ALBIN ESER

Transnationale Strafgerichtsbarkeit:
Erkenntnisse zu ihrer Notwendigkeit und
Verfahrensstruktur

Transnationale Strafgerichtsbarkeit: Erkenntnisse zu ihrer Notwendigkeit und Verfahrensstruktur¹

ALBIN ESER

I. Vorbemerkung

Hat man die Gelegenheit, über den Internationalen Strafgerichtshof in Ländern zu sprechen, die sich einer supranationalen Strafjustiz gegenüber bislang verschlossen zeigen, so kann einem leicht die Frage entgegengehalten werden: warum sich überhaupt darum kümmern, solange man nicht Mitglied des Rom-Statuts für diesen Strafgerichtshof in Den Haag geworden ist?²

¹ Bei diesem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete deutsche Fassung eines englischen Vortrags, der im März 2013 an der Hebrew University in Jerusalem und im November 2013 an der Columbia Law School in New York gehalten wurde und der in seinem Teil II auf meiner Veröffentlichung über „Transnational Measures against the Impunity of International Crimes“ in: *Journal of International Criminal Justice* (= JICJ) 10 (2012), 621–634 und in seinem Teil III auf meiner Veröffentlichung über „Procedural Structure and Features of International Criminal Justice: Lessons from the ICTY“ in: Swart/Zahar/Sluiter (Ed.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York 2011, 108–148, beruht. Diesen Beitrag, dessen Vortragsstil im Wesentlichen beibehalten ist, dem verehrten Jubilar als zeitweiligem Fakultätskollegen an der Universität Freiburg zu widmen und dafür sein Interesse zu erhoffen, sehe ich mich nicht zuletzt deshalb veranlasst, weil er sich in immer stärkerem Maße auch zu grenzüberschreitenden Problemen zu Wort gemeldet hat.

² Wenn hier wie im Folgenden in scheinbar wechselhafter Weise von „transnational“, „international“ und „supranational“ gesprochen wird, so ist dies durchaus unterschiedlich gemeint, aber wegen mangelnder Einigkeit über den richtigen Gebrauch dieser Termini nicht immer einfach und treffend zuzuordnen. Während unter „transnational“ jede Art von Strafgerichtsbarkeit verstanden werden kann, die über nationale Grenzen hinausgeht, tun sich mit dem Gebrauch von „supranational“ vor allem Völkerrechtler mit Rücksicht auf die staatliche Souveränität schwer, weil damit der Oktroi einer höheren Instanz zum Ausdruck gebracht werde. Deswegen wurde wohl auch nie ernsthaft darüber diskutiert, den durch das Rom-Statut errichteten Strafgerichtshof als einen „supranationalen“ anstelle eines „internationalen“ zu bezeichnen, obwohl die Kennzeichnung als „supranational“ der Sache sicherlich näher käme. Vgl. auch Eser JICJ 10 (2012), 621, 623 Fn. 3 sowie zu den verschiedenen Erscheinungsformen und Ebenen „transnationalen“ Strafrechts Eser in: Heine/Burkhardt/Gropp (Hrsg.), *Transnationales Strafrecht. Gesammelte Beiträge*, 2011, S. 305, 307 ff. = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3454 [letzter Abruf: 17.3.2014].

Solches provokante Desinteresse konnte sich ein Land vielleicht in der Anfangsphase leisten, als man meinte, sich dem Internationalen Strafgerichtshof schlicht dadurch entziehen – und damit eigene Staatsangehörige vor dessen Zugriff schützen – zu können, dass man dem Rom-Statut nicht beitrifft, ist doch nach dessen Art. 12 die Zuständigkeit dieses Gerichtshofes grundsätzlich nur dann gegeben, wenn das infrage stehende Völkerrechtsverbrechen entweder auf dem Territorium eines Mitgliedstaates oder von einem seiner Staatsangehörigen begangen wurde. Inzwischen jedoch müssen sich auch Nichtmitgliedstaaten fragen lassen, ob man ernstlich die Augen davor verschließen kann, was sich auf der Bühne der internationalen Strafgerichtsbarkeit tut. Nicht nur, dass selbst Mitglieder des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen, die sich, wie die Volksrepublik China, Russland und die Vereinigten Staaten von Amerika, bislang einem Beitritt zu Rom-Statut verweigert haben, bereitfanden, „Situationen“ im Sinne von Art. 13 (b), in denen ein Völkerrechtsverbrechen begangen worden sein könnte, dem Ankläger des Internationalen Strafgerichtshof zu unterbreiten (wie in den Fällen Al Bashir und Gaddafi). Auch kann man nicht mehr ohne weiteres daran vorbeigehen, dass Organisationen mit internationalem Beobachterstatus (wie etwa palästinensische) berechtigt sein könnten, nach Art. 13 (b) den Internationalen Strafgerichtshof ins Spiel zu bringen.

Daher scheint mir die Zeit vorüber zu sein, sich nicht davon betroffen zu fühlen, wohin die Reise mit der supranationalen Strafjustiz geht. Diese Feststellung ist nicht als Drohung, sondern als Ratschlag zu verstehen: Anstatt sich der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu verschließen, wäre man besser beraten, sich aktiv in deren Entwicklung einzubringen.

Diese Ermunterung ist freilich nicht so zu verstehen, als ob die supranationale Strafgerichtsbarkeit bereits ein perfektes Rechtsinstrument wäre, um der allzu langen Strafflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen ein Ende zu setzen. Ganz im Gegenteil gibt es noch eine ganze Reihe von Mängeln, die es bestimmten Ländern schwer machen, sich dem Club transnationaler Strafrechtspflege anzuschließen. Doch bei allem Respekt für verständliche Kritik, die sich gegen die derzeitige Verfassung internationaler Strafjustiz erheben lässt: könnte dies ernsthaft ein Grund sein, sie gänzlich loszuwerden oder jedenfalls sein eigenes Land davon herauszuhalten? Wer dieser Meinung ist, möge sich fragen, was wir nicht hätten oder was die Menschheit verlieren könnte, wenn es niemals eine Art von supranationaler Strafjustiz gegeben hätte oder eine solche künftig nicht erwünscht wäre. Von welchem Gericht wären wohl all jene hochrangigen Naziverbrecher zur Verantwortung gezogen worden, wenn es keine Internationale Militärgerichtsbarkeit in Nürnberg und ähnlich in Tokio gegeben hätte? Oder um einige Zahlen von mittlerweile 65 Jahren gewisser Arten von internationaler Strafjustiz in Erinnerung zu rufen: wie viele von den 172 Strafverfahren, in die 356 Angeklagte verwickelt waren, von denen 281 durch einen supranationales Gericht oder ein sonstiges trans-

nationales Tribunal verurteilt wurden,³ wären durchgeführt und wie viele Tatverdächtige verfolgt worden, wenn dies dem freien Ermessen nationaler Autoritäten überlassen worden wäre? Statt also Mängel als Argument gegen transnationale Strafrechtspflege einzuwenden, wären sie besser als Herausforderung zu deren bestmöglicher Verbesserung zu verstehen.

Doch wie und warum sollte dies geschehen? Dieser Frage ist auf zwei Ebenen nachzugehen. Wenn man – zum einen – danach fragt, ob die Konzeption und Durchführung der supranationalen Ad hoc-Tribunale für Ruanda (ICTR) und das ehemalige Jugoslawien (ICTY) wie auch der ständige Internationale Strafgerichtshof (ICC) ein Erfolg oder ein Fehlschlag sind oder sein werden, wird man sehr kontroverse Antworten erhalten – stark davon abhängig, was man erwartet hatte. Dieses Bild wird noch konfuser, wenn festzustellen ist, dass die für Erfolg oder Misserfolg zugrunde gelegten Kriterien sehr verschieden, wenn nicht sogar in sich widersprüchlich sein können. Das muss notwendigerweise divergierende Resultate zur Folge haben, mit einem dementsprechend unerfreulichen Erscheinungsbild transnationaler Strafrechtspflege. Wenn man beispielsweise für völkerrechtliche Verbrechen härteste Strafen für erforderlich hält, wird man enttäuscht sein, wenn das Gericht zugunsten besserer Chancen für beiderseitige Versöhnung weniger harsche Strafen vorzieht. Oder wenn die Wiederherstellung sozialen Friedens ohnehin das Hauptziel internationaler Strafverfahren sein soll, kann der Einsatz des Strafrechts von Anfang an als kontraproduktiv erscheinen.

Verfehlte Schlussfolgerungen – und diese sind nicht weniger gravierend – können sich zudem daraus ergeben, dass Defizite in Einzelverfahren als Argument gegen die Existenz internationaler Strafgerichtsbarkeit als solcher benutzt werden, mit der Folge, dass man mit dem Nachweis von Mängeln der gegenwärtigen Verfahrensstruktur die Institution supranationaler Strafgerichtsbarkeit als Ganzes meint aufgeben zu sollen. Genau besehen geht es aber bei diesen beiden Phänomenen um zwei verschiedene Ebenen. Daher bedürfen sie auch einer gesonderten Betrachtung.

In diesem Sinne ist nachfolgend zu verfahren: zum einen zu der institutionellen Frage, warum es einer gewissen Art von supranationaler Justiz zumindest für bestimmte Arten von Verbrechen bedarf (II), und zum anderen darum, was getan werden könnte, um das individuelle Verfahrenssystem in bestmögliche Verfassung zu bringen (III). Gerade diese beiden Fragestellungen auszuwählen, hat auch einen persönlichen Grund: zu beiden Problem-bereichen kann ich eigene Erfahrungen einbringen. Zum grundsätzlichen Erfordernis transnationaler Strafjustiz ist aus Erkenntnissen zu berichten, die aus einem von mir initiierten Forschungsprojekt am Max-Planck-Institut für

³ Vgl. *Smeulers/Hola/van den Berg* International Criminal Law Review (= ICLR) 13 (2013), 7–41.

ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg gewonnen wurden, und was notwendige Verbesserungen der jeweiligen Verfahrensstruktur internationaler Strafgerichte betrifft, kann ich Lehren aus meiner zeitweiligen Tätigkeit als Richter am ICTY ziehen.

II. Transnationale Strafgerichtsbarkeit als notwendige „ultima ratio“

1. Erkenntnisse aus einem rechtsvergleichenden Projekt zum Transitionstrafrecht

Einer der Gründe dafür, dass mir – bei allem Respekt vor der nationalen Strafrechtspflege – zusätzlicher transnationaler Rückhalt erforderlich erscheint, sind Einsichten, die wir in einem rechtsvergleichenden Projekt zu staatlich unterstütztem Unrecht gewinnen konnten. In diesem Projekt,⁴ in dem mehr als 20 Länder mit einer totalitären Vergangenheit – sei es faschistischer oder sozialistischer Prägung – Berücksichtigung gefunden haben,⁵ ging es vornehmlich um die Frage, ob und inwieweit auf staatlich toleriertes, assistiertes oder gar initiiertes Unrecht mit strafrechtlicher Verfolgung zu reagieren ist: Sollte Strafverfolgung das Hauptziel sein? Oder wären nicht auch andere, wenn nicht sogar ausschließlich nichtstrafrechtliche Formen einer Aufarbeitung von derartigem Systemunrecht in Betracht zu ziehen? Und wenn weder die eine noch die andere dieser gegensätzlichen Alternativen akzeptabel wäre, welche sonstigen Wege könnte es geben? Wenn rechtliche Maßnahmen, und nicht zuletzt strafrechtliche Sanktionen unverzichtbar wären, würde es dann genügen, das Betreiben des Traditionsprozesses allein dem völlig freien Ermessen der nationalen Autoritäten zu überlassen? Oder wäre irgendeine Art von transnationaler Einmischung erforderlich?

⁴ Veröffentlicht unter dem Titel „Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse“, 14 Bände, davon 1–7 herausgegeben von *Eser/Arnold*, 2000–2003, Bände 8–14 herausgegeben von *Eser/Sieber/Arnold*, 2005–2011. Als Zwischenbericht in Englisch vgl. *Eser/Arnold/Kreicker Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*, 2002 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6349 [letzter Abruf: 17.3.2014].

⁵ So aus dem europäischen Bereich – neben der Deutschen Demokratischen Republik (Bd. 2, 2000) – Griechenland (Bd. 4, 2001), Polen und Ungarn (Bd. 5, 2002), Russland, Weißrussland, Georgien, Estland und Litauen (Bd. 7, 2003), Bulgarien (Bd. 12, 2009), vom afrikanischen Kontinent Mali und Ghana (Bd. 6, 2002) und Südafrika (Bd. 8, 2005), aus dem asiatischen Bereich die Volksrepublik China (Bd. 9, 2006) und Südkorea (Bd. 10, 2006) sowie aus Lateinamerika Argentinien (Bd. 2, 2002), Brasilien (Bd. 13, 2009). Chile und Uruguay (Bd. 11, 2007). Darüber hinaus sind in dem ein einführendes Internationales Kolloquium dokumentierenden Bd. 1 (2000) auch noch zu weiteren einschlägigen Ländern Berichte zu finden.

Es kann nicht überraschen, dass die verschiedenen Länder unterschiedliche Wege gegangen sind: sei es aus politischen, ideologischen, pragmatischen Gründen oder schlicht aus kaltblütigem Desinteresse an vergangenen Unrechtstaten.⁶ Was insbesondere die Rolle des Strafrechts bei der Aufarbeitung von Unrechtstaten betrifft, die vor der Ablösung eines verbrecherischen Regimes begangen wurden, haben sich die Einstellungen betroffener Länder als ambivalent herausgestellt.⁷

Einerseits ergab sich, dass Strafverfolgung, soweit sie überhaupt oder wenigstens bis zu einem gewissen Grad erfolgte, nicht die einzige Antwort auf Systemunrecht sein kann. Nicht weniger wichtig, wenn nicht sogar vorrangig, sind insbesondere Untersuchungen durch Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern oder ähnliche nicht-strafrechtliche Maßnahmen.

Andererseits aber hat sich aus unserem rechtsvergleichenden Projekt ergeben, dass das Strafrecht, selbst wenn es nicht als einzige oder primäre Reaktion einzusetzen ist, auf jeden Fall als „letztes Mittel“ vorbehalten bleiben muss.

Doch selbst in Ländern, in denen strafrechtliche Reaktionen durchaus möglich gewesen wären, zeigte sich, dass das bloße Vorhandensein von Strafrechtsnormen noch keine Erfolgsgarantie bietet. Vielmehr muss die Strafrechtspflege auch in einer Art und Weise gestaltet sein, dass sie zur Sanktionierung von Systemunrecht und Völkerrechtsverbrechen erfolgreich eingesetzt werden kann.

2. Mängel und Verbesserungsbedürfnisse auf nationaler Ebene

Bevor auf internationaler Ebene Hilfe zu suchen ist, bleibt zunächst im nationalen Bereich möglichen Mängeln der Strafrechtspflege abzuhelpfen. Wie in den Schlussfolgerungen unseres Forschungsprojekts näher beschrieben,⁸ kann Strafrecht nur dann ein wirksames Instrument zur Verhinderung und Sanktionierung von Systemunrecht und Völkerrechtsverbrechen sein, wenn folgende Grunderfordernisse erfüllt sind:

- die Verbotstatbestände müssen klar umschrieben sein,
- Straffreistellungsgründe, die von Machthabern zum Zweck der Selbstimmunisierung gegen eine spätere Strafverfolgung in Form von Immunitäten oder Amnestien eingeführt wurden, müssen ausgeschlossen werden,⁹

⁶ Vgl. im Einzelnen den rechtsvergleichenden Querschnitt in: *Eser/Arnold Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, 2012 (Bd. 14 von Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, 2000–2012*) S. 159 ff.

⁷ Zu den nachfolgenden Befunden und Schlussfolgerungen vgl. *Eser* in: *Eser/Arnold* (Fn. 6), S. 394 ff., 410 ff.

⁸ *Eser* in: *Eser/Arnold* (Fn. 6), S. 451 ff.

⁹ Wobei allerdings die möglicherweise befriedungsdienliche Ambivalenz von Amnestien zu Bedenken ist: vgl. *Eser* in: *Eser/Arnold* (Fn. 6), S. 442 ff.

- zudem ist einerseits den Opfern angemessene Genugtuung und andererseits den Beschuldigten ein faires Verfahren zu garantieren.

Solange dies aber nur auf der nationalen Ebene geschieht, bleibt die praktische Anwendung und Durchsetzung vom guten Willen und politischen Ermessen der nationalen Instanzen abhängig, und zwar selbst dann, wenn diese gesetzlichen Erfordernisse auch verfassungsrechtlich abgesichert sein sollten. Denn auch Verfassungen lassen sich ändern: Um an die Macht zu kommen, sie zu sichern und selbst dem Unrecht den Schein von Recht zu geben, wird ein Regime auch vor der Pervertierung der Verfassung nicht zurückschrecken. Diese Gefahr ist umso größer, je weniger ein Unrechtsregime im Falle seines Machtverlustes strafrechtliche Folgen zu fürchten braucht. Daran wird sich nichts Fundamentales ändern, solange die Abwehr und Verfolgung von staatlich gedecktem Unrecht ausschließlich den nationalen Garantien und internen Organen eines Landes vorbehalten bleibt. Dann kann ein Unrechtsregime nicht nur, während es an der Macht ist, folgenlos das Recht brechen, sondern auch für die Zeit danach verfassungsmäßige und gesetzliche Vorkehrungen dafür treffen, dass die Machtinhaber und ihre Helfershelfer jeder Verantwortung entzogen bleiben. Denn wenn sich der das Unrechtssystem ablösende Rechtsstaat nicht seinerseits ins Unrecht setzen will, wird er Rechtspositionen und Verfolgungshindernisse, die aufgrund und im Rahmen einer – wie auch immer mehr oder weniger legitimen – Verfassung eingeräumt wurden, nicht ohne weiteres aufheben können.

Deshalb stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Einsatz des Strafrechts im Kampf gegen die Straflosigkeit von staatlich gestützten Unrecht und sonstigen Völkerrechtsverbrechen ausschließlich der nationalen Strafgerichtsbarkeit überlassen bleiben soll oder einer transnationalen Unterstützung bedarf. Das hat sich in zweierlei Hinsicht als erforderlich herausgestellt: durch Bindung des nationalen Rechts an bestimmte völkerrechtliche Vorgaben (3) und durch den – zumindest subsidiären – Einsatz supranationaler Strafgerichtsbarkeit (4).

3. Völkerrechtliche Absicherung des nationalen Rechts

Was völkerrechtliche Einwirkungen auf die nationale Ebene betrifft, hat die Abwehr und Verfolgung von staatlich toleriertem, assistiertem oder gar initiiertem Systemunrecht wie auch von sonstigen Völkerrechtsverbrechen bereits mit der Gestaltung des nationalen Strafrechts zu beginnen. Schon um die Schwere von Menschenrechtsverletzungen ins allgemeine Bewusstsein zu heben und die Verbindlichkeit einschlägiger Verbotstatbestände auch den nationalen Gewalten gegenüber zu unterstreichen, sollten alle Staaten völkerrechtlich dazu verpflichtet sein, alles, was völkerstrafrechtlich verboten ist, auch im landeseigenen Strafgesetzbuch (oder einem gleichgewichtigen Ge-

setz) unter Strafe zu stellen – so wie dies bereits für verschiedene Länder geschehen ist¹⁰ bzw. dazu noch nicht bereiten Ländern begreiflich zu machen wäre.¹¹

Mit der Schaffung supranational untermauerter Verbotstatbestände ist es jedoch nicht getan. Damit sie nicht durch nationale Selbstimmunisierungen der Machthaber unterlaufen werden können, ist auch bestimmten missbrauchsanfälligen Straffreistellungsgründen und Verfolgungshindernissen völkerrechtlich ein Riegel vorzuschieben.

Auszuschließen sind daher insbesondere:

- die Berufung auf Immunität als Staatsoberhaupt oder vergleichbarer Befehlsgeber,
- die Berufung auf die von Machthabern oder Unterstützern des Unrechtsregimes selbst eingeräumten Amnestien,
- die Rechtfertigung wegen Handelns auf Befehl,
- die Verjährbarkeit von völkerrechtlichen Verbrechen, indem diese für unverjährbar erklärt werden oder für den von einem Unrechtssystem dominierten Zeitraum das Ruhen der Verjährung angeordnet wird,
- die Berufung auf das Rückwirkungsverbot, soweit es sich um völkerstrafrechtliche Verbrechen handelt, deren Unrechtscharakter allgemein bekannt ist, oder soweit unter Missachtung von humanitärem Völkerrecht Verbotstatbestände aufgehoben, eingeschränkt oder durch Strafbefreiungsgründe oder Verfolgungshindernisse unterlaufen wurden.

4. Einsatz inter- und supranationaler Organe

Lediglich das nationale Strafrecht durch völkerrechtliche Vorgaben abzusichern, ist jedoch nicht genug. Selbst wenn dies legislativ geschehen ist, kann man nicht sicher sein, dass auch die Judikative, und dabei insbesondere die nationale Strafrechtspflege, fähig und willens ist, ihrer primären Verantwor-

¹⁰ Wo, in welchem Umfang und auf welche Weise diese Völkerrechtsverbrechen bereits in nationales Strafrecht umgesetzt sind, ist einem umfangreichen rechtsvergleichenden Projekt des Max-Planck-Instituts zu entnehmen: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes, 2003–2006, zusammengefasst von Kreicker ICLR 5 (2005), S. 313–328.

¹¹ Dies umso mehr, als sich die Nationalstaaten zu einer solchen Anpassung ihres Strafrechts auch durch das Komplementaritätsprinzip in Art. 17 des Rom-Statuts veranlasst sehen sollten. Denn wenn die nationale Strafjustiz verhindern will, dass ihr, weil sie zur Verfolgung eines völkerrechtlichen Verbrechens unfähig oder nicht willens ist, ein Verfahren vom Internationalen Strafgerichtshof aus der Hand genommen wird, dann muss der nationale Gesetzgeber durch entsprechende Ausgestaltung seines Strafrechts dafür sorgen, dass seine Strafgerichtsbarkeit im Verdachtsfall zu einer Verfolgung fähig ist. Vgl. auch Eser in: Transnationales Strafrecht (Fn. 2), S. 594, 598 ff. = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3675 [letzter Abruf: 17.3.2014].

tung gerecht zu werden. Bei aller Hochachtung des nationalen Vorrangs, mit der eigenen unrechtsbehafteten Vergangenheit ins Reine zu kommen oder noch laufenden Völkerrechtsverbrechen zu begegnen, ist es die Weltgemeinschaft, die aufgrund ihrer Letztverantwortung sicherzustellen hat, dass schwere Menschenrechtsverbrechen verhindert werden oder jedenfalls nicht straflos ausgehen. Sofern eine nationale Strafgerichtsbarkeit ihrer primären Verfolgungspflicht nicht nachkommt, gibt es für die Weltgemeinschaft zwei transnationale Wege zu subsidiärem Einschreiten.

Der traditionelle Weg wäre der des (hierzulande missverständlich sogenannten) „internationalen Strafrechts“, auf dem im Sinne „transnationales Strafanwendungsrechts“ das nationale Strafrecht über die auf dem eigenen Territorium begangenen Straftaten hinaus auch auf Auslandstaten erstreckt werden kann. Für den dazu erforderlichen Anknüpfungspunkt kommen für die hier vornehmlich infrage stehenden Völkerrechtsverbrechen – neben dem aktiven und passiven Personalitätsprinzip – vor allem der Weltrechtsgrundsatz sowie das Prinzip der „stellvertretenden Strafrechtspflege“ in Betracht.¹² Dieser Weg wird jedoch erfahrungsgemäß nicht gerne beschritten, da sich der übergangene Territorialstaat in seiner Souveränität beeinträchtigt fühlen könnte, wenn sich eine ausländische Strafgerichtsbarkeit an seine Stelle setzt. Deshalb kann es nicht überraschen, dass auch die Aufarbeitung von staatlichem Systemunrecht üblicherweise jeweils dem betroffenen Land überlassen wird.

Umso mehr ist für den Fall, dass bei Völkerrechtsverbrechen weder die Territorialgerichtsbarkeit ihrer Verfolgungspflicht nachkommt noch transnational andere Gerichtsbarkeiten einspringen, der modernere Weg gefragt: der Einsatz von Gerichten, die nicht ausschließlich national sind. Wie auch immer eine solche Institution gestaltet sein mag – sei es als hybrid national-international oder als rein supranational – und wie auch immer ihr Zuständigkeitsbereich umschrieben wird, zeichenhaft bedeutsam ist, dass es eine solche Institution überhaupt gibt: als Warnsignal gegenüber Regimeverbrechern, um sich nicht einfach national immunisieren und damit auch gegen internationale Verfolgung abschotten zu können, und als Hoffnungssignal für die Opfer eines Unrechtssystems, nicht mehr nationalem Desinteresse überlassen zu bleiben, sondern notfalls mit internationalem Beistand Genugtuung finden zu dürfen.

Auch ein politischer Missbrauchsaspekt ist nicht zu unterschätzen. So sehr die Priorität der nationalen Strafgewalt Respekt verdient, ist diese doch vor parteilicher Instrumentalisierung nicht gefeit. Das gilt vor allem für den Fall, dass ein Tatverdächtiger gegen eine ernsthafte Strafverfolgung abgeschirmt

¹² Näher zu diesen verschiedenen Anknüpfungspunkten wie auch zur Terminologie vgl. Schönke/Schröder/Eser StGB, 29. Aufl. 2014, vor § 3 Rn. 1 ff., 11 ff.

und das subsidiäre Eingreifen eines transnationalen Straforgans dadurch verhindert werden soll, dass die nationale Justiz ein zu einem Freispruch führendes „Scheinverfahren“ durchführt und einer Korrektur auf transnationaler Ebene das Verbot der Doppelverfolgung entgegengehalten wird. Um einer solchen Pervertierung des Grundsatzes von *ne bis in idem* vorzubeugen, ist nach dem Vorbild von Art. 20 (3) des Rom-Statuts eine Missbrauchsklausel vorzusehen.

Wenn vorangehend der Eindruck einer Schlagseite zugunsten einer Internationalisierung nationaler Vergangenheitsbewältigung entstanden sein sollte, so wäre diese Annahme teils richtig, teils aber auch falsch. Mein Anliegen würde einerseits von Grund auf verkannt, wenn darin ein insgeheimes Plädoyer für eine Entmündigung des Nationalstaates in seiner Verantwortung für die eigene Aufarbeitung von Systemunrecht vermutet würde. Ganz im Gegenteil kann gar nicht oft und klar genug betont werden, dass die von einem Unrechtsregime wie auch von anderen Völkerrechtsverbrechen geschlagenen Wunden so tat- und opfernah wie möglich zu heilen sind und die Primärverantwortung für eine nachhaltige Befriedung bei den nationalen Instanzen liegt.

Auf der anderen Seite jedoch – und das ist nicht zuletzt eine aus dem MPI-Projekt zu ziehende Lehre – ist nicht zu verkennen, dass nationale Bemühungen um Aufarbeitung eines Unrechtssystems an Grenzen stoßen können: sei es, dass es von Anfang an einem ernsthaften Aufklärungswillen fehlt, weil dieser von den weiterhin starken alten Mächten unterdrückt wird oder man sich durch Verdrängen eine schnelle Heilung erhofft, oder sei es, dass aus welchen sonstigen Gründen auch immer zeitweilige Aufarbeitungsbemühungen ins Stocken geraten und schließlich scheitern. Spätestens dann kommt die Stunde der transnationalen Völkergemeinschaft zum subsidiären Eingreifen: im Sinne individueller Solidarität mit den Opfern wie auch aufgrund von globaler Letztverantwortung für die Repression von nationalem Systemunrecht.

Durch welche Art von Verfahren aber ist dieses Ziel am besten zu erreichen? Diese Frage führt von der Grundsatzebene supranationaler Strafgerichtsbarkeit als Institution auf die Ebene der Durchführung individueller Strafverfahren.

III. Reflexionen zur Konzeption und Struktur internationaler Strafverfahren

Von den zahlreichen und verschiedenartigen Faktoren, die für die Struktur und das Gelingen eines Strafverfahrenssystems – und dabei insbesondere für die internationale Strafjustiz – wesentlich erscheinen, können in diesem Rahmen nur zwei angesprochen werden: das Verhältnis von Wahrheitsermittlung und Fairness (1) und die Rolle der Verfahrensbeteiligten (2).

*1. Wahrheitsermittlung und Fairness:
„inquisitorisch“ versus „adversatorisch“?*

Was die verschiedenen Ziele und Mittel betrifft, auf die hin internationale Strafverfahren angelegt sein sollen,¹³ ist man eigener Standpunkt – kurz zusammengefasst – folgender: Im Gegensatz zu der weit verbreiteten Annahme, dass inquisitorische Strukturen primär auf Wahrheitsermittlung ausgerichtet, während adversatorische Systeme hauptsächlich fairness-orientiert seien, halte ich dafür, dass keines dieser Maxime die wirklichen Ziele der Strafjustiz, sondern lediglich deren Mittel und Modalitäten sind. Während die Endziele internationaler Strafgerichtsbarkeit die Bestätigung und Bekräftigung des Rechts, die (Wieder-)Herstellung des sozialen Friedens und das Beitragen zur Versöhnung sein müssen, können diese Ziele kaum ohne Ermittlung der Wahrheit mit fairen Mitteln erreicht werden. In diesem Sinne sind Wahrheit und Fairness nicht als ein antagonistisches „entweder-oder“, sondern als eine Verbindung von Wahrheitsermittlung mit fairen Mitteln zu verstehen.¹⁴

In beiderlei Hinsicht jedoch, nämlich weder zur Ermittlung der Wahrheit noch dies durch ein faires – und dementsprechend auch zügiges – Verfahren zu erreichen, machen die derzeitigen internationalen Strafgerichtshöfe keine allzu gute Figur: Die meisten international strafrechtlichen Verfahren sind schrecklich lang und nicht wenige davon mit zweifelhaftem Ergebnis, häufig aufgrund von Mangel an Beweisen. Was jedoch noch beunruhigender ist: nicht wenige dieser Mängel könnten vermieden werden, wenn das Verfahrensregime ein anderes wäre. Oder um es mit aller Offenheit zu sagen: aufgrund eigener Beobachtungen und Erfahrungen als Richter am ICTY habe ich den Eindruck, dass sich das Erfolgsprofil der internationalen Strafgerichtsbarkeit weitaus besser darstellen würde, wenn ihre Verfahrenspraxis weniger durch „adversatorische“ Hürden erschwert und mehr von „inquisitorischen“ (oder besser „instruktorisch“ zu nennenden) Maximen geleitet wäre.¹⁵

¹³ Zu einem Überblick über die lange Liste von Zielsetzungen, die der internationalen Strafgerichtsbarkeit häufig zugeschrieben werden, vgl. *Eser Procedural Structure* (Fn. 1), S. 109 ff.

¹⁴ Näher zur notwendigen Differenzierung und Koordinierung verschiedener Ziele, Mittel und Modalitäten internationaler Strafgerichtsbarkeit vgl. *Eser Procedural Structure* (Fn. 1), S. 114 ff.

¹⁵ Wenn diese Verfahrensmaximen in Anführungszeichen gesetzt sind, sei damit angezeigt, dass die „Adversarität“ unterschiedliche Ausprägungen in verschiedenen Common Law-Gerichtsbarkeiten haben kann, ähnlich wie die meisten modernen kontinentaleuropäischen Prozesssysteme, anstatt sie in einer mittlerweile überwundenen mittelalterlichen Praxis als „inquisitorisch“ zu disqualifizieren, korrekterweise als „instruktorisch“ zu bezeichnen wären, und zwar im Sinne des Rechts und der Pflicht des Richters, die Wahrheit von Amts wegen zu ermitteln, statt sie ausschließlich in den Händen der Parteien zu belassen; vgl. *Eser Procedural Structure* (Fn. 1), S. 118.

Wie inzwischen selbst von traditionellen Anhängern des adversatorischen Verfahrenssystems eingeräumt wird, wäre es einfach nachzuweisen, dass die exzessive Dauer von Verfahren des ICTY in erheblichem Maße auf zeitraubende adversatorische Regeln zurückzuführen ist.¹⁶ Indes sei hier der Fokus auf die Wahrheitsermittlung ausgerichtet, da diese Streitfragen von grundlegendere Natur sind

In grundsätzlicher Hinsicht, denke ich, wird die Wahrheitsermittlung als Schlüsselement der Strafjustiz – und damit als ein „cornerstone of the rule of law (*Madeleine Albright*) – wohl von keinem seriösen Verfahrenssystem unserer Zeit infrage gestellt, weder durch das inquisitorische noch durch das adversatorische Modell. Gleichwohl gibt es Unterschiede zwischen beiden, dies zumindest bis zu einem gewissen Grad: Während die Wahrheitssuche, wie bereits erwähnt, als ein Markenzeichen des inquisitorischen Modells gilt, wird dem adversatorischen Modell primäre Orientierung am Fairnessgrundsatz nachgesagt. Dementsprechend kann es nicht überraschen, dass Strafverfahren am ICTY – aufgrund von dessen praktischer (wenn auch nicht statutsmäßig zwingend vorgegebener) Grundausrichtung – weniger stark um Wahrheitsfindung bemüht sind, als dies in kontinentaleuropäischen Verfahren geboten wäre. Das soll nicht heißen, dass absolute Wahrheit, falls diese angesichts menschlicher Gebrechlichkeit überhaupt zu finden ist, um jeden Preis zu gewinnen ist. Was jedoch nichtsdestoweniger zu vermeiden ist, sind Hemmnisse in der Wahrheitserforschung, die bestimmten prozessualen Strukturen zuzurechnen sind, wie sie für das adversatorische System charakteristisch sind.

Dazu kann in diesem Rahmen nur noch folgender Punkt angesprochen werden:

2. Die Rolle der Parteien und der Richterbank

Als grundsätzlich „parteibetrieben“ statt „richterlich geführt“, ist für die Verfahrenspraxis am ICTY charakteristisch, dass es einerseits – so jedenfalls grundsätzlich – in Gestalt des Anklägers und des Verteidigers den Parteien überlassen bleibt, welche Beweise sie präsentieren, welche Zeugen oder dokumentarische Beweismittel sie einzubringen gedenken und in welcher Weise und Abfolge sie die Beweisaufnahme führen wollen. Andererseits sollten sich die Richter mit Interventionen zurückhalten und sich lediglich als „Schiedsrichter“ zwischen den Parteien verstehen, um – wie einmal von Judge *Patrick L. Robinson* ausgedrückt – die „Waage der Gerechtigkeit zwischen beiden Seiten gleichzuhalten“.

¹⁶ Zu Einzelheiten vgl. *Eser* FS Jung, 2007, S. 167, 172 ff. = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6295 [letzter Abruf: 17.3.2014]; *ders.* Procedural Structure (Fn. 1), S. 138 ff.

Was aber bedeutet es, auf diese Weise die Wahrheitsermittlung derart weitgehend in den Händen der Parteien zu belassen? Wie Verfechter des parteibetriebenen Modells zu argumentieren pflegen, soll die Chance, die Wahrheit herauszufinden, größer sein, wenn sie von zwei Gegnern umkämpft ist, von denen jeder „seinen Fall“ gewinnen will. Daran ist sicherlich etwas Richtiges, hat aber nur dann Aussicht auf Ermittlung der vollen Wahrheit, wenn beide Seiten willens und fähig sind, ihre Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen, nämlich weder tatsächenerhebliche Beweise zu vernachlässigen noch sie bewusst der Kenntnis der Richter vorzuenthalten. Das aber kann leicht geschehen, wenn beide Parteien – wiewohl aus unterschiedlichen Gründen – befürchten, dass ein Zeuge Aussagen machen könnte, die für die eigene Sache von Nachteil sind. Wenn in einem solchen Fall der Unfähigkeit oder Obstruktionsstrategie einer oder gar beider Parteien nicht durch den Richter entgegen gewirkt werden kann, bleibt die Wahrheit auf der Strecke.

Diese Gefahr ist umso größer, je mehr sich die Richter vom adversarialen Verständnis des Verfahrens als „the parties' case“ leiten lassen, wonach dessen Erfolg oder Scheitern in der Verantwortung der Parteien liege. Ohne die Tugend „richterlicher Selbstbeschränkung“ grundsätzlich infrage stellen zu wollen, ist mir die Vorstellung, das Strafverfahren (nur) als „Fall der Parteien“ und nicht (auch) als der des Richters zu verstehen, nur schwer nachvollziehbar. Zwar ist einerseits richtig, dass sich der Richter aufgrund des Akkusationsprinzips auf die Beweisgewinnung und Beurteilung der Straftaten zu beschränken hat, die von der Verfolgungsbehörde unter Anklage gestellt wurden. Andererseits ist aber nicht einzusehen, dass sich der Richter bei seiner Suche nach Berechtigung der Anklage auf die seitens der Parteien vorgelegten Beweismittel soll beschränken müssen. Anklageerhebung (samt Benennung der vorgeworfenen Straftat und der dieser zugrunde gelegten Tatsachen) ist die eine, und zwar allein dem Ankläger zustehende Funktion; das Urteil darüber ist die andere, nämlich die dem Gericht zukommende Aufgabe. Kann aber der Richter bei seiner Urteilsfindung von Seiten der Parteien beschränkt werden, indem ihm von diesen bestimmte Beweismittel vorenthalten oder – beispielsweise – bei Zeugenvernehmungen entscheidungsrelevante Fragen in jeweils gegenläufigem Parteiinteresse nicht gestellt werden, so wird dem Richter eine Entscheidung auf parteilicherseits vorfabrizierter Grundlage zugemutet.¹⁷

Ein weiterer Grund, jedenfalls in der internationalen Strafjustiz der Richterbank nicht zu erlauben, die Verantwortung für die Wahrheitsermittlung allein den Parteien überlassen, ist das umfassende Mandat des Gerichts als Ganzem. Die Vorstellung, dass bei Anklagen derartiger Schwere die Richter

¹⁷ Zu weiteren Einzelheiten dieser und sonstiger adversatorisch bedingter Gebrechen vgl. Eser *Procedural Structure* (Fn. 1), S. 123 ff.

auf eine rein formale Verfahrenskontrolle beschränkt sein sollen, bei der das Ergebnis völlig der Fähigkeit und dem Ermessen der Parteien überlassen bleibt, ist schwerlich vereinbar mit der außerordentlichen Verantwortung, die sich aus der Entscheidungsmacht über Völkerrechtsverbrechen ergibt. Da das Recht und die Pflicht, derart schwere Verbrechen zu verfolgen, dem Gericht als Institution¹⁸ und nicht allein den Parteien übertragen ist, haben es die Richter nicht nur den Parteien, sondern auch sich selbst vorzuwerfen, wenn infolge unzulänglicher Wahrheitsermittlung ein Angeklagter fälschlich für schuldig befunden oder grundlos freigesprochen wird.

3. Reformstrategie

Über die Wahrheitsermittlung hinaus gibt es natürlich auch noch andere Ziele und Verfahrensweisen internationaler Strafjustiz, die Aufmerksamkeit verdienen würden und Verbesserungen nötig hätten: so um allseitige Fairness zu garantieren, die Zügigkeit des Verfahrens zu beschleunigen, Versöhnung voranzutreiben und historische Ereignisse zu dokumentieren.¹⁹ Doch selbst wenn in diesen Punkten die gegenwärtige Struktur der internationalen Strafgerichtsbarkeit, wie sie insbesondere aus Erfahrungen am ICTY zutage treten, Mängel aufweist, ist darin kein Scheitern zu erblicken. Ebenso wenig ist die Auflistung von Fehlkonstruktionen, die sich aus dem adversatorischen Prozesssystem ergeben, als Aufruf zur Ersetzung durch eine inquisitorische Art von Verfahren zu verstehen.

Im Gegenteil, eine der Botschaften, die aus der intensiven Analyse der Verfahrensstruktur internationalen Strafgerichtsbarkeit hervorgeht, ist die, dass diese nicht einfach durch Übernahme und bloße Justierung eines nationalen Verfahrensmodells konzipiert werden kann, sei dieses adversatorisch oder anders. Vielmehr sind in einem ersten Schritt die besonderen Zielsetzungen zu identifizieren, denen die internationale Strafgerichtsbarkeit dienen soll, um dann in einem zweiten Schritt die Methoden und Modalitäten zu entwickeln, mit denen diese Ziele am besten zu erreichen sind. Anstatt also, wie dies in der Vergangenheit meist geschehen ist, ein staatsinternes Verfahrenssystem dieser oder jener Herkunft auszuwählen und lediglich auf bestimmte Besonderheiten internationaler Strafgerichtsbarkeit hinzubiegen, sollte man, ohne sich dabei an ein bestimmtes traditionelles Prozesssystem gebunden zu fühlen, den Mut haben, ein Verfahren zu entwickeln, das von oben – nämlich von den Zielen der internationalen Strafgerichtsbarkeit – her konzipiert und strukturiert ist.

¹⁸ Vgl. Art. 1 ICTY-Statut bzw. Art. 1 ICC-Statut.

¹⁹ Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Eser Procedural Structure* (Fn. 1), S. 131 ff.

Ohne gewisse Enttäuschungen und Hemmnisse, mit denen die internationalen Strafrechtshöfe nach wie vor zu leben haben, ignorieren zu wollen, sind manche Mängel doch auch durch schwergewichtige Verdienste aufgewogen, wie insbesondere schon durch ihre schiere Existenz und Bereitschaft, der herkömmlichen Straflosigkeit von schweren Völkerrechtsverbrechen ein Ende zu setzen. Das allein kann natürlich nicht genug sein, vielmehr ist auch die Verfahrensstruktur in bestmögliche Form zu bringen.

In diesem Sinne mag in Erinnerung gerufen sein, was bereits bei anderer Gelegenheit zu sagen war: 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.²⁰

²⁰ Eser FS Jung, 2007, S. 167, 187.