ALBIN ESER

Vorzugswürdigkeit des adversatorischen
Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz?

Reflektionen eines Richters

ALBIN ESER

**Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems
in der internationalen Strafjustiz?
Reflektionen eines Richters**

Sonderdruck aus:

Festschrift für Heike Jung

(Hrsg. Heinz Müller-Dietz u.a.)

Nomos Verlagsgesellschaft 2007

Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflektionen eines Richters

Albin Eser*

I. Ausgangspunkt – Fragestellung

Das adversatorische Verfahren – von den Parteien betrieben anstatt vom Richter dominiert – als »embodiment of procedural justice«? Wenn in Kreisen des common law das eigene System so verstanden wird,¹ so geschieht dies nicht ohne anspruchsvollen Anflug von Überlegenheit gegenüber anderen Prozesssystemen.² Auch ohne dies im Einzelnen belegen zu müssen, geht man kaum fehl in der Annahme, dass man im Bereich des common law von der Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Verfahrenssystems³ in einem Maße überzeugt ist, wie man dies von dem ohnehin meist etwas despektierlich als »inquisitorisch« abgetanen Verfahrenssystem kontinentaleuropäischer Prägung kaum zu postulieren wagt. Kaum anders als aus solch ungebrochenem Selbstbewusstsein dürfte der geradezu missionarische Eifer zu erklären sein, mit dem derzeit das Strafprozessmodell des common law weltweit als einzig akzeptables vertrieben wird.⁴ Auch dass die an internationalen Strafgerichten

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., M.C.J., Direktor em. des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (2004-2006).

1 Wie vor kurzem von SABINE GLEß, *The Criminal Trial*, in: *Criminal Law Forum* 16 (2005), S. 373-375 (374) in ihrer Besprechung eines systemvergleichenden Sammelbandes von Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros (eds.), *The Trial on Trial. Volume 1: Truth and Due Process*, 2004, konstatiert.

2 Näher zum »adversatorischen« und »inquisitorischen« Strafprozesssystem als den »zwei dominierenden Modellen« vgl. CHRISTOPHER HARDING, Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, in: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Existenz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozeßrecht*, 2004, S. 10-17 (11). Zu Fragwürdigkeiten dieser geläufigen Gegenüberstellung wie auch zu wachsenden Konvergenzen zwischen diesen Modellen vgl. den rechtsvergleichenden Querschnitt von WALTER PERRON, *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, 1995, S. 560 ff., TATIANA HÖRNLE, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, in: *ZStW* 117 (2005), S. 801-838 sowie nicht zuletzt auch HEIKE JUNG, *Der Strafprozess: Konzepte, Modelle und Grundannahmen*, in: Janina Czapka/Andrzej Gaberle u.a. (Hrsg.), *Zasady procesu wobec wyzwani współczesności*, Festschrift für Stanislaw Walos, 2000, S. 27-36 (31 ff.). Zur Frage, inwieweit diese Modelle Eingang in das Prozesssystem internationaler Strafgerichte gefunden hat, vgl. die Nachweise unten IV.

3 Zum unterschiedlichen Verständnis dessen, was als typischerweise »adversatorisch« zu sehen ist, vgl. unten in und zu Fn. 23.

4 Während dementsprechende Prozessreformen in Italien noch aus eigenen Stücken erfolgt sein mögen (vgl. ENNIO AMODIO, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, in: *ZStW* 102 (1990), S. 171-195), scheint dies in post-sozialistischen Reformen nicht ohne druckvolle amerikanische »Nachhilfe« zu geschehen (vgl. etwa AXEL SCHWARZ/SARAH DEGEN, Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinentaleuropäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina, in: *ZStW* 117 (2005), S. 458-474, insbes. 458 f., 464, 472 ff.).

zu beobachtende Verfahrenspraxis, wie namentlich die des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien, vorherrschend von adversatorischen Strukturen und Kategorien geprägt ist,⁵ ist ohne die sich als vorzugswürdig einschätzende common law Tradition nicht denkbar.

Wenn aus dieser Charakterisierung bereits ein kritischer Unterton gegenüber dieser Entwicklung herausklingt, so möchte ich mich doch beeilen zu betonen, dass es mir nun nicht umgekehrt um ein Hochjubeln einer »inquisitorischen« Tradition – und schon gar nicht um eine Art von justiziellem »Chauvinismus« – geht. Auch soll hier völlig dahin gestellt bleiben, ob und inwieweit auf der Ebene nationaler Strafjustiz das eine oder andere Verfahrenssystem ein höheres Maß an materialer Gerechtigkeit und formaler Fairness zu gewährleisten vermag. Die mich hier bewegende Frage ist vielmehr allein die, ob und inwieweit auf der Ebene internationaler Strafjustiz, die typischerweise mit einer anderen Art und Komplexität von Verbrechen zu tun hat, als dies bei normaler Alltagskriminalität nationaler Justizpraxis der Fall ist, ein dominant adversatorisches Verfahren tatsächlich vorzugswürdig ist, oder ob es nicht wenigstens mit anderen Strukturelementen zu durchsetzen, wenn nicht gar zu ersetzen wäre.

Wenn mich diese Frage derart umtreibt, so ist das nicht allein durch theoretisch-komparatives Interesse, sondern weitaus mehr durch die rechtspolitische Sorge motiviert, dass sich die noch junge internationale Strafjustiz auf einen Weg verirren könnte, auf dem sie die ihr gesetzten Ziele schwerlich wird erreichen können, falls sie letztlich nicht gar völlig scheitern sollte.

Diese Besorgnis kommt nicht von ungefähr. Mehr als manche Unkenrufe, die von außen her die Aktivitäten der internationalen Strafjustiz kritisch begleiten, sind es meine eigenen Erfahrungen als Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, aus denen sich nicht wenig bedenkliches Anschauungsmaterial für mögliche Fehlentwicklungen und dem entgegen zu haltende Reformbedürfnisse ergibt.

Auch wenn in dem hier vorgegebenen Rahmen weder eine erschöpfende Aufarbeitung der Problematik noch eine abschließende Remedur geboten werden kann, glaube ich, mich jedenfalls nicht mit ersten Reflektionen zurückhalten zu sollen – schon um mich nicht dem Vorwurf auszusetzen, bedenklich erscheinenden Entwicklungen nicht so schnell wie möglich entgegen gesteuert zu haben.

Dieser Grund verliert auch nicht dadurch an Gewicht, dass an der Verfahrenspraxis der Ad hoc-Gerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und für Ruanda (ICTR) im Hinblick auf deren absehbare Lebensdauer möglicherweise nicht mehr Grundlegendes wird korrigiert werden können. Denn selbst wenn und soweit im nachfolgenden Anschauungsmaterial vornehmlich die Struktur und Praxis des ICTY im Blickpunkt stehen sollen, daraus zu gewinnende Einsichten aber kaum noch diesem Tribunal selbst werden nützen können, ist es umso mehr für jene inter-

5 Zu Einzelheiten vgl. die Nachweise unten in Fn. 34 f. – wobei an dieser Stelle noch offen bleiben mag, inwieweit diese Ausrichtung durch die Statuten und Verfahrens- und Beweisregeln der betreffenden Gerichte bindend vorgegeben ist; zu Zweifeln daran vgl. unten V.

nationalen Strafgerichte, die noch in ihren Anfängen stecken und dementsprechend noch weniger stark vorgeprägt sind, von essentieller Bedeutung, so früh wie möglich vor möglichen Fehlentwicklungen gewarnt zu werden.

In diesem Sinne einige Reflektionen zur weithin angenommenen Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Verfahrensmodells anzustellen, sehe ich mich nicht zuletzt durch den mit diesem Beitrag zu ehrenden Jubilar veranlasst. Auch wenn HEIKE JUNG bei seinen zahlreichen grenzüberschreitenden Untersuchungen sein Hauptaugenmerk vornehmlich auf die Rechtsvergleichung im allgemeinen und auf das europäische Strafrecht im besonderen gerichtet hat,⁶ ist doch auch das internationale Strafrecht seiner Aufmerksamkeit nicht völlig entgangen. So hat er bemerkenswerterweise gerade in einer seiner jüngsten Veröffentlichungen an bestimmten Phänomenen der Verfahrenspraxis des ICTY deutliche Kritik geübt.⁷ Auch sein gleichnamiges Buch über »Richterbilder«⁸ lässt erhoffen, dass Reflektionen eines Richters sein Interesse finden werden.

II. *Ausrichtung an den Zielsetzungen*

Ob und inwieweit eine Strafjustiz letzten Endes als erfolgreich einzuschätzen ist, hängt entscheidend von den Zielen ab, die ihr gesetzt wurden und zu denen sie angetreten ist.⁹ Für den Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC) ist dazu in der Präambel des Rom-Statuts sehr vieles und manches geradezu empathisch ausgesprochen. Demgegenüber enthält sich das Statut des Jugoslawien-Tribunals dazu jeder Aussage, was freilich nicht heißt, dass sich das ICTY nicht gleichwohl bestimmte Ziele gesetzt hätte, auch wenn diese weniger programmatisch ausformuliert vorzufinden als mehr akzidentiell aus Resolutionen des UN-Sicherheitsrats und/oder Rechenschaftsberichten und sonstigen öffentlichen Erklärungen von Repräsentanten des Tribunals zu entnehmen sind.¹⁰ Auf welche Weise auch immer zustande gekommen und von wem letztlich schlagwortartig formuliert, wird man jedenfalls die in der offiziösen Informationsbroschüre des ICTY benannten »objectives« als dessen Selbstverständnis seiner Zielsetzungen verstehen dürfen.¹¹ Danach hat das ICTY zum Ziel:

- 6 Um dies bestätigt zu sehen, genügt – über den bereits in Fn. 2 erwähnten Beitrag hinaus – schon ein flüchtiger Blick auf die hier nicht im Einzelnen aufzählbaren Arbeiten der diesbezüglichen Literaturliste von HEIKE JUNG.
- 7 HEIKE JUNG, *Nothing but the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure*, in: Antony Duff (Fn. 1), S. 147-156; vgl. dazu unten in und zu Fn. 57.
- 8 HEIKE JUNG, *Richterbilder, Ein interkultureller Vergleich*, 2006.
- 9 Dies ist auch schon bei JUNG, in: Duff (oben Fn. 7), S. 149 treffend festgestellt, wenn er darauf hinweist, dass Rolle und Gewicht der Wahrheitsfindung je nach dem mit einem Strafverfahren verfolgten Ziel unterschiedlich ausfallen können.
- 10 Vgl. insbesondere die – meist eher umständlich umschriebenen statt schlagwortartig formulierten – Motive in den Resolutionen des UN-Sicherheitsrats 808 (1993, S/25704), 827 (1993, S/RES/827) und den Report of the Secretary-General vom 3. Mai 1993 (S/25704) sowie die regelmäßigen Rechenschaftsberichte des Präsidenten des ICTY an den UN-Sicherheitsrat.
- 11 Homepage des ICTY, General Information/Objectives.

- to bring to justice persons allegedly responsible for serious violations of international humanitarian law
- to render justice to the victims
- to deter further crimes
- to contribute to the restoration of peace by promoting reconciliation in the former Yugoslavia.

Diese Zielsetzungen können sowohl als Aufgabenstellung für die ICTY-Gerichtsbarkheit als Ganzer wie auch als Leitmotiv für jedes einzelne Verfahren verstanden werden: Während es für die Institution des Jugoslawientribunals als solcher darum geht, einen Gesamtbeitrag gegen die frühere Strafflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen, für die Genugtuung der Opfer und die Verhütung künftiger Verbrechen wie auch für die Wiederherstellung von Frieden durch Förderung der Aussöhnung im früheren Jugoslawien zu leisten, sollen die einzelnen Strafverfahren jeweils dadurch beitragen, dass sie sich – über die für jedes Strafverfahren typische Feststellung von Schuld oder Unschuld des Angeklagten hinaus – auch von den weiterreichenden allgemeinen Zielsetzungen der ICTY-Gerichtsbarkheit leiten lassen. Ob und inwieweit im Alltagsbetrieb des Jugoslawien-Tribunals jene weitergehenden Zielsetzungen denn auch tatsächlich Beachtung finden, wird im Einzelnen schwer zu belegen sein. Jedenfalls gehen aber meine aus Prozessbeobachtungen und Gesprächen gewonnenen Eindrücke dahin, dass sich die Verfahrensbeteiligten – und zwar sowohl auf Seiten der Anklage und der Verteidigung als auch der Richter – schwer tun, sich von ihrem traditionell auf die Schuldfeststellung im einzelnen Verfahren fixierten Rollenverständnis zu lösen, falls es nicht sogar grundsätzlich abgelehnt wird, sich auf dem Boden internationaler Strafjustiz anders zu verstehen als auf der gewohnten nationalen Bühne.

Zur weiteren Frage nach den wesentlichen Maximen, denen gemäß die gesetzten Ziele zu verfolgen sind, erweisen sich die Statuten und Verfahrensregeln der verschiedenen internationalen Gerichtsbarkheiten ebenfalls unterschiedlich auskunftsfreudig. Während für den ICC beispielsweise die Amtsbefugnis des Gerichts zur Wahrheitsermittlung schon im Rom-Statut festgelegt ist,¹² enthält sich das ICTY-Statut zu dieser Prozessmaxime – im Unterschied zur Garantie eines fairen¹³ und zügigen Verfahrens¹⁴ – jeglichen Hinweises. Immerhin lassen sich aber den ICTY-Rules of Procedure and Evidence drei Maxime entnehmen, die – mehr oder weniger deutlich und gewichtig hervorgehoben – verfahrensleitend sein sollen: Wahrheitsermittlung,¹⁵ Fairness¹⁶ und Zügigkeit des Verfahrens.¹⁷

12 Art. 64 (6) (d) ICC-Statut, wobei jedoch diese etwa von GILBERT BITTY, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 64 Rdnr. 23 so charakterisierte »ex-officio power« nach Ansicht von STEFAN KIRSCH, *The Trial Proceedings before the ICC*, in: *International Criminal Law Review* 6 (2006), 275–292 (276 ff.) von einer bloßen Befugnis noch zu einer durch Rechtsmittel überprüfbaren Verpflichtung aufzuwerten wäre.

13 Art. 20 (1), 21 (2) ICTY-Statut.

14 Art. 20 (1) ICTY-Statut.

15 Rule 90 (F) (i) ICTY-RPE; vgl. ferner Rule 85 (B), 90 (A) (iii), 98 ICTY-RPE; näher dazu auch unten VI (7).

16 Rules 65ter (B), 73bis (D), (E), 89 (B), (D) ICTY-RPE.

Ohne dass diese Ziele dadurch suspendiert würden, wurden sie freilich neuerdings durch die dem ICTY von Seiten des UN-Sicherheitsrats vorgegebene »Completion Strategy«¹⁸ doch zweifellos überlagert, wenn nicht gar einem unheilvollen Druck ausgesetzt.¹⁹ Auch wenn das dem Completion-Verlangen zugrunde liegende Anliegen grundsätzlich berechtigt sein mag, hat die darauf ausgerichtete Strategie der Änderung von Rules of Procedure and Evidence zu einer derartigen Fokussierung auf die Zügigkeit der einzelnen Verfahren geführt, dass darüber die anderen Verfahrensziele fast aus dem Blick geraten sind. Mit wenigen Ausnahmen erscheint allenfalls der Fairness-Grundsatz – selbst dieser freilich mit einseitiger Engführung zu Gunsten des Angeklagten²⁰ – die einzige Maxime geblieben zu sein, die bei den verschiedenen Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung noch Berücksichtigung erhoffen darf.

Immerhin wurde aber durch die Completion Strategy bewirkt, dass wohl erstmals mit Nachdruck über die viel kritisierte Länge der vom Jugoslawien-Tribunal betriebenen Verfahren nachgedacht und auf Abhilfe gesonnen wurde. Wenn die Remedur jedoch nicht nur von kosmetischer Natur sein soll und nicht nur akuten Engpässen abhelfen darf, wird man nicht darum herum kommen, nach den tieferen Gründen dieser Dauermalaise zu fragen und notfalls grundlegendere Strukturreformen ins Auge zu fassen.

Dies wenigstens in ersten Ansätzen zu versuchen, ist das Ziel der nachfolgenden Überlegungen. Dabei wird in einem ersten Schritt nach einigen der wesentlichen Ursachen zu fragen sein, derentwegen die Verfahrensdauer von ICTY-Prozessen derart lang erscheint (III). Dem wird die Frage anzuschließen sein, inwieweit die Gründe dafür in der adversatorischen Verfahrensstruktur zu finden wären (IV). Da dies in wesentlichem Umfang zu bejahen sein wird, stellt sich die Frage, ob und inwieweit etwaige Änderungen durch das ICTY-Statut oder dessen prozessualen Grundstruktur blockiert sein könnten (V). Nachdem dies weitaus weniger der Fall ist als gemeinhin angenommen, wird abschließend die Frage nach wünschenswerten Maßnahmen und Verfahrensänderungen wie auch zu möglichen positiven Nebenwirkungen zu stellen sein (VI).

- 17 Rules 65ter (B), 73bis (D), (E), 90 (F) (ii) ICTY-RPE; demselben Ziel haben zahlreiche Fristsetzungen zu dienen.
- 18 Diese zielt im Wesentlichen darauf ab, die Tätigkeit des Jugoslawien-Tribunals bis zu einem bestimmten – für erstinstanzliche Verfahren auf Ende 2008 festgesetzten, unter Umständen aber noch verlängerbaren – Zeitpunkt zum Abschluss zu bringen; vgl. Resolution des UN-Sicherheitsrats 1503 vom 28. August 2003 (S/RES/1503) beziehungsweise Resolution 1534 vom 26. März 2004 sowie die halbjährlich vom Präsidenten des ICTY zu erstattenden Completion Reports; vgl. zuletzt den vom 31.5.2006 (United Nations S/2006/353).
- 19 Zu diesbezüglich getroffenen Maßnahmen vgl. die Berichte von DARYL A. MUNDIS/FERGAL GAYNÖR, Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals, in: Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 879-909 (906 ff.) und S. 1163-1187 (1186 f.), 3 (2005), S.268-295 (292 f.) und S. 485-513 (510 ff.).
- 20 Kennzeichnend für diese einseitig verengte Sichtweise etwa MEGAN FAIRLIE, The Marriage of Common and Continental Law at the ICTY and its Progeny, Due Process Deficit, in: International Criminal Law Review 4 (2004), S. 243-319, die sich – in grundsätzlich durchaus berechtigter Kritik an dem bereits vor der offiziellen »Completion Strategy« einsetzenden Druck auf Verfahrensbeschleunigung – allein um die Rechte des Angeklagten, nicht aber um die ebenfalls gefährdete Wahrheitsermittlung besorgt zeigt (295 ff.).

III. Überlänge der ICTY-Verfahren – Ursachen

Um der Completion Strategy zum Erfolg zu verhelfen, versucht man verständlicherweise vor allem der unter Beschuss geratenen Überlänge der ICTY-Verfahren beizukommen. Da ein Grundübel überlanger Verfahren in übermäßig umfangreichen Anklagen vermutet wird, meint man die einfachste Therapie in einer Beschränkung des Umfangs der Anklagen finden zu können. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde bereits durch eine Änderung der Rule 73 *bis* (D) und (E) ICTY-RPE getan, indem in der Vorverfahrenskonferenz die Verfahrenskammer die Anklagebehörde im Interesse eines fairen und zügigen Verfahrens dazu anhalten darf, die Zahl der Anklagepunkte zu reduzieren, und erforderlichenfalls auch gegen den Willen der Anklagebehörde eine Auswahl der zu verfolgenden Anklagepunkte anordnen kann.²¹ In die gleiche Richtung gehen Bemühungen, dem Vorverfahrensrichter und/oder der Verfahrenskammer das Recht einzuräumen, noch weitergehend als bisher²² die Zahl der Zeugen der Anklage und der dokumentarischen Beweismittel zu beschneiden und deren Präsentation in der Hauptverhandlung zeitlich zu beschränken. Bevor man bei solchen chirurgischen Einschnitten Zuflucht sucht, stellt sich freilich die Frage, ob dem nicht eine gründlichere Diagnose der zu überlangen Verfahren führenden Ursachen vorauszugehen hätte. Dabei mag im Moment noch ganz dahin gestellt bleiben, ob und inwieweit rein quantitative Beweisbeschränkungen im besten Sinne von Gerechtigkeit sind, wenn man diese darin sieht, der Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen ein Ende zu setzen und die Wahrheit weitestmöglich zu ermitteln, ebenso wie die offenbar verdrängte Frage, inwieweit eine richterliche Beschränkung der Anklage – wohl gemerkt aus reinen Beschleunigungsgründen und nicht etwa wegen unzureichend erscheinender Beweismittel – mit einem richtig verstandenen Akkusationsprinzip vereinbar wäre, wie dies gerade für ein adversatorisches System wesentlich erscheint.²³ Stattdessen wäre zunächst einmal zu unter-

21 Diese Änderungen gehen auf einen Plenarbeschluss der ICTY-Richter vom 6. Juni 2006 zurück.

22 Zu der insoweit durch die Reform vom 6. Juni 2006 im Wesentlichen unveränderten Regelung vgl. Rule 73*bis* (D) a.F. bzw. (D) und (E) n.F. ICTY-Rules.

23 Und zwar so wesentlich, dass »adversatorisch« und »akkusatorisch« nicht selten sogar gleichgesetzt wird (wie namentlich von ALPHONS ORIE, *Accusatorial vs. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings before the ICC*, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.G. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume II, 2002, S. 1439-1495), dies freilich fälschlicherweise (wie von KAI AMBOS (unten Fn. 47), in: *International Criminal Law Review* 3 (2003), S. 2 ff. und JUNG, in: *Waltos-Festschrift* (oben Fn. 2), S. 31 dargetan); denn ohne dies hier im Einzelnen ausführen zu können, verdankt das Akkusationsprinzip seinen Ursprung gerade dem Bemühen, dem früheren inquisitorischen Richter einen von diesem unabhängigen Staatsanwalt entgegen zu stellen, der – entsprechend hinreichende Verdachtsgründe vorausgesetzt – für die Erhebung und den Umfang der Anklage verantwortlich sein soll (vgl. im Einzelnen EBERHARD SCHMIDT, *Lehrkommentar für Strafprozessordnung*, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl. 1964, S. 197 ff., PETER RIEß, *Das Ende einer Epoche? Gedanken zum 125. Jahrestag des Inkrafttretens der StPO*, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt u.a. (Hrsg.), *Menschenrechte Straffjustiz. Festschrift für Albin Eser*, 2006, S. 443-459 (445, 456, 458)). In der Beschneidung dieses Rechts der Anklagebehörde einen Eingriff in deren Unabhängigkeit erblickt zu haben, wird man der derzeitigen Chefanklägerin CARLA DEL PONTE in ihrer diesbezüglichen Stellungnahme vor dem UN-Sicherheitsrat schwerlich verdenken können (ICTY-Press Release/Prosecutor 7 June 2006).

suchen, aus welchen Gründen die Anklagen und Beweismittellisten vor dem ICTY eigentlich so breit und lang sind wie allgemein bedauert: Denn lässt sich dies einfach mit Uneinsichtigkeit der Anklagebehörde erklären? Oder könnten nicht vielmehr Schwächen des derzeitigen Prozesssystems und der Gerichtspraxis ursächlich für die Überlänge der Verfahren sein? Nachfolgend seien lediglich einige von wenigen Verfahrensregeln und Usancen angesprochen, die zur Ausuferung der Verfahren beitragen und einer Beschleunigung entgegen stehen.

- Als Erstes wäre bereits eine zu vorsorglicher Ausweitung der Beweiserhebung nötige Ausschlusspraxis zu nennen: Je schwerer es der Anklagebehörde gemacht wird, die Anklage zu modifizieren und/oder zusätzliche Beweise einzubringen, wenn ein Anklagepunkt scheitert oder als erfolgreich erwartete Beweise sich als unzureichend herausstellen, desto mehr wird die Anklagebehörde geneigt, wenn nicht sogar gezwungen sein, die Anklage so breit und umfassend wie möglich anzulegen und so viele Zeugen und Dokumente wie verfügbar zu präsentieren.²⁴
- Dieser Expansionsdynamik könnte zwar durch eine strenge Relevanzprüfung entgegen gewirkt werden. Dies kann jedoch nur dann funktionieren, wenn die Präsentation der Beweise nicht einfach den Parteien überlassen wird und die Richter nicht erst am Ende der Beweisaufnahme zu erkennen geben, was ihnen relevant erscheint, sondern wenn der Richter den Parteien so früh wie möglich gewisse Hinweise zur möglichen Relevanz der eingebrachten Beweise gegeben werden.²⁵ Andernfalls werden sich selbst wohlmeinende Staatsanwälte und Verteidiger gezwungen sehen, die Erheblichkeit von Beweisen so breit wie möglich zu definieren, um nicht Gefahr zu laufen, auf die Präsentation von Beweisen verzichtet zu haben, die in den Augen der Richter als relevant erscheinen könnten.
- Eine ähnlicherweise zu breitest möglicher Beweispräsentation verleitende Unsicherheit der Parteien kann sich aus ungeklärten Divergenzen in der Interpretation des anzuwendenden Rechts ergeben. In einem vornehmlich vom Richter betriebenen Verfahren wird sich dieser in der Regel schon vor dessen Beginn bereits im Klaren darüber sein, worauf es für ein Schuldspruch rechtlich ankommt, um dementsprechend die Beweisaufnahme auf die wesentlichen Tatsachen ausrichten zu können. Demgegenüber können in einer von den Parteien betriebenen Beweisaufnahme diese nicht ohne weiteres voraussehen, welcher Interpretationsalternative einer Rechtsfrage der Richter zu folgen gedenkt. Wenn etwa die Anklagebehörde in ihrer Vorverfahrensstellungnahme ein Strafbarkeitsmoment im weiteren Sinne versteht, als die Verteidigung in ihrer Stellungnahme einzuräumen bereit ist,²⁶ und wenn dann die Verfahrenskammer ihr Verständnis des anzuwendenden Rechts sich bis zum Endurteil vorbehält oder selbst von jeglichem früheren Hinweis, welcher Auslegungslinie sie letztlich folgen will, Abstand nimmt, dann bleibt den Parteien, wenn sie kein Risiko eingehen wollen, keine andere Wahl, als ihr Rechtsverständnis mit jenen Tatsachen zu unterstützen, die sie für beweiserheblich halten. Wenn etwa

24 Zu vergleichbaren Auswirkungen für die Verteidigung vgl. KIRSCH (oben Fn. 12), S. 289.

25 Und zwar gleich, ob ein Beweismittel aus rechtlichen oder faktischen Gründen als irrelevant erscheint; im gleichen Sinne KIRSCH (oben Fn. 12), S. 289.

26 Zu diesen sog. »Pre-Trial-Briefs« der Parteien vgl. Rule 65ter ICTY-RPE.

die Verteidigung in ihrem Pre-Trial-Brief behauptet, dass ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis im Sinne von Art. 7 (3) ICTY-Statut den Nachweis bestimmter Befehlsränge und das Tragen entsprechender Abzeichen voraussetze, während die Anklagebehörde in ihrem Pre-Trial Brief beides als irrelevant bezeichnet hatte, dann sehen sich die Parteien, so lange sie nicht wissen, welcher Auslegungsalternative die Verfahrenskammer folgen wird, gezwungen, entweder (als Anklagebehörde) zu beweisen, dass es tatsächlich Ränge und Abzeichen gab (obwohl aus ihrer eigenen Sicht dahin gehende Beweise fälschlich von der Verteidigung verlangt werden), oder (als Verteidiger) zu beweisen, dass die in Frage stehenden Kämpfer nicht mittels Rängen und Abzeichen organisiert waren (was – aus der Sicht der Verteidigung – von der Anklagebehörde fälschlich für irrelevant angesehen wird). Wenn in einer solchen Rechts- und Tatsachenlage die Verfahrenskammer so früh wie möglich den Parteien bedeuten würde, ob und inwieweit sie Ränge und Abzeichen für die Feststellung eines Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses für wesentlich ansieht oder nicht, könnte eine Menge irrelevanter Beweisführung vermieden und kostbare Verfahrenszeit eingespart werden.

- Die vorangehend erwähnten Faktoren, die zu übermäßigen Verfahrensausdehnungen führen können, werden zusätzlich verschärft durch die Trennung des Verfahrens in einen »Prosecution case« und einen »Defense case«.²⁷ Wenn die Anklageschrift, wie dies für internationale Strafverfahren typisch ist, sowohl eine Vielheit als auch eine Vielfalt von Anklagepunkten enthält, wobei jeder noch verschiedene Vorfälle an zudem verstreuten Örtlichkeiten umfassen kann, dann kann die Präsentation von Beweisen zum selben Anklagepunkt und Vorfall zunächst durch die Staatsanwaltschaft auf der einen Seite und erst dann – und zwar wohl gemerkt nach Abschluss des ganzen »Prosecution case« – durch die Verteidigung auf der anderen Seite viele Monate, wenn nicht gar Jahre auseinander liegen. In einem solchen Fall ist es umso schwieriger, die Zulassung oder den Ausschluss von Beweisen im Hinblick auf ihre Relevanz unter Kontrolle zu halten.

- Die Nachteile von solchen ausgeprägten Aufteilungen in bestimmte Verfahrensphasen wird noch offensichtlicher, wenn nach dem »Defense case« noch ein »Rebuttal« des Staatsanwalts und im Anschluss daran ein ebenfalls selbständiges »Rejoinder« der Verteidigung beantragt wird.²⁸ Wenn in einem solchen Fall »Rebuttal« und »Rejoinder« in zu laxer Weise zugelassen werden, kann das Verfahren durch die Präsentation von kumulativen Beweisen verlängert werden; dieser Fall kann insbesondere dann eintreten, wenn die Verfahrenskammer davon absieht, den Parteien zu erkennen zu geben, dass sie zu einem bestimmten Geschehnis keiner weiteren unterstützenden Beweise bedarf. Wenn – umgekehrt – die Zulassung eines Rebuttal zu rigide gehandhabt wird, so kann sich das als noch kontraproduktiver auswirken. Wenn beispielsweise die Anklagebehörde von vornherein in Rechnung stellen muss, dass aufgrund eines sehr strengen und engen Rebuttal-Regimes eine spätere Anführung von Beweisen extrem schwierig sein wird, falls überhaupt zuge-

²⁷ Vgl. dazu auch unten IV.2.

²⁸ Zu diesen Verfahrensabschnitten vgl. Rule 85 (A) ICTY-RPE.

lassen, dann wird sie bereits in der Vorverfahrensphase durch entsprechende Ausweitung der Zeugen- und Dokumentationsliste Vorkehrungen treffen, und dadurch das Verfahren insgesamt auf Überlänge programmieren.²⁹ Wenn die Anklagebehörde zudem damit rechnen muss, dass ihr, falls sie mit dem einen oder anderen Zeugen scheitern sollte, die Ladung weiterer Zeugen verwehrt wäre, dann wird sie vorsichtshalber bereits für ihren Haupt-Prosecution case mehr Zeugen für denselben Vorfall präsentieren, um das Risiko auszuschließen, in einer Rebuttal-Phase damit nicht mehr gehört zu werden. Die daraus entstehende Zwickmühle ist nicht zu verkennen: Je strenger die Richter im Interesse der Verfahrensbeschleunigung mit der (Nicht-)Zulassung zulässiger Beweismittel verfahren und je weniger demzufolge die Parteien auf richterliche Großzügigkeit in der nachträglichen Ersetzung von gescheiterten Beweismitteln noch vor Ende des Verfahrens hoffen dürfen, desto mehr wird sich eine Partei, um sich später auf der sicheren Seite zu wissen, bereits auf der Vorverfahrensebene genötigt fühlen, auf die Zulassung eines Übermaßes von Beweisen hinzuwirken.

- Obgleich sich noch weitere verlängerungsträchtige Faktoren anführen ließen, mag es mit den vorgenannten sein Bewenden haben, nicht aber ohne einem möglichen Fehlschluss vorgebeugt zu haben: Auch wenn es auf den ersten Blick so erscheinen könnte, als ob in erster Linie, wenn nicht sogar ausschließlich, die Anklagebehörde für jene Schwächen verantwortlich zu machen sei, so wäre dieser Eindruck doch nur zum Teil zutreffend. Denn auf ähnliche Weise, wie die Anklagebehörde sich vorsorglich gezwungen sehen kann, mehr Beweise anzubieten als notwendig sind, kann sich auch die Verteidigung – da gleichermaßen im Unklaren darüber, was die Verfahrenskammer für erheblich finden wird oder wovon sie vielleicht sogar schon davon überzeugt sein mag – veranlasst sehen, im vornherein eine übermäßige Zeugen- und Urkundenliste zu präsentieren, um sich damit nicht in einem späteren »Rejoinder« ausgeschlossen zu finden. Dieses Beweisangebot kann sogar bis zu Tatsachen expandieren, die nicht-angeklagte Punkte betreffen, die aber dafür umso mehr im Sinne von »Schaufensterpräsentation« der Imagepflege des Angeklagten oder politischer Öffentlichkeitsarbeit dienen mögen. Zudem können aus der Sicht der Verteidigung sogar Schwächen der Anklageschrift aufgrund von Vagheit oder mangelnder Klarheit als nützlich erscheinen und von ihr scheinbar als unangefochten hingenommen werden, um später auf der Rechtsmittelebene als Verfahrensfehler ins Feld geführt zu werden.

IV. *Adversatorische Strukturelemente als Fehlerquellen?*

Vielleicht könnte man geneigt sein, sich mit der Feststellung der vorgenannten verlängerungsträchtigen Faktoren zu begnügen und gleich zur Therapie überzugehen.

²⁹ Zu den Schwierigkeiten, die sich bei einem zu engherziger Rebuttal-Praxis für die Verfahrenskammer ergeben können, vgl. etwa *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-T, Decision on the Motion to Present Rebuttal Evidence, 8.2.2006.

Wenn dies jedoch mehr sein soll als ein oberflächlichen Kurieren an Symptomen, wird man noch einen Schritt weiter gehen müssen und die tieferen Gründe aufzudecken haben, durch die jene verfahrensverlängernden Ursachen bedingt sein könnten. Selbst wenn diese Faktoren mannigfaltig sein mögen, wird man schwerlich daran vorbei kommen, dass die Hauptursachen für die zuvor identifizierten Phänomene im adversatorischen System und/oder in der Art, wie es sich – richtig oder irrigerweise – in der Praxis entwickelt hat,³⁰ zu finden sind. Ohne dies hier erschöpfend tun zu können, sei das Augenmerk lediglich auf zwei Strukturelemente gerichtet, von denen – als für das adversatorische System charakteristisch³¹ – in der allgemeinen Wahrnehmung auch das Erscheinungsbild des ICTY geprägt ist³² und die als mögliche Quellen für die hier anstehenden Probleme in Betracht kommen.

1. *Das Verfahren von den Parteien betrieben statt vom Richter geführt*

- Ein wesentlicher Grundzug des adversatorischen Verfahrens besteht darin, dass es – zumindest im Prinzip – den Parteien überlassen bleibt, welche Beweise sie präsentieren wollen, welche Zeugen oder dokumentarische Beweismittel sie einzubringen gedenken, und in welcher Weise und Abfolge sie die Vernehmung führen möchten.³³ Demzufolge hängt die Länge der Verhandlung wesentlich davon ab, was die betreffende Partei für ihre Anklage beziehungsweise für ihre Verteidigung als wesentlich erachtet, oder was ihr – über die eigentlichen Anklagepunkte hinaus – als Plattform für die Beeinflussung der Öffentlichkeit geeignet erscheint.
- Des weiteren gehört es ganz wesentlich zur adversatorischen Philosophie, dass die Richter grundsätzlich von sich aus nicht intervenieren, sondern im Grunde nur auf entsprechende Anträge und Einwände der Parteien in die Beweisaufnahme eingreifen sollten. Dem entspricht das Bild des eher schweigend beobachtenden Richters, der lediglich als »Schiedsrichter« zwischen den Parteien fungiert, um die »Waage der Gerechtigkeit« zwischen beiden Seiten gleich zu halten.³⁴ Demzufolge

30 Allgemein – und für common law Vertreter wohl auch bemerkenswert kritisch – zur Entwicklung und den Grundzügen des adversatorischen Verfahrenssystems JOHN H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, 2003.

31 Wobei zugegebenermaßen die Auswahl dieser Charakteristika aus einem anderen Blickwinkel durchaus anders ausfallen kann, nachdem die Vorstellungen darüber, was alles als typischerweise »adversatorisch« anzusehen oder auszuschließen ist, die Meinungen weit auseinander gehen. Wenn etwa ein Verfahrenssystem seines »adversatorischen« Charakters schon dadurch verlustig gehen soll, dass dem Richter ein jederzeitiges Fragerecht oder vergleichbare Wahrheitsermittlungsbefugnisse eingeräumt werden, weil er dadurch seine Unparteilichkeit einbüße, wie sich dies in der ICTY-Kritik von FAIRLIE (oben Fn. 20) wie ein roter Faden durchzieht, dann müssten bei einem solchen adversatorischen Purismus sogar die Gerichte amerikanischer Staaten, die den Richtern jedenfalls Fragerechte einräumen, auch wenn davon wenig Gebrauch gemacht werden mag (vgl. unten in und zu Fn. 37), dem »adversatorischen« Lager verloren gehen.

32 Ohne damit diese Sichtweise auch als rechtlich geboten zugestehen zu wollen (vgl. demgegenüber unten V.), bleibt als Faktum natürlich nicht zu verkennen, dass das ICTY-Verfahrenssystem im Hinblick auf die nachfolgend anzusprechenden Strukturelemente üblicherweise als »largely adversarial« bezeichnet wird (mit Nachweisen dazu vgl. unten in und zu Fn. 46 f.).

33 In diesem Sinne als »party driven« anstatt »judge driven« namentlich die Beschreibung der adversatorischen Grundstruktur durch ICTY-Judge PATRICK L. ROBINSON, *Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY*, in: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), S. 1037-1058 (1039).

können die Parteien, sofern nicht von der Gegenseite gestoppt, ihre Beweisführungsmacht weithin unkontrolliert ausschöpfen, ebenso wie sie dabei möglicherweise wahrheitserhebliche Tatsachen der Kenntnisnahme durch das Gericht vorenthalten können. Während eine solche richterliche Zurückhaltung einerseits für die Parteien im Sinne ihrer Machtposition erwünscht sein mag, werden sie aber damit andererseits auch weithin im Unklaren darüber gelassen, was dem Gericht für seine Urteilsfindung wesentlich erscheinen könnte, mit der Folge, dass die Parteien sich veranlasst sehen können, ihrer Ungewissheit über das für die richterliche Urteilsfindung Wesentliche durch vorsorgliche Ausweitung der Beweisaufnahme vorzubeugen – mit zwangsläufiger Tendenz zur Verfahrensverlängerung.

Ohne die Tugend »richterlicher Zurückhaltung« grundsätzlich in Zweifel ziehen zu wollen, bleibt doch im Hinblick auf internationale Strafverfahren auf gewisse Besonderheiten hinzuweisen, durch die sich das adversatorische Grundmodell von nationaler Strafjustiz abhebt:

- Das ist zum einen der Unterschied zwischen einem Geschworenen- und einem reinen Berufsrichtersystem: Da ersterenfalls als »fact finder« allein die Geschworenen fungieren und in der Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht vom Richter beeinflusst werden sollen, ist insoweit dessen Rolle in der Tat auf reine Verhandlungsleitung und prozedurale Streitschlichtung zu beschränken. Ganz anders stehen sich bei den internationalen Tribunalen, wie insbesondere beim ICTY und ICC, nicht ein verhandlungsleitender Richter und eine bestimmte Zahl von zur Urteilsfindung berufenen Geschworenen gegenüber; vielmehr ist hier das Gericht selbst aus einem dreiköpfigen Gremium von Berufsrichtern zusammengesetzt, die – vornehmlich durch den Vorsitzenden Richter – nicht nur für die Verhandlungsleitung und prozedurale Streitschlichtung zuständig sind, sondern auch über das anzuwendende Recht und die Tatsachenfeststellung zu befinden haben.³⁵ Schon deshalb stellt sich das

34 ROBINSON (Fn. 33), S. 1039. Im gleichen Sinne der Erfahrungsbericht von VLADIMIR TOCHILOVSKY, *International Criminal Justice: »Strangers in the Foreign System«*, in: *Criminal Law Forum* 15 (2004), S. 319-344 (332 ff.) sowie die rechtsvergleichende Einschätzung von JOACHIM HERRMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971, S. 298 ff., WALTER PERRON, *Das Beweisanztragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess (unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozessmodells)*, 1995, S. 394 ff. Noch weitergehend durch Forderung von »judicial passivity« als »seminal role in the adversarial process« FAIRLIE (oben Fn. 20, S. 273), wobei dann freilich auch die oben in Fn. 31 monierte Konsequenz zu ziehen wäre.

35 Im gleichen Sinne zu diesem wesentlichen Unterschied zwischen einem Jury-Trial und einem berufsrichterlichen Verfahren vgl. CHRISTOPH J.M. SAFFERLING, *Towards an International Criminal Procedure*, 2003, S. 371 f. Dieser Unterschied war auch schon vom damaligen ICTY-Präsidenten ANTONIO CASSESE in seinem »Statement by the President Made at a Briefing to Members of Diplomatic Missions« (IT/29, 11 February 1994, abgedruckt in: Virginia Morris/Michael P. Scharf (eds.), *An Insiders' Guide to The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Volume 2, 1995, S. 649-657) zur Begründung möglichst freier richterlicher Beweiswürdigung hervorgehoben worden: »There will be no jury sitting at the Tribunal, needing to be shielded from irrelevances or given guidance as to the weight of the evidence they have heard. We, as judges, will be solely responsible for weighing the ~~proper~~ value of the evidence before us« (651). Auch die Interdependenz reiner Geschworenengerichte vom adversatorischen Verfahrenssystem (wie von OTTO LAGODNY, *Die Ungeeignetheit von reinen Geschworenengerichten im kontinentalen Verfahren (in diesem Band) zu Recht festgestellt und von HÖRNLE (oben Fn. 2, S. 814 ff.) wie auch von FAIRLIE (oben Fn. 20, S. 281) wohl unterschätzt, entzieht bei rein professionellen Richterkammern wie dem des ICTY dem adversatorischen Verfahrensmodell eine wesentliche Stütze.*

Ausmaß »richterlicher Selbstbeschränkung« hier anders dar als in einem Geschworenensystem.

- Dazu gehört des weiteren das im adversatorischen System vorherrschende Verständnis des Verfahrens als »the parties' case«, für dessen Erfolg oder Misserfolg die jeweilige Partei verantwortlich ist – so als ob die fälschliche Verurteilung eines Unschuldigen oder der verfehlte Freispruch eines schuldigen Angeklagten das Gericht nichts angehe. Auch diese vornehm erscheinende Abgehobenheit des common law-Richters, der sich auf Verfahrenskontrolle beschränkt und den Verfahrensausgang dem Können und Gutdünken der Parteien überlässt, will angesichts eines mit internationalen Verbrechen befassten berufsrichterlichen Kollegiums nicht recht einleuchten. Darauf wird am Ende noch zurückzukommen sein.
- Wie dem auch sei, jedenfalls scheint sich selbst dort, wo die international strafrechtlichen Verfahrensregeln den Richtern erlauben, durch das jederzeitige Stellen von Fragen, die Anordnung zur Vorlegung weiterer Beweismittel oder gar durch eigene Ladung von Zeugen in das Verfahren einzugreifen,³⁶ die richterliche³⁷ »Nichteinmischungseinstellung« adversatorischer Tradition hartnäckig zu halten.

2. Die Trennung des Verfahrens in »Prosecution case« und »Defense case«

Wie bereits erwähnt, ist für das adversatorische Verfahren typisch, dass zunächst der Ankläger zu allen Anklagepunkten sein Belastungsmaterial in die Beweisaufnahme einbringt und diesem »Prosecution case« – nach einem möglichen Zwischenbescheid des Gerichts³⁸ über bereits fallenzulassende oder der Verteidigung bedürftige Anklagepunkte³⁸ – der »Defense case« folgt, in dem die Verteidigung etwaige Entlastungsbeweise vorzubringen hat. Innerhalb dieses adversatorischen Gegenüber von »Prosecution case« und »Defense case« ist jedoch bereits jede dieser Verfahrensphasen in sich bei jeder Zeugenvernehmung adversatorisch gestaltet, indem sich dem jeweiligen Hauptverhör der für diese Verfahrensphase verantwortlichen Partei das Kreuzverhör durch die Gegenpartei anschließt und diesem auch noch ein »Rückverhör« durch die erste Partei folgen kann. Bei diesem konfrontativen Grundmuster können natürlich gewisse unerwünschte Nebenwirkungen nicht ausbleiben, wobei hier lediglich folgende genannt seien:

- Indem die Zeugen von der einen oder anderen Partei gerufen und auch entsprechend bezeichnet werden, müssen sich die »Prosecution witnesses« und die »Defense witnesses« von vornherein in eine einseitige Rolle gedrängt fühlen.

36 Zu Einzelnachweisen dieser richterlichen Befugnisse vgl. unten in und zu Fn. 62–64.

37 Den ohnehin wenigen Fällen, in denen es nach ROBINSON (oben Fn. 33), S. 1049 f. zu einer richterlichen Ladung von Zeugen kam, wäre neuerdings deren mehrheitliche Ablehnung in *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-T, Judgement, 30.6.2006, para. 800 (mit Verweis auf die Oral Decision im Hearing vom 1.3.2006, Transkript p. 16041) entgegenzustellen. Vgl. auch STÉPHANE BOURGON, *Procedural Problems Hindering Expeditious and Fair Justice*, in: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), S. 526–532 (530), TOCHILOVSKY (oben Fn. 34), S. 333. Noch zurückhaltender scheinen in nationalen Gerichtsbarkeiten die Richter von Frage- oder Ermittlungsrechten Gebrauch zu machen: vgl. HERRMANN (oben Fn. 34), S. 320 ff., PERRON (oben Fn. 34), S. 394 f.

38 Näher zu diesem »Zwischenverfahren«, wie es derzeit in Rule 98 bis ICTY-RPE vorgesehen ist, ROBINSON (oben Fn. 33), S. 1046 ff.

Nimmt man hinzu, dass im Sinne einer so verstandenen »ownership of witnesses« die Parteien »ihre« Zeugen in Form eines so genannten »proofing« jeweils auf ihre Aussage in der Hauptverhandlung vorbereiten,³⁹ wird sich ein normaler Zeuge – trotz richterlicher Ermahnungen zur Unparteilichkeit – nicht so leicht aus einem nun einmal eingenommenen Rollenverständnis herauslösen können.

- Indem sich die Parteien buchstäblich »adversarisch« als Gegner zu begreifen haben, gerät das Verfahren von vornherein zum Kampf, in dem jede Seite verzweifelt auf Sieg kämpft. Dadurch wird – bei aller vordergründiger Vornehmheit in den Umgangsformen – ein Geist von Feindseligkeit in das Verfahren hineingetragen.
- Auch wenn die Einteilung in die einzelnen Verfahrensphasen in Verbindung mit bestimmten »Kampfregele« für die Art und Weise, in der die verschiedenen Haupt-, Kreuz-, Rück- und sonstige Verhöre stattfinden sollen, der Gewährleistung von »Waffengleichheit« dienen mag, kann sich gerade dieses Regelwerk verfahrensverlängernd auswirken. Schon in einem einfachen Mordfall kann es schwierig sein, zeitaufwendige Wiederholungen zu vermeiden, wenn die Beweise zu denselben Verbrechenselementen in separierten belastenden und entlastenden Fragmenten präsentiert werden. Dieser Nachteil wird noch wesentlich verschärft, wenn, wie dies für komplexe internationale Strafverfahren typisch ist, die eine Partei ihre Beweise lange vor der anderen Partei zu präsentieren hat, ohne dabei voraussehen zu können, was die andere Partei später als mögliche Gegenbeweise bringen wird, mit der Folge, dass die Beweisführung der ersten Partei so umfangreich wie möglich angelegt sein muss.
- Die Trennung in die verschiedenen »Fälle« der Parteien wird zudem durch bestimmte Verhörregeln verschlimmert, wie insbesondere die Regel zu so genannten »Leading questions«, die im Haupt- oder Kreuzverhör unterschiedlich unzulässig beziehungsweise zulässig sind,⁴⁰ sowie die Regeln zu so genannten »Hostile witnesses«, wonach eine Partei einen von ihr selbst eingebrachten Zeugen im Falle von unerwarteten kontraproduktiven Aussagen nur unter bestimmten Voraussetzungen auf mangelnde Glaubwürdigkeit hin prüfen darf.⁴¹ Nicht nur dass diese und ähnliche Regeln schwer zu handhaben⁴² und eher zur Verlängerung statt zur Beschleunigung

39 Vgl. TOCHILOVSKY (oben Fn. 34), S. 329 ff. – Auch wenn sich solche Vorstellungen von »Partei-eigentum« an Zeugen seitens des Gerichts zurückgewiesen finden mögen (wie in der Berufungsent-scheidung in *Prosecutor v. Mrksia*, IT-905-13/1-AR73, Decision on Defense Interlocutory Appeal on Communication with Potential Witnesses of the Opposite Party, 30.7.2003) und das »Proofing« lediglich der Vorbereitung einer sich auf das Wesentliche beschränkenden Vernehmung dienen soll (vgl. *Prosecutor v. Limay*, IT-03-66-T, Decision on Defense Motion on Prosecution Practise of »Proofing« Witnesses, 10.12.2004), bleibt die von keiner neutralen Instanz überwachte Grenze zwischen rein formalem »preparing« und inhaltlichem »coaching« fließend. Wie fundamental anders sich das deutsche Recht gegenüber einem »Zeugencoaching« durch Parteien verhält, zeigt sich am Beitrag von REINHOLD SCHLOTHAUER, Darf, sollte, muß sich ein Zeuge auf seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vorbereiten?, in: Gunter Widmaier/Heiko Lesch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahn, 2005, S. 457-473, wo sich die – durchaus naheliegende – Frage, inwieweit eine Vorbereitung des Zeugen irgendwie durch die Parteien unterstützt werden könnte, nicht einmal explizit angesprochen findet.

40 Wobei »leading questions« nicht ohne weiteres mit unserem »Suggestivfragen« gleichzusetzen sind; näher dazu HERRMANN (oben Fn. 34), S. 332 ff.

41 Vgl. ROBINSON (oben Fn. 33), S. 1050 ff., sowie zu dem dafür meist erforderlichen »impeachment« HERRMANN (oben Fn. 34), S. 286 ff., 343 ff.

42 Vgl. TOCHILOVSKY (oben Fn. 34), S. 329 ff.

des Verfahrens angetan sind, können sie sich auch höchst nachteilig für die Erforschung der Wahrheit herausstellen. Wenn beispielsweise ein wesentlich erscheinender Zeuge weder von der einen noch von der anderen Partei gerufen wird, weil jede befürchtet, keine ausnahmslos günstigen Antworten zu erhalten, und nicht das Risiko eines kontraproduktiven »Hostile witness« eingehen will, so kann dies in einer wechselseitigen Blockade eines Schlüsselzeugen enden. In einer solchen Situation ist eine »Entblockung« allenfalls durch die Richter möglich, vorausgesetzt jedoch, dass diese sich nicht durch die Vorstellung gehindert fühlen, das adversatorische Image eines »nicht-interventionistischen« Richters aufrecht erhalten zu müssen.

V. *Die Möglichkeit von Änderungen: würde dem das Statut entgegen stehen?*

Angesichts dieses Befundes, der noch um weitere Mängel erweitert werden könnte, wird selbst von überzeugten Anhängern der adversatorischen Verfahrenstradition gesprächsweise eingeräumt, dass dieses Prozesssystem, so vorzugswürdig es für normale nationale Strafverfahren sein mag, für die komplexe Aufgabenstellung der internationalen Strafjustiz nicht – oder jedenfalls nicht ohne wesentliche Modifizierungen – geeignet ist. Sobald es jedoch um Regel- oder Praxisänderungen geht, die mit adversatorischen Prinzipien nicht vereinbar erscheinen, wird dem das Statut und/oder die nun einmal etablierte Verfahrenspraxis des ICTY entgegen gehalten. Nachdem auch ich mich von solchen Argumenten allzu lange hatte beeindrucken lassen, bin ich nach näherer Analyse des Statuts und der Rules of Procedure and Evidence zu der Ansicht gekommen, dass diese Regelwerke weitaus mehr Freiraum zu Änderungen in der Verfahrensweise des ICTY zuließen, als man bisher gemeint oder vorgegeben hat.

Um mit dem wichtigsten, dem auch für alle zusätzlichen Verfahrensregeln und -praktiken verbindlichen Statut des ICT zu beginnen: Liest man dieses, ohne durch bestimmte Annahmen voreingenommen zu sein, so wird man schwerlich irgendeinen zwingenden Hinweis auf eine einseitige Präferenz für das adversatorische Verfahrenssystem finden. Selbst wenn bestimmte Entwurfsverfasser des Statuts bei der Errichtung des ICTY eine adversatorische Struktur im Sinne gehabt haben mögen,⁴³ können doch nach gemeinhin angenommenen Auslegungsregeln die individuellen Absichten und Auffassungen von Gesetzgebungsurhebern und –gehilfen nur insoweit bindende Wirkung entfalten, als sich der gewünschte Sinn im Text oder System der relevanten Bestimmungen niedergeschlagen hat. Solche Anhaltspunkte, die eine Präferenz für das adversatorische System erkennen ließen, vermag ich jedenfalls im ICTY-Statut nicht zu finden,⁴⁴ wobei dies insbesondere auch im Hinblick auf die in Art. 21 garantierten Rechte des Beschuldigten gilt.⁴⁵

43 Wobei man sich zur Stützung dieser Auffassung gerne auf einen Bericht von MORRIS/SCHARF (oben Fn. 35, Vol. 1, S. 158) beruft, die an den Verhandlungen, die schließlich zur Errichtung des ICTY geführt haben, beteiligt waren.

Wenn überhaupt, so könnte der einzige Schriftbeweis zugunsten des adversatorischen Systems in den Rules of Procedure and Evidence zu finden sein, zumal diese zumindest in der Anfangsphase des Tribunals primär entlang adversatorischer Linien entwickelt worden waren.⁴⁶ Doch selbst wenn die Struktur und Praxis des ICTY-Verfahrens als »largely adversarial« bezeichnet werden kann, wie dies üblicherweise geschieht,⁴⁷ ist dieses Verfahren weder vollständig noch unveränderbar vorherbestimmt durch die Rules of Procedure and Evidence dieses Tribunals.⁴⁸ Dies mag kurz anhand von zwei grundlegenden Bestimmungen demonstriert sein:

- Gemäß Rule 89 (A) ICTY-RPE soll die Verfahrenskammer »nicht durch nationale Beweisregeln gebunden sein«; und fehlt es an einer besonderen Bestimmung, so soll gemäß Rule 89 (B) die Kammer Beweisregeln anwenden, die »mit dem Geist des Statuts und den allgemeinen Grundsätzen des Rechts übereinstimmen«. Diese Bestimmungen sprechen eher gegen als für die allgemeine Bevorzugung eines besonderen nationalen Verfahrenssystems gegenüber anderen.
- Im übrigen findet sich das adversatorische System selbst dort, wo es von den Rules of Procedure and Evidence als favorisiert verstanden werden könnte, mehr im Sinne einer bloßen Verfahrensoption empfohlen statt als eine strikte Verpflichtung vorgegeben, die keinen Raum für Alternativen ließe. Das gilt insbesondere im Hinblick auf den Verfahrensablauf für die Beweisaufnahme. Obwohl beispielsweise Rule 85 (A) ICTY-RPE offensichtlich den normalen Ablauf eines adversatorischen Verfahrens im Auge hat, indem sich dem »Prosecution case« der »Defense case« anschließt und diesem noch ein »Rebuttal« und »Rejoinder« folgen kann und dazu vielleicht auch noch Beweisanordnungen durch die Verfahrenskammer hinzukommen können, bleibt diese Verfahrensweise dennoch dem Ermessen der Verfahrenskammer unterworfen; denn wie dem »unless otherwise directed by the trial chamber in the interests of justice« (Rule 85 (A) Satz 2) zu entnehmen ist, könnte die Verfah-

44 Und zwar auch nicht – entgegen der Annahme von FAIRLIE, wonach »some adversarial procedural decisions were pre-ordained by the Statute« (oben Fn. 20, S. 245, 268) – in der durch Art. 20 (3) ICTY-Statut eingeräumten Möglichkeit des Angeklagten »to enter a plea«, handelt es sich doch dabei weder um ein grundlegendes noch allein in einem adversatorischen Verfahren vorstellbaren Element, ganz davon abgesehen, dass nach dem etwaigen »plea« des Angeklagten gemäß Art. 20 (3) (Satz 2) ICTY-Statut die Verfahrenskammer einen Termin für das »trial« festzusetzen hat.

45 Vgl. dazu auch unten IV a.E.

46 So jedenfalls die Feststellung des ersten Präsidenten des ICTY ANTONIO CASSESE in seinem bereits (oben Fn. 35) erwähnten Statement: »[W]e have adopted a largely adversarial approach to our procedures, rather than the inquisitorial approach found in continental Europe and elsewhere« (650). Vgl. auch TOCHILOVSKY (oben Fn. 34), S. 321 ff.

47 Vgl. – unter anderem – DANIEL D. NTANDA NSEREKO, Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the former Yugoslavia, in: Criminal Law Forum 5 (1994), S. 507-555 (508), ROBINSON (oben Fn. 33), S. 1040, wobei diese Einschätzung allerdings ohnehin nur für die Anfangsphase des ICTY zutrifft: vgl. KAI AMBOS, International Criminal Procedure: »Adversarial«, »Inquisitorial« or Mixed?, in: Eser/Rabenstein (oben Fn. 2), S. 43-62 (44 f.), in erweiterter Fassung vorveröffentlicht in: International Criminal Law Review 3 (2003), S. 1-37 (5 ff.), ORIE (oben Fn. 23), S. 1463 ff.

48 Diese Änderbarkeit der ICTY-RPE wird selbst von einer so strengen Advokatin des adversatorischen Systems wie FAIRLIE (oben Fn. 20), S. 294 nicht bestritten, auch wenn sie dabei offenbar einseitig nur auf die Verbesserung von Beschuldigtenrechten abzielt (S. 306).

renskammer die Beweispräsentation auch in anderer Weise regeln.⁴⁹ Ähnliche Beispiele von prozeduralen Regeln, die der Verfahrenskammer an dessen Gestaltung des Verfahrens einräumen, lassen sich in den Rules durchwegs aufweisen.

• Obwohl die ICTY-RPE weitaus flexibler sind als allgemein angenommen und demzufolge alternative Lösungen erlauben würden, meint man befürchten zu müssen, dass bestimmte »Eckpfeiler« eines fairen Verfahrens wegbrechen würden, wenn man das adversatorische System (oder wesentliche Teile davon) aufgeben würde. Demgegenüber kann ich mich des Eindrucks nicht erwehren, dass solche Befürchtungen teils in Fehlvorstellungen über fremde Verfahrenssysteme und teils in überhöhten Vorstellungen vom eigenen System ihre Ursache haben. Auch das lässt sich schon an wenigen Beispielen verdeutlichen:

- In Diskussionen mit Praktikern des »common law«-Systems kann man immer wieder der gleichermaßen hartnäckigen wie falschen Vorstellung begegnen, als habe das so genannte »inquisitorische System« des kontinentaleuropäischen »civil law« keinerlei fundamentalen Änderungen durchgemacht.⁵⁰ Dabei wird verkannt, dass in nicht wenigen Rechtsordnungen, vielleicht mit Ausnahme der den Richter zur Wahrheitsermittlung verzichtenden Offizialmaxime, kaum noch etwas von berüchtigten Formen früherer »Inquisition« übrig geblieben ist.⁵¹
- Oder was das Schweigerecht des Angeklagten betrifft: selbst wenn einzuräumen ist, dass dieses Privileg mit der Zeit weit über die ursprüngliche Freiheit, nicht zu einem Geständnis gezwungen und nicht für sein Schweigen bestraft zu werden, hinaus gegangen ist, wird man fragen dürfen, ob die adversatorische Methode wirklich die einzige ist, um in dieser Hinsicht dem Angeklagten Fairness zu garantieren.
- Gleiches gilt im Grunde auch für die übrigen Rechte, die dem Angeklagten in Art. 21 ICTY-Statut garantiert werden. Auch wenn es hinsichtlich Art und Grad der Gewährleistung nationale Unterschiede geben mag, wird heute kaum noch ein so genanntes »civil law country« zu finden sein, in dem diese Rechte wesentlich weniger gut abgesichert wären, als dies unter den ja ihrerseits auch unterschiedlich garantiefreundlichen Prozesssystemen adversatorischer Prägung zu erwarten ist.

VI. *Notwendigkeit und Möglichkeit von Änderungen im Rahmen des adversatorischen Grundmodells*

Die grundsätzliche Veränderbarkeit des gegenwärtigen Prozesssystems des ICTY aufgewiesen zu haben, braucht freilich nicht unbedingt zu bedeuten, dass seine

49 Wobei bemerkenswert erscheint, dass sich diese Modifizierungsmöglichkeit – soweit ersichtlich mit der löblichen Ausnahme von AMBOS (oben Fn. 47), S. 53 f. – so gut wie nirgendwo wahrgenommen findet.

50 Eine solche Voreingenommenheit gegenüber dem kontinental-europäischen Recht wird selbst von FAIRLIE (oben Fn. 20), S. 247 eingeräumt.

51 Beispielsweise zu tiefgreifenden Reformen des deutschen Strafprozessrechts vgl. RIEß (oben Fn. 23), S. 446 ff.

adversatorische Elemente vollständig durch andere zu ersetzen wären. Zudem würde ein derart gravierender Schritt voraussetzen, dass zunächst einmal auch etwaige Alternativmodelle auf ihre bessere Geeignetheit für die internationale Strafjustiz hin zu überprüfen wären. Im übrigen wäre schon rein pragmatisch zu bedenken, dass ein fundamentaler Modellwechsel in der Prozessstruktur eines Gerichts, falls überhaupt noch umsetzbar, nur noch wenig Sinn macht, wenn das Ende dieser Gerichtsbarkeit abzusehen ist.

Was aber gleichwohl schon jetzt ohne Verzug getan werden kann und in der Tat zu tun wäre, ist die Aktivierung bereits vorhandener entwicklungsfähiger Ansätze zur Erreichung der eingangs angeführten Zielsetzungen internationaler Strafgerichtsbarkeit und erforderlichenfalls die Ersetzung kontraproduktiver adversatorischer Elemente durch bessere. Selbst soweit dies der gegenwärtigen Verfahrenspraxis des ICTY im Hinblick auf dessen absehbare Lebensdauer nicht mehr wird zugute kommen können, bleibt zu hoffen, dass die nachfolgenden Empfehlungen für die erst noch am Anfang ihrer Tätigkeit stehenden internationalen Gerichte von Nutzen sind. Dies umso mehr, als insbesondere das Verfahrenssystem des ICC – dies jedenfalls nach meiner Einschätzung⁵² – noch weitaus weniger adversatorisch geprägt ist, als es in der Praxis des ICTY zu beobachten ist.

Nachdem vorangehend in Reaktion auf die eingangs erwähnte Completion Strategy die Suche nach den Ursachen der vielfach kritisierten Überlänge von ICTY-Verfahren im Vordergrund stand, sollen nachfolgend zunächst diesbezügliche Lösungsvorschläge unterbreitet werden (1-6). Über diesen Beschleunigungsinteressen darf jedoch auch das Bemühen um eine bessere Gewährleistung der Wahrheitsermittlung nicht vergessen werden (7-9), ebenso wenig wie das langfristige Bemühen um Friedenssicherung und Aussöhnung aus dem Auge verloren werden darf (10-11). Nicht zuletzt wird an die besondere Verantwortung der Richterschaft zur Erfüllung des Gesamtauftrags internationaler Gerichtsbarkeiten zu erinnern sein (12).

Maßnahmen zur Zügigkeit des Verfahrens

(1) So früh wie möglich, idealerweise bereits im Laufe des Bestätigungsverfahrens für die Anklage,⁵³ sollte der Richter nicht nur zu der Prüfung befugt und verpflichtet sein, ob die Beschuldigungen auf hinreichendes Tatsachenmaterial gestützt ist; vielmehr sollte er auch sicherstellen, dass die einschlägigen Verbrechenselemente und Verantwortlichkeitsformen so klar wie möglich dargestellt sind. Auf diese Weise ist sowohl den Parteien wie auch der Verfahrenskammer zu ermöglichen, von Beginn an zu erkennen, was rechtlich relevant ist, um tatsächlich nachgewiesen zu werden. Auch soll damit die Beschränkung der Zeugen- und Dokumen-

52 Vgl. dazu bereits ALBIN ESER, Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshofs. Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 139 (2003), S. 1-42 (35 f.), wobei diese sehr punktuellen Hinweise natürlich einer weiteren Vertiefung bedürfen, in der dann auch zu abweichenden Einschätzungen Stellung zu nehmen sein wird.

53 Vgl. Rules 47, 50 ICTY-RPE.

tenliste wie auch die Kontrolle der Beweispräsentation in der Hauptverhandlung erleichtert werden.

(2) Falls die Parteien in ihren Vorverfahrenserklärungen zu wesentlichen Strafbarkeits-elementen gegensätzliche Rechtsauffassungen vertreten, sollte die Verfahrenskammer, ohne damit ihre Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Frage stellen zu lassen, zu erkennen geben, welcher Rechtsauffassung sie zu folgen gedenkt. Auf diese Weise wird für die Parteien erkennbar, was rechtlich relevant ist, um ihre jeweilige Beweisführung darauf einrichten zu können.⁵⁴

(3) Um die Parteien davon abzuhalten, aus Furcht vor der Ausschließung nachträglicher Beweise, falls sich die in einen Zeugen gesetzten Erwartungen nicht erfüllen sollten, ein Übermaß an Zeugen und Dokumenten zu Beginn des Verfahrens vorzulegen, sollte den Parteien in flexiblerer Weise gestattet sein, nachträglich weitere Beweise einzubringen, falls dies notwendig werden sollte. In ähnlich flexibler Weise wäre bei der Zulassung von »Rebuttal« und »Rejoinder« zu verfahren.

(4) Eine weitere Entlastung der Anklagemasse wäre durch die Zulassung subsidiärer Ergänzung der Anklage zu erreichen, etwa in der Weise, dass der Anklagebehörde gestattet wird, sich zunächst auf die schwerer wiegenden Anklagepunkte zu beschränken. Falls sie jedoch damit scheitern sollte, sollte sie subsidiär auf weniger schwer wiegende Anklagepunkte zurückgreifen können.⁵⁵

(5) Selbst innerhalb einer umfassenden Anklage mit zahlreichen Anklagepunkten und möglicherweise weiteren verschiedenen Vorfällen wäre eine Konzentration in Zeit und Aufwand dadurch zu erreichen, dass die traditionelle Aufteilung zwischen dem (am Anfang stehenden) vollen »Prosecution case« und dem (sich anschließenden) vollen »Defense case« in verschiedene Einheiten aufgebrochen wird. Dies könnte in der Weise geschehen, dass derselbe Anklagepunkt und Vorfall unmittelbar nacheinander von beiden Parteien behandelt wird, vorausgesetzt natürlich, dass die verschiedenen Anklagen eine solche Trennung und Beweisführung erlauben. Nach gleichen Kriterien könnten mit Zustimmung der Parteien gemäß den Regeln für den gerichtlichen Zwischenbescheid⁵⁶ auch schon Teilfreisprüche ermöglicht werden.

(6) Nicht zuletzt könnten zeitaufwändige Beweisführungen durch die Parteien erspart werden, wenn bei der Relevanzprüfung von Beweisen die Verfahrenskam-

54 Diese Art von »warning« könnte in ähnlicher Weise geschehen, wie dies von bestimmten Kammern zu Beginn der Hauptverhandlung durch die Verkündung von »Beweisrichtlinien« geschieht, die im Verfahren zu beachten sind. Vgl. beispielsweise *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-T, Order concerning guidelines on evidence and the conduct of parties during trial proceedings, 21.10.2004.

55 Obgleich dies den durch die modifizierte Rule 73 bis ICTY-RPE eingeführten Beschränkungsmaßnahmen (vgl. oben zu Fn. 21) zu ähneln scheint, besteht ein wesentlicher Unterschied doch darin, dass nach jener Regel die Verfahrenskammer die Anklagebehörde ersuchen und notfalls anweisen kann, ihre Anklage zu beschränken, ohne jedoch nachträglich noch auf damit aufgegebene Anklagepunkte zurückkommen zu können. Demgegenüber bliebe mit dem hier gemachten Vorschlag die Anklagehoheit der Staatsanwaltschaft unberührt, was zudem durch die Möglichkeit subsidiärer Ergänzungen zur Selbstbeschränkung ermuntern könnte. Selbstverständlich wären bei einem solchen Subsidiaritätsregime auch die Rechte des Angeklagten gebührend zu berücksichtigen.

56 Vgl. oben Fn. 38 zu Rule 98 bis ICTY-RPE.

mer – und dabei insbesondere ihr Vorsitzender – eine aktivere Rolle spielen würden.⁵⁷

Maßnahmen zur Wahrheitsermittlung

- vorbe-
haltung*
- (7) Zügigkeit des Verfahrens kann nur eines und schon gar nicht das wichtigste Ziel des Strafprozesses sein. Weitaus fundamentaler ist die Ermittlung der Wahrheit als – gleichermaßen echter wie buchstäblich wahrer – Gerechtigkeit.⁵⁸ Es dabei einfach den Parteien zu überlassen, was diese an Wahrheitsbeweisen vorzubringen oder vorzuenthalten belieben, mag in einem auf bloßen Interessenausgleich gerichteten Zivilverfahren angehen, kann jedoch schwerlich Maxime eines Strafverfahrens sein, in dem es um die Feststellung von Schuld oder Unschuld eines Menschen und dabei mitbetroffenen Opfern geht. Deshalb sollten sich – jedenfalls für den Bereich der internationalen Strafjustiz – die Richter auch im Interesse einer umfassenden Wahrheitsermittlung zu einer pro-aktiven Rolle verpflichtet fühlen.⁵⁹
- (8) Dies braucht keineswegs zu bedeuten, dass die Befragung durch die Parteien, wie sie diesen in manchen Formen des adversatorischen Systems sogar ausschließlich vorbehalten ist, nach kontinentaleuropäischer Tradition primär durch den Richter zu ersetzen wäre. Auf jeden Fall wäre aber die durchaus beizubehaltende Erstbefragung⁶⁰ durch die Parteien für Nachfragen seitens der Richter offener zu gestalten. In diesem Sinne sollte von den Ermessensbefugnissen, die den Richtern von den ICTY-Rules of Procedure and Evidence schon jetzt eingeräumt sind,⁶¹ im Interesse

57 Um dies wirksam tun zu können, wäre freilich, wie auch von HEIKE JUNG anlässlich seines Besuches beim ICTY kritisch festgestellt (vgl. Fn. 47, S. 151 f.), vorauszusetzen, dass sich die Richter spätestens vor Beginn einer Vernehmung von den Parteien erklären lassen, welche für die Beschuldigung oder Entlastung relevanten Tatsachen unter Beweis gestellt werden sollen. Auch in dieser Hinsicht ist von strenger adversatorischer Grundeinstellung wenig zu erhoffen.

58 Sicherlich ist realistisch(er) einzuräumen, dass in Strafverfahren, in denen es – nicht nur wegen menschlichen Versagens, sondern auch in Respektierung fundamentaler Menschenrechte von Betroffenen, wie insbesondere des Angeklagten – nicht um »Wahrheitsermittlung um jeden Preis« gehen kann (wie vom Bundesgerichtshof bereits in einer Entscheidung von 1960 in BGHSt 14, 358, 366 proklamiert) und auch aus sonstigen Gründen nicht mehr als eine nur »prozedurale Wahrheit« erreichbar sein wird; gleichwohl bleiben Wahrheit und Gerechtigkeit derart »intimately intertwined«, dass ein Urteil nur dann als »gerecht« zu akzeptieren ist, wenn es als »based on honest effort to find the »truth«« empfunden werden kann: so aufgrund einer vergleichenden Analyse unterschiedlich weitgehender Wahrheitsstrategien »adversatorischer« und »inquisitorischer« Verfahrensmodelle der abschließende Appell von THOMAS WEIGEND, Is the Criminal Process about Truth? A German Perspective, in: Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), S. 157-173. Letztlich im gleichen Sinne JUNG, in: Duff (oben Fn. 1), S. 156. Vgl. auch die im Hinblick auf Wahrheitsverkürzungen nicht von Bitterkeit freien Analysen von GUNTHER ARZT, Der Internationale Strafgerichtshof und die formelle Wahrheit, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt, Festschrift für Eser (oben Fn. 23), S. 691-704.

59 Ohne dies hier näher belegen zu können, sei bereits angedeutet, dass ich meine rechtsvergleichend lange vertretene Auffassung, bei Ermittlung der Wahrheit letztlich zum selben Ergebnis kommen zu können, gleich welchem Prozessmodell man dabei folgt, dass ich diese theoretische Annahme inzwischen durch praktische Erfahrungen mit einem dominant parteibetriebenen Verfahrenssystem erschüttert sehe. Dies im Einzelnen, und dabei insbesondere auch im Spannungsverhältnis von größtmöglicher Wahrheitsermittlung und bestmöglicher Wahrung von Fairness zu analysieren, muss einer weiteren Untersuchung vorbehalten bleiben.

60 Insofern würde ich keineswegs so weit gehen wollen wie KIRSCH (oben Fn. 12), S. 287, wenn er den Richtern schon die Erstbefragung überlassen möchte.

61 Vgl. ORIE (oben Fn. 23), S. 1464 f.

der Wahrheitsfindung aktiver Gebrauch gemacht werden, indem (1) in jedem Stadium des Verfahrens Fragen von einem Zeugen gestellt werden können,⁶² (2) die Untersuchung weiterer Gegenstände zugelassen wird,⁶³ sowie (3) eine Partei angewiesen werden kann, weitere Beweise vorzulegen, oder das Gericht von Amts wegen Zeugen lädt und ihre Mitwirkung anordnet.⁶⁴ Dies alles sind schon jetzt Befugnisse des Gerichts, die weder ausschließlich noch implizit von irgendeinem »adversatorischen« Vorbehalt abhängig gemacht sind. Solche richterlichen Interventionen erscheinen vor allem dann geboten, wenn es ein beiderseitiges Abblocken der Parteien, die aus unterschiedlichen Interessen ein für die Wahrheitsfindung wesentliches Beweismittel vorenthalten, zu überwinden gilt.

(9) Vielleicht könnte im Übrigen schon ein Wechsel in der Terminologie zu einem besseren Verständnis der anzustrebenden Prozessstruktur internationaler Strafjustiz beitragen, indem diese weniger als »adversatorisch« denn als »kontradiktorisch« bezeichnet wird.⁶⁵ Während »adversatorisch« durch die gegnerische Konnotation von Feindlichkeit belastet ist, wird durch »kontradiktorisch« lediglich die Art und Weise, in der die Wahrheit durch Widersprechen – einschließlich dafür erforderlicher Konfrontation – ermittelt wird, zum Ausdruck gebracht. Bei einem solchen Verständnis der Akteure eines Strafverfahrens als Partner eines – wenngleich kontroversen – Dialogs, wäre es auch für den Ankläger leichter, sich nicht als rein einseitigen »Gegner« zu verstehen, fest entschlossen, den Fall mit allen Mitteln zu gewinnen und daher primär nur nach belastenden Tatsachen und Beweismitteln zu suchen. Stattdessen hätte sich das »Office of the Prosecutor« (im Sinne des römischen pflicht-gebundenen »officium«) als ein Amt zu verstehen, das, wenngleich in kontradiktorischer Weise, sowohl nach belastenden als auch nach entlastenden Faktoren zu suchen hat.⁶⁶

Auswirkungen auf die Gesamtaufgabe internationaler Strafgerichtsbarkeit

(10) Durch Degradierung der »Adversarität« des Verfahrens, in dem die Zeugen als »Zeugen des Gerichts« verstanden werden, anstatt sie als »Zeugen der Anklage« den »Zeugen der Verteidigung« entgegenzustellen, wäre gerade bei Verfahren wegen Völkerrechtsverbrechen, denen typischerweise politisch-ethnische Konflikte zugrunde liegen, leichter zu vermeiden, dass diese Frontstellungen durch entspre-

62 Rule 85 (B) ICTY-RPE.

63 Rule 90 (A) (iii) ICTY-RPE.

64 Rule 98 ICTY-RPE. Zu der im Rom-Statut für den ICC erfreulicherweise noch deutlicheren Inpflichtnahme der Verfahrenskammer, auf die Ermittlung der Wahrheit hinzuwirken, vgl. KIRSCH (oben Fn. 12), S. 275 ff., 286.

65 Zu einer ähnlichen terminologisch entspannenden – und zudem der historischen Prozessentwicklung besser entsprechenden – Ersetzung von »inquisitorisch« durch »instruktorisch« vgl. ALBIN ESER, in: Eser/Rabenstein (oben Fn. 2), S. 63 f., 434 f. sowie die entsprechende Modellbildung bei PERRON (oben Fn. 2), S. 6, 553.

66 So wie dies im Übrigen bereits in Art. 54 (1) (a) des Rom-Statuts durch die Anklagebehörde des ICC vorgesehen ist und bemerkenswerterweise inzwischen auch von der Berufungskammer des ICTY von dessen Anklagebehörde erwartet wird: *Prosecutor v. Kupreskic* (IT-95-16-T), Decision on Communications between the Parties and the Witnesses, 21.9.1998; vgl. auch AMBOS (oben Fn. 47), S. 47.

↳ von einem Verfahren

chende Zeugenrollen in den Gerichtssaal hinein verlängert werden und diese aufgrund der öffentlichen Fernsehübermittlungen in die wachsamsten Konfliktgruppen des Heimatlandes rückübertragen werden. Wenn die Zeugen hingegen, anstelle der einen oder anderen gegnerischen Partei zugeordnet und entsprechend bezeichnet zu werden, sich einfach als neutrale »Zeugen des Gerichts« auf der Suche nach Wahrheit verstehen könnten, wäre davon auch ein Beitrag zur Förderung von Aussöhnung zu erhoffen.

(11) Wenn ethnische Feindseligkeiten bei einem nicht geringen Teil aus unwahren Legenden und Geschichtsverzerrungen gespeist werden, so setzt nachhaltige Versöhnung zwischen Konfliktgruppen die Feststellung der Wahrheit und deren Bewahrung voraus. Umso mehr ist die bestmögliche Ermittlung der Wahrheit nicht nur für einen gerechten Urteilsspruch im einzelnen Strafverfahren wesentlich, sondern hat auch zur Erhellung der damit zusammenhängenden historischen Konfliktgründe zu dienen.⁶⁷ Auch wenn Richter keine Historiker sind, dient das den Urteilen zugrunde gelegte Datenmaterial der Geschichtsschreibung. In dieser Hinsicht geht die Wahrheitsermittlungspflicht einer internationalen Strafgerichtsbarkeit sicherlich über die eines typischen nationalen Gerichts hinaus.

(12) Nicht zuletzt sei auch diese Sorge nicht unterdrückt: Wenn ein internationales Gericht scheitern sollte, wird sich die Geschichte nicht darum kümmern, ob dies Regeln und Strukturen anzulasten ist, die es den Parteien überlassen haben, was sie zu präsentieren oder vorzuenthalten belieben, jeweils einseitig abhängig davon, was dem Sieg der eigenen Sache am besten dienen könnte. Im Urteil der Geschichte wird es die Gerichtsbarkeit als Ganze – mit ihren Richtern an vorderster Front – sein, die für den Erfolg oder das Scheitern internationaler Strafgerechtigkeit für verantwortlich gehalten wird.

67 Insofern gilt das, was WEIGEND (oben Fn. 59), S. 169 schon zur Rolle der Wahrheitsermittlung zur Bereinigung individueller Konflikte ausgeführt hat, für gewalttätige Konfrontationen zwischen Volksgruppen noch in weitaus größerem Maße. Im gleichen Sinne ICTY-Judge CHRISTINE VAN DEN WIJNGAERT in einem (bisher unveröffentlichten) Vortrag über »International Criminal Courts as Fact (and Truth), Finders in Post-Conflict Societies«, auf der Jahresversammlung der American Society of International Law am 30.3.2006 in Washington D.C.