine Zusammenfassung des Urteils auf Französisch und Englisch sowie das Urteil selbst sind auf der CPS-Website abrufbar). Die Verteidigung hat Berufung eingelegt.

²⁹ Unter den derzeit sieben internationalen Mitgliedern der vier Kammern sind immerhin drei Frauen. Auch die Stellen als juristische Berater der Kammern und der Sonderstaatsanwaltschaft sind mit einer Ausnahme alle von Frauen besetzt.

³⁰ Alle Vergewaltigungsoffer haben im Rahmen des am 19.4.2022 begonnenen Prozess unter Ausschluss der Öffentlichkeit („huit clos“) ausgesagt (vgl. Art. 154 der Verfahrensordnung der CPS).

auch die Opfervertreter boykottierten den Prozessauftakt, was von den Medien und der diplomatischen Gemeinschaft, mit hin ja die Repräsentanten der Geldgeber, mit Unverständnis aufgenommen wurde. Ich persönlich kann die Anliegen der Verteidiger (im Wesentlichen die Höhe des Honorars, des „barème“) nachvollziehen, fand allerdings den Zeitpunkt mehr als ungünstig. In der Folge konnte man sich auf eine verbesserte Bezahlung der Anwälte einigen. Grundsätzlich finde ich, dass die Anwälte ihre Sache unter schwierigen Umständen gut machen. Fast alle Verteidiger, mit denen ich bislang zu tun hatte – wie auch die Vertreter der Sonderstaatsanwaltschaft –, verfügen meines Erachtens über erstklassige „advocacy skills“, vertreten also im Gerichtssaal rhetorisch äußerst geschickt die Sache ihrer Mandanten – und das ist in der hiesigen Kultur und vor dem heimischen Publikum³¹ die halbe Miete. Meines Erachtens würden die Mitglieder des Verteidigungskorps des CPS allerdings sehr davon profitieren, wenn sie – wie die anderen Organe des CPS – von Rechtsberaterinnen oder -beratern namentlich auch administrativ und im Verfassen von Rechtschriften unterstützt würden. Die Hybridität (Waffengleichheit!) sollte auch für die Verteidigung gelten.

7. Verhältnis zum Internationalen Strafgerichtshof

Bevor Volker Nerlich detaillierter zum IStGH spricht, möchte ich aus der Sicht des Untersuchungsrichters ein paar Worte zum IStGH anfügen. Der IStGH ermittelt schon seit Jahren in der ZAR und wird mit Dutzenden, wenn nicht Hunderten von Zeuginnen und Zeugen gesprochen haben. Ausfluss dieser Aktivität sind neben dem bereits abgeschlossenen Bembakomplex die diversen laufenden Verfahren gegen die in Scheveningen einsitzenden Patrice-Edouard Ngaïssona und Alfred Yekatom, Mahamat Saïd Abdel Kani sowie Maxime Mokok. Dazu kommt der kürzlich veröffentlichte Haftbefehl gegen Mahamat Nouradine Adam. Bereits diese wenigen Verfahren, die sowohl Anti-Balaka- als auch Seleka-Exponenten betreffen, decken einen markanten Teil der Geschehnisse in der ZAR ab. All die in diesen Verfahren veröffentlichten Dokumente, namentlich die detaillierten Haftbefehle und Entscheide der Vorverfahrenskammer, sind von größtem Wert für unsere CPS-Ermittlungsverfahren und erlauben uns, gezielte Rechtshilfeersuchen an den IStGH zu stellen. Wir hoffen sehr, dass diese Kooperation nach etwas zähem Beginn Früchte trägt. Denn es hat sich gezeigt, dass der IStGH relevante Informationen für praktisch jeden der von der CPS untersuchten Fälle hat. Ja, teilweise ermitteln oder ermittelten der IStGH und die CPS die gleichen Taten, sprechen mit denselben Zeuginnen und Zeugen, haben sogar Haftbefehle gegen dieselben Personen ausgestellt! Selbstverständlich ist eine solche Konstellation nicht nur ineffizient, sie birgt auch die Gefahr, den Opfern und Zeuginnen und Zeugen zu schaden. Jedenfalls hat die Zusammenarbeit zwischen IStGH und CPS enormes Potential und kann die Arbeit der CPS entscheidend erleichtern. Ich bin mir sicher, dass auch die internationale Gemeinschaft, die ja beide Insti-

tutionen finanziell trägt, eine effiziente Kooperation sehr begrüßen würde.³²

8. Herausforderungen

Zu den bereits erwähnten Herausforderungen kommen weitere: Ein schwerer Schlag für die CPS war, dass einer der prominenten Verdächtigen, ein amtierender Minister und Rebellenführer, am 26. November 2021, eine Woche nach seiner Verhaftung und am Tage der Verhandlung über die Verlängerung seiner Untersuchungshaft, unbehelligt das Gefängnis verlassen konnte. Unter einem Vorwand wurde an diesem Tag Mitarbeitern der CPS und den routinemäßig anwesenden Beobachtern von MINUSCA der Zugang zum Gefängnis verwehrt. Der Minister geht trotz erneuertem Haftbefehl nach wie vor seiner amtlichen Tätigkeit nach und wurde nach dem Vorfall sogar vom – der CPS gegenüber eigentlich positiv eingestellten – Staatspräsidenten mit einem Orden bedacht ...³³

Die Koordination zwischen UNDP, MINUSCA und dem CPS ist stark verbesserungsfähig, namentlich in den Bereichen Rekrutierung und Finanzierung. Zur Illustration nur zwei markante Beispiele: Nach wie vor ist die Stelle des „conseiller juridique“ bzw. der „conseillère juridique“ der Strafkammer, welche gerade in diesen Tagen bei der Redaktion des ersten Urteils natürlich eine Schlüsselrolle spielen müsste,³⁴ sehr bedauerlicherweise nicht besetzt.³⁵ Zweitens wurde von einem Tag auf den anderen der Vertrag des Pressesprechers nicht verlängert, offenbar wegen mangelnder Finanzierung. Wir erwarten, dass der international rekrutierte Stellvertretende Gerichtskanzler, der im September seine Funktion aufgenommen hat,³⁶ die einzelnen Akteure und deren Mittel und Aktivitäten besser koordiniert und die vorhandenen Ressourcen besser einsetzt.

Weiter ist unabdingbar, dass die CPS transparenter werden muss. Mittlerweile sind wir in vollem Schwung und gerade in den einzelnen Kammern ergeht eine Reihe von Verfügungen und anderen Entscheidungen. Wir rechnen damit, dass diese und andere relevante Informationen demnächst auf unserer verbesserten Website zugänglich gemacht werden können. In diesem Zusammenhang ist schließlich zu erwähnen, dass selbst für uns operative Magistraten die internen Entscheidungsmechanismen nicht immer ganz transparent sind. Wir versuchen aber vermehrt, uns über die uns zur Verfügung stehenden Wege bemerkbar zu machen und Einfluss zu

³² Siehe zur Rolle des IStGH, gerade auch im Verhältnis zur CPS, den FIDH-Bericht (Fn. 5).

³³ Die Tatsache, dass in der Folge mit Unterstützung der Behörden weitere Verhaftungen vollzogen werden konnten, bestärkt uns in der Einschätzung, dass dieser sehr bedauerliche Fall die Ausnahme von der Regel ist.

³⁴ Keiner der drei Richter der Strafkammer hat beispielsweise Erfahrung im Humanitären Völkerrecht.

³⁵ Nach wie vor ist auch die dritte Position in der Beschwerdekammer vakant. Das Kollegium wird jeweils durch ein ad hoc-Mitglied komplettiert (vgl. Art. 23 (C) der Verfahrensordnung der CSP).

³⁶ Auch diese Schlüsselposition blieb vier Jahre unbesetzt.

³¹ Die Prozesse der CPS werden live im Radio übertragen.

nehmen, etwa in dem alle drei Monate stattfindenden „conseil des juges“ oder der alljährlichen Plenarversammlung aller Magistraten.

9. Ausblick

Die CPS ist gut aufgestellt und hat grundsätzlich alles, was sie zum Erfolg braucht. Der Beginn des ersten Prozesses war für alle Beteiligten, insbesondere die Opfer, Öffentlichkeit und auch die Geldgeber sehr wichtig. Weitere Verfahren werden folgen. Die kürzliche Rekrutierung des Stellvertretenden Gerichtskanzlers wird unsere Administration auf ein neues Niveau heben und namentlich die für unseren Alltag entscheidende Kooperation zwischen der CPS, UNDP und MINUSCA weiter voranbringen, gerade im Bereich der Rekrutierungen. Dann dürfte auch der Verlängerung unseres Mandats im Oktober 2023 nichts im Wege stehen.

II. Verhältnis der CPS zur ZAR-Wahrheitskommission, zu anderen innerstaatlichen Gerichten und zum IStGH (Volker Nerlich)

Stefan Waespi hat über die Arbeit der CPS berichtet. Ich möchte mich für den zweiten Teil unseres Beitrags auf das Zusammenspiel der CPS mit anderen transitional-justice-Institutionen in der ZAR konzentrieren, namentlich mit der zentralafrikanische Wahrheitskommission, mit anderen zentralafrikanischen Strafgerichten sowie mit dem IStGH. Am Schluss möchte ich dann kurz auf die Frage eingehen, ob die CPS ein Modell für andere Konfliktländer sein könnte.

1. Wahrheitskommission

Die CPS ist nicht die einzige nationale Institution in der ZAR, die mit der Aufarbeitung der Gewalt der vergangenen Jahre und Jahrzehnte beschäftigt ist. Auf dem bereits erwähnten Bangui-Forum von 2015 wurde nämlich beschlossen, neben der CPS auch eine Wahrheitskommission zu gründen. Bis zum Erlass des entsprechenden Gesetzes dauerte es allerdings bis 2020.³⁷ Inzwischen sind die elf Mitglieder der Wahrheitskommission ernannt – alle zentralafrikanischer Nationalität. Es handelt sich also um eine rein nationale und nicht um eine internationalisierte Kommission, wie es beispielsweise die Wahrheitskommission für Sierra Leone war.³⁸ Allerdings erhält auch die zentralafrikanische Wahrheitskommission materielle Unterstützung durch die internationale Gemeinschaft.

Das Mandat der Wahrheitskommission ist denkbar breit: Sie soll die die ZAR betreffenden „schwerwiegenden nationalen Ereignisse“ („graves événements nationaux“) seit dem 29. März 1959 bis zum 31. Dezember 2019 untersuchen, dabei die Wahrheit feststellen und die Verantwortlichen benennen.³⁹

³⁷ Loi Organique N° 18-009 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission Vérité, Justice, Réparation et Réconciliation v. 7.4.2020 (CVJRR-Gesetz), abrufbar unter

<https://www.legal-tools.org/doc/0hpb8k/> (16.12.2022).

³⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 The Truth and Reconciliation Commission Act, 2000 (Sierra Leone).

³⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 CVJRR-Gesetz (Fn. 37).

Für diese Aufgabe hat die Kommission nur vier Jahre Zeit; das Mandat kann nur einmal um zwei Jahre verlängert werden.⁴⁰

Anders als beispielsweise die südafrikanische Wahrheits- und Versöhnungskommission⁴¹ ist die zentralafrikanische Wahrheitskommission nicht befugt, Straftaten zu amnestieren. Dennoch ist es denkbar, dass es zu Überschneidungen mit der Arbeit der CPS kommen wird. Die zeitliche Zuständigkeit der beiden Institutionen überschneidet sich für den Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2019.

Diese parallele Zuständigkeit wirft eine Reihe von Fragen auf. So ist zum Beispiel ungeklärt, ob die CPS Unterlagen von der Wahrheitskommission anfordern kann, die diese im Rahmen ihrer Untersuchungen erlangt hat, oder ob umgekehrt die Wahrheitskommission Unterlagen von der CPS anfordern kann. Ebenfalls ist nicht geregelt, ob – insbesondere selbstbelastende – Aussagen vor der Wahrheitskommission von der CPS gerichtlich verwendet werden dürfen.⁴² Zu klären ist weiterhin, ob die Wahrheitskommission befugt wäre, Fälle, die bereits den Gegenstand von CPS-Verfahren gebildet haben, erneut zu untersuchen – und möglicherweise zu einem anderen Ergebnis zu kommen als die CPS. Weder das CPS-Gesetz noch das CVJRR-Gesetz regeln diese Fragen. Allerdings sieht die Verfahrensordnung der CPS vor, dass der Gerichtshof mit anderen transitional-justice-Mechanismen Protokolle aushandeln kann, welche die Zusammenarbeit regeln.⁴³ Dies ist noch nicht erfolgt, wie überhaupt die Arbeit der Wahrheitskommission noch nicht weit gediehen ist.

2. Verhältnis zu anderen zentralafrikanischen Gerichten

Während das Verhältnis der CPS zur Wahrheitskommission somit noch geregelt werden muss, ist das Verhältnis zu anderen zentralafrikanischen Gerichten klar. Laut CPS-Gesetz hat die CPS Vorrang gegenüber anderen nationalen Gerichten.⁴⁴ Der Sonderankläger kann Fälle, die vor anderen Gerichten anhängig sind, an sich ziehen.⁴⁵ Dabei ist allerdings zu unterstreichen, dass der Sonderankläger dahingehend Ermessen hat. Mit anderen Worten: Nicht alle Völkerrechtsstraftaten werden notwendigerweise vor der CPS verhandelt. Andere Gerichte bleiben zuständig. Bis jetzt kam es zu einigen wenigen Verfahren vor „normalen“ zentralafrikanischen Gerichten wegen solcher Verbrechen.⁴⁶

3. Verhältnis zum IStGH

Schließlich gilt es, das Verhältnis der CPS zum IStGH zu beleuchten. Die ZAR gehörte zu den ersten Ländern, die das Rom-Statut ratifiziert haben. Die Anklagebehörde des IStGH hat – jeweils auf Ersuchen der ZAR – zwei Situationen mit

⁴⁰ Vgl. Art. 4 CVJRR-Gesetz (Fn. 37).

⁴¹ Vgl. Art. 16–22 Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995 (Südafrika – Südafr.-TRC-Gesetz).

⁴² Für die südafrikanische Wahrheits- und Versöhnungskommission gab es zu dieser Frage eine ausdrückliche gesetzliche Regelung; vgl. Art. 31 (3) Südafr.-TRC-Gesetz (Fn. 41).

⁴³ Vgl. Art. 15 der Verfahrensordnung der CPS.

⁴⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 3 CPS-Gesetz.

⁴⁵ Vgl. Art. 12 und 13 der Verfahrensordnung der CPS.

⁴⁶ Vgl. S. 12–16 FIDH-Bericht (Fn. 5).

Blick auf die ZAR eröffnet.⁴⁷ Sie betreffen mutmaßliche Völkerrechtsverbrechen in den Jahren 2002/2003 (hierzu hat vor dem IStGH das – letztinstanzlich mit einem Freispruch endende – Verfahren gegen Jean-Pierre Bemba stattgefunden) und Straftaten in den Jahren 2012/2013 und später (Stichwort: Konflikt zwischen Seleka und Anti-Balaka; diesbezüglich gibt es gegenwärtig drei Verfahren vor dem IStGH: gegen Yekatom und Ngaïssona, gegen Saïd und gegen Mokom). Die ZAR ist damit das Land, das bis jetzt die meisten Verfahren vor dem IStGH „produziert“ hat.

Die Zuständigkeit der CPS und die zwei IStGH-Situationen überschneiden sich materiell und temporär fast vollständig.⁴⁸ Es ist das erste Mal, dass es zu einer solchen Überschneidung von Zuständigkeiten zwischen dem IStGH und einem hybriden Gericht kommt. Dies wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die zwei Gerichte stehen.

Das IStGH-Statut stellt den Grundsatz auf, dass nationale Ermittlungen und Verfahren Vorrang vor solchen des IStGH haben, wenn nationale Institutionen und der IStGH denselben Fall untersuchen; nur wenn die nationalen Verfahren nicht genuin sind oder waren, kann der IStGH zugreifen.⁴⁹ Das ist das sog. Komplementaritätsprinzip. Das CPS-Gesetz dreht diese Beziehung zwischen internationaler und innerstaatlicher Gerichtsbarkeit um: Sollte die CPS feststellen, dass ein von ihr behandelter Fall auch vom IStGH untersucht wird, so hat die CPS das Verfahren zugunsten des IStGH einzustellen.⁵⁰ Ermessen besteht in dieser Hinsicht nicht. Um solche Szenarien zu verhindern, fordert die Verfahrensordnung, dass der Sonderankläger der CPS eng mit dem IStGH-Ankläger mit Blick auf die Verfolgungsstrategie kooperiert.⁵¹

Die Rechtsprechung des IStGH erlaubt es Staaten, auf die Ausübung ihrer Zuständigkeit zugunsten des IStGH zu verzichten. In solchen Fällen bleiben die Verfahren zulässig vor dem IStGH. Ein Beispiel dafür ist der Katanga-Fall, der zunächst von kongolesischen Justizbehörden untersucht wurde.⁵² Dennoch ist die ZAR meines Wissens der einzige Staat, der eindeutig und ohne Vorbehalt seine Zuständigkeit für auf seinem Territorium begangene Straftaten aufgegeben hat, wenn der IStGH interveniert.⁵³ Bemerkenswert ist, dass dieser

Verzicht unabhängig von der Frage erfolgt, ob die ZAR zur Durchführung von Verfahren willens und in der Lage wäre – und dies, obwohl es ja gerade ein Ziel der Gründung der CPS war, die Kapazitäten der ZAR bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen zu stärken. Diese Regelung des Verhältnisses zwischen CPS und IStGH dürfte mit dem Wortlaut des IStGH-Statuts vereinbar sein. Ob sie allerdings auch dem Geist des Komplementaritätsprinzips entspricht, ist eine andere Frage. Interessant ist insoweit, dass die Anklagebehörde des IStGH am 16. Dezember 2022 mitgeteilt hat, dass sie keine weiteren Ermittlungen bezüglich der ZAR mehr durchführen werde.⁵⁴ Dabei wies sie auch auf die Arbeit und Rolle der CPS in der Bekämpfung der Straflosigkeit hin.⁵⁵ Denn auch wenn sich der IStGH aus der ZAR zurückzieht, bleibt es bei der Zuständigkeit der CPS.

Das CPS-Gesetz enthält auch Vorschriften zur Zusammenarbeit mit dem IStGH. Insbesondere dürfen Informationen mit dem IStGH ausgetauscht werden.⁵⁶ Das IStGH-Statut wiederum sieht im Rahmen der sog. reverse cooperation⁵⁷ Informationsaustausch mit innerstaatlichen Gerichten zum Zwecke der dortigen Strafverfolgung vor. *Stefan Waespi* hat bereits von den diesbezüglichen Möglichkeiten, aber auch Herausforderungen berichtet.

Insgesamt gibt es damit einen robusten rechtlichen Rahmen, der das Verhältnis zwischen CPS und IStGH regelt. Die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen internationaler und innerstaatlicher Gerichtsbarkeit ist dabei innovativ, auch wenn sie in einer gewissen Spannung zum Komplementaritätsprinzip steht.

4. Die CPS, ein Modell für hybride Gerichte?

Ist die CPS ein Modell für hybride Gerichte in anderen IStGH-Situationen? Wie von *Stefan Waespi* plastisch geschildert, steht die CPS vor großen Herausforderungen. Es ist nicht ganz ausgemacht, dass es der CPS gelingen wird, alle zu überwinden und tatsächlich effektiv und effizient einen Beitrag zur Bekämpfung der Straflosigkeit in der ZAR zu leisten. Allerdings ist sie damit im Bereich der internationalen und internationalisierten Strafjustiz sicher nicht allein. Letztlich stehen alle internationalen und internationalisierten Strafgerichte immer wieder vor enormen Herausforderungen, die die Erreichung ihrer Ziele gefährden. Unabhängig davon ist das CPS-Modell aber sicherlich wegweisend für das Zusammenspiel von IStGH und innerstaatlichen Gerichten. Denn

den aufgrund anderweitiger Strafverfolgung durch ein internationales Strafgericht nur bei Auslandsstraftaten in Frage kommt; vgl. §§ 153f und 153c StPO.

⁴⁷ Vgl. IStGH, Pressemitteilung v. 22.5.2007, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-opens-investigation-central-african-republic> (16.12.2022); IStGH, Pressemitteilung v. 24.9.2014, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opening-second-investigation> (16.12.2022).

⁴⁸ Eine Ausnahme bilden Straftaten, die zwischen dem 1.7.2002 und dem 31.12.2002 begangen wurden. Diese fallen unter die Zuständigkeit des IStGH, aber nicht der CPS.

⁴⁹ Vgl. Art. 17 Abs. 1 IStGH-Statut.

⁵⁰ Vgl. Art. 37 Abs. 1 CPS-Gesetz.

⁵¹ Vgl. Art. 41 der Verfahrensordnung der CPS.

⁵² Vgl. IStGH, Urt. v. 25.9.2009 – ICC-01/04-01/07-1497 (P. v. Germain Katanga), abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/ba82b5/> (16.12.2022).

⁵³ Anders ist die Rechtslage z.B. in Deutschland, wo Absehen von Strafverfolgung durch deutsche Strafverfolgungsbehörden

⁵⁴ Vgl. IStGH, Pressemitteilung v. 16.12.2022, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-karim-aa-khan-kc-announces-conclusion-investigation-0> (16.12.2022).

⁵⁵ A.a.O. Vgl. auch IStGH, Policy on Situation Completion v. 15.6.2021, Rn. 46: „Other factors may also be relevant, such as: the potential for accountability for the case(s) to be pursued in other jurisdictions or by other mechanisms“.

⁵⁶ Vgl. Art. 37 Abs. 2 CPS-Gesetz.

⁵⁷ Vgl. Art. 93 Abs. 10 IStGH-Statut.

eine Herausforderung, vor der der IStGH mit Blick auf jede von ihm untersuchte Situation steht, ist die sog. impunity gap – die Tatsache, dass vor dem IStGH in der Regel pro Situation nur eine recht geringe Anzahl von Fällen verfolgt wird. Damit bleibt die Masse der Völkerstraftäter regelmäßig von der Strafverfolgung durch den IStGH verschont. Um das Problem zu illustrieren: Die Situation ZAR II – also die Verfahren, die den Konflikt in der ZAR 2012/2013 betreffen – ist gegenwärtig die Situation mit den meisten Gerichtsverfahren vor dem IStGH. Dennoch handelt es sich um weniger als eine Handvoll Fälle. Zum Vergleich: Vor dem Jugoslawien-Strafgerichtshof der Vereinten Nationen wurden 161 Personen angeklagt und vor dem Ruanda-Strafgerichtshof 93.⁵⁸ Es ist unwahrscheinlich, dass der IStGH jemals in der Lage sein wird, eine solch große Anzahl von Fällen pro Situation zu bearbeiten. Das bedeutet im Ergebnis, dass die meisten Fälle insgesamt ungeahndet bleiben, da die normale staatliche Justiz regelmäßig nicht willens oder in der Lage sein wird, diese Taten zu verfolgen – sonst würde der IStGH ja nicht intervenieren.

Hier können hybride, internationalisierte Gerichte wie die CPS eine wichtige ergänzende Rolle spielen. Das IStGH-Statut ist gerade nicht darauf angelegt, dass nur der IStGH Völkerrechtsverbrechen verfolgen soll. Vielmehr soll der Kampf gegen die Straflosigkeit auf möglichst breite Schultern gestellt werden. Ein Gericht wie die CPS kann hier ein wichtiges Element sein – nicht zuletzt auch deshalb, weil es vor Ort tätig und damit näher an der betroffenen Bevölkerung ist, und bestenfalls auch noch einen Beitrag zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit leisten kann. Ich wäre daher nicht überrascht, wenn wir in Zukunft die Entstehung weiterer hybrider Gerichte wie die CPS beobachten würden. Begrüßenswert wäre dies allemal.

⁵⁸ Vgl. <https://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases> und <https://unictr.irmct.org/en/tribunal> (16.12.2022).

Der Beitrag befasst sich mit der Anwendbarkeit österreichischer Strafgesetze auf im Ausland begangene Völkerrechtsverbrechen unter Berücksichtigung des vom österreichischen Bundesministerium für Justiz veröffentlichten Erlasses vom 5. Juli 2022, der – unvorgreiflich der unabhängigen Rechtsprechung – einen Vorschlag zur Interpretation des Begriffs der „Verletzung sonstiger österreichischer Interessen durch die Tat“ enthält. Außerdem wird das erste österreichische Urteil wegen Kriegsverbrechen gegen Personen nach § 321b öStGB vorgestellt.

I. Zum Vorliegen inländischer Gerichtsbarkeit für im Ausland begangene Völkerrechtsverbrechen

Aufgrund der durch den Angriffskrieg auf die Ukraine einsetzenden Flüchtlingsbewegung ukrainischer Staatsangehöriger¹ auch in die Republik Österreich sowie Indizien, dass dort Völkerrechtsverbrechen begangen wurden,² wurde die Frage einer Strafverfolgung dieser im Ausland begangenen Verbrechen in Österreich aufgeworfen.

Die österreichischen Strafgesetze gelten gem. § 64 Abs. 1 Nr. 4c öStGB für im Ausland begangene Handlungen der Folter (§ 312a öStGB), des Verschwindenlassens einer Person (§ 312b öStGB) und strafbarer Handlungen nach dem 25. Abschnitt unabhängig von den Strafgesetzen des Tatortes, wenn a) der Täter oder das Opfer Österreicher ist, b) durch die Tat sonstige österreichische Interessen verletzt worden sind oder c) der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war und entweder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder sich in Österreich aufhält und nicht ausgeliefert werden kann. § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. a öStGB stellt auf das aktive bzw. passive Personalitätsprinzip ab; in lit. c wird dem Universalitätsprinzip (auch Weltrechtsprinzip) gefolgt, wobei dieses an bestimmte Voraussetzungen (gewöhnlicher Aufenthalt des Täters im Inland oder bloßer Aufenthalt im Inland, wenn die Auslieferung nicht möglich ist) geknüpft wird und somit nur beschränkt gilt.³ § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. b öStGB bringt das Schutzprinzip zum Ausdruck, wobei der wichtigste Fall der Verletzung

österreichischer Interessen, nämlich die Schädigung österreichischer Opfer, bereits von lit. a umfasst ist.⁴ Während in der Praxis die Feststellung der Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. a und c öStGB keine Probleme bereitet, eröffnet das Merkmal der Verletzung sonstiger österreichischer Interessen einen breiten Interpretationsspielraum. Höchstgerichtliche Judikatur zu § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. b öStGB fehlt. Die erläuternden Bemerkungen enthalten dazu keine Hinweise. *Salimi* führt im Wiener Kommentar zum österreichischen Strafgesetzbuch an, dass sonstige österreichische Interessen durch die Tat verletzt sind, wenn der Täter des § 312a öStGB (Folter) auf Veranlassung eines österreichischen Amtsträgers oder mit dessen ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis foltert. Denkbar sei eine Verletzung österreichischer Interessen auch, wenn im Rahmen eines Angriffs nach § 321a Abs. 1 öStGB Menschenhandel (§ 104a öStGB) betrieben wird (§ 321a Abs. 3 Nr. 1 öStGB) und die betroffenen Opfer nach Österreich gebracht werden sollen.⁵ Auch wenn eine Bevölkerung aus ihrem Siedlungsgebiet zwangsweise nach Österreich vertrieben wird (§ 321a Abs. 3 Nr. 2 öStGB), werden österreichische Interessen verletzt. Zu denken sei auch an die Verletzung österreichischer Interessen durch Zerstörung österreichischen Kulturguts im Ausland (§ 321c Nr. 2 öStGB).⁶ *Tipold*⁷ nimmt bei der Umschreibung der Verletzung österreichischer Interessen Bezug auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes zum Suchtmittelrecht, wonach bei strafbaren Handlungen nach dem Suchtmittelgesetz österreichische Interessen (schon) dann verletzt sind, wenn dem Täter das Suchtgift im Ausland zwecks Einfuhr nach Österreich überlassen wird;⁸ dass der Übernehmer sodann tatsächlich versucht hat, das Suchtgift nach Österreich einzuführen, sei nicht erforderlich.⁹ Für die Verletzung österreichischer Interessen genügt es, wenn das Suchtmittel nur durch Österreich durchgeführt werden soll.¹⁰

⁴ *Salimi* (Fn. 3), § 64 Rn. 71/3.

⁵ *Salimi* (Fn. 3), § 64 Rn. 71/3.

⁶ *Salimi* (Fn. 3), § 64 Rn. 71/3.

⁷ *Tipold*, in: Leukauf/Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. Update 2020, § 64 Rn. 22b.

⁸ OGH, Entsch. v. 12.2.1981 – 12 Os 154/80 = SSt 52/6; OGH, Entsch. v. 29.1.2013 – 14 Os 99/12h; OGH, Entsch. v. 23.4.2014 – 15 Os 42/14m = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen 2014/100 = Juristische Blätter 2015, 201 mit krit. Anm. *Schwaighofer*.

⁹ Andere Meinung *Schwaighofer*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.–42. Lfg., Stand: 4.5.2022, § 64 Rn. 50: Der Übernehmer muss zumindest versucht haben, das Suchtgift nach Österreich einzuführen.

¹⁰ *Tipold* (Fn. 7), § 64 Rn. 22b; vgl. OGH, Entsch. v. 14.10.1980 – 9 Os 73/80 = SSt 51/48; OGH, Entsch. v. 9.12.1981 – 11 Os 161/81 = SSt 52/66 = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen 1982/56; OGH, Entsch. v. 9.6.1982 – 11 Os 41/82 = SSt 53/33; OGH, Entsch. v. 10.3.1988 – 12 Os 111/87 = Juristische Blätter 1988, 798.

* Die Verfasserin ist Staatsanwältin im österreichischen Bundesministerium für Justiz und seit 1.10.2022 der Anklagebehörde beim Internationalen Strafgerichtshof dienstzugehört.

¹ Am 25.10.2022 waren in Österreich 84.756 aus der Ukraine geflüchtete Personen registriert; aktuelle Zahlen abrufbar unter

<https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine> (22.11.2022).

² Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law v. 13.4.2022, War Crimes and Crimes against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, abrufbar unter <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf> (22.11.2022).

³ *Salimi*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2022, 1.–308. Lfg., Stand: 6.7.2022, § 64 Rn. 3.

Aufgrund des Fehlens höchstgerichtlicher Rechtsprechung und zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung im Bundesgebiet hat das Bundesministerium für Justiz – unvorgreiflich der unabhängigen Rechtsprechung – am 5. Juli 2022 einen Erlass zur inländischen Gerichtsbarkeit bei im Ausland begangenen Kriegsverbrechen und anderen Straftaten nach dem 25. Abschnitt des öStGB und zur Immunität oberster Organe fremder Staaten in österreichischen Strafverfahren veröffentlicht.¹¹

Danach können österreichische Interessen im Sinne des § 64 Abs. 1 Nr. 4c lit. b öStGB verletzt werden, wenn Personen aufgrund eines Verbrechens nach dem 25. Abschnitt des öStGB nach Österreich flüchten.¹² Der Erlass weist darauf hin, dass die Verletzung österreichischer Interessen durch die (konkrete) Tat herbeigeführt sein muss. Dieser Kausalzusammenhang werde jeweils nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu prüfen sein, wobei die Eigenheiten des jeweils in Frage stehenden Delikts hier einen großen Einfluss haben.¹³

Der Erlass erläutert auch die Voraussetzungen, unter denen die österreichische Gerichtsbarkeit im Fall des gewöhnlichen Aufenthalts des Opfers im Inland für gewisse Völkerrechtsverbrechen zu bejahen ist.¹⁴ Anders als § 64 Abs. 1 Nr. 4c öStGB lasse § 64 Abs. 1 Nr. 4a öStGB für einige der gelisteten Handlungen wie etwa Menschenhandel, Sklaverei oder Vergewaltigung¹⁵ ausdrücklich auch den gewöhnlichen Aufenthalt des Opfers im Inland genügen. Hierbei verdränge die strafbare Handlung gemäß dem 25. Abschnitt des öStGB aufgrund von Spezialität die strafbare Handlung ohne den völkerstrafrechtlichen Konnex. In einem solchen Fall, in dem die strafbare Handlung, für die die Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 öStGB zutreffen, von einer strafbaren Handlung mit höherem Strafsatz verdrängt werde, für die diese Voraussetzungen nicht zutreffen, Sorge die Konkurrenzregel des § 64 Abs. 2 öStGB vor: Können die in § 64 Abs. 1 öStGB genannten Strafgesetze bloß deshalb nicht angewendet werden, weil sich die Tat als eine mit strengerer Strafe bedrohte Handlung darstellt, so ist die im Ausland begangene Tat gleichwohl unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts nach den österreichischen Strafgesetzen zu bestrafen.

Nach diesem Erlass liegt österreichische Gerichtsbarkeit im Fall des gewöhnlichen Aufenthalts des Opfers im Inland für strafbare Handlungen nach § 321a Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 4 öStGB und § 321b Abs. 3 Nr. 2 öStGB daher vor, wenn die

strafbare Handlung ohne den völkerstrafrechtlichen Konnex in § 64 Abs. 1 Nr. 4a öStGB angeführt wird. Soweit überblickbar, wurden bisher keine Verfahren berichtet, bei denen diese Voraussetzungen vorlagen.

II. Zum ersten Urteil in Österreich wegen Kriegsverbrechen gegen Personen nach § 321b öStGB

Das Landesgericht Feldkirch hat mit Urteil vom 26.1.2022 den österreichischen Staatsbürger F wegen Kriegsverbrechen gegen Personen nach § 321b Abs. 3 Nr. 1 öStGB schuldig erkannt.¹⁶ Anknüpfungspunkt war in diesem Fall die österreichische Staatsbürgerschaft des Beschuldigten. Dieser hatte im Dezember 2015 auf einer Basis einer Militärbrigade des Prawyj Sector in der Ukraine mit weiteren Angehörigen dieses Verbandes im Zuge der gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen der ukrainischen Armee und den russischen Separatisten in der Ostukraine, den ukrainischen Zivilisten O mehrere Tage lang in einer fensterlosen funktionsuntüchtigen dunklen Duschkabine eingesperrt, wo er von verschiedenen Personen geschlagen und getreten wurde. F forderte in einem Fall seinen Kriegskameraden L während einer solchen Prozedur mit den Worten „you have to beat him“ zu weiteren Misshandlungen auf, filmte die Tortur vor den Augen des Opfers und setzte dieses mit den Worten unter Druck „in 30 Minuten weißt du das Passwort“. Zudem misshandelte er in zumindest zwei weiteren Fällen den am Boden kauern den Gefangenen mit Gegenständen. Der geständige Angeklagte wurde nach Strafberufung der Staatsanwaltschaft Feldkirch vom Oberlandesgericht Innsbruck zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt, wovon ein Teil von zwei Jahren unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde.¹⁷ Mit Blick auf den Tatzeitpunkt und den Urteilszeitpunkt ist anzumerken, dass in diesem Fall aufgrund des im Ausland liegenden Tatorts Rechtshilfeersuchen an ausländische Behörden zu richten waren, die Hauptursache für die Verfahrensdauer waren.

¹¹ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022.

¹² Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022; a.A. Müller, Journal für Strafrecht 2022, 213 (218).

¹³ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022, S. 4.

¹⁴ Erlass des Bundesministeriums für Justiz v. 5.7.2022, 2022-0.448.134, eJABI Nr. 18/2022, S. 4.

¹⁵ Diese finden sich ebenfalls in den § 321a Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 4 öStGB bzw. in § 321b Abs. 3 Nr. 2 öStGB, welche den „völkerstrafrechtlichen Konnex“ eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung bzw. eines bewaffneten Konflikts voraussetzen.

¹⁶ LG Feldkirch, Urt. v. 26.1.2022 – 16 Hv 53/21g.

¹⁷ OLG Innsbruck, Urt. v. 12.7.2022 – 11 Bs 89/22h.

Aktuelle Entwicklungen der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen in der Schweiz*

Von Andreas Müller, Bern**

Gestützt auf Anzeigen einer Genfer NGO vom Sommer 2014 führte die Bundesanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen einen, sich in der Schweiz aufhaltenden, ehemaligen liberianischen Warlord wegen Kriegsverbrechen. Er soll im liberianischen Bürgerkrieg Anfang der Neunzigerjahre einen Kindersoldaten rekrutiert, Dörfer geplündert, Zivilisten versklavt, gefoltert, vergewaltigt, ermordet und in kannibalischer Weise geschändet haben. Der Beschuldigte konnte in der Schweiz lokalisiert und inhaftiert werden. Die Beweiserhebung gestaltete sich aber wegen der großen zeitlichen wie auch räumlichen Distanz zu den Geschehnissen schwierig. Die Einvernahmen der Opfer und Zeugen aus Liberia waren nicht nur logistisch eine Herausforderung. Es offenbarten sich auch immer wieder kulturell bedingte Missverständnisse, die erkannt und geklärt werden mussten. Das Ergebnis der Strafuntersuchung überzeugte die Bundesanwaltschaft, den Beschuldigten im März 2019 beim Bundesstrafgericht anzuklagen. Nach diversen pandemiebedingten Verschiebungen fand die sechswöchige Hauptverhandlung Anfang 2021 statt. Mit Urteil vom 18. Juni 2021 befand das Gericht den Angeklagten für schuldig und verurteilte ihn zur Höchststrafe von 20 Jahren Freiheitsentzug und Landesverweis. Es ist das erste völkerstrafrechtliche Urteil der zivilen Strafrechtspflege der Schweiz.

Based on reports filed by a Geneva-based NGO in summer 2014, the Office of the Attorney General of Switzerland conducted a criminal investigation for war crimes into a former Liberian warlord residing in Switzerland. During the Liberian civil war in the early 1990s, he allegedly recruited a child soldier, pillaged villages, enslaved civilians, tortured, raped and murdered them and committed acts of cannibalism. The accused could be located in Switzerland and was arrested. The collection of evidence, however, was difficult due to the great temporal and geographical distance to the events. Enabling the interrogations of the victims and witnesses from Liberia was a logistical challenge. Furthermore, a lot of cultural misunderstandings had to be recognized and clarified. The results of the criminal investigation convinced the Office of the Attorney General of Switzerland to indict the accused at the Federal Criminal Court in March 2019. After various postponements due to the pandemic, the six-week main hearing took place at the beginning of 2021. In its judgement of 18 June 2021, the court found the accused guilty and sentenced him to the maximum penalty of 20 years' imprisonment and expulsion from the country. It is the first judgement of Switzerland's civil criminal justice system under international criminal law.

*Der Beitrag ist die schriftliche Version des Kurzvortrages, den der Verfasser in der Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht vom 6. und 7. Mai 2022 in Berlin gehalten hat.

** Der Verfasser ist Staatsanwalt des Bundes bei der Bundesanwaltschaft in Bern.

Seit Inkrafttreten verschiedener Gesetzesnovellen am 1. Januar 2011 sind die Strafbehörden des Bundes ausschließlich für die Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nach dem Universalitätsprinzip zuständig.¹

Am 18. Juni 2021 fällte die Strafkammer des Bundesstrafgerichts² das erste völkerstrafrechtliche Urteil eines (zivilen) Strafgerichts³ in der Schweizer Justizgeschichte und verurteilte einen ehemaligen liberianischen Warlord zu 20 Jahren Freiheitsentzug. Auf dieses Urteil⁴ und seine Vorgeschichte wird im Folgenden eingegangen. Dabei stehen die praktischen Aspekte im Vordergrund.

Im Juli 2014 reichten drei Genfer Rechtsanwälte für insgesamt sieben in Liberia ansässige Opfer bei der Bundesanwaltschaft Privatklage⁵ gegen Alieu Kosiah wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein. Im Juni und August 2016 gesellten sich ein weiterer Privatkläger und eine Privatklägerin, beide ebenfalls in Liberia lebend und in der Schweiz anwaltschaftlich vertreten, dazu. Der Beschuldigte soll, kurz zusammengefasst, als „CO“⁶ bzw. „Colonel“ oder „General“ des United Liberation Movement of Liberia for Democracy (ULIMO)⁷ im liberianischen Bürgerkrieg⁸ Anfang der Neunzigerjahre einen Kindersoldaten rekrutiert, Dörfer geplündert, Zivilisten versklavt, gefoltert, vergewaltigt, ermordet und in kannibalischer Weise geschändet haben.

Auffallend an den Privatklagen – und typisch in diesem Fachbereich – war, dass sie auf den Vorarbeiten einer in Genf

¹ Siehe zum Ganzen Müller/Heinrich, ZIS 2015, 501 f.

² Das erstinstanzliche Gericht in Bundesstrafsachen (Art. 35 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes).

³ Bis zur Einführung der neuen Strafprozessordnung teilten sich Zivil- und Militärjustiz die Zuständigkeiten, siehe dazu Müller/Heinrich, ZIS 2015, 501 (502).

⁴ BStGer, Urt. v. 18.6.2021 – SK.2019.17 (zum Zeitpunkt der Publikation dieses Beitrages noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter

https://bstger2.weblaw.ch/pdf/20210618_SK_2019_17.pdf

(1.12.2022); englische Übersetzung der NGO Civitas Maxima verfügbar unter

<https://civitas-maxima.org/legal-work/our-cases/alieu-kosiah/> (1.12.2022).

⁵ Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 der Schweizerischen StPO).

⁶ „Commanding officer“; sowohl von den Rebellen selbst wie auch von den Zivilisten unscharf verwendet für jeden Höhergestellten mit Befehlsgewalt.

⁷ Eine Rebellenarmee, die gegen die National Patriotic Front of Liberia (NPFL) von Charles Taylor kämpfte.

⁸ Meist werden erster (1989–1997) und zweiter Bürgerkrieg (1999–2003) unterschieden.

ansässigen NGO namens Civitas Maxima⁹ und deren Schwesterorganisation Global Justice and Research Project in Monrovia/Liberia¹⁰ fußten. Letztere bietet Unterstützung für Opfer von Übergriffen während der liberianischen Bürgerkriege, Erstere begleitet die Führung von Strafprozessen in diesem Kontext in Europa und den USA.

Zwischen der Eröffnung des Strafverfahrens durch die Bundesanwaltschaft im August 2014, der Fahndung nach dem Aufenthaltsort des Beschuldigten in der Schweiz¹¹ und dessen Verhaftung im französischsprachigen Landesteil im November desselben Jahres, blieb genügend Zeit, sich mit den in den Privatklagen geschilderten Sachverhalten, dem historischen, geografischen und ethnischen Umfeld Liberias sowie der Geschichte dieses Konfliktes eingehend zu befassen.¹²

In der Strafuntersuchung durch die Bundesanwaltschaft kamen bis zur Anklageerhebung im März 2019 neben den Privatklägern und dem Beschuldigten mehr als 25 Zeugen zu Wort, die sich teils in der Schweiz, in Europa, den USA und in Liberia befanden. Die Einvernahmen der Zeugen aus der Schweiz und rechtshilfweise in europäischen Ländern und den USA stellten keine sonderlichen Probleme dar. Schwieriger war dies im Falle Liberias, da die damalige Regierung keine Rechtshilfe leistete. Die Bundesanwaltschaft war bei der Lokalisierung der Zeugen und der Organisation ihrer Reise an den Flughafen in Monrovia auf fremde Hilfe angewiesen.¹³ Diese kam bei den Privatklägern und den Belastungszeugen von Seiten der bereits erwähnten NGO Global Justice and Research Project vor Ort, bei den Entlastungszeugen von den Verwandten des Beschuldigten in Liberia. Die bei diesem Vorgehen mögliche Beeinflussung der Aussagen von außen wurde bei deren Würdigung berücksichtigt. Die Reise zur Einvernahme in die Schweiz ab dem Flughafen Monrovia wurde durch die Bundesanwaltschaft organisiert¹⁴ und die Betreuung während des Aufenthalts in der Schweiz¹⁵ durch fedpol¹⁶ sichergestellt.

⁹ <https://civitas-maxima.org/> (1.12.2022).

¹⁰ <http://www.globaljustice-research.org/> (1.12.2022).

¹¹ Das Schweizer Recht kennt ein beschränktes Universalitätsprinzip: Die Schweiz ist zur Verfolgung von Straftaten, die nicht in der Schweiz, nicht durch einen Schweizer und nicht gegen einen Schweizer begangen wurden (Territorialitäts- sowie aktives und passives Personalitätsprinzip) nur dann zuständig, wenn sich der mutmaßliche Täter in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert oder an ein internationales Gericht überstellt wird (Art. 264m des Schweizerischen StGB).

¹² Um einen kultursensiblen Umgang mit völkerstrafrechtlichen Sachverhalten zu ermöglichen und so dem universellen Anspruch des Völkerstrafrechts gerecht zu werden, ist eine umfassende Kenntnis des Gesamtkontextes Voraussetzung dafür, um die Aussagen der Beteiligten verstehen zu können.

¹³ Mangels Rechtshilfe basierten die Reisen auf Freiwilligkeit.

¹⁴ Dabei war ein Zwischenstopp bei der nächstgelegenen Schweizer Botschaft an der Elfenbeinküste für den Visaerhalt notwendig.

¹⁵ Die Betreuung der Opfer von Völkerrechtsverbrechen, die für ihre Beteiligung am Verfahren ihre gewohnte Umgebung

Die Untersuchung ergab einzelne, in sich abgeschlossene Teile eines Puzzles, denn die Einvernommenen erzählten, was sie während des Kriegs erlebt hatten. Es sind Momentaufnahmen aus verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeitpunkten. Nur in zwei Fällen berichteten zwei Privatkläger und ein Zeuge über den gleichen Sachverhalt. Der Beschuldigte seinerseits gab zu, im Bürgerkrieg für die ULIMO gekämpft zu haben, bestritt aber jegliche Tatvorwürfe, da er zu den behaupteten Zeitpunkten nicht vor Ort gewesen sei. Es stellte sich mithin die Frage nach der Glaubwürdigkeit der sich widersprechenden Aussagen. Ein durch die Bundesanwaltschaft in Auftrag gegebener Analysebericht von fedpol brachte schon reichlich Klarheit. Er zeichnete aufgrund öffentlich zugänglicher Quellen¹⁷ die Geschichte Liberias sowie des Bürgerkrieges nach und beschrieb anschaulich das Leid der Zivilbevölkerung unter der stetig wechselnden Herrschaft der Rebellen Gruppen.¹⁸ Ein Ermittlungsbericht der Bundeskriminalpolizei, der die Einzelschilderungen der Einvernommenen in den größeren Rahmen des Analyseberichtes einpasste, zeichnete schließlich ein Bild, das keine Zweifel an den Schilderungen der Privatkläger übrig ließ, weshalb die Bundesanwaltschaft im März 2019 beim Bundesstrafgericht in Bellinzona Anklage erhob.

Mitten in der anspruchsvollen Vorbereitung der Gerichtsverhandlung brach die COVID-19-Pandemie aus, die eine Einreise der Privatkläger und Zeugen in die Schweiz vorübergehend verhinderte. Die rund sechswöchige Hauptverhandlung begann daher erst Ende November 2020 und wurde im Februar 2021 fortgesetzt.

Vor Gericht bekräftigte der Beschuldigte seine Verteidigungsstrategie. Sie bestand auch in der Behauptung, der Norden Liberias¹⁹ sei nach dessen Einnahme durch seine Rebellen Gruppe ruhig und friedlich gewesen. Dieser Schilderung widersprachen aber nicht nur die Aussagen der Privatkläger und einiger Zeugen, sondern auch sämtliche öffentlich zugänglichen Quellen.²⁰ Zum Prozessauftritt erschienen zudem verschiedene Artikel in Schweizer Zeitungen, unter anderem die Reportage eines Journalisten der Neuen Zürcher Zeitung

verlassen müssen, ist ein wichtiger Baustein für das Gelingen eines völkerstrafrechtlichen Verfahrens.

¹⁶ Bundesamt für Polizei.

¹⁷ Unter anderem der Bericht der Truth and Reconciliation Commission of Liberia, Berichte der UN, von NGO, diverse Monografien und Berichte der liberianischen Presse aus der Zeit.

¹⁸ Der Bericht beschrieb namentlich die historischen Gräben zwischen den verschiedenen Ethnien Liberias und wie diese den Bürgerkrieg mitbestimmten.

¹⁹ Das Lofa County im Norden Liberias wurde über weite Strecken des ersten liberianischen Bürgerkriegs von den ULIMO kontrolliert.

²⁰ Namentlich der Bericht der Truth and Reconciliation Commission of Liberia, Berichte der UNO und von Médecins sans Frontières sowie die Kriegsberichterstattung in liberianischen Zeitungen aus dieser Zeit zeichnen das Bild einer Zivilbevölkerung, die der mörderischen Willkür der Warlords schutzlos ausgeliefert war.

über einen Besuch bei Alhaji G.V. Kromah, dem ehemaligen Leader der ULIMO.²¹ Der Journalist stellte ihm die Frage, was er von den Vorwürfen gegen den Beschuldigten in der Schweiz halte (der Journalist erwähnte namentlich Versklavung und Tötung von Zivilisten sowie Kannibalismus). Kromah antwortete, es handle sich dabei um ganz gewöhnliche Praktiken eines Soldaten, bei deren Unterlassen man einem Kämpfer sogar vorwerfen könne, er habe seinen Job nicht richtig gemacht. Die Aussage warf ein Schlaglicht auf das Selbstverständnis der ULIMO-Rebellen und ließ die Behauptung des friedlichen Zusammenlebens mit den Zivilisten wenig glaubwürdig erscheinen. Auch das zweite Argument zur Verteidigung – der Beschuldigte will zum Tatzeitpunkt noch gar nicht am Tatort gewesen sein – hielt vor Gericht nicht stand. Alle Privatkläger und verschiedene Zeugen behaupteten das Gegenteil. Ein vom Beschuldigten als Hauptentlastungszeuge ins Verfahren eingebrachter „Boy Soldier“ und „Bodyguard“ platzierte ihn ebenfalls im Tatzeitraum ins Tatgebiet. Die letzten Zweifel verflogen, als das Gericht einen ehemaligen Kampfgefährten des Beschuldigten per Videoschaltung in ein französisches Gefängnis befragte und auch dieser dessen Schutzbehauptungen widersprach.

Das Urteil vom 18. Juni 2021²² fiel entsprechend aus. Das Gericht sprach den Beschuldigten in 21 von 25 Anklagepunkten schuldig (namentlich der Verwendung eines Kindersoldaten, des Befehls der Tötung von insgesamt 13 Zivilisten und zwei Rebellen hors de combat, der eigenhändigen Tötung von vier Zivilisten, der Vergewaltigung einer Zivilistin, der wiederholten grausamen bzw. unmenschlichen Behandlung von Zivilisten bzw. des Befehls derselben, der Verletzung der Würde eines Verstorbenen sowie des vielfachen Befehls von Plünderungen) und verurteilte ihn zu der von der Bundesanwaltschaft beantragten Höchststrafe nach anwendbarem Recht²³ von 20 Jahren Freiheitsentzug. Es verwies ihn ebenfalls für 15 Jahre des Landes und verpflichtete ihn zur Leistung von Entschädigungen an die Privatkläger sowie zur Tragung der Prozesskosten.

Der Gerichtsentscheid ist in doppelter Hinsicht eine Premiere. Es ist die erste Verurteilung eines Liberianers wegen Verbrechen im liberianischen Bürgerkrieg und es ist das erste Urteil der Schweizer (zivilen) Strafjustiz im Bereich des Völkerstrafrechts.²⁴

Das Urteil wurde vom Beschuldigten angefochten und die Berufungsverhandlung soll im Januar 2023 beginnen.

²¹ Schilliger, NZZ v. 3.12.2020, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/gesellschaft/liberia-warlord-alieu-kosiah-vor-gericht-monster-oder-retter-ld.1588923> (1.12.2022).

²² BStGer, Urt. v. 18.6.2021 – SK.2019.17.

²³ Art. 108 und 109 des Militärstrafgesetzes v. 13.6.1927 in der im Tatzeitraum (1993/1994) geltenden Fassung in Verbindung mit dem gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen v. 12.8.1949 und dem Zusatzprotokoll über den Schutz der Opfer nicht international bewaffneter Konflikte v. 8.6.1977 (Protokoll II).

²⁴ Vor 2011 waren die Zuständigkeiten zwischen Zivil- und Militärjustiz aufgeteilt. Siehe dazu Fn. 3.
