

21. Jahrgang
2/2008

Volume 21
2/2008

ISSN 0937-5414
G 10364

Humanitäres Völkerrecht

Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Sonderausgabe zum Völkerstrafrecht

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht
und Humanitäres Völkerrecht



Herausgeber:

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Generalsekretariat, Carstennstraße 58, 12205 Berlin-Steglitz, Tel. (0 30) 8 54 04-0, Fax (0 30) 8 54 04-4 50, Internet: www.drk.de

Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, Tel. (02 34) 32-2 73 66, Fax (02 34) 32-1 42 08, Internet: www.ifhv.de

ISSN 0937-5414

Manuskripte: Herausgeber und Redaktion haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor den Herausgebern alle Rechte für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts, insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt das Recht, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung der Herausgeber in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- oder Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Bezug:

Erscheinungsweise vierteljährlich; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 35,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 44,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 9,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 22,75 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, E-Mail: verlag@drkservice.de

Das Abonnement kann nur schriftlich mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende beim Verlag gekündigt werden.

Verlag:

DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstraße 16, 80999 München, Tel. (0 89) 54 82 17-0, Fax (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

Verantwortlicher Redakteur: **PD Dr. Hans-Joachim Heintze**, Bochum; Redaktionsassistentin: **Jeannette Bell M.A.**, Bochum

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Cristina Churruca Muguruza, Bilbao/Spanien; **Prof. Dr. Dennis T. G. Dijkzeul**, Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Frankfurt (Oder); **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß LL.M.**, Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Gießen; **Dr. Sven Peterke M.A.**, Brasilia/Brasilien; **Dr. Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Dr. Heike Spieker**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeletch Worku LL.M.**, Bochum

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Knut Dörmann, Genf; **Dr. Robert Heinsch LL.M.**, Berlin; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Hagen

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPA€)

21. Jahrgang
2/2008

Volume 21
2/2008

Editorial 55

Das Thema / Topic

The Challenge of Customary International Crimes to the Principle of Nullum Crimen Sine Lege
Pierre Hauck 58

Die Tätigkeit der beiden ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda – Versuch einer Bilanz
Stefan Kirsch 66

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

'Gravity' under the Rome Statute: Procedural Filter or Instrument of Shaping Criminal Policy?
Andreas Schüller 73

Supranationale Strafrechtskompetenz versus Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft
Ingo E. Fromm 82

Bilaterale Nichtüberstellungsabkommen der USA mit Signatarstaaten und Vertragsstaaten des IStGH und deren völkerrechtliche Vereinbarkeit mit dem Römischen Statut
Sarah Meding 99

Fallstudien / Case Studies

The Transfer of Cases before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Competent National Jurisdiction
Tilman Blumenstock and Wayne Pittman 106

Panorama / Panorama

Konferenzen / Conferences

XVII Tagung zum Humanitären Völkerrecht (Bad Teinacher Tagung/ Bad Mergentheimer Tagung)
Jeannette Bell, Simone Kumor und Andrej Zwitter 116

Seminar „Legal Dimensions on Maritime Operations“ in der Marineoperationsschule Bremerhaven
Felix Boor 118

Internationale Konferenz: Islam und moderner Nationalstaat – Ein Konflikt der Kulturen?
Lisa Hilleke 119

Buchbesprechungen / Book Reviews

Judith Wiczorek, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht
Simone Kumor 123

Darius Rejali (ed.), Torture and Democracy
Daniela Kaschel 125

BOCHUMER SCHRIFTEN

zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Horst Fischer,
Prof. Dr. Dr. Knut Ipsen, Prof. Dr. Joachim Wolf

Band 59 Hans-Joachim Heintze, Annette Fath-Lihic (Hrsg.)

Kriegsbegründungen

Wie Gewaltanwendung und Opfer gerechtfertigt werden sollen

2007, 109 S., kart., 19,80 Euro, ISBN 978-3-8305-1449-7

Band 57 Robert Heinsch

Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda

Zur Bedeutung von internationalen Gerichtsentscheidungen
als Rechtsquelle des Völkerstrafrechts

2007, 413 S., kart., 42,- Euro, ISBN 978-3-8305-1438-1



Band 56 Eugênio José Guilherme de Aragão

Strategien zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Strafverfolgung der Folter am Beispiel Brasiliens

Eine Untersuchung zum Verhältnis zwischen Völkerstrafrecht und Staatenverantwortlichkeit

2007, 459 S., kart., 45,- Euro, ISBN 978-3-8305-1368-1

Band 55 Volker Epping, Hans-Joachim Heintze (Hrsg.)

Wiederherstellung staatlicher Strukturen in Nach-Konflikt-Situationen Theoretische Fragen und Fallstudien

2007, 171 S., kart., 29,- Euro, ISBN 978-3-8305-1195-3

Band 54 Sven Peterke

Der völkerrechtliche Sonderstatus der Internationalen Föderation der Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften

Untersucht auf der Grundlage von Rechtsstatusabkommen und der in ihnen enthaltenen
Privilegien und Immunitäten zugunsten der Föderation und ihres Personals

2006, 302 S., kart., 32,- Euro, ISBN 978-3-8305-1150-2

Band 53 Gregor Schotten

Wirtschaftssanktionen der Vereinten Nationen im Umfeld bewaffneter Konflikte Zur Bindung des Sicherheitsrates an individualschützende Normen

2007, 394 S., kart., 42,- Euro, ISBN 978-3-8305-1166-3

Band 52 Horst Fischer, Noëlle Quénivet (eds.)

Post-Conflict Reconstruction: Nation- and/or State-Building

2005, 194 S., kart., engl., 24,- Euro, ISBN 978-3-8305-1003-1



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Axel-Springer-Str. 54a • 10117 Berlin • Tel. 030 / 841770-0 • Fax 030 / 841770-21

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de

Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Editorial

Mit der vorliegenden Ausgabe der „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“ wenden wir uns wiederum vorrangig dem Völkerstrafrecht zu. Die zunehmende Bedeutung internationaler Strafgerichtshöfe sowie die Absicht der Vereinten Nationen, die *ad hoc*-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda bis zum Ende des Jahres einzustellen, machen weiterhin tiefgehende Analysen und Bilanzen der damit zusammenhängenden Rechtsfragen notwendig (unsere letzte Ausgabe zum Völkerstrafrecht war die HuV-I 3/2007).

Den Auftakt macht *Pierre Hauk* mit einem Beitrag, der sich der Problematik des sich herausbildenden völkergewohnheitsrechtlichen Charakters von (Kriegs-)Verbrechen auf der einen Seite und der umstrittenen Bindungswirkung des Gewohnheitsrechtes auf der anderen, beschäftigt. Der Autor fragt: „*Wie soll es möglich sein, bei dieser ohnehin schwierigen rechtlichen Ausgangslage insbesondere das strafrechtliche Bestimmungsgebot mit den nicht kodifizierten Verbrechen des Völkergewohnheitsrechts in Einklang zu bringen?*“

Ebenfalls unter der Rubrik „Das Thema / Topic“ unterwirft *Stefan Kirsch* die Tätigkeit der beiden oben genannten *ad hoc*-Gerichtshöfe einer umfassenden Bilanz. Wichtig ist dem Autor zu prüfen, inwieweit die Verfahrensgestaltung dieser Tribunale sicherstellt, dass die Überprüfung der Verdachtshypothese allein am Maßstab der objektiven Wahrheit gemessen wird. Er deckt diesbezüglich umfassende Defizite auf.

Die Auslegung des Art. 17 Abs. 1 lit. d des Römischen Statuts, der besagt, dass ein Sachverhalt schwerwiegend genug sein muss, um weitere Maßnahmen des Internationalen Strafgerichtshofes zu rechtfertigen, wird von *Andreas Schüller* kritisch gewürdigt. Er erörtert die Frage, inwieweit eine Sache abstrakt gemäß ihrer Schwere („gravity“) betrachtet werden muss und ob sie eine Rolle in der Ermessensentscheidung des Anklägers zur Einleitung von Ermittlungen und Anklage darstellt.

Ingo Fromm hinterfragt in seinem Beitrag, ob sich die Europäische Gemeinschaft (EG) auf dem Weg zu einer umfassenden Kompetenz im Kriminalstrafrecht befindet. Er analysiert, ob Strafrechtsbestimmungen innerhalb der EG möglicherweise nicht ausreichend demokratisch legitimiert sind. Welche Befugnisse sollten der EG demnach in diesem Bereich zukommen?

Sarah Meding unterstreicht die Beziehung zwischen den USA und dem Internationalen Strafgerichtshof. Sie analysiert die Inhalte und völkerrechtliche Bedeutung bilateraler Nichtüberstellungsabkommen zwischen den USA und Signatarstaaten des Römischen Statutes.

Unter der Rubrik „Fallstudien / Case Studies“ geht es noch einmal im Detail um die Fälle vor dem Jugoslawientribunal und genauer, um ihre Abgabe an nationalstaatliche Gerichte.

Außerdem werden Ihnen im Panoramateil drei interessante Tagungen – zum Humanitären Völkerrecht, zum Seerecht und zum Verhältnis von Islam und Nationalstaat – präsentiert. Zwei Buchbesprechungen zu „unrechtmäßige Kombattanten“ und ihrem Rechtsstatus sowie zu Folter(methoden) in Demokratien ergänzen diese Ausgabe und versprechen, aus diesem thematisch bezogenen Heft eine vielschichtige Lektüre zu machen. Hierbei wünschen wir Ihnen interessante Einblicke und gute Unterhaltung! Bitte beachten Sie dabei, dass die Positionen der Autoren nicht notwendigerweise die Meinungen der Redaktion widerspiegeln.

Die Redaktion

The Challenge of Customary International Crimes to the Principle of *Nullum Crimen Sine Lege*

Pierre Hauck*

Der Pendelschlag des humanitären Völkergewohnheitsrechts verläuft zwischen einer ständig fortschreitenden Herausbildung gewohnheitsrechtlicher (Kriegs-)Verbrechen einerseits und der umstrittenen Bindungswirkung des Völkergewohnheitsrechts andererseits. Das Prinzip *nullum crimen sine lege*, ebenfalls Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts, verschärft das Problem aus strafrechtlicher Sicht: Wie soll es möglich sein, bei dieser ohnehin schwierigen rechtlichen Ausgangslage insbesondere das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot mit den nicht kodifizierten Verbrechen des Völkergewohnheitsrechts in Einklang zu bringen? Anknüpfend an ein Verständnis des Prinzips *nullum crimen sine lege* als Optimierungsgebot zeigt dieser Beitrag einen Weg auf, wie die notwendige Harmonisierung zwischen diesem Prinzip und der Herausbildung völkergewohnheitsrechtlicher Straftatbestände gelingen kann.

In customary international humanitarian law, the situation is close to clash between the ‘recent evolution of customary war crimes’ (Kress, 2001 (30) IYHR, 103) and the contested binding effect of customary international law. To make matters worse, from a criminal law point of view, the principle of *nullum crimen sine lege* is considered to be part of customary international law. But how can customary international crimes adhere to the requirement of maximum certainty within that sensitive framework? After showing the nature of the principle of *nullum crimen sine lege* as an imperative for improvement, this article presents a way how to arrive at maximum certainty in the establishment of customary international crimes.

1. Posing the Problem

‘By its very nature, criminal law does not conform to those fields where customary law is possible.’¹ Indeed, this striking quotation of *Fletcher’s* and *Ohlin’s* deprecatory analysis of the Report of the UN Commission of Inquiry on Darfur basically attacks section 259 of that report which supposedly endorsed customary international law (CIL) as a means of increasing criminal liability for war crimes. But more generally, the undeniable absoluteness of their statement – calling into question the very existence of crimes under CIL – urges us to examine the crucial issue whether the widely acknowledged concept of ‘customary international crimes’ (CIC) actually conforms with one of the most fundamental principles of criminal law, which *Kelsen* once called ‘a principle of justice’.² It is the maxim ‘*nullum crimen sine lege*’, sometimes rendered as ‘the principle of legality’ or ‘the rule of law’.³

With its traditional rigour, entrenched today in multiple domestic legal orders,⁴ although set down more rudimentarily in several highly important treaties of international law,⁵ this imperative requires any criminal conduct to be fixed by law in written form and those provisions to be applied in a strict, certain and non-retroactive way (*nullum crimen sine lege scripta, stricta, certa and praevia*) as the basis for individual criminal accountability. It is evident, however, that this traditional doctrine is hardly applicable to those legal systems

where the feature of codified statutory offences is scarcely to be found. Consequently, the assumption of *lex scripta*, which runs counter to both common and customary law resulting from judicial or unintentional law-making,⁶ was first aban-

¹ G.P. Fletcher & J.D. Ohlin, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, 539 (557).

² H. Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, (1947) 1 *International Law Quarterly*, 153 (165); further K. Ambos, “General Principles of Criminal Law in the Rome Statute”, (1999) 10 *Criminal Law Forum*, 1 (5).

³ Cf. in general A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5th ed., Oxford, OUP, 2006, pp. 68 et seq.; M. Catenacci, “Nullum Crimen Sine Lege”, in F. Lattanzi (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 159 et seq.; U. Ebert, “Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip”, in G. Britz et al. (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Munich, Beck, 2001, pp. 171 et seq.; R. Haveman, “The Principle of Legality”, in R. Haveman/O. Kavran/J. Nicholls (eds.), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Antwerp et al., Intersentia, 2003, pp. 39 et seq.; S. Lamb, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law”, in A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford, OUP, 2002, pp. 733 et seq.; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, pp. 32 et seq.

⁴ Cf. Art. 111 (3) French *Code Pénal*; § 1.03. a) Texas Penal Code; Art. 103 (2) German *Grundgesetz*, where Art. 7 (2) ECHR has not been ratified. In 2001, the German government revoked its original reservation against the Nuremberg trials in this regard, cf. C.J.M. Safferling, “Book Review – Kaleck/Ratner/Singelstein/Weiss (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*”, (2007) 8 *German Law Journal*, 879 (884).

⁵ Art. 99 Third Geneva Convention, Art. 67 Fourth Geneva Convention, Art. 7 (1) ECHR, Art. 15 (2) UNCCPR, Art. 9 (1) ACHR, Art. 7 (2) ACHPR, Art. 22 ICCSt.

⁶ Cf. A. Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford, OUP, 2005, p. 156.

* Dr. iur. (Gießen), LL.M. (Sussex), Chair Professor Dr. *Walter Gropf* (Criminal Law, Criminal Procedure and Comparative Criminal Law), Franz-von-Liszt-Institute for International and Comparative Law, Justus-Liebig-Universität Gießen, Germany. The author would like to thank Professor Dr. *Thilo Marauhn* MPhil (Wales) for his valuable suggestions.

done in human rights law⁷ and now seems watered down in English criminal law, too.⁸ As to international criminal law, the situation does not appear less problematic.

Although here the principle of *nullum crimen sine lege* is almost unanimously considered part of CIL already,⁹ its content is similarly narrowed. By way of some kind of ‘material’ approach, not only has the *lex scripta* requirement been abdicated implicitly but also the other three components are subject ‘to a number of significant qualifications’^{10,11} Clearly, this relativisation of the principle within international criminal law comes at the expense of its grade of accuracy.¹² But can the maxim *nullum crimen sine lege* bring forth any binding commitment within the framework of CIL or is it partly modified or even superseded by CIL and *vice versa*?

What will be argued here is that the principle of *nullum crimen sine lege* acts as a workable imperative for improvement in establishing and implementing CIC. Although the requirement of written offences cannot be adhered to, the requisite of maximum certainty necessitates both foreseeability and the pursuit of as certain as possible CIC. Any implementation of this demand must comply with the characteristics of CIL-making. Drawing on a comparison with English criminal law, the article takes the view that sub-factors of certainty may be identified in customary international criminal law as well. By their observance, the nature of *nullum crimen sine lege* as an imperative for improvement can be put into practice.

This article at first sets out to clarify the general relationship between CIL and the principle of legality (2). After introducing the dilemma that uncertain CIC may impose on the rationale of guiding conduct (2.1), it unfolds the relevant circumstances which might affect the normative commitment of the maxim *within* (customary) international law and *for* CIC (2.2). Having highlighted the need for maximum certainty, ways to achieve certainty in the context of CIC are examined (2.3). Mainly focusing on the requirement of maximum certainty, analysis of the maxim’s different realizations is completed by a look at the other requirements of prospectivity and the ban of analogy (2.4). In the end, the encountered results will be put to the proof *tout court* in the different jurisdictions (3).

2. The Interpenetration between Customary International Law and the Principle of *Nullum Crimen Sine Lege*

When the maxim *nullum crimen sine lege* has a right to exist in CIL – and her widely acclaimed nature as being a rule under CIL indicates that¹³ – then what does the maxim exactly stand for in that customary international legal ambit?

2.1 The Dilemma of Permissibly Unwritten yet Unclear Customary International Crimes Shown By Way of an Example

Definitely, CIC (as being crimes under CIL)¹⁴ today are a commonly acknowledged offshoot of CIL.¹⁵ Present debate

pinpoints the continuous establishment of new international crimes under CIL.¹⁶ In particular, international humanitarian law is sustained by a political need for CIL to stigmatize most heinous deviance not only as state-related intolerable misconduct (i.e., as simple breaches of international humanitarian law) but as individually offender-related true crimes (i.e., as grave breaches leading to individual punishment).¹⁷ Accordingly, new CIC are emerging today; they already exceed the misconduct specified as core crimes in the Rome Statute and they even form new crimes outside the ICC’s subject-matter jurisdiction.¹⁸ But clearly, on this account, the maxim’s occurrence of *lex scripta* with its plain task of overcoming customary law¹⁹ cannot be relevant in this regard.²⁰

⁷ Art. 7 (1) ECHR merely calls it the “constitution” of an offence under national or international law.

⁸ Cf. A. Ashworth, “Human Rights, Criminal Law, and the Principles of Legal Certainty and Non-Retroactivity”, in J. Arnold et al. (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Munich, Beck, 2005, pp. 49 et seq.; D. Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law*, 11th ed., Oxford, OUP, 2005, pp. 19 et seq.

⁹ B. Broomhall, “Article 22”, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 459 margin note 49, p. 461 margin note 53; S. Lamb, *supra* note 3, p. 734; G. Werle, *supra* note 3, p. 32, margin note 91, footnote 171 with further references. But see the codification in Art. 22 ICCSt.

¹⁰ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2003, p. 145.

¹¹ K. Ambos, *supra* note 2, 4 et seq.; F. Tulkens/M.-A. Beernaert, “Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit internationales des droits de l’homme”, in H. Müller-Dietz et al. (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 1005 (1007 et seq.).

¹² Cf. K. Ambos, “Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law”, in R. Haveman/O. Olusanya (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Antwerp, Intersentia, 2006, p. 17 (23).

¹³ *Supra* note 9.

¹⁴ Plenty of the other international crimes outside customary international law are listed by W.R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 5th ed., Belmont, Thomson Waldsworth, 2007, p. 7, and by G. Werle, *supra* note 3, pp. 36 et seq.

¹⁵ ICTY *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1, Appeals Chamber, Judgment 2 October 1995, p. 70; C. Kreß, “Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de Droit international*”, (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice*, 561, *passim*; M.N. Shaw, *International Law*, 5th ed., Cambridge, CUP, 2005, p. 239.

¹⁶ Cf. R. O’Keefe, “Customary International Crimes in English Courts”, (2001) 72 *British Yearbook of International Law*, 293 (296): “Further such crimes will no doubt evolve in future.”

¹⁷ A. Cassese, *supra* note 6, pp. 435 et seq.

¹⁸ Cf. S. Bock & L. Preis, „Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht oder Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot? – Drittstaatenangehörige vor dem IStGH“, (2007) *The Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 148; G. Werle & V. Nerlich, „Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht“, (2002) *The Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 124 (127).

¹⁹ See K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 19 note 9.

²⁰ Thence, O. Triffterer, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. Br., Eberhard Albert Verlag, 1966, pp. 63 et seq., detracted the maxim from written law and argued for her application to unwritten norms. See further the statement of the Special Rapporteur of the ILC *Doudou Thiam* cited by K. Ambos, *supra* note 2, 5; unclear B. Krivec, *Von Versailles nach Rom – Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege. Bedeutung und Entwicklung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im völkerrechtlichen Strafrecht*, Hamburg, 2004, p. 28.

As welcome as flexibility and adaptability of the criminal law may be due to humanitarian necessities, it is equally precarious to abandon another guarantee of the principle: the demand of *lex certa*. To give an example:²¹

A is charged with having allegedly committed a war crime in a non-international armed conflict by:

- a) Using anti-personnel landmines,
- b) Using incendiary weapons although it was feasible to use less harmful weapons to render a person *hors de combat*, or by
- c) Threatening the use of nuclear weapons.²²

Apparently, none of this deviance is currently a war crime under positive international criminal law; article 8 ICCSt does not contain any according provision, for example.²³ More surprisingly, only option b) is a war crime under CIL, at least to date.²⁴ Envisioning that it would only take more uniform state practice in option a) or a broader consensus (*opinio iuris*) in option c) to elevate these options to the level of CIC,²⁵ the problem becomes apparent. How can there be certainty for A about the legal qualification of his conduct? How will he know he is a war criminal? And to make matters worse, because (customary) international criminal law is – at least in the humanitarian context –²⁶ responding to the so-called regime of *ius in bello*, necessarily presupposing a conflict wherein atrocities naturally have to be committed, it is impossible to urge A to stay away from causing any harm (*neminem laede*). So, the boundaries are here ‘drawn in a way that is not indicated clearly by lay morality’²⁷. Owing to individual foreseeability, the principle of autonomy, and criminal law as a means of guiding conduct, international criminal law is challenged to set the boundaries of criminal behaviour unmistakably, to draw the demarcation line between merely condemned and already punishable misconduct. On the international stage, men ‘must be informed of the law before it can be fair to convict them of an offence’²⁸.

In this way, the unbowed humanitarian claim for an exceeding criminalization of human misdemeanour on the one hand and the private individual safeguard-guarantee not to be convicted for an unforeseeable offence on the other form a strong contrast wherein any legal analysis of the *lex certa* requirement in respect of CIC has to be placed. In order to solve this conflict, it is important to take a look at the theoretical factors which contribute to the interpenetration between the requirement of maximum certainty and CIC (2.2) as well as to highlight ways to ease the aforementioned tension between the requested existence of these crimes and the yield of maximum certainty (2.3).

2.2 The Principle of Maximum Certainty and Customary International Crimes as Both Normative Phenomena of Customary International Law

In CIL it seems all too clear: just let the totality of states’ behaviour, legislative measures, national and international

courts’ decisions and official acts and declarations by state representatives as so-called state practice be an expression of a sense of legal obligation to describe human behaviour as punishable malpractice and it is done;²⁹ a crime under CIL is now established. Those countries whose legal systems have ratified Article 7 (2)³⁰ ECHR within a civil law framework or have even subscribed to a common law approach of criminal justice, basically not being dependent upon statutory offences, may now easily convict any individual for such an offence, subject to universal jurisdiction and constitutional permission.³¹ It is worrisome, however, that neither as part of CIL nor as a concept in domestic jurisdictions could the maxim *nullum crimen sine lege certa* show significant effects in such a scenario. It might not seriously affect the establishment of crimes as being achieved by custom nor is it likely that states refrain from an individual conviction once the crimes have been established by customary law. Consequently, it is held that CIC may *ipso iure* constitute a crime, say, under English law and that the established CIC hence are ‘clearly defined by law’³². Silence gives consent.

²¹ Taken from J.-M. Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross*, 175 (194 et seq.); cf. in general *idem* & L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge et al., ICRC, 2005.

²² Cf. M. Bothe, “Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study”, (2005) 8 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 143 (168 et seq., 174 et seq.). The example given by Fletcher and Ohlin, *supra* note 1, does not reflect any impermissible grounding of criminal liability on customary law but shows a way of permissibly interpreting a positive treaty provision by consulting customary rules. Cf. A. Cassese, *supra* note 10, pp. 59 et seq.

²³ Other statutes do not either, cf. Artt. 2 et seq. ICTYSt, Artt. 3 et seq. Sierra Leone SCSt, Art. 13 d) Iraqi STSt, Artt. 6 et seq. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.

²⁴ *Supra* note 21; cf. G. Werle, *supra* note 3, p. 379 margin note 1130: “a trend is emerging toward prohibiting other means of warfare in non-international conflict.”; M. Bothe, *supra* note 22, 168 et seq.

²⁵ *Supra* note 21.

²⁶ Cf. R. Kolb, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle et al., Helbing & Lichtenhahn, 2003.

²⁷ G. Williams, *Criminal Law. The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons, 1961, p. 582.

²⁸ A. Ashworth, *supra* note 3, p. 67.

²⁹ As to these requirements of custom cf. G. Werle, *supra* note 3, p. 46, margin notes 129 et seq.; another enumeration gives I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, OUP, 2003, p. 6.

³⁰ The wording reads: “This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilian nations.” Also cf. the according provisions in the international conventions *supra* note 5.

³¹ Cf. P. Capps, “The Court as Gatekeeper: Customary International Law in English Courts”, (2007) 70 *The Modern Law Review*, 458 et seq.; R. O’Keefe, *supra* note 16.

³² R. O’Keefe, *supra* note 16, 331; further *idem*, “Case and Comment. Crimes, the Courts and Customary International Law”, (2006) 65 *The Cambridge Law Journal*, 473 et seq.

2.2.1 The Principle of *Nullum Crimen Sine Lege Certa* as an Unnecessary Imperative for Improvement?

Rather, firm knowledge of the inherently uncertain factors of CIL is no news these days.³³ This indefiniteness concerns the nature, extent and content of both constituting factors of the law: state practice (*repetitio facti*) flanked by a sense of legal obligation (*opinio iuris sive necessitatis*) as well as the rules of how this customary law-making process – often retroactively – is assessed (i.e., the so-called meta-customary law).³⁴ But to this, CIC make no exception. As to the essential elements of custom, several sub-factors can be identified which contribute to the uncertainty of CIC. As regards content, the concept of *opinio iuris* can implicate the adversity of a lack of clarity concerning the definition of an offence or affecting the belief in legal obligation, etc.³⁵ Process-related imponderabilities chiefly pertain to state practice, which cannot be called a ‘certain’ element when its possible instant appearance, the ever-changing number of contributing states, restrictions on regions, and so on, create a more than changeable environment.³⁶ Moreover, recent trends in international law-making, such as ‘a modern positivist understanding of the process’³⁷, move away from equivalence between both material elements towards a predominance of *opinio iuris*. Left on its own, lacking traceable documentation, such mere consent might bring inaccessible, thus almost peddling certainty.³⁸ As the above example hauntingly reveals, an upcoming uniformity in state practice (option a) or the formation of *opinio iuris* (option c) could easily change the range of criminality anytime; and as law-changing circumstances these criteria would also have to be normatively detected as such, although extracting those from custom is a problem on its own.³⁹ For this reason, the process of law-making for CIC is anything but reliable.

Therefore, it cannot be regarded as a matter of course that the demands made on CIL as the source of CIC hold some kind of quality assurance in themselves, ensuring clearly defined misconduct in terms of criminal law. In contrast, the highlighted dispute on custom as a valid source of law reflects the perpetual appeal to trigger all potential capacity of customary law towards more certainty. One simply cannot settle for the actual state of CIL when there is room for improvement. In terms of criminal law, the maxim *nullum crimen sine lege* can assist customary law with this challenge as a principle of legality. Just as in general, this principle must be characterised as an *imperative for improvement*.⁴⁰ It looks to improve the performance and capacity of CIL as a normative framework within a criminal law setting. Therefore, it aims not only to solve or prevent global social disputes,⁴¹ but also to define the individual criminal responsibility as accurately as necessary.⁴²

2.2.2 The Principle of Maximum Certainty as Exclusively Addressing the Establishment of Customary International Crimes

Related to its requirement of certainty, the maxim’s possible imperative for improvement comes forth by comparing the general objectives of (customary) international law with the original functions of the maxim as intended by its ‘founder’

Feuerbach: it primarily aimed to serve both as an objective guideline for legislation by disciplining law-making bodies as well as a private individual safeguard prohibiting any conviction on the basis of unwritten, vague, analogous or retroactive law being applied.⁴³ Indeed, the principle of culpability and the predictability of criminal law theoretically place a special note on the moment of the establishment of crimes.⁴⁴ Imagine a customary international crime that has been created by custom too vaguely in the wake of recent developments of international humanitarian law, but that, once established, will not lead to any individual conviction for the next fifty years because no one will commit that crime. How can there be a ‘fair warning that certain conduct is prohibited’⁴⁵ for any person within that period of time? The later application and implementation of the crime cannot be relevant; the guiding conduct rationale of the maxim, as regards potential offenders within that fifty-year period, cannot afford to wait for the first adjudication in order to render the conduct not permissible. Admittedly, the example does not

³³ Cf. J. Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, (2004) 15 *European Journal of International Law*, 523 et seq.; further S. Estreicher, “Rethinking the Binding Effect of Customary International Law”, (2003) 44 *Virginia Journal of International Law*, 5 et seq.

³⁴ See R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim’s International Law, Vol. 1. Peace. Introduction and Part 1*, 9th ed., Harlow, Longman, 1992, pp. 25 et seq., p. 23: “the process by which it first becomes identifiable as a rule of conduct”; M. Bothe, *supra* note 22, 160; cf. J. Kammerhofer, *ibid.*, pointing at deduction and induction as two ways of retrospectively assessing custom.

³⁵ Cf. H. Krieger, “A Conflict of Norms. The Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study”, (2006) 11 *Journal of Conflict & Security Law*, 265 (274), doubting the specificity of CIL in another context.

³⁶ Cf. M.N. Shaw, *supra* note 15, pp. 87 for regional custom. “Instant custom” is probably insufficient.

³⁷ C. Kreß, *supra* note 15, 573; M. Bothe, *supra* note 22, 154 highlights a “new dynamic customary law” in this regard.

³⁸ Cf. C.-F. Stuckenberg, “Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Völkerstrafrecht”, (2007) *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 80 (87 et seq.).

³⁹ See C.J.M. Safferling, “Can Criminal Prosecutions be the Answer for Massive Human Rights Violations?”, (2004) 5 *German Law Journal*, 1469 (1475).

⁴⁰ W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3rd ed., Heidelberg et al., Springer, 2005, § 2 margin note 5 („Optimierungsgebot“); A.P. Simester & G.R. Sullivan, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, 2nd ed., Oxford, Hart, 2003, p. 37: “It comprises values to which the law should aspire.”; this understanding follows R. Dworkin’s, *Taking Rights Seriously. New Impressions with a Reply to Critics*, London, Duckworth, 1984, pp. 22 et seq., 71 et seq.

⁴¹ H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, pp. 3 et seq.; J.C. Barker, *International Law and International Relations*, London, Continuum, 2000, pp. 1 et seq.

⁴² Because optimizing certainty must not be confused with maximizing certainty. For individual criminal responsibility as one way public international law is conferring rights and imposing duties on private individuals see R. Jennings & A. Watts, *supra* note 34, pp. 4, 17.

⁴³ P.J.A. Ritter von Feuerbach, “The Foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle”, (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice*, 1005 et seq. (§§ 13 et seq.); K. Ambos, *supra* note 12, pp. 17 et seq.

⁴⁴ Cf. R. Haveman, *supra* note 3, pp. 40 et seq.

⁴⁵ Ludington, US SC Reports, 75 L Ed 2d 1051 (1985) cited by A. Ransiek, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg, R. v. Decker’s Verlag, Schenk, 1989, pp. 13 et seq.

solely touch the issue of certainty but also addresses the problem of information and knowledge about both existence and range of criminalization of conduct.⁴⁶ But besides the deterring controversy on the validity of pre-emptive reasons for requiring maximum certainty,⁴⁷ focusing exclusively on the requirement of maximum certainty in the establishment of CIC imposes another vital problem.

In contrast to the territorial codification endeavours of the early nineteenth century, from whence the maxim has taken off on its worldwide triumphal course, legal entities which establish international crimes by way of custom today are not single, easy to address and supervise bodies as were the old sovereignties, but are the largely uncontrolled and autonomous multitude of states in the world. That is why it appears to be much easier to reduce the scope of the maxim exclusively to the subjective-individual safeguard-dimension in application of the law than to the objective-general understanding appealing to and administering the law-making process. Pressuring law-making bodies to draft the most precise authoritative definition as possible of an offence was a major purpose of the requirement of maximum certainty back in *Feuerbach's* days,⁴⁸ but is hardly transferable to CIL for a good reason.

Ex ante, the complexity, opacity and inordinateness of custom does not allow for a precise toehold by which to identify the very establishing element in state practice that eventually constitutes an international crime. Experience with the core crimes teaches us, in fact, that often international treaties initially lay down some misconduct as criminal (e.g., by suppression-treaties) and international courts or tribunals then confirm these conventions afterwards in such a way as to enable us *now* to refer to them as crimes under CIL.⁴⁹ So, the step of acceptance is often reached only by complementary state practice.⁵⁰ At any rate, as we have seen,⁵¹ the establishment of CIL including customary crimes is dependant on the retroactive assessment of custom *ex post*, which already methodically ruins the chances to identify the genuine first establishing component without being influenced by subsequent customary developments.

Therefore, focusing on the very act of the establishment of CIC, as essential as it may be in domestic criminal legal theory, cannot be valid in CIL because of the impracticality of distinguishing clearly between a first establishing act and following confirming performances. Hence, one has to make do with the only workable task: fixation on the content of customary law as such. Now that the need for maximum certainty for validity of CIC is proven, the question is: how can this be implemented?

2.3 How to Achieve Certainty of a Customary Criminal Law Norm

On the face of it, achieving certainty for CIC must rely on the input given by CIL. Catering to the normative elements of state practice and *opinio iuris* as well as to the methodical perspective of assessing the law-creating process, these actually are the controlling yardsticks for maximum certainty.

First of all, increasing certainty of customary norms is thinkable. As regards *opinio iuris*, it is possible to raise the precision of agreements by appealing to the states' decision-makers to exercise more definiteness. The wording of treaties has to be as clear as possible, international stipulations should not leave a doubt as to what conduct is exactly to be criminalized, etc. When it comes to state practice, the call for unmistakable and non-contradictory acts is necessary as well. Those acts convey and express the sense of legal obligation so that once certainty is indeed be achieved intellectually, it may get endangered by a diluting practice in return. To put it bluntly: as far as possible, states ought to make efforts at clarity when it comes to criminal law.

In any case, achieving certainty with customary law must follow a twofold method, aiming at both the material elements of custom as well as the law-overhauling retroactive assessment of those elements. If states already fail in consensus and action *ex ante*, it would still be possible to choose the proper elements of custom, ready to delineate criminal conduct precisely, and to disavow the unqualified ones at the same time, i.e., *ex post*. So, claiming special requirements for the establishment of CIC in order to comply with the standards of criminal law first of all brings about methodological complexities. Do these demands necessarily need to change *ex post* the substantive elements of law-making, i.e., state practice and *opinio iuris*, or rather is it sufficient to leave the exercise of custom as it is but set the standards by screening the scant pieces of custom *ex ante*? However, the special requirements arising from the principle of maximum certainty have to start off from state practice and *opinio iuris*. But in order to tackle the issue, to understand how modifying requisites can be realized in a customary legal ambience, it may be worthwhile to look at the bearing of human rights doctrine in contemporary English criminal law.

2.3.1 Comparative Crosschecking with Human Rights Doctrine in today's English Criminal Law

2.3.1.1 The Question of Comparability

As in customary international criminal law, as a custom-rooted body of law the criminal law of England and Wales also faces the demand of maximum certainty in the definition of offences. As mentioned at the beginning,⁵² some shape of the principle of *nullum crimen sine lege* in Article 7 (1) ECHR

⁴⁶ A. Ransiek, *ibid.*, p. 15.

⁴⁷ H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1976, p. 217; further P.J.A. Ritter von Feuerbach, *supra* note 43.

⁴⁸ It is still today in a world of widely statutory offences in domestic legal systems.

⁴⁹ Cf. A. Cassese, *supra* note 10, p. 93, instructively discussing genesis and extent of crimes against humanity under customary international law.

⁵⁰ Uniformity necessitates multiple elements of state practice, cf. M.N. Shaw, *supra* note 15, pp. 72 et seq.

⁵¹ *Supra* 2.2.1.

⁵² *Supra* 1.

has been incorporated into English law by the enactment of the Human Rights Act 1998 (HRA), and now more than ever⁵³ the question arises of how to accomplish certainty in the description of an offence that is established judicially by common, i.e. customary, case-law.⁵⁴

Admittedly, famous words of caution as to the comparability of both law-making techniques shall indeed quickly be remembered⁵⁵ and the differences between English criminal law and customary international criminal law are really insuperable. As to law-making *institutions*, English criminal law is controlled by two central superior courts at the apex of a strict hierarchy of the judiciary,⁵⁶ whereas CIL has to rely on the autonomous totality of behaviour of states which are both unsupervised and related in a 'flat hierarchy'. As to *discretion* in law-making, English judges are bound to precedents which may only be abrogated in accordance with the tight '*stare decisis*'-doctrine; the states in the world, however, tergiversate in a not necessarily judicial and therefore almost fancy-free manner – essentially due to the very nature of quasi-unshackled custom. As to the *method* of law-making, English case-law is made by highly trained judges with long standing law careers; dynamic, spontaneous and unstable CIL on the other hand cannot envisage any corresponding veraciously professional legal approach. Furthermore, as to the *legal system*, traditionally English common law is much more reluctant to adhere to the requirement of maximum certainty, for it sees itself as a 'law of reason' or 'higher law' which, as a 'right law by nature', does not deserve scepticism towards the law-making process to such an extent.⁵⁷ In contrast, due to its history of origin, international criminal law seems to show no starting-point for a system of law at all.⁵⁸

Most dramatically, both law-making approaches differ in the feasibility of an *initial creation of offences* as the domestic law of England and Wales holds 'that the judges have no power to create new offences'⁵⁹ what is entirely different from CIL. But even though these differences may be insurmountable, attempts to attain maximum certainty in English criminal law may be transferred to the customary international legal situation on the basis of a structural comparison.

2.3.1.2 Maximum Certainty in the English Common Law Context

Even prior to the enactment of the HRA, English criminal justice has occasionally undergone accusations of having breached Article 7 (1) ECHR and its requirement of clearly defining the offence.⁶⁰ It was not least this judicature which led to an increasing debate on the issue of maximum certainty in judicial law-making in England.⁶¹ After the incorporation of the ECHR into English law, a provisional climax was reached in both judicial decisions and academic arguing.⁶²

Interestingly, English courts have approached the issue of maximum certainty as to the definition of offences not without revealing marks. In *Knüller*,⁶³ the House of Lords chaste-ly showed a broad awareness of its task to avoid uncertainty in the criminal law. In particular, the court pondered whether overruling a precedent would lead to uncertainty as to the ex-

istence of an offence under common law.⁶⁴ In a great leap forward, in *Cotter, Clair and Wynn*⁶⁵ the Court of Appeal directly made reference to Article 7 (1) ECHR.⁶⁶ In addition, it quoted forthrightly from the decision of the ECtHR in *SW and CR v. UK*⁶⁷ and thereby bracingly echoed the requirement of clearly defined offences in written and customary law. Taking its commitment to a new level, in *Clark*⁶⁸ the same court even discussed its previous judgment and responded to the method of maintaining certainty by 'gradual clarification' in the common law as being 'approved' by the ECtHR, which was expanded by the court in *C.*⁶⁹ to the interplay with Article 7 (2) ECHR. Still enhancing, the Court of Appeal in *Goldstein and Anthony R*⁷⁰ actually enunciated the question as to the effects of the HRA. As an English criminal court, it ascribed value to the European Commission of Hu-

⁵³ Earlier influences by the ECtHR can be detected nonetheless. Cf. the court decisions forthwith *infra* 2.3.1.2; further A.P. Simester & G.R. Sullivan, *supra* note 40, pp. 52 et seq.; A. Ashworth, *supra* note 8, p. 57; D. Ormerod, *supra* note 8, pp. 19 et seq.

⁵⁴ A. Ashworth, *supra* note 3, p. 74 et seq. Similar reference to the development of the core crimes in the jurisdiction of the ICTY is given by M. Shahabuddeen, "Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?," (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice*, 1007 et seq.

⁵⁵ J.L. Briery, "Do We Need An International Criminal Court?," (1923) 8 *British Yearbook of International Law*, 86 et seq.: "the discretionary powers which our law [...] allows to a judge in defining the constitution of a crime [...] is not in the least comparable [...] to the extraordinarily wide discretion which would have to be entrusted to an international criminal court attempting to apply and develop such laws" cited by A. Cassese, *supra* note 10, p. 21.

⁵⁶ See for the role of the Court of Appeal and the House of Lords A. Ashworth, *supra* note 8, pp. 55 et seq.

⁵⁷ Cf. G. Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, p. 92; similar S.H. Bailey & M.J. Gunn, *Smith and Bailey on the Modern English Legal System*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 5.

⁵⁸ See A. Cassese, *supra* note 10, pp. 139 et seq.

⁵⁹ *Withers and Others vs. D.P.P.* [in the House of Lords], [1974] 60 Cr. App. R. 85. In contrast to CIL, in English law retrospective assessment may not necessarily be a constituting element of the establishment of crimes.

⁶⁰ See the line of judgments by the ECtHR; amongst the relevant cases are for example *Handyside v. UK*, ECtHR (1976), series A.24; *Sunday Times v. UK*, ECtHR (1979), series A.30; *Tolstoy Miloslavsky v. UK*, ECtHR (1996), series A.316; *SW v. UK/CR v. UK*, ECtHR (1996), series A.335; *Hashman and Harrup v. UK*, ECtHR Reports 1999-VIII.

⁶¹ Cf. A.T.H. Smith, "Judicial Law Making in the Criminal Law", (1984) 100 *The Law Quarterly Review*, 46 (74 and *passim*), referring to and standing in the wake of the Sunday Times case.

⁶² For a comprehensive and instructive summary of the debate see A. Ashworth, *supra* note 8.

⁶³ [1973] A.C. 435 (463, 480, 486).

⁶⁴ In *Rimington and Goldstein* [2006] 1 Cr. App. R. 17, p. 278 (Westlaw), the House of Lords adduced *Misra v. Srivastava* [2005] 1 Cr. App. R. 21 where the Court of Appeal had conceded its and the House of Lords' awareness of the issue of certainty in the criminal law already prior to the implementation of the HRA.

⁶⁵ [2002] 2 Cr. App. R. 29, 406 (Westlaw); cf. A. Ashworth, *supra* note 8, pp. 57 et seq.

⁶⁶ Other judgments did the like, cf. *Misra and Srivastava*, *supra* note 64.

⁶⁷ *Supra* note 60, para. 33/35.

⁶⁸ [2003] EWCA Crim. 991, para. 13 (Westlaw); cf. A. Ashworth, *supra* note 8, p. 58.

⁶⁹ [2004] EWCA Crim. 292, para. 24 (Westlaw).

⁷⁰ [2004] 1 Cr. App. R. 27, paras. 13 et seq. (Westlaw).

man Rights' opinions in earlier cases before the ECtHR and adopted the commission's reasoning to judicial law-making.⁷¹

To cut a long story short: paying heed to maximum certainty in English criminal law is clearly shown by various proofs. The courts have shown awareness of the issue of uncertainty and of the effects of the ECHR, along with an evident sensibility of their own methodical limitations; have made direct references to Article 7 ECHR; and have accorded with judgments by the ECtHR in their own course of action that any other efforts in law-making acts to comply with the requirement of certainty are no doubt universally valid means to an end.⁷² Nonetheless, the analogy to English criminal law has yielded a fundamental difference between maximum certainty in developing the law by means of interpretation as in English law and maximum certainty in creating the law customarily as in CIL.

2.3.2 Results Transferred to Customary International Law: Whether to Achieve Certainty of a Customary Criminal Law Norm

For this reason, the findings of comparative viewpoint must first be translated into CIL and some simply cannot be transferred. Characteristic of English law, this applies to the typical tying in of the customary law-making body with preceding decisions as far as the pure interpretation of offences is concerned. In CIL, however, the creation of new offences is the overriding issue. Apart from that incompatibility, all the above indicators of aspiring to maximum certainty in English law can be translated into the customary international context. States showing awareness of the problem, by referring to according provisions as in the UNCCPR or ECHR, provide a self-critical confession of their own methodical abilities and restrictions and all other efforts to comply with the requirement will definitely give proof of the existence of the issue of uncertainty in offences under CIL. But as mere indicators, they will never be sureties or even synonyms of maximum certainty to the extent of an already attained status.

Certainty in CIC may not be attainable, but uncertainty must always be tackled. What remains is the question of whether we can afford that result. What would we forfeit by calling for CIL to be more certain when it comes to international crimes? Can we afford more definiteness in customary law-making at all? One indeed could argue that every raising of the standards of CIL would put at risk both the nature and character of this source of law; its autonomy as an uncontrolled, dynamic and incidental realm of law could be jeopardized. On the other hand, the disclosed consequences of the principle of *nullum crimen sine lege*, understood as an imperative for improvement, would not dare the impossible. It would be left to the states which option they chose in their course of action. As a principle, *nullum crimen sine lege* may bring commitment from states, urging them to choose the most precise and engaging option for action. Legal bondage of the states to pursue these demands, however, cannot be achieved.

2.3.3 Access to Information as a Second Requirement of Maximum Certainty in Customary International Law?

In the debate on certainty in CIL, a clear distinction has been emphasized repeatedly between the uncertainty of a customary norm on the one hand and mere ignorance of the customary norm on the other hand.⁷³ Given the fact, though, that in CIL the process of criminalizing conduct is often opaque and obscure, and that frequently custom is to be proven only retrospectively by looking at complex past developments in state practice, individual access to information about new criminalization is to be considered as a second requirement of the principle of maximum certainty. For all intents and purposes, the range of criminalization in the offences of international criminal law cannot be compared to most national systems of criminal law which show a rather clearly arranged array of offences that is either codified in statutes or at least publicly available at first go.⁷⁴

As a result, the 'study on customary international humanitarian law' by the ICRC recently stressed the need for further dissemination of the rules of customary humanitarian law.⁷⁵ The guiding conduct rationale of the requirement of *lex certa* will stall indefinitely if CIL norms never really come to the world's attention. For this reason, states should be asked to document their practice and show transparency in their action. Then, organizations like the ICRC could report on customary legal practice as a source of both the existence and scope of CIC.

2.4 The Principle of Non-Retroactivity (*Lex Praevia*) and the Prohibition of Analogy in *Malam Partem* (*Lex Stricta*)

What is left as regards the requirements of prospective and non-analogous criminal law when it comes to CIC? Obviously, the principle's requisite of *lex stricta* can easily be reduced to the field of applying CIC instead of establishing them. The foundation of a crime under customary law is either proven or it is not. Thus, creation of a customary international crime cannot be analogous *in malam partem* by its nature; in fact, in customary law, analogies to other crimes are rather a sign of state practice that show proof of a sense of legal obligation to cover the other, analogous conduct as criminal itself.⁷⁶ Contrariwise, it is quite possible to draw an analogy when implementing CIC in the criminal justice process. Here, the principle of *nullum crimen sine lege stricta*

⁷¹ *Ibid.*, paras. 15 et seq. (Westlaw).

⁷² Even if certainty may only be retained by refraining from a decision at all, cf. A.T.H. Smith, *supra* note 61, 69.

⁷³ *Supra* 2.2.2.

⁷⁴ Just see, for example, L.J. Hooper & D. Ormerod, *Blackstone's Criminal Practice 2008*, Oxford OUP, 2007, Part B, which lists all the key substantive offences under the common law of England and Wales.

⁷⁵ Cf. J.-M. Henckaerts, *supra* note 21, 175 et seq.

⁷⁶ Similar K. Ambos, "Remarks on the General Part of International Criminal Law", (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice*, 660 (669 et seq.).

ta bans any conviction on the footing of analogously referring to another unregulated, albeit similar, offence. Sometimes, perhaps out of an Anglo-American tradition,⁷⁷ in international criminal law the rule of *lex stricta* gets interpreted somewhat less tightly but as an imperative of binding effect.⁷⁸ This calls for a strict judicial interpretation of the criminal law that favours the accused in case of doubt.⁷⁹

Again much more pertinent to the offence as a product of customary criminal law-making as such, i.e., besides its application, is the exigency of non-retroactivity. Most notably the comparison with English criminal law-making has already shown the close relationship between *lex certa* and *lex praevia*. This is of course due to the fact that ‘a vague law may in practice operate retroactively, since no one is quite sure whether given conduct is within or outside the rule.’⁸⁰ But again, the articulation of *lex praevia*, like *lex stricta*, does not raise a problem which could be separable from an individual’s conviction.⁸¹ To CIC *per se*, retroaction is not an issue, for it only shows ‘action’, hence effect, towards an individual.

3. The Effects of Implementation in Different Jurisdictions

Translated into the jurisdictions, the principle of *nullum crimen sine lege* as a principle of CIL often collides with its national, domestic counterparts. Here, as in Germany, the maxim’s strict appearance, first and foremost *lex scripta*, may disregard the implementation of CIC and might call for a positive codification. In contrast, jurisdictions based on common law can incorporate CIC much more easily. Here as in supranational jurisdictions, the concept of universal jurisdiction is the key. Thinkable differences as to the contents of the principle of legality between domestic law and CIL have to be solved in the field of public international law. To this aspect of the problem, this article cannot reply soundly.⁸²

4. Concluding Remarks

As we have seen, the principle of *nullum crimen sine lege* could perfectly cope with the normative challenge posed by the phenomenon of CIC. As a principle of legality, the maxim stays untouched. Its ethical background calls for a valid origin of the creation of criminal offences, binding to any civilised system of criminal justice. Now as before, CIL may be such a provenance. But the imperative of legality in crim-

inal law is an imperative for improvement, demanding in nature. It keeps questioning the sources of CIL as valid sources of the CIC and it makes high demands on both state practice and *opinio iuris* from a double perspective, *ex ante* as regards content (i.e., states’ imperative to strive towards certainty in their course of action) and *ex post* as regards method (i.e., applier of law’s imperative to be choosey in retrospective implementation). So, in our example, the compliance with the maxim’s purposes of foreseeability and guiding conduct does not only depend on the content of state practice (like clarity in defining misconduct within a non-international armed conflict, unambiguousness in the relevant course of state action, etc.), but is also bound to the first evaluative acts of determining CIL, i.e., initial avowals to regard certain misconduct as a war crime, for example.

Necessary accommodations to the legal tradition of enlightenment and every individual’s liberty allow for both the creation and validity of CIC and the survival of the *maxim nullum crimen sine lege* abreast. In the theory of CIC, there is no disjunction between substantive justice and strict legality.⁸³ For the protection of victims, humanitarian justice has to be substantive; to safeguard the defendant, it has to be strictly legal. No need to argue? ■

⁷⁷ The text passage in A. Ashworth, *supra* note 3, pp. 79 et seq. may provide an indication.

⁷⁸ Cf. R. Haveman, *supra* note 3, pp. 48 et seq.; A. Cassese, *supra* note 10, pp. 153 et seq.

⁷⁹ K. Ambos, *supra* note 76, 669.

⁸⁰ A. Ashworth, *supra* note 3, p. 74.

⁸¹ Accordingly, the biggest debate was raised in the wake of the Nuremberg judgments.

⁸² But see exemplary B. Broomhall, “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law”, (2001) 35 *New England Law Review*, 399 et seq.; A. Cassese, “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice*, 589 et seq.; F. Jessberger, “Prosecuting International Crimes in Domestic Courts: A Look Back Ahead”, (2001) 12 *The Finnish Yearbook of International Law*, 281 et seq.; further *idem*, “Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute Crimes Under International Law in Germany”, in W. Kaleck/M. Ratner/T. Singelstein/P. Weiss (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin et al., Springer, 2007, pp. 213 et seq.; C. Kreß, *supra* note 15; R. O’Keefe, *supra* note 16.

⁸³ Cf. F. Mantovani, “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice*, 26 (28 et seq.); A. Cassese, *supra* note 10, pp. 139 et seq.

Die Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda – Versuch einer Bilanz –

Stefan Kirsch*

One of the most important criteria to appreciate the achievements of the two *ad hoc* tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY) and for Rwanda (ICTR) is their ability to establish a truthful factual basis in their judgements. Insofar, a critical analysis of the legal framework and the practise of the tribunals reveal major deficiencies. Regularly, the Defence before the Tribunals is not able to fulfil its function within an adversarial trial, i.e. to independently investigate the case and to diligently scrutinize the Prosecution's case. Therefore, the Office of the Prosecutor has a great advantage in obtaining a favourable outcome of the proceeding with regard to the facts of the case.

Einen der wesentlichen Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe für Jugoslawien (JStGH) und Ruanda (RStGH) bildet die Frage, ob und inwieweit die Verfahrensgestaltung dieser Gerichte gewährleistet, dass die Überprüfung der Verdachtshypothese der Anklagebehörde allein am Maßstab der objektiven Wahrheit erfolgt. Dabei deckt die Analyse des Verfahrensrechts und der hierauf basierenden Verfahrenspraxis der Gerichtshöfe diesbezüglich erhebliche Defizite auf, denn die Verteidigung vor den beiden *ad hoc*-Tribunalen ist regelmäßig nicht in der Lage, der ihr in dem adversarischen Verfahren vor den Gerichtshöfen obliegenden Aufgaben der unabhängigen Sachverhaltsermittlung und kritischen Prüfung der Anklagehypothese in ausreichender Weise nachzukommen. Damit aber erlangt die Anklagebehörde eine Stellung, in der sie mangels effektiver Kontrolle durch die Verteidigung und des Gerichts in die Lage versetzt wird, die Ergebnisse des Verfahrens in tatsächlicher Hinsicht diktieren zu können.

Einleitung

Nach den derzeitigen Planungen der Vereinten Nationen sollen die beiden in den Jahren 1993 und 1994 eingerichteten *ad hoc*-Gerichtshöfe für Jugoslawien (JStGH) und Ruanda (RStGH) bis zum Ende des Jahres 2008 alle Verfahren erster Instanz und damit auch die hiermit verbundenen, umfangreichen Hauptverhandlungen beendet haben, während die Beschwerdeverfahren gegen erstinstanzliche Entscheidungen bis zum Ende des Jahres 2010 zu Ende geführt werden sollen („completion strategy“)¹. Zwar ist – insbesondere im Fall des Ruandastrafgerichtshofes – zweifelhaft, ob dieses Ziel tatsächlich erreicht werden kann, doch sind die Strafgerichtshöfe erkennbar bemüht, die jeweils noch anhängigen Verfahren beschleunigt zu Ende zu führen, oder sie an nationale Strafgerichte zu überweisen.

Vor diesem Hintergrund steht nicht zu erwarten, dass die Organisation oder das Verfahren der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe in der verbleibenden Zeit ihrer Aktivität noch grundlegende Änderungen erfahren werden, die nicht mit der „completion strategy“ in Zusammenhang stehen und allein der weiteren Verfahrensbeschleunigung dienen². Damit scheint die Zeit gekommen, die Tätigkeit der beiden Tribunale einer vorsichtigen ersten Bilanz zuzuführen.

1.

Eine Bewertung der Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe kann auf mannigfaltige Weise und aus vielfältigen Perspektiven erfolgen³. So ist es den Gerichtshöfen zwar bislang

nicht gelungen, aller Personen habhaft zu werden, denen in die Zuständigkeit der Tribunale fallende schwere Kriegs- und Menschenrechtsverbrechen vorgeworfen werden, doch musste und muss sich eine beeindruckende Anzahl hochrangiger Staatsmänner, Militärs und Politiker vor den beiden Gerichtshöfen verantworten. An ihrer unmittelbarsten Aufgabe, der Durchführung von Verfahren gegen mutmaßlich Verantwortliche, sind die beiden Tribunale daher jedenfalls nicht gescheitert. Wesentlich schwieriger zu bestimmen sein dürfte dagegen schon der Beitrag, den die Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe tatsächlich zur Befriedung und Bewältigung der gewaltsamen Konflikte im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda geleistet hat⁴. Unbestreitbar dürfte aber sein, dass vor allem die Errichtung der beiden Gerichts-

* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Frankfurt am Main.

¹ Vgl. Resolution 1503 (2003) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 28. August 2003 (S/RES/1503 (2002)).

² So auch *Eser*, Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Rechtssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflektionen eines Richters, in: *Müller-Dietz et al.* (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007, 167 (168).

³ Eine mögliche Perspektive, die wegen ihres fehlenden Bezuges zur Tätigkeit der Gerichtshöfe als solche hier nicht weiterverfolgt werden soll, ist diejenige, die schon die Zulässigkeit der Einrichtung der beiden *ad hoc*-Tribunale in Zweifel zieht. Vgl. etwa die insoweit vorgebrachten Argumente in *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1005, 5 ff.

⁴ Zu einem zentralen Teilaspekt dieser Frage, nämlich der Qualität bzw. den Bedingungen der Akzeptanz des angewendeten Rechts, *Darcy*, Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice, in: *Leiden Journal of International Law*, 20 (2007), 377 ff.

höfe bewirkt hat, das Völkerstrafrecht aus dem Schlummer zu erwecken, in den es mit dem Beginn des Kalten Krieges gefallen war, und auch die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag im Jahr 2002 ist ohne die Tätigkeit der beiden Tribunale kaum vorstellbar. Nicht zuletzt aber müsste eine Bilanz der Tätigkeit der beiden Gerichtshöfe auch dem Umstand Rechnung tragen, dass diese sich trotz weitgehend ähnlicher Strukturen in für die Qualität der Rechtsanwendung durchaus bedeutsamen Einzelbereichen – wie etwa der Effizienz der jeweiligen Verwaltung oder der professionellen Kompetenz ihrer Mitarbeiter – signifikant unterscheiden.

Angesichts der Vielfalt all dieser Perspektiven, die einer Bilanzierung der Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe zugrunde gelegt werden können, muss daher ein Maßstab festgelegt werden, anhand dessen eine Bewertung vorgenommen werden kann. Dabei könnten allerdings nicht allein Skeptiker geneigt sein, die einer solchen Bewertung implizite Frage nach dem „Erfolg“ oder „Misserfolg“ der Tätigkeit eines Strafgerichtes – das die beiden Tribunale in erster Linie sein wollen – für unsinnig zu erklären. Denn nicht nur Zweifler verweisen zu Recht darauf, dass die empirischen Wirkungen der Anordnung von Strafe – jenseits des von ihr unmittelbar Betroffenen – mit den zur Verfügung stehenden Instrumentarien kaum zureichend zu erfassen sind, und dieser Umstand letztlich auch auf das Verständnis der Wirkungen eines Gerichts durchschlagen muss.

So richtig ein solcher Einwand auch sein mag, so unmittelbar einleuchtend ist doch gleichzeitig, dass er nicht dazu führen darf, Bewertungsfragen als solche zurückzuweisen und die Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe damit gleichsam gegen jegliche Kritik zu immunisieren. „Das Kind mit dem Bade ausschütten“ wäre es aber auch, allein auf quantifizierbare, statistischer Erfassung zugängliche Wirkungen wie etwa der Anzahl der Verurteilungen, der Höhe der erkannten Strafen oder der Dauer einzelner Verfahren abzustellen. Vielmehr muss die Suche nach einem „juristischen“ Maßstab zur Beurteilung der Tätigkeit der beiden Tribunale auf einer mittleren Ebene zwischen der Frage nach den Wirkungen der Strafe als solchen und dem Abzählen von Verurteilungen ansetzen.

Als eine solche Ebene bietet sich diejenige an, auf der über die Funktion und Zwecke des Strafverfahrens nachgedacht wird. Denn die in diesem Bereich geführten Diskussionen verweisen trotz aller Unterschiede der Auffassungen im Einzelnen auf ein gemeinsames Kriterium, das einer Erfassung und Beurteilung zugänglich ist und damit als Basis einer Bewertung dienen kann. Bei diesem Kriterium handelt es sich um die Frage nach der historischen Wahrheit der den Entscheidungen eines Gerichts zugrundeliegenden Feststellungen⁵, oder genauer gesagt um die Frage, ob und inwieweit die Überprüfung der Verdachtshypothese der Anklagebehörde am Maßstab der objektiven Wahrheit erfolgt.

Zwar handelt es sich bei der Feststellung eines mit der Wirklichkeit übereinstimmenden Sachverhalts zweifelsohne nicht um den Hauptzweck des Strafverfahrens, der in der Durch-

setzung des staatlichen Strafanspruchs⁶ oder der Bereinigung und Befriedung eines Konflikts⁷ gesehen werden mag⁸. Dennoch ist das Ziel der Rekonstruktion des wahren Sachverhalts in beiden Alternativen unerlässlich, weil erst auf seiner Grundlage die Frage nach einer gerechten Sanktion beantwortet⁹ bzw. eine dauerhafte, über die am Verfahren Beteiligten hinausgehende Befriedung¹⁰ erreicht werden kann. Dies gilt auch im Hinblick auf die Einwände, vor allem der Beschuldigte sei nicht notwendig vom Interesse an der Wahrheitsfindung geleitet, und überdies könne die Wahrheit im Strafverfahren allein mit Mitteln und auf Wegen ergründet werden, die die Rechte des Beschuldigten und der am übrigen Verfahren Beteiligten¹¹ respektieren und damit nicht selten einer umfassenden Aufklärung im Wege stehen¹². Denn obgleich die Wahrung der Rechte der Beteiligten ein zentrales Anliegen eines justizförmigen Verfahrens sein muss, darf dies nicht den Blick dafür verstellen, dass diese Verfahrensrechte zumindest gleichwertig neben der fundamentalen Verbürgung stehen, dass niemand aufgrund einer unzutreffenden Sachverhaltsannahme zu einer Strafe verurteilt werden darf.

Liegt damit ein mögliches Kriterium zur Beurteilung der Tätigkeit der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe in der Fragestellung, ob und inwieweit diese in der Lage waren bzw. sind, ihren Entscheidungen die historische Wahrheit zugrunde zu legen, so besteht ein denkbarer Weg eine entsprechende Beurteilung vorzunehmen darin, die Sachverhaltsfeststellungen in den Entscheidungen der beiden Tribunale anhand anderweitig zur Verfügung stehender historischer Quellen zu überprüfen. Nicht allein aufgrund mangelnder Verfügbarkeit verwertbaren Vergleichsmaterials, das in der weiteren historischen Aufarbeitung der nächsten Jahre und Jahrzehnte erst noch gesammelt und ausgewertet werden muss, wird die nachfolgende Darstellung jedoch einen anderen Weg beschreiten und das Verfahrensrecht und die hierauf basierende Verfahrenspraxis der Gerichtshöfe daraufhin untersuchen, ob und inwieweit diese die Rekonstruktion eines zutreffenden Sachverhaltes sicherstellen. Gegenüber dem Abgleich von „Ergebnissen“ hat diese Methodik den Vorteil, dass sie soweit erforderlich auch die einem Strafverfahren immanenten, aus der Notwendigkeit des Schutzes des Beschuldigten und der übrigen am Verfahren Beteiligten resultierenden Beschränkungen der Wahrheitsfindung zu berücksichtigen vermag.

2.

Prägend für die Gestaltung des Verfahrens vor den beiden *ad-hoc*-Tribunalen ist in erster Linie das Spannungsverhält-

⁵ Vgl. LR-Kühne (26. Aufl.), Einl. Abschn. B, Rdn. 20.

⁶ Vgl. KK-Pfeiffer (5. Aufl.), Einleitung, Rdn. 1.

⁷ Vgl. LR-Kühne (26. Aufl.), Einl. Abschn. B, Rdn. 31.

⁸ Instrukтив Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986, 88 ff.

⁹ Vgl. LR-Kühne (26. Aufl.), Einl. Abschn. B, Rdn. 20.

¹⁰ Vgl. Weigend, *Die Reform des Strafverfahrens*, in: ZStW 104 (1992), 486 (503).

¹¹ Zu diesen Rechten gehören typischerweise Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte möglicher Beweispersonen.

¹² Vgl. Meyer-Gofner (50. Aufl.), Einl., Rdn. 50.

nis zwischen dem Strafverfahrensverständnis des anglo-amerikanischen *common law* und dem Strafverfahrensmodell des kontinental-europäischen *civil law*. Kennzeichnend für Letzteres ist das Bild des Berufsrichters, der sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung von Amts wegen den Sachverhalt ermittelt, den er seiner Entscheidung zugrunde legt, und der dabei an Anträge oder Anregungen der Staatsanwaltschaft bzw. des Beschuldigten oder seines Verteidigers grundsätzlich nicht gebunden ist. Eine solche aktive Rolle des Richters ist dem anglo-amerikanischen Verfahrensrecht unbekannt. Dort bestimmen regelmäßig allein die am Verfahren beteiligten Parteien – Staatsanwaltschaft und Beschuldigter bzw. sein Verteidiger – den Umfang der Beweisaufnahme, und der Richter wacht insbesondere im „Modellfall“ des Geschworenenprozesses allein darüber, dass den Geschworenen die von den Verfahrensbeteiligten eingeführten Beweistatsachen in rechtsförmiger Weise präsentiert werden. Demzufolge bezeichnet man ein solches Verfahren nicht selten als adversarisch, während das romano-germanische Verfahrensmodell als (reformiert-)inquisitorisch bezeichnet wird.

Zwar haben die an den Entwurfsarbeiten und der Schaffung des Strafverfahrensrechtes der beiden Internationalen Gerichtshöfe in Den Haag und Arusha Beteiligten versucht, trotz einer deutlich sichtbaren Prägung durch das anglo-amerikanische Recht¹³, Verfahrensstrukturen zu schaffen, die Elemente beider Modelle aufnehmen. Nicht selten findet sich daher in der einschlägigen Literatur auch die Feststellung, das Strafverfahrensrecht der *ad-hoc*-Tribunale zeichne sich durch ein gemischtes oder hybrides Verfahrensmodell eigener Art aus¹⁴. Richtig ist hinsichtlich solcher Feststellungen aber allein, dass sich in den Verfahrensordnungen der beiden Strafgerichtshöfe tatsächlich Elemente des adversarischen Verfahrens, wie auch Elemente, die typischerweise dem Instrumentarium des inquisitorischen Strafverfahrens zugehören, finden. Falsch ist dagegen aber die Annahme, dass allein die Mischung unterschiedlicher Verfahrensmodelle ein tragfähiges Verfahrensmodell eigener Art im Bereich des Internationalen Strafverfahrensrechts hervorzubringen vermag. Denn zu einer eindeutigen Verantwortungszuweisung im Hinblick auf die Bestimmung des Beweisstoffes der Hauptverhandlung entweder an den oder die Richter oder die Parteien gibt es grundsätzlich keine Alternative¹⁵. Die Verantwortung kann letztlich nur auf der einen oder anderen Seite liegen und je nachdem, handelt es sich im Kern um ein inquisitorisches oder adversarisches Verfahren¹⁶.

Besonders deutlich wird diese Alternativität bei der Frage, welche Möglichkeiten im Rahmen eines Rechtsmittels zur Verfügung stehen, wenn ein relevantes Beweismittel nicht in die Hauptverhandlung eingeführt wurde, obwohl es bekannt war und zur Verfügung gestanden hätte: Ist es wie im inquisitorischen Verfahren die Pflicht des Gerichts, von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle Umstände zu erstrecken, die für die Wahrheitsermittlung erforderlich sind¹⁷, so stellt es unzweifelhaft einen Rechtsfehler dar, wenn das Gericht dieser Verpflichtung nicht oder nur ungenügend nachgekommen ist („Aufklärungsrüge“). Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verteidigung können dies geltend machen. Im

Modell des adversarischen Verfahrens dagegen kann eine unzureichende Sachaufklärung in der Tatsacheninstanz im Rahmen der auf ein Rechtsmittel erfolgenden Nachprüfung der Entscheidung des Tatrichters allein dadurch ausgeglichen werden, dass die Verfahrensbeteiligten das Beweismittel nachträglich vorlegen und – etwa unter Darlegung einer unzureichenden Verteidigung („ineffective assistance of counsel“)¹⁸ – begründen, warum die Vorlage nicht bereits in der Tatsacheninstanz erfolgte. Ein Rechtsfehler des Gerichtes wird in einem solchen Verfahrensmodell aber wohl kaum zu begründen sein.

Folgenreich wird die These einer grundsätzlichen Unvereinbarkeit von inquisitorischem und adversarischem Verfahrensmodell vor allem deswegen, weil ein großer – wenn nicht gar überwiegender – Anteil der Einzelheiten der Verfahrensgestaltung sich notwendigerweise aus der Grundentscheidung für das eine oder andere Verfahrensmodell herleiten lässt. Beispielhaft lässt sich dies etwa am Vorhandensein einer Akte zeigen. Füllen die Geschworenen oder der Richter eine Tatsachenentscheidung allein aufgrund des Inhalts der in der Hauptverhandlung gehörten Beweise, so bedürfen sie ebenso wenig wie die übrigen Verfahrensbeteiligten einer Akte – ja eine solche bzw. die Kenntnis derselben könnte sogar die Befürchtung nähren, die Entscheidung basiere nicht allein auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung, sondern auf dem Inhalt der Akte. Ganz anders dagegen ist der Richter in einem inquisitorischen Verfahren dringend auf die Kenntnis der Dokumentation des Gangs und der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens angewiesen, weil er andernfalls gar nicht wüsste, welche Beweismittel er zum Gegenstand der Hauptverhandlung machen sollte.

3.

Vor diesem Hintergrund erweist sich, dass die beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe trotz des Vorhandenseins von Elementen des kontinentaleuropäischen, inquisitorischen Verfahrens im

¹³ Instrukтив insoweit auch Schwarz/Degen, Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinentaleuropäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina, ZStW 117 (2005), 458.

¹⁴ Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, München 2006, 285.

¹⁵ So wohl auch Weigend, Die Reform des Strafverfahrens, in: ZStW 104 (1992), 486 (498).

¹⁶ Vgl. Kirsch, Verteidigung in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, in: StV 2003, 636 (638). Eine praktisch bedeutsame Modifikation des adversarischen Verfahrensmodells könnte allerdings darin liegen, das Gericht zu verpflichten, Beweisunterlagen der Parteien nachzugehen; vgl. Kirsch, The Trial Proceedings before the ICC, in: International Criminal Law Review 6 (2006), 275.

¹⁷ Im deutschen Strafverfahrensrecht ist die entsprechende Verpflichtung niedergelegt in § 244 Abs. 2 StPO. Vgl. etwa BGH, Beschl. vom 13.6.2007 – 3 StR 162/07: „Soweit nicht das Gesetz selbst aus Opportunitätsgründen eine Beschränkung des aufzuklärenden Sachverhalts zulässt (...), ist es daher unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials – nach Umfang und Beweiskraft – beruht“.

¹⁸ Instrukтив U.S. Supreme Court, *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Kern dem adversarischen Strafverfahrensmodell folgen¹⁹. Denn weder deren Statute noch deren Verfahrens- und Beweisregeln kennen eine Verpflichtung des Gerichtes, die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Umstände zu erstrecken, die für die Wahrheitsermittlung erforderlich sind. Dementsprechend obliegt es im Verfahren vor den *ad hoc*-Tribunalen allein den am Verfahren Beteiligten – der Staatsanwaltschaft sowie der Verteidigung –, die zur Wahrheitsfindung erforderlichen bzw. insoweit von ihr als „günstig“ erachteten Beweismittel in die Beweisaufnahme einzubringen.

Die adversarische Grundausrichtung des Verfahrens wird dabei nicht dadurch in Frage gestellt, dass es den Richtern gestattet ist, durch Fragen an Zeugen oder die Anordnung der Vorlage weiterer Beweismittel Sachaufklärung zu betreiben²⁰. Denn insoweit handelt es sich allein um eine Befugnis, nicht aber um eine bindende Verpflichtung, und der Nichtgebrauch dieser Befugnis begründet – anders als die Nichterfüllung einer rechtlichen Verpflichtung – keinen Verfahrensfehler, der im Rahmen der Prüfung durch eine Rechtsmittelinstanz gerügt werden kann. Daher bleibt es in der Regel dem Zufall – genauer gesagt der „rechtskulturellen“ Herkunft des Richters – überlassen, ob zusätzliche Fragen an Zeugen gestellt werden oder die Anordnung der Vorlage weiterer Beweismittel erfolgt. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, auf welcher Basis der Richter von der ihm insoweit eingeräumten Befugnis Gebrauch machen kann, da er grundsätzlich nicht über Kenntnisse des Falles verfügt, die über den Inhalt der bislang erfolgten Beweisaufnahme hinausgehen. Und schließlich ist zu berücksichtigen, dass sachliche Interventionen eines Richters in einem Parteiverfahren schon deshalb möglichst vermieden werden sollten, da diese – auch unbeabsichtigt – geeignet sein könnten, eine der Parteien zu benachteiligen und daher Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts zu begründen.

Dementsprechend vermag auch die Befugnis des Gerichts, durch Fragen an Zeugen oder die Anordnung der Vorlage weiterer Beweismittel Sachaufklärung zu betreiben, nichts daran zu ändern, dass es in der Praxis der *ad hoc*-Gerichtshöfe letztlich allein der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger obliegt, diejenigen Beweismittel zu finden und in die Beweisaufnahme einzuführen, die sie im Hinblick auf die Entscheidung über Schuld oder Rechtsfolgen für bedeutsam erachten.

Diesem Modell entsprechend ermittelt die Anklagebehörde an den *ad hoc*-Gerichtshöfen beim Verdacht einer in die Zuständigkeit des Gerichtshofes fallenden Straftat lediglich belastende, die Verdachtsannahme stützende Umstände, während die zentrale Aufgabe des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung darin besteht, seinerseits den Sachverhalt zu erforschen und die ihm günstigen Beweise zu ermitteln, damit diese in der Hauptverhandlung präsentiert werden können.

Der Feststellung des wahren Sachverhalts bzw. der Überprüfung, ob die Verdachtshypothese der Anklagebehörde der objektiven Wahrheit entspricht, dient ein solches adversarisches Verfahren – vom Sonderfall einer einvernehmlichen

Disposition im Hinblick auf einzelne Sachverhaltsteile oder die gesamte Anklagehypothese abgesehen²¹ –, indem es den beiden am Verfahren beteiligten Parteien, Staatsanwalt und Beschuldigtem, zum einen ermöglicht, den von ihnen für wahr erachteten Sachverhalt zu präsentieren und entsprechende Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen, und zum anderen, die Beweismittel der Gegenseite zu überprüfen²². In umgekehrter Blickrichtung hängt damit aber die Qualität des Ergebnisses, d.h. die Feststellung oder Annäherung an einen wahren Sachverhalt, entscheidend von der Fähigkeit der Parteien ab, von den ihnen eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch zu machen.

Wie im Nachfolgenden zu zeigen sein wird, ist diese Voraussetzung im Verfahrensrecht und der Verfahrenspraxis der beiden *ad hoc*-Gerichtshöfe nur unzureichend gewährleistet.

4.

Zwar verfügen die Anklagebehörden der beiden Strafgerichtshöfe in Den Haag und Arusha – anders als die Ermittlungsbehörden einzelner Staaten – nicht über direkte Ermittlungsbefugnisse, doch ist aufgrund der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen zur Kooperation²³ weitestgehend sichergestellt, dass die notwendigen Ermittlungen durchgeführt werden können. Im Übrigen scheinen die Anklagebehörden sowohl sachlich als auch personell gut ausgestattet zu sein, sodass diese in der Lage sind, die ihnen insbesondere im Rahmen der Sachverhaltsermittlung obliegenden Aufgaben zu erfüllen.

Demgegenüber ist die Verteidigung nicht zuletzt im Hinblick auf die mitunter äußerst komplexen Sachverhaltszusammenhänge, die den Verfahren vor den *ad hoc*-Gerichtshöfen zugrunde liegen, kaum in der Lage, diese Aufgabe in der gebotenen Weise zu erfüllen, da sie in der Regel weder über die sachliche noch personelle Ausstattung verfügt, um die notwendigen Ermittlungen des Sachverhalts durchführen zu können. Sind – wie etwa aufgrund der politischen Situation in Ruanda – potentielle Zeugen und Beweismittel der Verteidigung regelmäßig über mehrere Kontinente verstreut, so dürfte unmittelbar einleuchten, dass sich die Durchführung entsprechender Ermittlungen durch einen einzelnen Verteidiger, der in der Regel nicht die Muttersprache der potentiellen Zeugen spricht, trotz möglicher Unterstützung von zwei Ermittlern als logistische „Herkulesaufgabe“ darstellt, die allenfalls in Teilbereichen befriedigend ausgeführt werden kann.

¹⁹ So auch Zahar/Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford 2008, 43.

²⁰ Vgl. Rule 98 RPE-ICTY (“A Trial Chamber may order either party to produce additional evidence. It may proprio motu summon witnesses and order their attendance”) bzw. Rule 98 RPE-ICTR (“A Trial Chamber may proprio motu order either party to produce additional evidence. It may itself summon witnesses and order their attendance”).

²¹ Vgl. Damaška, *Strukturmodelle der Staatsgewalt und ihre Bedeutung für das Strafverfahren*, in: ZStW 87 (1975), 713 (720).

²² Vgl. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford 2003, 338.

²³ Vgl. Schomburg, *Die Zusammenarbeit mit den Internationalen Strafgerichtshöfen*, in: Kirsch (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, Baden-Baden 2005, 129 (130).

Angesichts des Umstandes, dass die personellen und sachlichen Mängel der Verteidigung²⁴ kaum überraschen dürften, weil insoweit eine „Waffengleichheit“ mit der Staatsanwaltschaft aus einleuchtenden Gründen nicht hergestellt werden kann, mag es verwundern, dass das Verfahrensrecht der beiden Tribunale keine Gewährleistungen bereithält, die geeignet wären, die aus der unzureichenden Ausstattung resultierenden Schwierigkeiten bei der Erfüllung der Aufgaben der Verteidigung zu kompensieren oder wenigstens abzumildern. Umso erstaunlicher aber ist es, dass die Spruchkörper der beiden Tribunale²⁵ das Verfahrensrecht häufig in einer Art und Weise interpretieren, die eine unabhängige Ermittlung des Sachverhalts sowie eine Prüfung der Beweismittel der Staatsanwaltschaft durch die Verteidigung sogar noch weiter erschwert und zu Teilen gänzlich unmöglich macht²⁶.

Als hinderlich für eine effektive Sachverhaltsermittlung durch die Verteidigung erweist sich etwa der Umstand, dass der oder die Anklagevorwürfe in tatsächlicher Hinsicht oftmals bis weit in die Hauptverhandlung hinein unklar bleiben.

Der Informationsgehalt der „Anklageschriften“ („indictment“) der Staatsanwaltschaften bei den *ad hoc*-Gerichtshöfen erweist sich in der Regel als eher dürftig, denn diese enthalten üblicherweise nur eine formelhafte, auf die Reformulierung der Tatbestandsmerkmale und der Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortung beschränkte Beschreibung der dem Angeklagten vorgeworfenen Tat, ohne die Tatsachengrundlagen des individuellen Tatvorwurfs weiter zu konkretisieren²⁷. Deutlich wird dies insbesondere in der großen Zahl der Verfahren, in denen die Anklagebehörde den Tatvorwurf auf die „Mitwirkung“ des Beschuldigten an einer „gemeinschaftlichen kriminellen Unternehmung“ („Joint Criminal Enterprise“) stützt, denn gerade in diesen Fällen mangelt es aufgrund der mit diesem Institut verbundenen kontur- und uferlosen Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit²⁸ regelmäßig an einer detaillierten Sachverhalts-schilderung der „Verstrickung“ des Angeklagten. Darüber hinaus enthalten die „Anklageschriften“ regelmäßig eine Plethora alternativer und sich nicht selten gegenseitig ausschließender Verantwortungsformen²⁹. Und auch der Umstand, dass die „Anklageschriften“ keine Beweismittel be-nennen, erweist sich als wenig hilfreich.

Die nach der Verfahrensordnung der Gerichtshöfe bestehende Verpflichtung der Anklagebehörde, der Verteidigung zur Vorbereitung der Hauptverhandlung Kopien ihrer Beweismittel zu übergeben oder Einsicht in diese zu gewähren („Disclosure“)³⁰, zielt zwar darauf ab, Informationsdefizite auf Seiten der Verteidigung zu beseitigen. In der Praxis wird dieses Ziel aber weitestgehend verfehlt. Denn macht die Verteidigung ihren Anspruch auf „umfassende Information“³¹ geltend, so wird sie regelmäßig mit einer so großen Menge ungeordneten Materials überwiegend zweifelhafter Relevanz überflutet, die es unmöglich macht, diese Fülle einer geordneten und gründlichen Durchsicht zu unterziehen und insbesondere diejenigen Materialien auszusondern, die für die weitere Bearbeitung des Falles und die Vornahme eigener Ermittlungen bedeutsam sind. Nicht eben förderlich wirkt dabei zudem der Umstand, dass die Kommunikation mit dem

regelmäßig in Haft befindlichen Mandanten in den allermeisten Fällen der Mithilfe eines Übersetzers bedarf. Dass eine solche Art der Kommunikation besonders fehleranfällig und in jedem Falle enorm zeitraubend ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Gerade aber der Umstand, dass nicht alle von der Anklagebehörde übergebenen Dokumente auch in die Muttersprache des Mandanten übersetzt werden oder zu einem Zeitpunkt, zu dem der Verteidiger die „Originalversion“ erhält, eine Übersetzung in eine der Arbeitssprachen des Gerichtshofes noch nicht vorliegt – manchmal auch gerade umgekehrt –, macht die notwendige Abstimmung mit dem Mandanten nicht selten zur Glückssache. In jedem Falle aber stellt allein die Ordnung und Durchsicht der von der Staatsanwaltschaft übergebenen oder zur Einsichtnahme bereitgehaltenen Dokumente eine unter Maßgabe vernünftigen Ressourceneinsatzes der Verteidigung kaum zufriedenstellend zu bewältigende Aufgabe dar.

Verzichtet die Verteidigung aber darauf, den Anspruch auf „umfassende Information“ geltend zu machen, so vermeidet sie eine überwiegend nutzlose Vergeudung ihrer Ressourcen, läuft aber Gefahr, wichtige Materialien gar nicht bzw. erst zu spät kennen zu lernen. So sieht die Verfahrensordnung zwar vor, dass die Anklagebehörde der Verteidigung ungeachtet der Geltendmachung des Anspruchs auf „umfassende Information“ in jedem Fall u.a. das Material, das dem Gericht zur

²⁴ Wobei diese Mängel nicht selten durch fehlende Kompetenz oder Bereitschaft, sich auf die Besonderheiten des Verfahrensrechts der Tribunale einzulassen, vertieft werden. Die Tribunale selbst verhalten sich insoweit durchaus ambivalent, in dem sie die genannten Mängel zwar beklagen und zur Ursache für allerlei überwiegend hausgemachte Probleme – wie etwa der langen Dauer der Verfahren – erklären, andererseits aber – wie im Fall *Prosecutor v. Halilovic* (IT-01-48) – ehemalige Mitarbeiter des Gerichts als Verteidiger „durchsetzen“, denen mangels Zulassung zur Anwaltschaft schon die formale Qualifikation der Übernahme eines Verteidigungsmandats fehlt.

²⁵ Ungeachtet der Frage, in wie weit dies „vorausgehendem Gehorsam“ im Hinblick auf bestehende oder vermeintliche politische Erwartungen geschuldet ist, zeigt die Erfahrung – in Arusha mehr noch als in Den Haag –, dass eine große Zahl der an den Tribunalen tätigen Richter den an sie gestellten Anforderungen nur bedingt genügt. Instruktiv insoweit *Bohlander*, *The International Criminal Judiciary Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics*, in: *Bohlander* (Hrsg.), *International Criminal Justice – A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007, 325.

²⁶ Vgl. *Zahar/Sluiter*, *International Criminal Law*, Oxford 2008, 294.

²⁷ Vgl. *Boas*, *The Milošević Trial*, Cambridge 2007, 108 ff.

²⁸ Vgl. *Zahar/Sluiter*, *International Criminal Law*, Oxford 2008, 221 ff.

²⁹ Vgl. etwa *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), *Indictment*, 22.3.2004; *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), *Amended Indictment*, 23.9.2007.

³⁰ Vgl. hierzu *Möller*, *Das Vorverfahren im Strafprozess vor dem Internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien* („Pre-Trial and Preliminary Proceedings“), in: *Kirsch* (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, Baden-Baden 2005, 19 (35).

³¹ Vgl. Rule 66 (B) RPE-ICTY („*The Prosecutor shall, on request, permit the defence to inspect any books, documents, photographs and tangible objects in the Prosecutor's custody or control, which are material to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor as evidence at trial or were obtained from or belonged to the accused*“) bzw. Rule 66 (B) RPE-ICTR („*At the request of the Defence, the Prosecutor shall, subject to Sub-Rule (C), permit the Defence to inspect any books, documents, photographs and tangible objects in his custody or control, which are material to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor as evidence at trial or were obtained from or belonged to the accused*“).

Bestätigung der Anklage vorgelegt wurde („supporting material“)³², die schriftlichen Aussagen derjenigen Zeugen, die die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung anzuhören beabsichtigt³³, sowie all das Material zu übergeben hat, das sich für den Beschuldigten entlastend auswirken könnte³⁴. In der Praxis werden diese Verpflichtungen aber äußerst restriktiv gehandhabt. Das dem Gericht zur Bestätigung der Anklage vorgelegte Material ist regelmäßig Gegenstand einer Zeugenschutzanordnung und daher in weitem Umfang geschwärzt oder in anderer Form verändert³⁵. Im Hinblick auf die schriftlichen Aussagen möglicher Belastungszeugen beauftragt sich die Anklagebehörde regelmäßig auf die entweder durch das Gericht bestimmten oder in der Verfahrens- und Beweisordnung des RStGH vorgesehenen Mindestfristen³⁶, sodass die Verteidigung die entsprechenden Unterlagen erst zu einem Zeitpunkt erhält, in dem sinnvolle Ermittlungen nicht mehr durchgeführt werden können. Möglicherweise entlastendes Material schließlich wird offenkundig nur dann übergeben, wenn sich – etwa weil die Existenz des betreffenden Materials in einem anderen Verfahren ans Licht der Öffentlichkeit gelangt ist – nicht mehr sinnvoll bestreiten lässt, dass die Anklagebehörde im Besitz des entsprechenden Materials ist.

Ebenfalls als wenig hilfreich für die Bemühungen der Verteidigung zur zielgerichteten Ermittlung des Sachverhalts und der Überprüfung der Anklagehypothese der Staatsanwaltschaft erweist sich schließlich auch der Umstand, dass es der Staatsanwaltschaft möglich ist, die Anklageschrift bis kurz vor oder auch noch in der Hauptverhandlung abzuändern. Von dieser Möglichkeit machen die Anklagebehörden mit Zustimmung der Spruchkörper regen Gebrauch, und man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich auch hierbei um eine taktische Maßnahme handelt, die vornehmlich dazu dient, den Fall der Anklagebehörde flexibel zu halten („moving target“) und ihn darüber hinaus möglichst lange dem kritischen Blick der Verteidigung zu entziehen. Denn obgleich die abgeänderten Anklageschriften regelmäßig neue Vorwürfe enthalten, weigern sich die Gerichtshöfe die Verfahren in den entsprechenden Stand zurückzusetzen und verwehren dem Beschuldigten damit das Recht einer erneuten „ersten Anhörung“ („initial appearance“) sowie die damit verbundenen Rechtsmittelmöglichkeiten.

Folgenreich sind all diese Informationsdefizite, weil die Ermittlungstätigkeit der Verteidigung naturgemäß auf den Informationen über die Anklagehypothese der Staatsanwaltschaft aufbaut, und je weniger Informationen der Verteidigung daher zur Verfügung stehen, umso schwieriger wird es für sie, ihre Ermittlungen auf die tatsächlichen „Kernfragen“ der Anschuldigung zu begrenzen, und umso größer wird die Gefahr, sich in – erst später als solche erkannten – Nebenschauplätzen zu verlieren. Darüber hinaus verstärkt eine nur unzureichende Information der Verteidigung das Risiko späterer „Überrumpelungen“ („trial by ambush“) durch die Staatsanwaltschaft.

Als hinderlich für eine effektive Sachverhaltsermittlung erweisen sich die geschilderten Informationsdefizite aber vor

allem auch deshalb, weil die Verteidigung im Rahmen ihrer Ermittlungsbemühungen auf die freiwillige Mitwirkung möglicher Auskunft- oder Beweispersonen angewiesen ist und daher in hohem Maß auf die Auswertung der im Besitz der Anklagebehörde befindlichen Materialien angewiesen ist. Erklärt sich etwa ein potentieller Zeuge nicht bereit, mit dem Verteidiger oder seinen Ermittlern zu sprechen oder vor dem Gerichtshof zu erscheinen, so kann die Verteidigung zwar in Einzelfällen die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen („subpoena order“)³⁷, doch ist eine solche Inanspruchnahme schon wegen des damit verbundenen Aufwandes und der hohen zu überwindenden Darlegungshürden kaum geeignet, das strukturelle Defizit, in dem sich die Verteidigung insoweit befindet, zu kompensieren. Das Gleiche gilt, wenn der Verteidigung Einsicht in staatliche Archive oder andere Sammlungen verwehrt wird.

Über Fälle mangelnder Kooperationsbereitschaft hinaus werden die Ermittlungsbemühungen der Verteidigung mitunter aber auch gezielt behindert. Legion sind solche Fälle etwa in Ruanda, wo Ermittler festgenommen und Strafverfahren gegen sie eingeleitet wurden, nur weil diese für ein Verteidigungsteam in Arusha arbeiteten. Der Gerichtshof in Tansania hat bislang in keinem Fall gegen ein solches Verhalten protestiert oder irgendwelche Schritte eingeleitet, um ungestörte Ermittlungen der Verteidigung auch auf dem Territorium Ruandas zu gewährleisten.

In der Regel benachteiligt ist die Verteidigung schließlich auch im Hinblick auf die Möglichkeiten der Überprüfung des Falles der Anklagebehörde und der Präsentation des eigenen Falles in der Hauptverhandlung. Die folgenden zwei Aspekte mögen an dieser Stelle als Beispiele genügen, obgleich sich gerade in den Hauptverhandlungen in den verschiedensten Facetten – von der Anwendung von Förmlichkeiten bis hin zur Disziplinierung einzelner Akteure – zeigt, wie ungleich die Chancen und Möglichkeiten der Parteien zur Darstellung ihres Falls verteilt sind:

Zum einen zeigt es sich bei der Vernehmung von Zeugen der Staatsanwaltschaft nicht selten, dass die Anklagebehörde nicht alle Vernehmungsniederschriften des betreffenden Zeugen oder andere wichtige Dokumente im Zusammenhang mit der Zeugenaussage übergeben hat. Statt die Staatsan-

³² Rule 66 (A)(i) RPE-ICTY/RPE-ICTR.

³³ Rule 66 (A)(ii) RPE-ICTY/RPE-ICTR.

³⁴ Rule 68 RPE-ICTY/RPE-ICTR.

³⁵ Vgl. etwa *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Decision on Prosecution Motion for Protective Measures, 18.9.2007. Mit dieser Entscheidung, bezüglich derer eine Beschwerde nicht zugelassen wurde (vgl. *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Decision on Defence Motion for Certification to Appeal Protective Measures, 5.10.2007) stellte die Kammer sämtliche Zeugen der Anklagebehörde unter Schutz, nachdem ihr die „ungeschwärzten“ Zeugenaussagen vorgelegt wurden. Hierzu *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Motion for Reconsideration/Application for Certification to Appeal Decision on Defence Requests to lift confidentiality of Filings, 12.11.2007.

³⁶ Vgl. Rule 66 (A)(ii) RPE-ICTR.

³⁷ Vgl. hierzu *Kirsch*, The Trial Proceedings before the ICC, in: *International Criminal Law Review* 6 (2006), 275 (282).

waltschaft eindrücklich zur Einhaltung ihrer verfahrensrechtlichen Verpflichtungen anzuhalten und die Vernehmung bei Bekanntwerden eines solchen Umstandes sofort zu unterbrechen, setzen die Spruchkörper die Anhörungen regelmäßig fort und zwingen die Verteidigung damit zur Durchführung eines Kreuzverhörs auf erkennbar unvollständiger Informationsgrundlage. Die der guten Ordnung halber gegebene Zusicherung, der Zeuge werde erneut geladen, wenn es der Verteidigung nach Kenntniserlangung der noch ausstehenden Materialien gelinge, die Notwendigkeit einer Fortsetzung der Vernehmung zu begründen, kann den eingetretenen Schaden kaum wieder gutmachen. Vielleicht auch, weil die Richter genau dies wissen, bleiben entsprechende Zusicherungen meist folgenlos.

Ein zweiter wesentlicher Aspekt der Behinderung der Verteidigung liegt in der Zuweisung von Rede- und Befragungszeiten. So sollte schon vom Ansatz her verständlich sein, dass die Zeit, die dem Verteidiger für ein Kreuzverhör eingeräumt wird, nicht allein von der Zeit der Befragung des Zeugen durch die Anklagebehörde abhängen kann. Geradezu grotesk aber sind Entscheidungen, in denen etwa dem Verteidiger eines von insgesamt sechs Mitbeschuldigten zum Kreuzverhör präzise ein Sechstel der Zeit eingeräumt wird, in der es dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft gelungen ist, die fallrelevanten Angaben eines gut präparierten Zeugen abzufragen.

Die Verteidigung vor den beiden *ad hoc*-Tribunalen ist daher nicht allein aufgrund ihrer defizitären personellen und sachlichen Ausstattung, sondern gerade auch aufgrund der durch die Spruchkörper geformten Verfahrenspraxis regelmäßig nicht in der Lage, der ihr obliegenden Aufgabe, den Sachverhalt zu ermitteln und die Anklagehypothese einer kritischen Prüfung zu unterziehen, in der gebotenen Weise nachzukommen³⁸. Damit aber fällt eine wesentliche Voraussetzung dafür weg, dass der einem adversarischen Verfahren innewohnende „Wettbewerb der Parteien“ zum Auffinden oder einer zumindest bestmöglichen Annäherung an die historische Wahrheit führen wird. Vielmehr erlangt die Anklagebehörde eine Stellung, in der sie mangels effektiver Kontrolle durch die Verteidigung – und angesichts der adversarischen Verfahrensstruktur auch des Gerichts – in die Lage versetzt wird, die Ergebnisse des Verfahrens in tatsächlicher Hinsicht diktieren zu können³⁹.

Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung der beiden Strafgerichtshöfe trotz der adversarischen Grundausrichtung des Verfahrens nicht den im *common law* gebräuchlichen

strengen Verurteilungsmaßstab eines von der Anklagebehörde zu erbringenden „Beweises jenseits eines vernünftigen Zweifels“ („proof beyond reasonable doubt“) – nach dem die Verteidigung eine Verurteilung schon dann abzuwenden hoffen darf, wenn es gelingt die Berechtigung eines „vernünftigen Zweifels“ darzulegen – folgt, sondern sich vielmehr vom Beweismaß der „Vertretbarkeit“ der tatrichterlichen Entscheidung⁴⁰ leiten lässt⁴¹.

5.

Eine kritische Überprüfung des Verfahrensrechts und der hierauf basierenden Verfahrenspraxis der beiden *ad hoc*-Strafgerichtshöfe begründet nach alldem erhebliche Bedenken, dass die Überprüfung der Verdachtshypothese der Anklagebehörde in den vor den beiden *ad hoc*-Gerichtshöfen geführten Verfahren am Maßstab der objektiven Wahrheit erfolgt bzw. die von diesen Gerichtshöfen ihren Entscheidungen zugrunde gelegten Sachverhalte der objektiven Wahrheit entsprechen. Sollten sich diese Zweifel – etwa durch die Ergebnisse noch ausstehender kritischer historischer Untersuchungen – erhärten, fiele ein wuchtiger Schatten auf die Tätigkeit der beiden Gerichtshöfe. In jedem Fall aber sollten die hier aufgedeckten Unsicherheiten Anlass sein, das Verfahrensrecht und die Verfahrenspraxis des Internationalen Strafgerichtshofes einer kritischen Prüfung zu unterziehen, denn auch hier deuten sich entsprechende Defizite an⁴². ■

³⁸ Einige Anzeichen sprechen dafür, dass sich schon die Verteidiger vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg in einer ähnlichen Situation befunden haben. Vgl. etwa *Kranzbuhler*, Nuremberg Eighteen Years Afterwards, in: DePaul L. Rev. 14 (1964–1965), 333 (337) (“The picture unfolded to the court was thus one-sided and incomplete”) und *Latenser*, Looking Back at the Nuremberg Trials with special consideration of the Processes against Military Leaders, in: Whittier Law Review 1986, 557 (561).

³⁹ Dabei mögen „vorausseilender Gehorsam“ im Hinblick auf bestehende oder vermeintliche politische Erwartungen ebenso eine Rolle spielen wie der Wunsch des jeweiligen Vertreters der Anklagebehörde, seinen Fall zu „gewinnen“.

⁴⁰ Vgl. *Wirth*, Das Appeal Verfahren, in: *Kirsch* (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, Baden-Baden 2005, 75 (81), m.w.Nachw.

⁴¹ Vgl. auch die kritischen Einschätzungen bei *Fairlie*, The Marriage of Common and Continental Law at the ICTY and Its Progeny Due Process Deficit, in: International Criminal Law Review 2004, 243 ff.; *McIntyre*, Equality of Arms – Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in: Leiden Journal of International Law 2003, 269 ff. und *Wilson*, Assigned defence counsel in domestic and international war crimes tribunals: The need for a structural approach, in: International Criminal Law Review 2002, 145 ff.

⁴² Vgl. hierzu *Kirsch*, Finding the Truth at International Criminal Tribunals, in: *Kruessmann* (Hrsg.), ICTY: Towards a Fair Trial?, 2008.

'Gravity' under the Rome Statute: Procedural Filter or Instrument of Shaping Criminal Policy?

by Andreas Schüller*

Artikel 17 Abs. 1 lit. d des Römischen Statuts stellt eine Voraussetzung für die Zulässigkeit dar. Er besagt, dass eine Sache schwerwiegend genug sein muss, um weitere Maßnahmen des Internationalen Strafgerichtshofes zu rechtfertigen. In den ersten Handlungen des Anklägers sowie den ersten Entscheidungen der Vorverfahrenskammern wurde diese Voraussetzung unterschiedlich ausgelegt und angewandt. Dieser Artikel untersucht, wie die beiden Organe zu ihrer Interpretation gelangt sind, und ob diese Auslegung eine Grundlage im Römischen Statut findet. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob eine Sache abstrakt gemäß ihrer Schwere betrachtet werden muss und sie somit einen prozessualen Filter bildet, oder ob die Schwere einer Sache einen Aspekt in der Ermessensentscheidung des Anklägers darstellt, überhaupt Ermittlungen einzuleiten oder Anklage zu erheben.

This article examines Article 17 (1) (d) of the Rome Statute, which requires the sufficient gravity of a case to justify further action of the International Criminal Court. The determination and interpretation of sufficient gravity causes uncertainty and is approached in two different ways by the Office of the Prosecutor and the Pre-Trial Chambers in the course of the first cases before the Court. This article scrutinizes how the Office of the Prosecutor and the Pre-Trial Chambers came to their findings regarding the gravity criteria and whether these findings are founded on the Rome Statute. In particular, this article will critically focus on the question whether the sufficient gravity threshold presents a simple admissibility criterion and is thus a procedural filter or, especially regarding the first practice of the Court, whether the gravity threshold is used as an instrument in shaping the criminal policy of the Court.

1. Introduction

'Sufficient gravity' – this is according to Article 17 (1) (d) one of the requirements for the admissibility of a case before the International Criminal Court ('Court' or 'ICC'). To be more precise, Article 17 says the Court shall determine a case inadmissible where this case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

However, the wording of the Rome Statute does not contribute much to determine what the 'sufficient gravity' of a case finally is. Many different interpretations seem to be possible. Therefore, it is of utmost interest how the Prosecutor and the Court elaborated its criteria to give substance to the term in the Court's first practice. Is 'gravity' a procedural filter or is it an instrument of shaping the criminal policy of the Court? Is it an issue of legality or of prosecutorial discretion? And, is the 'sufficient gravity' test operational at all? In this context, it is worth remembering that some states suggested removing it from the Statute during the work of the Preparatory Committee, as it would be superfluous if the jurisdiction of the Court were limited to the core crimes.¹ And why, contrary to the previous point, other authors see Article 17 (1) (d) as logically given?²

This article examines first the wording of the Rome Statute itself, including the different stages – the preliminary examination, the initiation of an investigation and finally the step to a specific case – as well as issues on prosecutorial discretion and decisions by the Pre-Trial Chambers. Then, the policy statements and first investigations of the Office of the Prosecutor regarding the gravity threshold will be scrutinized. In

addition, the first practice of the Court will be under critical review, especially *Pre-Trial Chamber I Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest* of 10 February 2006 in the Democratic Republic of the Congo ('DRC') situation in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*.

2. Gravity as an Admissibility Criterion before the Court

The Competence of the Chambers

According to Article 17, the Court shall determine a case inadmissible when certain requirements are met or, respectively, not met. Generally, in accordance with Article 19 (1), the Court may determine the admissibility of a case on its own motion. Additionally, pursuant to Article 19 (6), challenges to the admissibility made before the confirmation of the charges by one of the persons or entities listed in Article 19 (2) shall be referred to the Pre-Trial Chamber. After confir-

* LL.M. (adv.) Public International Law & International Criminal Law (Leiden). The author works currently as postgraduate judicial service trainee (Rechtsreferendar) at the Higher Regional Court Berlin. All opinions expressed in this article are those of the author personally.

¹ Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 4th Session of the Preparatory Committee, Working Group 3 on Complementarity and Trigger Mechanisms, 04 August 1997, at 2-3, available at <http://www.iccnw.org/documents/4PrepCmtWorkGrp3Summary.pdf> (last time visited 21 April 2008).

² S. A. Williams, 'Issues of admissibility', in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), 383 at 393.

mation of the charges, the Trial Chamber is responsible for challenges of the admissibility and an appeal is possible to the Appeals Chamber.³

The Gravity Threshold in the Decision on the Authorization of an Investigation

The Pre-Trial Chamber has the power to authorize an investigation by the Prosecutor in case he or she initiated such an investigation *proprio motu* pursuant to Article 15 (1). However, it may be questionable whether the Chamber can already consider the gravity threshold in this decision on authorization. According to Article 15 (4), the Pre-Trial Chamber has to find a ‘reasonable basis’ to proceed with an investigation and on that basis decide to authorize the commencement of an investigation by the Prosecutor. However, it is not clear what the criteria for a ‘reasonable basis’ are and to what extent the gravity threshold forms part of this test.⁴ Moreover, according to Article 15 (4) the authorization by the Pre-Trial Chamber shall be without prejudice to subsequent determinations by the Court with regard to the admissibility of a case.

2.2.1 The Prosecutor’s Initiation of an Investigation

The Prosecutor has to consider while deciding on initiating an investigation whether there is a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed, whether the case is or would be admissible and whether there are substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice.⁵ The Prosecutor has to examine these three criteria before making a decision whether there is a reasonable basis to proceed under the Statute. It seems to be confusing that the heading of Article 53 (1) speaks of the determination of a reasonable basis, and subparagraph (a) does as well. Yet, the given qualifying language is missing from subparagraphs (b) and (c) of the provision at issue. These two latter subparagraphs deal with the admissibility of a case and the interests of justice, considering the gravity of the crime and the interests of victims. That may suggest that the belief that a crime has been or is being committed is the sole criterion for the determination of a reasonable basis. Consequently, the Pre-Trial Chamber, while acting under Article 15 (4), would only have to focus on the possible commission of a crime within the Court’s jurisdiction as a reasonable basis for an investigation. As a result, Articles 53 (1) (b) and (c), mentioning *inter alia* deliberations on gravity, would be criteria for the Office of the Prosecutor, but not under examination of the Pre-Trial Chamber at this stage.

However, at the end of Article 53 (1) it is emphasized that the Prosecutor shall base his or her determination of a reasonable basis to proceed on subparagraphs (a) to (c), because the last part of paragraph (1) refers to a determination made by the Prosecutor solely on subparagraph (c). This shows that the Prosecutor can base determinations only on one single subparagraph; nevertheless, beforehand he or she has to consider all three subparagraphs to find a reasonable basis.⁶

2.2.2 The Pre-Trial Chamber’s Decision on Authorization of an Investigation

That leads to the question whether the Pre-Trial Chamber also has to consider these three subparagraphs in determining a reasonable basis to authorize the investigation of the Prosecutor under Article 15 (4). It would mean that subparagraph (b) of Article 53 (1) on admissibility and thus on sufficient gravity is already at stake even before the actual investigation has commenced. The challenging question herein is, how the determination of sufficient gravity is possible at all without starting the proper investigation. Article 53 (1) (b) contains the term ‘is or would be’, which leaves the door open for a *prima facie* decision on admissibility without a strict and binding determination for the following steps. Article 15 (4) points in the same direction by stating that the authorization of an investigation by the Pre-Trial Chamber is without prejudice to subsequent determinations by the Court with regard to the jurisdiction and admissibility of a case. Therefore, the sufficient gravity of a case can be scrutinized *prima facie* at this stage.

2.2.3 The Pre-Trial Chamber’s Power to Determine Admissibility

Finally, under Article 19 (1) the Court *may* determine the admissibility of a case on its own motion. The language here is less strict than on jurisdiction, which *shall* be examined. Therefore, the Court has a margin of appreciation to decide whether there is already enough evidence to consider the admissibility of the case and especially whether there is sufficient gravity to justify further action by the Court. Generally spoken, it may not yet be the right stage to rule on admissibility. At this stage of preliminary examinations and investigations, all facts and evidence that would be necessary to make a decision on admissibility and in particular on sufficient gravity, cannot yet be presented. This vagueness is also envisaged in the Rome Statute, providing the Prosecutor with a mandatory view on admissibility, but still on a hypothetical basis (‘would be admissible’)⁷ and further providing the Court in Article 19 (1) with the simple possibility without any obligation to determine the admissibility on its own motion.

However, the term ‘case’ in Article 17 might indicate that only when the investigations passed the situation-stage and went on to the case-stage, the admissibility criteria including the gravity threshold shall be applied.

The Prosecutor is bound by Article 53 to consider whether the case is or would be admissible while deciding to initiate

³ Article 19 (6). See Article 64 (9) (a) for the Trial Chamber’s and Article 82 (1) (a) for the Appeals Chamber’s competence.

⁴ O. Fourmy, ‘Powers of the Pre-Trial Chambers’, in A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume II (2002), 1207 at 1215.

⁵ See Article 53 (1) Rome Statute.

⁶ R. Murphy, ‘Gravity Issues and the International Criminal Court’, 17 *Criminal Law Forum* (2006) 281, at 285.

⁷ See Article 53 (1) (b) Rome Statute.

an investigation. He or she has always to consider the complementarity of the Court and the sufficient gravity threshold, before initiating an investigation, but also upon an investigation.⁸ The fact that the *case* shall be of sufficient gravity and not explicitly the *situation* is not contradictory, since a situation is much broader and can contain a number of cases. While starting an investigation, the Prosecutor shall already bear the gravity threshold, which can lead the investigation in this way to a reasonable selection of subsequent cases, in his or her mind. Therefore, the notion ‘case’ in Article 17 means the overall situation as the one being scrutinized. The statutory understanding of the case involves the meaning of ‘situation’ as well.⁹

3. What does ‘Gravity’ mean under the Rome Statute?

To narrow the content of gravity, the wording of Article 17 (1) (d) is less helpful. Pursuant to it, the case is inadmissible if there is not ‘sufficient gravity’ to justify further action by the Court. One issue raised in this provision is that further action must be ‘justified’. But what ‘justifies’ the Court’s action, and what can be deemed ‘sufficient’ to that end? To find some indications, the objects and purposes of the Rome Statute as a whole may support the interpretation of what the actions of the Court justify.¹⁰ Moreover, the heading of Article 17 points in particular to Article 1 of the Statute, an article certainly containing some of the main guiding principles and purposes of the Court.¹¹

3.1 Article 1 of the Rome Statute

Article 1 declares the Court established and permanent. It gives power to the Court to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern. Moreover, Article 1 emphasizes the complementarity as another cornerstone of the Statute.

Returning to the power of the Court, its main purpose is to deal with the most serious crimes of international concern. These crimes must be involved to reach the sufficient gravity threshold. Reaching the gravity threshold does not seem to be a great problem at first sight. Article 5 stresses that the jurisdiction of the Court is limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole and goes on to list four types of crimes, over which the Court has jurisdiction: the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. Thus, the Statute attributes these crimes to the most serious crimes of international concern.¹² In addition, all these crimes are ‘of international concern’ *per se*, that is one condition to be implemented in the Statute and to give the Court jurisdiction over them. This leads to the conclusion that Article 1 and the jurisdiction of the Court over only the most serious crimes of international concern is not a step forward in narrowing the criteria for sufficient gravity. Finally, all crimes in the Statute are most serious ones and justify therewith generally further action by the Court.¹³ Having this understanding in mind, one could agree to the proposal by some states during the negotiations of the Rome Statute to delete Article 17 (1) (d) as being an

unnecessary repetition in terms of seriousness of the crimes involved.¹⁴

Another point mentioned in Article 1 is the jurisdiction of the Court over ‘persons’. This term is further clarified by Article 25. Article 25 paragraph 1 says the Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute and Article 26 contains an exception for persons under the age of 18 at the time of the alleged commission of the crime. According to these provisions, everyone over the age of 18 can be brought before the Court. There is no special norm or paragraph giving the Court limited jurisdiction only over persons bearing the greatest responsibility for the commission of the crimes in the Rome Statute, as it is for instance the case for the Special Court for Sierra Leone.¹⁵ To qualify the content of gravity in Article 17 (1) (d), the jurisdiction of the Court over persons as such does not provide further assistance, either.

Therefore, referring back to Article 1 in the heading of Article 17 does not explain the content of gravity as an admissibility criterion. However, since there must be ‘sufficient gravity’ in place to justify further action by the Court, some other sources may possibly be relied upon for such ‘justification’.

3.2 Preamble

First and foremost, there is the preamble of the Statute. According to Article 31 (2) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, the preamble of a treaty forms part of the context for the interpretation of a treaty.¹⁶ The preamble of the Rome Statute mentions in its paragraphs 3, 4 and 9 ‘the most serious crimes of concern to the international community as a whole’. This term can also be found in the Statute, namely Articles 1 and 5, as referred to above.¹⁷ Since it is the same term, the interpretation does not change from the previous one of Article 1. Any crime before the Court is one of the

⁸ See Article 53 (1) (b) and (2) (b) Rome Statute.

⁹ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, 17 January 2006, para. 65.

¹⁰ *Murphy*, supra note 6, at 286.

¹¹ The heading further refers to paragraph 10 of the Preamble, which deals with the complementarity of the Court in relation to national criminal jurisdictions. Complementarity is another admissibility criterion under Article 17.

¹² See Article 5 (1) Rome Statute.

¹³ *H. Olásolo*, The Triggering Procedure of the International Criminal Court (2005), at 183.

¹⁴ See supra note 1.

¹⁵ See Article 1 (1) Statute of the Special Court for Sierra Leone: “The Special Court shall [...] have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone.”

¹⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, 23 May 1969.

¹⁷ See above section 3.1.

most serious crimes of concern to the international community as a whole and consequently the action of the Court concerning the alleged commission of this crime is generally justified.

3.3 Article 17 (1) (d) and the Court

Thus, it remains doubtful which role Article 17 (1) (d) plays at all. The question for admissibility of a case is still about its sufficient gravity. This can only mean that there is a ranking within the most serious crimes under jurisdiction of the Court. The single case, stemming from a situation, has to be itself of sufficient gravity in order to proceed. Therefore, the case has to be seen in the overall framework of the Court. There are many factors which might play a role in it: the policy of the Court, its capacity, and its role as an independent judicial organ in the framework of international justice. These are factors from the Court's perspective, but there is also the perspective of the case. The case has to be of sufficient gravity and in order to determine this sufficient gravity many factors might come into play as well, such as the crime in the context of the conflict, the role and position of the alleged perpetrator, the suffering of victims, or the character of the crime itself. It is difficult to weigh all these factors and to develop some clear criteria to build upon later. A comparison between cases might be one way in the future, but in the early stage with just emerging cases there is no comparison possible and some principles for the future have to be set up. Moreover, the gravity in relation to other cases is not the question at stake, it is about the very case itself.

In particular, the Prosecutor faces serious challenges, because he or she has not only to consider the gravity when he or she brings a single case, but also already at an earlier stage when an investigation is going to be initiated according to Article 53 (1) (b) and moreover upon investigation according to Article 53 (2) (b). The Prosecutor has to weigh all the different factors at any stage of the investigation before he or she decides to bring a concrete case.

Bearing all these circumstances in mind it is extremely interesting to have a closer look at the established policy of the Prosecutor and the first practice of the Pre-Trial Chambers and at how both organs have dealt with the gravity threshold so far.

4. Gravity – Procedural Filter or Instrument of Shaping Criminal Policy: the Policy of the Prosecutor and the First Practice of the Chambers

The Policy of the Prosecutor

The Prosecutor mentioned on numerous occasions the sufficient gravity of current situations before the Court.¹⁸ He stated, “*the situations in the Democratic Republic of the Congo and Northern Uganda were the gravest admissible situations under the jurisdiction of the Court, and the situation in Darfur, the Sudan, also clearly met the gravity standard.*”¹⁹ The view by the Prosecutor on these situations seems to be obvious and beyond any doubt. However, how does the Prosecu-

tor come to these conclusions? What are his criteria for the positive determination of sufficient gravity?

The Prosecutor sees the gravity issue as a key consideration in selecting situations for investigation.²⁰ The extremely high importance of gravity is often emphasized in his statements.²¹ Furthermore, gravity affects the prosecutorial decisions at two different stages, first for the decision to initiate investigations and afterwards within a situation for the selection of cases.²² Both decisions of the Prosecutor to open investigations in the Ituri region in the DRC and to bring, at this stage, cases only against leaders of the *Lord Resistance Army* ('LRA') and not against government forces in Uganda based on the gravity criterion.²³

Following these decisions, the purpose of the gravity threshold is, according to the Prosecutor, to select investigations and cases because not all crimes within the jurisdiction of the Court can be prosecuted.²⁴ The gravity threshold means thus a largely discretionary power for the Prosecutor in the selection of investigations. Moreover, the Prosecutor considers this threshold as very high.²⁵ Hence, it is extremely interesting which criteria the Prosecutor applies to determine which kind of conduct passes this very high threshold.

In 2005, after two years in office, the Prosecutor stated that the Office of the Prosecutor is currently in the process of re-

¹⁸ Office of the Prosecutor ('OTP'), Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), 12 September 2006, at 2 and 6; OTP, Second public hearing of the Office of the Prosecutor – NGOs and Other Experts, The Hague, 26 September 2006, at 2; OTP, Second public hearing of the Office of the Prosecutor – Interested States, The Hague, 25 September 2006, at 3; OTP, Second public hearing of the Office of the Prosecutor – NGOs and Other Experts, New York, 18 October 2006, at 1; OTP, Second public hearing of the Office of the Prosecutor – Interested States, New York, 17 October 2006, at 1.

¹⁹ OTP, Report on the activities performed during the first three years, see supra note 18, at 2.

²⁰ OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, 10 February 2006, at 4.

²¹ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, 24 October 2005, at 6 and 7; OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, see supra note 20, at 5.

²² For starting an investigation see OTP, Second public hearing of the Office of the Prosecutor – NGOs and Other Experts, see supra note 18, at 21; for the selection of cases within a situation see OTP, Report on the activities performed during the first three years, see supra note 18, at 8; OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, see supra note 20, at 5; OTP, Third report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 14 June 2006, at 2.

²³ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Fourth Session of the Assembly of States Parties, 28 November 2005, at 2; OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, see supra note 21, at 6 and 7; OTP, Report on the activities performed during the first three years, see supra note 18, at 14.

²⁴ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, see supra note 21, at 8 and 9; Murphy, supra note 6, at 287. The fact that not all crimes within the broad jurisdictional reach of the Court can be prosecuted is mainly based on the limited provision of resources to the Court.

²⁵ OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, see supra note 20, at 4.

fining its methodology for assessing gravity.²⁶ In an earlier paper in 2003, the Office of the Prosecutor already mentioned that gravity should not only be attached to the act that constitutes the crime, but also to the degree of participation in its commission.²⁷ Later, with the first situations and cases before the Court, several other criteria were developed by the Office of the Prosecutor. One criterion to determine sufficient gravity is the number of persons killed, but also the number of victims of other crimes than killing, such as crimes against physical integrity.²⁸ Other factors the Office of the Prosecutor will focus on are the impact, the scale and the nature of crimes as well as the manner of commission.²⁹

Nonetheless, the most interesting part is to see how the Prosecutor has applied these criteria in preliminary examinations, in the investigation phases and in the decisions to prosecute persons.

Uganda

There are only few public documents available in which the Prosecutor mentioned his criteria for an assessment of the determination of gravity in specific situations. The first statement from October 2005 was related to five warrants of arrests in the Uganda situation. Therein, the Prosecutor stated that the criterion for the selection of the first cases within this situation was gravity.³⁰ As a method to assess sufficient gravity, the Prosecutor first looked at all crimes committed in Northern Uganda by the LRA and Ugandan forces. Then he concluded that the crimes committed by the LRA were much more numerous and of much higher gravity than alleged crimes committed by Ugandan forces.³¹ Consequently, the first cases concern leaders of the LRA and not of Ugandan forces. With this assessment, the Prosecutor emphasized that the gravity threshold is the principal criterion to select cases in a situation. In the Uganda situation, the decisive factors were the number of crimes committed in total by a party to the conflict and the gravity of single crimes. Thus, the Prosecutor applied in this case his standards of the scale of crimes and the nature of crimes to educe specific cases in a situation. Implicitly, the number of victims and the manner of commission are also closely related to the assessment criteria used by the Prosecutor.

Iraq

The Office of the Prosecutor's letter to senders *re* Iraq is a more comprehensive document on gravity. Compared to the above described Uganda situation, which dealt with the step from the investigation phase to the case phase, one has to bear in mind that in the case of Iraq the preliminary examination and the question whether to initiate an investigation at all was at stake. The Prosecutor approached the admissibility criteria in the opposite order than listed in Article 17. Complementarity was set at the end – and finally not assessed at all – and gravity made the starting point. In assessing gravity, the Prosecutor differentiated between a specific and a general gravity threshold.³² The former he found in Article 8 (1), which says that “the Court should have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan

or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. The Prosecutor further stated that he does not see this threshold as a strict requirement, but rather as guidance.³³ This new ‘specific’ gravity threshold does not fit in one of the broad factors for determination of gravity established by the Office of the Prosecutor before.³⁴ The ‘specific’ threshold seems to be much narrower, although it should only be guidance. Consistent with that, the intention of the drafters of the Rome Statute was more to provide a lower threshold in the admissibility considerations of a case and a higher one on the material side of single crimes. Therefore, the Article 8 criteria should not be applied too strictly at this stage of the investigations and concerning the admissibility criteria of gravity.

Turning to the, according to the Prosecutor, ‘general’ gravity requirement of Article 53 (1) (b), the Prosecutor referred to the number of victims as key consideration in *re* Iraq.³⁵ Relying on both the ‘specific’ and ‘general’ threshold, he could not find sufficient gravity in the alleged crimes in Iraq communicated to him. Thus, he refused to initiate an investigation and to seek authorization to proceed from the Pre-Trial Chamber.³⁶

Darfur

In the Prosecutor's Application under Article 58 (7) in the situation in Darfur, the Sudan, the Prosecutor simply states, while referring to the reasons explained before, that the case is of sufficient gravity to justify further action by the Court.³⁷ Contrary to the approach in *re* Iraq, the Office of the Prosecutor follows in the Darfur situation a strict legality approach to the gravity criterion by stating that the case is of sufficient gravity. In his report to the UN Security Council, the Prosecutor emphasized the factors the Office of the Prosecutor ap-

²⁶ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, see supra note 21, at 6.

²⁷ OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor (2003), at 7.

²⁸ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, see supra note 21, at 6; OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, see supra note 20, at 4. The situation in the Central African Republic is about massive rape committed within only three weeks. This intensity of the commission of crimes in a short period could be another factor for the determination of gravity.

²⁹ OTP, Report on the activities performed during the first three years, see supra note 18, at 6; OTP, Report on Prosecutorial Strategy, 14 September 2006, at 5; OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal meeting with Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, see supra note 21, at 6.

³⁰ OTP, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Statement by the Chief Prosecutor on the Uganda Arrest Warrants, 14 October 2005, at 2.

³¹ *Ibid.*, at 2 and 3.

³² OTP, Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Annex Iraq response, 10 February 2006, at 8.

³³ *Ibid.*, at 8.

³⁴ See above fn. 29: the impact, the scale and the nature of crimes as well as the manner of commission as relevant factors.

³⁵ *Ibid.*, at 8.

³⁶ *Ibid.*, at 9.

plied to determine gravity. However, the factor ‘systematic character of crimes’, was not yet mentioned before.³⁸ Furthermore, the Office of the Prosecutor focused on persons bearing the greatest responsibility for the crimes committed.³⁹ Therefore, it is doubtful whether the numerous perpetrators in the field feel the often-emphasized deterrent effect of the Prosecutor’s investigations, since they are, at least according to the Prosecutor’s report, not object of the current investigations by the Office of the Prosecutor.

To sum up, the criteria to assess sufficient gravity of a case or a situation are quite broad. The practice of the Prosecutor is so far not consistent. The criteria used in the Uganda situation were part of the elaborated standards by the Office of the Prosecutor, whereas the factors relied on in the Iraq communications were new or just covered some parts of the criteria generally developed. In both situations gravity was part of the prosecutorial discretion of whom to prosecute or whether to commence an investigation respectively. The Darfur situation is assessed by a stricter approach to the gravity threshold, which may be a reaction to the first practice of the Pre-Trial Chambers.

Therefore, before commenting on the Prosecutor’s policy and practice concerning the gravity threshold so far, the practice of the Pre-Trial Chambers is of immense importance.

The First Practice of the Pre-Trial Chambers

To start with and to explain this immense importance, the consideration of Pre-Trial Chamber I Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* is inevitable. In that decision Pre-Trial Chamber I decided that the factors to determine sufficient gravity adopted by the Chamber are not discretionary for the Prosecution and thus binding.⁴⁰

Pre-Trial Chamber I approached the admissibility test from two sides, one part related to the complementarity principle, the other part dealing with the gravity threshold.⁴¹ Hence, for the admissibility of a case, the crime has to be one of the most serious crimes of international concern as provided for in Article 5 of the Statute, and it has to reach the threshold of ‘sufficient gravity’ to justify further action by the Court according to Article 17 (1) (d).⁴²

Pre-Trial Chamber I continued focusing on the interpretation of gravity. For the purpose of interpreting Article 17 (1) (d), it referred to the general norms governing the interpretation of treaties as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, in particular Articles 31 and 32. Further, the Chamber relied on the applicable law for the Court pursuant to Article 21 of the Statute.⁴³ It found that a Chamber has no discretion to declare a case as inadmissible once the case is found as not being of sufficient gravity and that Article 17 (1) (d) is thus mandatory.⁴⁴ Furthermore, there are two different stages where the gravity threshold must be applied, at the initiation of an investigation and when a case arises from such an investigation. As the decision of Pre-Trial Chamber I concerned the arrest warrant of *Thomas Lubanga Dyilo*, it only dealt with the application of gravity at the second stage.⁴⁵

The Chamber went on to emphasize the ‘general gravity’ of crimes in the Statute and concluded that additionally there must be some particular features for the ‘special gravity’ of a case. These two features are the conduct, which must be either systematic or large-scale, and the social alarm such conduct may have caused in the international community.⁴⁶

According to the Pre-Trial Chamber, other factors, besides the gravity of the conduct, must be considered when interpreting Article 17 (1) (d) in a teleological way. One of those factors is the intention of the additional gravity threshold that the Court initiate cases only against the most senior leaders suspected of being most responsible for the crimes committed.⁴⁷ This factor contains three elements, firstly the position of the person, secondly the role played by such a person and thirdly the role played by the entity the person is part of relating to the commission of the crimes.⁴⁸

Finally, Pre-Trial Chamber I found several arguments in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (‘Yugoslavia Tribunal’) and International Criminal Tribunal for Rwanda supporting its interpretation to focus on the most responsible persons and only systematic or large-scale committed crimes.⁴⁹ Having applied the elaborated features, factors and elements, Pre-Trial Chamber I found the case against *Thomas Lubanga Dyilo* admissible.

In other cases pending before the Court, the Pre-Trial Chambers also dealt with admissibility. This might be surprising, since according to Article 19 (1) the Court has only the duty to decide on its jurisdiction.⁵⁰ A decision on admissibility is instead only a possibility given to the Court. However, each Pre-Trial Chamber has used this opportunity so far. Pre-Trial Chamber II found in the warrants of arrests decisions against five LRA leaders in Uganda that the cases appear to be admissible.⁵¹ Those were the first warrants of arrest ever issued by the Court and the Chamber considered the admissibility *prima facie* without being challenged by one of the parties.

³⁷ Pre-Trial Chamber I, Prosecutor’s Application under Article 58 (7), 27 February 2007, ICC-02/05-56, at 88, para. 252.

³⁸ OTP, Third report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), see *supra* note 22, at 2.

³⁹ *Ibid.*, at 3.

⁴⁰ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58, 10 February 2006, Annex to ICC-01/04-01/06-8-US-Corr of 24 February 2006, at 32, para. 62.

⁴¹ *Ibid.*, at 18, para. 29.

⁴² *Ibid.*, at 24, para. 41.

⁴³ *Ibid.*, at 24, para. 42.

⁴⁴ *Ibid.*, at 25, para. 43.

⁴⁵ *Ibid.*, at 25, para. 44.

⁴⁶ *Ibid.*, at 26, para. 46.

⁴⁷ *Ibid.*, at 27, para. 50.

⁴⁸ *Ibid.*, at 28, paras. 51 and 52.

⁴⁹ *Ibid.*, at 29, paras. 55 *et seq.*

⁵⁰ See above under 2.2.3.

⁵¹ See inter alia Pre-Trial Chamber II, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005, 27 September 2005, at 11, para. 38.

In the issuance of warrants of arrest in the situation in Darfur, the Sudan, Pre-Trial Chamber I considered only the first part of the admissibility test, the complementarity, because the Prosecution raised the admissibility issue of complementarity and therefore the circumstances of the case required such an initial determination.⁵² Gravity was not under review.

5. Procedural Filter or Instrument of Shaping Criminal Policy?

Considering the Rome Statute and the first practice of the Office of the Prosecutor and the Pre-Trial Chambers based on it, there are different views and understandings of the gravity criterion in Article 17 (1) (d). Reading the Statute, gravity seems at first glance to be an admissibility criterion, such as complementarity, and thus to be an issue of legality. Its purpose is to bear in mind the role of the Court and, related to the complementarity principle, the Court's jurisdiction to focus on the most serious crimes.

The Office of the Prosecutor approached the gravity threshold carefully and with extensive deliberations. It elaborated criteria such as the impact, scale and nature of crimes and the manner of commission of such crimes.⁵³ These are all relevant factors to determine in preliminary examinations in a country whether to initiate an investigation or, within an investigation, whether to bring a case against a person or not.

Furthermore, the Prosecutor considered the number of victims as another factor for the determination of gravity. This could cause some problems in the future, since not all types of crimes in the Statute need a certain number of victims to be committed in a grave way. The crime of genocide does require the destruction of a group, in whole or in part. Hence, genocide can be committed with only a small number of victims as part of a small group, without losing its immense gravity. Should the crime of aggression be included in the Statute in the future, it also does not require many victims for being committed in a grave manner. Certainly, concerning crimes against humanity and war crimes, situations with only a small number of victims can hopefully be treated by domestic courts. However, if those courts refuse to prosecute, the ICC could still have a role to play, especially regarding the deterrence effect the Court should have. Therefore, one could consider the number of victims as one element of the impact of a crime. To rely only on the number of victims would undermine the role of the Court and would not lead to satisfying results.

In his refusal to initiate an investigation in Iraq, the Prosecutor also looked at Article 8 and the large-scale commission of crimes. To do so can be dangerous if this criterion is applied too strictly, since at this stage of preliminary examination many facts determining the plan, policy or the large-scale commission of war crimes still need to be found. The Office of the Prosecutor used Article 8 only as guidance and not as a strict requirement. This is a reasonable approach and an appropriate way to determine the gravity of a situation or a case. If there is any doubt about a large-scale commission of crimes, it might be sufficient to initiate an investigation until

the Court decides on that issue. Otherwise, if there is no evidence for a large-scale commission at all, the Prosecutor can refuse to proceed. Nevertheless, Article 8 should only give some guidance in determining the impact and scale of crimes.

The Office of the Prosecutor applied the gravity threshold so far very carefully and elaborated good criteria for the determination of gravity. In Iraq, the Prosecutor could have relied more on the scale of crimes than directly on the number of victims. Thus, he would have avoided emphasizing the importance of a 'sufficient number' of victims, which should not be a main criterion for the determination of gravity. However, in the first practice by the Office of the Prosecutor, the gravity criterion was used as an argument not to prosecute other Parties to the conflict and not to initiate an investigation. Reading the Office of the Prosecutor's reports, the crimes, which have so far been refused investigations, do not seem to be of not sufficient gravity to justify further action by the Court. The Office of the Prosecutor used the gravity criterion to shape its criminal policy and to give reasons why not many more situations and cases have been brought before the Court. Thus, in the first situation the office of the prosecutor used the gravity threshold as a discretionary instrument. That changed in the situation of Darfur, after Pre-Trial Chamber I's decision, where gravity was raised as a legality requirement.

Another problem in this context is that the Court cannot review the Prosecutor's decision in the situation of Iraq, since the Prosecutor acted *proprio motu*. According to Article 53 (3), a Pre-Trial Chamber can only review a decision of the Prosecutor not to proceed if the situation was referred to the Prosecutor by a State or the UN Security Council pursuant to Articles 14 or 13 (b).

Pre-Trial Chamber I took a much stricter view and cut the discretion of the Prosecutor in determining gravity. Although Article 53 appears to be a compromise between the choice of strict legality and prosecutorial discretion, Pre-Trial Chamber I, while exercising its control over Article 53, emphasized more the strict legality side by allowing the Prosecutor no discretion concerning the gravity criteria.⁵⁴ However, broad discretion was given to the Prosecutor in the Statute, which reflects the intention of the drafters to emphasize the importance of the prosecutorial discretion.⁵⁵ Thus, the Prosecutor has no obligation to initiate proceedings once a situation has been referred to him. Furthermore, he or she may decide not to proceed further with an investigation or prosecution ac-

⁵² Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) of the Statute, see *supra* note 37, at 7, para. 18.

⁵³ See *fn.* 29.

⁵⁴ M. Delmas-Marty, 'Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC', 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006) 2, at 9.

⁵⁵ L. Côté, 'Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law', 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005) 162, at 163; Murphy, *supra* note 10, at 312.

ording to Article 53 (2) and finally the Prosecutor may decide on specific charges to be brought against an accused.⁵⁶

Pre-Trial Chamber I elaborated three criteria, which have to be fulfilled to demonstrate sufficient gravity. The first one is the systematic or large-scale conduct. These two features derive from Articles 7 and 8, whereby in Article 7 the systematic commission is one of two different requirements for a crime against humanity.⁵⁷ The term 'large-scale' stems from Article 8 as one special feature for war crimes, but not a strict one, since Article 8 says 'in particular'. Regarding the commission of the crime of genocide and a possible crime of aggression in the future, the systematic or large-scale conduct does not seem to fit into these types of crimes. If the systematic and large-scale conduct remains a strict factor for gravity, problems with the specific and typical conduct of some crimes could arise. The drafters of the Rome Statute included systematic or large-scale commission of crimes in Article 7 and 8 for good reasons, namely to consider these criteria in relation to the very crime, but they did not include it in the admissibility criteria or otherwise intend to set the gravity threshold that high. Furthermore, at the stage of the pre-trial phase, not all evidence is already collected. It is the trial phase which should deal with the case as such. Therefore, to rely strictly on systematic or large-scale conduct at the stage of pre-trial proceedings is too early, since not all evidence is elicited yet and new evidence for the trial might come up.

In addition, Pre-Trial Chamber I considered the 'social alarm' of the conduct.⁵⁸ What exactly 'social alarm' means is not further clarified. In the view of the Chamber, crimes related to child soldiers cause sufficient social alarm.⁵⁹ Bearing in mind that all crimes in the Statute are those of international concern, it is difficult to imagine which conduct related to those crimes would fail to qualify as causing 'social alarm' in the international community. After all, given its vagueness, this factor does not provide any assistance for the determination of gravity.

The second requirement Pre-Trial Chamber I set is the position of the relevant person in the State entity, organization or armed group. Furthermore, the person must be one of the most senior leaders in the situation under investigation. This criterion is as well not without problems. Certainly, the Court should focus on the leaders instead of each random soldier on the ground.⁶⁰ However, the Statute gives the Court in Article 1 jurisdiction over persons in general, not over only the most responsible, as other Statutes of international tribunals do.⁶¹ Pre-Trial Chamber I refers to the practice of the *ad hoc* tribunals. There, many low ranking persons were prosecuted in the beginning of the Tribunals' work.⁶² Later, also regarding the completion strategy, the seniority criterion was introduced into the Rules of the Yugoslavia Tribunal to expedite the proceedings and to complete the Tribunal's work in total.⁶³ This measure was criticized as infringing on the independence of the Prosecutor and as giving the judges a more active role in the judicial process that they should not exercise as arbiters based on the common law model.⁶⁴ Moreover, the ICC is a permanent court and not established to act under pressure of time to complete its work completely and

forever. Certainly, expeditious trials are envisaged, but this should not lead to the consequence that many persons, which possibly committed crimes, are excluded from investigations in general.

To focus only on the senior leaders would also not support the deterrence effect the Court aims to have. The strongest deterrent effect would be achieved if it were ensured that each perpetrator of a crime within the jurisdiction of the Court would be brought to justice.⁶⁵ That is exactly what the fight against impunity tries to achieve. Certainly, this situation is not feasible especially regarding the resources of the Court. However, it is hard to believe the Chamber's arguments that focusing on the most senior leaders suspected of being the most responsible for the crimes would maximize the Court's deterrent effect.⁶⁶ The situation in Uganda shows that prosecuting only leaders of one party that does not belong to the government is not a deterrent signal to other governments, which would like to seek international support in fighting rebel groups.⁶⁷ Finally, if there is a deterrent effect at all, the reluctant work of the Court and in particular of the Office of the Prosecutor, when it comes to apply gravity, does not strengthen this effect.⁶⁸

In addition, the three crimes within the current jurisdiction of the Court are not leadership crimes *per se*, as the crime of aggression will certainly be if included in the Statute. Thus, the crimes within the jurisdiction of the Court can be committed by low-ranking officers but following the leadership or seniority requirement introduced by Pre-Trial Chamber I, the Court would disqualify those crimes from the judicial processes before the Court.

Similar and related to this is the third criterion that the most senior leaders also have to be the most responsible persons. Two elements have to be considered, first the role of the person itself and secondly the role of the entity, organization or group, of which the person is a leader. It is hardly imaginable

⁵⁶ *Murphy*, supra note 10, at 293.

⁵⁷ The other one is 'widespread'.

⁵⁸ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, supra note 40, at 26, para. 46.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *M. C. Bassiouni*, Introduction to International Criminal Law (2003), at 706.

⁶¹ See fn. 15; *Murphy*, supra note 6, at 293.

⁶² *Murphy*, supra note 6, at 297.

⁶³ See UNSCR 1534 (2004), at 4 and 5.

⁶⁴ *L. D. Johnson*, 'Closing an International Criminal Tribunal while maintaining International Human Rights Standards and excluding Impunity', 99 *AJIL* (2005) 158, at 165.

⁶⁵ *C. K. Hall*, 'ICC Prosecutorial Policy and Strategy and External Relations', Contribution to an expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor (2003), at 18.

⁶⁶ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, supra note 40, at 26, paras. 50, 54.

⁶⁷ *Murphy*, supra note 6, at 308.

⁶⁸ *W. A. Schabas*, 'First Prosecutions at the International Criminal Court', 27 *Human Rights Law Journal* (2006) 25, at 40.

how this level of involvement of persons and entities in a situation can already be proved at this early stage of proceedings. These are all factors which can be fully ascertained in the actual trial, which, after all, is still the centre for the criminal process. The Office of the Prosecutor has pointed to the degree of participation as a criterion to determine the gravity. Therein one could consider the role of the person and the entity in the conflict. Furthermore, it might be a good strategy to start cases in a situation with some 'smaller fishes' or specific crimes to secure some evidence on which future greater and much more complex cases against the highest leaders can be built on.⁶⁹ By the strict criteria set by Pre-Trial Chamber I, it is not possible anymore to pursue such a strategy.

Pre-Trial Chamber I explicitly mentioned that it focused only on the stage during which a case arises from a situation. For this stage, the Chamber set extremely high standards, which might already anticipate parts of the trial itself. The question whether these criteria should also be applied at the stage of initiating an investigation remains open. Considering the high standards set by the Chamber, a determination of sufficient gravity at this early stage does not seem desirable. Further, Article 53 (2) (c) gives the Prosecutor more guidelines to consider before prosecuting a person than Article 53 (1) (c) does before initiating an investigation. Thus, the gravity threshold between these two stages could also be different. The threshold is more important in the decision to initiate an investigation and could therefore have lower criteria, while in the decision to prosecute, other factors are more relevant and the gravity threshold must consequently be stricter.⁷⁰

Compared to the policy and practice of the Office of the Prosecutor, Pre-Trial Chamber I set the criteria to determine gravity very high. Nevertheless, the Chamber cut the Prosecutor's discretion over investigations and cases by relying on sufficient gravity and it used the gravity threshold as a strict legality issue. Therefore the Office of the Prosecutor should no longer base its decision concerning the initiation of an investigation or the prosecution of crimes on the gravity criterion.

6. Conclusion

Gravity is a question of legality, not of discretion for the Prosecutor. It is an admissibility criterion and as such a procedural filter in determining situations and cases.

Hence, the Office of the Prosecutor should not chose situations according to the gravity of the crimes committed and in particular not in comparing one crime with another. Sufficient gravity is a strict legality criterion, which means that a situation or a case should generally be of sufficient gravity to justify further action by the Court. Looking into the crimes charged in the *Lubanga* and *Katanga* case and the arrest warrants of the LRA leaders as well as the Sudanese officials, every single case mentions grave crimes. Also the situations under investigation in the Central African Republic or in Sudan contain generally grave atrocities.

However, the Office of the Prosecutor should not consider gravity as a criterion limiting their prosecutorial discretion and, for instance, willful killings in Iraq taken as such are of sufficient gravity to justify further action by the Court. Only a lower number of victims compared to the situation in the DRC does not mean that the situation in Iraq was not of sufficient gravity. The Office of the Prosecutor might have had other reasons, such as its limited resources, not to proceed in this situation. Gravity, as included in Article 17 (1) (d), cannot be the criterion for the Office of the Prosecutor to refuse to proceed or to start an investigation in this situation. The Office of the Prosecutor should not read Article 17 (1) (d) as an obligation to prosecute first a 'graver' crime compared to others. It should understand this Article as to scrutinize whether the case itself is of sufficient gravity, which would very often be the case. ■

⁶⁹ *Murphy*, supra note 6, at 312. *Tadić*, *Erdemović* and the *Kupreškić* brothers are such lower ranking persons convicted by the ICTY.

⁷⁰ *Ibid.*, at 292.

Supranationale Strafrechtskompetenz *versus* Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft

– Zur einschränkenden Interpretation von Ermächtigungsgrundlagen des EG-Vertrages unter dem Aspekt des allgemeinen Rechtsgrundsatzes *nulla poena sine lege parlamentaria* –

Ingo E. Fromm*

The importance of the judgment of the Court of Justice of the European Communities (CJEC) dated 13 September 2005 – C-176/03 (Commission/Council) and 23 October 2007 – Rs. C-440/05 is nothing short of a new legal landmark. The CJEC thus seems to have made a decisive step towards granting the institutions of the European Community (EC) substantial competencies in criminal matters. Following the CJEC the EC can harmonize the national criminal law, if it is necessary to protect the environment or the financial interests of the EC. The CJEC furthermore regrettably omitted to deal with the most serious argument against such powers in criminal matters, i.e. that these penal provisions might prove to suffer from a lack of democratic legitimacy and be as such insufficiently legitimized within the European Community. The fact that the CJEC refrained from considering the democratic deficit in its judgment of September 2005, not to mention its possible effect as argument against guideline competence in the field of criminal matters, may at first glance have caused some confusion. In principle, the CJEC has already recognized the requirement of particularly high democratic standards which exist in the form of a comprehensive cooperation right of a directly legitimized European institution in the legislative process (esp. Cases C-164/97 and C-165/97 which, however, did not refer to competence in criminal matters). The author analyses the question whether these issues relating to a democratic deficit with a view to criminal penalties do exist in the context of guidelines relating to the harmonisation of national penal codes and in the context of penal regulations.

Der EuGH scheint mit den überaus beachtlichen Entscheidungen vom 23.10.2007, Rechtssache C-440/05, und vom 13.09.2005, C-176/03, einen großen Schritt hin zu einer umfassenden Kompetenz der Organe der Europäischen Gemeinschaft (EG) für das Kriminalstrafrecht getan zu haben. Jedenfalls hat der EuGH hier die Kompetenz zur bereichsspezifischen Harmonisierung des nationalen Strafrechts anerkannt. Daneben hat sich der EuGH bedauerlicherweise in seinen grundlegenden Entscheidungen nicht mit dem gewichtigsten, gegen eine Strafrechtskompetenz vorgebrachten Argument befasst, Strafrechtsbestimmungen könnten aufgrund des Demokratiedefizits innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht ausreichend demokratisch legitimiert werden. Dass der EuGH in seinem Urteil von September 2005 das Demokratiedefizit nicht thematisiert oder gar gegen eine strafrechtliche Richtlinienkompetenz angeführt hat, mag auf den ersten Blick Verwirrung hervorgerufen haben. Im Grundsatz hat der EuGH vor allem in den Rechtssachen C-164/97 und C-165/97, in denen es allerdings nicht um strafrechtliche Kompetenzen der EG ging, nämlich das Erfordernis besonders hochgesteckter demokratischer Anforderungen, die in einer umfassenden Mitwirkungsbefugnis einer unmittelbar legitimierten europäischen Institution bei der Rechtsetzung bestehen, anerkannt. Der Autor untersucht daher die Frage, ob die Problematik des Demokratiedefizits in Bezug auf kriminalstrafrechtliche Vorschriften bei Richtlinien zur Harmonisierung der innerstaatlichen Strafgesetzbücher und strafrechtlichen Verordnungen besteht.

I. Einführung in die Problematik

Die Frage nach der Befugnis zur Setzung von Straftatbeständen gehört zu den wenigen letzten Tabuthemen Europas. Das Strafrecht nahm am Prozess der europäischen Integration bisher nur schleppend teil. Wie heikel strafrechtliche Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft (EG) sind, ist an den massiven Widerständen einzelner Mitgliedstaaten gegen die Einführung eines europäischen Haftbefehls erkennbar gewesen. Die Frage, ob der Europäischen Gemeinschaft eine Strafrechtskompetenz, also die Zuständigkeit zur Einführung eigener strafrechtlicher Vorschriften zusteht, erfuhr durch die Neufassung des EG-Vertrages durch den Vertrag von Amsterdam 1999 und die darin enthaltene Einführung eines Art. 280 IV EGV zum Schutz der finanziellen Interessen der EG erneute Aktualität.¹

Die Gemeinschaftsorgane könnten nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Kompetenz nur über solche Materien haben, die ihnen vorher von den Mitgliedstaaten übertragen worden sind. Man bezeichnet diesen Grund-

* Dr. jur. Ingo E. Fromm ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in der Anwaltskanzlei Dr. Caspers Mock, Koblenz. An der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) promovierte er bei Prof. Dr. G. Wolf im europäischen Strafrecht. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt sowohl im allgemeinen Straf- als auch Verkehrsstraf- und Bußgeldrecht. In seinen Aufsätzen befasst er sich mit aktuellen Themen des europäischen Strafrechts.

¹ Hierzu: S. White, Protection of the Financial Interests of the E.C. – the Fight Against Fraud and Corruption, The Hague u.a. 1998, S. 196; *dies.*, What Shape the Legal Space after Amsterdam?, AGON 1997, No. 16, S. 3 (6); I. Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004.

satz, der in Art. 5 I², Art. 7 I 2³, 10 I EG⁴ positivrechtlich niedergelegt ist, als Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung („principe de compétence d’attribution“).⁵ Neben der völlig unbestrittenen fehlenden Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht im Allgemeinen wird auch die Befugnis der EG zur Setzung bereichsspezifischer Strafvorschriften sowohl von den Gemeinschaftsorganen⁶ als auch der ganz h.M.⁷ als nicht gegeben erachtet. Die Organe haben es sich angesichts dieser Kompetenzverteilung und der beträchtlichen Unterschiede der innerstaatlichen Strafgesetzbücher zum Ziel gemacht, eine „Mindestharmonisierung“ der strafrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten durchzuführen.⁸

1. Die Rechtsprechung des EuGH zur Anweisungskompetenz der EG für strafrechtliche Sanktionen

Zur sog. Harmonisierungskompetenz der Organe der EG äußerte sich das viel beachtete Urteil des EuGH vom 13.09.2005 – C-176/03 (Kommission/Rat)⁹: Genauer ging es um die sogenannte Anordnungs- oder Anweisungskompetenz der EG für strafrechtliche Sanktionen, also der Kompetenz der Organe der EG zur Anweisung der EG-Staaten zur Harmonisierung ihres nationalen Strafrechts per Richtlinie, im Bereich des Umweltschutzes. Der EuGH hat in seinem Urteil ausgeführt, dass die Gemeinschaft befugt sei, „Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt“ (EuGH, C-176/03, Rz 48). Jedenfalls dürften Gemeinschaftsrechtsakte die Strafbarkeit besonders schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt regeln, die den Mitgliedstaaten die Wahl der anwendbaren strafrechtlichen Sanktionen überlassen; diese müssten wirksam, angemessen und abschreckend sein. Es bestehe für derartige Gesetzesvorhaben eine Gemeinschaftszuständigkeit nach Art. 175 EGV. Der EuGH scheint mit dieser Entscheidung einen großen Schritt hin zu einer umfassenden Kompetenz der Organe der EG für das Kriminalstrafrecht getan zu haben.¹⁰ Das Gericht hatte den Rahmenbeschluss 2003/80/JI über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht¹¹ konsequenterweise für nichtig erklärt mit der Begründung, dass der Beschluss nur auf der Grundlage des EG-Vertrags und nicht des Vertrags über die Europäische Union (EU-Vertrag) hätte ergehen dürfen.

Der Europäische Gerichtshof hat erst jüngst in seinem Urteil vom 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission/Rat)¹², in dem es abermals um strafrechtliche Harmonisierungskompetenzen sowie die Zuständigkeitskonkurrenz von erster und dritter „Säule“ ging, erwartungsgemäß an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, dass ein Rechtsakt nicht auf Grundlage des EU-Vertrags gestützt werden darf, wenn hinsichtlich der geregelten Materie eine EG-Kompetenz besteht.

2. Kompetenzeinschränkende Auslegungen gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften aus demokratischen Erwägungen?

Bedauerlicherweise hat sich der EuGH in seiner grundlegenden Entscheidung nicht mit dem wesentlichen, gegen eine Strafrechtskompetenz vorgebrachten Argument befasst, Strafrechtsbestimmungen könnten aufgrund des Demokratiedefizits innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht ausreichend demokratisch legitimiert werden.¹³ Kritiker von strafrechtlichen Kompetenzen der EG befürchten vor diesem Hintergrund des Fehlens von Kompetenz begrenzenden Auslegungsvarianten im Urteil, dass die EuGH-Entscheidung im Hinblick auf die Kompetenzen der EG im Strafrecht überinterpretiert wurde.¹⁴ Es bestehe die Gefahr, dass sich die Organe der Europäischen Gemeinschaft nunmehr auch des Strafrechts „bemächtigen“ könnten, welches seit jeher im Kernbereich der nationalen Souveränität stehe und daher durch die Europäische Gemeinschaft unantastbar sei. Die meisten Mitgliedstaaten argumentieren, das Strafrecht könne nicht Gegenstand von gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungen sein und sei im Übrigen von den kulturellen Werten des betreffenden Staates geprägt.¹⁵ Um der Gefahr zu begegnen, aus den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die falschen Schlüsse zu ziehen, bedarf es einer genauen Untersuchung von Kompetenz einschränkenden Auslegungen gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften.

² „Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnissen und gesetzten Ziele tätig.“

³ „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse.“

⁴ „Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag (...) ergeben.“

⁵ So bereits vor Änderung der Verträge: G. A. Lagrange (Schlussanträge), EuGH verb. Rs. 7/56, 3/57, 7/57 („Algera“), in Slg. 1957, S. 83 (167); U. Goll/M. Kenntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? EuZW 2002, S. 101; U. Kathrein, Entwicklung innergemeinschaftlicher Sanktionen in der Europäischen Union, ÖJZ 1994, S. 785 (786).

⁶ Europäisches Parlament, vgl. „Entschließung zum rechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft“, in ABl. 1991, C 305, S. 106, 107.

⁷ I. Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, S. 335.

⁸ „Vorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt“, KOM 2007, 51 endg. Der Richtlinienvorschlag zielt darauf ab, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, bestimmte Handlungen, durch die der Umwelt erheblicher Schaden zugefügt wird, mit strafrechtlichen Sanktionen zu belegen.

⁹ EuGH, Urt. v. 13.09.2005 – C-176/03 (Kommission/Rat) (=ZUR 2005, 589).

¹⁰ Hiermit befasste sich die 4. Arbeitsgemeinschaft des 31. Strafverteidigertages 2007 in Rostock.

¹¹ ABl. L 29 vom 05.02.2003, S. 55.

¹² NJW-Spezial 2007, S. 552.

¹³ R. Hamm, Grundprinzipien eines europäischen Strafrechts, S. 2; A. Heitzer, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 165; H.-M. Wolfgang/S. Ulrich, Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1998, S. 616 (628).

¹⁴ H. Satzger, The Future of European Criminal Law Between Harmonization, Mutual Recognition and Alternative Solutions, Journal of European Criminal Law (JECL), 1/2006, 27 ff.

¹⁵ 832. Sitzung des Bundesrates am 30.03.07.

In erster Linie werden gegen strafrechtliche Vorschriften der EG demokratische Erwägungen angeführt: Diese resultieren vor allem daraus, dass man für strafrechtliche Vorschriften einen Parlamentsvorbehalt („*nulla poena sine lege parlamentaria*“¹⁶) fordert. Derartige Überlegungen beruhen auf der Tatsache, dass in einer Demokratie stets eine ununterbrochene Legitimationskette vorausgesetzt wird, bei der die politische Herrschaftsausübung auf einen Willen oder eine Entscheidung des Volkes zurückzuführen ist.¹⁷ Es gehört zu den Grundvoraussetzungen der Demokratie, dass alle Gewalt vom Volke ausgeht. Bei Gesetzen, die mit einer hohen Belastung für den Einzelnen verbunden sind, hält man aber die Existenz einer Legitimationskette vom „*Regierten auf den Regierenden*“¹⁸ nicht für ausreichend, gefordert werden darüber hinausgehende, besonders strenge Legitimationsanforderungen.¹⁹ Je tiefer sich die Intensität eines hoheitlichen Eingriffs für das Volk darstellen kann, desto direkter ist das Handeln des Hoheitsträgers auch durch das Volk zu legitimieren.²⁰

Gerade für die Normierung kriminalstrafrechtlicher Sanktionen, die die Spitze der Eingriffsschärfe für den Bürger darstellen und folgerichtig eine Ausnahmestellung in den einzelstaatlichen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten für sich in Anspruch nehmen,²¹ wird vor diesem Hintergrund der Bedarf nach einer unmittelbaren Legitimation gesehen,²² die nur durch ein Parlamentsgesetz gewährleistet sei,²³ vorausgesetzt das jeweils entscheidungsbefugte Parlament genügt selbst den elementaren Prinzipien der Demokratie.

Ausgehend von dieser Grundvoraussetzung scheint die Entscheidung, ob und in welchem Umfang eine Zuständigkeit der EG für die Materie des Strafrechts existiert, von der Komponente abhängig zu sein, ob auf der europäischen Ebene den strikten demokratischen Ansprüchen entsprochen wird. Eine Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen auf die EG wird aber als ausgeschlossen beurteilt, wenn weiterhin ein wesentlich schwächer demokratisch legitimes Organ, der Rat der EG, die gesetzgeberische Entscheidung fällt und insofern letztere einer direkt legitimierten Volksvertretung, den nationalen Parlamenten, abnehme. Ferner würde eine Strafrechtsbefugnis der EG an den besonders hochgesteckten demokratischen Anforderungen scheitern, wenn zwar eine umfassende und den nationalen Parlamenten entsprechende Mitwirkungsbefugnis einer unmittelbar legitimierten europäischen Institution bei der Rechtsetzung bestünde, demgegenüber jedoch interne gravierende demokratische Defizite existierten. Schließlich gewährleistet allein die umfangreiche Beteiligung eines unmittelbar von den Bürgern gewählten Organs noch nicht die Einhaltung hinreichender demokratischer Grundsätze.²⁴

II. Die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zur Interpretation von Ermächtigungsgrundlagen des Primärrechts

Derart hochgesteckte Anforderungen hinsichtlich der Legitimation von Strafgesetzen, die für das nationale Recht berechtigt sein mögen, können allerdings allein nicht zur einschränkenden Auslegung von Normen des Gemeinschafts-

rechts dienen. Schließlich können sich aus einzelstaatlichen Anschauungen oder Normen des Verfassungsrechts der EG-Staaten allein niemals Grenzen für die Interpretation des Europäischen Gemeinschaftsrechts ergeben.²⁵ Dies wäre nur denkbar, wenn es sich bei europäischem Recht um gegenüber den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nachgeordnetes Recht handelte,²⁶ was nach ganz h.M. des Schrifttums²⁷ und der Überzeugung des EuGH²⁸ nicht der Fall ist. Nationa-

¹⁶ S. Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 112; Heitzer, S. 156; W. Spannowsky, Schutz der Finanzinteressen der EG zur Steigerung der Effizienz des Mitteleinsatzes, JZ 1994, S. 326 (329); J. Vogel, Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, S. 170 ff., in G. Dannecker (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, Köln 1993, S. 183.

¹⁷ E. W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 1998, Bd. II, § 30 Rn. 15; E. Grabitz/O. Schmuck/S. Steppat/W. Wessels, Direktwahl und Demokratisierung – Eine Funktionenbilanz des Europäischen Parlaments nach der ersten Wahlperiode, 1988, S. 37; G. Röss, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, S. 625 ff., in W. Fiedler/G. Röss (Hrsg.), Verfassungsrecht und Völkerrecht, Gedächtnisschrift für G. S. Geck, Wilhelm Karl, Köln u.a. 1989, S. 641.

¹⁸ C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Auflage, 1993, S. 234. Ähnlich K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 18 II 4, S. 604, der von der „Bestellung der Herrschenden durch das Volk“ spricht.

¹⁹ M. Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Diss., Köln u.a. 1996, S. 90; W. Perron, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in D. Dörr/M. Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997, S. 135 (140); F. Sforza, La direttiva 89/392/CEE sulle macchine utensili: un ulteriore esempio di „diritto penale comunitario“? RIDPP 1993, S. 316.

²⁰ F. W. Dorn, Art. 235 EWGV – Prinzipien der Auslegung, Kehl am Rhein u.a. 1986, S. 78.

²¹ A. Musil, Umfang und Grenzen europäischer Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, NStZ 2000, S. 68 (69).

²² J. Eisele, Einführung in das Europäische Strafrecht, Jura 2000, S. 896 (897); V. Greve, Legal Harmonization in the Field of European Criminal Law, S. 107 ff., in U. Sieber (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln u.a. 1993, S. 107 (110); H. Jung, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, S. 417 (424); E. v. Bubnoff, Aktuelle Fragen und Herausforderungen grenzüberschreitender Strafrechtspflege aus europäischer Sicht, in G. Röss/T. Stein (Hrsg.), 1997, S. 12; W. Pühls, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, Diss., Berlin 1997, S. 277; A. Vollbrecht, Warenverkehrslenkung nach dem Außenwirtschaftsgesetz im Rahmen des europäischen Gemeinschaftsrechts, Diss., Heidelberg 1987, S. 197.

²³ Gröbblinghoff, S. 113; Heitzer, S. 165; U. Kathrein, Entwicklung innergemeinschaftlicher Sanktionen in der Europäischen Union, ÖJZ 1994, S. 785 (794); W. C. Pabsch, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, S. 179; U. Sieber, Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen, RSCDPC 1993, S. 249 (263); H.-M. Wolfgang/S. Ulrich, Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1998, S. 616 (628).

²⁴ D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 37; H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 188.

²⁵ Heitzer, S. 154; G. Nicolaysen, Der Gerichtshof – Funktion und Bewahrung der Judikative, EuR 1972, S. 375 (382); M. Zuleeg, Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97 (107).

²⁶ R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neuen Rechtsprechung internationaler Gerichte, S. 162.

²⁷ Umstritten ist nur noch, wie der Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Einzelnen zu begründen ist, vgl. dazu R. Streinz, Europarecht, Rn. 180 ff.

²⁸ Rs. 6/64 („Costa/ENEL“), in Slg. 1964, S. 1251 (1269 Rz. 9); Rs. 106/77 („Simmenthal-II“), in Slg. 1978, S. 629 (643, Rz. 17/18).

les Recht könnte nur unter der Voraussetzung geeignet sein, ungeschriebene Grenzen für die Anwendung europäischer Kompetenzgrundlagen zu statuieren, wenn sich aus der Gesamtheit oder einem Großteil der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ein allgemeines Grundprinzip des Europäischen Gemeinschaftsrechts herleiten ließe.²⁹ Die enge Verwandtschaft der Rechtsordnungen und der Aufbau des europäischen Gemeinschaftsrechts auf den nationalen Rechtssystemen rechtfertigen den bedeutenden Stand und die Existenz von allgemeinen Rechtsgrundsätzen.³⁰ Dieser Rechtsgedanke findet sich in Art. 288 II EG³¹ wieder und ist seit dem Amsterdamer Vertrag nun in Art. 6 II EU, in dem die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen Berücksichtigung finden, vorgesehen. Der Vertragsgesetzgeber hat an diesen Stellen des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts den Organen der EG den Auftrag erteilt, zum Zwecke der Schließung von Lücken des europäischen Rechts im Hinblick auf die Konkretisierung der Haftungsvoraussetzungen und den Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene diese Methode der Rechtsfindung zu berücksichtigen.

Die Einbeziehung mitgliedstaatlicher Überzeugungen in die Auslegung des Gemeinschaftsrechts setzte jedoch zunächst grundsätzlich voraus, dass allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts auch als Auslegungsinstrument anzuerkennen sind und die Deutung einer Ermächtigungsgrundlage des EG-Vertrages überhaupt beeinflussen können. Bedenken aus einer derartigen Methode zur Auslegung des Primärrechts werden seitens Teile des Schrifttums angemeldet. Vehement wird darauf hingewiesen, dass bei einer zu ausgedehnten Verwendung dieser Deutungsmethode „die Ebene juristischer Subsumtion verlassen wird“³² und ein vages Vorverständnis der Politik Eingang in die Auslegung von Kompetenzgrundlagen erfährt.³³ Äußerste Zurückhaltung sei bei der Deutung des Gemeinschaftsrechts anhand von allgemeinen Rechtsgrundsätzen geboten.³⁴ Es geht jedoch im Rahmen dieser Bearbeitung nicht darum, anhand von ungeschriebenem Gemeinschaftsrecht außervertragliches Recht zu setzen oder Vorschriften des Primärrechts abzuändern oder zu ignorieren. Es soll lediglich im Rahmen eines Interpretationsspielraumes gemeinschaftsrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen auf diese Prinzipien nachrangig zurückgegriffen werden und auf diesem Weg verhindert werden, dass ein Endergebnis gefunden wird, welches im Widerspruch zu diesen steht. Insofern scheint es weniger bedenklich, Grundprinzipien nur als systematisches Hilfsmittel zur Interpretation der Verträge heranzuziehen.³⁵ Übereinstimmend mit diesem Befund entspricht es inzwischen auch der gängigen Praxis des Europäischen Gerichtshofes, allgemeine Rechtsgrundsätze nicht nur zur Ausrichtung des Handelns der Organe der Gemeinschaft heranzuziehen,³⁶ wie es seit dem Amsterdamer Vertrag für den Grundrechtsbereich in Art. 6 II EU nun ausdrücklich normiert ist, sondern auch zur Auslegung von Primärrecht selbst.³⁷ In den letzten Jahrzehnten hat der Gerichtshof ein „dichtes Netz von allgemeinen Rechtsgrundsätzen“³⁸ zur Interpretation des Gemeinschaftsrechts gesponnen. Allgemeine Rechtsgrundsätze haben sich nach dieser Jurisdiktion zu einem „etablierten Rechtsfindungsinstrument“ entwickelt.³⁹ Auch das Schrifttum⁴⁰ setzt mehrheitlich

als selbstverständlich voraus, dass sich die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Grundsätze nicht nur auf Art. 6 II EU und Art. 288 II EG beschränkt, sondern ebenfalls tauglich ist, auch außerhalb dieser ausdrücklichen Erwähnung im EG/EU-Vertrag ungeschriebene Grenzen der Rechtsetzungskompetenzen im Gemeinschaftsrecht zu markieren. Ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht in Form von allgemeinen Rechtsgrundsätzen stellt nicht nur ein willkommenes Hilfsdeutungsmittel dar, auf das gegebenenfalls zurückgegriffen werden kann; eine Kontrolle der jeweils bevorzugten Interpretationsform durch einen abschließenden Vergleich des Ergebnisses mit den Prinzipien erscheint heutzutage vielmehr unverzichtbar und als eine Pflicht jedes Interpreten des Gemeinschaftsrechts. *Dorn*⁴¹ stellte zu Recht fest, dass

²⁹ R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neuen Rechtsprechung internationaler Gerichte, S. 162; A. Bleckmann, DÖV 1993, S. 837 (838); Dorn, Art. 235 EWGV, S. 76; M. Zuleeg, EuR 1969, S. 97 (107).

³⁰ J. Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Diss., Frankfurt a. M. u. a. 1997, S. 333.

³¹ Art. 288 II EG lautet:

„Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“ (Hervorheb. des Verf.).

³² F. W. Dorn, Art. 235 EWGV, S. 76.

³³ H.-J. Rabe, Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Diss., Hamburg 1963, S. 137.

³⁴ H. Lecheler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Berlin 1971, S. 41.

³⁵ R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neuen Rechtsprechung internationaler Gerichte, S. 161; C. Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, 1997, S. 183 ff.; Dorn, Art. 235 EWGV, S. 76; G. Ress, in G. S. Geck, S. 625 (640).

³⁶ S. Gröblichhoff, S. 115, erwähnt in diesem Zusammenhang vor allem die Anerkennung wesentlicher Grundrechte durch die Europäischen Gemeinschaft.

Seit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. 4/73 („Nold“) erkennt das Gericht eine Bindung des Handelns der Gemeinschaftsorgane an die Grundrechte an. Der Gerichtshof stellte trotz der Grundrechtslücke im Europäischen Gemeinschaftsrecht fest, dass keine Maßnahme rechtens sein könne, die gegen die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten garantierten Grundrechte verstoße.

³⁷ EuGH, Rs. 3/59 („Deutschland / J. Hohe Behörde“), in Slg. VI, S. 121 (139); EuGH, Rs. 13/61, („Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenboogerd“), in Slg. VIII, S. 97 (113); EuGH, Rs. 138/79 („Roquette Frère / J. Rat“), in Slg. 1980, S. 3333 (3360 Rz. 33), und Rs. 139/79 („Maizena / J. Rat“), in Slg. 1980, S. 3393 ff., Rz. 34; Rs. C-300/89, in Slg. 1991, I, S. 2867.

³⁸ J. Schwarze, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1986, S. 293 (295).

³⁹ S. Jacoby, Allgemeine Rechtsgrundsätze, Diss., Berlin 1997, S. 18.

⁴⁰ Anweiler, S. 333; J. Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, Towards a European Jurisprudence, S. 227; R. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neuen Rechtsprechung internationaler Gerichte, S. 161, A. Bleckmann, NJW 1982, S. 1177 (1179); A. Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 124 ff.; M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 60 f.; Gröblichhoff, S. 115; Heitzer, S. 154; H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, S. 24 ff.; G. Nicolaysen, EuR 1972, S. 375 (389); M. Zuleeg, EuR 1969, S. 97 (103; 108).

⁴¹ Art. 235 EWGV, S. 75.

Grundsätze des Gemeinschaftsrechts insbesondere zur ergänzenden Deutung weit gefasster primärrechtlicher Vertragsnormen geeignet sind.

In der Tat erschiene es kaum vorstellbar, dass nur die Übertragung einer Rechtsetzungskompetenz auf die Gemeinschaft dazu führte, dass sich eine Mehrheit von Mitgliedstaaten in dem Moment des Zuständigkeitswechsels von den Leitprinzipien der eigenen nationalen Verfassungen verabschiedet. Eine Auslegung, die sich fernab von wesentlichen Grundüberzeugungen und Leitlinien der mitgliedstaatlichen Verfassungen bewegt, hätte jedoch eben diese Wirkung. Interpretationen können aber keine Wirkung entfalten, die mitgliedstaatlichen Verfassungsgrundsätzen diametral entgegenstehen. Eine zwangsläufige Aufgabe wesentlicher einzelstaatlicher Prinzipien bei der Übertragung von Kompetenzen auf die EG würde sich aus dem Blickwinkel der mitgliedstaatlichen Verfassungen verbieten. Betrachtet man allein die deutsche Rechtslage, die sich in vergleichbarer Form auch in den Verfassungen der übrigen Mitgliedstaaten wiederfindet,⁴² so gebietet Art. 23 I 1 GG, dass auch nach einer Kompetenzübertragung die wesentlichen Grundsätze wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Föderalismus und Subsidiarität im Rechtssystem der Europäischen Union gewährleistet werden müssen.

Insofern muss bei der Deutung einer Vertragsnorm, die mehrere Auslegungsvarianten eröffnet, derjenigen Interpretation der Vorzug gegeben werden, „die mit den allgemeinen (...) Rechtsgrundsätzen, Grundgedanken und Grundprinzipien am besten in Einklang zu bringen ist“⁴³. Es verbietet sich ein Verständnis einer Kompetenzgrundlage, die die Grundprinzipien in ihr Gegenteil verkehren würde und gar außer Kraft setzt.⁴⁴ Insofern müssen allgemeine Rechtsgrundsätze bei der Interpretation des EG-Rechts berücksichtigt werden. Eine entgegengesetzte Annahme würde in der Praxis dazu führen, dass die EG-Staaten jegliche weitere Kompetenzabtretung an die Gemeinschaft verweigerten.⁴⁵

Die eigentliche Problematik besteht vor diesem Hintergrund mittlerweile wohl nicht in der Verwendung der allgemeinen Grundprinzipien zur Auslegung, sondern in der Ermittlung des konkreten Inhaltes der allgemeinen Grundsätze. Um sich nicht mit dem Vorwurf konfrontieren zu lassen, von falschen Grundvoraussetzungen bei der Interpretation eines Artikels auszugehen, ist insofern besondere Sorgfalt bei der Untersuchung der Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts geboten. Lassen sich gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten kaum und nur mit erheblichen Vorbehalten entwickeln, so schiebe eine Heranziehung dieses „Grundprinzips“ von vornherein aus. Insofern ist sinnvoller Weise deutlich zwischen einer „politischen Wunschvorstellung“⁴⁶ und einer gemeinschaftlichen Auslegungsmethode zu unterscheiden.

Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz „*nulla poena sine lege parlamentaria*“ müsste dahin gehen, dass nur das Europäische Parlament als direkt gewählte Institution Strafgesetze erlassen kann oder wenigstens ausreichend an seinem Erlass zu beteiligen ist. Insofern soll zunächst geprüft werden, ob die Verfassungsprinzipien der Mitgliedstaaten diese Überlegung

mehrheitlich tragen und anschließend, ob die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsländer auf die europäische Ebene transferiert werden können.

III. Die Ermittlung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsländer zwecks Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze

Zur Stützung des Erfordernisses eines Gesetzes durch das Parlament selbst beruft man sich auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsprinzipien,⁴⁷ die im Wege der Rechtsvergleichung ermittelt werden.⁴⁸ Sämtliche mitgliedstaatliche Verfassungen enthalten eine Verankerung des demokratischen Prinzips.⁴⁹ Demokratie darf jedoch nicht gleichgesetzt werden mit Parlamentarismus.⁵⁰ Insofern ist aus der Garantie des Demokratiegrundsatzes nicht unmittelbar auf einen totalen Parlamentsvorbehalt zu schließen.

Auch in Deutschland, das die schärfsten Anforderungen bei der Delegation der originär kompetenten Rechtsetzenden an die vollziehende Gewalt im europäischen Vergleich besitzt, ist eine Normgebung der Exekutive nicht *per se* ausgeschlossen. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte „Wesentlichkeitstheorie“ betrifft nicht nur die Frage, ob überhaupt eine gesetzliche Regelung in grundlegenden normativen Bereichen, z.B. bei Vorliegen eines Grundrechtsbezugs, erforderlich ist.⁵¹ Die Rechtsprechung lässt sich auch auf die Frage der Delegationsmöglichkeit der Legislative auf die Exekutive gem. Art. 80 I GG anwenden.⁵² Dies hat die Konsequenz, dass bestimmte wesentliche Regelungsbereiche von einer Rechtsetzung durch die vollziehende Gewalt ausgeschlossen sind.⁵³ Jedenfalls sind im Rahmen des Art. 80 I GG umso größere Anforderungen an die Festlegung des Inhalts,

⁴² C. D. Classen, in v. H. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Bonner Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 20–78, 4. Auflage, München 2000, Art. 23 GG, vor Rn. 1.

⁴³ F. W. Dorn, Art. 235 EWGV, S. 75.

⁴⁴ F. W. Dorn, Art. 235 EWGV, S. 75.

⁴⁵ B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied 1999, Art. 23 GG, Rn. 6.

⁴⁶ F. W. Dorn, Art. 235 EWGV, S. 76.

⁴⁷ A. Bernardi, Vers une européanisation du droit pénal des affaires? Limites et perspectives d'un ius commune criminale, RDPC 1997, S. 405 (413).

⁴⁸ Anweiler, S. 334; A. Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 124 ff.; F. W. Dorn, Art. 235 EWGV, S. 72; Jacoby, S. 18; H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, S. 30; K. M. Meessen, Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JIR 1974, S. 283 (301); P. Meyer, Jura 1994, S. 455 (458); G. Nicolaysen, EuR 1972, S. 375 (383).

⁴⁹ B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 GG, Rn. 6.

⁵⁰ D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 37; H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 188.

⁵¹ BVerfGE 40, S. 237 (248 f.); 47, S. 46 (78 f.); 49, S. 89, 116 f.); 57, S. 295 (320 f.); 58, S. 257 (268 f.); dazu J. Ipsen, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl. 1984, S. 1102 (1105).

⁵² BVerfGE 68, S. 1 (109); 33, S. 125 (160). W. Krebs, Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979, S. 304; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 14. Auflage, 1998, Rn. 287.

⁵³ Th. v. Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers, 1989, S. 80; Gröbblinghoff, S. 120.

des Zwecks und des Ausmaßes durch die Gesetzesermächtigung zu stellen, je grundlegender die zu normierenden Vorschriften sind. Solange diesen strikten Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 I GG nicht entsprochen wird, besteht für intensiv wirkende Normen, wie solche des Strafrechts, ein Parlamentsvorbehalt. Insofern ist in Deutschland eine Kompetenzübertragung an die Exekutive nur in extrem eng gehaltenen Grenzen möglich.⁵⁴

Anderen europäischen Verfassungen sind diese äußerst engen Grenzen für die Rechtsetzung durch die Exekutive eher fremd. Viele EG-Staaten lassen eine Delegation zum Erlass von Strafgesetzen vom Parlament auf die Exekutive in breiterem Maße als im deutschen Grundgesetz zu. Dies kann allerdings nichts an den folgenden, von den rechtsvergleichenden Untersuchungen⁵⁵ gefundenen, weit gehend übereinstimmenden Ergebnissen ändern: Die Mehrheit der Mitgliedsländer hält für Kriminalstrafgesetze, falls sie nicht schon ein parlamentarisches Gesetz fordert, so doch immerhin eine ausreichende „*inhaltliche Einflussmöglichkeit der Parlamente*“⁵⁶ zur Regelung dieser Materie für erforderlich.⁵⁷ Darin stimmen die Analysen von Gröblichhoff⁵⁸, Heitzer⁵⁹ und Moll⁶⁰, die die innerstaatlichen Rechtsordnungen im Hinblick auf das Bestehen eines strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes untersuchten, überein. Wenn das unmittelbar für strafrechtliche Belange zuständige Parlament die strafrechtliche Regelung ausnahmsweise nicht selbst trifft, so soll nach den übereinstimmenden verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsabläufen der Mitgliedstaaten das Volksvertretungsorgan aber zumindest eine Dispositionsbefugnis dahin gehend besitzen, dass es selbst über den Umfang der Weiterleitung und den Inhalt der Vorschrift bestimmen darf.⁶¹ Aufgrund der übereinstimmenden Ergebnisse kann an dieser Stelle auf eine wiederholte umfangreiche Begutachtung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen der EG-Staaten nicht nur verzichtet werden. Die verfassungsvergleichenden Untersuchungen können aufgrund ihrer nahezu einhellig gefundenen Ergebnisse auch als Arbeitsgrundlage für die Erforschung der Frage nach dem Bestehen eines gemeinschaftlichen „*nulla poena sine lege parlamentaria*“-Grundsatzes herangezogen werden.

Zusammenfassend besitzen die Mitgliedstaaten mithin mehrheitlich das Verfassungsprinzip, dass Kriminalstrafgesetze nur durch ein Gesetz des Parlaments selbst oder nachdem dasselbe im Vorhinein inhaltlich ausreichend darauf einwirken konnte, beschlossen werden können.

IV. Die Frage der Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes „*nulla poena sine lege parlamentaria*“ zur einschränkenden Auslegung von Ermächtigungsgrundlagen

Die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verlangt jedoch mehr als die Feststellung eines einheitlichen Umgangs mit einer bestimmten Rechtsmaterie in mehreren Rechtsordnungen der EG-Staaten. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsländer führen nicht zwingend zur Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.⁶² Auch wenn die Meinungen nicht zuletzt aufgrund der un- deutlichen Stellungnahmen des Europäischen Gerichtshofes

zur Methode der Aufstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze auseinandergehen,⁶³ was man vor allem auf die „*apodiktische Kürze der Urteile*“⁶⁴ zurückführen muss, ist zu fordern, dass sich der durch einen Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ermittelte Grundsatz des strafrechtlichen Parlamentsvorbehaltes auch auf die supranationale Ebene transferieren lässt.⁶⁵ Dabei muss er sich in die Ziele und Strukturen der Gemeinschaft einfügen.⁶⁶

Die Frage, ob der viele Verfassungen der Mitgliedstaaten prägende Grundsatz, dass strafrechtliche Entscheidungen den unmittelbar gewählten einzelstaatlichen Parlamenten vorbehalten sind, auf das europäische Gemeinschaftsrecht übertragen werden darf, wird unterschiedlich beantwortet.

I. Ansicht: Die Ablehnung der Übertragbarkeit des Grundsatzes des strafrechtlichen Parlamentsvorbehalts auf die europäische Ebene zur einschränkenden Auslegung von Kompetenznormen

Der Annahme eines, aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsprinzipien resultierenden, allgemeinen Rechtsgrund-

⁵⁴ Gröblichhoff, S. 120 f.

⁵⁵ Vgl. zu den ausführlichen Untersuchungen über die Existenz eines Grundsatzes „*nulla poena sine lege parlamentaria*“: Gröblichhoff, S. 118 ff.; Heitzer, S. 158 ff.; D. Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? Eine Untersuchung zur strafrechtskonstituierenden Wirkung des EG-Rechts unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Blankettverweisungen, Diss., Göttingen 1998, S. 247 ff.

⁵⁶ Gröblichhoff, S. 125.

⁵⁷ Moll, S. 257, 270; Musil, NSTZ 2000, S. 68 (70).

⁵⁸ Gröblichhoff, S. 118 ff. erzielt sein Ergebnis durch Vergleich der deutschen, französischen und englischen Anschauungen.

⁵⁹ Die Rechtsordnungen Deutschlands, Italiens, Österreichs, Portugals, Frankreichs und Spaniens bezieht Heitzer, S. 158 ff., in ihre vergleichende Studie ein.

⁶⁰ Moll, S. 247 ff., erzielt dasselbe Ergebnis durch einen Einblick in die deutschen, englischen, italienischen, französischen, spanischen, portugiesischen und griechischen strafrechtlichen Gesetzgebungstechniken.

⁶¹ Gröblichhoff, S. 125; Heitzer, S. 160; Moll, S. 259.

⁶² W. Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1996, S. 77.

⁶³ A. Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 126; Jacoby, S. 257; H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, S. 29 f.; K. M. Meessen, Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JIR 1974, S. 283 (286).

Exemplarisch können dafür die Urteile in den Rechtssachen „Internationale Handelsgesellschaft“ (Rs. 11/70, in Slg. 1970, S. 1125 [1137 f.]) und „Fédération Charbonnière de Belgique“ (Rs. 8/55, in Slg. 1955/56, S. 197 [311]) angeführt werden. Ohne eine rechtsvergleichende Analyse vorzunehmen, stellte der EuGH hier als Ergebnis fest, dass von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz auszugehen wäre (es ging hier um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit), wie er diesen hergeleitet hat und welchem Umstand er die Grundsätze entnimmt, bleibt dagegen leider offen. Das methodische Ungenügen vieler Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes bedauert insofern auch Anweiler, S. 353 f.

⁶⁴ A. Wehlau, Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zur Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht, Diss., Hamburg 1996, S. 30. Ähnlich K. Borgsmidt, Der Generalanwalt beim Gerichtshof und einige vergleichbare Institutionen, EuR 1987, S. 162 (164).

⁶⁵ Gröblichhoff, S. 119; Heitzer, S. 160.

⁶⁶ A. Bleckmann, Methoden der Bildung europäischen Verwaltungsrechts, DÖV 1993, S. 837 (838); A. Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 124 ff.; Nicolaysen, EuR 1972, S. 375 (383).

satzes im Gemeinschaftsrecht, der darin bestehen soll, dass nur ein Organ, das die Bürger unmittelbar repräsentiert, zum Erlass straf- oder strafähnlicher Rechtsvorschriften befugt sei, wird teilweise entgegen gehalten, die „staatliche Maßnahme“⁶⁷ könne nicht auf eine supranationale Einrichtung übertragen werden. Das Europäische Parlament könne nicht ohne weiteres mit der rechtlichen Stellung nationaler Parlamente verglichen werden.⁶⁸ Ein allgemeiner Grundsatz „*nullum crimen sine lege parlamentaria*“ entfalte schon deshalb auf EG-Ebene keine Geltung, weil Parlamente in den Mitgliedstaaten und in der EG unterschiedliche Funktionen hätten.⁶⁹ In einer Staatengemeinschaft würde die Rechtsetzung stets von einem Organ mit Regierungsmitgliedern der Nationalstaaten (in der Europäischen Gemeinschaft: der Rat) ausgeübt, so dass auf EG-Ebene „*nicht so strenge Anforderungen*“⁷⁰ an die demokratische Legitimation zu stellen seien.⁷¹ Es müssten die Besonderheiten der gemeinschaftlichen Struktur berücksichtigt werden.⁷² Zwar wird konzediert, dass ein „*bestimmtes Legitimationsniveau*“ auch in der EG bestehen müsse, dieses sei aber grundsätzlich – wie in der sog. „Maastricht-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts anerkannt⁷³ – vorhanden. Rat, Europäisches Parlament und Kommission würden, wenn auch z.T. mittelbar, einen ausreichenden Legitimationsstrang vorweisen.⁷⁴ Die Stimmen, die aufgrund des demokratischen Defizits Kompetenzgrundlagen im EG-Vertrag einschränkend auslegen wollen, verlören vor dem Hintergrund an Gewicht, dass die in diesem Vertrag vorgesehenen Ermächtigungsgrundlagen schließlich von den nationalen Parlamenten ratifiziert worden seien und diese insofern das Defizit ignoriert hätten.⁷⁵ Ferner ist es für viele nicht verständlich, warum gerade für den Kompetenzbereich des Strafrechts so „*überspannte*“ Legitimationsanforderungen zu stellen seien, da das Defizit „*über diesen Bereich hinausreiche*“⁷⁶. Den dann konsequenten Schritt, eine Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinschaft ganz abzulehnen, würde man aber nicht gehen.⁷⁷

2. Ansicht: Die Notwendigkeit des Transfers eines entsprechenden mitgliedstaatlichen Verfassungsprinzips auf die europäische Ebene

Nach anderer Meinung muss das mitgliedstaatliche Verfassungsprinzip auf die europäische Ebene transferiert werden. Der ersten Meinung ist zunächst entgegenzuhalten, dass die hohen Anforderungen an eine demokratische Legitimation für strafrechtliche Maßnahmen sich zunächst damit erklären, dass die möglichen Rechtsfolgen (Freiheits- und Geldstrafen) nun einmal die gravierendsten Eingriffe der öffentlichen Gewalt darstellen. Demnach erscheint die besondere Vorsicht gegenüber der Rechtsmaterie des Strafrechts gerechtfertigt. Das demokratische Defizit allein aus der Erwägung, dass die Mitgliedstaaten dem EG-Vertrag schließlich zugestimmt hätten, als behoben anzusehen, läuft auf einen Zirkelschluss hinaus, da ja gerade gefragt wird, ob strafrechtliche Rechtsakte, die auf Ermächtigungsgrundlagen des ratifizierten EG-Vertrages beruhen könnten, ausreichend demokratisch legitimiert werden.

Richtig ist, dass beschlussfassende Organe in völkerrechtlich geprägten Staatenverbindungen regelmäßig aus Staatenver-

tretern bestehen.⁷⁸ Insofern werden Rechtsakte internationaler Organisationen von Natur aus eher mittelbar demokratisch legitimiert. Die Europäische Gemeinschaft hebt sich jedoch gerade von gewöhnlichen übernationalen Organisationen ab.⁷⁹ Allein mit dieser Argumentation würde man zudem

⁶⁷ R. Streinz, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, DVBl. 1990, S. 949 (961).

⁶⁸ H. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (b).

⁶⁹ Heitzer, S. 162.

⁷⁰ Böse, S. 91.

⁷¹ H. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (b); Streinz, Die demokratische Legitimation der Europäischen Gemeinschaft nach dem Vertrag von Maastricht und ihre Bedeutung für deren Sanktionskompetenzen, S. 219 (222).

⁷² H.-P. Ipsen, Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in Badura, Peter, (Hrsg.); Festschrift für Lerche, Peter; Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, S. 425 (438); V. Neßler, Deutsche und Europäische Parteien, EuGRZ 1998, S. 191 (195); A. Rummer, Die Europäische Union nach Amsterdam – Demokratie als Verfassungssprinzip der EU? ZEuS 1999, S. 249 (279).

⁷³ BVerfGE 89, S. 155 (182).

⁷⁴ Heitzer, S. 163; E. Pache, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Diss., Berlin 1994; S. 341; ähnlich W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, Berlin 1995, S. 87; H. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (b). und R. Streinz, in G. Dannecker (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der EU, S. 219 (225), die nur von einer doppelten Legitimationsbasis sprechen.

⁷⁵ Böse, S. 91; Pache, S. 341; C. Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, S. 125.

⁷⁶ Pache, S. 341.

⁷⁷ I. Appel, Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Überwachung und sanktionsrechtlichen Ausgestaltung des Lebensmittelrechts, in G. Dannecker (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union, Köln 1994, S. 165 (186); Pache, S. 341. Ders., S. 342 hält eine Kompetenz der EG auf dem Gebiet des Strafrechts zwar grundsätzlich für möglich, plädiert jedoch auf Akzeptanzgesichtspunkten für eine freiwillige „*Selbstbeschränkung der Gemeinschaften*“ auf eine Angleichung der nationalen Strafrechtsordnungen.

⁷⁸ A. Bleckmann, Teleologische und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, S. 239 (242); P. Fischer/H. F. Köck, Europarecht einschließlich des Rechts supranationaler Organisationen, 3. Auflage, 1997, S. 406.

⁷⁹ Entgegen der bundesstaatlichen Sichtweise (C. F. Ophüls, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 1962, S. 136 (166 Fn. 38); M. Lagrange, Die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZHR 1962, S. 88 [109]), die die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaften als bundesstaatlich oder jedenfalls bundesstaats-ähnlich beurteilt, und der völkerrechtlichen Sicht (R. Scholz, „Zu früh für eine Verfassung“, in: Die Welt v. 19.02.1999; I. Seidl-Hohenveldern, Das Recht internationaler Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 5. Auflage, 1992, S. 6; R. Streinz, Europarecht, 4. Auflage, 1999, Rn. 113), nach der die Gemeinschaften besondere internationale Organisationen sind, hat sich eine gemeinschaftsautonome Ansicht herausgebildet. Diese Meinung, der sich der EuGH sehr früh angeschlossen hat (EuGH, Rs. 26/62 („van Gent & Loos“), in Slg. 1963, S. 1; EuGH, Rs. 6/64 („Costa/ENEL“), in Slg. 1964, S. 1251), betrachtet die Europäischen Gemeinschaften als eine Staatenverbindung „*sui generis*“ (Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 13; H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, S. 41). Die Bezeichnung verfolgt den Zweck der Abgrenzung gegenüber „herkömmlichen internationalen Organisationen“ (Streinz, Europarecht, Rn. 115; ähnlich Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, S. 13 ff.; H. Lecheler, „Supranationalität“ der Europäischen Gemeinschaften – Rechtliche Beschreibung oder unverbindliche Leerformel? JuS 1974, S. 7 (10); M. Zuleeg, Integration, 1988, S. 103 [109]). Dieser gemeinschaftsrechtlich autonomen Sichtweise hat sich auch das Bundesverfassungsgericht 1967 angeschlossen und führte aus, die Gemeinschaft sei kein Staat, Staatenbund oder Bundesstaat (BVerfGE 22, S. 293 [296]).

immer länger werdende, indirektere und schwerer nachvollziehbare Legitimationsketten akzeptieren und somit leichtfertig Abschied nehmen vom eigentlichen Gedanken der Volkssouveränität, die als eines der herausragenden und bedeutsamen Güter der europäischen Kultur anzusehen ist. Ferner steuerte die genannte Argumentation bei Übertragung eines vormals nationalen Hoheitsrechts auf die Gemeinschaft zwangsläufig daraufhin, dass sich die grundlegenden demokratischen Überzeugungen, die in den Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten vorzufinden sind, auf Gemeinschaftsebene nicht mehr wiederfinden würden. Aus der „Volksherrschaft“ nach der mitgliedstaatlichen Überzeugung resultiere das Erfordernis des zunehmenden Ausmaßes demokratischer Legitimation bei intensiver wirkenden Rechtsnormen.⁸⁰ Eine Hoheitsübertragung an die Europäische Gemeinschaft wäre für die Mitgliedstaaten deshalb mit einer Einbuße des Verfassungsprinzips der Demokratie verbunden,⁸¹ wenn noch so streng eingreifende, freiheitsbeschränkende Normen nur indirekt und auf kaum nachvollziehbaren Wegen vom Volke legitimiert würden. Dies würde aber allein schon den nationalen Verfassungsnormen, die die Übertragung von Hoheitsrechten unter der Voraussetzung der Bewahrung wesentlicher demokratischer Grundsätze zulassen, zuwiderlaufen. Insofern muss sich die demokratische Prämisse, die eine parallel zu der Eingriffsintensität der Normen zunehmende demokratische Legitimation gebietet, auf europäischer Ebene wiederfinden.⁸² Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der unter Missachtung der demokratischen Grundsätze zu Stande gekommene Rechtsakt in den Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung mehr entfaltet – ein Risiko, welches die Organe der Europäischen Gemeinschaft nicht eingehen würden.

Seit dem Vertrag von Maastricht nimmt Art. F I EUV⁸³ auf diesen, die Verfassungen der Mitgliedstaaten prägenden Grundsatz der Demokratie, Bezug. Gleichwohl enthielt die Bestimmung des Unionsrechts keine direkte oder indirekte Aussage über die Bindung der Europäischen Union an die demokratischen Grundsätze.⁸⁴ Letztere sind erst durch Art. 6 I EU der Amsterdamer Fassung zum Prinzip der Europäischen Union selbst erklärt worden. Daneben bekennt die Europäische Union auch im 5. Erwägungsgrund der Präambel zum EU-Vertrag: „*In dem Wunsch, Demokratie (...) in der Arbeit der Organe weiter zu stärken...*“. Zwar kann aus einem allgemeinen Grundsatz der Demokratie nicht unmittelbar auf das Bestehen eines „*allumfassenden Parlamentsvorbehalts*“⁸⁵ und damit auch auf einen Vorbehalt strafrechtlicher Gesetze zu Gunsten des Europäischen Parlaments geschlossen werden. Berücksichtigt man jedoch, dass die Union seit dem Maastricht-Vertrag das Demokratieprinzip, wie es die Regierungssysteme der Mitgliedstaaten prägt, sowohl achtet als auch zur Ausrichtung seines eigenen Handelns erklärt, so ergibt sich gleichwohl eine zumindest mittelbare Verknüpfung der Grundsätze: Sieht man den Grundgedanken des Demokratieprinzips in den Mitgliedstaaten darin, dass nicht nur generell die Volksherrschaft durch einen nachweisbaren Legitimationsstrang sicherzustellen ist, sondern zudem das Ausmaß demokratischer Legitimation proportional zur Intensität der Rechtsnormen zuzunehmen hat,⁸⁶ so ergeben sich aus dem Demokratieprinzip mittelbare Rückschlüsse

auf die Beantwortung der Frage, welches Ausmaß an demokratischer Legitimierung bei bestimmten hoheitlichen Eingriffen sicherzustellen ist. Handelt es sich um Gesetze, die an Eingriffsschärfe kaum zu überbieten sind, so ist eine ausreichende Legitimation des hoheitlichen Handelns vom Volke nur direkt abzuleiten. Es kann insofern nur ein direkt gewähltes Organ für die Statuierung derartiger Rechtsakte zuständig sein. Demnach ergäbe sich für kriminalstrafrechtliche Vorschriften das Erfordernis einer unmittelbaren demokratischen Legitimierung, die auf europäischer Ebene nur durch das Europäische Parlament denkbar ist.

Der Europäische Gerichtshof hat einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des strafrechtlichen Parlamentsvorbehalts (bisher noch nicht ausgesprochen. Mit der Rechtsprechung in den sog. „Isoglukosefällen“⁸⁷ hat der Gerichtshof allerdings den allgemeinen Grundsatz der Demokratie im Europäischen Gemeinschaftsrecht anerkannt.⁸⁸ Anlass zu der Entscheidung hatte eine nicht ordnungsgemäße Anhörung des Europäischen Parlaments gegeben. Diese Judikatur hat der EuGH in seiner „Titandioxid-Entscheidung“⁸⁹ fortgeführt. Das Urteil förderte den Gedanken des Erfordernisses einer möglichst umfassenden Beteiligung des Europäischen Parlaments und betonte, die Beteiligung des Europäischen Parlaments spiegele „*auf Gemeinschaftsebene ein grundlegendes demokratisches Prinzip wieder, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind*“⁹⁰. Zuletzt hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft in den verbundenen Rechtssachen C-164/97 und C-165/97 ausgeführt, dass bei zwei grundsätzlich in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen die „*demokratiefreundlichste Kompetenzgrundlage*“ anwendbar sei, also diejenige, die das Europäische Parlament am meisten beteiligt.⁹¹ Während der Rat zwei Änderungsverordnungen

⁸⁰ Dorn, Art. 235 EWGV, S. 78.

⁸¹ *Id.* S. 77.

⁸² H. D. Jarass, in *ders./B. Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München 1995, Art. 23 Rn. 12.

⁸³ Art. F I EUV lautet: „*Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen.*“

⁸⁴ M. Hilf, in E. Grabitz/M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, München 2000, Art. F, Rn. 13.

⁸⁵ BVerfGE 49, S. 89 (125 f.); 68, S. 1 (87).

⁸⁶ Dorn, Art. 235 EWGV, S. 78.

⁸⁷ Rs. 138/79 („Roquette Frère J. Rat“), in Slg. 1980, S. 3333 (3360 Rz. 33), und Rs. 139/79 („Maizena J. Rat“), in Slg. 1980, S. 3393 ff., Rz. 34.

⁸⁸ Gröbblinghoff, S. 116; G. Ress, in G. S. Geck, S. 625 (648); M. Zuleeg, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, in W. Blomeyer u.a. (Hrsg.), Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 9 (26). Zur Anerkennung des Grundsatzes der Demokratie im Gemeinschaftsrecht näher: Dorn, Art. 235 EWGV, S. 77 f.; G. Ress, in G. S. Geck, S. 625 (640).

⁸⁹ EuGH, Rs. C-300/89, in Slg. 1991, I-2867 (2900 f., Rz. 20).

⁹⁰ EuGH, Rs. C-300/89, in Slg. 1991, I-2867 ff. = JZ 1992, S. 578 f. Dazu U. Everling, Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof, EuR 1991, S. 179 ff.

⁹¹ EuGH („Parlament J. Rat“), in NVwZ 1999, S. 1212 (1213 Rz. 14); dazu M. Burgi, Kernfragen des Europarechts in der Rechtsprechung von EuGH und EuG im Jahre 1999, JZ 2000, S. 979 (981); C. Calliess, Anm. zum Urteil des EuGH in der verb. Rs. C-164/97, C-165/97, ZUR 1999, S. 224 f.

gen zum Schutz der Umwelt auf Art. 43 EGV gestützt hatte, plädierte das Europäische Parlament für die Heranziehung einer Ermächtigungsgrundlage, die zur Anwendung des Zusammenarbeitsverfahrens führt, also eines Rechtsetzungsverfahrens, welches das Parlament im Verhältnis zum bloßen Anhörungsrecht wesentlich stärker beteiligt.⁹²

Wenn der Europäische Gerichtshof aus rein demokratischen Erwägungen in der verbundenen Rechtssache („Parlament ./ Rat“) bei sich partiell überschneidenden Kompetenznormen jeweils das Entscheidungsverfahren, das für das Volksvertretungsorgan auf europäischer Ebene günstiger ist, für einschlägig erachtet, so scheint es nach der Ansicht des EuGH in der Konsequenz des Demokratieprinzips zu liegen, dass ein bestimmtes Beteiligungsrecht dieses Rechtsetzungsorgans in einzelnen Fällen zu gewährleisten ist. Bei sich teilweise deckenden Kompetenzgrundlagen gibt sich der Gerichtshof nicht mit einem Mindestmaß demokratischer Legitimierung von Rechtsakten durch das jeweils schwächere Mitwirkungsrecht des Europäischen Parlaments zufrieden, sondern wendet stets das demokratischere Verfahren an. Für den gemeinschaftsrechtlichen Umweltschutz hält der Europäische Gerichtshof demnach die hinreichende Mitwirkung eines speziellen EG-Organs für notwendig, um der Norm die erforderliche demokratische Legitimität zu verleihen. Genau diese Sichtweise ist wesentlicher Inhalt des „*nullum crimen sine lege parlamentaria*“-Prinzips.

Im Grundsatz hat der EuGH hier das Erfordernis besonders hochgesteckter demokratischer Anforderungen, die in einer umfassenden Mitwirkungsbefugnis einer unmittelbar legitimierten europäischen Institution bei der Rechtsetzung bestehen, anerkannt. Für bestimmte Politikbereiche lässt der Gerichtshof nicht mehr das Zustandekommen eines Rechtsaktes ohne das Veto einer direkt gewählten Einrichtung zu. Der Erlass eines supranationalen Rechtsaktes durch eine allenfalls indirekt demokratisch legitimierte Institution erscheint dem Gerichtshof nicht mehr für alle Gebiete des europäischen Rechts auszureichen. Auf EG-Ebene gelten insofern nach jüngster Rechtsprechung des EuGH vergleichbar strenge Anforderungen an die demokratische Legitimation wie auf nationaler Ebene.

Aus der Anerkennung des Demokratieprinzips als „Strukturelement des Gemeinschaftsrechts“⁹³ hat der Gerichtshof insofern bereits bei Kompetenzabgrenzungen im supranationalen Umweltrecht abgeleitet, dass für bestimmte Materien der Rechtsetzung ein Parlamentsvorbehalt existiert.

Zwingende Folge dieser Judikatur ist die einschränkende Auslegung bestimmter Kompetenzgrundlagen im EG-Vertrag aufgrund des demokratischen Prinzips. Erachtet der Gerichtshof für einzelne Bereiche des supranationalen Rechts die möglichst weit gehende Mitwirkung des Parlaments für unbedingt notwendig, so liegt die weitere Konsequenz dieser Rechtsprechung in der mangelnden Kompetenz der Gemeinschaft für bestimmte Regelungen, die aufgrund der Zuordnung eines Artikels eines Politikbereichs zu einem gemeinschaftlichen Rechtsetzungsverfahren die Beteiligung des gewählten Organs der EG nicht ausreichend stark gewährleis-

ten. Insofern bestehen zwischen „horizontalen und vertikalen Kompetenzkonflikten“ Interdependenzen. In dem Falle, dass nur ein bestimmtes Gemeinschaftsorgan durch Wahl einer bestimmten Kompetenzgrundlage das demokratische Prinzip wahren kann, ist dieses Beteiligungsrecht anzuwenden. Reichen für eine bestimmte Materie im Hinblick auf demokratische Gesichtspunkte aber keine der vorgesehenen Mitwirkungsbefugnisse zur hinreichenden Beteiligung einer gewählten Einrichtung aus, so ist die Europäische Gemeinschaft insgesamt für dieses Gebiet unzuständig.

Beeinträchtigt die Anwendung eines bestimmten Legislativverfahrens den Grundsatz der Demokratie, so scheidet die Verabschiedung einer Norm auf Grundlage dieser Ermächtigungsgrundlage aus. Auszuschließen ist dabei keineswegs, dass selbst das Mitentscheidungsverfahren, das das Europäische Parlament am stärksten einbezieht, das Demokratieprinzip beeinträchtigt. In diesem Fall könnte keine der derzeit vorhandenen Kompetenzgrundlagen im EG-Vertrag dem für erforderlich gehaltenen Mindestmaß an demokratischer Legitimation Genüge tun. Die Suche nach der richtigen Kompetenzgrundlage für bestimmte Vorschriften ist vor diesem Hintergrund stets mit der Frage verbunden, ob den Bestimmungen eine ausreichende demokratische Legitimation zugrunde liegt.

Dagegen findet sich in der Jurisdiktion des Gerichtshofs noch keine Aussage, die auf eine Pflicht zur Beteiligung des Europäischen Parlaments für den Bereich des Strafrechts hindeutet.⁹⁴ Auch in der Rechtsprechung zur Rechtssache C-240/90 („Deutschland ./ Kommission“) hat der Europäische Gerichtshof im Gegensatz zu den Ausführungen der deutschen Bundesregierung⁹⁵ einen Entscheidungsvorbehalt von Sanktionsbestimmungen zu Gunsten der Legislative abgelehnt.⁹⁶ Allerdings hatte das Gericht noch nie über die Anforderungen demokratischer Legitimation bei klassischem Kriminalstrafrecht zu entscheiden. Auch im „Deutschland./ Kommission“-Urteil ging es „nur“ um nicht-strafrechtliche Sanktionen, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass das Gericht im ersten Fall andere Anforderungen stellt. Die bisherige Rechtsprechung spricht damit nicht gegen eine Anerkennung einer grundsätzlichen Zuständigkeit eines Organs, das

⁹² Ein sog. „horizontaler Kompetenzkonflikt“, bei dem unstreitig eine Zuständigkeit der Organe der EG besteht, nur die Wahl der konkret einschlägigen Kompetenzgrundlage die Schwierigkeit darstellt (dazu und zur Abgrenzung zu den vertikalen Konflikten: *M. Burgi*, Kernfragen des Europarechts in der Rechtsprechung von EuGH und EuG im Jahre 1999, JZ 2000, S. 979 [981]), beschäftigte den EuGH auch in der Rs. C-42/97, in Slg. 1999, I-869 ff. Im Gegensatz zu seinen Entscheidungen in den „Iso-glukosefällen“, „Titandioxid“ sowie „Parlament ./ Rat“ sah der Gerichtshof hier allerdings in der Wahl der Ermächtigungsnorm des Art. 130 EGV keinen Fehler des Rates und wies die Klage des Europäischen Parlaments ab.

⁹³ *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 126.

⁹⁴ *Heitzer*, S. 157.

⁹⁵ Rs. C-240/90 („Deutschland ./ Kommission“), in Slg. 1992, I 5383 (5400).

⁹⁶ Rs. C-240/90 („Deutschland ./ Kommission“), in Slg. 1992, I 5383 (5433, Rz. 35 ff.).

den Bürger unmittelbar repräsentiert, für schärfste öffentlich-rechtliche Machtmittel.

3. Zwischenergebnis

Der durch Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ermittelte Grundsatz des Erfordernisses eines Parlamentsvorbehaltes für Strafgesetze steht zusammenfassend den Strukturen bzw. Absichten der Europäischen Gemeinschaft nicht entgegen. Demokratische Überlegungen zwingen sogar dazu, von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts des Inhalts auszugehen, dass mit der zunehmenden Intensität eines Rechtsaktes auch das Ausmaß der demokratischen Legitimierung anzusteigen hat. Für eine Kompetenz zur Normierung von Kriminalstrafrecht und damit von Bestimmungen, die die Spitze der Eingriffsschwere darstellen, hat dies unmittelbar zur Folge, dass nur ein die europäischen Bürger unmittelbar repräsentierendes, selbst den Grunderfordernissen der Demokratie genügendes Organ befugt sein kann, dahin gehende Rechtsakte zu statuieren. Es besteht also ein ungeschriebener „*nulla poena sine lege parlamentaria*“-Grundsatz des Inhalts, dass Kriminalstrafgesetze nur durch ein Gesetz des Parlaments selbst, oder nachdem dies im Vorhinein inhaltlich ausreichend darauf einwirken konnte, beschlossen werden dürfen. Bei der genauen Beurteilung des noch ausreichenden Grades des Mitwirkungsumfanges des Europäischen Parlaments ist als Maßstab oder Hilfsmittel die Einflussmöglichkeit der nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten bei der Strafgesetzgebung heranzuziehen, da andernfalls eine partielle Übertragung der Gesetzgebungszuständigkeit an die EG für strafrechtliche Belange zwangsläufig mit dem unerträglichen Umstand verbunden wäre, dass auf europäischer Ebene die demokratische Legitimation im Vergleich zu gesetzgeberischen Akten der Nationalstaaten über diese Materie schwächer ausgeprägt wäre und demnach abnehmen würde. Ein deutliches Zurückbleiben hinter dieser hochgesteckten Anforderung führte dazu, dass auf europäischer Ebene dem „*nulla poena sine lege parlamentaria*“-Grundsatz nicht in hinreichendem Umfang Rechnung getragen würde. Um dieses Ergebnis zu verhindern, müsste die fragliche Ermächtigungsgrundlage des EG-Vertrages einschränkend ausgelegt werden.

V. Das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft und seine Auswirkungen auf eine supranationale Strafrechtskompetenz

Als ein Organ, welches diesen Erfordernissen gerecht wird, kommt auf Gemeinschaftsebene einzig die Institution des Europäischen Parlaments in Betracht,⁹⁷ das als einziges Organ auf EG-Ebene seit 1979 direkt von den Bürgern aus den europäischen Mitgliedsländern gewählt wird.⁹⁸ Es wurde zu Recht als „*die demokratische Institution der Gemeinschaft*“⁹⁹ oder „*das demokratische Herz der Union*“¹⁰⁰ gekennzeichnet. Mit der Einführung der Direktwahlen wurde ein erster Weg eingeschlagen, um Rechtsakte der EG insgesamt besser zu legitimieren.¹⁰¹ Gleichwohl steht den hochgesteckten demokratischen Anforderungen für die Normierung von Strafgesetzen das demokratische Defizit auf europäischer Ebene diametral entgegen. Trotz vereinzelter Stimmen,

die durch die Direktwahl diesen europäischen Schönheitsfehler als beseitigt ansehen,¹⁰² ist man sich allgemein einig, dass der Wahlakt allein diesen Mangel nicht heilen kann.¹⁰³

Der eigentliche Grund dieses allseits¹⁰⁴ beklagten „Demokratiedefizits“ besteht – wie gesehen – auch nicht wegen des Fehlens eines gewählten Gemeinschaftsorgans. Die fehlende Verwirklichung des demokratischen Prinzips auf europäischer Ebene ist vielmehr auf die Verteilung der Entscheidungsbefugnisse unter den Organen der EG zurückzuführen.

Paradoxerweise obliegt die Befugnis zur Setzung von europäischem Recht nicht der gewählten Institution, sondern schwerpunktmäßig Organen der Exekutive.¹⁰⁵ Schuld an der mangelnden Rechtsetzungskompetenz des Europäischen Parlaments für wesentliche Regelungsbereiche ist die derzeitige institutionelle Struktur der EG.¹⁰⁶

In erster Linie obliegt dem Rat das Legislativrecht.¹⁰⁷ Er ist mit Vertretern der nationalen Regierungen besetzt (Art. 203 UA I EG¹⁰⁸).¹⁰⁹ Die einzelnen nationalen (Fach-)Minister sind als Ratsvertreter zugleich Regierungsmitglieder und als solche den gewählten nationalen Parlamenten verantwortlich,¹¹⁰ so dass die *einzelnen* Minister durch die nationalen Parlamente legitimiert sind. Eine Legitimation des Minister-

⁹⁷ G. Ress, Das Europäische Parlament als Gesetzgeber, ZEuS 1999, S. 219 (224).

⁹⁸ ABl. 1976, L 278, S. 5.

⁹⁹ J. Bröhmer, Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozeß?, ZEuS 1999, S. 197 (213).

¹⁰⁰ R. Prodi, in Plenary Session of the European Parliament v. 3.10.2000.

¹⁰¹ F.A.Z. v. Do, 6.05.1999, S. 3.

¹⁰² W. Bruns, Der strafrechtliche Schutz, S. 90, Fn. 63, der später eine Strafrechtskompetenz der E(W)G aus anderen Gründen allerdings ablehnt.

¹⁰³ Ress, in Geck, S. 625 (647); E.M. Thöne-Wille, Die Parlamente der EG, 1984, S. 6. Näher zu den möglichen Stärkungen des Europäischen Parlaments durch den Wahlakt: Th. Läufer, Das Europäische Parlament nach der Direktwahl: Positionsstärkung durch intrakonstitutionellen Wandel?, EuR 1979, S. 261 ff.

¹⁰⁴ A. Dubach, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, SJZ 1994, S. 189 (194); D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 34; K. Hänsch, Europäische Integration und parlamentarische Demokratie, EA 1986, S. 191 (195); H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 188; G. Odendahl, Die Organe der Europäischen Union (I), JA 1995 S. 121 (124); R. Scholz, in: Die Welt v. 19.02.1999.

¹⁰⁵ V. Neßler, Deutsche und Europäische Parteien, EuGRZ 1998, S. 191 (195); G. Ress, Das Europäische Parlament als Gesetzgeber, ZEuS 1999, S. 219 (223).

¹⁰⁶ Heitzer, S. 157.

¹⁰⁷ Dazu J. A. Frowein, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, S. 315 (329).

¹⁰⁸ Art. 203 UA 1 EG lautet: „Der Rat besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung des Mitgliedstaats verbindlich zu handeln.“

¹⁰⁹ D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 34; Ress, in Geck, S. 625 (628); H. H. Rupp, Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union, ZRP 1990, S. 1 (3).

¹¹⁰ Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 189; A. Rummel, Die Europäische Union nach Amsterdam – Demokratie als Verfassungsprinzip der EU?, ZEuS 1999, S. 249 (266). Zu den Möglichkeiten der Abmilderung des europäischen Demokratiedefizits „auf nationaler Ebene“ näher Streinz, DVBl. 1990, S. 949 (961) sowie W. Kluth, S. 86.

rates als Organ wird jedoch zu Recht angezweifelt und sogar abgelehnt.¹¹¹ Der Rat als Gemeinschaftsorgan bildet insbesondere keine „Europäische Regierung“¹¹², die durch das Europäische Parlament gewählt und somit mittelbar demokratisch legitimiert werden würde.

Der Grund für eine derartige Kompetenzaufteilung in der Europäischen Gemeinschaft wird darin gesehen, dass sich die mitgliedstaatlichen Regierungen auf diese Weise eine Einflussnahme auf die europäische Rechtsetzung sichern und insofern ihre nationale Souveränität wahren können.¹¹³ Daneben besitzt auch das zweite, der Exekutive zuzuordnende Organ, die Kommission, gewichtige Rechtsetzungsbefugnisse, die über die Entscheidungsbefugnisse des Europäischen Parlaments hinausgehen können.¹¹⁴

Zusammenfassend liegt der Schwerpunkt der Rechtsetzungskompetenz in der Europäischen Gemeinschaft bei allenfalls mehrfach mittelbar demokratisch legitimierten Organen.¹¹⁵ Dies wird allgemein für nicht „ohne weiteres hinnehmbar“¹¹⁶ bezeichnet. Eine solche Kompetenzaufteilung stehe im krassen Gegensatz zu dem in Rechtsstaaten geltenden Grundsatz der Gewaltenteilung.¹¹⁷ Im Schrifttum wird kritisiert, allein die Übertragung von Hoheitsbefugnissen, für die ursprünglich die Nationalstaaten kompetent waren, auf die Europäische Gemeinschaft habe zu einer Zuständigkeit eines nationalen Exekutivgremiums geführt. In der Tat ist mit der Verlagerung der Hoheitsbefugnisse auf die supranationale Ebene unmittelbar eine Zuständigkeitsverschiebung der nationalen Parlamente auf nationale Regierungsvertreter einhergegangen,¹¹⁸ berücksichtigt man die Zusammensetzung des Rates der Europäischen Gemeinschaft. Diese Tatsache erscheint vielen vor dem Hintergrund unerträglich, dass niemand auf den Gedanken käme, Regierungsmitgliedern oder Beamten der Verwaltung in den einzelnen EG-Staaten ein weit gehendes Legislativrecht zuzubilligen. Für den Bereich der Rechtsetzung wird auf mitgliedstaatlicher Ebene eine nur mittelbare Legitimierung nicht für ausreichend angesehen, erst recht nicht für Gesetzgebungskompetenzen, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben. Zu Recht wird darauf aufmerksam gemacht, dass allein eine Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen auf die EG diesen, für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht zu duldenen Zustand, nicht möglich machen könne.¹¹⁹ Eine weit gehende Kompetenzübertragung an die EG wäre insofern weiterhin unmittelbar mit dem Umstand verbunden, dass ein schwächer demokratisch legitimiertes Organ – der Rat – die gesetzgeberische Entscheidung einer direkt legitimierten Volksvertretung – den nationalen Parlamenten – abnehmen könnte. Besonders empfindlich reagiert aufgrund der historischen Erfahrungen das deutsche Schrifttum, das in der Europäischen Gemeinschaft eine „Gesetzgebung durch Regierung“¹²⁰, wie einst in der deutschen Rechtsgeschichte, befürchtet. Insofern stellt es keine Übertreibung dar, wenn man mutmaßt, dass ein Antrag der Europäischen Union auf Aufnahme in den Kreis der Mitgliedstaaten mangels demokratischer Verfasstheit abgelehnt werden müsste, vorausgesetzt die EU selbst wäre ein Beitrittskandidat.¹²¹

Die Zuständigkeitsverschiebung von der Legislative auf ein Organ der Exekutive macht bei einer Kompetenzübertragung

auf die Ebene der Europäischen Gemeinschaft selbst vor Materialien keinen Halt, die „nach dem Leitbild einer parlamentarischen Demokratie in den Kernbereich der Rechte des Parlaments fallen“¹²². Das Strafrecht bildet ein typisches Beispiel dieser Art von Gesetzgebungsgegenständen. Solange die Rechtsetzung den unmittelbar demokratisch legitimierten nationalen Parlamenten zu Gunsten eines allenfalls mittelbar legitimierten Organs entzogen sei,¹²³ kann man der Europäischen Gemeinschaft vor diesem Hintergrund „guten Gewissens keine Strafrechtskompetenz geben“¹²⁴. Bis zur Beendigung der bedenklichen Fehlentwicklung, dass der Rat Hauptrechtsetzungsorgan bleibt und das Europäische Parlament seine schwache Rolle mit nur unzureichendem Einfluss bei der Legislative behält und damit hinter den klassischen Befugnissen von Parlamenten zurückbleibt,¹²⁵ scheidet eine Strafrechtsetzungsbefugnis der EG von vornherein aus.¹²⁶ Erst wenn das Europäische Parlament eine mit den nationalen Parlamenten vergleichbare Stellung hinsichtlich der Kompetenz zur Gesetzgebung innehat,¹²⁷ ist eine hinreichende Legitimation des strafrechtlichen Sekundärrechts hergestellt. Erst eine seitens des Schrifttums dringend für nötig erachtete¹²⁸, massive Kompetenzerweiterung des Europäischen Parlaments kann also zu einer supranationalen Strafrechtsbefugnis führen. Bevor dem Europäischen Parlament nicht die

¹¹¹ H.-J. Seeler, Die Legitimation des hoheitlichen Handelns der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union, EuR 1998, S. 721 (729).

¹¹² V. Neßler, Willensbildung im Europäischen Parlament – Abgeordnete und Fraktionen zwischen Konsens und Dissens, ZEuS 1999, S. 157 (159).

¹¹³ Ress, in Geck, S. 625 (626); Seeler, EuR 1998, S. 721 (725); Streinz, DVBl. 1990, S. 949 (959).

¹¹⁴ Dorn, Art. 235 EWGV, S. 78.

¹¹⁵ Kluth, S. 86 f.; H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 188; Odendahl, JA 1995 S. 121 (124); Rummer, ZEuS 1999, S. 249 (270).

¹¹⁶ U. Sieber, ZStW 1991, S. 957 (969); Ähnlich H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 185.

¹¹⁷ Pache, S. 340; H.-J. Seeler, EuR 1998, 721 (728).

¹¹⁸ Dorn, Art. 235 EWGV, S. 79.

¹¹⁹ Dorn, Art. 235 EWGV, S. 79.

¹²⁰ Ress, in Geck, S. 625 (627).

¹²¹ S.Z. v. Mo, 18. 10. 1999, S. 4.

¹²² Dorn, Art. 235 EWGV, S. 79.

¹²³ J. Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Diss., Berlin 2000, S. 63; A. Maurer/M. Jopp, Das Europäische Parlament – Demokratiepolitische Überlegungen zu den Reformoptionen der Regierungskonferenz 1996/97, Integration 1996, S. 25 (26); Ress, ZEuS 1999, S. 219 (227).

¹²⁴ S.Z. v. Mo, 18.10.1999, S. 4.

¹²⁵ W. Götz, Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments bei der Rechtsetzung, JA 1997, S. 990; Ress, in GS Geck, S. 625 (628).

¹²⁶ „Entschließung des Europäischen Parlaments zum rechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft“, in ABl. 1991, C 305, S. 106.

¹²⁷ Jokisch, S. 82.

¹²⁸ F. Fischler, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – eine gemeinsame Aufgabe von Mitgliedstaaten und Europäischer Kommission, ÖJZ 1997, S. 521 (524); K. Hänsch, Vertiefung der Gemeinschaft und gesamteuropäische Identität, EA 13-14/93, S. 389 (395); S. Magiera, Zur Reform der Normenhierarchie im Recht der Europäischen Union, Integration 1995, S. 197 (202); Pache, EuR 1993, S. 173 (182); F. Zeder, Juridikum 2001, S. 47 (51).

den nationalen Parlamenten innewohnende Stellung als „Herr der Gesetzgebung“¹²⁹ anhaftet, ist eine dahin gehende Kompetenz nicht denkbar. Die Normierung von Strafvorschriften in Form sekundären Gemeinschaftsrechts durch die Kommission wird aufgrund ihrer Charakterisierung als Organ der vollziehenden Gewalt ebenso wenig für zulässig erachtet.¹³⁰ Die völlig unzureichende Entscheidungsbefugnis des Europäischen Parlaments betrifft im Übrigen auch das Kodezisionsverfahren, welches z.B. für Maßnahmen zum Schutz der Umwelt oder der Betrugsbekämpfung (Art. 280 EGV) die anzuwendende Beteiligungsform ist. Selbst im Mitentscheidungsverfahren entspricht die Stellung des Europäischen Parlaments den besonders strikten Anforderungen schon in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht. Eine die Rechtsetzung beherrschende Position des nur mehrfach mittelbar legitimierten Rates bleibt auch in diesem Verfahren in der Amsterdamer Vertragsversion grundsätzlich bestehen.¹³¹ Die Rolle des Europäischen Parlaments bleibt noch immer deutlich hinter den klassischen Befugnissen unmittelbar demokratisch legitimierter Parlamente zurück.¹³² Dem Parlament haftet auch in der Amsterdamer Fassung des EG-Vertrages weiterhin die Rolle des „Rechtsverhinderers“ im Mitentscheidungsverfahren an.¹³³ Auch die Überarbeitungen des Kodezisionsverfahrens haben kein erhofftes formelles Initiativrecht des Europäischen Parlaments mit sich gebracht, das zu den klassischen Befugnissen eines Parlaments zu zählen ist¹³⁴ und zu Recht als „wesentliches Element der demokratischen Willensbildung“¹³⁵ bezeichnet worden ist. Eine Rechtsetzungskompetenz der EG für strafrechtliche Belange wäre demnach unmittelbar mit dem unerträglichen Umstand verbunden, dass der Rat als jedenfalls schwächer demokratisch legitimates Organ die gesetzgeberische Entscheidung einer direkt legitimierten Volksvertretung (den nationalen Parlamenten) abnehmen könnte.

Man spricht im Zusammenhang mit der verhältnismäßig schwachen Position des Europäischen Parlaments, die mit der institutionellen Struktur der EG zu erklären ist und die unverändert alle Verfahren zur gemeinschaftlichen Rechtsetzung durchzieht, zu Recht von einem sog. „äußeren Demokratiedefizit“¹³⁶.

Noch schwerer wiegen jedoch die Bedenken hinsichtlich der Legitimationsfähigkeit gravierendster Grundrechtseingriffe aufgrund des derzeitigen Demokratiedefizits, welches innerhalb des Europäischen Parlaments selbst besteht. Die strengen Anforderungen an die demokratische Legitimation eingriffsintensivster Maßnahmen sind nämlich nicht nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu stellen. Selbst eine umfassende und den nationalen Volksvertretungen entsprechende Mitwirkungsbefugnis bei der Rechtsetzung durch das Europäische Parlament gewährleistete allein noch nicht die Einhaltung hinreichender demokratischer Grundsätze.¹³⁷ Aus den besonders strengen Legitimationsanforderungen für intensiv wirkende Rechtsakte folgt, dass eine Kriminalstrafrechtskompetenz ebenfalls als gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz „*nulla poena sine lege parlamentaria*“ verstoßend negiert werden müsste, wenn innerhalb des Europäischen Parlaments grundsätzliche, den elementaren Demokratieprinzipien widersprechende Mängel vorzufinden wären.

VI. Die demokratische Legitimationsfähigkeit des Europäischen Parlaments unter dem Gesichtspunkt seines sog. strukturellen Demokratiedefizits

Das Europäische Parlament leidet zurzeit aufgrund seiner internen Mängel noch unter einem sog. „strukturellen Demokratiedefizit“¹³⁸. Die Unzulänglichkeiten betreffen sowohl das Zustandekommen der Institution als auch seine zahlenmäßige Zusammensetzung, was dazu führt, dass es demokratischen Grundanforderungen noch nicht entspricht¹³⁹:

1. Das Fehlen eines einheitlichen europäischen Wahlverfahrens zu den Europawahlen

Die Abgeordneten zum Europäischen Parlament werden nicht nach einem einheitlichen Wahlverfahren, sondern jeweils nach den Regeln der nationalen Wahlgesetze ihres Herkunftslandes gewählt.¹⁴⁰ Der Handlungspflicht des Art. 190 IV EGV zur Erarbeitung eines „einheitlichen Wahlverfahrens in allen Mitgliedstaaten“ ist das Europäische Parlament

¹²⁹H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 11.

¹³⁰H.-J. Hirsch, Diskussionsbeitrag, in U. Sieber (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln u.a. 1993, S. 119 (121).

¹³¹F. v. Craushaar, Der Vertrag von Amsterdam, Motivationsschub für die Wahlen zum Europaparlament? Europa kompakt 1999, S. 67 (68); C. Koenig/A. Haratsch, Europarecht, Rn. 107; M. Kaijafa-Gbandi, in Huber (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, S. 91 (95, Fn. 9); W. Obwexer, Die Regierungskonferenz 2000, Europabl. 2000, S. 11. A.A. L. Picotti, in Huber (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, S. 291 (294, Fn. 9); Ress, ZEuS 1999, S. 219 (229); Rummer, ZEuS 1999, S. 249 (273); C. Thun-Hohenstein, Der Vertrag von Amsterdam – Eine neue Verfassung der EU, 1997, S. 108, die im Mitentscheidungsverfahren den Rat und das Europäische Parlament als gleichberechtigt einstufen.

¹³²G. Jasmut, Die politischen Parteien und die europäische Integration, 1995, S. 294; M. Nentwich, EuZW 1992, S. 235 (237).

¹³³W. Götz, JA 1997, S. 990 (994); D. Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? Eine Untersuchung zur strafrechtskonstituierenden Wirkung des EG-Rechts unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Blankettverweisungen, Diss., Göttingen 1998), S. 103.

¹³⁴Ress, ZEuS 1999, S. 219 (227). Dies bemerkt selbst der EGMR, Urt. v. 18.02.1999 (Matthews .J. Vereinigtes Königreich), Nr. 24833/94, in EuZW 1999, S. 308, Rz. 51, welcher darüber zu entscheiden hatte, ob das Europäische Parlament eine „gesetzgebende Körperschaft“ i.S. des Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1956, II, S. 1880) darstellt und sich in diesem Zusammenhang mit der Bedeutung des Europäischen Parlaments im europäischen Gesetzgebungsverfahren befasste.

¹³⁵R. Boest, Ein langer Weg zur Demokratie in Europa, Die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments bei der Rechtsetzung nach dem Vertrag über die Europäische Union, EuR 1992, S. 182 (184).

¹³⁶Emmert, Europarecht, S. 195.

¹³⁷Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 37; H. Kühner, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, Das Verfahren nach Art. 189 b und Art. 189 c EGV, 1997, S. 188.

¹³⁸Neßler, EuGRZ 1998, S. 191 (196).

¹³⁹Emmert, Europarecht, S. 195.

¹⁴⁰E. Boettcher/R. Högner, Europawahlgesetz-Kommentar, 4. Auflage, 1994, § 1 EuWG, Rn. 1; T. Evers, Grenzen der Demokratie und Politische Union, in Erne, Roland u.a. (Hrsg.), Transnationale Demokratie. Impulse für ein demokratisch verfasstes Europa, 1995, S. 139 (160); Streinz, DVBl, 1990, S. 949 (960); ders., Der Vertrag von Amsterdam, Einführung in die Reform des Unionsvertrages von Maastricht und erste Bewertung der Ergebnisse, EuZW 1998, S. 137 (143).

bisher noch nicht nachgekommen.¹⁴¹ Die mangelnde Realisierung einer einheitlichen Repräsentation durch die europäischen Abgeordneten lässt insofern zunächst auf die Identifikationsbereitschaft der Mitgliedstaaten, die ein einheitliches Wahlverfahren verweigern, schließen. Des Weiteren haben diskrepante Wahlverfahren Auswirkungen auf den Ablauf der Wahl und des Wahlkampfes. Letzterer ist ausschließlich national geprägt, die Erfahrungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass viele Wähler ihre Entscheidung von innerstaatlichen politischen Ereignissen abhängig machen, obwohl es ausschließlich um europäische Politik geht. Neben der fehlenden europäischen Willensbildung ist ferner zu bedauern, dass ein Mindestmaß an Homogenität in der europäischen Bevölkerung fehlen wird, solange ausschließlich nach nationalem Recht gewählt wird. *Saalfrank*¹⁴² erkennt in diesem Zusammenhang zu Recht, dass ein einheitliches Wahlverfahren einen enormen „unitarisierenden Schub“ bringen würde. Demgegenüber muss bezweifelt werden, ob die Identifikationsbereitschaft europäischer Bürger vorhanden sein wird, wenn man sich noch nicht einmal auf ein und dieselben Wählbarkeitsvoraussetzungen verständigen kann.¹⁴³

Neben diesen, dem Zusammenwachsen der Bürger Europas schadenden Erwägungen bei einem Fortbestehen von ausschließlich nationalen Wahlgesetzen, richten sich die Bedenken gegen einen solchen Wahlablauf im Kern auf demokratische Gesichtspunkte. Der Verzicht auf ein gleiches Wahlverfahren zum Europäischen Parlament steht nämlich im Widerspruch zu dem – in den Verfassungen der Mitgliedstaaten verankerten¹⁴⁴ – Prinzip der gleichen Wahl, das als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist.¹⁴⁵ Richtet sich die Wahl zum Europäischen Parlament nach unterschiedlichen Wahlgesetzen, denen im Einzelnen stark variierende Systeme und Berechnungsmethoden zugrunde liegen, so resultieren aus dem divergierenden Recht Ungleichbehandlungen der Bürger der Europäischen Union. Zwar gewährleisten auch voneinander abweichende Gesetze den gleichen Zählwert der Stimme, die Ungleichbehandlung liegt aber in der zweiten Komponente, die in der Konsequenz der Wahlrechtsgleichheit liegt, dem Erfordernis des gleichen Erfolgswertes jeder einzelnen abgegebenen Stimme.¹⁴⁶ Liegen den Regelungen in den nationalen Wahlgesetzen nämlich unterschiedliche Systeme und Berechnungsmethoden zugrunde, so besitzen die Stimmen der Unionsbürger nicht mehr den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis. Das Votum jedes wahlberechtigten Bürgers wird je nachdem, in welchem Mitgliedstaat es abgegeben wird, aufgrund des abweichenden Rechts unterschiedlich gewichtet.

Die Wurzel dieses Prinzips der Wahlrechtsgleichheit liegt in der politischen Gleichheit aller Staatsbürger.¹⁴⁷ Sie stellt eine maßgebliche Bedingung der Demokratie dar und besitzt die Funktion, den Einzelnen vor Diskriminierungen zu schützen.¹⁴⁸ Diese enge Verbindung zwischen der Gleichheit der Wahl und dem Demokratieprinzip¹⁴⁹ legt die Unvereinbarkeiten von ungleichen Wahlverfahren in den Mitgliedsländern und dem Grundsatz der Demokratie in der EG offen und lässt die dringende Forderung nach der Einführung eines einheitlichen Verfahrens entstehen.¹⁵⁰ Die schwindenden Hoffnungen bezüglich der baldigen Ausarbeitung eines ein-

heitlichen Wahlverfahrens auf Europaebene – womit ein englischer Abgeordneter nicht mehr nach dem Mehrheitswahlrecht im Gegensatz zu seinem deutschen Kollegen, für den das (personalisierte) Verhältniswahlrecht Anwendung findet, gewählt würde – werden durch die neue Fassung des Art. 190 IV EG durch den Vertrag von Amsterdam dokumentiert:¹⁵¹ Wurde in der Maastrichter Fassung des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft das Europäische Parlament noch beauftragt, einen Entwurf für ein einheitliches Verfahren in allen Mitgliedstaaten auszuarbeiten (vor Änderung Art. 138 III UA 1 EGV), gibt sich die Amsterdamer Neufassung alternativ dazu schon mit einem Verfahren, das „im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen“ steht, zufrieden, was einen deutlichen Rückschritt bedeutet.¹⁵²

Solange das ungleiche Wahlrecht zum Europäischen Parlament fortbesteht, ist die Wahlrechtsgleichheit als „egalitäre Komponente“¹⁵³ der auch auf gemeinschaftlicher Ebene geltenden Wahlrechtsgrundsätze jedoch nicht gewährleistet und verletzt unmittelbar auch das Demokratieprinzip.¹⁵⁴ Dies führt zu einer Abschwächung der Legitimationsfähigkeit von Rechtsakten durch das Europäische Parlament.

¹⁴¹ Der Optimismus von *W. Schönfelder/R. Silberberg* (Der Vertrag von Amsterdam: Entstehung und erste Bewertung, Integration 1997, S. 203 [209]), schon die Europawahl 1999 könnte nach gemeinsamen Wahlrechtsgrundsätzen stattfinden, bewahrheitete sich nicht. Dies ist nicht zuletzt auch auf die traditionelle Weigerung Großbritanniens zur Einführung des Verhältniswahlrechts zurückzuführen (dazu näher *V. Saalfrank*, Funktionen und Befugnisse des Europäischen Parlaments – Ihre Bedeutung für das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Diss., Stuttgart 1995, S. 119). Aufgrund des Amtsantritts der neuen Regierung in Großbritannien wird ein einheitliches Wahlverfahren teilweise schon für die Wahl im Jahr 2004 für möglich gehalten, vgl. *DIE WELT* v. 02.03.1998 („London lenkt bei Europa-Wahlrecht ein“).

¹⁴² Funktionen und Befugnisse des Europäischen Parlaments – Ihre Bedeutung für das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Diss., Stuttgart 1995, S. 119.

¹⁴³ *Saalfrank*, S. 120.

¹⁴⁴ Vgl. für die Bundesrepublik Deutschland Art. 38 I S. 1 GG; näher zur Wahlrechtsgleichheit in den Verfassungen der Mitgliedstaaten: *C. Lenz*, Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments, 1995, S. 176, 271; Denkschrift der Bundesregierung zu dem Beschluss und Akt des Rates der EG vom 20.09.1976 zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung, BT-Drs. 8/360, S. 8 (11).

¹⁴⁵ *Classen*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 23 GG, Rn. 32. *Lenz*, Das Grundgesetz und die Verteilung der Sitze im Europäischen Parlament, NJW 1996, S. 1382.

¹⁴⁶ *C. Lenz*, Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments, Diss., Baden-Baden 1995, S. 125.

¹⁴⁷ BVerfGE, NJW 1995, 2216.

¹⁴⁸ *Lenz*, S. 272.

¹⁴⁹ *Ebd.*, S. 271.

¹⁵⁰ *K. Hasselbach*, Maastricht II: Ergebnisse der Regierungskonferenz zur Reform der EU, BayVBl. 1997, S. 454 (457).

¹⁵¹ *R. Bieber*, Reformen der Institutionen und Verfahren – Amsterdam kein Meisterstück, Integration 1997, S. 236 (239); *M. Hilf*, EuR 1997, S. 347 (358); *Lecheler*, JuS 1998, S. 392 (394).

¹⁵² Zu den enttäuschten Erwartungen an die Amsterdamer Regierungskonferenz im Hinblick auf den Abbau der ungleichen Wahl vgl. auch *J. Ukrow*, Die Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Union durch den Vertrag von Amsterdam, ZEuS 1998, S. 141 (162).

¹⁵³ *Lenz*, S. 272.

¹⁵⁴ *Lenz*, S. 247 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (a).

2. Die Kontingentierungen bei der Sitzverteilung zum Europäischen Parlament

Als ebenfalls mit dem Grundsatz der gleichen Wahl vereinbar wird der in Art. 190 II UA 1 EG festgesetzte Länderproporz beurteilt.¹⁵⁵ In der Tat führen die mitgliedstaatlichen Kontingentierungen zu einer ungerechten Verteilung der Sitze auf die einzelnen Mitgliedsländer, bei der bevölkerungsärmere Staaten deutlich überrepräsentiert und damit erheblich begünstigt sind:¹⁵⁶ Während ein luxemburgischer Mandatsträger etwa 67.000 Einwohner repräsentiert, vertritt ein deutscher Abgeordneter ca. 820.000 und damit zwölfmal so viele Bürger wie sein Kollege aus dem kleinsten Mitgliedstaat der EU.¹⁵⁷ Diese unproportionale, weit gehend unabhängig von der Bevölkerungsanzahl der einzelnen Mitgliedstaaten erfolgende Sitzverteilung führt ebenfalls zu einer unterschiedlichen Gewichtung jeder einzelnen Stimme und bedeutet eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit des Erfolgswertes.¹⁵⁸

Wie die 5 %-Klausel in § 6 VI 1 des deutschen BWG zeigt, können jedoch Ausnahmen vom Grundsatz der Wahrgleichheit im Einzelfall zulässig sein.¹⁵⁹ Berücksichtigt man die Funktion des Europäischen Parlaments zur Repräsentation der Bürger aus den einzelnen Mitgliedstaaten, so würde eine strikte Ausrichtung der Verhältnisse der Sitzzahlen an der Einwohnerzahl der Nationalstaaten am Ende dazu führen, dass einzelne Mitgliedstaaten gänzlich in diesem Organ fehlten. Insofern ist im Schrifttum¹⁶⁰ nahezu unbestritten, dass verhindert werden muss, dass bevölkerungsarme Mitgliedsländer letztlich gar nicht durch ein unmittelbar demokratisch legitimes Organ repräsentiert werden, wobei anzufügen bleibt, dass sich selbiges schon aus der Norm des Art. 189 EG ergibt: „Das Europäische Parlament besteht aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“¹⁶¹. Diese, die Notwendigkeit zur Präsenz von sämtlichen Abgeordneten aus den Mitgliedstaaten betonende Auffassung versucht man rechtlich mit dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatengleichheit zu begründen.¹⁶² Auch das Bundesverfassungsgericht befasste sich mit der Frage, ob die Verteilung der Abgeordnetenmandate im Europäischen Parlament mit dem Prinzip der Wahrgleichheit vereinbar ist.¹⁶³ Die gegen das Zustimmungsgesetz zum Beitritt von Österreich, Finnland, Schweden und Norwegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde von der 3. Kammer des Verfassungsgerichts zwar nicht zur Entscheidung angenommen, gleichwohl entschied sie am 31. Mai 1995 zur Sache. Nach der Ansicht der Kammer ist die Aufteilung der Sitze mit dem Grundsatz der formellen Staatengleichheit zu rechtfertigen, wobei eine Differenzierung der Sitzzahl überhaupt nur mit der Rechtsnatur der Europäischen Union als Staatenverbund zu erklären sei.¹⁶⁴ Dieses zur Verteidigung angeführte Argument muss jedoch ernsthaft bezweifelt werden, da fraglich ist, ob es überhaupt in der Europäischen Union Anwendung findet.¹⁶⁵ Man müsste das Berufen auf diesen Grundsatz erst recht für das Europäische Parlament bezweifeln, da Letzteres keine Nationalstaaten, sondern Bürger der Union vertreten soll.¹⁶⁶ Selbst wenn man durch diesen Grundsatz die Dominanz größerer Mitgliedstaaten verhindern und das gänzliche Fehlen von

Vertretern kleiner Völker im Europäischen Parlament rechtfertigen könnte und daher ausnahmsweise Abstand nimmt vom Gedanken einer exakt gleichen Repräsentation der Parlamentsmitglieder, ist der momentane Abgeordnetenschlüssel allein mit Gründen der Staatengleichheit nicht zu erklären.¹⁶⁷ Auch das völkerrechtliche Prinzip kann nicht eine willkürliche Verteilung der Parlamentssitze auf die einzelnen Mitgliedstaaten erklären. Mit dem Staatengleichheitsargument könnte man nur eine absolut egalitäre Verteilung der Plätze des Parlaments auf die Mitgliedstaaten erklären.

Zwar erscheint eine Bestimmung einer Kontingenzzahl unerlässlich, um alle Staaten Europas an der politischen Willensbildung im Parlament zu beteiligen. Allerdings folgt aus der Formulierung des Art. 189 I EG das Gebot der Beteiligung einer gewissen Grundmandatszahl, die die Präsenz jedes Mitgliedstaates überhaupt ermöglicht. Nicht folgt aus der Bestimmung, dass kleineren Ländern über das Mindestfordernis der Einbeziehung jedes Nationalstaates hinaus noch unverhältnismäßig viele Abgeordnetenplätze zugebilligt werden müssten. Zwar lassen die Kontingentierungen den Gedanken der Orientierung an der Bevölkerungszahl der Mitgliedstaaten im Ansatz erkennen.¹⁶⁸ Insofern scheint es zunächst so, als ob ein (sinnvoller) Kompromiss zwischen dem völkerrechtlichen Prinzip und dem demokratischen Grundsatz der Staatenbürgereleichheit gefunden wurde.¹⁶⁹

¹⁵⁵ D. Baetge, Grundzüge des Vertrags von Maastricht, BayVBl 1992, S. 711 (717); Hänsch, Vertiefung der Gemeinschaft und gesamteuropäische Identität, EA 13-14/93, S. 389 (395); M. Pechstein, Osterweiterung und Zukunftsperspektiven der Europäischen Union, ZfRV 1996, S. 108 (115); H. H. Rupp, Muss das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden? NJW 1993, S. 38 (40); Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (a).

¹⁵⁶ Boest, EuR 1992, S. 182 (196); M. Borchmann, Das Europäische Parlament – „Scheinparlament“ ohne ausreichende demokratische Legitimation? EuZW 1992, S. 97; Hänsch, EA 13-14/93, S. 389 (395); Hilf, Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Elemente des Beschlusses vom 22.09.1976 im Licht des Souveränitätsdenkens in der EG, in G. Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, S. 21 (28)

¹⁵⁷ Emmert, Europarecht, S. 196; W. Weidenfeld, Europa öffnen, Anforderungen an eine Erweiterung, 1997, S. 80.

¹⁵⁸ Gröblichhoff, S. 129; Hänsch, EA 13-14/93, S. 389 (395); Pechstein, ZfRV 1996, S. 108 (115); Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) a) (2) (ii) (a).

¹⁵⁹ BVerfGE 6, 84 (92 f.); 14, 121 (134 f.); 51, 222 (236 f.); 82, 322 (338).

¹⁶⁰ Bieber, F.A.Z. v. Mi., 08.06.1994, S. 12; Classen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 23 GG, Rn. 32.

¹⁶¹ Hervorheb. des Verf.

¹⁶² Gröblichhoff, S. 130; Moll, S. 93; vgl. auch Anm. von Rupp, Wahrgleichheit bei der Verteilung der Sitze im Europäischen Parlament auf die Mitgliedstaaten, NJW 1995, S. 2210.

¹⁶³ BVerfG, NJW 1995, S. 2216.

¹⁶⁴ BVerfG, NJW 1995, S. 2216.

¹⁶⁵ Lenz, Das Grundgesetz und die Verteilung der Sitze im Europäischen Parlament, NJW 1996, S. 1328 (1329).

¹⁶⁶ Lenz, NJW 1996, S. 1328 (1329).

¹⁶⁷ M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, Diss., Baden-Baden 1997, S. 254 hält den Kompromiss zwischen dem völkerrechtlichen Prinzip und dem demokratischen Grundsatz der Staatenbürgereleichheit innerhalb eines Organs für nicht kompatibel und daher nicht möglich.

¹⁶⁸ Saalfrank, S. 122.

¹⁶⁹ Kaufmann, S. 254.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da die derzeitige Aufteilung auf die einzelnen Mitgliedstaaten auch unter diesem Kombinerungsgesichtspunkt nicht nur stark disproportional ist, so dass ihm möglichst schnell durch einen gerechteren Verteilungsschlüssel abzuhelfen ist. Die Zubilligung von sechs bzw. sechzehn Abgeordnetenplätze selbst an die kleineren bzw. Zwergstaaten erscheint ferner stark übermäßig und lässt sich selbst aus den angeführten Kompromissgründen nicht mehr schlüssig begründen. Will man den Grundsatz der Staatengleichheit und die Gleichheit der Staatsbürger sinnvoll zum Ausgleich bringen, so muss das erforderliche Mindestmaß der Abgeordnetensitze auf die Zahl eines einzigen Mandats bei entsprechend kleinen Mitgliedstaaten gesenkt werden. Dem Erfordernis eines gewissen Mindestbeteiligungsrechts eines kleinen Staates wäre nämlich schon genügt, wenn überhaupt ein Vertreter des entsprechenden Landes im Parlament vertreten wäre. Die Durchbrechungen der Erfolgswertgleichheit können demnach nicht gerechtfertigt werden, wenn einem Mitgliedstaat noch Sitze zugebilligt werden, die über das notwendige Maß dessen hinausgehen, was der Kompromiss zwischen demokratischen und völkerrechtlichen Grundsätzen zur Mindestbeteiligung der kleineren Staaten gebietet.

Die nationalen Kontingentierungen lassen sich somit „mit dem Prinzip der egalitären Repräsentation als Grundvoraussetzung des demokratischen Prinzips“¹⁷⁰ nicht in Einklang bringen, soweit kleinsten Mitgliedstaaten eine Mandatszahl reserviert wird, die über den Satz, der aus Gründen des Kompromisses zwischen beiden Grundsätzen gerechtfertigt sein mag, hinausgeht. Solange die ungleiche Aufteilung der Sitze nicht zu Gunsten eines proportionalen Schlüssels neu geregelt ist,¹⁷¹ der im Verhältnis zur Bevölkerungsverteilung steht, wird gegen das Prinzip der Staatsbürgergleichheit und damit gegen eine wichtige „Voraussetzung demokratischer parlamentarischer Repräsentation“¹⁷² verstoßen.

3. Die Folgen der Missachtung elementarer Prinzipien der Demokratie

Die Konsequenzen des doppelten Verstoßes gegen das Prinzip der Gleichheit der Wahl lassen sich an den Ausgängen der Europawahlen ablesen: Die unproportionale Sitzverteilung stellt – gepaart mit dem uneinheitlichen Wahlverfahren – das Wahlergebnis zum Europäischen Parlament auf den Kopf.¹⁷³ Wiederholt erzielte die nach Wählerstimmen nur zweitstärkste Fraktion die Mehrheit der Mandate.¹⁷⁴ Sowohl bei den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahre 1979 als auch 1984 wurde die Partei, die 3,3 bzw. 0,8 Mio. Stimmen weniger als ihre Konkurrentin erhielt, zum Gewinner der Wahlen gekürt und erhielt „zur Belohnung“ noch die Mehrheit der Abgeordnetensitze.¹⁷⁵ Bei den Wahlen 1989 wurde das Endergebnis der Wahlen zwar nicht direkt umgekehrt, dennoch erhöhte sich der Abstand zwischen den stärksten Fraktionen von gut vier Prozent in den Stimmen der Wähler auf über elf Prozent in der Sitzverteilung.¹⁷⁶ Eine Wahl mit derartigen Verzerrungen der parteipolitischen Zusammensetzung des Parlaments, bei der sich die politisch stärkste Kraft in eine Mandatsminderheit verwandelt, muss sich den Vorwurf gefallen lassen, den europäischen Wähler-

willen mit Füßen zu treten und verschärft die Problematik des demokratischen Defizits.

4. Verringerung der parlamentarischen Repräsentativität

Zu einer weiteren Verringerung des Gesamtmaßes demokratischer Legitimation führt der oft beklagte abnehmende Kontakt zwischen Mandatsträgern und Wahlberechtigten.¹⁷⁷ Die Grenze der Fähigkeit eines Mitglieds des Europäischen Parlaments zur Repräsentation ist bei einer gewissen Bevölkerungszahl erreicht, die in mehreren Mitgliedsländern deutlich überschritten wird.¹⁷⁸ Jedenfalls die Vertretung von ca. 820.000 Bürgern durch einen deutschen Abgeordneten steht im Widerspruch zum „Grundgedanken der repräsentativen Demokratie“¹⁷⁹. Diskutiert man die kompetenzrechtliche Zulässigkeit von strafrechtlichen Rechtsakten der EG, so ist dieser Zustand umso bedenklicher, zumal gerade im Bereich der Strafrechtspflege ein bestimmtes Maß an Identifikation mit den Rechtsakten der EG vorhanden sein muss, da man ansonsten den Autoritätsanspruch des Kriminalstrafrechts gefährdete.¹⁸⁰

Zur Veranschaulichung der Bürgerferne der Mandatsträger durch eine „Repräsentation“ einer derart hohen Einwohnerzahl weist Weidenfeld¹⁸¹ darauf hin, dass der deutsche Bundestag in diesem Falle gerade noch 100 Abgeordnete zählte. Ein Repräsentationswert, der mit den nationalen Parlamenten verglichen werden kann, kommt Entscheidungen und Rechtsakten des Europäischen Parlaments insofern bei weitem nicht zu. Dementsprechend ist der Legitimationsgrad europäischer Rechtsakte durch das Parlament in Straßburg zu beurteilen.

¹⁷⁰ Kaufmann, S. 256.

¹⁷¹ Hasselbach, BayVBl. 1997, S. 454 (457); Weidenfeld, Europa öffnen, S. 82.

¹⁷² Kaufmann, S. 254.

¹⁷³ Lenz, S. 36.

¹⁷⁴ Lenz, S. 36 ff.

¹⁷⁵ Lenz, S. 36 f.

¹⁷⁶ Lenz, S. 37.

¹⁷⁷ W. Möschel, Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum? JZ 1992, S. 877 (883); O. Schmuck, Von der Wirtschaftsgemeinschaft zum „Europa“ der Bürger, in H. Timmermann/H.-D. Metz, Festschrift für Arno Krause: Europa – Ziel und Aufgabe, 2000, S. 33 (42).

¹⁷⁸ W. Möschel, Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum? JZ 1992, S. 877 (883) sieht die Grenze bei 500.000 Einwohnern pro Abgeordneten als erreicht an. Gröbblinghoff, S. 129 meint jedoch, die demokratische Legitimation werde hierdurch nicht entscheidend verringert, da die logische Konsequenz einer solchen Argumentation darin läge, dass man stets Parlamenten bevölkerungsreicher Staaten der Welt die Repräsentationsfähigkeit ihrer Mandatsträger absprechen müsste und so in diesen Ländern die Demokratie als Staatsform von vornherein nicht in Frage kommen würde.

Da die Einführung der demokratischen Staatsform in China aber nicht zur Debatte steht, bleibt diese Auffassung – bis auf weiteres – ohne praktische Relevanz.

¹⁷⁹ Weidenfeld, Europa öffnen, S. 80.

¹⁸⁰ C. Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, S. 132.

¹⁸¹ Weidenfeld, Europa öffnen, S. 80 f.

Die Distanz zu den Wählern wird jedoch noch gefördert durch den zu erwartenden Beitritt weiterer Mitgliedstaaten.¹⁸² Dem hiermit zwangsläufig verbundenen Anstieg der EU-Bevölkerung soll nicht etwa durch eine Aufstockung der Sitze im Parlament Rechnung getragen werden,¹⁸³ die durch Art. 189 UA 2 EG¹⁸⁴ auf eine Anzahl von 736 Mitglieder begrenzt wurde,¹⁸⁵ da man hier entsprechend eigenen Forderungen des Europäischen Parlaments¹⁸⁶ zu Recht die Grenze der Arbeitsfähigkeit als erreicht ansah.¹⁸⁷ Die Gestaltbarkeit der politischen Organisation kann nur durch eine Orientierung der Parlamentssitze gewährleistet werden, bei der die Abgeordnetenzahl nicht ins Uferlose anwächst.¹⁸⁸ Schließlich wäre die Alternative zu einem ca. 700 Personen zählenden Organ der vollständige Verlust an Arbeitsmöglichkeit. Die Begrenzung der Sitze im Europäischen Parlament stellt insofern einen Kompromiss zur Sicherstellung der Handlungsfähigkeit dar. Derartige Praktikabilitätsabwägungen können jedoch nichts an der faktischen Untauglichkeit eines demokratisch legitimierten Organs zur Repräsentation ändern.¹⁸⁹ Die Gewährleistung der hinreichend wirksamen Arbeitsweise des Vertretungsorgans ist nämlich eine Erwägung rein praktischer Natur, die Sicherstellung des Mindestmaßes an parlamentarischer Repräsentativität muss hiervon strikt getrennt werden.

Um auf das obige Beispiel zurück zu kommen, wäre sicherlich ein Beschlussorgan von etwa hundert direkt gewählten Abgeordneten besser in der Lage, die nationalen Probleme effektiver und ohne größeren bürokratischen Aufwand zu bewältigen. Ein solches Organ könnte besonders flexibel auf aktuelle politische Veränderungen reagieren und wäre u.U. fachlich sehr viel kompetenter als das derzeitige Parlament, setzt man voraus, dass die Institution sich dann aus den jeweils fähigsten Vertretern des derzeitigen Parlaments zusammensetzt. Niemand würde jedoch ernsthaft auf die Idee kommen, einen solchen Schritt auf nationaler Ebene auch nur anzuregen, so sinnvoll ein solcher Vorschlag in praktischer Hinsicht auch sein mag. Jedenfalls würde man die massiven Bedenken an einer derartigen, in den Mitgliedstaaten in der Tat kaum zu realisierenden Reform aufgrund von demokratischen Erwägungen keineswegs aus „Praktikabilitätsgründen“ zurückstellen. Es muss vor diesem Hintergrund verwundern, warum gleich gelagerte Vorschläge, die auf die Verkleinerung des Europäischen Parlaments abzielen, nicht mit derselben Vehemenz abgelehnt werden, zumal nicht nur in der zuletzt genannten Institution das Bedürfnis nach einer effektiveren Parlamentsarbeit besteht.

Nach der deutschen Wiedervereinigung ließ man die Zahl der Parlamentssitze in der alten Bundesrepublik nicht etwa aus Gründen der Praktikabilität bestehen. Aufgrund der Erhöhung der Einwohnerzahl Deutschlands um ca. 17 Mio. vergrößerte man den Bundestag deutlich auf 656 Mitglieder zuzüglich Überhangmandate.¹⁹⁰ Die Gewährleistung einer möglichst großen demokratischen Repräsentation erschien den zuständigen Gremien offensichtlich vorzugswürdig gegenüber einer besseren Arbeitsweise eines kleinen Parlaments.

Die Eignung eines Europaabgeordneten zur Repräsentation einer enorm hohen und bald noch wachsenden Einwohner-

zahl ist zusammenfassend als äußerst schwach einzuschätzen. Die Stimme des Einzelnen hat bei über 400 Mio. Stimmbürgern, die künftig von höchstens 736 Mitgliedern des Europäischen Parlaments repräsentiert werden, kaum noch Gewicht, so dass sich der einzelne Wahlberechtigte bei dieser enorm hohen Unionsbürgerzahl nicht ausreichend in dieser Einrichtung wiederfindet. Die Vertretung der Unionsbürger durch eine nicht nur verhältnismäßig kleine, sondern im Verhältnis zu den nationalen Parlamenten geradezu winzige Abgeordnetenzahl ist mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie unvereinbar.

5. Zwischenergebnis

Die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierenden, völlig uneinheitlichen Wahlverfahren zu den Europawahlen sowie die unproportionale Sitzverteilung auf die Mitgliedsländer der Europäischen Gemeinschaft stehen im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichheit des Erfolgswertes jeder einzelnen Stimme als wesentliches Prinzip der Demokratie. Logische Folge dessen ist die unübersehbare Verfälschung der Wahlergebnisse zu den Europawahlen. Daneben steht die zunehmende Distanz der Abgeordneten des Europäischen Parlaments zu ihren Wählern im Widerspruch zu den Grundgedanken der parlamentarischen Repräsentativität. Auch aufgrund jener „strukturellen Defizite“ sind die gemeinschaftlichen Kompetenzgrundlagen insofern restriktiv auszulegen. Jedenfalls strafrechtliche Normen, die die Freiheitsphäre massiv einschränken, können auf Grundlage dieser primärrechtlichen Bestimmung nicht ergehen.

VII. Ergebnis und Ausblick

Derzeit liegen echte Strafgesetze der EG außerhalb des Kompetenzbereichs der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Dass der EuGH in seinem Urteil vom 13.09.05 keine kompetenzbegrenzende Auslegung aus demokratischen Gesichtspunkten vorgenommen hat, mag damit zusammenhängen, dass die innerstaatliche Strafnorm bei Richtlinien der

¹⁸²D. Nickel, Ein Kommentar zum Amsterdamer Vertrag aus Sicht des Europäischen Parlaments, Integration 1997, S. 219 (225).

¹⁸³Lenz, in Bergmann/Lenz, Der Amsterdamer Vertrag, Kap 14 A. Rn. 26 weist darauf hin, dass die Obergrenze des Art. 189 UA 2 EG kein ewiges Recht darstellt und daher wieder aufgehoben werden dürfe.

¹⁸⁴Art. 189 UA 2 EG lautet: „Die Anzahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments darf 700 nicht überschreiten.“

¹⁸⁵Dazu Nickel, S. 219 (225).

¹⁸⁶„Entschließung des Europäischen Parlaments zum einheitlichen Wahlverfahren: System für die zahlenmäßige Aufteilung der Mitglieder des Europäischen Parlaments“, in ABl. 1992, C 176, S. 72 (Ziff. B.); „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Funktionsweise des Vertrages über die Europäische Union im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996“ (A 4-0102/95) v. 17.05.1995, in ABl. 1995, C 151, S. 56 (63 Ziff. 23).

¹⁸⁷Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Amsterdam, BT-Drs. 13/9339, S. 157; BR-Drs. 784/97, S. 157.

¹⁸⁸Saalfrank, S. 168.

¹⁸⁹So aber Saalfrank, S. 168.

¹⁹⁰E. Hübner, Parlamentarisches Regierungssystem und Gewaltenteilung, in Informationen zur politischen Bildung Nr. 227 (Parlamentarische Demokratie 1), S. 24 (27.).

EG – rein formell – von den unmittelbar gewählten nationalen Parlamenten demokratisch legitimiert wird. Dies ist aber nur vordergründig korrekt, da die Mitgliedsländer ihre Kompetenz zur Setzung von Strafrecht bei EG-Richtlinien ohne weitreichenden Umsetzungsspielraum im Grunde an die Organe der EG abgeben. Daher durfte die Frage des absoluten Vorbehalts zugunsten des Inhabers der Gesetzgebung nicht auf sich beruhen.

Ohne dass die Gefahr bestünde, dass die Ebene juristischer Subsumtion verlassen würde, müssen bei weiten Kompetenzgrundlagen auch allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts Eingang in die Auslegung finden. Jedenfalls begegnet ein Rückgriff auf ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht als systematisches Hilfsmittel keinen dogmatischen Bedenken. Es verbietet sich nämlich eine Auslegung, die der Mehrheit der mitgliedstaatlichen Verfassungsprinzipien zuwiderläuft. Eine einschränkende Interpretation von Ermächtigungsgrundlagen hat vor diesem Hintergrund im Hinblick auf Gesetze zu erfolgen, die eine besondere Eingriffsintensität aufweisen. Andernfalls würde man die demokratische Prämisse, die den Verfassungen der Mitgliedstaaten innewohnt, dass höhere Legitimitätsanforderungen an Rechtsakte zu stellen sind, die besonders scharf in Rechtspositionen des Einzelnen eingreifen, auf supranationaler Ebene aus den Angeln heben. Für Strafgesetze ist insofern zu verlangen, dass eine vom Volk direkt gewählte Institution zumindest vor dem Erlass von Vorschriften zu dieser Materie ausreichend beteiligt wird. Auf europäischer Ebene wäre das einzige Organ, das diesen Anforderungen gerecht würde, das Europäische Parlament.

Den besonders hochgesteckten Legitimitätsanforderungen genügen derzeit jedoch weder das Europäische Parlament noch die übrigen Rechtsetzungsorgane auf EG-Ebene. Zwar wurden durch den Amsterdamer Vertrag bedeutende Fortschritte zum Abbau des „äußeren Demokratiedefizits“¹⁹¹ erzielt durch die Kompetenzerweiterung des einzig unmittelbar vom Bürger gewählten Organs. Durch die Ausdehnung des – das Europäische Parlament am intensivsten in die Legislative einbindenden – Mitentscheidungsverfahrens auf Maßnahmen zum Schutz der Umwelt gem. Art. 175 EG oder der Finanzinteressen der EG wäre eine Beteiligung eines Parlaments an Strafgesetzen prinzipiell gegeben. Die Mindestanforderungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht für eine demokratische Legitimation von Strafgesetzen, die die Lehre vom „*nulla poena sine lege parlamentaria*“ fordert, sind aber gleichwohl unterschritten: Es überwiegt weiterhin die dominierende Stellung des allenfalls mittelbar demokratisch legi-

timierten Rates bei der Rechtsetzung. Die Rolle des Europäischen Parlaments im Mitentscheidungsverfahren kann zum anderen noch nicht mit den Aufgaben, die Volksvertretungen üblicherweise besitzen, verglichen werden. Demnach wäre eine Strafrechtskompetenz der EG direkt damit verbunden, dass ein günstigstenfalls äußerst schwach demokratisch legitimiertes Organ, der Rat als schwerpunktmäßig zuständige Institution, die gesetzgeberische Entscheidung über diese Belange einer direkt legitimierten Volksvertretung, den nationalen Parlamenten, abnehmen könnte. Eine auch nur partielle Kompetenzübertragung hätte demnach unmittelbar eine Zuständigkeitsverschiebung der Legislative auf ein Organ der Exekutive für Materien zur Folge, die nach den Grundüberzeugungen der parlamentarischen Demokratien in den Kernbereich der Rechte des Parlaments fällt.

Die im Amsterdamer Vertrag vorgenommene Verlagerung von Kompetenzen zu Gunsten des Europäischen Parlaments, die auch als „*Legitimation durch Verfahren*“¹⁹² bezeichnet wird, kann jedoch nicht über die internen Defizite des Parlaments selbst hinwegtäuschen, die um vieles schwerer wiegen. Das Europäische Parlament genügt nämlich nicht nur wegen seines externen Demokratiedefizits den Mindestlegitimierungsanforderungen, die an Strafgesetze zu stellen sind, nicht. Das Organ läuft ferner sowohl hinsichtlich seiner Zusammensetzung als auch seines Zustandekommens den Grunderfordernissen der Demokratie zuwider. Man bezeichnet dieses zusätzlich hinzutretende Demokratiedefizit als struktureller Natur.

Die Verstöße gegen die Wahlrechtsgleichheit, die die Wahlentscheidung der Bürger Europas erheblich verzerren, sowie die zunehmende Bürgerferne der Europaabgeordneten schwächen die Legitimation des Parlaments. Einem bezüglich seiner Organisation den Grundanforderungen der Verfassungsprinzipien der Mitgliedsländer nicht gerecht werden- den Organ kann guten Gewissens keine Kompetenz für Rechtsakte zugestanden werden, die die Freiheit des Einzelnen gravierend einschränken können. Maßnahmen strafrechtlicher Natur können aufgrund des andauernden „doppelten“ Demokratiedefizits nicht im Rahmen von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ergehen. ■

¹⁹¹ Emmert, Europarecht, S. 195.

¹⁹² W. Wessels, Der Amsterdamer Vertrag – Durch Stückwerkreformen zu einer effizienteren, erweiterten und föderalen Union? Integration 1997, S. 117 (131).

Bilaterale Nichtüberstellungsabkommen der USA mit Signatarstaaten und Vertragsstaaten des IStGH und deren völkerrechtliche Vereinbarkeit mit dem Römischen Statut

Sarah Meding*

Einleitung

Die Beziehung der USA zu dem Internationalen Strafgerichtshof ist von jeher problematisch¹. Viele Stimmen im US-Kongress, Pentagon und der Administration sehen die Souveränität durch völkerrechtliche Verträge und Institute wie den IStGH als zu stark gefährdet an². Oberstes Ziel der US-Regierung war unter der Clinton-Administration der Schutz von US-Soldaten, verschärft unter der Bush-Administration, der Schutz amerikanischer Staatsbürger jeglicher Art vor einer Strafverfolgung durch den IStGH³. Die Intention der USA, „Staatsangehörige“ vor einer Gerichtsbarkeit des IStGH zu schützen, wurde zunächst versucht in Rom durchzusetzen. Beispielhaft dazu sind die Versuche, die Zuständigkeit des Gerichtshofes so begrenzt wie möglich zu halten, um die eigene Staatssouveränität unangetastet zu lassen⁴.

Durch die Ratifikation des Statuts sieht Art. 12 I IStGHG⁵ eine Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichtshofes für diese Staaten vor. Nach Art. 12 II setzt die Zuständigkeit des Gerichtshofes voraus, dass entweder der Territorialstaat, in dem das Verbrechen begangen wurde, oder der „Täterstaat“ Vertragspartei des IStGH ist.

Gemäß Art. 12 III kann der Gerichtshof auch zuständig sein, wenn ein Nichtvertragsstaat auf dessen Territorium ein Verbrechen begangen wurde, „*ad hoc*“ durch eine Erklärung die Gerichtsbarkeit anerkennt. Die Gerichtsbarkeit gilt gem. Art. 44 II der Verfahrensordnung des IStGH dann auch für den Nichtvertragsstaat.

Die USA bemängeln gerade die in Art. 12 geregelte allgemeine Jurisdiktion, die sich nicht wie gefordert auf den Sicherheitsrat stützt⁶. Durch diese ist eine Gerichtsbarkeit durch den IStGH auch gegenüber Staatsangehörigen von Nichtvertragsstaaten und somit gegen US-Staatsbürger theoretisch möglich⁷. Aufgrund des Risikos, welches bestehen könnte, falls ein US-Staatsbürger an Kriegsverbrechen beteiligt ist, sei der Art. 12 für die USA nicht akzeptabel⁸. Die Kritik der USA wird unter anderem damit begründet, dass ein Vertrag für einen Drittstaat weder Rechte noch Pflichten begründen kann⁹.

Das Komplementaritätsprinzip ist für die USA zu willkürlich, da die Entscheidung, ob ein Staat „willens“ ist, am Ende dem IStGH unterliegt und dies eine weitere Einschränkung der Souveränität des Staates ist, der die nationale Strafverfolgung ausgeübt hat¹⁰. Ergebnis der andauernden Bemühungen der USA, ihre Angehörigen aus der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes herauszunehmen, sind die bilateralen Nicht-Überstellungsabkommen.

* Die Autorin ist Studentin der Uni Hamburg (9. Semester) mit Schwerpunkt Europa & Völkerrecht. Sie hat 2007 den DRK Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht besucht.

¹ H. Van der Wilt, *Bilateral Agreements between the United States and State Parties to the Rome Statute, Are They Compatible with the Object and Purpose of the Statute*, in: *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), S. 96.

² A. Zumach, *Historisches Ereignis und diplomatisches Desaster der USA: Zur Gründung des Internationalen Strafgerichtshofes*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 3 (1998), S. 136; H.-P. Kaul, *Der Internationale Strafgerichtshof: Das Ringen um seine Zuständigkeit und Reichweite*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationszeitschrift* 3 (1998), S. 139; C. Kreß, *Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 3 (1998), S. 155.

³ C. Stahn, *Gute Nachbarschaft um jeden Preis? Einige Anmerkungen zur Anbindung der USA an das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 60 (2000), S. 633 f.; M. Biegi, *Die humanitäre Herausforderung: Der Internationale Criminal Court und die USA*, Baden-Baden 2003, S. 135.

⁴ Vgl. dazu H.-P. Kaul, *Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofes* in: *Vereinte Nationen* 6 (2001), S. 218 f.; M. Biegi, a.a.O. (Fn. 4), S. 156;

A. Zumach, a.a.O. (Fn. 3) S. 136; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 4) S. 635, 639; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 3) S. 139. C. Kreß, a.a.O. (Fn. 3) S. 157; C. Kreß, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 12 (2000), S. 618 f.

⁵ Weitere benannte Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes v. 17. Juli 1998, BGBl 2000 II, S. 1394.

⁶ H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 5), 2001, S. 218; J. Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut*, München 2003, S. 56.

⁷ Art. 12 ist ein Entgegenkommen gegenüber den USA. Vgl. H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 5), S. 218.

⁸ A. Kindt, *Die USA und der Internationale Strafgerichtshof*, in: *Kritische Justiz* 4 (2002), S. 434; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 141 ff.

⁹ Anzumerken ist, dass sich mit dieser Kritik viele beschäftigt und diese als nicht haltbar eingestuft haben. Vgl. C. Stahn, a.a.O. (Fn. 4), S. 642 ff.; J. Meißner, a.a.O. (Fn. 7), S. 56 ff.; C. Stahn, *Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: IntStGH*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 19 (1998), S. 587; A. Zimmermann/H. Scheel, *Zwischen Konfrontation und Kooperation. Die Vereinigten Staaten und der Internationale Strafgerichtshof*, in: *Vereinte Nationen* 4 (2002), S. 137 ff.

¹⁰ http://vienna.usembassy.gov/en/download/pdf/icc_pag.pdf

1. Bilaterale Nichtüberstellungsabkommen der USA

Nach Vorgaben des American Servicemembers' Protection Act (ASPS)¹¹ versuchen die USA weltweit durch bilaterale Nichtüberstellungsabkommen¹² eine mögliche Überstellung von US-Staatsangehörigen an den IStGH zu verhindern¹³. Ziel der amerikanischen Politik ist es, mit möglichst allen Mitgliedstaaten des IStGH solche Abkommen abzuschließen. Mittlerweile haben über 100 Staaten BIAs unterschrieben¹⁴. Die genaue Zahl ist auch für NGOs schwer auszumachen, da die Vertragsstaaten der USA, wie auch die USA selbst, nicht zu einer öffentlichen Bekanntmachung verpflichtet sind¹⁵.

Durch den ASPA ist die amerikanische Regierung berechtigt, Staaten, die keine BIAs abschließen wollen, militärische Hilfe zu entziehen¹⁶. Auch die mögliche Streichung von Wirtschafts- und Entwicklungshilfe wird als „Überzeugungshilfe“ der amerikanischen Regierung genutzt, um einen Vertragsabschluss zu erwirken¹⁷.

1.1 Vertragsarten

Im Kern enthalten BIAs das Verbot ohne Zustimmung der USA eine Person an eine Internationale Gerichtsbarkeit¹⁸, den IStGH, oder einem Drittstaat, der die Person dem IStGH ausliefern könnte¹⁹, zu überstellen.

Anfänglich der bilateralen Nichtüberstellungsabkommen werden noch völkerrechtliche Bekräftigungen festgehalten²⁰. Weiter wird in Erinnerung gerufen, dass der IStGH die nationale Gerichtsbarkeit nur ergänzen soll und diese nicht ersetzt. Es wird in einigen Verträgen zum Ausdruck gebracht, dass die USA die Absicht haben, im Falle eines der Verbrechen, die in den Zuständigkeitsbereich des IStGHs fallen und durch Staatsangehörige, -militär, -amtsträger und -vertragsverpflichtete begangen worden sein könnten, Ermittlungen einzuleiten und zu verfolgen²¹. Regelmäßig wird sich in den Verträgen auf Art. 98 II des Römischen Statuts berufen²². Die Verträge benötigen in der Regel eine Ratifizierung der Parteien, um in Kraft zu treten²³. Einige Verträge gelten bezüglich des Überstellungsverbots, nur für die USA²⁴, andere gelten für beide Vertragsparteien²⁵.

1.2 Berechtigung zum Abschluss von BIAs

Grundsätzlich gilt im Völkerrecht die Vertragsfreiheit, die als Abschlussfreiheit, Inhalts- und Formfreiheit gilt²⁶. Des Weiteren kann das Römische Statut als völkerrechtlicher Vertrag nur *inter partes*²⁷ Rechte und Pflichten schaffen.

Die Vereinigten Staaten haben ihre Unterschrift unter dem Römischen Statut zurückgezogen und sind nicht an dieses gebunden²⁸. Dies gilt ebenso für andere Staaten, die das Statut weder unterschrieben noch ratifiziert haben. Ein bilaterales Abkommen zwischen zwei Nichtvertragsstaaten, mit dem Ziel, Überstellungen von Tatverdächtigen an den Internationalen Strafgerichtshof zu verhindern, ist sowohl völkerrecht-

lich als auch in Bezug auf das Römische Statut unproblematisch, da beide Staaten keine vertragliche Bindung zum Statut haben²⁹.

1.3 BIAs mit Signatar- und Vertragsstaaten des IStGH

Nach Auffassung der USA sind die BIAs durch den Art. 98 II des Statuts, der in diesen regelmäßig genannt wird, rechtlich zulässig³⁰. Aus diesem Grund werden diese Abkommen auch „Art. 98 Agreements“ genannt. Es sollen damit Abkommen mit „Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften“ im Sinne des Art. 98 II sein³¹ und damit auch im Bezug auf das Völkerrecht zulässig³².

1.3.1 Vereinbarkeit der BIAs mit Art. 98 II

Nach Art. 98 II ist der IStGH verpflichtet von einem Überstellungsersuchen abzusehen, wenn die Überstellungspflicht

¹¹ Im Juli 2002 wurde der ASPA verabschiedet und am 02.08.2002 von Präsident Bush unterzeichnet. Gegenstand des ASPA ist die gesetzliche Verpflichtung der US-Regierung, jedwede Zusammenarbeit mit dem Strafgerichtshof zu unterlassen. Verschiedenste Maßnahmen sollen US-Staatsbürger vor einer Strafverfolgung durch den IStGH schützen.

¹² Im Folgenden BIAs genannt.

¹³ Internes Gutachten des Rechtsdienstes der EU-Kommission in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 17 (2002), S. 469.

¹⁴ Vgl. www.amicc.org/usinfo/administration_policy_BIAs.html#countries; www.state.gov/r/pa/prs/ps/2005/45573.htm.

¹⁵ <http://usinfo.state.gov/topical/rights/03070201.htm>.

¹⁶ www.iccnw.org/?mod=bia; www.amicc.org; A. Kindt, a.a.O. (Fn. 9), S. 430.

¹⁷ P. Schneider in: Frieden durch Recht, Baden-Baden 2003, S. 184.

¹⁸ Vgl. den Vertrag der USA mit Indien unter www.amicc.org.

¹⁹ Vgl. den Vertrag zwischen den USA und Rumänien www.amicc.org.

²⁰ Die Parteien bekräftigen, dass sie für die Ermittlung und Verfolgung derer sind, die Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen begangen haben.

²¹ Vertragsmuster in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 23 (2002), S. 664; Proposed Text of Art. 98 Agreements with the United States unter: www.amicc.org; vgl. Vertrag zwischen den USA und Albanien/Rumänien.

²² Vgl. Vertrag zwischen den USA und Rumänien.

²³ Vgl. Proposed Text of Art. 98 Agreements with the United States unter: www.amicc.org.

²⁴ Vgl. den Vertrag zwischen den USA und Rumänien.

²⁵ www.iccnw.org/?mod=bia; M. Biegi, S. 155; vgl. den Vertrag zwischen den USA und Indien unter: www.amicc.org.

²⁶ T. Stein/C. von Buttlar in: *dieselb.* Völkerrecht, 11. Auflage, Köln 2005, S. 15 Rn.: 39; K. Doehring in: *ders.* Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, S. 145 Rn.: 327

²⁷ Art. 34 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 926.

²⁸ A. Zimmermann/H. Scheel, a.a.O. (Fn. 10), S. 143; A. Zimmermann, Der Internationale Strafgerichtshof Fünf Jahre nach Rom, Fachtagung 2003 Berlin, unter: <http://amnesty.21publish.de>.

²⁹ A. Zimmermann/Scheel, a.a.O. (Fn. 10) S. 143.

³⁰ <http://www.state.gov/t/pm/art98/>.

³¹ <http://www.state.gov/t/pm/art98/>; T. Stein, Bilateral Immunity Agreements der USA und Art. 98 des Rom-Statuts, in: G. Ress, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für G. Ress zum 70. Geburtstag, Köln 2005, S. 295.

³² A. Zimmermann, a.a.O. (Fn. 29).

gem. Art. 89 I S. 2 mit Verbindlichkeiten des Vertragsstaates gegenüber einem anderen Staat kollidieren würde³³.

Entscheidend, ob ein bilaterales Nichtüberstellungsabkommen mit dem Römischen Statut im Einklang steht, ist Ziel und Zweck des Statuts.

Der Präambel nach verfolgt das Römische Statut das Ziel und den Zweck schwerste Verbrechen, die den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt bedrohen, nicht ungestraft zu lassen und ihre wirksame Verfolgung zu gewährleisten³⁴. Hinzu kommen Art. 1 und 17 nach denen der IStGH die innerstaatliche Gerichtsbarkeit ergänzt und befugt ist, seine Gerichtsbarkeit bei schwersten Verbrechen von internationalem Belang über Personen auszuüben, unter den Voraussetzungen des Art. 17, der die Zuständigkeitsbedingungen weiter definiert. Damit ist das Ziel, derartige Straftäter nicht ungestraft zu lassen, eng mit dem Komplementaritätsprinzip aus Art. 17 verbunden und der Subsidiarität der Jurisdiktion des IStGH nach Art. 1.

Die Staaten selbst sollen die Verfolgung und Anklage des „Täters“ zuallererst übernehmen. Um das Ziel und den Zweck des ICC zu erfüllen, kommt es darauf an, inwieweit die Staaten ihre Verpflichtungen gegenüber dem Statut erfüllen, besonders in Bezug auf die Kooperationspflicht³⁵.

Nach Art. 86, 88 und 89 I S.2 sind Vertragsstaaten zu einer vollen Kooperation bezüglich der Ermittlung und Verfolgung von Verbrechen, die in die Zuständigkeit des IStGH fallen, verpflichtet³⁶. Der Gerichtshof hat gem. Art. 87 I a) das Recht den Vertragsstaat der Kooperation zu ersuchen. Art. 89 I S.1 ermächtigt den Gerichtshof an jeden Staat, auf dessen Territorium der mutmaßliche Täter sich befindet, ein Ersuchen nach dessen Verhaftung und Überstellung zu übermitteln. Diesem Ersuchen haben die Vertragsstaaten des Statuts gem. Art. 89 I S.2 entsprechend ihrer nationalen Verfahrensregeln Folge zu leisten.

Art. 98 II trägt dem Souveränitätsinteresse der Staaten Rechnung, in dem er eine völkerrechtliche Pflichtenkollision des ersuchten Staates auflösen soll. Er erfordert die Zustimmung eines anderen Staates („sending State“), zur Überstellung an den Gerichtshof und ist damit ein Überstellungsverbot für den ersuchten Vertragsstaat.

Dem Wortlaut des Art. 98 II sind keinerlei Pflichten für den Vertragsstaat zu entnehmen³⁷ und auch kein Verbot für den Vertragsstaat ein Abkommen abzuschließen, welches ihn davon abhalten könnte, einem Ersuchen nach Art. 89 I nicht zu entsprechen³⁸. Stattdessen wird durch Art. 98 II der Anwendungsbereich des Gerichtshofes bezüglich eines Überstellungsersuchens definiert³⁹.

1.3.2 Anwendungsbereich des Art. 98 II

Art. 98 II kommt zur Anwendung, wenn der ersuchte Vertragsstaat durch ein Abkommen mit dem Entsendestaat verpflichtet wird, nicht ohne dessen Zustimmung den Strafverfolgten dem IStGH zu überstellen⁴⁰. Es wird also nur auf die

Verpflichtung des Vertragsstaates abgestellt. Dies wird auch nicht durch die Verfahrensregel 195 II ausgeweitet. Zwar ist ihrem Wortlaut nicht zu entnehmen, wessen internationale Verpflichtungen gemeint sind⁴¹, die Regel bezieht sich jedoch auf Art. 98 II. Auch hat nach Art. 51 V bei einem Widerspruch zwischen Statut und Verfahrensregel, das Statut Vorrang. Der Anwendungsbereich des Art. 98 II ist auf die Verpflichtungen des Vertragsstaates bezogen⁴².

1.3.2.1 Die zeitliche Vereinbarkeit von BIAs

Die wohl herrschende Ansicht der Literatur lässt die Anwendung des Art. 98 II nur für Abkommen gelten, die vor einer Unterzeichnung oder Ratifikation abgeschlossen worden sind. Nur bereits existierende Abkommen sind danach i.S.v. Art. 98 II zulässig⁴³.

Nach Art. 31 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) ist Auslegungsausgangspunkt der Wortlaut des Vertrages, jedoch ist dieser immer im Gesamtkontext des Vertrages auszulegen⁴⁴. Der Wortlaut selbst bezieht sich in keiner Weise auf eine zeitliche Begrenzung. Damit erfasst Art. 98 II alle einschlägigen Abkommen, unabhängig davon wann sie geschlossen wurden⁴⁵. So besteht jedoch ein Widerspruch zwischen Art. 98 II und den anderen Bestimmungen des Teil 9, z.B. Art. 90 VI und 93 III die nur bei bereits „bestehenden“ Abkommen Anwendung finden. Jedoch kann nicht aufgrund

³³ *“The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender.”*

³⁴ Absatz 4 und 5 der Präambel des Römischen Statuts, a.a.O. (Fn. 6.).

³⁵ Vgl. das interne Gutachten der Kommission a.a.O. (Fn. 14), S. 469 und die Leitprinzipien zum Abschluss von BIAs der EU in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 23 (2002), S. 665.

³⁶ T. Maikowski in: Staatliche Kooperationspflichten gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof, Berlin 2002, S. 207

³⁷ J. Meißner, a.a.O. (Fn. 7), 2003, S. 131.

³⁸ J. Crawford/P. Sands/R. Wilde, In the Matter of the Statute of the International Criminal Court and in the Matter of Bilateral Agreements sought by the United States under Article 98(2) of the Statute, unter: <http://www.amicc.org>, S. 10; T. Stein, a.a.O. (Fn. 32), S. 302.

³⁹ J. Crawford/P. Sands/R. Wilde, a.a.O. (Fn. 39), S. 10.

⁴⁰ C. Kreß in: H. Grützner/P-G. Pötz, Vorbemerkung Internationaler Strafgerichtshof in: Internationaler Rechtshilfeverkehr in: Strafsachen Loseblattsammlung, Band 4, Heidelberg, S. 130 f.

⁴¹ Vgl. Verfahrensregel 195 II des Römischen Statuts; T. Maikowski, a.a.O. (Fn. 37), S. 210 f.

⁴² J. Meißner, a.a.O. (Fn. 7), S. 126.

⁴³ K. Prost/A. Schlunck in: O. Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : observers' notes, article by article, Baden-Baden 1999, S. 1133 Rn.: 6; T. Meißner, a.a.O. (Fn. 7), S. 126; K. Ambos in: ders., Internationales Strafrecht, München 2006, S. 294; H. Van der Wilt, a.a.O. (Fn. 2) S. 105; O. Fixson in: S. Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe, Baden-Baden 2005, S. 226; C. Kreß, a.a.O. (Fn. 41), S. 132 f. Rn.: 249; J. Herbst, Immunität von Angehörigen der US-Streitkräfte vor der Strafverfolgung durch den IStGH?/Zu Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 21 (2002), S. 583.

⁴⁴ T. Stein/Ch. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 27), S. 27 Rn.: 83.

⁴⁵ T. Maikowski, a.a.O. (Fn. 37), S. 206.

der anderen Normen eine zeitliche Begrenzung in Art. 98 II hineingelesen werden.

Die Ausnahme für Staaten, einem Überstellungsersuchen nicht Folge leisten zu müssen, ist zum Schutze des Vertragsstaats eingeführt worden. Dementsprechend wäre es fragwürdig, ob der Schutz der Staaten bei Verträgen Anwendung findet, die „vor“ einer Signatur oder Ratifikation des Statuts geschlossen worden sind. Schließlich werden Staaten nach einem Statutsbeitritt noch z.B. Truppenstationierungsabkommen schließen.

Eine Einschränkung des Wortlauts kann damit nicht begründet werden⁴⁶. Eine Begrenzung der rechtmäßigen Vertragsabschließung auf den Zeitpunkt vor der Unterschrift oder Ratifikation ist durch Art. 98 II nicht gegeben.

1.3.2.2 Der Personenkreis der Abkommen

BIAs enthalten regelmäßig den Begriff „Person“, der in einem weiteren Absatz weitreichend definiert ist als US-Militärs, US-Staatsangehörige, offizielle Personen der Regierung und Personen, die unter einem Vertrag der USA in dem jeweiligen Staat arbeiten.

Nach einigen Ansichten in der Literatur ist Art. 98 II jedoch nur in Bezug auf die Status of Forces Agreements⁴⁷ eingeführt worden⁴⁸. Diese sind Truppenstationierungsabkommen in denen Militärangehörige nicht der Strafjustiz des Staates unterliegen, in dem sie stationiert sind⁴⁹. Begründet wird dies mit dem Begriff „sending State“, der in den SOFAs verwendet wird⁵⁰.

Die heutige Bush-Administration definiert den Ausdruck Entsendestaat als „State of nationality“⁵¹ und meint damit auch „contractors“.

Betrachtet man den Wortlaut des Art. 98 II, so ist keine Spezifizierung der Art von völkerrechtlichen Übereinkünften genannt. Der Ausdruck Entsendestaat wird im Statut nicht weiter ausgeführt. Art. 98 II verlangt, dass die Person, welche überstellt werden soll, sich auf dem Territorium des um Überstellung ersuchten Staates befindet. Insofern deckt sich der Begriff Entsendestaat in Art. 98 II mit den SOFAs und mit der Definition der USA.

Der Begriff wird ebenso in dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) und dem Wiener Übereinkommen über Konsularische Beziehungen (WÜK) verwendet, aber nicht definiert⁵². Wie oben angeführt, wird der Begriff in den SOFAs verwendet. In dem Nato-Truppenstatut in Art. 1 b) wird der Entsendestaat als der Vertragsstaat, dem die Truppen angehören, definiert⁵³. In Art. 1 a) wird der Begriff „Truppen“ erläutert. Damit sind Angehörige des Entsendestaates, die sich aufgrund eines offiziellen Auftrags in dem anderen Staat aufhalten, gemeint⁵⁴. Dies bezieht sich nach Art. 1 a) und b) auch auf Zivilpersonen, die die Truppen begleiten, oder sich in einer Arbeitnehmersituation bezüglich eines bewaffneten Einsatzes des Entsendestaates in dem anderen Land aufhalten.

Aufgrund dieser Definitionen und dem Anwendungsbereich des Begriffs „Entsendestaat“ in den unterschiedlichen völkerrechtlichen Abkommen ist auszuschließen, dass „Personen“ allgemein alle Staatsangehörigen des Entsendestaates sind, z.B. Touristen oder private Arbeitnehmer⁵⁵. Die Auslegung der USA geht insofern zu weit.

Die entsendete Person benötigt eine spezielle Beziehung zu dem Entsendestaat. Es ist angesichts der Anwendung des Begriffs „Entsendestaat“ in anderen Verträgen deutlich, dass der Anwendungsbereich des Art. 98 II sich nur auf Personen erstreckt, die aufgrund eines offiziellen Auftrags sich in dem Gebiet des um Überstellung ersuchten Staates aufhalten⁵⁶. Der Entsendestaat muss die Person offiziell entsendet haben.

Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich des Art. 98 II nicht nur auf SOFAs. Er ist jedoch so eng gefasst, dass BIAs mit ihrer weiten Definition von „Personen“ nicht darunter fallen.

1.3.2.3 Völkerrechtliche Berechtigung von Signatarstaaten

Eine rechtliche Bindungswirkung des Vertrages, der eine Ratifikation benötigt, wird durch eine Unterschrift nicht herbeigeführt⁵⁷. Möglich könnte daher lediglich ein Verstoß gegen völkerrechtliche „Vorvertragspflichten“⁵⁸ durch ein BIA sein.

Nach Art. 18 WVK ist ein Staat nach Unterzeichnung verpflichtet, nichts zu unternehmen, was die spätere Vertragser-

⁴⁶ J. Crawford/P. Sands/R. Wilde, a.a.O. (Fn. 39), S. 18; andere Ansicht: T. Stein, a.a.O. (Fn. 32), S. 301.

⁴⁷ Folgend SOFAs.

⁴⁸ C. Kreß, a.a.O. (Fn. 41), S. 131 f.; K. Schlunck/A. Prost, a.a.O. (Fn. 44), S. 1133 Rn.: 16; T. Maikowski, a.a.O. (Fn. 37), S. 206.

⁴⁹ D. Scheffer, Article 98 (2) of the Rome Statute: America's Original Intent, in: Journal of International Criminal Justice 3 (2005), S. 338 ff.; 349.

⁵⁰ EU-Kommission a.a.O. (Fn. 14.), S. 469 f.; A. Kindt a.a.O. (Fn. 9), S. 430.

⁵¹ *Id.*, S. 348.

⁵² Z.B. Art. 2 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen v. 18. April 1963, BGBl 1964, S. 959 und Art. 9 Wiener Übereinkommen über Konsularische Beziehungen v. 24. April 1963, BGBl 1969 II, S.1585.

⁵³ „*‘sending State’ means the Contracting Party to which the force belongs*“.

⁵⁴ „*‘force’ means the personel belonging to the land, sea or air armed services of one Contracting Party when in the territory of another Contracting Party in the North Atlantic Treaty area in connexion with their official duties, provided that the two Contracting Parties concerned may agree that certain individuals, units or formations shall not be regarded as constituting or included in a ‘force’ for the purpose of the present Agreement*“.

⁵⁵ M. Benzinger, US Bilateral Non-Surrender Agreements and Art. 98 of the Statute of the International Criminal Court, in: Max Planck United Nations Yearbook 8 (2004), S. 213; J. Crawford/P. Sands/R. Wilde, a.a.O. (Fn. 39), S. 20.

⁵⁶ *Ibid.*; B. Sendel, Bilaterale Nichtüberstellungsabkommen der Vereinigten Staaten und Art. 98 Abs. 2 des Römischen Statuts zur Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 3 (2007), S.121 f.

⁵⁷ H. von Heinegg in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Auflage, München 2004, S. 131, Rn.: 16.

⁵⁸ A. Bleckmann in: ders., Völkerrecht, Baden-Baden 2001, S. 106 Rn.: 297.

füllung erschweren oder unmöglich machen⁵⁹, und Maßnahmen zu unterlassen, die Ziel und Zweck des Vertrages entgegenlaufen würden⁶⁰. Diese Bindung entfällt nur, wenn der Staat bekannt gibt, dass er den Vertrag nicht mehr ratifizieren wird⁶¹.

Ziel und Zweck eines Vertrages sind nach dem objektiven Ansatz aus dem operativen Vertragstext, der Präambel und eventuellen Zusammenhängen zu ermitteln⁶².

Ziel und Zweck des Römischen Statuts ist es, schwerste Verbrechen, die den Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Welt bedrohen, nicht ungestraft zu lassen und ihre wirksame Verfolgung zu gewährleisten⁶³. Die Verwirklichung des Römischen Statuts setzt die Überstellung von Tatverdächtigen voraus, wenn die Zuständigkeit des IStGH greift. Diese ist eine wesentliche Pflicht der Staaten, zur Erfüllung dieses Zieles gem. Art. 89 I S.2 dem Überstellungsersuchen des IStGH nachzugehen.

Kerngegenstand der bilateralen Verträge ist, die Nichtüberstellung von Angehörigen an den IStGH, wenigstens nicht ohne die Zustimmung des Heimatstaates. BIAs der Signatarstaaten des IStGH könnten, und sollen nach Intention der USA, einer wirksamen Verfolgung und Bestrafung durch den IStGH entgegenstehen. Nach einigen Ansichten stehen sie somit dem Ziel und Zweck des Römischen Statuts entgegen⁶⁴.

Der IStGH ist jedoch nur subsidiär zuständig. Wenn die Gerichtsbarkeit des IStGH als Ergebnis einer Übereinkunft verhindert wird, ist damit noch nicht das Ziel wirksam vereitelt. Dies wäre erst gegeben, wenn auch eine nationale Gerichtsbarkeit ausgeschlossen worden wäre. Diese müsste, um endgültig das Ziel zu vereiteln, auch für beide Staaten gelten. In den Verträgen wird jedoch regelmäßig bekräftigt, im Falle von Verbrechen durch „Personen“, die in die Zuständigkeit des IStGH fallen, Ermittlungen einzuleiten und sie zu verfolgen. Eine Strafverfolgung soll nicht ausgeschlossen werden.

Das Ziel des Statuts ist durch derartige Abkommen also nicht vollends vereitelt. Damit kann allein aufgrund eines Abkommens, das eine Überstellung an den IStGH verhindert, nicht von einem Entgegenstehen des Ziels des Römischen Statuts gesprochen werden.

Andererseits ist hier eine Strafverfolgung auch nicht klar sichergestellt. Der Vertrag verpflichtet nicht allgemein zu einer Verfolgung der mutmaßlichen Täter, sondern nur, wenn die jeweils verpflichtete Vertragspartei eine Handlung ihrer Person als dem Tatbestand angemessen betrachtet. Ein BIA kann als solches nicht als Vereitelung des Ziels und Zwecks des Statuts betrachtet werden. Vielmehr muss je nach Fallsituation entschieden werden, ob der Signatarstaat durch das Abkommen, eine Straffreiheit und Nichtverfolgung des mutmaßlichen Täters sichergestellt hat. Dann würden die Signatarstaaten durch ein BIA dem Zweck und Ziel des IStGH entgegenstehen und gegen völkerrechtliche Vorvertragspflichten gem. Art. 18 WVK verstoßen⁶⁵.

1.3.3 Völkerrechtliche Berechtigung von Vertragsstaaten

Vertragsparteien sind zu einer Kooperation mit dem IStGH verpflichtet. Dies ist als eine der Hauptpflichten gegenüber dem IStGH anzusehen, da dieser mangels eigener Polizei oder Ähnlichem auf die Hilfe der Vertragsstaaten zur Erfüllung des Zieles des Statuts, der Verfolgung und Anklage von Personen die schwerste Verbrechen begangen haben, angewiesen ist. Aus Art. 89 I S. 2 gilt die Pflicht für die Vertragsparteien dem Ersuchen des IStGHs nach Überstellung des mutmaßlichen Täters zu entsprechen. Eine Ausnahme davon gilt nach Art. 98 II für entgegenstehende völkerrechtliche Verpflichtungen. Wie oben jedoch ausgeführt, fallen die bilateralen Nicht-Überstellungsabkommen der USA jedoch nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 98 II.

Damit könnte ein BIA den Vertragsstaat entgegen einer seiner Hauptpflichten stehen und von der Erfüllung des Vertrages (dem Statut) abhalten.

In Kraft getretene Verträge binden die Vertragsparteien, es gilt, den Vertrag gem. § 26 WVK zu erfüllen⁶⁶. Ein Vertragsstaat ist durch den Treu- und Glaubensgrundsatz nicht nur zur Erfüllung seiner Haupt- und Nebenpflichten verpflichtet, sondern hat auch Vertragsabschlüsse zu unterlassen, die im Widerspruch zu den vorherigen Verträgen stehen⁶⁷. Beide Verträge enthalten widersprüchliche Verpflichtungen, die je nachdem, welche Verpflichtung durch den Staat erfüllt wird, zu einer Vertragsverletzung des anderen Vertrages führt. Je nachdem, wie sich der Vertragsstaat entscheidet, könnte er somit entgegen der Vertragspflicht einer der Verträge handeln. Es kann sich dann um eine völkerrechtliche Vertragskonkurrenz handeln.

1.3.3.1 Vertragskonkurrenz

Eine Vertragskonkurrenz ist als Unterfall der Normenkonkurrenz im Völkerrecht anerkannt⁶⁸. Dies geht aus dem Anspruch hervor, dass auch die Völkerrechtsordnung eine wi-

⁵⁹ O. Kimminich/S. Hobe in: dieselb., Einführung in das Völkerrecht, 8. Auflage, Tübingen 2004, S. 203.

⁶⁰ A. Bleckmann, a.a.O. (Fn. 59), S. 106 Rn.: 297.

⁶¹ K. Doehring, a.a.O. (Fn. 27), S. 150 Rn.: 338.

⁶² H. von Heinegg, a.a.O. (Fn. 58), S. 143 Rn.: 15.

⁶³ Absatz 4 und 5 der Präambel des Römischen Statuts a.a.O. (Fn. 6).

⁶⁴ <http://www.hrw.org/german/justice/rechtlicheanalyse.html>; G. Werle in: ders., Völkerstrafrecht, 2. Auflage, Tübingen 2003, S. 177 Rn.: 460.

⁶⁵ H. Däubler-Gmelin, Die Stärke des Rechts im Zeitalter der Globalisierung – Beginn der Arbeit des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 737; K. Ambos, a.a.O. (Fn. 44), S. 294 Rn.: 68; J. Meißner, a.a.O. (Fn. 7), S. 127; <http://www.hrw.org/german/justice/rechtlicheanalyse.html>.

⁶⁶ M. Herdegen in: ders., Völkerrecht, 6. Auflage, München 2007, S. 115 Rn.: 16.

⁶⁷ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum in: dieselb., Völkerrecht, 2. Auflage, Berlin 2002, S. 602.

⁶⁸ Id., S. 681.

derspruchsfreie Rechtsordnung sein sollte, schon allein aus rechtspragmatischen Gründen und in Anbetracht der großen Zahl an vertragsfähigen Völkerrechtssubjekten⁶⁹.

Voraussetzung einer Vertragskonkurrenz ist, dass die Verträge wirksam sind und sich auf denselben Lebenssachverhalt beziehen. Weiter darf keine kollisionsauflösende Auslegung möglich sein⁷⁰.

Wie vorhergehend angeführt, handelt es sich bei beiden Verträgen um denselben Vertragsgegenstand, der Nicht-/Überstellungspflicht der vom IStGH strafverfolgten Person. Die Wirksamkeit beider Verträge wird als gegeben betrachtet.

Fraglich ist, ob eine kollisionsauflösende Auslegung möglich ist.

Gem. Art. 31 I WVK ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zwecks auszulegen. Entsprechend der Kommentierung der International Law Commission (ILC) ist die wörtliche Auslegung zusammen mit der teleologischen und systematischen Methode als ein einheitlicher Vorgang anzuwenden⁷¹.

Nach Art. 31 WVK ist für die Auslegung des Vertrags, der Zusammenhang, der Vertragswortlaut mitsamt Präambel und Anlagen bedeutsam. Ebenso sind nach Art. 32 WVK unter Umständen vorbereitende Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen.

Ziel des Römischen Statuts ist eine wirksame Verfolgung und Bestrafung der speziellen Verbrechen zu gewährleisten. Hauptpflicht der Vertragsparteien ist es, mit dem IStGH bei seiner Zielerfüllung zu kooperieren. Dazu gehört auch die Verpflichtung, einem Überstellungsersuchen des Gerichtshofes Folge zu leisten.

Dagegen ist Ziel und Zweck der BIAs „Angehörige“ der USA vor einer Strafverfolgung durch den IStGH zu schützen. Die Vertragspflicht ist, die Nichtüberstellung von „Personen“ an den IStGH oder an einen Drittstaat der die Person an den IStGH überstellen könnte. Eine völkerrechtskonforme Auslegung dahingehend, dass die späteren Abkommen die zuvor eingegangenen spezielleren Regeln unberührt lassen⁷², ist nicht möglich. BIAs zielen genau auf die gegenteilige Spezialregelung des Statuts ab und sollen die Pflichterfüllung gegenüber dem Statut verhindern.

Die Verpflichtungen aus den Verträgen sind damit nicht kollisionslösend auszulegen. Eine entsprechende Klausel, die den Widerspruch der Vertragspflichten lösen könnte, ist nicht gegeben, da in den bilateralen Verträgen der USA keine enthalten sind und Art. 98 II des Statuts auf die Verträge der USA nicht anwendbar ist.

Es besteht damit eine Vertragskonkurrenz zwischen dem Statut und den BIAs.

1.3.3.2 Lösung der Vertragskonkurrenz

Um eine Vertragskonkurrenz zu lösen, haben sich verschiedene Lösungswege entwickelt.

Für den Fall, dass eine Klausel, die den Widerspruch von Verträgen lösen könnte, fehlt, gelten in der Regel gewohnheitsrechtliche Regeln⁷³.

Nach der *lex posterior*-Regel werden widersprüchliche Verpflichtungen aus Verträgen zwischen denselben Vertragsparteien gelöst⁷⁴. Diese Regel wird in Art. 30 III WVK bestätigt. Da die USA jedoch nicht Vertragspartei des Römischen Statuts sind, kommt eine Anwendung dieser Regel hier nicht in Betracht.

Grundsätzlich gilt für Verträge mit sich widersprechenden Pflichten gegenüber verschiedenen Staaten, Gleichrangigkeit der Verträge, unabhängig davon, wann welcher geschlossen worden ist⁷⁵. Der Staat, der Partei beider Verträge ist, wäre demnach allen Vertragspartnern völkerrechtlich verantwortlich und müsste für entstehende Vertragsverletzungen haften⁷⁶. Damit würden sowohl das Statut als auch die BIAs nebeneinander stehen. Ein Vertragsstaat des Statuts würde je nach Handlung gegen einen Vertrag verstoßen.

Fraglich ist, ob es gerade in Bezug auf das Römische Statut nicht andere völkerrechtliche Lösungen der Konkurrenz geben könnte.

Im Völkerrecht sind Anfangs des 20. Jahrhunderts auch Meinungen vertreten, dass Staaten durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge ihre Vertragsfähigkeit dahingehend einschränken, dass sie keine neuen Verpflichtungen eingehen können, die ihren früheren Vertragspflichten widersprechen⁷⁷. Folge zweier unvereinbarer Verträge ist diesem Ansatz folgend, dass der spätere Vertrag nicht zur Anwendung kommt⁷⁸. Aufgrund der Verpflichtung, Verträge einzuhalten, seien die Verträge, die dieser Verpflichtung entgegen laufen, als nichtig anzusehen⁷⁹. Diese Ansicht konnte sich jedoch in den Beratungen der ILC zu Kodifikation nicht weiter durchsetzen⁸⁰.

Gegenwärtig hat das hierarchische Prinzip auch durch Eingang in die WVK die größte Bedeutung. Die WVK vollzieht das hierarchische Prinzip in Art. 53 WVK indem sie Verträge die gegen *ius cogens* verstoßen als nichtig ansieht.

Nach Art. 30 I gelten die Regeln der WVK für widersprüchliche Verträge nur vorbehaltlich des Art. 103 UN-Charta, welcher der Charta einen umfassenden Vorrang vor konkurrierenden Vertragsverpflichtungen der UN-Mitglieder einräumt⁸¹. Dies gilt auch bei Verträgen zwischen UN-Mitglied-

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Id., S. 682.

⁷¹ H. von Heinegg, a.a.O. (Fn. 58), S. 141 Rn.: 12.

⁷² T. Stein/S. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 27), S. 38 f Rn.: 110.

⁷³ H. von Heinegg, a.a.O. (Fn. 58), S. 155 Rn.: 18.

⁷⁴ T. Stein/S. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 27), S. 39 Rn.: 109.

⁷⁵ H. von Heinegg, a.a.O. (Fn. 58), S. 156 Rn.: 20.

⁷⁶ T. Stein/S. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 27), S. 39 Rn.: 110.

⁷⁷ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 68), S. 682.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Id., S. 685.

⁸¹ T. Stein/S. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 27), S. 39 Rn.: 111.

staaten, die einen Vertrag mit einem Nichtmitglied abgeschlossen haben, der zu einer Vertragskonkurrenz bezüglich der jeweiligen Pflichten führt. In den Beratungen der Charta 1945 wurde damals eine mögliche Kollision von Art. 103 und dem *pacta tertiis*-Prinzip gesehen, jedoch als nicht hinnehmbar erachtet, dass Mitgliedsstaaten durch Verträge mit Nichtmitgliedstaaten Ziele und Aufgaben der Vereinten Nationen unterlaufen⁸². Da die Charta als höherrangig angesehen wird, ist der Ansicht auch zu folgen, dass der Charta entgegenstehende Verträge als beendet oder nichtig anzusehen sind⁸³.

Diesbezüglich könnte auch anderen multilateralen Verträgen eine Höherrangigkeit zukommen, die eine Nichtigkeit von nachträglichen, konkurrierenden Verträgen zur Folge oder zumindest Unanwendbarkeit nachstehender Verträge hat, auch ohne Vorrangklausel⁸⁴. Eine Höherrangigkeit eines multilateralen Vertrags kommt in Betracht, wenn der Vertrag grundlegende ordnungsrechtliche Bedeutung innehat. Dieser muss dann auf den Schutz überragender Gemeinschaftsgüter, -werte und -ziele gerichtet sein⁸⁵.

Ein solcher Vertrag hat dann für die gesamte Staatengemeinschaft *erga omnes* Bedeutung und soll nicht nur *inter partes* gelten⁸⁶.

Dies könnte hier auf das Römische Statut des IStGH zutreffen. Das Römische Statut hat sich zum Ziel gesetzt, völkerrechtliche Verbrechen nicht ungestraft zu lassen und ihre Verfolgung zu gewährleisten. Damit soll ein überragendes Gemeinschaftsziel sichergestellt werden. Durch das Statut wird in der Staatengemeinschaft auch eine objektive und internationale Ordnung geschaffen, nämlich dass ein Täter, der ein schwerwiegendes völkerrechtliches Verbrechen begangen hat, in jedem Falle angeklagt und bestraft werden kann, auch und gerade wenn nationale Gerichtsbarkeiten dies nicht gewährleisten können. Damit hat das Statut eine überragende Bedeutung im internationalen Interessensgefüge, die auch nicht angezweifelt wird.

Eine echte *erga omnes* Wirkung hat es jedoch nicht. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs beginnt erst, wenn die nationalen Gerichtsbarkeiten „versagen“. Weiter gelten die obigen genannten Pflichten nur für Vertragsstaaten, nicht für Signatarstaaten oder Drittstaaten⁸⁷.

Eine hierarchische Überordnung des Römischen Statuts ist nur aus der außergewöhnlichen Bedeutung des IStGH für die internationale Gemeinschaft abzuleiten. Dadurch erwirkt das Statut seinen Vorrang in der völkerrechtlichen hierarchischen Prinzipienordnung.

Rechtsfolge ist damit für konkurrierende Verträge deren Unanwendbarkeit gegenüber dem höherrangigen Vertrag⁸⁸. BIAs sind somit gegenüber dem Römischen Statut nachrangig. Sie sind für einen Vertragsstaat des IStGH nicht anwendbar, aber nicht nichtig.

2. Ergebnis und Stellungnahme

Die USA und Nichtvertragsstaaten sind untereinander zum Abschluss von Nichtüberstellungsabkommen berechtigt.

Die bilateralen Nicht-Überstellungsabkommen der USA definieren den Personenkreis, für den ein Überstellungsverbot an den IStGH gilt, zu weit und definieren auch den Begriff Entsendestaat damit falsch. Aus diesem Grund fallen sie nicht in den Anwendungsbereich des Art. 98 II. BIAs sind damit keine völkerrechtlichen Verpflichtungen i.S.v. Art. 98 II und können keinen Schutz von Vertragsstaaten, die ein solches Abkommen geschlossen haben, vor einer Pflichtenkollision gewähren. Der IStGH darf angesichts Art. 98 II ein Überstellungsersuchen an einen Vertragsstaat richten, ohne die Zustimmung der USA, mit dem der Vertragsstaat ein BIA abgeschlossen hat. Der Vertragsstaat hat dann seine Pflicht aus Art. 89 I S.2 zu erfüllen.

Ein Signatarstaat des Statuts darf ein solches Abkommen mit den USA schließen, wenn dieser verkündet hat, das Statut nicht mehr ratifizieren zu wollen. Ein Signatarstaat handelt entgegen seinen völkerrechtlichen Vorvertragspflichten und damit entgegen Ziel und Zweck des Römischen Statuts, wenn durch ein bilaterales Nicht-Überstellungsabkommen die endgültige und subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 17 verteilt wird.

Wenn Vertragsstaaten ein bilaterales Nichtüberstellungsabkommen mit den USA geschlossen haben, besteht zwischen den beiden Abkommen eine Vertragskonkurrenz. Diese wird aufgrund des Vorrangs des Statuts nach dem hierarchischen Prinzip des Völkerrechts aufgelöst. Das Römische Statut ist aufgrund seines Zieles und Zwecks von hoher internationaler Bedeutung und Höherrangigkeit. Es hat gegenüber kollidierenden Verträgen Vorrang. Ein BIA ist für den Vertragsstaat daher nicht anwendbar.

Obwohl die Vereinigten Staaten ein funktionierender Rechtsstaat sind, wird doch vielerlei bezweifelt, inwieweit sie einer Strafverfolgung eigener „Angehöriger“ wirklich nachgehen würden. Praktisch haben die BIAs bisher nicht das von der USA gewünschte Ausmaß und Gewicht innerhalb der Staatengemeinschaft, um den IStGH wirklich zu unterlaufen. Jedoch wäre es für den Gerichtshof besser, wenn es zu einer Entspannung des Verhältnisses zu den USA kommen würde. Diese Möglichkeit besteht, falls sich der IStGH in näherer Zukunft soweit etabliert, so dass die Befürchtungen der USA nicht bekräftigt werden. Zukünftige Entwicklungen bleiben abzuwarten. ■

⁸² G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 68), S. 690.

⁸³ *Id.*, 689.

⁸⁴ *Id.*, S. 691.

⁸⁵ *Id.*, S. 692.

⁸⁶ H. von Heinegg, a.a.O. (Fn. 58), S. 159 Rn.: 28.

⁸⁷ C. Stahn, a.a.O. (Fn. 4), S. 642 ff.

⁸⁸ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 68), S. 692.

The Transfer of Cases Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Competent National Jurisdictions

Tilman Blumenstock and Wayde Pittman*

Nach Regel 11*bis* der Verfahrensregeln des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (IStGJ) kann ein anhängiges Verfahren an staatliche Stellen abgegeben werden vorausgesetzt, dass die nationale Gerichtsbarkeit willens und in der Lage zur Strafverfolgung ist. Bis heute sind die Verfahren von 13 Angeklagten auf diese Weise an Staaten des ehemaligen Jugoslawien verwiesen worden, um vor nationalen Gerichten geführt zu werden. Solche „Verweisungsverfahren“ sind nicht nur von zentraler Bedeutung für Pläne, die Arbeit des Gerichts in naher Zukunft abzuschließen, sondern werfen auch eine Vielzahl von wichtigen völkerrechtlichen und strafrechtlichen Problemen auf, einschließlich dessen, was unter „fair trial“ Standards vor nationalen Gerichten zu verstehen ist. Dieser Beitrag bietet den ersten umfassenden Überblick über die Tätigkeit der IStGJ Verweisungskammer einschließlich Rechtsgrundlagen, Verfahren und materiellrechtliche Kriterien einer Verweisung. Darüber hinaus spricht der Artikel Fragestellungen an, die regelmäßig nach erfolgter Verweisung relevant werden und gewährt damit Einblick in einen besonderen Bereich von „transitional justice“.

Rule 11*bis* of the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia allows for a case in which there is a confirmed indictment to be referred to the authorities of a State with jurisdiction and the willingness and ability to prosecute. To date, thirteen accused have been transferred pursuant to the Rule to States of the former Yugoslavia for their cases to be tried by national courts. Quite apart from the Rule's critical function in helping the Tribunal achieve its completion strategy, referral proceedings have addressed a number of important legal issues under international law, including the determination of what is required for a "fair trial" in a national court. This article provides the first comprehensive account of the activities of the specially-appointed Referral Bench and covers all procedural and substantive legal criteria applied in those cases for which referral was sought. It also discusses issues which may arise after the referral of a case, providing further insight into this unique process as a mechanism of transitional justice.

Introduction

On 28 August 2003, the Security Council of the United Nations Organisation (UN) adopted Resolution 1503 in support of a strategy to conclude all trial activities at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) at first instance by the end of 2008, and all of its work by 2010.¹ The ICTY was urged to meet these deadlines by "concentrating on the prosecution of the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the Tribunal's jurisdiction and transferring cases involving those who may not bear this level of responsibility to competent national jurisdictions, as appropriate."² The UN Security Council thereby empowered the ICTY, an institution established pursuant to Chapter VII of the UN Charter and vested with primary jurisdiction to try the perpetrators of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, to transfer some of its cases back to the jurisdictions of states where the crimes in question had been perpetrated. This is remarkable in that it was precisely the lack of confidence in the capability of these legal systems to try those responsible for serious violations of international humanitarian law that led to the creation of an international tribunal.³ At the same time, the transfer of cases from the ICTY to national courts illustrates the concurrency of both jurisdictions, as provided for in Article 9(1) of the ICTY Statute.

Security Council Resolution 1503 was motivated by a concern dictated by political and budgetary considerations that

the ICTY might not be able to try each of its 161 indictees⁴ within a reasonable timeframe.⁵ Apart from speeding up ongoing proceedings before the ICTY, the transfer of cases pri-

* Legal Officer and Senior Legal Officer, respectively, Chambers Legal Support Section, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia of the United Nations (ICTY). The views expressed herein are those of the authors alone and do not necessarily reflect the views of the ICTY or the United Nations in general.

¹ Security Council Resolution 1503, UN Doc. S/RES/1503 (2003). The ICTY was also urged to complete all its investigations by the end of 2004. The Security Council urged the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) to adopt a similar strategy, and likewise to conclude trials by 2008 and all of its work by 2010. Further, the President of the ICTY recently informed the Security Council of a time adjustment to the strategy, that being an assessment which indicates that four of the six remaining cases are expected to finish trial in the first half of 2009 and the last two before the end of 2009. Statement by Judge *Fausto Pocar*, President, ICTY to the Security Council, 18 June 2007.

² UN Security Resolution 1503. Unlike for example at the Special Court for Sierra Leone, the Prosecutor of the ICTY was not bound to exercise her discretion and indict only those bearing the "greatest responsibility" for the crimes that occurred on the territory of the former Yugoslavia. See *Prosecutor v. Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Judgement, 20 June 2007, paras. 640-659.

³ Security Council Resolution 808, UN Doc. S/RES/808 (1993); Security Council Resolution 827, UN Doc. S/RES/827 (1993) ("*Determined to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons who are responsible for them ...*").

⁴ Key Figures of ICTY Cases, ICTY public website ed 12 July 2007.

⁵ This was a concern to the Security Council as early as in 2000, when it requested the Secretary-General to submit, as soon as possible, a report containing an assessment and proposals regarding the date ending the temporal jurisdiction of the ICTY. Security Council Resolution 1329, UN Doc. S/RES/1329 (2000).

or to trial involving intermediate and lower level perpetrators to national jurisdictions was conceived to be a milestone in the so-called “Completion Strategy”⁶ and a means to achieve justice while avoiding the costs of a trial in an international forum. It is apparent that such a transfer raises a series of issues under international and criminal law which will be examined more closely in this note.

To date, the ICTY Referral Bench, a specifically appointed Chamber composed of three permanent judges, has referred the cases of 15 accused to the jurisdictions of states of the former Yugoslavia. Twelve accused were referred to Bosnia and Herzegovina, two to Croatia, and one to Serbia.⁷ This article describes in digest form the legal basis, procedure and substantive criteria which are applied by the Referral Bench when deciding on the transfer of cases pending before the ICTY to competent national jurisdictions. It also endeavours to provide some insight as to whether referral proceedings may be an adequate mechanism to resolve the backlog of cases before an international criminal court.

1. The Course of Referral Proceedings

1.1 Rule 11bis

Referral proceedings as envisaged by the UN Security Council are governed by Rule 11bis of the ICTY Rules of Procedure and Evidence. While this Rule was already adopted in 1997, it provided in its original form – which was never employed – only for the transfer of an accused from the ICTY to the state in which he or she was *arrested*.⁸ Since then, there have been four revisions of this provision.⁹ Rule 11bis in its current form provides as follows:

- (A) After an indictment has been confirmed and prior to the commencement of trial, irrespective of whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may appoint a bench of three Permanent Judges selected from the Trial Chambers (hereinafter referred to as the “Referral Bench”), which solely and exclusively shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State:
- (i) in whose territory the crime was committed; or
 - (ii) in which the accused was arrested; or
 - (iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case, so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State.
- (B) The Referral Bench may order such referral *proprio motu* or at the request of the Prosecutor, after having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard and after being satisfied that the accused will receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out.

- (C) In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Referral Bench shall, in accordance with Security Council resolution 1534 (2004), consider the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused.
- (D) Where an order is issued pursuant to this Rule:
- (i) the accused, if in the custody of the Tribunal, shall be handed over to the authorities of the State concerned;
 - (ii) the Referral Bench may order that protective measures for certain witnesses or victims remain in force;
 - (iii) the Prosecutor shall provide to the authorities of the State concerned all of the information relating to the case which the Prosecutor considers appropriate and, in particular, the material supporting the indictment;
 - (iv) the Prosecutor may send observers to monitor the proceedings in the national courts on her behalf.
- (E) The Referral Bench may issue a warrant for the arrest of the accused, which shall specify the State to which he is to be transferred to trial.
- (F) At any time after an order has been issued pursuant to this Rule and before the accused is found guilty or acquitted by a national court, the Referral Bench

⁶ Security Council Resolution 1534, UN Doc. S/RES/1534 (2004).

⁷ See 1.3. *infra*. ICTR referrals to a national jurisdiction include the case of *Prosecutor v. Wenceslas Munyeshyaka*, ICTR-2005-87-I, *Décision Relative à la Requête du Procureur aux Fins de Renvoi de l'Acte d'Accusation contre Wenceslas Munyeshyaka aux Autorités Françaises*, 20 November 2007. *Prosecutor v. Michel Bagaragaza* to The Netherlands. *Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, ICTR-2005-86-11bis, *Decision on Prosecutor's Request for Referral of the Indictment to the Kingdom of the Netherlands*, 13 April 2007. However, on 24 July 2007, a Dutch court held that the *Bagaragaza* case could not be prosecuted in The Netherlands for lack of *ratione materiae*. A number of referral requests to the authorities of Rwanda are pending. The Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda announces that the ICTR Prosecutor intends to transfer the cases of a maximum of three of the present detainees whose trials have not yet commenced to national jurisdictions for trial. Furthermore, eighteen indicted persons are still at large, and the ICTR Prosecutor intends to request the transfer of most of these persons to national jurisdictions for trial (Letter dated 23 May 2007 from the ICTR President to the President of the Security Council, available at ICTR public website www.ictor.org).

⁸ At the time, Rule 11bis required a Trial Chamber ordering the transfer of an accused to suspend the ICTY indictment pending the proceedings before the national court. A Trial Chamber could order the transfer when it was satisfied that the national authorities would prosecute an accused in their own courts and that it was appropriate in the circumstances for the concerned state to exercise jurisdiction. ICTY Rules of Procedure and Evidence, IT/32/Rev.12 (1997).

⁹ The four revisions of 30 September 2002, 10 June 2004, 28 July 2004 and 11 February 2005 reflected the evolution of a rule governing the suspension of indictment in case of proceedings before national courts to one concerned with the referral of an indictment to another court. No revisions have been made to Rule 11bis since the first referral decision on 17 May 2005 in the case of *Prosecutor v. Radovan Stanković*, *infra* note 20.

may, at the request of the Prosecutor and upon having given to the State authorities concerned the opportunity to be heard, revoke the order and make a formal request for deferral within the terms of Rule 10.

- (G) Where an order issued pursuant to this Rule is revoked by the Referral Bench, it may make a formal request to the State concerned to transfer the accused to the seat of the Tribunal and the State shall accede to such a request without delay in keeping with Article 29 of the Statute. The Referral Bench or a Judge may also issue a warrant for the arrest of the accused.
- (H) A Referral Bench shall have the powers of, and insofar as applicable shall follow the procedures laid down for, a Trial Chamber under the Rules.
- (I) An appeal by the accused or the Prosecutor shall lie as of right from a decision of the Referral Bench whether or not to refer a case. Notice of appeal shall be filed within fifteen days of the decision unless the accused was not present or represented when the decision was pronounced, in which case the time-limit shall run from the date on which the accused is notified of the decision.¹⁰

All ICTY referral proceedings have been initiated by the Prosecution. Although Rule 11bis(B) allows the Referral Bench to initiate referral proceedings on its own initiative, it has stated it would only be appropriate to do so in an “obvious case”¹¹ and has in fact never acted *proprio motu*. An accused cannot request referral of a case.¹² Rule 11bis(A) specifies that referral of a case is not contingent on an accused being in the custody of the ICTY. It follows that when the accused is at large, the right to be heard on the referral is not unqualified.¹³ Nevertheless, it has been the practice of the Referral Bench not to decide on requests for referral in cases where an accused was still at large.¹⁴

1.2 The Referral of *Prosecutor v. Stanković*

The actual course of referral proceedings is best illustrated by the case of *Prosecutor v. Stanković*, the first request decided by the Referral Bench.

In a motion filed on 21 September 2004, the Prosecutor requested referral of the case of *Radovan Stanković* to the authorities of Bosnia and Herzegovina.¹⁵ *Stanković*, a Bosnian Serb who had been in the custody of the ICTY since 10 July 2002, was charged with rape, enslavement and outrages upon personal dignity as crimes against humanity and violations of the laws or customs of war, which allegedly took place in the eastern Bosnian town of Foča in 1992. The newly composed Referral Bench thereupon ordered both the Prosecution and *Stanković* to file written submissions with respect to the propriety of referral of the case.¹⁶ The Government of Bosnia and Herzegovina, being the state to which referral was requested, was also invited to participate in the proceed-

ings, including a hearing which was held on 4 March 2005.¹⁷ Further written submissions in clarification of issues which had arisen were filed subsequent to the hearing.¹⁸

On 17 May 2005, the Referral Bench rendered its first decision referring the *Stanković* case to the authorities of Bosnia and Herzegovina for trial,¹⁹ and ordering the transfer of the accused to Bosnia and Herzegovina within 30 days of the decision becoming final and binding.²⁰ In doing so, the Referral Bench concluded that referral to the authorities of Bosnia and Herzegovina should be ordered “[h]aving considered the matters raised, in particular the gravity of the criminal conduct alleged against the Accused in the present Indictment and the level of responsibility of the Accused, and being satisfied on the information presently available that the Accused should receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out [...]”.²¹ On 1 September 2005, the Appeals Chamber dismissed *Stanković’s* appeal

¹⁰ Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, IT/32/Rev.39. The contents of ICTR Rule 11bis are essentially the same; ICTR Rules of Procedure and Evidence, as amended on 10 November 2006; *but see* note 54 *infra*.

¹¹ *Prosecutor v. Mrksić et al.*, IT-95-13/1-PT, Decision on Prosecutor’s Motion to Withdraw Motion and Request for Referral of Indictment Under Rule 11bis, 30 June 2005 (“Mrksić Referral Decision”), para. 14.

¹² *Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, ICTR-201-70-PT, Décision Relative à la Requête de la Défense aux Fins de Fixation de la Date d’Overture du Procès ou, à Défaut, du Transfert de l’Affaire Devant une Juridiction Nationale, 1 June 2005; *Prosecutor v. Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR11bis, Decision on *Joseph Nzirorera’s* Appeal from Denial of a Request for Designation of a Trial Chamber to Consider Referral to a National Jurisdiction, 3 July 2007, para. 11.

¹³ Rule 11bis(B) specifies that “... having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard ...” (emphasis added).

¹⁴ On 29 November 2004, the Prosecution filed a motion to refer the case of *Gojko Janković* to the authorities of Bosnia and Herzegovina. Referral proceedings only commenced after *Janković* appeared before the ICTY. *See Prosecutor v. Gojko Janković*, IT-96-23/2-PT, Decision on Referral of Case Under Rule 11bis (with confidential Annex), 22 July 2005 (“Janković Referral Decision”), paras. 5-7. However, on 11 June 2007, the Prosecutor of the ICTR requested referral of the case of *Prosecutor v. Fulgence Kayishema*, ICTR-2001-67, to Rwanda for trial. The following day, the Prosecutor requested referral of the cases of two additional accused to France, *Prosecutor v. Wenceslas Munyeshyaka*, ICTR-05-87-I and *Prosecutor v. Laurent Bucyibaruta*, ICTR-05-85-I. All three of the accused are at large.

¹⁵ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Request by the Prosecutor under Rule 11bis of Rules of Procedure and Evidence (RPE) for Referral of Indictment to the State of Bosnia and Herzegovina, 21 September 2004.

¹⁶ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Decision for Further Information in the Context of the Prosecutor’s Request under Rule 11bis, 9 February 2005.

¹⁷ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Rule 11bis Motion Hearing (Open Session), 4 March 2005.

¹⁸ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Government of Bosnia and Herzegovina Response to the Additional Questions Requested by the Referral Bench in Letter dated 11 March, 22 March 2005.

¹⁹ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Decision on Referral of Case Under Rule 11bis (partly confidential and *ex parte*), 17 May 2005 (“Stanković Referral Decision”); *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, Corrigendum to Decision on Referral of Case under Rule 11bis, 27 May 2006.

²⁰ *Stanković Referral Decision*, p. 34.

²¹ *Stanković Referral Decision*, para. 96.

against the Referral Bench's decision,²² and on 29 September 2005 he was physically transferred to Bosnia and Herzegovina.

On 28 November 2005, the Prosecutor of the Court of Bosnia and Herzegovina (BiH Court) adapted the ICTY indictment according to national law.²³ This indictment was confirmed on 7 December 2005 and the trial of *Stanković* commenced on 23 February 2006.²⁴ On 14 November 2006, a Chamber of the BiH Court found *Stanković* guilty of various crimes against humanity and sentenced him to 16 years imprisonment.²⁵ On 28 March 2007, the Appeals Chamber of the BiH Court increased his sentence to 20 years in order to represent "the adequate reflection of the gravity of the criminal offence of which the Accused was found guilty", bringing the case to its final conclusion.²⁶ On 25 May 2007, *Radovan Stanković* escaped from the custody of the Bosnia and Herzegovina authorities in his home town of Foča while serving his sentence. The ICTY President, Judge Pocar, commented upon this incident in his address to the Security Council as follows: "The International Tribunal is extremely concerned about this escape and has requested a full report from the Bosnia and Herzegovina authorities. The International Tribunal is hopeful that those authorities, and other States, will do all in their power to return *Stanković* to custody. A failure to do so may impact upon the future integrity of the 11bis referral process".²⁷

1.3 Subsequent Cases

Following the *Stanković* case, the Referral Bench ordered the referral of eight cases involving 14 accused as follows: (1) *Prosecutor v. Janković*²⁸ – referral to Bosnia and Herzegovina; (2) *Prosecutor v. Ljubičić*²⁹ – referral to Bosnia and Herzegovina; (3) *Prosecutor v. Rašević and Todović*³⁰ – referral to Bosnia and Herzegovina; (4) *Prosecutor v. Ademi*

²² *Prosecutor v. Radovan Stanković*, IT-96-23/2-AR11bis.1, Decision on Rule 11bis Referral, 1 September 2005 ("Stanković Appeal Decision"). The Appeals Chambers considered and dismissed the following grounds of appeal on behalf of *Stanković*: (1) that the Referral Bench erred in assuming that it possessed the power to refer a case from the Tribunal to another jurisdiction, and in then acting on that assumed authority; (2) that the Referral Bench failed properly to inform itself on the question whether the Appellant would receive a fair trial in Bosnia and Herzegovina; (3) that the Referral Bench erred in law and fact in failing properly to inform itself about the conditions of detention that the appellant would experience in Bosnia and Herzegovina; and (4) that the Referral Bench erred in law and fact because it neglected to examine properly whether the authorities of Bosnia and Herzegovina were, in the language of Rule 11bis, "willing and adequately prepared" to accept the transfer. The Appeals Chamber also considered a Prosecution appeal that the Referral Bench acted *ultra vires* and encroached upon the discretion of the Prosecutor in issuing orders requiring the Prosecutor to take actions solely within her mandate to monitor the proceedings in the national court. In this regard, the Appeals Chamber concluded that the Referral Bench, in satisfying itself that the accused would receive a fair trial, acted within its authority when it ordered the Prosecution to report back in six months concerning developments in the case following transfer, and therefore dismissed this part of the Prosecution appeal. It also concluded, however, that it was neither necessary nor reasonable for the Referral Bench to go a substantial step farther and instruct the Prosecutor to enter an agreement with an international organisation for the purpose of monitoring and reporting, and to seek further direction from the Referral Bench if she did not conclude such an agreement.

and *Norac*³¹ – referral to Croatia; (5) *Prosecutor v. Mejakić, Gruban, Fustar and Knežević*³² – referral to Bosnia and Herzegovina; (6) *Prosecutor v. Kovačević*³³ – referral to Serbia; (7) *Prosecutor v. Milan and Sredoje Lukić*³⁴ – referral to Bosnia and Herzegovina; (8) *Prosecutor v. Trbić*³⁵ – referral to Bosnia and Herzegovina. The Referral Bench was reversed by the Appeals Chamber with respect to *Milan Lukić*³⁶ and

²³ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, Indictment of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, KT-RZ-45/05, 28 November 2005. *Stanković* was charged with the following criminal offences of Crimes Against Humanity under Article 172(1) of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina (2003): (1) enslavement; (2) imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (3) torture; and (4) coercing another person by force or by threat of immediate attack upon his or her life or limb, or the life or limb of a person close to him or her, to sexual intercourse or an equivalent sexual act (rape), sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation or any other form of sexual violence of comparable gravity.

²⁴ Information on the *Stanković* case, including the indictment, can be found on the official website of the Court of Bosnia and Herzegovina at www.sudbih.gov.ba.

²⁵ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, Trial Judgement of the BiH Court, No. X-KR-05/70, 14 November 2006 ("Stanković BiH Court Judgement").

²⁶ *Prosecutor v. Radovan Stanković*, Appeals Judgement of the Court of Bosnia and Herzegovina, No. X-KRŽ-05/70, 28 March 2007.

²⁷ Statement by Judge *Fausto Pocar*, President of the ICTY, to the Security Council, 18 June 2007.

²⁸ *Janković* Referral Decision; *Prosecutor v. Gojko Janković*, IT-96-23/2-AR11bis.2, Decision on Rule 11bis Referral, 15 November 2005.

²⁹ *Prosecutor v. Paško Ljubičić*, IT-00-41-PT, Decision to Refer the Case to Bosnia and Herzegovina Pursuant to Rule 11bis (with confidential Annex), 12 April 2006 ("Ljubičić Referral Decision"); *Prosecutor v. Paško Ljubičić*, IT-00-41-PT, Corrigendum to Decision to Refer the Case to Bosnia and Herzegovina Pursuant to Rule 11bis of 12 April 2006, 27 April 2006; *Prosecutor v. Paško Ljubičić*, IT-00-41-AR11bis.1, Decision on Appeal Against Decision on Referral Under Rule 11bis, 4 July 2006.

³⁰ *Prosecutor v. Mitar Rašević and Savo Todović*, IT-97-25/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11bis (partly confidential)(with confidential Annexes I and II), 8 July 2005 ("Rašević & Todović Referral Decision"); *Prosecutor v. Savo Todović*, IT-97-25/1-AR11bis.1, Decision on Rule 11bis Referral, 23 February 2006 ("Todović Appeal Decision"); *Prosecutor v. Mitar Rašević and Savo Todović*, IT-97-25/1-PT, Decision on Rule 11bis Referral, 31 May 2006; *Prosecutor v. Mitar Rašević and Savo Todović*, IT-97-25/1-AR11bis.1 & IT-97-25/1-AR11bis.2, Decision on Savo Todović's Appeals against Decisions on Referral under Rule 11bis, 4 September 2006 ("Rašević & Todović Appeal Decision").

³¹ *Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac*, IT-04-78-PT, Decision for Referral to the Authorities of the Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis, 14 September 2005 ("Ademi & Norac Appeal Decision"). Both accused waived appeal.

³² *Prosecutor v. Željko Mejakić, Momčilo Gruban, Dušan Fuštar and Duško Knežević*, IT-02-65-PT, Decision on Prosecutor's Motion for Referral of Case Pursuant to Rule 11bis (with confidential Annex), 20 July 2005 ("Mejakić et al. Referral Decision"); *Prosecutor v. Željko Mejakić, Momčilo Gruban, Dušan Fuštar and Duško Knežević*, IT-02-65-AR11bis.1, Decision on Joint Defence Appeal Against Decision on Referral under Rule 11bis, 7 April 2006.

³³ *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*, IT-01-42/2-I, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11bis (with confidential and partly ex parte Annexes), 17 November 2006 ("Kovačević Referral Decision"); *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*, IT-01-42/2-AR11bis.1, Decision on Appeal Against Decision on Referral under Rule 11bis, 28 March 2007.

³⁴ *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11bis with Confidential Annex A and Annex B, 5 April 2007 ("Lukić & Lukić Referral Decision").

³⁵ *Prosecutor v. Milorad Trbić*, IT-04-88/1-PT, Decision on Motion for Referral Under Rule 11bis with Confidential Annex, 27 April 2007 ("Trbić Referral Decision"). The accused waived appeal.

³⁶ *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-AR11bis.1, Decision on Milan Lukić's Appeal Regarding Referral, 11 July 2007 ("Milan Lukić Appeal Decision", see note 47 *infra*). Sredoje Lukić waived appeal.

revoked its referral decision at the request of the Prosecutor in relation to *Sredoje Lukić*³⁷. All other accused referred to above have been transferred to the authorities of the state of referral, bringing to 13 the total number of accused transferred from the ICTY to national jurisdictions pursuant to Rule 11bis. No further Prosecution requests for referral are expected³⁸ unless the Security Council takes up the Prosecutor's proposal to amend Rule 11bis.³⁹

The trial of one accused before a national court in addition to *Radovan Stanković* has been completed – *Gojko Janković*. He was transferred to Bosnia and Herzegovina on 8 December 2005, his trial commenced on 21 April 2006 and judgement was rendered on 16 February 2007, resulting in a sentence to 34 years of imprisonment.⁴⁰ The trials of nine other referred and transferred accused are currently in progress before the national courts – *Željko Mejakić*, *Momčilo Gruban*, *Dušan Fuštar* and *Duško Kenežević* (trial commenced on 20 December 2006);⁴¹ *Mitar Rašević* and *Savo Todović* (trial commenced on 6 April 2007);⁴² *Paško Ljubičić* (trial commenced on 11 May 2007);⁴³ and *Rahim Ademi* and *Mirko Norac* (trial commenced on 18 June 2007).⁴⁴

Not every case in which the Prosecutor has requested referral has resulted in the referral and transfer of an accused to national authorities. In fact, requests were made in six cases involving nine accused wherein the accused were ultimately not transferred to national jurisdictions.

One of the six cases was that of *Prosecutor v. Milan and Sredoje Lukić*.⁴⁵ The accused – who are cousins – were alleged to have participated in the “murder; cruel and inhumane treatment (severe beating); unlawful detention; confinement and harassment; humiliation; terrorisation; and psychological abuse of Bosnian Muslim and other non-Serb civilians, as well as the theft of property and the destruction of houses of Bosnian Muslims and other non-Serb civilians” in and around the eastern Bosnian town of Višegrad from 1992 to 1994.⁴⁶ Although the Referral Bench concluded that referral of the case to the authorities of Bosnia and Herzegovina should be ordered, the Appeals Chamber disagreed with respect to *Milan Lukić* (*Sredoje Lukić* having waived appeal). The Appeals Chamber found that the Referral Bench had underestimated the level of responsibility allegedly held by *Milan Lukić*, who it considered to be in the category of the “most significant paramilitary leaders”.⁴⁷ With respect to the gravity of the crimes charged in the indictment, while the Appeals Chamber found them to be comparable to the previously-referred case of *Prosecutor v. Paško Ljubičić*, it also determined that gravity alone was not dispositive of the matter. *Milan Lukić*'s alleged crimes, when taken in conjunction with his role as a paramilitary leader, were too significant to be appropriate for referral.⁴⁸ The Referral Bench subsequently, and upon agreement among the Prosecution, the Defence and the Government of Bosnia and Herzegovina, revoked its referral decision in relation to *Sredoje Lukić* in order to allow the cases of both *Sredoje* and *Milan Lukić* to be tried jointly before the Tribunal.⁴⁹

The cases of the remaining seven accused who were ultimately not transferred to national jurisdictions involved ei-

ther the Referral Bench denying the referral request, the Prosecutor withdrawing its referral request, or the accused pleading guilty while the referral request was pending.

On two occasions, the Referral Bench denied a referral request on the grounds that the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused required a trial before the ICTY. The first was the case of *Prosecutor v. Dragomir Milošević* where the accused was charged with a campaign of shelling and sniping in Sarajevo.⁵⁰ The second case – the subject of the most recent referral request by the Prosecutor – was that of *Prosecutor v. Rasim Delić*, where the accused was charged with failing as a superior to prevent or punish acts of murder, cruel treatment and rape.⁵¹ In *Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić and Veselin Šljivančanin* (the “Vukovar hospital” case) the Referral Bench granted a Prosecution motion to withdraw its referral request in the wake of strong arguments between Croatia and Serbia, both of whom sought to exercise jurisdiction over the accused. In the view of the Referral Bench, the debate called into question whether trial of the accused in one of the two

³⁷ *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-PT Decision on Prosecutor's Request Pursuant to Rule 11bis(F) with Regard to Sredoje Lukić and Incorporated Decision Vacating Scheduling Order, IT-98-32/1-PT, 20 July 2007.

³⁸ To date, there are no remaining referral requests pending before the Referral Bench. At an open session hearing held pursuant to Rule 11bis on 6 July 2007 in the case of *Prosecutor v. Rasim Delić*, IT-04-83-PT, the Prosecution submitted that “if Rule 11bis cannot be invoked in this case, under these circumstances, given the size of this case and the nature of the charges and the form of liability alleged, then surely there is no other case currently before this International Tribunal that would be the proper focus for transfer under that rule”. The Prosecutor herself, Madame Carla del Ponte, was present in court for the hearing.

³⁹ See Statement by Carla del Ponte, ICTY Prosecutor, to the Security Council, 15 December 2006, wherein she indicated that “unless the Security Council modifies the seniority conditions under which an accused can be transferred to local courts, there is no legal possibility to transfer more cases. The remaining cases all involve the most senior leaders responsible for the most serious crimes”.

⁴⁰ *Prosecutor v. Gojko Janković*, Trial Judgement of the Court of Bosnia and Herzegovina, No. X-KR-05/161, 16 February 2007 (“Janković BiH Court Judgement”).

⁴¹ See Mejakić, Gruban, Fuštar and Kenežević case information on the official website of the BiH Court at www.sudbih.gov.ba.

⁴² See Rašević and Todović case information on the official website of the BiH Court at www.sudbih.gov.ba.

⁴³ See Ljubičić case information on the official website of the BiH Court at www.sudbih.gov.ba.

⁴⁴ See website of the Institute for War and Peace Reporting at http://iwpr.net/?p=tri&s=f&o=336560&apc_state=henh.

⁴⁵ See note 34 *supra*.

⁴⁶ Lukić & Lukić

⁴⁷ Lukić & Lukić Appeal Decision, para. 22.

⁴⁸ Lukić & Lukić Appeal Decision, para. 25.

⁴⁹ *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-PT Decision on Prosecutor's Request Pursuant to Rule 11bis(F) with Regard to Sredoje Lukić and Incorporated Decision Vacating Scheduling Order, IT-98-32/1-PT 20 July 2007.

⁵⁰ *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11bis, 8 July 2005, para. 24 (“Milošević Referral Decision”). Proceedings in this case are currently ongoing before the ICTY.

⁵¹ *Prosecutor v. Rasim Delić*, IT-04-83-PT, Decision on Motion for Referral of Case Pursuant to Rule 11bis, 9 July 2007 (“Delić Referral Decision”), para. 13. Proceedings in this case are currently ongoing before the ICTY.

states would be acceptable as reflecting the fair administration of justice.⁵² Finally, the Referral Bench terminated referral proceedings in two cases, *Prosecutor v. Ivica Rajić and Prosecutor v. Dragan Zelenović* after the accused changed their plea from “not guilty” to “guilty” and prior to a decision on the referral request being taken.⁵³ Rule 11bis has therefore never been considered as a mechanism for transferring cases to national jurisdictions exclusively for sentencing proceedings.

2. The Nature of the Case to be Referred

According to Rule 11bis(C), the Referral Bench shall “consider the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused”.⁵⁴ Consideration of these criteria must be based on the allegations that are contained in the operative indictment at the time of the Referral Bench’s decision, and not on the indictment as it was when the request for referral was made.⁵⁵ Subsequent amendments of an indictment do not require the Prosecution to submit a new motion for referral based on the amended indictment.⁵⁶ However, such amendments have given rise to the argument that the Prosecution was deliberately downplaying the gravity of the crimes in order to suit referral by tailoring an accused’s alleged responsibility and narrowing the geographical scope of the alleged crimes.⁵⁷ Furthermore, the Referral Bench has held that it is only the individual conduct of an accused which has to be considered for the purposes of referral, not the entire scope of a joint criminal enterprise in which the accused allegedly participated.⁵⁸

The Referral Bench enjoys a wide margin of discretion when deciding whether the two criteria of “gravity of the crimes charged” and “level of responsibility of the accused” militate in favour or against referral of a case. These criteria may separately, or in combination, persuade the Referral Bench to refer a case, or to refrain from doing so. These considerations are not exclusive of other relevant circumstances, and neither of them is necessarily determinative.⁵⁹ In the *Trbić* case, the alleged involvement of the accused in the Srebrenica genocide of several thousand Muslim men did not prevent referral of the case for trial in Bosnia and Herzegovina in view of the “limited authority” enjoyed by *Trbić* in these events.⁶⁰ On the other hand, the Referral Bench in *Dragomir Milošević* held that this accused’s high rank – subordinate only to *Karadžić* and *Mladić* – and his alleged responsibility for a campaign of sniping and shelling of the Sarajevo civilian population required a trial at the ICTY.⁶¹ Likewise, the alleged level of responsibility of *Rasim Delić* – which included his position as the most senior military person in the Army of Bosnia and Herzegovina – required that the case be tried before the Tribunal.⁶² These decisions reflect how the Referral Bench gave effect to the Security Council’s urging to concentrate on the prosecution of the “most senior leaders”⁶³ suspected of being most responsible for crimes within the ICTY’s jurisdiction.⁶⁴ The notion of “most senior leaders” is not restricted to individuals who are “architects” of an “overall policy” which forms the basis of alleged crimes.⁶⁵ Further, there need not be a nexus between leadership responsibility for the most serious crimes and a broad geographic area.⁶⁶

The Referral Bench has rejected the Prosecution’s argument that the nature of a case warranted referral when the underlying crimes have been sufficiently established in another case before the ICTY.⁶⁷

Factors that have guided the Referral Bench’s discretion in favour of a referral include that the crimes in question were limited in scope, temporally and/or geographically,⁶⁸ that the number of victims was limited,⁶⁹ that the accused had no political role,⁷⁰ and that the accused was not a “leader” in any relevant sense.⁷¹ On occasion, the Referral Bench has also drawn a comparison to cases that have already been tried before the ICTY in support of its decision to refer a case.⁷²

3. Determination of the State of Referral

According to Article 9 of the ICTY Statute, the ICTY and national courts have “concurrent jurisdiction” in war crimes cases although the ICTY may at any time request national courts to defer to its competence. As a correlate to this exercise of primacy, the ICTY also has the authority to restore jurisdiction of the competent state or states. In doing so, the

⁵² Mrkšić Referral Decision, paras. 10-16. Proceedings at the trial level have meanwhile been concluded with a judgement rendered on 27 September 2007.

⁵³ *Prosecutor v. Ivica Rajić, aka “Victor Andrić”*, IT-95-12-S, Decision on Prosecution’s Motion to Withdraw the Motion under Rule 11bis for Referral of Indictment and the Request Under Rule 11bis for Referral of the Indictment to Another Court, 25 May 2006; *Prosecutor v. Dragan Zelenović*, IT-96-23/2, Decision on Prosecution’s Motion to Withdraw the Motion under Rule 11bis, 8 May 2007.

⁵⁴ It should be noted that ICTR Rule 11bis(C) does not contain these criteria.

⁵⁵ Stanković Referral Decision, para. 18; Janković Referral Decision, para. 18; Ademi & Norac Referral Decision, para. 28; Todović Appeal Decision, para. 14.

⁵⁶ Lukić & Lukić Referral Decision, paras. 16-19 (reversed on appeal on other grounds).

⁵⁷ Lukić & Lukić Referral Decision, para. 22; Lukić & Lukić Appeal Decision, para. 13, wherein the Appeals Chambers concluded that it “need not address whether or not such manipulation [of the Indictment], if proved, would justify a different approach, because here the Appellant fails to offer any credible evidence of manipulation”.

⁵⁸ *Mejakić et al.* Referral Decision, paras. 22-24.

⁵⁹ Lukić & Lukić Referral Decision, para. 26 (reversed on appeal on other grounds).

⁶⁰ *Trbić* Referral Decision, paras. 17-23.

⁶¹ *Milošević* Referral Decision, paras. 21-24.

⁶² *Delić* Referral Decision, paras. 24-26.

⁶³ Security Council Resolutions 1503 and 1534, see notes 1 and 6 *supra*.

⁶⁴ Milan Lukić Appeal Decision, para. 21; *Trbić* Referral Decision, para. 18.

⁶⁵ *Milošević* Referral Decision, para. 22.

⁶⁶ Milan Lukić Appeal Decision, para. 22.

⁶⁷ *Milošević* Referral Decision, para. 20.

⁶⁸ Stanković Referral Decision, para. 19; Rašević & Todović Appeal Decision, para. 16; *Ljubičić* Referral Decision, para. 18.

⁶⁹ Stanković Referral Decision, para. 19; Rašević & Todović Appeal Decision, para. 25; *Kovačević* Referral Decision, para. 20.

⁷⁰ Stanković Referral Decision, para. 19; Janković Referral Decision, para. 19.

⁷¹ Stanković Referral Decision, para. 19.

⁷² Rašević & Todović Referral Decision, para. 23; *Kovačević* Referral Decision, para. 20.

ICTY is not bound by rules of interstate cooperation in criminal matters and other rules applicable in a horizontal relationship between states.⁷³ Rule 11bis(A) provides the Referral Bench with three options as to the state to which a case can be referred: 1) the state in whose territory the alleged crimes were committed; or 2) the state in which the accused was arrested; or 3) any state having jurisdiction over the alleged crimes and willing to exercise it. This provision allows for the referral of a case to any state in the world, although no ICTY case has yet been referred to a state outside the former Yugoslavia.⁷⁴

As there is no hierarchy among the criteria mentioned in Rule 11bis(A), the Referral Bench retains discretion as to the choice of the state of referral.⁷⁵ The Referral Bench will usually follow the recommendation of the Prosecutor unless there are “significant problems” with referral to that state.⁷⁶ The defence and states have no standing to file a formal request for referral to a particular state, although this has repeatedly occurred.⁷⁷

In determining the state of referral, the Referral Bench has consistently chosen the state to which the case against the accused had the strongest nexus.⁷⁸ For example, it found that the link to the state where the alleged crimes were committed and whose citizens had been victims was stronger than the link to the state whose citizenry the accused belongs⁷⁹ or on whose territory he surrendered.⁸⁰ In one case, however, these considerations were outweighed by humanitarian considerations regarding the health of the accused.⁸¹ The Referral Bench has accepted that rendering justice as geographically close as possible to the victims is a consideration that may guide its discretion.⁸² Other considerations include whether the state of referral can provide a fair and expeditious trial,⁸³ safety for witnesses, and guarantee the availability of evidence.⁸⁴

As is evident from Rule 11bis(A), the Referral Bench may refer a case only to a state, not to a specific court within that state. It is for the sovereign state to whose jurisdiction a case is referred to decide which court is competent to hear the case.⁸⁵ Bosnia and Herzegovina has enacted legislation to the effect that cases referred from the ICTY will be tried before the War Crimes Chamber within the BiH Court in Sarajevo.⁸⁶ Notwithstanding that the War Crimes Chamber is partly composed of international judges, the BiH Court is still a “national court” of the state of referral.⁸⁷ In Croatia, the State Prosecutor will initiate proceedings against the accused before one of the four especially designated County Courts in Osijek, Rijeka, Split or Zagreb upon assignment by the President of the Supreme Court of the Republic of Croatia.⁸⁸ In Serbia, trial proceedings in a referred case are presumed to take place before the Belgrade District Court.⁸⁹

4. The Substantive Law to Be Applied by the State of Referral

While it is for the sovereign state to whose jurisdiction a case is referred to determine the applicable substantive law,⁹⁰ the Referral Bench needs to satisfy itself that the domestic law

would permit the prosecution, trial and – if applicable – appropriate punishment of the accused, and that the offences under domestic law are of the type charged before the ICTY.⁹¹ While it is not required that the law of the state contains *exactly* the same criminal provisions as the ICTY Statute, it suffices that they are “substantially analogous”.⁹² Likewise, the Referral Bench has not considered as an impediment that the doctrine of superior responsibility (Article 7(3) of the ICTY Statute) does not have a counterpart in the 1977 Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY).⁹³

In situations where it is possible for more than one set of laws to be applied by the domestic court, the Referral Bench has considered each under the above considerations.⁹⁴ In each case considered by the Referral Bench, a question has arisen as to whether the 1977 Criminal Code of the Socialist

⁷³ Lukić & Lukić Referral Decision, paras. 108, 111 (reversed on appeal on other grounds).

⁷⁴ But see the ICTR case of *Prosecutor v. Bagaragaza* which has been referred to The Netherlands (see note 7 *supra*).

⁷⁵ Mejakić *et al.* Referral Decision, para. 39; Ljubičić Referral Decision, para. 28; Lukić & Lukić Referral Decision, para. 37 (reversed on appeal on other grounds).

⁷⁶ Janković Referral Decision, para. 26; Ljubičić Referral Decision, para. 27.

⁷⁷ Rašević & Todović Referral Decision, para. 31; Mejakić *et al.* Referral Decision, para. 39; Janković Referral Decision, para. 23. In these cases, Serbia and Montenegro and/or counsel requested referral to the authorities of that state.

⁷⁸ Rašević & Todović Referral Decision, para. 32; Ljubičić Referral Decision, para. 29; Trbić Referral Decision, para. 25.

⁷⁹ Mejakić *et al.* Referral Decision, para. 38; Janković Referral Decision, paras. 24-25; Ljubičić Referral Decision, para. 29.

⁸⁰ Rašević & Todović Referral Decision, para. 32.

⁸¹ Kovačević Referral Decision, para. 24; *but see* Trbić Referral Decision, para. 38.

⁸² Ljubičić Referral Decision, para. 28; Lukić & Lukić Referral Decision, para. 38 (reversed on appeal on other grounds).

⁸³ This is also a precondition for referral as such; see text following note 104 *infra*.

⁸⁴ Ljubičić Referral Decision, para. 28.

⁸⁵ Stanković Referral Decision, para. 31.

⁸⁶ Law on the Transfer of Cases from the ICTY to the Prosecutor’s Office of BiH and the Use of Evidence Collected by ICTY in Proceedings before the Courts in BiH, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, Nos. 37/03, 54/04, 61/04.

⁸⁷ Stanković Referral Decision, paras. 26-29.

⁸⁸ Ademi & Norac Referral Decision, para. 35, citing the Croatian Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts Against the International Law on War and Humanitarian Law (2003) Article 12, paras. 1 and 2.

⁸⁹ Kovačević Referral Decision, para. 25, referring to submissions citing the Serbian Law on Organisation and Competence of Government Authorities in War Crimes Proceedings (2003), Articles 9 and 10.

⁹⁰ See *e.g.*, Stanković Referral Decision, para. 32.

⁹¹ Kovačević Referral Decision, para. 25. While the question of adequate fair trial guarantees depends on the substantive *procedural* law to be applied by the state of referral, the Referral Bench in its decisions considers this in a separate section.

⁹² Stanković Referral Decision, para. 39.

⁹³ Kovačević Referral Decision, para. 43, where the Referral Bench found that provisions in the SFRY Criminal Code “appear to address parts of the field covered by Article 7(3)”.

⁹⁴ See *e.g.*, Stanković Referral Decision, para. 46.

Federal Republic of Yugoslavia (SFRY)⁹⁵ would apply – being the criminal law in force at the time when the crimes were committed – or a more newly enacted criminal code of one of the states of the former Yugoslavia, such as the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina and Law on Amendments (2003)⁹⁶, the Criminal Act of Croatia (1997)⁹⁷ or the Criminal Code of Serbia and Montenegro of 2006.⁹⁸ The applicability of law may have an effect on the recognition of certain crimes or modes of liability, the statute of limitations and the maximum permissible sentence which may be adjudged.⁹⁹ So far, the Referral Bench has not once suggested that any of the newly enacted criminal legislations, or the 1977 Criminal Code of the SFRY, fail to meet the required standard.

In the two referred cases adjudged to date by the BiH Court, the accused have been found guilty under provisions of the 2003 Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, rather than the 1977 Criminal Code of the SFRY, although the crimes in question had been committed in 1992.¹⁰⁰

5. Non-Imposition of the Death Penalty

Rule 11bis(B) requires that the Referral Bench be satisfied that the death penalty will not be imposed or carried out if a case is to be referred. Although the death penalty was provided for in the 1977 Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, such punishment would be in contravention of Protocol 13 to the European Convention on Human Rights (ECHR).¹⁰¹ Bosnia and Herzegovina, Croatia and Serbia, to which all cases have so far been referred, have ratified the European Convention on Human Rights and its protocols.¹⁰² The Referral Bench thus concluded in all cases before it that there was no reason to believe that states would choose to ignore their international obligations by imposing or executing the death penalty.¹⁰³

6. Fair Trial Considerations

Rule 11bis(B) requires that the Referral Bench be satisfied that the accused will receive a fair trial before the courts of the referral state. In determining what procedural guarantees are necessary for such an assessment, the Referral Bench consistently relies on provisions such as Article 21 of the ICTY Statute, Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and Article 6 of the ECHR, each as a compendium of fair trial rights.¹⁰⁴ Thus, the Referral Bench has considered the following guarantees to form part, and be essential components of, the right to a fair trial:

- the equality of all persons before the court;
- a fair and public hearing by a competent, independent, and impartial tribunal established by law; the presumption of innocence until guilt is proven according to the law;
- the right of an accused to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
- the right of an accused to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

- the right of an accused to be tried without undue delay;
- the right of an accused to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing;
- the right of an accused to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
- the right of an accused to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- the right of an accused to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the proceedings; and
- the right of an accused not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

The Referral Bench has considered conditions of detention, including security aspects, under the heading of “fair trial” as it had been submitted that, if a state did not meet international standards in this area, referral should not be ordered.¹⁰⁵

The Referral Bench has also considered the issue of witness availability at trial to be within the context of an accused’s fair trial right to obtain and examine witnesses, and has looked to domestic legislation in the referral state for addressing concerns with interstate cooperation and to mutual assistance agreements in force in the referral state for addressing intrastate cooperation concerns.¹⁰⁶

⁹⁵ Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, No. 44/76.

⁹⁶ Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, No. 37/03, 54/04, 61/04.

⁹⁷ People’s Gazette of the Republic of Croatia, No. 110 (1997), entry into force 1998.

⁹⁸ Official Gazette of the Republic of Serbia, Nos. 85/2005, 88/2005, 107/2005.

⁹⁹ See e.g., Stanković Referral Decision, paras. 38-45; Ademi & Norac Referral Decision, paras. 33-37; Kovačević Referral Decision, paras. 26-30.

¹⁰⁰ Stanković BiH Court Judgement, pp. 31-34 (English translation); Janković BiH Court Judgement, pp. 32-33 (English translation).

¹⁰¹ For Bosnia and Herzegovina: Stanković Referral Decision, para. 49; for Serbia: Kovačević Referral Decision, para. 66; for Croatia: Ademi & Norac Referral Decision, para. 58.

¹⁰² Protocol 13 to the ECHR entered into force in Bosnia and Herzegovina on 1 November 2003, in Croatia on 1 July 2003, and in Serbia and Montenegro on 1 July 2004. Protocol 13 provides: “The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed.”

¹⁰³ See, e.g., Stanković Referral Decision, paras. 49-50. On a related note, following the 11 June 2007 referral request by the ICTR Prosecutor in *Kayishema* (note 7 *supra*), Rwanda as the requested state abolished the death penalty effective 25 July 2007.

¹⁰⁴ See, e.g., Stanković Referral Decision, para. 55.

¹⁰⁵ Rašević & Todović Referral Decision, para. 87; Mejakić *et al.* Referral Decision, paras. 107-108; Ljubičić Referral Decision, paras. 45-48; Trbić Referral Decision, paras. 39-41.

¹⁰⁶ Stanković Referral Decision, paras. 81-85; see also VIII.A *infra*.

The Referral Bench does not have the authority to determine whether an accused is fit or unfit to stand trial as this is a matter to be decided by the Trial Chamber.¹⁰⁷ The Referral Bench may nonetheless order referral of the case of an unfit accused provided that safeguards exist in the state of referral to protect the fair trial rights of this accused.¹⁰⁸

In determining that a fair trial will be received by an accused referred by the ICTY, the Referral Bench has undertaken in its decisions a thorough review of the domestic provisions guaranteeing the rights listed above in Bosnia and Herzegovina,¹⁰⁹ Croatia¹¹⁰ and Serbia.¹¹¹ The conclusions of the Referral Bench in this regard have consistently been upheld by the Appeals Chamber when challenged on appeal.¹¹²

Furthermore, the Referral Bench has noted in each decision that Rule 11bis (D)(iv) allows the Prosecutor to send observers to monitor the proceedings in the national courts, and that at any time before an accused is found guilty or acquitted by a national court, the Referral Bench may revoke the order and make a formal request for deferral within the terms of Rule 10 of the Rules of Procedure and Evidence.¹¹³ This monitoring mechanism, discussed further below, enables a measure of continuing oversight over the fairness of trial proceedings.

7. Additional Considerations for Referral

7.1 Witness Protection

The Referral Bench has considered the issue of witness protection in the referral state in assessing whether a case should be referred, even though the issue does not arise directly within the context of an accused's right to a fair trial. However, promoting witness presence at trial by providing measures for their protection may become relevant to the Accused's fair trial right to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as the witnesses who testify against him.¹¹⁴ The Referral Bench regularly reviews the domestic legislation of the referral state¹¹⁵ and may order protective measures granted in ICTY proceedings for certain witnesses or victims to remain in force.¹¹⁶

7.2 Proper Scope of the Exercise of Jurisdiction of the State of Referral

The exercise of jurisdiction of the state to which a case is referred may in certain circumstances be inhibited. This arises typically when the ICTY refers an accused to a state other than the state from which he or she surrendered. The referral state may try such an accused for any international crime that is within the jurisdiction of the ICTY, whether or not it was charged in the indictment before the ICTY. Prior authorisation of the state from which the accused was surrendered – which would normally be required in cases of inter-state extradition – is not required.¹¹⁷ Where the referral state, however, wishes to try such an accused for crimes over which the ICTY would not have jurisdiction, such as organised crime, it may in certain circumstances be necessary for that state to

enter into diplomatic discussions with the surrendering state before acting to try the accused for those crimes, even where the accused is a citizen of the referral state.¹¹⁸

7.3 The Effect of Referral on a Multi-Accused Case

The Referral Bench held that it is within its powers to refer the case of one accused in a multi-accused indictment, and that the order for referral has the effect of automatically severing that accused's case from his co-accused whose cases have not been referred.¹¹⁹ On each occasion where all accused in a multiple-accused indictment have been referred to a national jurisdiction together, the states have commenced a joint trial.¹²⁰

8. Issues Arising After the Referral of a Case

8.1 Physical Transfer of the Accused

Within each decision to refer a case, the Referral Bench has included an order requiring the Registrar to arrange for the transport of the accused to the state of referral within 30 days of the decision becoming final.¹²¹ Where a referral request includes two or more accused, the Referral Bench may suspend its order concerning transfer of an accused who has waived appeal “until such time as the Decision has become final with regard to both Accused”.¹²²

8.2 Monitoring of Proceedings

Rule 11bis(D)(iv) provides that the Prosecutor may send observers to monitor the proceedings before national courts on

¹⁰⁷ Trbić Referral Decision, para. 37; Kovačević Referral Decision, para. 48.

¹⁰⁸ Kovačević Referral Decision, paras. 51-56, 63, 93; Trbić Referral Decision, para. 38.

¹⁰⁹ See, e.g., Stanković Referral Decision, paras. 56-66.

¹¹⁰ Ademi & Norac Referral Decision, paras. 55-56.

¹¹¹ Kovačević Referral Decision, paras. 69-79.

¹¹² Stanković Appeal Decision, paras. 18-30; Rašević & Todović Appeal Decision, paras. 55-59, 62-63, 68-69, 72-75.

¹¹³ Rule 11bis (F). The Referral Bench so far has never issued a request for deferral pursuant to Rule 10.

¹¹⁴ Stanković Referral Decision, para. 89; Janković Referral Decision, para. 97; Ademi & Norac Referral Decision, paras. 49-50.

¹¹⁵ Janković Referral Decision, para. 97; Ademi & Norac Referral Decision, paras. 47-52; Kovačević Referral Decision, paras. 82-86.

¹¹⁶ The Referral Bench routinely makes an order pursuant to Rule 11bis (D)(ii) for protective measures to remain in force for the national proceedings; see Stanković Referral Decision, p. 34; Janković Referral Decision, p. 35; Kovačević Referral Decision, p. 26.

¹¹⁷ Lukić & Lukić Referral Decision, paras. 115, 122 (reversed on appeal on other grounds).

¹¹⁸ Lukić & Lukić Referral Decision, paras. 120, 122 (reversed on appeal on other grounds); but see Ljubičić Referral Decision, paras. 21-29.

¹¹⁹ Trbić Referral Decision, para. 47.

¹²⁰ See, e.g., the Mejakić *et al.* case (note 41 *supra*) and the Ademi & Norac case (note 44 *supra*).

¹²¹ See, e.g., Stanković Referral Decision, p. 33.

¹²² *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-PT, Order Concerning Submissions of the Registrar Pursuant to Rule 33(B), 17 May 2007. See also Todović Appeal Decision, para. 18.

her behalf. This provision, along with Rule 11*bis*(F), which allows for a referral to be revoked and a case transferred back to the ICTY, serve as remedies against a failure of the state to diligently prosecute a referred case or conduct a fair trial of the accused.¹²³

The Referral Bench consistently held that referral of a case implies that the proceedings in relation to an accused become the primary responsibility of the authorities of the state of referral, including its investigative, prosecutorial, and judicial organs.¹²⁴ However, the Appeals Chamber confirmed that the Referral Bench has the inherent authority to order the Prosecution to report back on the progress of a case referred to national authorities.¹²⁵

At the time when the Referral Bench issued its first decision in *Stanković*, the Prosecutor was in negotiations with the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE) for the monitoring and reporting on trial proceedings in a referred case on her behalf.¹²⁶ An agreement between her and the OSCE was concluded subsequently.¹²⁷ The Referral Bench has accepted that monitoring of the proceedings by the OSCE, in view of the standing and neutrality of the organisation, provides an adequate monitoring mechanism to take care of any fair trial issues that might arise in the conduct of proceedings before a national court.¹²⁸ In all referred cases, the Prosecution was ordered to report back periodically to the Referral Bench on the course of proceedings at a national level. In these reports, the Prosecution in turn relies on trial monitoring reports prepared by the OSCE. The Appeals Chamber has confirmed the propriety of this monitoring mechanism.¹²⁹

To date, the Prosecutor has not had occasion under Rule 11*bis*(F) to request revocation by the Referral Bench of a referral order after the physical transfer of an accused from the Tribunal.¹³⁰

8.3 Confidentiality and Protective Measures

The Referral Bench has in its referral decisions consistently included orders that the ICTY protective measures for victims and witness shall remain in force after referral, and that referral should not have the effect of revoking the previous orders and decisions in that case.¹³¹ Continuity of ICTY orders and decisions has ramifications for the conduct of national proceedings: The national court has to seek leave from the ICTY when a variation of measures protecting confidentiality becomes necessary or even inevitable, for instance when the national prosecutor decides to alter protective measures for a witness or when new counsel is assigned to the case.¹³² ICTY Rule 75, which deals with protective measures for victims and witnesses, has recently been amended to give national courts standing to apply for a variation of protective measures granted during ICTY proceedings.¹³³

9 Concluding Remarks

The adequacy of referral of cases to national courts as a means to resolve the backlog of cases before an international

tribunal ultimately depends upon whether justice can be seen to be done while upholding the rights of the accused. As a key element of the Completion Strategy, the impact of the referral of cases on the overall workload of the ICTY has been, as described by the ICTY President, Judge *Fausto Pocar*, “substantial”.¹³⁴ It is reasonable to assume that any future *ad hoc* tribunal – be it under the auspices of the UN or a “hybrid” institution – would face a similar situation of indicting more suspects than could be tried in the lifespan of that court. The jurisprudence of the ICTY Referral Bench should serve as a useful precedent in this regard. The application of the twin standards for referral – level of responsibility of the accused and the gravity of the crimes charged – may prove instructive to prosecutors of future tribunals in selecting at the outset which accused to consider for indictment.

On the other hand, restrictions in the exercise of jurisdiction of the referral state,¹³⁵ the potential inapplicability of the substantive law,¹³⁶ the lack of fair trial standards,¹³⁷ or deficient conditions of detention¹³⁸ may militate against the referral of a case to a national jurisdiction. In certain situations, referral may even result in a delay of the proceedings, and possibly have an adverse effect on the accused’s right to a trial without undue delay.¹³⁹

Time will tell whether referral of cases from the ICTY to national jurisdictions on the territory of the former Yugoslavia, and trying the alleged perpetrators in close proximity to the victims, will serve as an effective means of furthering peace and reconciliation in the Balkans. ■

¹²³ *Stanković* Referral Decision, para. 93.

¹²⁴ *Janković* Referral Decision, para. 102; *Kovačević* Referral Decision, para. 89; *Lukić & Lukić* Referral Decision, para. 98 (reversed on appeal on other grounds).

¹²⁵ *Stanković* Appeal Decision, para. 59.

¹²⁶ *Stanković* Referral Decision, paras. 93-95.

¹²⁷ OSCE Permanent Council Doc. No. PC.DEC/673, 19 May 2005.

¹²⁸ For Bosnia: *Lukić & Lukić* Referral Decision, para. 100 (reversed on appeal on other grounds); for Croatia: *Ademi & Norac* Referral Decision, paras. 60-61; for Serbia: *Kovačević* Referral Decision, paras. 89-91.

¹²⁹ *Rašević & Todović* Appeal Decision, paras. 101-107.

¹³⁰ The Referral Bench granted the Prosecution’s request under Rule 11*bis* (F) for revocation of the referral decision in relation to *Sredoje Lukić* prior to his transfer, note 49 *supra*.

¹³¹ See references in note 116 *supra*.

¹³² *Prosecutor v. Janković*, IT-96-23/2-PT, Decision on Former Counsel’s Motion for Leave to Hand Over Confidential Documents to New Counsel (partly confidential), 23 June 2006; *Prosecutor v. Ljubičić*, IT-00-41-PT, Decision on Defence Request for Approval of Handover of Confidential Material, 22 September 2006 (confidential).

¹³³ ICTY Rule 75(H) reads: “A Judge or Bench in another jurisdiction or parties in another jurisdiction authorised by an appropriate judicial authority may seek to rescind, vary, or augment protective measures ordered in proceedings before the Tribunal by applying to the President of the Tribunal [...]” (IT/252).

¹³⁴ Statement by Judge *Fausto Pocar*, ICTY President, to the Security Council, 18 June 2007.

¹³⁵ See 7.2 *supra*.

¹³⁶ See note 7 *supra*.

¹³⁷ See note 103 *supra*.

¹³⁸ See note 27 *supra*.

¹³⁹ See, e.g., Article 21(c) of the ICTY Statute.

XVII. Tagung zum Humanitären Völkerrecht (Bad Teinacher/Bad Mergentheimer Tagung) 7. und 8. März 2008

Jeannette Bell, Simone Kumor und Andrej Zwitter*

Auch in diesem Jahr fand die Tagung der Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr und der Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) – die sogenannte Teinacher Tagung – am 7. und 8. März in Bad Mergentheim statt. Pünktlich um 15:00 Uhr begrüßte Staatssekretär a.D. Dr. *Johann Menz*, Präsident des Deutschen Roten Kreuzes Landesverband Baden-Württemberg, die etwa 140 Konferenzteilnehmer im Evangelischen Gemeindezentrum der Stadt. Die Veranstaltung war den Zusatzprotokollen zu den Genfer Abkommen (GA) gewidmet, da sich ihr Inkrafttreten 2008 zum 30. Male jährt.

Nach einem kurzen Grußwort durch Prof. Dr. *Ulrich Goll* (MdL), stellvertretender Ministerpräsident und Justizminister des Landes Baden-Württemberg, richtete sich Dr. *Heike Spieker* in ihrer neuen Funktion als Bundeskonventionsbeauftragte des Deutschen Roten Kreuzes an die Zuhörer. Zunächst bedankte sie sich für das in sie gesetzte Vertrauen und betonte, dass sie sich der ihr nun übergebenen Verantwortung bewusst sei und diese sehr ernst nähme. Sie würdigte die Arbeit ihrer Vorgänger im Amt, welche gleichzeitig ihre Mentoren am IFHV Bochum gewesen waren.

Problemkreise, die sie zu Beginn der Tagung ansprach – wie die neuen Herausforderungen der asymmetrischen Konflikte, die Problematik der „non-state actors“ und die Frage, ob das derzeit bestehende Regelungswerk des humanitären Völkerrechts einer Erweiterung bedürfe oder ob es auf neuartige Entwicklungen anwendbar bleibe – tauchten während der Tagung in Vorträgen, den Podiumsdiskussionen und auch im informellen Rahmen immer wieder auf.

Bereits in dieser Einführung kristallisierte sich heraus, dass die Bundeskonventionsbeauftragte die Meinung vertritt, dass die durch das humanitäre Völkerrecht etablierte Werteordnung bei strikter Anwendung den Schlüssel zur Lösung neuartiger Durchsetzungsproblematiken darstellt.

Da bereits nach dem ersten Vortrag von Prof. Dr. *Thilo Marauhn*, der zum Thema „Unterscheidungsgrundsatz: Kombattantenstatus und Teilnahme an Feindseligkeiten“ referierte, Diskussionsbedarf bestand, wurde die darauffolgende Kaffeepause ausführlich zu weitreichenden Diskussionen vom Publikum genutzt. Danach widmete sich Prof. Dr. *Michael Bothe*, Vorsitzender des DRK Fachausschusses Humanitäres Völkerrecht, dem Thema „Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts – Rotes Kreuz, Zivilgesellschaft, Strafgerichtsbarkeit und zwischenstaatliche Streitregelung“. Die 1949 mit den Genfer Abkommen etablierten Durchsetzungsmechanismen unterteilte Prof. *Bothe* in präventive und repressive. Als präventiv wirkende Mechanismen erkannte er die Verbreitung der Kenntnisse der Humanitären Völkerrechtsregeln sowie die in den Abkommen verankerte Pflicht zu ihrer innerstaatlichen Umsetzung. Als repressiv wirkende Mechanismen benannte er vorrangig das internationale und nationale Strafrecht. Das internationale Strafrecht fand erstmals im Versailler Vertrag seinen Niederschlag und pflanzte sich in den Prozessen von Nürnberg und Tokyo fort. Einen weiteren Aspekt dieser Entwicklung stellten die Mechanismen der Staatenverantwortlichkeit für begangene Verletzungen des Völkerrechts und die daraus resultierende Einstandspflicht dar. Im Weiteren beschäftigte sich Prof. *Bothe* mit dem Institut der Schutzmacht und stellte dabei fest, dass es in der Geschichte der bewaffneten Konflikte eine

eher geringe Rolle spielte. Er wendete sich sodann seinem Hauptthema zu: der Untersuchung und gütlichen Einigung. Zuvor widmete er sich jedoch noch der Genfer Diplomatischen Konferenz (1974–1977), die den Zweck verfolgte, die Lücken in und zwischen den Genfer Konventionen zu schließen. Dies sollte durch eine Erweiterung des Repressalienverbots, der Schaffung neuer Strafrechtsbestimmungen sowie der Einführung eines Automatismus für eine Schutzmachtbestellung bestehen. Letzteres fand jedoch keine Zustimmung in der Staatengemeinschaft. Geeinigt werden konnte sich jedoch auf die Internationale Ermittlungskommission im Sinne des Art. 90 Zusatzprotokoll I („fact finding commission“). Da Prof. *Bothe* das Amt des Vorsitzenden dieser Ermittlungskommission bekleidet, konnte er der Zuhörerschaft interessante Details der Arbeit der „fact finding commission“ mitteilen. Trotz seiner persönlichen Begeisterung für die Kommission wies er jedoch darauf hin, dass durch die eingebaute Fakultativklausel, die Zuständigkeit der Kommission eingeschränkt ist. Nichtsdestotrotz betonte er die Einmaligkeit und das Potenzial für die Konfliktaufarbeitung der von der internationalen und neutralen Kommission unternehmenen Faktenermittlung ohne rechtliche Wertung und Verbindlichkeit.

Prof. Dr. *Knut Dörmann* ging anschließend von der in den ersten Vorträgen reflektierten historischen Zusammenschau der Entwicklung der Zusatzprotokolle zu einer bewertenden Darstellung über. Sein Thema war das Zusatzprotokoll II (ZP II) zu den Genfer Abkommen über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte, das heute 163 Vertragsstaaten umfasst. Von den ursprünglich intendierten 47 Artikeln zur Regelung nicht-internationaler bewaffneter Konflikte konnten sich die Vertragsparteien lediglich auf 28 einigen. Die Einigung auf weiter reichende Verpflichtungen erwies sich aufgrund der Angst vor innerstaatlicher Einmischung als schwierig. Auf der Strecke blieben, so Prof. *Dörmann*, insbesondere Regeln über die Kriegsführung sowie die explizite Verpflichtung zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts (vergleiche Art. 19 ZP II). Das Hauptaugenmerk seines Vortrages lag auf der Frage, ob die Regelungen des ZP II für die heutige Konfliktrealität ausreichend sind. Er beschrieb die aktuelle Realität mit den Schlagworten des asymmetrischen Krieges, der neuen Motivationslagen der in bewaffneten Konflikten beteiligten Akteure, der zunehmenden kri-

* *Jeannette Bell* M.A. ist Doktorandin der Sozialwissenschaften und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und humanitäres Völkerrecht der Ruhr Universität Bochum (IFHV), wo sie auch den Masterstudiengang in Internationaler Humanitärer Hilfe absolvierte. Sie betreut die HuV-I redaktionell; *Simone Kumor* ist Doktorandin der Rechtswissenschaften am IFHV und dort wissenschaftliche Hilfskraft; Mag. iur. *Andrej Zwitter* ist Wissenschaftler am IFHV und Doktorand am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Graz, Österreich.

minellen Aspekte, der dynamischen Struktur moderner Konflikte und des Zusammenwirkens von multinationalen Streitkräften.

Andererseits betonte er, dass es außerhalb der nur 28 Artikel des ZP II inzwischen eine erhöhte Tiefe und Dichte von Regelungen zu nationalen bewaffneten Konflikten gibt. So wurden im *Hamdam*-Fall vom Supreme Court der Vereinigten Staaten die Rechte des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen auf „non-state actors“ für anwendbar erklärt. Im Weiteren konnten aus der vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) ausgearbeiteten Gewohnheitsrechtsstudie 150 weitere Regeln herausgearbeitet werden, die im internen bewaffneten Konflikt durch Staatenpraxis („state practice“) bereits Anwendung finden. Trotz der Gewohnheitsrechtsstudie bleiben jedoch laut Prof. *Dörmann* die großen Herausforderungen – zum einen, die Substanz der Regeln zu extrahieren und zum anderen, die Einhaltung der Regeln zu gewährleisten – bestehen. Die Einhaltung wäre nur dann sichergestellt, wenn die Probleme um mangelndes Training der Zivilbevölkerung im humanitären Völkerrecht, fehlende Disziplinarregeln und eine weitreichende Abschreckung überwunden würden. Im Ergebnis forderte Prof. *Dörmann* nicht eine Erweiterung der Regeln, sondern bessere Umsetzung in der Einhaltung bzw. eine Klarstellung des Vorhandenen.

Anders als bei den vorherigen Teinacher Tagungen wurde nach den Vorträgen eine Podiumsdiskussion, geleitet von Prof. *Dieter Fleck*, mit allen Vortragenden auf dem Podium durchgeführt. Nach dem traditionellen Erfahrungsaustausch bei und nach dem Abendessen in der stilvollen Atmosphäre des Restaurants des Hotels „Victoria“ endete der erste sehr informative Tag der Teinacher Tagung.

Den zweiten Tag eröffnete die einzige weibliche Sprecherin, Dr. *Katharina Ziolkowski*, LL.M., von der Nato-School in Oberammergau, mit dem Thema „Computer Warfare und die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen“. Dabei führte sie das Publikum ein in die Problematik der Computer Network Operations (CNO) und des im humanitären Völkerrecht noch wenig erforschten Gebiet des Cyber Wars. Durch die neuen Kommunikationssysteme und digitalen Datentransfer besteht die Möglichkeit auf Seiten der gegnerischen Partei, Befehle abzufangen und/oder zu verändern und Kommunikation zu stören. Im Weiteren könnte somit die Funktions-

fähigkeit von Transport-, Energie-, Notfall- und Rettungswesen eines Staates beeinträchtigt werden und damit mittelbar auch zur Verletzung oder gar Tötung von Menschen führen.

Dr. *Ziolkowski* warf deshalb die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen bezüglich Qualität und Intensität solche Methoden einen Angriff im Sinne der Zusatzprotokolle darstellten. Sie zog insoweit einen Vergleich mit der Wirkung von konventionellen Waffen, dass ein Angriff dann vorliegt, wenn Sachwerte oder Personen geschädigt worden sind. Im Rahmen der Verfolgung solcher neuen Cyber War-Gefahren stellte sie verschiedene Problemgebiete dar. Zunächst nannte sie neue technische Möglichkeiten, welche die schwierige Identitätsfeststellung der Täter (Rückverfolgung) und die erleichterte Täuschungsfähigkeit des Absenders ergeben. Hierbei nannte sie das Beispiel der Vorkommnisse in Estland 2007, wobei u.a. die E-Mail und Telefonkommunikation des Parlamentes für vier Tage lahm gelegt worden waren. Eine Rückverfolgung führte die Ermittler bis nach Russland, doch auch dort konnte kein Absender explizit benannt werden.

Auf internationaler Ebene sprach sie die Problematik der Souveränität und Neutralität an und fragte, ob diese mit der rechtlichen Einordnung der neuen Gefahren vereinbar bleiben. Außerdem fragte sie, ob nicht auch in den Bereichen der Weltraumsatelliten, Urheber-, Fernmelde- und Weitergaberegungen Antworten auf die neuen Gefahren kodifiziert werden sollten.

Diese für viele Teilnehmer weitest gehend neuen Gefahren, wurden von Dr. *Ziolkowski* durch viele Beispiele anschaulich dargelegt. Und trotz der schwierigen Definition eines „Angriffes“ in diesem Rahmen, sprach sie anschließend über den Schutzrahmen der Zusatzprotokolle. Im Ergebnis ging Dr. *Ziolkowski* davon aus, dass der Schutzgedanke zeitlos ist und man bei klarer juristischer Auslegung der Normen zu einem Schutz durch die Protokolle gelangt. So nannte sie das Beispiel der Absendung von E-Mails mit der Nutzung der Daten des IKRKs und der Anwendung der Art. 38 und 39 ZP I. So sieht sie zwar kein Argument im Wortlaut, der Historie oder des Systems der Normen, jedoch kam sie zu dem Schluss, dass die teleologische Auslegung den Schutz ergebe.

Im Anschluss beschäftigte sich Dr. *Stephan Weber*, Regierungsdirektor am Zentrum für

Innere Führung in Koblenz, mit dem Thema „Waffenüberprüfung nach dem Zusatzprotokoll I und nicht letale Waffen“. Zunächst beschrieb er die verschiedenen Formen nicht letaler Waffen anhand einer Power Point Präsentation, da es keine Legaldefinition gibt. Nicht letale Waffen intendieren nicht die Tötung, schließen diese jedoch auch nicht aus, wie beispielsweise Gummigeschosse, Netze, Betäubungsgas, Blindgranaten und Ähnliches. So testete z.B. Russland „psychotronische“ Waffen, welche ein Glücksgefühl oder Traurigkeit bei der Zielperson auszulösen vermögen.

Trotz der Ermangelung einer Definition, gibt es beschreibende Eingrenzungen für nicht letale Waffen. So bestehen die individuellen Waffenverbote für Streumunition, blind machende Laserwaffen, DumDum-Geschosse und Ähnliches. Außerdem wird ein Verbot von nicht letalen Waffen gemessen an den Generalklauseln der Art. 23 Haager Landkriegsordnung (HLKO), Art. 51 (4) ZP I (Unterschiedlose Waffen); Art. 35 (2) und Art 55 (1) ZP I (Schutz der Umwelt). Ebenfalls müssen sie dem allgemeinen Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Um das in Art. 35 ZP I verankerte Verbot der Verursachung überflüssigen Leides und der damit notwendigen Überprüfung neuer Waffen zu stärken, wurde das SIRUS (Sperfluous Injury and Unnecessary Suffering) Projekt des IKRK ins Leben gerufen. Es wurde ein Kriterienkatalog für die Unzulässigkeit etwaiger Waffen aufgestellt. So sind danach Waffen verboten, die zu einer dauerhaften Behinderung, einer Feldsterblichkeit von mehr als 22 Prozent und eine Hospitalsterblichkeit von mehr als 5 Prozent führt. Trotz dieser Indikatoren gibt es keine internationale Überwachung. Es ist den Staaten selbst überlassen gemäß Art. 36 ZP I eine Überwachung durchzuführen.

Im letzten Vortrag sprach *Harvey Rishikof (Esq.)* vom National War College in Washington über die Chancen einer Ratifikation der Zusatzprotokolle durch die USA, was in eine die Tagung abschließende Podiumsdiskussion mündete. Die beiden, den Zusatzprotokollen gewidmeten Tage waren für alle Teilnehmer eine gewinnbringende Erfahrung mit interessanten Einblicken in aktuelle Fragen des humanitären Völkerrechts. ■

Seminar „Legal Dimensions on Maritime Operations“ in der Marineoperationsschule Bremerhaven vom 10.–14. März 2008

Ass. iur. Felix Boor*

In der Woche vom 10. bis zum 14. März 2008 fand im taktischen Zentrum der Marineoperationsschule in Bremerhaven zum mittlerweile 13. Mal das alljährliche Seminar zum humanitären Seerecht statt. Zum Seminar mit dem diesjährigen Titel „Legal Dimensions on Maritime Operations“ hatten der Lehrstuhl von Prof. Dr. *Heintschel von Heinegg* der Europa-Universität Frankfurt/Oder und die Marineoperationsschule Bremerhaven eingeladen. Dieser Einladung waren nicht nur deutsche Studenten und Offiziere der Bundesmarine gefolgt, sondern auch ein Marineoffizier aus Dänemark und Prof. *Grunawald* vom US Navy Warfare College Newport/Rhode Island. Dementsprechend wurde das Seminar, wie es schon seit 2004 regelmäßig der Fall gewesen ist, in englischer Sprache abgehalten.

Das Seminar orientierte sich an einem von der Marineoperationsschule entworfenen Szenario eines internationalen Konfliktes, der weitgehend zur See ausgetragen wird – eine Situation, die in heutiger Zeit nur noch sehr selten vorzufinden ist, zumal die meisten Konflikte innerhalb eines Staates ausgetragen werden. Einsatzgebiet sollte hier ein zwischen verschiedenen Staaten aufgeteiltes Inselatoll sein. Zum Territorium des Staates B. gehört die rohstoffreiche Insel EULAV. Diese wird von dem Nachbarstaat N. gewaltsam besetzt. Der Sicherheitsrat fordert daraufhin N. auf, die Insel wieder an B. zu übergeben. Nach Ablauf eines Ultimatums beschließt der Sicherheitsrat weitreichende Sanktionen nach Kapitel VII der UN-Charta. Unter anderem sind ein Waffenembargo und die Befreiung der Insel durch militärisches Einschreiten vorgehen.

In diesem Szenario wird der Seminarteilnehmer in die Lage eines Kommandanten bzw. Rechtsberaters eines im Krisengebiet operierenden Flottenverbandes versetzt.

Zunächst wurden die völkerrechtlichen Grundlagen militärischer Operationen zur

See von Herrn Prof. Dr. *Heintschel v. Heinegg* erläutert, der selbst den Rang eines Korvettenkapitäns der Reserve bekleidet. Nach einer Einführung in die verschiedenen Regime der Seezonen und des Luftraums in Friedens- und Kriegszeiten wurde in einem ersten Schritt die Frage behandelt, ob und wann ein Kriegsschiff überhaupt Gewalt anwenden darf. Hauptaugenmerk wurde hierbei auf die Selbstverteidigung der eigenen Truppenteile gelegt. Die rechtliche Grundlage hierzu ist Art. 51 UN-Charta, beschränkt durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Jeder Angriff auf eigene Truppenteile darf entsprechend abgewehrt und beantwortet werden, sofern nur die Verteidigungshandlung nicht außer Verhältnis zum Angriff steht. Daneben wurden nicht nur Maßnahmen aufgrund einer Sicherheitsratsresolution nach Kap. VII UN-Charta behandelt, sondern es fanden auch umstrittene Fragen Eingang in die Darstellung, beispielsweise die humanitäre Intervention, die Intervention zu Gunsten eigener Staatsangehöriger, Terrorismusbekämpfung und der Kampf gegen die Weiterverbreitung von Massenvernichtungswaffen.

Eine gesonderte Unterrichtseinheit war in diesem Zusammenhang dem Piraterieproblem gewidmet. Die rechtlichen Grundlagen der Pirateriebekämpfung im Rahmen des UN-Seerechtsübereinkommens wurden aufgezeigt, und es wurde auf die besonderen Schwierigkeiten der Bekämpfung in den Territorialgewässern eines Küstenstaates hingewiesen, auf dessen Kooperation man in diesen Fällen stets angewiesen ist.

Bereits am Abend des ersten Tages im Rahmen der Gruppenarbeit zeigte sich der besondere Vorteil der Zusammensetzung der Seminarteilnehmer aus Wissenschaftlern und Praktikern. Einerseits musste man sich als Jurist mit den typischen Situationen in Krisengebieten aus Sicht des Militärs auseinandersetzen. Auf der anderen Seite waren die Marineoffiziere gezwungen, taktische Vorgänge und technische Aspekte der Kriegführung zu verdeutlichen. Zunächst wurden Fragen im Vorfeld des eigentlichen Konfliktes aufgeworfen. Diesbezüglich wurden die durch die Küstenstaaten reglementierte Transitspassage durch eine Meerenge und allzu neugierige Hafenbehörden genauso behandelt wie die einzuleitenden

Sicherheitsmaßnahmen bei Ortung eines unbekanntes U-Bootes und die Gefahren eines vermuteten Seegebietes. Auch die praktisch sehr bedeutsame Frage, wann und wie eine *No Fly Zone* oder eine *Exclusion Zone* um das eigene Geschwader eingerichtet und durchgesetzt werden könne, wurde beleuchtet.

Gerade auch bei der Frage der Verletzung des durch eine *No Fly Zone* geschützten Luftraumes wurde deutlich, dass ein Flottenkommandant oft innerhalb einer Minute oder sogar einer noch kürzeren Zeit über Dinge entscheiden muss, die unter normalen Umständen umfangreicher rechtlicher Überprüfung unterlägen. Für die Juristen wurde auch schnell klar, dass der Marineoffizier nicht einfach nach den völkerrechtlichen Regelungen handeln darf, sondern stets Rückgriff auf seine *Rules of Engagement* nehmen muss. Hierbei handelt es sich um Handlungsanweisungen für den Kommandanten auf See, bei deren Erstellung politische, operative, völkerrechtliche und diplomatische Erwägungen für den Friedens- und Krisenfall einfließen. Das Ziel, dem Kommandanten Handlungsempfehlungen zu erteilen, setzt eine sorgfältige Aufarbeitung des Friedenssicherungsrechts und des Kriegsrechts voraus. Insoweit bringen die *Rules of Engagement* völkerrechtliche Elemente in die operative Führung auf See ein.

Der zweite Teil des Seminars war ganz dem humanitären Völkerrecht gewidmet, also der Frage, in welchen Grenzen die Gewaltanwendung während eines bewaffneten Konflikts erfolgen darf. Herr Prof. *Heintschel von Heinegg* gab eine ausführliche Einführung zu den allgemeinen Regelungen. Dabei standen die Einteilung in zivile und legitime militärische Ziele und das Verbot des unterschiedslosen Angriffs im Vordergrund. Während der anschließenden Gruppenarbeit wurden Zweifelsfälle in engagierten Debatten zwischen den Seminarteilnehmern ausführlich diskutiert.

Der dritte Teil des Seminars behandelte ein sehr praxisnahes Thema, nämlich die Anwendung und Erstellung der *Rules of Engagement*. Zunächst berichtete Herr Regierungsrat *Althaus* als Rechtsberater der deutschen Marine sehr anschaulich, welche Probleme sich bei der Entwicklung dieser Regeln stellten, und dass hier stets nachgebessert werden müsse, wenn sich im Laufe der Zeit Unklarheiten beim Anwender ergäben. Diese Regelungen müssten trotz der stark komprimierten Form auch komplizierte Situationen erfassen, ohne dass sie ihre Einfachheit und Verständlichkeit verlieren dürften.

* Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Dr. *Adelheid Puttler*, LL.M., für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht der Ruhr-Universität Bochum

Als besondere Bereicherung des Seminars wurde allgemein der sehr anschauliche Vortrag von Herrn Prof. *Grunawald* empfunden, der aus der Sicht der US-amerikanischen Armee besonders schwerwiegende Fehler bei der Anwendung und Erstellung der *Rules of Engagement* durch die US-Armee aufzeigte. Er verdeutlichte den Zusammenhang zwischen der Erstellung der *Rules of Engagement* zu Beginn der US-amerikanischen Intervention während des Libanonkonfliktes Anfang der 80er Jahre und dem Attentat auf die US-Militärbasis im Beirut Flughafen 1983, bei dem über 200 US-Soldaten getötet wurden. Ebenso anschaulich wurde der Zusammenhang zwischen dem irakischen Raketenangriff auf die *USS Stark* während des ersten Golfkrieges und in direkter Folge dem Abschuss

eines iranischen Airliners durch die *USS Vincennes* einige Zeit später aufgezeigt.

Den Abschluss dieses überaus interessanten und lehrreichen Seminars bildete der Erfahrungsbericht von Herrn Regierungsrat *Althaus* über die Erfahrungen der Bundesmarine innerhalb des derzeitigen UNIFIL-Einsatzes vor der Küste des Libanons.

Abschließend ist zu sagen, dass dieses Seminar am humanitären Völkerrecht Interessierten eine wohl einzigartige Möglichkeit bietet, dieses Gebiet aus der Sicht eines Marineoffiziers kennen zu lernen. Nachdem die gegenseitigen Berührungsängste abgebaut waren, fand man hier interessante Gesprächspartner. Auch das Abendprogramm in Offiziersmesse und Seemannskneipe wird lange in Erinnerung bleiben. ■

Internationale Konferenz: Islam und moderner Nationalstaat – Ein Konflikt der Kulturen? 12. und 13. März 2008 in Berlin

Lisa Hilleke*

Am 12. und 13. März 2008 veranstalteten das Institut für Diaspora und Genozidforschung der Ruhr-Universität Bochum und die Gerda Henkel Stiftung (Düsseldorf) unter der Schirmherrschaft des nordrhein-westfälischen Ministerpräsidenten Dr. *Jürgen Rüttgers* eine internationale Konferenz zum Thema „Islam und moderner Nationalstaat“ in der Vertretung des Landes NRW beim Bund in Berlin. Umgeben von diplomatischen Vertretungen verschiedener Staaten des Nahen Ostens und in unmittelbarer Nachbarschaft der Botschaft der Vereinigten Arabischen Emirate erschien die Vertretung des Landes NRW beim Bund wie geschaffen für eine Konferenz, die sich mit der Frage nach Nationalstaatlichkeit islamischer Staaten beschäftigte. Sicherlich auch aufgrund dieser räumlichen Nähe waren auf der Liste der Teilnehmer einige Vertreter der Botschaften islamisch geprägter Staaten und der USA zu finden. Darüber hinaus waren zahlreiche Vertreter des Bundes und der Länder sowie verschiedener Stiftungen, Forschungsgesellschaften, In-

stitute und der Medien, ergänzt durch eine Vielzahl Vertreter bundesweiter Universitäten anwesend. Diese breite Teilnehmermischung versprach schon vorab spannende Diskussionen ganz im Zeichen des Themas der Konferenz, deren Ziel nicht zuletzt die Beantwortung der Frage nach der richtigen Konjunktion war: „Islam und moderner Nationalstaat“ oder doch viel mehr: „Islam oder moderner Nationalstaat“?

Der erste Tag der Konferenz stand ganz im Zeichen der Abgrenzung von Religion, Gesellschaft und Staatsbildung, wobei der Begriff der Säkularität die entscheidende Rolle spielte. Zur Begrüßung sprach *Michael Mertes*, Staatssekretär für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien sowie Bevollmächtigter des Landes NRW beim Bund, im Namen Dr. *Jürgen Rüttgers*. In seiner Rede wies er ebenfalls auf die Nähe der NRW Landesvertretung, auch als „Botschaft des Westens“ bezeichnet, zu den verschiedenen Botschaften des Orients sowie zu der Friedrich-Ebert- und Konrad-Adenauer-Stiftung hin. Er betonte, unterstrichen durch die Ansichten *Ernest Gellners* und *Max Webers*, dass die Frage nach dem „und“ oder „oder“ zwischen Islam und modernem Nationalstaat noch längst nicht geklärt sei und heutzutage leider das „oder“ bzw. der gegenseitige Ausschluss von Islam

und modernem Nationalstaat als Antwort überwiege. Dies unterlegte er mit der „Global Attitudes-Erhebung“ des *Pew Research Center*: „The Great Divide: How Westerners and Muslims View Each Other“ von 2006. Deren Ergebnisse zeigten, dass nicht-muslimische Deutsche mehrheitlich der Meinung seien, eine Vereinbarkeit von moderner Gesellschaft und der Bekenntung zum Islam sei unvorstellbar und das westliche Konzept der Demokratie in Ländern mit vorwiegend muslimischem Glauben funktioniere nicht, wohingegen Muslime in Deutschland mehrheitlich die genau gegenteilige Meinung verträten. Einig wären sich Muslime und Nicht-Muslime nur in Bezug auf die schlechte Beziehung zwischen dem „Westen“ und dem islamischen Teil der Welt sowie gegenseitiger Schuldzuweisungen. *Mertes* schloss seine Begrüßung mit dem Dank an die Veranstalter der Konferenz und machte seine Meinung zum Umgang mit diesen Differenzen mit der Überzeugung *Karl Poppers* deutlich, dass „wir dem Aufeinandertreffen von Kulturen den wichtigsten Erkenntnisfortschritt überhaupt verdanken – nämlich die Entdeckung der kritischen Vernunft“¹.

Es folgte die Einführung in das Thema der Konferenz durch den Direktor des Instituts für Diaspora und Genozidforschung Prof. Dr. *Mihran Dabag*, der die Relevanz der Thematik und die Sensibilität für das Thema in den Vordergrund stellte. Er betonte, das Wort „Globalisierung“ sei in der heutigen Zeit und in Bezug auf die sich ständig wandelnde Welt nicht mehr aussagekräftig bzw. richtungweisend genug, da Globalisierung das Codewort für den Verlust der Souveränität von Nationalstaaten sei und eine Diagnose für fragile Staaten darstelle. *Dabag* nannte als zentrale Aufgaben der Konferenz, Denkanstöße für die Neubewertung und Neudefinition von Schlüsselkonzepten sowie die Neuordnung von politischem, sozialem und auch religiösem Wissen unter Zuhilfenahme des BMZ-Konzepts „Entwicklungsorientierte Transformation bei fragiler Staatlichkeit und schlechter Regierungsführung“ des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) auf Basis der Prinzipien des Entwicklungsausschusses der OECD von 2005 zu finden. Er ging detailliert auf die verschiedenen Punkte des Konzepts ein und fand passende und aktuelle Beispiele. *Dabag* schloss seine Einführung mit einem Dank an die Gerda Henkel Stiftung.

* Lisa Hilleke ist Studentin der Wirtschaftswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum und seit September 2007 wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV).

¹ M. Mertes, Eröffnungsrede der internationalen Konferenz „Islam und moderner Nationalstaat“, unter: <http://www.europa.nrw.de/reden/080312islamredemertes.html>.

Den ersten Vortrag an diesem Tag hielt Prof. Dr. *Lucian Hölscher*, Professor für Neuere Geschichte und Theorie der Geschichte an der Ruhr-Universität Bochum zum Thema „Säkularität zwischen Religion und Gesellschaft“ und begann sogleich mit der provokanten Frage: „Wahrheit – was ist das?“ und der ebenso provokanten Antwort: „Eigentlich gibt es nur eine“. Anhand der „Ringparabel“ aus *Gotthold Ephraim Lessings* „Nathan der Weise“ erklärte er im Folgenden die drei Religionen durch die drei Ringe, zwischen denen keine Feindschaft, sondern Freundschaft herrschen solle. Alle drei Ringe schienen jedoch „falsch“ zu sein, da jede Religion ihre eigene Wahrheit für sich als einzig richtige beanspruchte oder nach moderner Einstellung der Agnostizismus die Frage nach Wahrheit für jeden selbst beantwortete. Weiterhin stellte *Hölscher* fest, dass Verfassungsstaaten auch Religionen in Regeln einbinden wollen, was einer Abwägung von Säkularität (formal-rechtlich) einerseits und Leitkultur (kulturell-soziographisch) andererseits bedürfe. Er ging auf die Ordnungsfunktion der Religion ein, indem er sie historisch als „Geist politischer Verfassungen“ erklärte und kam nach diesen Ausführungen zu der Erkenntnis, Deutschland habe nie über eine Zivilreligion im oben genannten Sinne der konfessionsneutralen Zivilreligion verfügt. Dies bewog ihn zu der Meinung, dass eine in Deutschland nicht traditionell verankerte Zivilreligion somit auch nicht sinnvoll erschiene, was zumindest in Bezug auf *Samuel Huntingtons* „Clash of Civilizations“ den Vorteil der Bekenntnis zum säkularen Staat bzw. zur säkularen Religion berge. *Hölscher* erklärte historisch unterlegt, warum in Deutschland seiner Meinung nach eine Unerheblichkeit der religiösen Zugehörigkeit für politische Entscheidungen feststellbar sei und Deutschland außerdem geprägt sei durch eine Art Religion, die anstelle von Mission Integration vorsähe. Dies schließe die Eigenlogik einer Religion und Anpassung an die Gesellschaft mit ein und vertrete ein neues theologisches Verständnis der positiven Säkularität, in der Gott und die Welt gegenseitig aufeinander verwiesen, um die friedliche Koexistenz von verschiedenen Religionen sowie Staat und Religion zu gewährleisten. Zum Abschluss kam *Hölscher* zu der Ansicht, dass diese Vision der Säkularisierung heute schwer durchsetzbar sei, eine Abkehr jedoch mit dem Verweis auf die zu Anfang angesprochene Ringparabel Lessings nicht zwingend wäre.

Nach *Hölschers* Vortrag über Säkularität referierte Prof. Dr. *Volkhard Krech*, Professor für Religionswissenschaft an der Ruhr-

Universität Bochum, zum Thema „Religion und Politik im Zeitalter der Globalisierung“. Hierfür ging er auf empirische Befunde für die Ausprägung von Religiosität im Weltmaßstab, die Überlegung der Gegenläufigkeit kultureller Entwicklungen und auf empirische Befunde in Bezug auf den Zusammenhang von Politik und Religion in Form einer Clusteranalyse ein².

Im ersten Teil seines Vortrags bezeichnete er Europa in religiösen Angelegenheiten als Ausnahme. Er erklärte die Besonderheiten verschiedener Religionen damit, dass einige besondere Säkularisierungsfaktoren besäßen wie das Judentum und der Buddhismus, wohingegen andere sehr vital wären wie der Islam und der Protestantismus. *Krech* sprach von den nicht nur nivellierenden Auswirkungen der Globalisierung, sondern betonte die Gegenläufigkeit von Globalisierung und Lokalisierung. Dies führe dazu, dass das „Globale Dorf“ reflexiver, differenzierter wahrgenommen werden könne. Im dritten Teil seines Vortrags stellte *Krech* fest, dass über 40 % der Befragten eher eine lokale als eine landesbezogene Zugehörigkeit empfänden. Bei einer Befragung des *World Value Surveys* bezüglich der politischen Religiosität in Verbindung mit nationaler Identität, sei in Deutschland, im Gegensatz zu Ländern wie Ägypten, dem Irak, Pakistan und auch den USA, nur ein schwacher Zusammenhang erkennbar. Zum Schluss stellte *Krech* noch anhand von Clusteranalysen auf Basis der Daten des *World Value Surveys* die Beispielländer Simbabwe, Ägypten und Irak dar, um zu dem Schluss zu kommen, dass sowohl Ägypten als auch der Irak durch ihre starke allgemeine und politische Religiosität, ihre ausgeprägte nationale Identität und ihre wenig-positive Einstellung zur Demokratie ein besonders hohes Gefährdungspotential nach außen bergen.

Nach der Mittagspause sprach Prof. Dr. *Stefan Reichmuth*, Professor für Orientalistik an der Ruhr-Universität Bochum, zum Thema „Proto-nationale³ Tendenzen in der arabischen Geschichte der Neuzeit“. *Reichmuth* gab einen geschichtlichen Überblick über die Entstehung des Nationalismus in arabischen Staaten. Hierfür ging er auf die Bedeutung des Protonationalismus, in dessen Zentrum Sprache, Religion, Bildung und die so genannte Populärkultur gestanden haben, ein und wies im Folgenden auf verschiedene positive und negative Beispielländer wie Ägypten und Algerien, hin. In diesem Zusammenhang betonte *Reichmuth* die Bedeutung einer gewissen regionalen Autonomie, des Handels mit Europa und von Sharifaten für eine kulturelle Identität. Als Voraussetzung für eine neue Identität nannte *Reichmuth* die Entdeckung neuer Literaturfelder, wie die Reiseliteratur und die Andalusiennostalgie, die statt einer Romanisierung durch die Christen Europas zu einer Arabisierung und bis heute zu einer besonderen „arabischen Spannung zwischen regionaler und überregionaler arabischer Identität“ führe.

Es folgte der Vortrag zum Thema „Religiöse Traditionen und Staatsbildung in Marokko“ von Prof. Dr. *Bettina Dennerlein*, Professorin für Islamwissenschaft an der Universität Hamburg, die sogleich feststellte, dass der Staat als moderner Nationalstaat eine Erfindung des Westens sei, die dem „Orient“ aufgesetzt und – mit Verweis auf *Bertrand Badies* „Unübertragbarkeit von Staatsmodellen“ – zum Scheitern verurteilt sei. Weiterhin ging *Dennerlein* speziell auf Marokko ein. Sie gab einen kurzen geschichtlichen Abriss, um die Bedeutung von Sharifismus und Dschihad als Legitimation des Staatensystems Marokkos zu verdeutlichen. Hierfür betonte *Dennerlein* insbesondere mit Blick auf *Amira Bennisons* „Sharifian-Jihads-Date“ in Marokko, die Armee reformen in Verbindung mit staatlicher Machtlegitimation und Verweis auf den Dschihad und die Schlacht am Isli (1844). Dies ergänzte sie durch die Erklärung des Dschihad als religiös-rechtliches Konzept, aus dem häufig ein Zusammengehörigkeitsgefühl und somit vielleicht auch eine Art „Nationalstaatlichkeit“ folge. Sie endete ihren Vortrag mit der Feststellung, dass Krisen ein solches Zusammengehörigkeitsgefühl verstärken.

Im Anschluss an eine kleine Kaffeepause referierte Prof. Dr. *Gudrun Krämer*, Direktorin des Instituts für Islamwissenschaft der Freien Universität Berlin und der Berlin Graduate School Muslim Cultures and Societies, über die „Säkularisierung als Problem: Ägypten“ und begann mit der Frage, warum es sich überhaupt um ein Problem handle. Zur Beantwortung dieser Frage erklärte sie *José Casanovas* drei Dimensionen von Säkularität, das heißt die Entwicklung hin zum abnehmenden Werteverlust für Religion, den Rückzug der Religion in das Private und die institutionelle und konstitutionelle Trennung von Kirche und Staat, die heutzutage alle auf massive Ablehnung in Ägypten stießen. So herrsche beispielsweise in Ägypten seit dem zweiten Drittel des 20. Jhds. die These, dass Säkularisierung die „feindliche Übernahme der islamischen Gesellschaft“ bedeute. Und

Im Anschluss an eine kleine Kaffeepause referierte Prof. Dr. *Gudrun Krämer*, Direktorin des Instituts für Islamwissenschaft der Freien Universität Berlin und der Berlin Graduate School Muslim Cultures and Societies, über die „Säkularisierung als Problem: Ägypten“ und begann mit der Frage, warum es sich überhaupt um ein Problem handle. Zur Beantwortung dieser Frage erklärte sie *José Casanovas* drei Dimensionen von Säkularität, das heißt die Entwicklung hin zum abnehmenden Werteverlust für Religion, den Rückzug der Religion in das Private und die institutionelle und konstitutionelle Trennung von Kirche und Staat, die heutzutage alle auf massive Ablehnung in Ägypten stießen. So herrsche beispielsweise in Ägypten seit dem zweiten Drittel des 20. Jhds. die These, dass Säkularisierung die „feindliche Übernahme der islamischen Gesellschaft“ bedeute. Und

² Sämtliche empirischen Daten waren den *World Value Surveys* entnommen.

³ Als vor-nationale Tendenzen interpretiert.

dies stünde der formellen Bedeutung des Islam als Staats- und Religionsform entgegen, dessen besonderes Interesse auf den religiös-rechtlichen Normen in Form der Sharia läge. An einem Beispiel zeigte *Krämer*, dass auch Ägypten säkulare Züge habe und stellte das Bildungswesen (Verbindung von Schulbildung und Religion) und das Rechtswesen (Sharia und Fiq) als Felder mit guter Beobachtbarkeit der Säkularität vor. *Krämer* unterstrich jedoch, dass „selbst ‚Gebildete‘ nicht vollständig säkular gebildet“ seien und endete mit der Vermutung, dass *Rudyard Kiplings* „east is east and west is west and never the twain shall meet“ weiterhin gelte.

Es folgte der Vortrag Prof. Dr. *Alexander Flores*, Professor für Wirtschaftsarabistik an der Hochschule Bremen, zum Thema „Islamismus und arabischer Nationalismus im Kontext“. *Flores* begann mit der These, dass der Unterschied zwischen Nationalismus und Islamismus nicht sehr groß sei. Er erklärte den arabischen Nationalismus als Ausdruck von Säkularität, der historisch begründet in der scharfen Wendung gegen Imperialismus, Zionismus und das Islamische sei. Dieser, die arabische Identität und Sprache betonende, arabische Nationalismus hätte sich jedoch seit Anfang der 1970er zum ihm gänzlich gegensätzlichen Islamismus, der die „Widergewinnung des Islam als allgemeingültige Religion der Muslime inklusive Sharia“ als Ziel habe, gewandelt. Dies führe laut *Flores* zu dem Dilemma der Abgrenzung zwischen allen Muslimen einerseits und der gesamten muslimischen Welt andererseits, und der widersprüchlichen religiös-privilegierten Stellung der arabischen Sprache im Islam. *Flores* beschrieb die Islamisten als die Erben der Nationalisten, die jedoch dringend antiwestlich orientiert seien und nannte Beispiele für Länder des Nahen Ostens mit einerseits nationalistischer und antiwestlicher und andererseits nicht von Anfang an antiwestlicher Haltung. *Flores* schloss seinen Vortrag mit der Feststellung, dass Islamisten subjektiv Antinationalisten seien und die Entstehung des Nationalismus im islamischen und arabischen Kontext in enger Verbindung zum Imperialismus bzw. Kolonialismus zu sehen sei.

Der erste Konferenztag endete mit dem Vortrag von Prof. Dr. *Manuel Hassassian*, Professor of International Politics and Relations, Vortrag über „Islam, Democracy and the Prospects of Peace in the Middle East“. *Hassassian* stellte sich vor als ein armenischer Christ und Botschafter Palästinas in Großbritannien, was zum Verständnis des darauffolgenden Vortrags beitrug. Er sprach davon, dass die Herausforderungen an die

Demokratie in der arabischen Welt die islamische Kultur sowie religiöse, politische und soziologische Ideologien seien. Da es sich in diesen Ländern nicht um die universale politische Norm „Demokratie“ handle, sondern um die Shura. *Hassassian* verdeutlichte, der Islam sei physisch und religiös ein „way of life“, welcher das Basisproblem der Untrennbarkeit von Islam und Staat beinhalte und dazu führe, dass es in der arabischen bzw. muslimischen Welt keine Demokratie gäbe. *Hassassian* beschrieb diese Feststellung mit den Worten „Islam is totally totalitory“ und kam nach einem Kurzausschnitt der Geschichte vom Nationalismus der arabischen Christen über die islamische Reformierung, beides im Kampf gegen die Osmanen zur heutigen Mischung aus Fundamentalisten und gescheiterten Nationalisten in der arabischen Welt. Er beschrieb den „Clash of Civilizations“ mit der Feststellung, dass es 22 arabische Staaten mit 22 verschiedenen Ansichten (drei davon mit Sharia) gäbe, was keine Einigkeit in Bezug auf die muslimische Religion möglich mache. *Hassassian* verließ seiner Meinung über die Politik der türkischen Armee als Hinderungsgrund für Islam und Säkularität, eine ungleich verteilte Demokratie Israels und der Schuld Palästinas sich gegen die Besetzung von 22% ihres früheren Landes aufzulehnen, Ausdruck. Er forderte stärkere politische Führung und Einmischung durch Großbritannien und Deutschland und endete mit der deutlichen Aussage, die meisten Israelis und die meisten Palästinenser sagten ganz klar: „ja, zum Friedensprozess und ja, zu der Zwei-Länder-Lösung!“

Am Donnerstag Morgen, dem zweiten Tag der Konferenz, war Iran als Thema in fast allen Vorträgen vertreten. Gleich zu Anfang sprach Prof. Dr. *Anja Pistor-Hatam*, Professorin für Islamwissenschaft an der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, über das Thema „Persische Sprache und zwölfschiitische⁴ Islam – Nationalismus in Iran“. Hierfür gab sie Definitionen für „Nation“, „Nationale Identität“, „Ethnischen Nationalismus“ und „Territorialen Nationalismus“, um dann über die „Erfindung“ der iranischen Nation zu sprechen. Es hätte ein Bedeutungswandel des Begriffs der „Nation“ vom arabischen Wort „milla“ (Gemeinschaft der Gläubigen [Koran]) über das osmanische „millet“ (Glaubensgemeinschaft generell: Nation) zum persischen Wort „mellet“ (Nation) stattgefunden. Dieser Begriff wiederum stünde in enger Verbindung mit dem Begriff „watan“ (Geburtsort, Patria). Weiterhin beschrieb *Pistor-Hatam* die territoriale, ethnische und religiöse Definition Irans sowie seine Konstruktion durch die Geschichte. Sie nannte als Höhepunkt

die Verfassungsrevolution (1906–1911), aus der die heterogenen Länder Irans, definiert durch die persische Sprache und den schiitischen Islam, hervorgegangen seien und die somit Anderssprachige und -gläubige aus der „mellet“ ausschlossen, gefolgt von der Pahlavi-Ära⁵ (1925–1979), die sich auf die Rückbesinnung der vorislamischen Geschichte Irans konzentrierte. Zum Schluss schilderte *Pistor-Hatam* darin begründete Konflikte zwischen Historie und zwölfschiitischen Islam und erklärte die *Zwölfer Shia* als „iranische Religion“.

Im Anschluss hielt Prof. Dr. *Udo Steinbach*, ehemaliger Direktor des Deutschen Orient-Instituts und des Instituts für Nahost-Studien in Hamburg seinen Vortrag über „Die Außenpolitik der Islamischen Republik Iran – Zwischen Islamismus und Nationalismus“. Er erklärte zu Anfang, dass das islamistische Konzept nicht nationalistisch, sondern supranationalistisch sei. Er sagte, Islamisten hätten eine islamische Ordnung zur Abgrenzung gegenüber dem Westen als Ziel, wobei der Nationalismus keine genaue Bedeutung habe, sondern sogar eher bekämpft würde. Mit der Frage nach dem „Wie“ bei der Veränderung der islamischen Welt durch die islamische Revolution, nahm *Steinbach* direkten Bezug auf den Titel seines Aufsatzes und stellte die These *Ayatollah Khomeinis* einer tief greifenden Islamisierung als Gegenposition zum „Westen“ vor, wobei er hinzufügte, dass diese Vorstellung nach der Revolution schnell aufgegeben und stattdessen „Die iranische Nation“ betont worden wäre. Es habe eine „Instrumentalisierung von Kultur und Religion in Iran, um Iran von der Geringstellung auf gleiche Stufe zu stellen wie den Westen“, stattgefunden. *Steinbach* fügte hinzu, dass shia und mellet in Iran unmittelbar zusammen gehörten und wies darauf hin, die Mehrheit der Iraner wisse, dass es den Holocaust gab, was sie jedoch bemängeln, sei die Gründung Israels und damit die Abwälzung des „Problems“ auf den Nahen Osten. Er interpretierte die Holocaustleugnung *Mahmud Ahmadinedschas* als „Instrumentalisierung Israels und des Holocausts, um den eigenen Stellenwert zu heben und sich ‚Gehör‘ zu verschaffen“. Er erklärte außerdem den Wunsch Irans nach Höherstellung und den Aufbau eines iranischen Atomprogramms durch geschichtliche und politische Ereignisse. In Bezug auf das Atomprogramm wies *Steinbach* darauf hin, dass dies keine Erfindung der islamischen

⁴ Offizielle iranische Rechtsschule.

⁵ Die Pahlavi-Dynastie stellte zwischen 1925/26 und 1979 das iranische Kaiserhaus bzw. die Schahs von Persien.

Republik Iran, sondern des Schars (unter deutscher Mithilfe) und läge begründet in Trauma und Wunsch nach Status. Zum Schluss seines Vortrags stellte *Steinbach* die Frage nach realistischer oder religiöser, nationalistischer oder islamistischer Politik.

Auf eine kurze Pause folgte Dr. *Mohammed Saif-Alden Wattads*, Visiting Scholar und Post-Doctoral Fellow am Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht in Freiburg, Vortrag „Islam, Terrorism, and Modern Liberal Societies“. *Wattad* stellte sofort klar, dass es sich bei dem folgenden Vortrag um seine eigene subjektive Meinung handele und er um entsprechendes Verständnis und Geduld bitte. Er erzählte von einer antiislamisch eingestellten Professorin der Columbia Universität in New York, deren Student er gewesen sei, und durch deren Vorträge er einerseits schockiert, andererseits zu verschiedenen Fragestellungen angeregt worden wäre. Diese, vorwiegend rhetorischen Fragen, aus denen man deutlich *Wattads* Meinung entnehmen konnte, waren geprägt durch die Suche nach Wahrheit in Bezug auf den Islam, die Wahrnehmung des Islam in der westlichen Welt, die Geschichte des Westens im Unterschied oder Einklang mit der Geschichte der muslimischen Welt, der Geschichte des Islam und seiner Wirkung und die Frage nach Gründen für eine Besser- oder Schlechterstellung der einen oder anderen Religion und Staatsform. Außerdem stellte auch *Wattad* die Frage, ob es einen Platz für den Islam in modernen Staaten gäbe. Er sprach die Frage der Meinungs- und Pressefreiheit in Bezug auf die dänischen Karikaturen an und fragte sich, warum gerade Muslime so viel kritisiert würden, aber auch warum gerade sie so häufig mit Gewalt reagierten. Weiter interessierte er sich für die Frage, wie es sein könne, dass alle Muslime angeblich die „Grundwerte westlich-orientierter Kulturen abstritten“⁶ und es andererseits zahlreiche „Immigrationsströme von Muslimen nach Westeuropa“⁷ gäbe. Er endete sein Fragenmeer mit der Verantwortlichkeit für die Entstehung von Al-Qaeda, Taliban und Hamas und gab detailliertere Antworten bzw. mögliche Er-

klärungen, wobei er sehr darauf bedacht war, der Meinungsfreiheit den höchsten Stellenwert zuzuordnen und nicht etwa irgendeiner Religion. *Wattad* endete seinen Vortrag mit seiner Ansicht bezüglich der Frage, ob es einen Platz für den Islam in modernen Staaten gäbe: „I strongly believe that there is a space for Islam in modern liberal societies, exactly as there is room for Judaism, Christianity and other faiths and religions“⁸. Um seine Feststellung der schlechten Kritikfähigkeit der Muslime noch einmal zu unterschreiben, erklärte *Wattad* abschließend, dass weder das Judentum noch das Christentum jemals „besser“ gewesen seien als der Islam und dass Kritik das Christen- und das Judentum in eine bessere Position gebracht hätte.

Nach einer diskussionsreichen Mittagspause sprach Prof. Dr. *Christoph Schumann*, Assistenzprofessor für Middle Eastern Studies am Institut für Islamwissenschaft und Neuere Orientalistische Philologie der Universität Bern, über das Thema „Staat und liberales Denken im islamischen Diskurs“. Er teilte seinen Vortrag in drei Teile und beantwortete zuerst die Frage, ob fehlendes liberales Denken als Defizit der islamischen Welt angesehen werden könne, da Liberalismus nur marginal im Nahen Osten zu finden wäre. Als zweites beschäftigte er sich mit der Bedeutung von Freiheit nach *‘Abdallah al-‘Arawi* und kritisierte, dass der Freiheitsbegriff zu inflationär verwendet würde. *Schumann* erklärte, dass „Freiheit“ nach *al-‘Arawi* nur historisch und relativistisch definiert würde, was hieße, dass Freiheit wachsen und schrumpfen könne – „Freiheit ist nicht religiös determiniert, sondern abhängig von Situation und Gesellschaft“. Zur Verdeutlichung ging er auf drei verschiedene Entwicklungen in Bezug auf Freiheit in der islamischen Welt ein und stellte im Folgenden drei Thesen der Freiheit vor: Die Priorität der Freiheit, das heißt das Konzept von Freiheit als traditioneller Wert der Gerechtigkeit; die Gegenüberstellung von Freiheit und Moral; und die Gegenüberstellung wirtschaftlicher Freiheit und soziale Gerechtigkeit. *Schumann* schloss mit dem Fazit, dass Freiheit im

Nahen Osten eher individuelle Bedeutung genieße (*al-‘Arawi*).

Die Konferenz endete mit dem Vortrag Dr. *Johannes Reissners*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Forschungsgruppe Naher-/Mittlerer Osten und Afrika in Berlin, über das Thema „Weltgesellschaft, Islam und westliche Moderne: Der Fall Iran“. *Reissner* zeigte anhand einer Graphik, dass die Weltgesellschaft als Primat funktionaler Differenzierung beeinflusst sei durch die „westliche“ Projekt Moderne und den „muslimischen“ Islam, welche sich auf unterschiedliche Weise an ihr und aneinander rieben. Er erklärte den Islamismus durch die islamische Gesellschaft einerseits und die verwestlichte muslimische Gesellschaft andererseits, und erläuterte, die Grenze zwischen beidem sei muslimischer Protest und westliche Sekten, wobei sich die Kommunikation zwischen beiden nach verschiedenen Themen richte. Als Vergleichsbeispiel nannte er die Unmöglichkeit der Definition von Liebe und Islam. *Reissner* gab zu, dass Angst vor islamistischem Terrorismus berechtigt sei, „man sollte aber nicht vergessen, dass vorwiegend islamische Staaten betroffen sind“. In Bezug auf den Iran, stellte er die Frage, wo der Protest bleibe, wenn die Protestbewegung an der Macht sei. *Reissner* endete seinen Vortrag mit der Frage, wie man die Teilung einer Gesellschaft aufbrechen könne?

Die Schlusszusammenfassung der Konferenz wurde von *Kristin Platt*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Diaspora und Genozidforschung an der Ruhr-Universität Bochum, gehalten, die auch ein großes Lob und Dank der Diskussionsfreude der Referenten und Zuhörer widmete. ■

⁶ *Wattad*, Dr. M. S.-A., Islam, Terrorism, and modern liberal societies, März 2008, S. 5.

⁷ Ibid.

⁸ Id., S. 16.

Judith Wiczorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, Duncker & Humblot 2005, 397 Seiten, 89,80 €

Simone Kumor*

Das von Frau *Judith Wiczorek* im Jahr 2005 beim Duncker & Humblot Verlag Berlin erschienenen Buch „Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht“ beschäftigt sich mit dem aufgrund der US-Politik wieder aktuell gewordenen Thema der unrechtmäßigen Kombattanten. Als solche bezeichnet die US-Regierung nahezu alle im Rahmen ihres „war on terror“ gefangen genommenen Personen. Ob dies mit internationalem humanitärem Völkerrecht vereinbar ist und ob diese Gefangenen sich insoweit tatsächlich in einem „legal black hole“ befinden, ist unter anderem Thema der Arbeit von *Wiczorek*.

Sie geht das Problem der „unrechtmäßigen Kombattanten“ derart an, dass sie zunächst im Rahmen eines allgemeinen Teils (erster Teil) die Rechtstellung einer als „unrechtmäßiger Kombattant“ bezeichneten Person erörtert und in einem zweiten Teil die gefundenen Ergebnisse auf die von den Amerikanern gefangen genommenen Personen im Zusammenhang mit dem „Krieg gegen den Terror“ anwendet.

Im ersten Kapitel des ersten Teils setzt *Wiczorek* sich daher zunächst mit dem Begriff des „unrechtmäßigen Kombattanten“ an sich auseinander. Dabei ist auch für den im humanitären Völkerrecht Vorgebildeten interessant, wie sich der im humanitären Völkerrecht immer mal wieder auftauchende Begriff des „unrechtmäßigen Kombattanten“ entwickelt hat.

So wird mit der *Ex parte Quirin* Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahr 1942 begonnen, in der acht Deutsche vor einer US-amerikanischen Militärkommission angeklagt wurden, Gesetze des Krieges gebrochen zu haben, indem sie heimlich (ohne Uniform) in den Vereinigten Staaten landeten, um Sabotageakte zu verüben (S. 35 ff.) und als solche als „unrechtmäßige Kombattanten“ abgeurteilt wurden.

Die diese Entscheidung umrahmenden Erläuterungen zum Status von Kombattanten

und Zivilisten nach kodifiziertem Recht lesen sich – wie auch die meisten Seiten des ersten Teils – gleich einem Lehrbuch zum Humanitären Völkerrecht. Dies rührt wahrscheinlich daher, dass die gewählte Sekundärliteratur nahezu vollkommen aus Lehrbüchern und Kommentaren zum humanitären Völkerrecht besteht, wobei zu vermerken ist, dass insoweit keines der anerkannten Bücher fehlt, die Auswahl jedoch im Ganzen gering erscheint.

Im weiteren Verlauf nähert sich *Wiczorek* der von ihr favorisierten Definition des „unrechtmäßigen Kombattanten“ an. Damit im Zusammenhang stehend wendet die Autorin die für sie ausschlaggebenden Begriffsmerkmale eines „unrechtmäßigen Kombattanten“ auf die in diesem Rahmen immer wieder diskutierten Fallgruppen der „Spione“, „Guerillakämpfer“, „Söldner“ und „Terroristen“ an. Auch dabei wird der Leser in die Thematiken der jeweiligen Gruppe durch eine allgemeine Erklärung des Begriffs und auch geschichtliche Beispiele eingeführt. Gerade diese immer wieder im Buch auftauchende Bezugnahme auf andere Konflikte und die dazugehörige Staatenpraxis macht das Lesen dieses Buches lebendig und die Ergebnisse überzeugend.

So ist nach *Wiczoreks* Auffassung unter einem „unrechtmäßigen“, „unprivilegierten“, „nichtlegitimen“ Kombattanten eine Person zu verstehen, „die ohne Berechtigung direkt an den Feindseligkeiten teilnimmt“. Einer eigenständigen Kategorie des „unrechtmäßigen Kombattanten“ erteilt *Wiczorek* im Ergebnis aber eine Abfuhr. Vielmehr sollen die Personen, die ohne Berechtigung an Feindseligkeiten an einem internationalen bewaffneten Konflikt teilnehmen, als Zivilisten im Sinne des vierten Genfer Abkommens (GA IV) oder bei Verneinung eines solchen, die im Rahmen des nationalen Rechts der Mindeststandard an menschenrechtlichen Bestimmungen gelten.

Das erste Kapitel lässt so in Bezug auf Statusfragen im Allgemeinen keine Fragen offen und eröffnet dem Leser bereits die Möglichkeit, selbst die gefundenen Ergebnisse auf etwaige Gefangene der US-Amerikaner anzuwenden. Dies basiert wohl

nicht zuletzt darauf, dass insbesondere bei der Subsumtion unter die Voraussetzungen des Art. 4 A des GA IV bereits erste Parallelen zu den Taliban und Al-Quaida-Kämpfern gezogen werden und auch eine Abgrenzung zum „terroristischen Akt“ vorgenommen wird, wobei die Autorin auch hier wieder klare Differenzierungen vornimmt, wie z.B. ob es sich bei der verübenden Person um eine mit oder ohne Kombattantenstatus handelt (S. 97 ff.).

Weiterhin ist positiv zu bewerten, dass *Wiczorek* alle relevanten Normen des humanitären Völkerrechts nennt und erörtert (Art. 5 GA 3, Art. 4, 5 GA 4, Art. 44, 45, 46, 51, 75 Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen [ZP I], Art. 31 Haager Landkriegsordnung [HLKO], der gemeinsame Art. 3 der GA) und so beginnt, den rechtlichen Status und die dazugehörigen Rechte zu klären.

Das zweite Kapitel des ersten Teils beschäftigt sich sodann mit den Rechtsfolgen der Teilnahme „unrechtmäßiger Kombattanten“ an den Feindseligkeiten.

In diesem Kapitel liegt der Schwerpunkt darin, den Unterschied des Rechts im bewaffneten Konflikt zum nationalen Strafrecht des betroffenen Staates aufzuzeigen. So wird deutlich, dass wenn man einen internationalen bewaffneten Konflikt verneint, der Begriff des Kombattanten – sei er rechtmäßig oder „unrechtmäßig“ – begriffnotwendig ausgeschlossen ist. Eine Verfolgung von unberechtigter Teilnahme an etwaigen Feindseligkeiten kann dann nur nach nationalem Recht zu bestrafen sein.

Die Autorin vergisst auch nicht, dass heutzutage Taten, die im Zusammenhang eines bewaffneten Konflikts begangen werden, bestraft werden sollten und weist darauf auch mehrmals gesondert hin (insbesondere Kriegsverbrechen, vgl. S. 141 ff.).

Im Laufe der Arbeit finden sich immer wieder Exkurse, die dem Leser ein umfassendes Verständnis für die verschiedensten Problematiken vermitteln. Die gezielte Tötung von Personen im Zuge der nationalen Gefahrenabwehr oder auch Normen außerhalb des klassischen humanitären Völkerrechts, wie die Konvention der *Organization of African Unity* (OAU/ African Union) oder die UN-Söldnerkonvention sollen hier kurz erwähnt werden.

Im dritten Kapitel des ersten Teils wird sodann detailliert auf die Rechte eines „unrechtmäßigen Kombattanten“ eingegangen. Da hier wieder die Unterscheidung der Verfolgung nach humanitärem Völkerrecht

* Simone Kumor ist Doktorandin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht an der Ruhr-Universität Bochum und dort ebenfalls wissenschaftliche Hilfskraft.

(S. 144 ff.) und nationalem Recht vorgeommen wird, wird hier der Aspekt des Verhältnisses von humanitären Völkerrecht und den Menschenrechten erörtert. Dabei geht *Wieczorek* wohl im Ergebnis davon aus, dass die beiden Regelungskomplexe im Verhältnis der Konvergenz zueinander stehen, d.h. im Falle des bewaffneten Konflikts stellt das humanitäre Völkerrecht zwar das *lex specialis* dar, doch werden die Menschenrechte insoweit nicht suspendiert, sondern gelten weiter. Auf dieses Ergebnis geht die Autorin im Verlauf des Buches wiederholt ein, vergisst dann jedoch gerade dieses besondere Verhältnis deutlich zu machen.

Ansonsten werden auch in diesem Kapitel alle relevanten Normen hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs und ihrer Voraussetzungen der Reihe nach, mit dem intensivsten Schutz – beginnend mit dem GA IV bis zum Mindeststandard der Art. 75 ZP I und dem gemeinsamen Art. 3 der GA – abgearbeitet und erläutert. Bereits hier wird deutlich, dass jeder Inhaftierte einen Anspruch auf ein Mindestmaß an Schutz, zumindest aus menschenrechtlichen Bestimmungen, hat.

Der zweite Teil der Arbeit versucht, die im ersten Teil gefundenen Ergebnisse auf die Operation des „Kriegs gegen den Terror“ anzuwenden. Dabei setzt sich die Autorin zunächst mit dem Begriff des „war on terror“ auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass dieser Begriff reine Propaganda darstellt und ihm keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt. So soll die Klärung des Konflikts und das jeweils anwendbare Recht aufgrund der erhöhten Missbrauchsgefahr vielmehr allein aufgrund von tatsächlichen Begebenheiten zu erörtern sein. Bei dieser Erörterung hangelt sich *Wieczorek* ganz der juristischen Methode entsprechend an den jeweiligen Voraussetzungen der Anwendbarkeit etwaigen humanitären Völkerrechts entlang (vgl. Art. 2, 3 GA IV, S. 175 ff.) und unterscheidet auch danach, ob es sich bei der Invasion in Afghanistan um eine solche mit (evtl. nach der Wahl *Karzais*) oder ohne Einwilligung der Konfliktpartei handelt.

Auch hier wird auf die Frage eingegangen, ob es sich bei den Maßnahmen der Verfolgung von Taliban- und Al-Quaida-Kämpfern je nach dem Zeitpunkt der Gefangennahme um eine national-polizeirechtliche oder eine Maßnahme im Rahmen eines bewaffneten Konflikts handelt. Diese Abgrenzung scheint im Fall der Invasion in Afghanistan umstritten und aufgrund der undurchsichtigen Tatsachenlage schwer zu ermitteln. Im Anschluss an die Subsumtion der bekannten Tatsachen unter die jeweili-

gen Szenarien, folgt ein Katalog an Vorschlägen, wie und wer eine endgültige und verbindliche Statusbestimmung von Gefangenen i.S.d. Art. 5 GA III vornehmen könnte. Es werden Institutionen wie der Internationale Gerichtshof (IGH), internationale Tribunale und individuelle Beschwerdeverfahren genannt. So verlockend einfach ein solches Verfahren auf den ersten Blick auch zu sein scheint, so weist die Autorin jedoch bei jeder dieser Möglichkeiten darauf hin, dass insbesondere die USA aufgrund ihrer aktuellen Außenpolitik keines dieser Gremien wirklich anerkennen würden (Internationaler Strafgerichtshof [ISStGH], Internationales Komitee vom Roten Kreuz [IKRK], vgl. S. 213 ff.).

Im dritten Kapitel wird nun auf die jeweiligen Einzelfälle eingegangen. Die Position der USA, die von ihnen gefangen genommenen Personen, sowohl auf ihrem Staatsgebiet (*Padilla* und *Moussaoui*, S. 278 ff.), in Afghanistan, außerhalb Afghanistans (*Binalshibh*, S. 271) und auch ihre eigenen Staatsangehörigen (*Lindh*, *Hamdi*, S. 230 ff.) im „war on terror“ als „unrechtmäßige Kombattanten“ zu bezeichnen und daran die Rechtsfolgen zu knüpfen, dass diesen z.B. das Recht auf Statusbestimmung durch ein „competent tribunal“, das Recht auf Zugang zu einem Anwalt oder das *habeas corpus* Recht, die Unschuldsvermutung, das Recht auf Rechtsmittel u.a. versagt wird, wird von der Autorin erörtert und im Ergebnis widerlegt.

Frau *Wieczorek* kommt so zu dem Ergebnis, dass der Status der im Afghanistankonflikt gefangenen Taliban- und Al-Quaida-Mitglieder unklar ist, da entgegen der Auffassung der USA nicht auszuschließen ist, dass die Talibaneinheiten als Streitkräfte Afghanistans i.S.d. Art. 4 A Nr. 1 bzw. 2 GA IV zu verstehen sein könnten. In Anlehnung an den *telos* des humanitären Völkerrechts, den Schutz des Individuums im bewaffneten Konflikt zu gewährleisten, sind dessen Bestimmungen weit auszulegen. Bei weiter Auslegung waren diese Kämpfer zum Zeitpunkt der Gefangennahme zur Teilnahme am Konflikt berechtigt und die Voraussetzungen für den Status als „unrechtmäßiger Kombattant“ liegen nicht vor.

Bei den während des Konflikts gefangenen Al-Quaida-Mitgliedern kann ebenfalls daran gedacht werden, dass sie über Art. 4 A Nr. 2 GA IV in den Schutzbereich des GA IV gelangen und sie daher zwar Kombattanten, aber eben keine „unrechtmäßigen“ Kombattanten darstellen. Auch wenn man diese Frage nicht eindeutig zu klären vermag, weist *Wieczorek* auf die Zweifelsregelung des Art. 5 GA III hin,

wonach die Vermutung für einen Kombattantenstatus und die dazugehörigen Schutzbestimmungen gelten, solange die Rechtsstellung nicht durch ein zuständiges Gericht (s.o.) geklärt wurde.

Zweifel könnten sich der Autorin folgend daraus ergeben, dass sowohl die Taliban, aber insbesondere einige Al-Quaida-Mitglieder sich nicht gemäß den Voraussetzungen des Art. 4 A GA IV an die Gesetze und Gebräuche des Krieges bzw. sich nicht an das Unterscheidungsgebot von der Zivilbevölkerung gehalten haben könnten. Nach der Wahl *Karzais* kommt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass es sich lediglich um einen rein internen bewaffneten Konflikt handeln könnte und insoweit bereits der Unterscheidung zwischen Zivilist und Kombattant die Grundlage entzogen sei. Weiter sei danach zu unterscheiden, ob die außerhalb des Territoriums der Konfliktparteien USA und Afghanistan gefangenen Personen im Wege einer polizeilichen Maßnahme unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Konflikts oder durch eine im internen bewaffneten Konflikt anzusiedeln sei. Unabhängig von der Entscheidung gilt, dass in beiden Situationen bereits der Begriff des Kombattanten unanwendbar sei. Denn dieser erlangt nur im internationalen Konflikt i.S.d. Art. 2 GA I-IV Bedeutung. Im Ergebnis kommt *Wieczorek* dazu, dass die Figur des „unrechtmäßigen Kombattanten“ im humanitären Völkerrecht keine eigenständige Figur mit anderen Rechten darstellt. Die von ihr herausgearbeitete Definition der Teilnahme an Feindseligkeiten ohne dazu berechtigt zu sein, lässt sich ihrer Meinung nach unter bereits bestehendes kodifiziertes Recht subsumieren, aus dem sich dann das entsprechende Recht ableiten lässt. Auch wenn sich die Situation gerade in Afghanistan als undurchsichtig erweist, ließe sich trotzdem eine Antwort im humanitären Recht finden. So sind grundsätzlich menschenrechtliche Mindeststandards anwendbar, und wenn ein bewaffneter internationaler Konflikt vorliegt, sogar eine etwaige Statusvermutung als Kriegsgefangener nach Art. 5 GA III.

Mit ihrer detaillierten Arbeit gibt *Wieczorek* vollumfänglich Antworten auf alle Fragen rund um den „unrechtmäßigen Kombattanten“ im humanitären Völkerrecht. Gerade die Bezugnahme auf die aktuellen Geschehnisse auf der Militärbasis Guantánamo und in den Gefängnissen in den USA bezüglich der vom Präsidenten deklarierten „enemy combatants“ macht das Buch auch für Nichtjuristen lesenswert und interessant.

Zu beachten gilt jedoch, dass *Wieczorek* dadurch, dass sie ihrer juristischen Metho-

de folgend alle Merkmale wiederholt prüft und dadurch oft dazu neigt, im Stil der Verschachtelung zu arbeiten, der Leser gezwungen wird, genau zu beachten auf welcher Ebene der Prüfung er sich gerade befindet. Auch vermischen sich dadurch zum Teil Ergebnisse des zweiten Teils mit den bereits gefundenen im ersten Teil. Dennoch stellt die Arbeit einen guten und lesenswerten Beitrag zur Aufklärung des Rechts bezüglich der Gefangenen auf Guantánamo und dem humanitären Völkerrecht im Allgemeinen dar.

Eine verkürzte und ebenfalls sehr lesenswerte Aufarbeitung der Ergebnisse, insbe-

sondere im Zusammenhang mit den Gefangenen von Guantánamo, veröffentlichte die Autorin bereits in dieser Zeitschrift im Jahre 2002 auf den Seiten 88–96.¹ Festzuhalten bleibt also, dass das für den Konflikt in Afghanistan anwendbare Recht – die HLKO, die vier Genfer Abkommen und die gewohnheitsrechtlich anerkannten Bestimmungen des ZP I – auch heute noch ausreichend ist, den Herausforderungen der Gegenwart Herr zu werden. ■

¹ <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifhv/publications/huvi/22002.html>.

Darius Rejali (ed.), *Torture and Democracy*, Princeton University Press, Princeton 2007, 800 pages, \$ 39,50

Daniela Kaschel*

When discussing torture in public the actions and new decisions of the Bush government become very fast the center of debate. While torture until today seems omnipresent, only when unexpected events occur does it appear in headlines again. Guantánamo bay epitomizes torture conducted by a democratic government. Even though the captives have been imprisoned there for over half a decade, they share the same sad fate as other people stroke by such long lasting conditions. The longer a situation persist the least it gets the public's attention it deserves. There has not been a new movie on the topic nor has there been a recent publicised release of a prisoner who can tell of new cruelties.

There are however other democratic states that have lately experienced loud outcries when torture became public. In Germany, for instance, there has been the case of Frankfurt's police vice president *Daschner* who gave consent to threaten the suspected murderer with torture during questioning to learn about the position of a kidnapped child. Within a short while, the press was

informed about the threat and the incident made headlines in the news for weeks.

Darius Rejali has written a book about torture committed by democratic states in which he compares various torture techniques used by different states over time as well as how torture developed within democratic systems. The book is divided into five parts and 24 chapters, which are arranged in the historical development of torture techniques of the last 100 years. The main argument of the book contains that international monitoring systems are not strong enough to stop democratic and non-democratic governments from torture.

In part one, the reader is provided with a definition of torture. Parts two, three and four show that a specific type of torture has been developed by democracies due to increasing public monitoring: 'clean' torture. Furthermore, the author also discovers that authoritarian states have adopted such 'clean' torture techniques from democracies when the international monitoring system intensified. In the last part, the author explores whether states can successfully regulate torture and whether 'clean' torture actually generates useful outcomes for states.

In the preamble, *Darius Rejali* provides the reader with an overall introduction to torture. Within this part of the book, the author reveals his interest in the topic and the main arguments of the book. *Rejali* claims that

there are 'clean' techniques of interrogation that leave only few marks. These 'clean' techniques being physical torture have a long history in democracies where they first appeared and have since spread around the world until the end of the 20th century. Thus, he argues that all the 'techniques that are now commonly used in interrogation rooms and prisons around the world had their roots in the main democratic states' (p. 5). With the legal instrument of the *United Nations Convention against Torture*, the end of the Cold War and the fall of several well-known dictators and juntas many thought that the demand for torture would have diminished. Amnesty international however has pointed out in its recent reports that until today torture is as prevalent as before. Thus *Rejali* asks 'how is it that democracy and torture can co-exist?' (p. 22). Three models of why torture in democracies might appear are presented: (1) national security bureaucracy overwhelms democratic institutions especially in cases during national emergencies, (2) unsound judicial practices and public fear of crime or (3) breakdown of civic order. However, *Rejali* also points out that the preconditions identified by the three models are not obtained in every democracy though torture under those conditions will most probably appear (p. 22f).

In the last part of the introduction the question of 'who cares?' is risen. The author orients the specific interests of the readers to the relevant chapters. Those who are interested in the effect of international human rights regimes on state behavior should read sub-chapters 9, 20–24. Others might be interested in why some torture technology spreads or fails to spread. They should read sub-chapters 8 and 10. The main argument in this part points out that the successful spread of torture technology depends on the strength of socio-technical networks that carry it forward (p. 28).

In the first part called "*Torture and Democracy*" (chapter 1–2) the author introduces his definition of the term torture (p. 39). After presenting several definitions ranging from the *UN Declaration on Torture* – and broadening it with the idea of public private partnerships within the field of state initiated torture – to *Karl Marx* arguments regarding factory assembly lines as a sort of torture, the author points out that all definitions include the "use or abuse of public trust" (p. 39). Thus throughout the book the term torture is used to talk about the state's abuse of public trust.

Here the reader would also expect a definition of democracies by the author. As tor-

* *Daniela Kaschel* M.A gained the Master of International Humanitarian Assistance at Ruhr University Bochum and a Diploma in Cultural Studies from the European University Viadrina Frankfurt/Oder. Currently she is working as an assistant to the NOHA program at the Institute of International Law of Peace and Armed Conflict.

ture evolves, so do regimes including democracies. The Weimar Republic in Germany can hardly be compared with those comparatively old democracies as the USA or the United Kingdom. Therefore, it has to be acknowledged that a definition of democracy is not given in the book. *Rejali* should have given his own definition of democracy as to be able to come to a more thorough comparison between the various types of democracies.

The starting point of the book with regard to the description of torture techniques is the early 20th century. In the second part (chapter 3–5) torture techniques of the Nazi and Stalin regimes are focused upon. In both regimes torture techniques of ‘stealth’ and ‘sweating’ were used in certain cases when ‘clean’ torture was advantageous. Stealth and sweating are both representatives of ‘clean’ torture: stealth characterises torture that leaves few marks and sweating stands for solitary confinement in a dark box with either very high or low temperatures. The author further demonstrates how variations of stealth and sweating were used in the United States of America and Russia at the same time, however, with different intention behind. The Soviet Government (1920–1950) only used ‘clean’ torture techniques on accused individuals before performing *show trials* in which the public was deluded. They should believe that the accused were traitors of the Communist ideology (p. 79) and have never been tortured. In the United States at that time the intention for some authorities to use ‘clean’ torture was more a calculated effort to *gain* confessions (p. 71). With these forced confessions before a judge, the accused did not have any chance to defend him or herself anymore. The Russian style spread to Chi-

na where it was practiced with the same ideological shaped intention (p. 87).

After having elaborated on these aspects, *Rejali* devotes to each torture technique developing out of the stealth tradition a chapter where – besides the technique itself – also the variations according to country are presented.

Part 3 of the book covers the history of electric torture, namely from the electric chair to stun technology. Here the author shows how torture techniques can interact. ‘Magneto torture’¹ was mainly used by the French and Americans abroad (for example in Vietnam, Algeria and Korea) but found its way back to regular policing in the home country (p. 124). Furthermore, the development of stun technology² is described and how the strong networks behind this technology are responsible for its “successful” deployment as ‘clean’ torture tool.

Within his research *Rejali* tries to bring together different disciplines to explain the causes of violence against an individual or even a group ranging from political science, sociology to cultural science and philosophy.

In addition, the methods of torture are well researched especially electric torture. The book is very useful as a source of reference regarding torture techniques, the technical development and history behind ‘clean’ torture. Besides the many fact findings however, the author sometimes does not cite in the best possible way. Now and then footnotes are difficult to find in the bibliography because they are listed under a different title.

The book suits well as an introduction to the topic of torture (techniques) throughout

the world from the 20th century until today. Even though the author focused his research on ‘clean’ torture methods conducted by democratic states, the first two parts of the opus offer a vast amount of information on the historical and technical development of torture across many different states.

To read through the whole volume the reader needs breaks as several techniques are too gruesome to be able to keep an emotional distance. Each chapter of the book has an introductory part where the author presents his arguments and explains what he has found. Thus, even though the research for such a volume is vast, the reader can easily choose one chapter for fact finding or pure interest and will not be lost without having read the entire opus. ■

¹ A magneto is a simple generator that produces a high-voltage spark. When a coil of wire in a magnetic field is moved, an electric current is produced in the wire. Magneto ignitions were used in automobile engines until 1950s and the major armies used them in portable telephones. Through out the world police used magnetos for torture purposes, the kind did not seem to matter. By the 1950s, French torturers settled on the field telephone as the primary form of magneto torture, a choice that had a lasting effect on torture for the next three decades (p. 145f).

² Stun technology developed from Teasers. When a stun device is used, it incapacitates the whole body for several minutes (stunning it). Due to their loop energy produced from a low-voltage battery stun devices procure high intensity, short duration impulses up to 30,000 volts (p. 229f).

NEW EDITION



The Handbook of International Humanitarian Law

Second Edition

Edited by DIETER FLECK, *Formerly Director for International Agreements & Policy, Federal Ministry of Defence, Germany and Honorary President, International Society for Military Law and the Law of War*

This fully updated second edition of the work previously known as *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* sets out an international 'manual' of humanitarian law in armed conflicts accompanied by case analysis and extensive explanatory commentary by a team of distinguished and internationally renowned experts.

'An important and highly valuable book in a field of international law that has seen far too few works of this scope in recent decades.'

AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW [Review from a previous edition]

January 2008 | 808 pages | 978-0-19-923250-5 | £95.00 | Hardback

NEW



From Mercenaries to Market

The Rise and Regulation of Private Military Companies

Edited by SIMON CHESTERMAN, *Global Professor and Director, New York University School of Law Singapore Programme and Associate Professor of Law, National University of Singapore* and CHIA LEHNARDT, *Doctoral candidate, Humboldt University, Berlin*

Why is regulation of Private Military Companies (PMCs) now a challenging issue? How have problems leading to a call for regulation manifested in different regions and contexts? This topical and timely examination of the recent proliferation of PMCs and their current prominence follows the scandals in Iraq and conflict in Sierra Leone in the mid-1990s.

July 2007 | 308 pages | 978-0-19-922848-5 | £60.00 | Hardback

NEW IN PAPERBACK



The Manual of the Law of Armed Conflict

UK MINISTRY OF DEFENCE

This is the first comprehensive manual on the law of armed conflict prepared by a team of expert scholars and practitioners working for and with the UK Ministry of Defence. It covers all aspects of the law of armed conflict as applied today, including means and methods of warfare, the treatment of civilians and other non-combatants – including prisoners of war – and the conduct of operations in all three environments: land, sea, and air.

July 2005 | 672 pages | 978-0-19-928728-4 | £37.00 | Paperback
July 2004 | 672 pages | 978-0-19-924454-6 | £131.00 | Hardback

On the Law of Peace

Legal Aspects of Peace Agreements

CHRISTINE BELL, *Professor of Public International Law, Transitional Justice Institute, University of Ulster*

On the Law of Peace provides a comprehensive analysis of the use of peace agreements from a legal perspective and includes comparative analysis of around 600 peace agreements from over 65 jurisdictions. It brings together disparate areas of law which impact on peace agreements, including self-determination law, law relating to amnesties, and law relating to peacekeeping.

June 2008 | 200 pages | 978-0-19-922684-9 | £22.50 | Paperback
June 2008 | 200 pages | 978-0-19-922683-2 | £60.00 | Hardback

To order

Website: www.oup.co.uk
Telephone orders: +44 (0) 1536 454 586

Email: laworders.uk@oup.com
Out of hours telephone: +44 (0) 1536 454 534

Humanitäres Völkerrecht



Informationsschriften (HuV-I)/
Journal of International Law of
Peace and Armed Conflict (JILPAC)

The journal is unique among German publications but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organizations. The board of editors is composed of members of the Institute: Dr. habil. Hans-Joachim Heintze, Prof. Dr. Joachim Wolf, and Jeannette Bell, M.A..

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law. Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

It is published quarterly by the Secretary General of the German Red Cross and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV). About 600 exemplars are printed each time. It was founded in 1988.

annual subscription:

national
35,- EUR*

abroad
44,50 EUR*

Main topics were and are:

- the Gulf war
- the conflict in former Yugoslavia
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects,
- the wars in Iraq, Afghanistan and Lebanon as well as the fight against international terrorism.

**Institute for International Law
of Peace and Armed Conflict**



Editorial office:
Dr. habil. Hans-Joachim Heintze
Jeannette Bell (M.A.)
Email: lfhv-publications@rub.de
Tel.: 0234/ 3227956
Fax: 0234/ 3214208

German Red Cross 

Subscription-service and publishing company:
DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
Email: verlag@drkservice.de
Tel.: 030/ 47900450
Fax: 030/ 47900454

* *The prices include the mailing expenses and value added tax (VAT). The subscription will be valid for one year. It will be extended automatically but can be canceled by letter three months before the one year term ends.