

Das Prinzip der Komplementarität bei der Anwendung des Römischen Statuts zum Internationalen Strafgerichtshof im Fall Kenia

von Dr. Karin Althaus-Grewe, Rechtsanwältin

Einführung

In ihrer Entscheidung über die Zulässigkeit der Anklage u.a. gegen den kenianischen Ministerpräsidenten Uhuru Kenyatta vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) vom 30. Mai 2011 erklärte die zweite Vorverfahrenskammer (Pre-Trial Chamber II), sie sei sich sehr wohl darüber im Klaren, dass das Prinzip der Komplementarität und seine Funktionsweise die Souveränitätsrechte von Staaten im Kern berührten (*that the concept of complementarity goes to the heart of States' sovereign rights*), dass aber der Politik der Straffreiheit selbst in Fällen schwerster Verbrechen ein Ende gesetzt werden und deshalb erforderlichenfalls in die Strafhoheit von nationalen Staaten eingegriffen werden müsse (*to put an end to impunity*).¹ Das im Römischen Statut zum Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) verankerte Prinzip der Komplementarität stellt ein relativ neues Instrument im Völkerrecht dar, um völkerrechtliche und nationale Bestimmungen miteinander zu verzahnen mit dem Ziel, die strafrechtliche Verfolgung von besonders schwerwiegenden Verbrechen, u.a. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wie Mord, Vertreibung, Zwangsumsiedlung, Verfolgung sicherzustellen. Das Römische Statut zum IStGH wurde als völkerrechtlicher Vertrag zur Einsetzung eines Internationalen Strafgerichtshofs am 17. Juli 1998 geschlossen und trat am 1. Juli 2002 in Kraft mit inzwischen 122 Mitgliedstaaten, darunter 34 afrikanischen Staaten.² Kenia ratifizierte das Römische Statut am 15. März 2005. Zur Umsetzung sowie z.T. zur Ergänzung der vertraglichen Bestimmungen erließ Kenia nachfolgend den International Crimes Act 2008, der die Komplementarität von internationaler und nationaler Strafverfolgung u.a. durch die Bestimmung der auch extrritorialen Strafgerichtsbarkeit kenianischer Gerichte weiter präziserte.³ Grundsätzlich soll nach dem Komplementaritätsprinzip die Strafverfolgung durch nationale Strafgerichte den Vorrang haben; die Gerichtsbarkeit des IStGH tritt jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zwingend ein, um

¹ ICC Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute, 30 May 2011, ICC-01/09-02/11-96,6

² Vgl. www.icc-cpi.int mit Vertragstext und Liste der Mitgliedstaaten sowie Hintergrundinformationen

³ International Crimes Act 2008, abrufbar unter www.kenyalaw.org/Downloads/Acts/The_International_Crimes_Act_2008.pdf

Straflosigkeit bei besonders schwerwiegenden Verbrechen von internationalem Interesse zu verhindern.⁴ Diese grundsätzlich nachrangige, aber zwingende Zuständigkeit des IStGH führte dazu, dass Angeklagte im Laufe von Verfahren die angeblich fehlerhafte Anwendung der das Komplementaritätsprinzip begründenden Bestimmungen des Römischen Statuts rügten mit dem Ziel einer Verweisung der Sache an die zuständigen nationalen Gerichte und evtl. in der Hoffnung einer Verfahrensverzögerung, -einstellung oder eines Freispruchs dort.⁵ Im Fall Kenia war es erstmals eine Regierung und nicht der Angeklagte selbst, die den Antrag auf Unzulässigkeit des Verfahrens vor dem IStGH stellte wegen Verletzung des Komplementaritätsprinzips gem. Art. 17, 19 Römisches Statut – und damit scheiterte⁶.

Der Beitrag stellt nach einer Einführung in die völkerrechtlichen Grundlagen dar, wie das im Römischen Statut selbst relativ rudimentär geregelte Prinzip der Komplementarität von den Vorverfahrens- und den Beschwerdekammern des IStGH kontinuierlich ausgelegt und präzisiert worden ist bis hin zur Vorgabe eines konkreten Rechtsanwendungsschemas, wobei die Rechtsprechung im Fall Kenia einen wichtigen Beitrag hierzu leistete.

I. Die völkerrechtlichen Vorgaben und ihre Umsetzung in nationales kenianisches Recht

Die Bindung Kenias an das Römische Statut erfolgte durch Unterzeichnung und Ratifizierung dieses Vertrags (Art. 16, 26 und 27 WVK).⁷ Die zu diesem Zeitpunkt noch geltende kenianische Verfassung von 1963 (*Independence Constitution*) folgte dem sog. dualistischen Prinzip⁸, wonach völkerrechtliche Normen erst durch sog. Rechtsanwendungsbefehl auch innerstaatliche Wirksamkeit erlangen.

⁴ Vgl. zum Überblick: Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*; Markus Benzing, *The Complementary Regime of the ICC – International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, Max Planck UNYB 7 (2003), 591-632

⁵ ICC Appeals Chamber, *Prosecutor v Katanga and others*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II (25 September 2009) ICC-01/04-01/07-1497

⁶ ICC Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute (30 May 2011) ICC-01/09-02/11-96,6

⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969

⁸ Zum Überblick über den Theorienstreit Dualismus – Monismus sowie zum Verhältnis Völkerrecht – nationales Recht vgl. Doehring, *Völkerrecht – Lehrbuch*, 2. Aufl. 2004, S. 204 ff.

Art. 68 (1) Constitution 1963: Subject to the provisions of Subsection (2) of this Section, Parliament may for the Purpose of implementing any treaty, convention or agreement between the Government of Kenya and some country other than Kenya or any international organization of which the Government of Kenya is a member, make laws for Kenya...

Der schon erwähnte International Crimes Act 2008 diente der nach der Verfassung vorgeschriebenen Implementierung des Römischen Statuts, was rechtsdogmatisch eine Einfügung der völkerrechtlichen Normen in die kenianische Rechtsordnung bedeutet und zwar auf der Stufe einfachen, der Verfassung nachgeordneten Gesetzes.

Art. 4 (1) International Crimes Act 2008: The provisions of the Rome Statute specified in Subsection (2) shall have the force of law in Kenya...

Die neue Verfassung vom 6. Mai 2010 (*The New Constitution of Kenya*) folgt dagegen dem in der Staatenpraxis eher seltenen Prinzip des Monismus, wonach – ausgehend von der Einheitlichkeit der Rechtsordnung – jede völkerrechtliche Norm auch unmittelbare innerstaatliche Wirkung erhält mit einfachem, nachkonstitutionellem Gesetzesrang.

Art. 2 (6) Constitution 2010: Any treaty or convention ratified by Kenya shall form part of the law of Kenya under this Constitution.

Der International Crimes Act 2008 ist durch diesen völkerrechtlichen Methodenwechsel allerdings nicht gegenstandslos geworden. Vielmehr enthält er Bestimmungen, die das Römische Statut notwendig ergänzen, z.B. Bestimmungen zum Strafvollzug, während das Römische Statut wegen Fehlens eines internationalen Strafvollzugs, insb. wegen Fehlens einer internationalen Justizvollzugsanstalt insoweit auf nationale Gesetzgebung verweist (Art. 103 Römisches Statut: *Role of States in enforcements of sentences of imprisonment*). Darüber hinaus enthält der International Crimes Act 2008 eine genaue Bestimmung der in Kenia geltenden Straftatbestände bzgl. von Straftaten von internationalem Interesse, also materiellen Strafrechts, wobei er sich auf die Bestimmungen bzw. Definitionen des Römischen Statuts bezieht (Art. 6 International Crimes Act 2008). Schließlich bestimmt er die Gerichtsbarkeit kenianischer Strafgerichte genauer, indem er neben dem grundsätzlichen Anknüpfungspunkt an den Handlungsort (Art. 8 a) unter bestimmten Bedingungen auch eine extritoriale Gerichtsbarkeit festlegt, nämlich im Fall kenianischer Staatsangehörigkeit des Täters oder des Opfers (Art. 8 b). Die nationale

Gesetzgebung dient folglich nicht allein der Implementierung der Völkerrechtsnormen in nationales Recht, sondern ergänzt bzw. füllt z.T. bestehende Lücken der vertraglichen Bestimmungen. Umgekehrt erhalten die nationalen Rechtsordnungen durch die Implementierung des Römischen Statuts bis dahin fehlende Straftatbestände bzw. eine Kodifizierung ungeschriebenen Rechts (*customary law*). Beispielsweise wurde die Diskussion in Südafrika über die Einfügung eines neuen Straftatbestandes des Verbrechens der Aggression (*crime of aggression*) in die nationale Gesetzgebung erst durch die Notwendigkeit der Umsetzung des Römischen Statuts angestoßen, das hierfür dem IStGH ab dem 1. Januar 2017 zusätzliche sachliche Zuständigkeit einräumt.⁹

Sowohl das Römische Statut als auch der kenianische International Crimes Act 2008 sind für Kenia weiterhin in Kraft. Der vom kenianischen Parlament am 5. September 2013 verabschiedete Antrag auf Austritt aus dem Römischen Statut hätte gem. Art. 127 (2) Römisches Statut auf die vor dem IStGH anhängigen Verfahren ohnehin keine Auswirkung, würde aber auch - die innen- und außenpolitischen Auswirkungen seien hier außer acht gelassen - den International Crimes Act 2008 nicht gegenstandslos machen, der sowohl die prozessualen als auch die materiellen Voraussetzungen für eine nationale Strafverfolgung bestimmter, besonders schwerwiegender Verbrechen regelt.

II. Das Prinzip der Komplementarität im Römischen Statut

1. Die vertraglichen Grundlagen

Diese wechselseitigen Bezüge der völkerrechtlichen und nationalen Bestimmungen sind bereits Ausdruck des Komplementaritätsprinzips, das neben bloßen Erwähnungen in der Präambel sowie Art. 1 seine eigentliche Grundlage in Art. 17 des Römischen Statuts findet. Die vertraglichen Bestimmungen lauten wie folgt:

Preamble (10): Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions...

⁹ Zum Erlass des South Africa Rome Statute Act als Implementierungsakt des Römischen Statuts in Südafrika und der etwaigen Einfügung eines Straftatbestandes von *Crime of Aggression* vgl. Gerhard Kemp, *Implementing at national level the amendments to the Rome Statute of the International Crime Court with respect to the crime of aggression: A South African perspective*, in Kai Ambos/Otilia A. Maunganidze (Hrsg.), *Power and Prosecution - Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Göttingen, 2012 - unterstützt von der Konrad-Adenauer-Stiftung

Art. 1: The International Court is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern as referred to in this Statute and shall be complementary to national criminal jurisdictions. ...

Art. 17 (1): Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;*
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;*
- (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;¹⁰*
- (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.*

(2) In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

- (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;*
- (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;*
- (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*

(3) In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to carry out its proceedings.

Das Komplementaritätsprinzip tritt damit als zusätzliche Voraussetzung neben die stets zu prüfende Voraussetzung der sachlichen und örtlichen sowie auch zeitlichen Zuständigkeit des ISTGH.¹¹

¹⁰ Art. 20 (3): *ne bis in idem*

¹¹ Insoweit finden die Art. 5, 11 und 12 des Römischen Statuts Anwendung, wobei die Erste Vorverfahrenskammer in ihrer Entscheidung im Fall Kongo ein Prüfungsschema entworfen hat: ICC Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of Congo, ex parte*, Decision on the prosecutor's application for warrants of arrest, article 58 (10 February 2006) ICC-01/04-520/Anx2

2. Prüf- und Anwendungsschema für Art. 17 (1) des Römischen Statuts

In dem Verfahren gegen den Kommandanten der Milizarmee FRPI (*Forces de Résistance Patriotique d'Ituri*) im Kongo¹² hatten die Verteidiger des Angeklagten argumentiert, das Verfahren vor dem IstGH sei unzulässig, weil die zuständigen nationalen Gerichte weder „unwillig“ noch „unfähig“ seien, das strafrechtliche Verfahren zu führen. Die Vorverfahrenskammer hatte diesen Einwand abgelehnt und erklärt, es gebe eine zweite, in Art. 17 (2) des Römischen Statuts nicht ausdrücklich vorgesehene Form von Unwilligkeit (*second form of unwillingness*) dergestalt, dass der entsprechende Staat den mutmaßlichen Täter zwar vor Gericht bringen wolle, jedoch nicht vor die nationalen Gerichte. Da die Republik Kongo ihre Unterstützung im Kampf gegen Straffreiheit klar erklärt habe, zugleich aber keine nationalen Strafverfolgungsmaßnahmen ergriffen worden seien, sei die Republik Kongo „unwillig“ i.S. dieser erweiternden Auslegung von Art. 17 (1) und (2) des Römischen Statuts. Die Vertreter des Angeklagten replizierten in der Beschwerdeschrift wiederum, die Entscheidung der Vorverfahrenskammer verletze zum einen Art. 17 (2), der eine abschließende Aufzählung der für die Frage der „Unwilligkeit“ heranzuziehenden Kriterien enthalte, sie verletze aber auch fundamentale, dem Komplementaritätsprinzip zugrundeliegende Prinzipien und Werte:

*When the duty on every State is to exercise its jurisdiction over persons alleged to be responsible for international crimes is read in light of Articles 1 and 17 and viewed against the background of the intention of the drafters of the Rome Statute, it is clear that the Court may only exercise its jurisdiction over a case if a State is unwilling or unable to bring a person to justice, not if it simply prefers the ICC to take over the case.*¹³

In ihrer Entscheidung entwarf die Beschwerdekammer erstmals ein Anwendungsschema für Art. 17 (1) des Römischen Statuts, das seitdem durchgehend von den Kammern des IstGH herangezogen wird. Die Kammer stellte zunächst richtig, dass bereits nach dem Wortlaut der Bestimmung, „Unwilligkeit“ oder „Unfähigkeit“ nur eine Ausnahme der in Art. 17 (1) (a) und (b) Römisches Statut genannten Voraussetzungen darstellten, so dass zunächst deren Vorliegen zu prüfen seien, also (bereits begonnene) Durchführung strafrechtlicher Untersuchungen bzw. strafrechtlicher Verfolgung (lit a) oder Durchführung strafrechtlicher Untersuchungen und anschließende Entscheidung, die strafrechtliche

¹² ICC Appeals Chamber, *Prosecutor v Katanga and others*, Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case (25 September 2009) ICC-01/04-01/07-1497

¹³ Ibid, para 63

Verfolgung einzustellen (lit b). Dies bedeute weiterhin, dass im Fall von staatlicher Untätigkeit (*case of inactivity*) die Frage von Unwilligkeit oder Unfähigkeit gar nicht erst zur Prüfung anstehe:

*Therefore, in considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only if the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of subparagraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability. To do otherwise would be put the cart before the horse.*¹⁴

Damit scheiterte der Versuch der Vertreter des Angeklagten, das Komplementaritätsprinzip unter Hinweis auf eine bloß theoretische Möglichkeit staatlicher Rechtsverfolgung als Strafverfolgungshindernis vor dem IStGH zu etablieren:

*The aim of the Rome Statute is to put an end to impunity (fifth paragraph of the preamble to the Statute) and to ensure that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished (forth paragraph of the preamble to the Statute). This object and the purpose of the Statute would come to naught were the said interpretation of article 17 (1) of the Statute as proposed by the Appellant to prevail. It would result in a situation where, despite the inaction of the State, a case would be inadmissible before the Court, unless that State is unwilling or unable to open investigations. The Court would be unable to exercise its jurisdiction over a case as long as the State is theoretically willing and able to investigate and to prosecute the case, even though that State has no intention of doing so.*¹⁵

Die vom IStGH seitdem praktizierte Prüfungsreihenfolge für Zulässigkeit i.S.d. Art. 17 des Römischen Statuts, nämlich Wahrung des Prinzips der Komplementarität lautet demnach in gekürzter Fassung wie folgt:

- (1) Liegt Inaktivität seitens des Staates vor, dessen Gerichte grundsätzlich vorrangig zuständig sind für die strafrechtliche Verfolgung der Sache? (Fragen zu Art. 17 Abs. 1 lit a und b, 1. Hs. Römisches Statut).

¹⁴ Ibid, para 78

¹⁵ Ibid, para 79

Ist diese Frage zu bejahen, ist das Verfahren vor dem IStGH zulässig, sofern *gravity* gem. Art. 17 (4) Römisches Statut besteht (s. nachfolgend unter Ziffer 4.). Ist diese Frage dagegen zu verneinen, ist weiter zu prüfen wie folgt:

- (2) Besteht Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Staates, die Sache vor den nationalen Gerichten strafrechtlich zu verfolgen (Art. 17 Abs. 1 lit a und b, 2. Hs. Römisches Statut)?
- (3) Wurde der Angeklagte für diese Handlung bereits bestraft (Art. 17 Abs. 1 lit c Römisches Statut - *ne bis in idem*)?
- (4) Ist der Fall von schwerwiegend genug, um vom IStGH verfolgt zu werden (Art. 17 Abs. 1 lit d - *gravity*)?

3. Der *same conduct-same person*-Test

Im Fall Kenia wurde dieses Rechtsanwendungsschema weiter präzisiert durch den sog. *same conduct-same person*-Test. Prozessualer Hintergrund war der Antrag der kenianischen Regierung gem. Art. 19 (2) des Römischen Statuts auf Feststellung der Unzulässigkeit der Anklage u.a. gegen den kenianischen Präsidenten Uhuru Kenyatta¹⁶, nachdem die zweite Vorverfahrenskammer am 31. März 2010 in einer allerdings nicht einstimmigen Entscheidung den Chefankläger (*Prosecutor*) zur Aufnahme von Untersuchungen bzgl. von Verbrechen im Rahmen der Ausschreitungen nach den Präsidentschaftswahlen vom 27. Dezember 2007 (*Postelectual Violence/PEV*) ermächtigt hatte.¹⁷ Unter Anwendung des von den Beschwerdekammern entworfenen Prüfungsschemas kam die zweite Vorverfahrenskammer in ihrer Entscheidung vom 30. Mai 2011¹⁸ zu dem Ergebnis, dass infolge von Untätigkeit (*inactivity*) auf kenianischer Ebene i.S.d. Rechtsprechung des IStGH die Anklage unter dem Gesichtspunkt der Komplementarität zulässig sei, so dass weitere Prüfungen der Zulässigkeit insoweit nicht mehr nötig wären.

¹⁶ Art. 19 (2) (b): Challenges to the Admissibility of a case on the grounds referred to in article 17... may be made by ... a State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted...

¹⁷ ICC Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Republic of Kenya*, Decision pursuant to Art. 15 of the Rome Statute on the Authorization on an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (31 March 2010) ICC-01/09-Corr 01-04-2010

¹⁸ ICC Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute (30 May 2011) ICC-01/09-02/11-96,6

In der Sache hatte die Vorverfahrenskammer 29 von der kenianischen Regierung dem Unzulässigkeitsantrag nachgereichte Anlagen zu prüfen, die eine strafrechtliche Prüfung der PEV in Kenia beweisen sollten. Von diesen hatten nach Ansicht der Kammer lediglich drei Anlagen einen unmittelbaren Bezug zu den von der kenianischen Regierung behaupteten strafrechtlichen Untersuchungen: Annex 3 (*Progress Report submitted by the Chief Public Prosecutor and other State Counsels to the Attorney General of the Republic of Kenya*) nenne an keiner Stelle die Namen der vor dem IStGH angeklagten Personen. Annex 1 vom 14. April 2011 (Schreiben des *Attorney General of the Republic of Kenya* an den *Kenyan Commissioner of Police* mit der Anweisung, Untersuchungen bzgl. der behaupteten Beteiligung u.a. der sechs vor dem IStGH angeklagten Personen an der *Postelectoral Violence* durchzuführen) sei dagegen erst zwei Wochen nach dem Antrag der kenianischen Regierung gem. Art. 19 (2) (b) Römisches Statut verfasst worden. Auch Annex 2 vom 5. Mai 2011 falle in eine Zeit nach Antragstellung (Bericht des kenianischen *Director of Criminal Investigation* über die Verfahren vor dem IStGH mit dem Hinweis „*the matter is still under investigation because there are some areas requiring further corroboration in order to reach a fair conclusion*“).¹⁹

Die Kammer wies zunächst darauf hin, dass die Anlagen 1 und 2 allenfalls künftige strafrechtliche Untersuchungen auf nationaler Ebene belegen könnten, während Art. 17 (1) (a) Römisches Statut nach seinem klaren Wortlaut (*being investigated*) zum Zeitpunkt der Untersuchung bereits laufende Untersuchungen fordere. Bedeutsamer für die weitere Auslegung von Art. 17 (1) Römisches Statut war, dass die Kammer bei der Prüfung laufender strafrechtlicher Verfahren in Kenia den sog. *same conduct/same person*-Test anwandte, den die Beschwerdekammer in ihrer Entscheidung vom 25. September 2009 grundsätzlich bestätigte und darüber hinaus präziserte. Die kenianische Regierung hatte nämlich vorgetragen, dass nationale Untersuchungen sich auf denselben Sachverhalt, allerdings nicht auf dieselben Personen, sondern nur auf Personen derselben Hierarchieebene beziehen müssten, um als Untersuchungen i.S.v. Art. 17 (1) (lit a) Römisches Statut Berücksichtigung zu finden. Die kenianische Regierung hatte damit argumentiert, dass auch die Ermächtigungsentscheidung der ersten Vorverfahrenskammer vom 31. März 2010 sich auf die Untersuchung von „Gruppen von Personen“ bezogen habe. Die Beschwerdekammer wies diese Argumentation mit einer systematischen Interpretation von „*case*“ i.S.d. Art. 17 (1) (lit a) in Zusammenschau mit Art. 19 Römisches Statut zurück: Während die Vorverfahrenskammer in ihrer

¹⁹ Ibid, para 60-64

Ermächtigungsentscheidung noch von keinen bestimmten Personen habe ausgehen können, beziehe sich der Antrag der kenianischen Regierung wegen Unzulässigkeit der Anklage auf durch gerichtliche Ladungen oder Haftbefehle konkret benannte Personen. In diesem prozessualen Stadium werde der „Fall“ i.S.v. Art. 17 (1) Römisches Statut durch die Ladung resp. den Haftbefehl bestimmt, so dass bei der Prüfung bereits laufender Untersuchungen auf nationaler Ebene dieselbe Person bzgl. derselben Handlung Gegenstand der Untersuchungen sein müsse.²⁰

*In contrast, article 19 of the Statute relates to the admissibility of concrete cases. The cases are defined by the warrant of arrest or summons to appear ... Thus, the defining elements of a concrete case before the Court are the individual and the alleged conduct. It follows that for such a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Statute, the national investigations must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceeding before the Court.*²¹

Nach der Rechtsprechung des IStGH im Fall Kenia ist folglich bei der ersten Stufe der Prüfung der Zulässigkeit gem. Art. 17 (1) Römisches Statut (*inactivity*) im - prozessual gewöhnlichen - Fall des Einwands von Unzulässigkeit gem. Art. 19 Römisches Statut wegen des Vorrangs nationaler Strafverfolgung, sei es durch den Angeklagten selbst, sei es durch den zuständigen Staat, zusätzlich der *same conduct-same person*-Test durchzuführen.²²

4. Unwilligkeit zur Strafverfolgung bzw. Unfähigkeit zur Strafverfolgung

Da die Kammern wie oben dargestellt die Frage von „Unwilligkeit“ oder „Unfähigkeit“ i.S.v. Art. 17 Römisches Statut nicht mehr zu prüfen hatten, besteht keine abschließende Judikatur zur Auslegung von „Unwilligkeit“ und „Unfähigkeit“ i.S.v. Art. 17 (1) (a) und (b), (II) und (III) Römisches Statut. U.a. hat der IStGH offen gelassen, ob Art. 17 (II) Römisches Statut eine abschließende Aufzählung der Kriterien zur Beurteilung von Unwilligkeit enthält.²³ Es sei hier deshalb nur verwiesen auf die Diskussion in der Rechtswissenschaft, die bereits eine Reihe von Kriterien zur Beurteilung von „Unwilligkeit“ vorgeschlagen hat, nämlich

²⁰ ICC Appeals Chamber, *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Judgement of the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 309 May 2011 (30 August 2011) ICC-01/09-02/11

²¹ Ibid, para 39

²² Zur Kenia-Rspr. des IStGH vergl. Evelyne Owiye Asaala, *The International Crime Court Factor on Transitional Justice in Kenya*, in Kai Ambos/Otilia A. Maunganidze (Hrsg.), *Power and Prosecution - Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Göttingen, 2012 - unterstützt von der Konrad-Adenauer-Stiftung

²³ ICC Appeals Chamber, *Prosecutor v Katanga and others*, Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case (25 September 2009) ICC-01/04-01/07-1497

offensichtliches Abweichen von den üblichen Verfahrensabläufen, Einsetzung eines besonderen Chefanklägers mit politischen Verbindungen zum Angeklagten oder Verweisung der Sache an ein Geheimtribunal. Schließlich habe der IStGH die völkerrechtlich anerkannten Grundsätze für ein faires Verfahren zu beachten, auf die Art. 17 (2) Römisches Statut ausdrücklich verweise, so dass jede Form von „Scheinverfahren“ (sham proceeding) zu „Unwilligkeit“ i.S.d. Römischen Statuts führe.²⁴

„Unfähigkeit“ zur strafrechtlichen Verfolgung auf nationaler Ebene wird in Art. 17 (3) Römisches Statut mit dem „völligen oder substantiellen Zusammenbruch eines gerichtlichen Systems“ bzw. dessen „Unerreichbarkeit“ beschrieben. Die Formulierung legt eine sehr hohe Schwelle für das Vorliegen von „Unfähigkeit“ i.S.d. Römischen Statuts nahe, die auch von der Kommentierung bestätigt wird:

A total collapse of a state's judicial system can be assumed where the state authorities have lost control over its territory to an extent that the administration of justice has broken down completely, or where the authorities, while exercising effective (military or police) control over the territory, do not perform such administration. A substantial collapse, which is different from and probably more stringent than a mere "partial" collapse, is given only where the state authorities, even though not completely dysfunctional, are not generally capable of ensuring the investigation of the case and the prosecution of the responsible individuals, e.g. by shifting resources or transferring the trial to other venues than the one is affected by a breakdown.²⁵

Darüber hinaus wird in der Literatur diskutiert, ob die fehlende Strafbewehrung von Taten, die in die sachliche Zuständigkeit des IStGH fallen, als „Unfähigkeit“ der strafrechtlichen Verfolgung i.S.d. Römischen Statuts zu qualifizieren ist. Wie bereits dargestellt übernehmen Implementierungsgesetze wie der International Crimes Act 2008 häufig die Straftatbestände des Römischen Statuts als eigenes nationales Recht. Es können aber auch allgemeine Straftatbestände wie z.B. Mord oder Vergewaltigung vollständig ausreichen, um Straftaten gegen die Menschlichkeit angemessen zu verfolgen und zu bestrafen. „Unfähigkeit“ der Strafverfolgung i.S.d. Art. 17 Römisches Statut wird deshalb nach der Darstellung in der Literatur erst dann vorliegen, wenn das nationale Strafrecht die Handlung überhaupt nicht pönalisiert

²⁴ Evelyn Owiye Asaala, *The International Crime Court Factor on Transitional Justice in Kenya*, in Kai Ambos/Otilia A. Maunganidze (Hrsg.), *Power and Prosecution - Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, unter Verweis auf John T. Holmes, *Complementarity: national courts versus the ICC*, in: Antonio Cassese and others (eds), *The Rome Statute for the International Crime Court: a commentary*, Oxford University press 2002

²⁵ Markus Benzing, *The Complementary Regime of the ICC – International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, Max Planck UNYB 7 (2003), 614

oder kein angemessenes Strafmaß vorsieht, wobei stets die besondere Strafwürdigkeit der Verbrechen zu berücksichtigen ist, die in die sachliche Zuständigkeit des IStGH fallen.²⁶ Diese Erwägungen müssen allerdings erst noch durch die Rechtsprechung des IStGH bestätigt werden.

5. Gravity

Auch für Voraussetzung von *gravity* i.S.d. Art. 17 (4) Römisches Statut liegt keine abschließende Rechtsprechung des IStGH vor. Die erste Vorverfahrenskammer hatte im Verfahren zur Situation in der Republik Kongo sowohl handlungs- wie personenbezogene Kriterien entworfen: Die in dem Verfahren zu prüfende Handlung müsse „systematisch“ oder „großangelegt“ (*systematic or large-scale*) begangen worden sein und zudem bei der internationalen Gemeinschaft „sozialen Alarm“ ausgelöst haben (*due consideration must be given to the social alarm such conduct may have caused in the international community*). Ferner müsse die in Frage stehende Person in der staatlichen Stelle, Organisation oder bewaffneten Einheit eine führende Position eingenommen haben (*falls within the category of the most senior leaders*).²⁷

Auf Antrag des Chefanklägers (*Prosecutor*) hob die Beschwerdekammer diese Entscheidung auf mit der Begründung, sie vermische unzulässig die Frage der sachlichen Zuständigkeit mit der der Komplementarität und verunklare insb. die in Art. 7 und 8 des Römischen Statuts getroffene Unterscheidung zwischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit einerseits und Kriegsverbrechen andererseits.²⁸ Noch schärfer lehnte die Beschwerdekammer das personen- und funktionsbezogene Unterscheidungskriterium ab, da Ziel des Römischen Statuts die Verfolgung besonders schwerer Verbrechen und nicht besonders ernstzunehmender Verbrecher sei (*most serious crimes and not most serious perpetrators*) und hierdurch zudem die vorbeugende und abschreckende Funktion der Gerichtsbarkeit des IStGH Schaden nehme.²⁹ Die Voraussetzungen von *gravity* i.S.d. Art. 17 (1) (d) des Römischen Statuts bleiben damit weiterhin unbestimmt.

III. Ausblick

²⁶ Ibid, 617

²⁷ ICC Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58 (10 February 2006) ICC-01/04-520-Anx2, para 47,51

²⁸ ICC Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Judgement on the prosecutor's appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber I (13 July 2006) ICC-01-04-169, para 70-72

²⁹ Ibid para 75, 79

Die z.T. noch am Anfang stehende Rechtsprechung des IStGH zur Anwendung des Komplementaritätsprinzips nach dem Römischen Statut wird folglich auch in Zukunft auf begleitende rechtswissenschaftliche Forschung zurückgreifen müssen, so wie sie es in der wegweisenden Entscheidung zur Voraussetzung von *inactivity* auf staatlicher Ebene für die Zulässigkeit von Verfahren vor dem IStGH getan hat.³⁰ Dies gilt umso mehr, als die Verteidiger der Angeklagten mitunter spitzfindige juristische Konstruktionen entwerfen, um Verfahren vor dem IStGH zu vermeiden oder zu verzögern. Im Fall Kongo hatten die Verteidiger des Milizenführers Katanga argumentiert, das Verfahren vor dem IStGH sei unzulässig gem. Art. 17 (2) (b) Römisches Statut, da es strafrechtliche Untersuchungen auf staatlicher Ebene gegeben habe, diese aber durch richterlichen Beschluss eingestellt worden seien. Bei diesem Beschluss handelte es sich um die Entscheidung des Chefanklägers (*Auditeur Général*), das nationale Untersuchungsverfahren abzuschließen und den mutmaßlichen Täter an den IStGH auszuliefern. Hier musste der IStGH – unter Verweis auf bestehende Kommentierung zum Römischen Statut – klarstellen, dass der Auslieferungsbeschluss nationaler Strafverfolgungsbehörden sinngemäß keinen Beschluss i.S.d. Art. 17 (1) (b) Römisches Statut (*decided not to prosecute*) darstellen könne, da ansonsten „absurderweise“ eine vollständige Gerichtsbarkeitslücke einträte.

*If the decision of a State to close an investigation because of the suspect's surrender to the Court were considered to be a "decision not to prosecute", the peculiar, if not absurd, result would be that because of the surrender to the Court, the Case would become inadmissible.*³¹

Es zeigt sich an diesem Beispiel zugleich die Bedeutung der Förderung rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung im Bereich Internationalen Strafrechts, wie sie von der Konrad-Adenauer-Stiftung u.a. in der Reihe *Göttingen Studies in Criminal Law and Studies* geschieht.

Nairobi, den 30. Januar 2014

³⁰ ICC Appeals Chamber, *Prosecutor v Katanga and others*, Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case (25 September 2009) ICC-01/04-01/07-1497, para 78 mit breitem Literaturverweis

³¹ Ibid, para 83 unter Verweis auf Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and national Jurisdictions – The Principle of Complementarity*, 2008

