

## Gruppenproporz auf der internationalen Anklagebank

Oliver Diggelmann\*

This article deals with the relevance of group membership for decisions to examine and to accuse by international criminal tribunals. Due to the principle of individual responsibility, group membership officially is irrelevant for prosecutors. In reality, however, whether there is a «fair» ratio between examinations and accusations of the crimes of the involved groups influences the perception of the tribunal as a whole – whether it is perceived as legitimate or not. From a rule of law perspective, a *bona fides problématique* and inequality questions can be distinguished. As regards the former, the problem of the denial of relevance «against better knowledge» and the problem of a gap between what is officially declared and the reality are key topics. As regards inequality, unequal treatment resulting from the outcome of a conflict and – in the context of ICC proceedings – unequal treatment connected with the «trigger» mechanism can be distinguished. Denial of relevance of group membership – against factual, even though vague evidence – contributes to a perception of the tribunals as ambiguous. It is part of their perception as structurally fragile.

Keywords: International Criminal Court (ICC) – prosecution strategy – individual responsibility – rule of law – equality – *bona fides*

Schlagwörter: Internationaler Strafgerichtshof (IStGH) – Anklagestrategie – individuelle Verantwortlichkeit – Rechtsstaatlichkeit – Gleichheit – *bona fides*

### Inhalt

- I. Ausgangspunkt: «Faire Gruppenrepräsentation» als Legitimitätsfaktor
- II. *Bona fides*-Dimension: Fiktion der Irrelevanz und stille Berücksichtigung
  - A. Fiktion der Irrelevanz: Insistieren auf ausschliesslich individueller Betrachtung
  - B. Stille Berücksichtigung: «target ratio» und Esad-Landžo-Vorwurf
- III. Ungleichheitsdimension: Relevanz des Konfliktausgangs und Pfadabhängigkeit beim ICC
  - A. Relevanz des Konfliktausgangs: Verschonung der Sieger
  - B. «Pfadabhängigkeit» beim ICC: Rolle der im Staat dominierenden Gruppe
- IV. Schluss: Der Elefant im Raum

\* Professor für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Universität Zürich. Ich danke meiner Mitarbeiterin Frau Anna Laura Elmer für ihre äusserst wertvolle Mitarbeit.

## I. Ausgangspunkt: «Faire Gruppenrepräsentation» als Legitimitätsfaktor

Vor internationalen Straftribunalen (ICTs) verhandelte Verbrechen sind typischerweise Teil von Konflikten zwischen Nationen oder ethnischen Gruppen. Diese kämpfen um ihren Status, für ihre verletzten Rechte oder beanspruchen solche. Gegner ist regelmässig eine andere Kollektivität. Im Bürgerkrieg in Ruanda begingen Hutu Verbrechen an Tutsi, *weil* sie Tutsi waren und die Hutu unterdrückt hatten, und im Jugoslawienkrieg töten und folterten Menschen Angehörige anderer Ethnien *wegen* ihrer Kollektivzugehörigkeit.<sup>1</sup> Die Konflikte und entsprechend auch die einzelnen Verbrechen setzen eine minimale Organisiertheit der Kollektivitäten oder Gruppen voraus. So handelt es sich bei den vom Statut des Internationalen Strafgerichtshof (ICC) geächteten Verbrechen – Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid und Aggression – denn auch allesamt um Straftaten, die nur begangen werden können, wenn Menschen organisiert zusammenwirken. Voraussetzung ihrer Begehung sind Umstände, die die Verübung solcher Verbrechen ermöglichen. Die «Präzedenzverbrechen» – das Lostreten des Zweiten Weltkriegs durch Nazideutschland sowie die Shoa – waren archetypische Gruppenverbrechen. Eine Gruppe beging sie an der anderen mit dem Ziel der Eroberung von deren Territorium oder deren Auslöschung. Diese Gruppendimension unterscheidet völkerrechtliche Verbrechen von den im Normalfall vor staatlichen Gerichten verhandelten Straftaten. Verbrechen wie Raub oder Diebstahl oder auch Mord können zwar eine Kollektivdimension besitzen. Der Regelfall aber ist dies nicht. Dominierend sind bei diesen Verbrechen vielmehr individuelle Motive wie etwa Meinungsverschiedenheiten, Trennung, psychische Auffälligkeit und Eifersucht, nicht aber etwa rassistischer Hass.<sup>2</sup>

Die Gruppendimension völkerrechtlicher Verbrechen prägt auch ihre Wahrnehmung. Dies hat – wahrscheinlich noch immer unterschätzte – Folgen für die Rahmenbedingungen ihrer Aufarbeitung durch internationale Straftribunale. Anklagen wie auch Nichtanklagen durch solche Tribunale werden quasi automatisch Teil mächtiger Gruppennarrative der beteiligten Ethnien oder Nationen. Die Strafverfahren schreiben diese Narrative fort, werden Teil von ihnen, verschaffen den Narrativen zudem das Gewicht des Gegenwärtigen. Für die Alliierten im Zweiten Weltkrieg etwa war die Anklage Hermann Görings vor allem die Anklage des wichtigsten

1 Zu den Hintergründen von Ethnizität in den Balkankriegen: DUBRAVKA ŽARKOV, *The Body of War: Media, Ethnicity, and Gender in the Break-up of Yugoslavia*, Durham/London 2007 (die These vertretend, Ethnizität im früheren Jugoslawien sei wesentlich erst durch die Kriege produziert worden); zu den Hintergründen des Genozids in Ruanda und zur Komplexität des Zusammenspiels der einzelnen Faktoren: SCOTT STRAUSS, *The Order of Genocide: Race, Power, and the War in Rwanda*, Ithaca 2006.

2 SIMONE WALSER, NORA MARKWALDER & MARTIN KILLIAS, *Tötungsdelikte in der Schweiz 1990–2014*, Zürich 2022, 40.

noch lebenden Mitglieds der Nazi-Führungsriege. Göring interessierte weniger als Individuum denn als Repräsentant der Grossgruppe. Für die Kroaten und Muslime Ex-Jugoslawiens war die Anklage Slobodan Milošević primär Anklage des wichtigsten politischen Drahtziehers der serbischen Kriegsgegner. Der Prozess interessierte vor allem des Repräsentanten Milošević wegen. Dass die Verbrechen unmittelbar und oft auch wesentlicher Bestandteil der Gruppennarrative werden, hängt damit zusammen, dass sie nicht einfach bloss – wie eine vereinfachende Redensart suggeriert – «im Kontext» von Gruppenkonflikten verübt werden. Sie haben den Gruppenkonflikt vielmehr zur zentralen Voraussetzung, sind in das Schicksal und in die Geschichte der Gruppe eingewoben. Diese Geschichte ist wiederum regelmässig Teil individueller Identitäten der Angehörigen des Kollektivs. Wegen dieser Verwobenheit mit dem Gruppenschicksal und den sich mit diesem identifizierenden individuellen Selbstverständnissen hält die Wahrnehmung der Taten als Teil des Gruppenkonflikts auch nach dem Ende der physischen Gewalt regelmässig an.<sup>3</sup>

Von Interesse ist hier zunächst Folgendes: Die kollektiven Erzählungen der beteiligten Gruppen «denken» den einzelnen Angeklagten im internationalen Strafprozess primär als Repräsentanten der Gruppe. Anklagen und Verurteilungen Angehöriger des eigenen Kollektivs werden deshalb tendenziell als Niederlagen und statusmindernd wahrgenommen,<sup>4</sup> solche von Angehörigen der Gegengruppe dagegen als Siege.<sup>5</sup> Das Augenmerk gilt in erster Linie einer allfälligen Ungerechtigkeit gegenüber der eigenen *Gruppe*, einer möglichen Privilegierung der anderen Gruppe. «Zu viele» Anklagen gegen die Eigenen «beweisen» Parteilichkeit oder Instrumentalisierung des Gerichts, viele Anklagen von Angehörigen der Gegengruppe erscheinen als Indizien für seine Unabhängigkeit. Zu den Grunderfahrungen mit jedem internationalen Strafgericht seit 1945 gehört, dass kaum eines jemals von beiden oder

3 Aufschlussreich in diesem Zusammenhang: Gemäss einer Untersuchung im Jahr 2000 betrachteten 72 Prozent der Serbinnen und Serben das Kriegsverbrechertribunal für das frühere Jugoslawien als zweitgrösste Bedrohung der Sicherheit des Landes (nach der NATO): DONNA E. ARZT, «The View on the Ground: The Perception of International Criminal Tribunals in the Former Yugoslavia and Sierra Leone», in: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2006), vol. 603, 226–239, 232.

4 Dies ist ein starkes Argument für strafrechtliche Selbstaufarbeitung durch die Täterkollektive, deren Vorzüge das ICC-Statut mit dem Subsidiaritätsprinzip in Art. 17 des Statuts gewissermassen offiziell anerkennt. Anklagen durch ICTs sind «schlimmer» als durch nationale Gerichte, da Angehörige des eigenen Kollektivs in der Rolle von Verbrechern der schlimmsten Kategorie international vorgeführt werden.

5 Siehe dazu: BARRIE SANDER, «History on Trial: Historical Narrative Pluralism within and beyond International Criminal Courts», *67 International & Comparative Law Quarterly* (2018), 547–576, 568–573. Sander spricht von einem «narrative pluralism beyond the courtroom»: jenseits des Gerichtssaals entstünden unterschiedliche Erzählungen darüber, was im Gerichtssaal geschehen sei, sodass die durch die Urteile intendierten «historical narratives» bei den verschiedenen Publikumsgruppen teilweise ganz unterschiedliche Bedeutungen erhielten.

allen Seiten eines Konflikts als legitim empfunden wurde.<sup>6</sup> Die Massstäbe, die an «Gruppengerechtigkeit» angelegt werden, sind streng. Bloss geringfügige Kritik mit Blick auf die Legitimität kann möglicherweise bereits als Hinweis auf eine relativ grosse Akzeptanz gelten. Differenzierende Kritik setzt einen vergleichsweise reflektierten Blick auf die eigenen Verbrechen voraus, der eher Ausnahme denn Regel ist. Die Realität scheint typischerweise, dass der Konflikt während seiner strafrechtlichen Aufarbeitung in der Imagination fortgeführt wird und Anklagen der Eigenen weiterhin als Niederlagen wahrgenommen werden. Als etwa das Kriegsverbrechertribunal für das frühere Jugoslawien (ICTY) in der allerersten Phase seiner Aktivität, die etwa ein Dreivierteljahr dauerte, ausschliesslich Serben anklagte, wurde diese Einseitigkeit umgehend Teil der Kollektiverzählung der Serben. Sie sprach dem Gericht Legitimität kategorisch ab.<sup>7</sup> Wichtig ist hier, dass jede Anklage und jedes Urteil die Wahrnehmung und Aufmerksamkeit automatisch erneut auf die Makrovorgänge zwischen den Kollektiven lenken, vergangene wie gegenwärtige, und dass die Prozesse intuitiv in eine Beziehung zu diesen Vorgängen gesetzt werden. Von den Konfliktparteien wird die Aufarbeitung völkerrechtlicher Verbrechen primär im Licht der Frage interpretiert, inwiefern sie die *Gesamtvorgänge angemessen abbildet*, im Rahmen des Gesamtbildes fair erscheint. Ein für sich genommen fairer Prozess kann in diesem Licht ohne Weiteres als unfair und Ausdruck der Parteilichkeit des Gerichts erscheinen. Das sofortige Eingehen der Strafverfahren in die Gruppennarrative und das In-Beziehung-gesetzt-Werden zu den Makrovorgängen stellen ebenfalls eine markante Differenz zu «normalen» vor innerstaatlichen Gerichten verhandelten Verbrechen dar. Diese können zwar auch Teil von Kollektiverzählungen werden, etwa wenn die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie, Kultur oder Familie die allgemeine Wahrnehmung des Verbrechens prägt.<sup>8</sup> Im Normalfall aber überwiegt das Individuelle des Täters in der allgemeinen Wahrnehmung. Etwa: der 42-jährige Familienvater und Lehrer, der schon in der Vergangenheit zu Handgreiflichkeiten neigte und der nun im Verkehrsstau eine zu nahe aufrückende Automobilistin ohrfeigte. Welcher Sprachgemeinschaft er etwa angehört, interessiert hier kaum.

6 Grundsätzlich zur «wahrgenommenen Legitimität» (perceived legitimacy): BIRJU KOTECHA, «The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice», 18 *Journal of International Criminal Justice* (2020), 107–139, insb. 111–113.

7 An der oft in scharfen Worten formulierten Infragestellung des Gerichts an sich änderte sich auch nach dem Einbezug von Kroaten und Muslimen in die Untersuchungen wenig. Serbiens Präsident Tomislav Nikolic nährte noch 2013 gezielt das Narrativ vom Anti-Serbien-«bias» des Gerichts, als er diesem «atmosphärisches Lynch-Mobbing» gegen alles Serbische vorwarf: MAJA RISTIC, «Serbia Slams Hague Tribunal at UN Debate», *Balkan Transitional Justice*, 11. April 2013, abrufbar unter: <<https://balkaninsight.com/2013/04/11/un-debate-turns-as-criticism-of-the-icty/>>.

8 Beispiele sind etwa Ehrenmorde oder sogenannte Raserdelikte, die in der Schweiz in erster Linie mit jungen Migranten aus Balkanländern assoziiert werden. Siehe etwa: DANIEL FUCHS, «Raser, Zwangsheirat, Blutrache», *Aargauer Zeitung*, 26. Januar 2016; YANNICK WIGET, «Die meisten Schweizer verurteilen Rassismus – doch Stereotype sind weitverbreitet», *Zürichsee Zeitung Online*, 30. Oktober 2021.

An dieser Stelle ist der Einwand zu erwarten, ICTs hätten sich für die Kollektivvorgänge nicht zu interessieren. Diese seien nicht ihr Thema. Ihr Blick sei ausschliesslich auf den einzelnen Menschen als Täter gerichtet, wie es zum Wesen rechtsstaatlicher Strafprozesse gehöre. So richtig dieser Einwand aus streng rechtsstaatlicher Sicht ist, so vernachlässigt er doch Wichtiges. Erkennbar wird dies, sobald man sich die Zusammenhänge zwischen Akzeptanz von ICTs durch die Konfliktparteien einerseits und Stabilität von Konflikt- und Nachkonfliktsituationen andererseits vergegenwärtigt. Nicht akzeptierte Gerichte können als Intervention zugunsten einer Konfliktpartei wahrgenommen werden. Sie können allenfalls Radikalisierungstendenzen verstärken und im ungünstigen Fall selbst zu einer Instabilität fördernden Faktor werden. Der zu Beginn ausschliesslich Serben anklagende ICTY war in den Augen vieler Serben Teil der sich in der Geschichte stets wiederholenden «Verschwörung» mächtiger Staaten gegen die Serben.<sup>9</sup> Er war Beweis dafür, dass sich die Geschichte wiederholt und Widerstand nötig und legitim ist. Hätte der ICTY seine Anklagepraxis nicht bald korrigiert und auch Angehörige anderer Ethnien angeklagt, so hätte dies die Situation moderater Kräfte in Serbien absehbar weiter erschwert – etwa jenen, die wenige Jahre nach der Schaffung des ICTY zum ausserordentlichen Akt der Auslieferung Miloševićs nach Den Haag in der Lage waren. Zwischen der Fähigkeit eines Gerichts, zur Stabilisierung durch ein Minimum an «Gruppenausgewogenheit» beizutragen einerseits und Akzeptanz internationaler Strafgerichte andererseits besteht ein evidenter Zusammenhang. Auch wenn dieser aus rechtsstaatlicher Sicht nicht existieren darf. Dieser Widerspruch interessiert hier. Für die Konfliktparteien ist «faire Repräsentation» der Gruppen auf der Anklagebank ein Schlüsselfaktor für Akzeptabilität und Legitimität des Gerichts.

Bei der Wahrnehmung der Verfahren durch Dritte – andere Staaten, die internationale zivile und mediale Öffentlichkeit – stellt sich die Situation etwas anders dar. Allerdings nicht fundamental anders, denn auch hier prägt die Gruppendimension der Verbrechen die Wahrnehmung entscheidend mit. Für Dritte ist das einzelne Verbrechen ebenfalls primär Teil historischer Vorgänge zwischen Kollektivitäten oder Gruppen, und es wird ebenfalls intuitiv dazu in eine Beziehung gesetzt. Allerdings kann aus dieser Perspektive die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze für die Wahrnehmung als fair eher genügen als aus jener der Konfliktparteien. Dritte erwarten aber ebenfalls – zumindest der Tendenz nach –, dass die Verteilung von Anklagen und Verurteilungen mit der jeweiligen «Schuld» der beteiligten Kollektivitäten korrespondiert. Auch sie erwarten, wenn auch weniger streng, im Grundsatz eine «faire Vertretung» der Konfliktparteien auf der Anklagebank, in Relation zur wahrgenommenen Schuld. Zugespitzt: eine Art Gruppenschuldproportionalität. In Fällen

9 DIANE F. ORENTLICHER, *Shrinking the Space for Denial: The Impact of the ICTY in Serbia*, New York 2008, 13, 28; ROGER COHEN & MARLISE SIMONS, «Milošević in Court: At Arraignment, Milošević Scorns his U.N. Accusers», *New York Times*, 4. Juli 2001.

einer klaren Rollenverteilung, etwa bei einer Konstellation wie im Ukraine-Russland-Konflikt, kann ein solcher «Schuldproporz» natürlich bedeuten, dass fast nur Angehörige der einen Konfliktpartei auf der Anklagebank Platz nehmen müssen.

Wie kommen nun Vorstellungen in Bezug auf die «Fairness» solcher Gruppenrepräsentation zustande? Woher stammt der Massstab für Aussagen wie «zu viele Serben» oder «zu wenige Tutsi»? Schlüsselgrösse dürfte das höchstens vage konturierbare Phänomen der internationalen öffentlichen Meinung über die historischen Ereignisse sein, über die Rolle der einzelnen Kollektivitäten in den Konflikten und mit Blick auf ihre Entstehung. Vereinfachend kann man wohl sagen, dass sich aus dem allgemeinen Ringen um Fakten und ihre Deutung, an dem viele Akteure beteiligt sind, ab einem bestimmten Zeitpunkt typischerweise eine vorherrschende Meinung herauskristallisiert – darüber, welche Gruppe welche Rolle gespielt und welche Ursachen gesetzt hat und für welche Verbrechenkomplexe sie verantwortlich ist. Im Fall des Jugoslawienkriegs wurden rasch serbische Kriegsverbrechen bekannt, die die Bewertung der Rollen einzelner Kollektive und die Vorstellung von Schuldanteilen in den internationalen Medien dauerhaft präjudizierten.<sup>10</sup> Die serbische Kritik am Anti-Serbien-«bias» des ICTY fand vor dem Hintergrund dieser Präjudizierung kaum noch Unterstützung.<sup>11</sup> Sie bestimmt die Vorstellungen von einer «vernünftigen Stossrichtung» der strafrechtlichen Aufarbeitung durch den ICTY. Für die diffusen Vorgänge, in denen solche Vorstellungen zustande kommen, sind die Begriffe «virtual trials» oder «trials of cooperation» vorgeschlagen worden.<sup>12</sup> Gemeint ist damit, dass die Staaten, die internationale Gemeinschaft, Gerichte und weitere Akteure im Vorfeld der Aktivitäten von ICTs in einem unstrukturierten Prozess zusammenwirken und ihre Vorstellungen abgleichen und so die Aufarbeitung faktisch vorstrukturieren. Es schälen sich Leitvorstellungen heraus, wie viele Angehörige der einzelnen Gruppen in etwa verfolgt und angeklagt werden sollten, wie weit solche Anklagen in den politischen und militärischen Hierarchien reichen und wel-

10 Aufgerüttelt wurde die internationale Öffentlichkeit im August 1992 durch Bekanntwerden der im Lager Omarska in Bosnien-Herzegowina begangenen Verbrechen. In diesem Gefangenenlager hielten Serben Kroaten und Muslime gefangen, es kam zu Folter, Exekutionen und Vergewaltigungen. Bekanntmachung der Vorgänge im Lager insb. durch: ROY GUTMAN, «Ex-Prisoners Detail Atrocities at Death Camps», *Newsday* 2. August 1992.

11 Faktisch kann kaum von einem Anti-Serben-«bias» gesprochen werden (darum geht es hier allerdings auch nicht): Bei einem Vergleich der Anzahl und der Dimensionen serbischer Verbrechen mit jenen anderer am Konflikt beteiligter Gruppen zeigt sich ein deutliches Überwiegen der serbischen Taten, zahlreichere Anklagen und Verurteilungen von Serben sind für sich genommen kein Indiz für Parteilichkeit: STUART FORD, «Fairness and Politics at the ICTY: Evidence from the Indictments», 39 *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* (2013), 69–71, 92–95; JAMES MEERNIK, «Victor's Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», 47 *The Journal of Conflict Resolution* (2003), 140–162, 157.

12 VICTOR PESKIN, *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*, Cambridge et al. 2008, 9.

che Staatsorgane untersucht werden sollten etc.<sup>13</sup> Bei der Schaffung des ICTR war die Leitidee, die Prozesse stellten vor allem eine Reaktion auf den von den Hutu begangenen Völkermord dar, und sie sollten zur Wiederherstellung von Stabilität und Frieden beitragen.<sup>14</sup> Die Ausrichtung der Aktivitäten auf diese Ziele war damit eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für eine positive Bewertung des Gerichts durch Beobachter.

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang, dass Erwartungen «angemessener» Repräsentation auf der Anklagebank auch mit Blick auf wichtige Gruppen *innerhalb* der einzelnen Konfliktparteien bestehen. Dass etwa eine bestimmte paramilitärische Einheit oder ein Milieu wie eine hetzerische Intelligenzia auf der Anklagebank vertreten sein sollte. Im Folgenden wird dafür der Begriff der «Binnengruppe» verwendet. Wenn bestimmte Verbrechen mit einer als besonders brutal geltenden Militäreinheit oder einem bestimmten Staatsorgan in Verbindung gebracht werden, wird eine angemessene Repräsentation dieser Binnengruppen auf der Anklagebank erwartet. Es wäre beispielsweise als dramatischer Mangel des ICTY wahrgenommen worden, wenn die Anklagestrategie nicht sowohl die politische als auch die militärische Führung der Serben eingeschlossen hätte. Im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess folgte die Auswahl der Angeklagten der Leitidee, möglichst die wichtigsten Repräsentanten der zentralen Binnengruppen auf die Anklagebank zu setzen: die politische Staatsspitze, die höchsten Militärs, die oberste Partei- und die Wirtschaftselite.<sup>15</sup> Die Anklagebank sollte, so die Logik, den Gesamtkomplex des Grossverbrechens möglichst gut abbilden.

Deutlich geworden sein sollte damit: Bei internationalen Straftribunalen ist «faire Repräsentation» der Konfliktparteien auf der Anklagebank – und bis zu einem gewissen Grad auch ihrer für die Verbrechen relevanten Binnengruppen – ein unübersehbarer Legitimitäts- und Akzeptanzfaktor. Die Vorstellung der Neutralität und Objektivität eines Gerichts hängt in der allgemeinen Wahrnehmung stark daran, wie weit es ihm – im grossen Ganzen – gelingt, der Schuld der beteiligten Gruppen durch die Anklagestrategie und -praxis gerecht zu werden. Für die internationale Strafjustiz ist dies aus rechtsstaatlicher Sicht ein Problem: Sie muss darüber schweigen, dass Gruppenzugehörigkeit eine Rolle spielt, und sie kann die Relevanz dieser Frage nicht ignorieren. Der vorliegende Beitrag befasst sich vor diesem Hintergrund mit der Frage, was dieses Dilemma für die Einlösung der Ambition von ICTs, «rule of law»-Institution zu sein, auf der grundsätzlichen Ebene bedeutet. Dabei interessiert nicht das einzelne Tribunal, sondern vielmehr die Bedeutung der Thematik für die internationale Strafjustiz an sich. Im Folgenden werden zwei grundsätzliche

13 PESKIN, *supra* Fn. 12, 9.

14 GERALD GAHIMA, *Transitional Justice in Rwanda: Accountability for Atrocity*, Oxon New York 2013, 62.

15 BRADLEY F. SMITH, *Der Jahrhundert-Prozess: Die Motive der Richter von Nürnberg – Anatomie einer Urteilsfindung*, Frankfurt a. M. 1977, 40.

«rule of law»-Problemebenen unterschieden, auf denen die beschriebene Thematik Wirkungen zeitigt: die *bona fides*-Ebene und die Ebene der Ungleichbehandlung.

## II. *Bona fides*-Dimension: Fiktion der Irrelevanz und stille Berücksichtigung

### A. Fiktion der Irrelevanz: Insistieren auf ausschliesslich individueller Betrachtung

Ein erster Problemkreis sind gewisse Spannungsfelder zwischen offiziell Erklärtem zur Relevanz von Gruppenzugehörigkeit und Treu und Glauben. ICTs beziehungsweise Anklagebehörden verweisen regelmässig auf das Grundprinzip der individuellen Strafbarkeit als Fundamentalprinzip des modernen Strafprozesses. Danach kann jeder und jede ausschliesslich für eigene Taten zur Verantwortung gezogen werden.<sup>16</sup> Sie seien im Licht der zentralen Rolle dieses Grundsatzes im modernen Strafprozess blind für Gruppenzugehörigkeiten, denn alles andere wäre im Kern ein Rückfall in ein vormodernes und nicht länger akzeptables Kollektivstrafrecht.<sup>17</sup> Zwischen so Erklärtem – Beispiele folgen – und der Wirklichkeit in der Praxis der Gerichte besteht ein markanter Kontrast. Er ist offenkundig relevant für den Anspruch, rechtsstaatliche Gerichtsinstitution zu sein, denn «rule of law» impliziert immer auch ein Handeln nach Treu und Glauben, wenn der Anspruch nicht reduktionistisch im Sinne von bloss legalistisch verstanden wird.<sup>18</sup> Fairness, Berechenbarkeit und Transparenz – im Rahmen des Möglichen und Sinnvollen – gehören zu modernen Gerichten, die Vertrauen ins Recht und Institutionenvertrauen aufbauen wollen und sollen. Sie sind unverzichtbar.

Berühmt geworden sind die Worte der ICTY-Chefanklägerin Carla del Ponte im Fall Slobodan Milošević: Nachdem dieser von der serbischen Regierung an den ICTY ausgeliefert worden war, sprachen Kommentatoren in Serbien von einer schweren Niederlage und Demütigung des Landes.<sup>19</sup> Carla del Ponte erklärte in Reaktion

16 Bei Organisationsverbrechen wie dem Straftatbestand der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (in der Schweiz: Art. 260<sup>ter</sup> StGB – Kriminelle und terroristische Organisationen) liegt das individuell Vorwerfbare im Beitritt zur Organisation im Wissen darum, dass diese mit hoher Wahrscheinlichkeit Verbrechen begehen wird. Auch hier geht es ausschliesslich um Verantwortlichkeit für eigenes Handeln.

17 Das moderne Schuldstrafrecht setzt einen unhintergehbaren Standard für den Anspruch, «rule of law»-Strafgericht zu sein. Kulturelle Wurzeln des Schuldstrafrechts sind vor allem die christliche Sündenlehre, die auf der Idee einer individuellen Beziehung zwischen Mensch und Gott beruht, sodann die weltweite Rezeption des individualistisch konzipierten römischen Rechts sowie der Individualismus und Subjektivismus der Aufklärung. Dazu: BERNHARD SCHLINK, *Recht – Schuld – Zukunft*, in: ders., *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt a.M. 2002, 10–37, 24.

18 TOM BINGHAM, *The Rule of Law*, London 2011, 60.

19 Siehe etwa die Berichterstattung auf der CNN-Website: *Milosevic Arrest: Balkans Reaction*, 2. April 2001 (ohne Autorenangabe): «Many Serbs would prefer to see Milosevic tried in Yugoslavia, reluctant to



darauf, weder das serbische Volk noch die serbische Geschichte stünden vor Gericht, sondern es würden ausschliesslich Taten des Individuums Slobodan Milošević verhandelt.<sup>20</sup> Hinter dem Begriff «Individuum» verbirgt sich im vorliegenden Zusammenhang Bedeutendes. Carla del Ponte sprach nicht grundlos nicht bloss von Slobodan Milošević, sondern vom *Individuum Slobodan Milošević*. Sie verfolgte mit der tautologisch anmutenden Formulierung einen klaren Zweck, wollte die intuitiven und aus naheliegenden Gründen äusserst starken Assoziationen zwischen seinen persönlichen Taten und den Makrovorgängen in Jugoslawien etwas abschwächen – so weit zumindest, dass seine eigenen Taten für den Prozess einigermaßen isolierbar erscheinen. Die Formulierung sollte helfen, die individuellen Taten aus Gesamtvorgängen herauszulösen. In der Sache aber waren die Makrovorgänge ihre zentrale Voraussetzung, sie waren mit ihnen untrennbar verbunden. Del Ponte erklärte in der Folge wiederholt, die Aufgabe des Gerichts sei ausschliesslich die Entscheidung über individuelle Schuld, nicht die Zuweisung von Kollektivverantwortlichkeit an Gruppen oder Nationen.<sup>21</sup> Der Fall zeigt exemplarisch die Grenzen der Isolierbarkeit von Handlungen einzelner Personen, wenn deren Name zu einem Synonym für einen Grosskomplex geworden ist. Wenn ein Name für historische Vorgänge steht. Beim Kriegsverbrechertribunal für Ruanda (ICTR) liess sich mit Blick auf das offizielle Erklärte Analoges beobachten. Die Anklagebehörde bestritt auch hier jede Relevanz von Gruppenzugehörigkeit. Sie konzentrierte sich zunächst ausschliesslich auf die Verbrechen der Hutu, handelte sich den Vorwurf ein, ein «Anti-Hutu-Gericht» zu sein,<sup>22</sup> zumal auch Verbrechen des militärischen Arms der Tutsi, der *Rwandan Patriotic Front* (RPF), als erwiesen galten. Es kam zum Ruf nach einer Ausweitung der Untersuchungen auf Tutsi und schliesslich zum Versuch einer Ausweitung, auf die noch einzugehen sein wird. Die zeitweilig auch für den ICTR als Chefanklägerin zuständige Carla del Ponte erklärte auch hier, Ethnie und politische Vorstellungen der Personen, die Verbrechen begangen hätten, spielten für sie keinerlei Rolle.<sup>23</sup> Sie sehe jeden Täter nur als Einzelperson.

In der Praxis des ICC verdeutlicht eine Situation das Bemühen um «Invisibilisierung» der Relevanz von Gruppenzugehörigkeit besonders. Es geht um eine Situation, in der die Anklagebehörde die Stossrichtung ihrer Aktivitäten früh – zu früh – fest-

have him extradited for trial to the U.N. war crimes tribunal in The Hague, Netherlands, because the court is perceived as anti-Serb and politically biased.» (abrufbar unter: <<https://edition.cnn.com/2001/WORLD/europe/04/02/Milosevic.reaction/index.html>>).

20 Statement of the Prosecutor Carla Del Ponte, Prosecutor Press Release, The Hague, 29. Juni 2001, F.H./P.I.S./598c.

21 PESKIN, supra Fn. 12, 10.

22 NIGEL ELTRINGHAM, ««When we Walk Out, What was it all About?»: Views on New Beginnings from within the International Criminal Tribunal for Rwanda», 45 *Development and Change* (2014), 543–564, 544.

23 CARLA DEL PONTE & CHUCK SUDETIC, *Im Namen der Anklage: Meine Jagd auf Kriegsverbrecher und die Suche nach Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 2009, 300.

gelegt hatte. 2004 legte die Regierung Ugandas dem ICC eine Situation betreffend den internen bewaffneten Konflikt zwischen der ugandischen Regierung – der *Ugandan People's Defense Forces* (UPDF) – und der Rebellenarmee *Lord's Resistance Army* (LRA) vor. Die Anklagebehörde gab umgehend eine Pressemitteilung heraus, in der die Inhaftierung des Anführers der LRA, Joseph Kony, zum zentralen Ziel erklärt wurde.<sup>24</sup> Diese Erklärung in Verbindung mit einer delikaten und in der Öffentlichkeit fast zelebrierten Nähe von Anklagebehörde und ugandischer Regierung zur Zeit der Vorlage löste Kritik an der einseitigen Konzentration auf die Rebellen aus.<sup>25</sup> Der Chefankläger geriet unter Druck und korrigierte – allerdings nicht die Anklagestrategie, sondern das «wording» seiner Erklärungen, die die Stossrichtung der Untersuchung mit Blick auf die Konfliktparteien fortan nicht mehr nannten. Die folgende Presserklärung sprach bereits nur noch von «investigation into Northern Uganda».<sup>26</sup> Der Wechsel von einer an Personen zu einer an geographischen Parametern orientierten Sprache sollte verschleiern, er sollte für die Gruppendimension der Strategie der Anklagebehörde desensibilisieren. Erwähnung verdient mit Blick auf das Bemühen um «Invisibilisierung» auch eine Informationsbroschüre des ICC, die dieser im Jahr 2020 publiziert hat. Das Gericht beschreibt darin seine Tätigkeiten und hält fest, der ICC verfolge immer nur Individuen und nicht Gruppen, wobei der Fokus stets auf jenen Personen liege, die die «grösste Verantwortung» für die Verbrechen trügen.<sup>27</sup> Das Mandat des ICC sei ein «ausschliesslich juristisches», die Entscheidungen basierten auf «rechtlichen Kriterien».<sup>28</sup> Die Passagen lesen sich wie eine präventive Verteidigung gegen den Vorwurf übermässiger Politisiertheit.

## B. Stille Berücksichtigung: «target ratio» und Esad Landžo-Vorwurf

Ein zweites *bona fides*-Teilproblem ergibt sich aus der Differenz zwischen Handeln und Erklärem: aus dem bewussten faktischen Abweichen vom offiziell Deklarierten. Die Anklagebehörde schiebt das Erklärte zuweilen stillschweigend und wissend

24 Press Release: ICC – President of Uganda Refers Situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC, ICC-20040129-44, 29. Januar 2004.

25 Besondere Kritik rief hervor, dass der Chefankläger Luis Moreno-Ocampo zusammen mit dem ugandischen Präsidenten Yoweri Museveni eine Pressekonferenz abhielt: In einem Statement vom 14. Oktober 2005 kommentierte Moreno-Ocampo die Untersuchungen und erklärte ausführlich die Verbrechen der LRA, während jene der Regierungsseite unerwähnt blieben, was als Zeichen der Parteilichkeit gedeutet wurde: Statement by Chief Prosecutor Luis Moreno-Ocampo, 14. Oktober 2005, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/2919856F-03E0-403F-A1A8-D61D4F350A20/277305/Uganda\\_LMO\\_Speech\\_141020091.pdf](http://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/2919856F-03E0-403F-A1A8-D61D4F350A20/277305/Uganda_LMO_Speech_141020091.pdf)>.

26 Press Release: ICC – Prosecutor of the International Criminal Court Opens an Investigation into Northern Uganda, ICC-OTP-20040729-65, 29. Juli 2004.

27 ICC, Understanding the International Criminal Court, Den Haag 2020, S. 14, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/sites/default/files/understanding-the-icc.pdf](http://www.icc-cpi.int/sites/default/files/understanding-the-icc.pdf)>.

28 ICC, Understanding the International Criminal Court, supra n. 27, 14.

beiseite, wenn sie der Gruppenzugehörigkeit in der Realität Relevanz zugesteht. Es geht hier um ein anderes Problem als das eben beschriebene. War bislang vom Verneinen von Tatsächlichem die Rede, so geht es hier um Handeln wider das Erklärte, die Teilprobleme hängen aber natürlich zusammen. Im einen Fall aber liegt die Treuwidrigkeit im Sprechakt, während sie im anderen im real handelnden Abweichen vom Sprechakt liegt. In einem strengen Sinn nachweisbar ist solches abweichendes Handeln aus den erwähnten Gründen selbstverständlich nicht. Keine Anklagebehörde wird jemals zugeben, bei der Auswahl der Angeklagten vor allem den «Gruppenschuld-Proporz» im Auge gehabt zu haben, da dies für die Akzeptanz zentral sei. Indirekte Schlüsse aber dürften möglich sein. Etwa wenn Kritik an der Einseitigkeit von Untersuchungen zu Veränderungen führt, deren Stossrichtung und zeitliche Umstände sie nach «common sense» als Bemühungen um ein akzeptanzfähigeres Gesamtbild erscheinen lassen.<sup>29</sup> Man muss auch sagen: Angesichts der Bedeutung des «Gruppenschuld-Proporz» für die Akzeptanz eines Gerichts wäre es überraschend, wenn die Ermessensspielräume nicht – innert gewisser Grenzen – für die Optimierung des Anscheins der Unparteilichkeit genutzt würden.

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang zunächst die Reaktion der ICTY-Anklagebehörde auf die frühe Kritik eines Anti-Serbien-«bias» des Tribunals.<sup>30</sup> Vor der ersten Anklage eines Nicht-Serben im September 1995 waren innerhalb von etwas mehr als einem Dreivierteljahr nicht weniger als 30 Serben angeklagt worden.<sup>31</sup> Die 31. Anklage erst betraf einen Kroaten.<sup>32</sup> Bis zur Schliessung des Gerichts Ende 2017 wurden in der Folge weitere 73 Serben und 52 Nicht-Serben angeklagt.<sup>33</sup> Serben und «Übrige» wurden – nach der Anfangsphase – also etwa im Verhältnis 10:7 angeklagt, was im Licht der internationalen öffentlichen Meinung über die Rollen der beiden Ethnien im Jugoslawienkrieg wohl als «vernünftiges» Gesamtverhältnis gelten darf. Zu Anklagen von Muslimen kam es ab März 1996.<sup>34</sup> Die Anklage von Muslimen hatte keine Priorität. Bei den Urteilen allerdings war das Bild mit Blick auf die drei Ethnien zu jedem Zeitpunkt ausgeglichener. Die ersten

29 Für eine vertiefte Analyse des Ermessens und der Ermessensausübung durch die Anklagebehörde des ICC: BERTRAM KLOSS, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: Towards a more Principled Approach*, München 2016 (zur Ermessensausübung bei der Festlegung der Anklagestrategie siehe insb. 46–53); vgl. auch: WILLIAM A. SCHABAS, «Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court», 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008), 731–761.

30 MEERNIK, *supra* n. 11, 147.

31 Die erste Anklageerhebung gegen einen Nicht-Serben erfolgte im November 1994: *Prosecutor v. Nikolić (IT-94-2-I)*, Review of Indictment, ICTY Trial Chamber, 4. November 1994. (Die Situation betreffend Anklagen ist aus den publizierten ICTY-Dokumenten nicht präzise eruierbar, da die Dokumente nicht systematisch nach klaren Grundsätzen publiziert wurden.)

32 *Prosecutor v. Rajić (IT-95-12)*, Review of Indictment, ICTY Trial Chamber, 13. September 1996.

33 Aus den auf der ICC-Website publizierten Dokumenten ermittelter und annäherungsweise zu verstehender Wert.

34 Erste Anklage von Muslimen: *Prosecutor v. Delalic et al. (IT 96-21-I)*, Indictment, 20. März 1996.

beiden Urteile betrafen Serben,<sup>35</sup> bereits das dritte aber einen kroatischen und zwei muslimische Bosnier.<sup>36</sup> Das vierte wiederum betraf einen Kroaten.<sup>37</sup> Erwähnenswert ist, dass es um das Gericht nie verifizierte Gerüchte um eine inoffizielle «target ratio» gab: Etwa 70 Prozent Serben, 20 Prozent Kroaten und 10 Prozent Muslime sollten angeklagt werden, damit das Gesamtbild einigermaßen stimmt. Auf lange Sicht waren auch tatsächlich fast 70 Prozent der Angeklagten Serben (68 Prozent), die im Vergleich mit ethnischen Kroaten (21 Prozent) um zwei Jahre längere Haftstrafen erhielten (19 Jahre gegenüber 17 Jahren) und im Vergleich mit ethnischen Bosniaken, die vier Prozent der Angeklagten ausmachten, um 16 Jahre längere Haftstrafen (19 Jahre gegenüber drei Jahren).<sup>38</sup> Das Gesamtbild korrespondiert auffällig mit den generellen Vorstellungen von der etwaigen politischen Schuld der beteiligten Ethnien. Wie immer man diese Zahlen im Einzelnen auch deuten mag, so legen sie doch zumindest die Vermutung nahe, dass dem Gruppengesamtbild erhebliche Bedeutung beigemessen wurde – dass gar substanzielle Anstrengungen um ein als legitim erscheinendes Gesamtbild unternommen wurden.

Das zweite Beispiel betrifft wiederum die ICTR-Anklagebehörde. Die Zuständigkeit des Gerichts war in zeitlicher Hinsicht bewusst breit und über den unmittelbaren Genozid hinaus gefasst worden. Damit sollte ermöglicht werden, dass auch Vergeltungsaktionen der RPF verfolgt werden können. Die Festsetzung von Arusha in Tansania als Gerichtssitz hatte zudem den Zweck, Verbrechen beider Konfliktparteien in die Untersuchungen einbeziehen zu können, trotz des Genozids an den Tutsi als Mittelpunkt.<sup>39</sup> Nach Lautwerden der Kritik am ICTR als «Anti-Hutu-Gericht» kam es – noch unter Chefanklägerin Louise Arbour – zur Einleitung erster Untersuchungen von RPF-Verbrechen.<sup>40</sup> Allerdings weitgehend ohne Ergebnisse. Arbours Nachfolgerin Del Ponte intensivierte die Untersuchungen in den Jahren 2000 bis 2002 und legte den Schwerpunkt dabei auf bekannte RPF-Verbrechen in Butare im Süden Ruandas, in Giti Kabgayi. Als Begründung führte sie an, diese Verbrechen seien so weit verbreitet und systematisch begangen worden, dass es sich – entgegen den Behauptungen der Tutsi – nicht um Exzesse Einzelner gehandelt haben könne.<sup>41</sup> Nachdem der ruandische (Tutsi-)Präsident Paul Kagame zunächst Kooperation bei den Untersuchungen angekündigt hatte, rückte er davon bald wieder ab. Er verschärfte die Ausreisebestimmungen für Reisen insbesondere von Zeuginnen

35 Prosecutor v. Tadić (IT-94-1-T), Opinion and Judgement, ICTY Trial Chamber, 7. Mai 1997; Prosecutor v. Erdemović (IT-96-22-A), Judgement, ICTY Appeals Chamber, 7. Oktober 1997.

36 Prosecutor v. Delalić et al. (IT-96-21-T), Judgement, ICTY Trial Chamber, 16. November 1998.

37 Prosecutor v. Furundžija (IT-95-17/1-T), Judgement, ICTY Trial Chamber, 10. Dezember 1998.

38 FORD, *supra* Fn. 11, 68 f.

39 LESLIE HASKELL & LARS WALDORF, «The Impunity Gap of the International Criminal Tribunal for Rwanda: Causes and Consequences», 34 *Hastings International and Comparative Law Review* (2011), 49–86, 55.

40 HASKELL & WALDORF, *supra* n. 39, 55 f.

41 DEL PONTE & SUDETIC, *supra* Fn. 23, 237.

und Zeugen nach Tansania und brachte die Arbeiten des ICTR nahezu zum Stillstand.<sup>42</sup> Im September 2002 setzte Del Ponte die Untersuchungen der RPF-Verbrechen aus.<sup>43</sup> Man hatte sich um ein ausgewogeneres Gesamtbild bemüht, war aber nicht erfolgreich gewesen, kapitulierte vor dem Faktischen.

Beim ICC verdienen die Untersuchungen betreffend die Situation in Kenia im Licht der hier interessierenden Frage besondere Erwähnung. Allerdings nicht, weil hier ebenfalls eine Korrektur mit Blick auf das Gesamtbild in Bezug auf Gruppen erfolgte, sondern weil dies gerade nicht geschah beziehungsweise nicht nötig war. Die Situation in Kenia galt vielmehr rasch als Paradebeispiel von Untersuchungen, in denen geradezu vorbildlich die Verbrechen beider Konfliktparteien verfolgt wurden, und genau dies weckte einen Verdacht.<sup>44</sup> In der Literatur wurde die Vermutung geäußert, die Situation sei wegen der Möglichkeiten der Korrektur des Bilds des ICC als einseitiger Institution ausgewählt worden; Gruppenausgewogenheit sei also nicht Folge unparteiischer Untersuchungen gewesen, sondern die Situation habe sich zur Pflege eines neutralen Gerichtsimages angeboten, und dies sei der zentrale Auswahlgrund gewesen.<sup>45</sup> Die Situation habe der Anklagebehörde erlaubt, sich als unparteilich zu präsentieren. Dies wäre, wenn er denn zutrifft, ein so spektakulärer wie prekärer Befund. Dass er für möglich gehalten wird, dürfte ein Indiz für die Virulenz des beschriebenen Problems sein.

Ein Einzelfall verdient besondere Aufmerksamkeit. Es handelt sich um den Fall Esad Landžo vor dem ICTY. In diesem Fall ist die Verteidigungsstrategie des Angeklagten von besonderem Interesse, sie rückt nämlich die Gruppenzugehörigkeit in den Mittelpunkt, ihre unzulässige Berücksichtigung. Landžo war als bosnischer Wächter im berüchtigten Čelebići-Lager in Zentralbosnien tätig, wo es zu Tötungen, Misshandlungen und sexuellem Missbrauch von Serben durch Kroaten und muslimische Bosnier kam. Landžo war für seine Brutalität allgemein bekannt. Er wurde für Folter und vorsätzliche Tötung zu 15 Jahren Gefängnis verurteilt.<sup>46</sup> Er machte allerdings geltend, er sei bloss angeklagt worden, weil die Anklagebehörde sonst keinen muslimischen Bosnier ohne militärischen Rang oder Befehlsmacht habe finden können, der Idee nach: für das Gesamtbild.<sup>47</sup> Dies sei eine auf politischen Gesichtspunkten basierende Anklagestrategie, bei der Faktoren wie Ethnie und Ge-

42 DEL PONTE & SUDETIC, supra Fn. 23, 248; HASKELL & WALDORF, supra n. 39, 57.

43 HASKELL & WALDORF, supra n. 39, 58.

44 Human Rights Watch, Kenya and the International Criminal Court: Questions and Answers, Januar 2011 (kein genaues Datum), 9, abrufbar unter: <[www.hrw.org/sites/default/files/related\\_material/QA%20-%20Kenya%20and%20the%20ICC%2001.25.11.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/QA%20-%20Kenya%20and%20the%20ICC%2001.25.11.pdf)>.

45 MARK KERSTEN, «The Lesson the ICC Shouldn't Learn in the Wake of Kenyatta», Justice in Conflict, 7. Dezember 2014, abrufbar unter: <<https://justiceinconflict.org/2014/12/07/the-lesson-the-icc-shouldnt-learn-in-the-wake-of-kenyatta/>>.

46 Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, § 1.

47 Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, §§ 596 u. 612.

schlecht die zentralen Rollen spielten.<sup>48</sup> Dass Anklagen gegen andere Personen der gleichen Gruppe eingestellt worden seien, sei der Beweis für den diskriminierenden Zweck der Anklage.<sup>49</sup> Landžo drang mit seinen Argumenten nicht durch. Das Gericht setzte sich mit ihnen jedoch auseinander und erklärte, man könne in diesem Fall nicht von selektiver Strafverfolgung sprechen, denn dafür müsste bewiesen werden, dass Landžo aus unzulässigen Motiven angeklagt worden sei und man ähnlich gelagerte Fälle anders behandelt hätte.<sup>50</sup> Das Gericht wies auf die Notwendigkeit unabhängiger Ermessensausübung durch die Anklagebehörde hin.<sup>51</sup> Landžo hat aber möglicherweise einen heiklen Punkt berührt. Vor dem Hintergrund der offensichtlichen Relevanz von «Gruppenfairness» für die Wahrnehmung des Gerichts sowie der grossen Spielräume bei der Festlegung der Anklagestrategie ist keineswegs auszuschliessen, dass er – obgleich möglicherweise unterhalb der Schwelle rechtlicher Beweisbarkeit – aus Gründen des Binnengruppen-Schuldproporz ausgewählt wurde. Sein Fall könnte ein Fall von «heimlicher» Arbeit am Gesamtbild darstellen.

### III. Ungleichheitsdimension: Relevanz des Konfliktausgangs und Pfadabhängigkeit beim ICC

#### A. Relevanz des Konfliktausgangs: Verschonung der Sieger

Ein zweiter grundlegender Problembereich sind Ungleichbehandlungen von Individuen als Folge der Ungleichbehandlung von Konfliktparteien. Diese haben die Geschichte der internationalen Strafjustiz bis zu einem gewissen Grad geprägt. Der Vorwurf gehört zu den klassischen Kritikpunkten, man denkt unwillkürlich an den Vorwurf der Siegerjustiz.<sup>52</sup> Im Folgenden sollen zwei mögliche Hintergründe von Ungleichbehandlungen von Kollektivitäten unterschieden werden. Ein erster sind die Machtverhältnisse am Ende eines Gewaltkonflikts. Der sri-lankische Diplomat Palitha Kohona hat mit Blick auf dieses Problem einmal pointierend formuliert, es gebe in der Geschichte der Kriegsverbrechen nicht ein einziges Beispiel von Verbrechen der Sieger, die durch die internationale Strafjustiz wirklich abgeurteilt worden

48 Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, § 596.

49 Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, § 612.

50 Das Gericht führte im Einzelnen aus, das Fallrecht, auf das Landžo sich beziehe, sehe eine hohe Schwelle für selektive Strafverfolgung vor. Erforderlich wäre der Nachweis, dass der Angeklagte aus unzulässigen Motiven ausgewählt worden sei («based on impermissible motives, such as race or religion») und dass die Anklagebehörde ähnlich gelagerte Fälle nicht verfolgt habe: Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, §§ 607, 608 und 615.

51 Prosecutor v. Mucić et al. (IT-96-21-A), Appeals Chamber Judgement, 20. Februar 2001, § 603.

52 Zur Problematik von Gruppenselektivität aus grundsätzlicher (T-WAIL-) Perspektive: ASAD KIYANI, «Group-Based Differentiation and Local Repression: The Custom and Curse of Selectivity», 14 *Journal of International Criminal Justice* (2016), 939–957, 948–955.

seien.<sup>53</sup> Die klassischen Beispiele sind die Pioniertribunale nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Zuständigkeit des Nürnberger Tribunals wurde in der London Charter vom 8. August 1945 kategorisch auf die «major war criminals» der Verliererseite – der «European axis» – beschränkt.<sup>54</sup> Das Tribunal von Tokio kopierte diese Entscheidung in das Strafgericht für den Pazifikkrieg hinein.<sup>55</sup> Ausgeschlossen war damit eine Aburteilung alliierter Kriegsverbrechen, insbesondere die Bombardierungen Dresdens und Hamburgs, aber auch die amerikanischen Atombombenabwürfe über Hiroshima und Nagasaki waren von der Zuständigkeit ausgenommen.<sup>56</sup> Merkmal beider Tribunale war damit eine klare «Verlierer-Sieger-Beziehung»:<sup>57</sup> Die Sieger klagten an und richteten, die Verlierer saßen auf der Anklagebank. Ob jemand als Angeklagter und damit Krimineller infrage kam oder nicht, hing von der Kollektivzugehörigkeit ab. Diese rechtsstaatliche Schlagseite war allerdings, könnte man relativierend einwenden, von einer derart entwaffnenden Offenheit, dass sie die Tribunale möglicherweise letztlich weniger belastete, als auf den ersten Blick zu erwarten gewesen wäre. Die Verantwortung für rechtsstaatliche Fairness lastete damit ausschliesslich und von Beginn weg auf den Personen, die als Richter und Ankläger fungierten. Ausgewogenheit auf der Anklagebank war unerreichbar. Für das Nürnberger Tribunal waren vor allem der britische Vorsitzende Geoffrey Lawrence mit seinem ausgeprägten Sinn für Fairness sowie der amerikanische Chefankläger Robert Jackson mit seinem Verständnis für die historische Stunde personelle Glücksfälle. Ihre Ausstrahlung vermochte den Gruppen-«bias» wohl zu einem Teil zu kompensieren. Die Personalentscheide beim Tokioter Tribunal dagegen waren weniger vorteilhaft, und das Gericht galt immer als prekärer, als der problematischere der Zwillinge im Schatten von Nürnberg. Die hohe Autorität des Nürnberger Tribunals dürfte in der Langzeitperspektive wesentlich auf die Verbindung von Pioniercharakter und Fairness zurückzuführen sein. Ohne sie hätten die Verfahren leicht zur Farce werden können.

53 WOLFGANG KALECK, *Double Standards: International Criminal Law and the West*, Berlin 2015, 1 (Verweis auf ein Interview mit Palitha Kohona im Daily Mirror, 20. August 2009).

54 Es wurde rasch klar, dass man sich auf deutsche Angeklagte beschränken würde: LUIGI PROSPERI, «The Missed Italian Nuremberg: The History of an Internationally-sponsored Amnesty», 25. November 2016, abrufbar unter: SSRN: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2887267](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887267)>.

55 Siehe Art. 5 der Charter of the International Military Tribunal for the Far East: «[...] to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offenses which include Crimes against Peace [...]».

56 JOHANNES FUCHS & FLAVIA LATTANZI, «International Military Tribunals» (last updated April 2011), in: A. Peters & R. Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedias of International Law*, New York 2007, Rn. 50; YVES BEIGBEDER, *Judging War Criminals: The Politics of International Justice*, London/New York 1999, 46.

57 GERRY J. SIMPSON, «Didactic and Dissident Histories in War Crimes Trials», 60 *Albany Law Review* (1997), 801–839, 807.

Beide Tribunale hegten auch die Ambition der Abbildung relevanter Binnen-  
gruppen der Verliererseite auf der Anklagebank. Sie bemühten sich, die Repräsen-  
tanten der gesellschaftlichen Gruppen anzuklagen, die den verbrecherischen Staat  
trugen. Beiden Gerichten gelang dies einigermaßen. Im Nürnberger Hauptkriegs-  
verbrecherprozess sassen von den vier erwähnten Gruppen – der politischen und mi-  
litärischen Führung, der Partei- und der Wirtschaftsspitze – jeweils bedeutende Ver-  
treter auf der Anklagebank, und die Nachfolgeprozesse, reine Besatzungsprozesse  
der Amerikaner allerdings, folgten ebenfalls dieser Logik einer Untergliederung  
nach relevanten Binnengruppen.<sup>58</sup> Drei der zwölf Nachfolgeprozesse etwa befassten  
sich mit Industriellen, von denen der «IG-Farben-Prozess» weitem Bekanntheit  
erlangte.<sup>59</sup> In den Industriellenprozessen ging es um Versklavungen und Plünde-  
rungen in besetzten Gebieten, die einen substanziellen Teil der Wirtschaftsleistung  
Deutschlands ausgemacht hatte. Bei den Tokioter Prozessen wurde für die Binnen-  
gruppen ebenfalls eigene Angeklagtengruppen gebildet. Bei den Voruntersuchungen  
existierten – neben den Angeklagten der nicht näher spezifizierten Gruppen A bis  
C – unter anderem die Gruppen der Finanzindustrie (Gruppe D), der aggressiven  
und ultranationalistischen Organisationen (Gruppe E), der Militärs (Gruppe F)  
und der «bürokratischen Clique» (Gruppe G).<sup>60</sup> Mitarbeitende des Tribunals wur-  
den auf die verschiedenen Gruppen aufgeteilt und angewiesen, diese mit Blick auf  
mögliche Anklagen zu durchleuchten.<sup>61</sup> Die Vorstrukturierung erfolgte nicht nach  
dem Schweregrad der Verbrechen oder nach den Orten, an denen sie verübt worden  
waren, vielmehr wurde nach relevanten Binnengruppen unterschieden. Man arbei-  
tete mit Hilfe von Kategorien, mit denen die Historiografie oft geschichtliche Ereig-  
nisse beschreibt, was den Zusammenhang zwischen den einzelnen Verbrechen und  
den Makrovorgängen unterstreicht. Die Fokussierung beider Pioniertribunale auf  
Eliten dürfte ihrem Ansehen sehr zugute gekommen sein. Es kam zu keiner Verzett-  
lung der Kräfte, anders als bei späteren Gerichten. Eine bedeutende Inkonsequenz  
war allerdings, dass in Tokio auf eine Anklage Kaiser Hirohitos verzichtet wurde,  
aus Sorge um die Stabilität Japans.

Mit den *ad hoc*-Tribunalen der 1990er-Jahre wurde der formale Gruppen-«bias»  
der Pioniergerichte überwunden. Die Zuständigkeiten von ICTY und ICTR waren

58 Für eine Übersicht über die zwölf Nachfolgeprozesse, die alle in der amerikanischen Besatzungszone stattfanden: ANNETTE WEINKE, Die Nürnberger Prozesse, München 2006, 59–96 (Die zwölf Nachfolgeprozesse gegen Eliten des «Dritten Reiches»).

59 Bei der Verurteilung von Karl Rasche, Vorstandsmitglied der Dresdner Bank, blieb unklar, wie weit die Anklage ihm als Person und nicht ihm als Repräsentanten der u.a. in Arisierung verwickelten Banken gegolten hatte: RALF AHRENS, «Der Exempelkandidat», 52 Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte (2004), 637–670, 646, 652.

60 AWAYA KENTARŌ, «Selecting Defendants at The Tokyo Trial», in: Y. Tanaka, T. McCormack & G. Simpson (Hg.), Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Leiden/Boston 2010, 57–62, 58.

61 KENTARŌ, supra Fn. 60, 58.



in personeller Hinsicht breit gefasst. Zwischen Angehörigen verschiedener Konfliktparteien wurde nicht mehr unterschieden. Die Kritik an Nürnberg und Tokio hatte Spuren hinterlassen. Es sollten vielmehr, wie vage formuliert wurde, «Personen» verfolgt werden, die für «schwere Verstösse» gegen das humanitäre Völkerrecht im ehemaligen Jugoslawien bzw. in Ruanda und in seinen Nachbarstaaten verantwortlich waren.<sup>62</sup> Der Verzicht auf einen expliziten Schwerpunkt räumte den Gerichten grosse Spielräume bei der Festlegung der Anklagestrategie ein. Es war im Prinzip der Anklagebehörde überlassen, ob sie sich zu den höheren Chargen «hocharbeiten» oder direkt beim Kopf beginnen wollte. Es kam zu Fehlentscheiden bei der Anklagestrategie, man «began» insbesondere beim ICTY mit den Untersuchungen zu weit weg von zentralen Figuren und Drahtziehern. Zu viele Ressourcen wurden für die Verfolgung von mittleren und unteren Chargen eingesetzt, was Kritik nach sich zog. Ein Jahrzehnt nach der Schaffung der Tribunale verlangte der UNO-Sicherheitsrat denn auch stärkere Konzentration auf die Eliten – auf «the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes».<sup>63</sup> Auch nach dieser Korrektur im Jahre 2004 war allerdings unklar, was mit dem neuen Mandat im Einzelnen gemeint war. Die parallele und konkurrierende Zuständigkeit nationaler Gerichte erschwerte zudem das Zusammenwirken von internationaler und nationaler Ebene.

Beim ICTY bestimmten die militärischen Dominanzverhältnisse die Stossrichtung der Untersuchungen erheblich mit. Mindestens drei Teilproblematiken können hier unterschieden werden. Vom «bias» zugunsten der Kroaten in der frühen Phase des Gerichts ist bereits kurz die Rede gewesen. Die USA hatten die Kroaten vor und während des Kriegs mit Serbien aufgerüstet und verstanden sich als Protektor des Landes. Eine zweite Teilproblematik war der Entscheid der Anklagebehörde im Jahr 2000, allfällige Verbrechen der NATO bei den Bombardierungen während des Kosovokriegs 1999 kategorisch nicht zu verfolgen.<sup>64</sup> Die USA waren der zentrale Sponsor des Gerichts, und die NATO spielte bei der Sammlung von Beweisen eine unverzichtbare Rolle. Mögliche Verbrechen im Zusammenhang mit NATO-Bom-

62 Article 1 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: «[...] to prosecute *persons responsible for serious violations of international humanitarian law* committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 [...]» (Kursivsetzung OD); Article 1 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda: «[...] to prosecute *persons responsible for serious violations of international humanitarian law* committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994 [...]» (Kursivsetzung OD)».

63 S/RES/1534 (2004), N 5.

64 Press Release: Prosecutor's Report on the Nato Bombing Campaign, 13. Juni 2000, abrufbar unter: <[www.icty.org/en/press/prosecutors-report-nato-bombing-campaign](http://www.icty.org/en/press/prosecutors-report-nato-bombing-campaign)>. Ein Untersuchungsbericht war zuvor zum Schluss gekommen, dass keine Grundlage für die Einleitung von Untersuchungen bestehe; es sei unwahrscheinlich, dass Untersuchungen gegen hohe Funktionsträger oder einzelne sonstige Täter Resultate zeitigen würden: Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, Nr. 90 (undatiert).

bardements, etwa der Stadt Niš, wurden von den Ermittlungen vollständig ausgelammert.<sup>65</sup> Vergleichbare Attacken Serbiens dagegen, etwa mit Cluster-Bomben, führten zu Verurteilungen, wie im Fall des Serben Milan Martić. Dieser wurde unter anderem für die Anordnung des Raketenangriffs auf Zagreb verantwortlich gemacht und mit 35 Jahren Gefängnis bestraft.<sup>66</sup> Ein Pressesprecher der NATO, Jamie Shea, bekannte einmal in fast naiver Offenherzigkeit, dass die Gelder der NATO-Mitgliedstaaten das Tribunal erst möglich machten und Untersuchungen deshalb nur geführt würden, wenn die NATO dies auch erlaube.<sup>67</sup> Da es um die Bestrafung von Kriegsverbrechen gehe, würden angesichts der Fakten nur Menschen mit jugoslawischer Nationalität angeklagt. Eine Folge der militärischen Dominanzverhältnisse war schliesslich auch die lange anhaltende Zurückhaltung gegenüber albanischen Kosovaren. Die USA standen auf der Seite der Kosovaren und hatten am Entschluss zur Intervention 1999 entscheidenden Anteil. Das Gericht fiel mit Blick auf mögliche kosovarisch-albanische Täter durch eine irritierende Zögerlichkeit auf. Die USA machten zeitweilig kein Hehl daraus, dass sie das Tribunal – auch – als Instrument zur Verfolgung jener Personen betrachteten, die sie selbst verfolgt sehen wollten.<sup>68</sup>

Beim ICTR war das Gesamtbild auch bei dieser Thematik vergleichbar. Der Konfliktausgang war ein wichtiger Faktor für den unterschiedlichen Umgang mit Tätern unterschiedlicher ethnischer Zugehörigkeit. Aus dem Bürgerkrieg von 1994 war die Tutsi-Partei RPF als Siegerin hervorgegangen, die nun die Regierung stellte. Der erste Chefankläger Richard Goldstone (1994–1996) befasste sich ausschliesslich mit Hutu-Verbrechen. Das Tribunal war seinem Verständnis nach – trotz eines allgemein formulierten Mandats – als Gericht für die Verfolgung des Genozids an den Tutsi geschaffen worden.<sup>69</sup> Nach seiner Amtszeit erklärte er 2003 in einem Interview, er habe keinerlei Beweise für massive Verbrechen der RPF gehabt.<sup>70</sup> Als die Kritik am Tribunal als «Anti-Hutu-Tribunal» zunehmend laut wurde,<sup>71</sup> prangerte vor allem Human Rights Watch die enorme Abhängigkeit des Gerichts von der Kooperation des ruandischen Staates an.<sup>72</sup> Die schwersten Verbrechen waren zwar von Hutu be-

65 ROBERT M. HAYDEN, «Biased Justice: Humanrightsism and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», 47 *Cleveland State Law Review* (1999), 549–573, 552 f.

66 *Prosecutor v. Milan Martić (IT-95-11-A)*, Appeals Chamber Judgement, 8. Oktober 2008, § 355.

67 Press Conference, given by NATO Spokesman Jamie Shea and SHAPE Spokesman Major General Walter Jertz, 16. Mai 1999, abrufbar unter: <[www.nato.int/kosovo/press/p990516b.htm](http://www.nato.int/kosovo/press/p990516b.htm)>.

68 HAYDEN, *supra* Fn. 65, 551.

69 VICTOR PESKIN, «Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda», 4 *Journal on Human Rights* (2005), 213–231, 222.

70 PESKIN, *supra* Fn. 69, 222.

71 MAYEUL HIÉRAMENTE & PATRICIA SCHNEIDER, «Die Kleinen hängt man, die Grossen lässt man laufen», 25 *Sicherheit und Frieden* (2007), 65–70, 69.

72 Human Rights Watch wandte sich 2002 mit einem Brief an die Anklagebehörde des ICTR, nachdem die ruandische Regierung auf die Ankündigung Carla del Pontes, fortan auch RPF-Verbrechen zu verfolgen, jegliche weitere Kooperation verweigerte: Human Rights Watch, Letter to the Prosecutor of the Inter-

gangen worden, und aus Ressourcengründen konnte nur ein Teil der Verantwortlichen verfolgt werden.<sup>73</sup> Dennoch war längst klar, dass sich auch die RPF schwerster Verbrechen schuldig gemacht hatte. So hatten die ersten Untersuchungen gegen Angehörige der RPF für Beobachter Züge eines Ausgleichs, doch zu Verurteilungen von Tutsi kam es nicht. Die RPF-Regierung schaffte es, Untersuchungen gegen RPF-Angehörige wirkungsvoll zu behindern und letztlich zu verunmöglichen. Carla del Ponte schrieb später, sie sei entschlossen gewesen, die Untersuchungen zu führen; Präsident Kagame habe in einem Gespräch mit ihr 2002 aber massiven Druck ausgeübt, nicht gegen die Tutsi-Miliz zu ermitteln.<sup>74</sup> Anderenfalls entstünde der falsche Eindruck, habe er geltend gemacht, es habe zwei Genozide gegeben. Auch bei der Aufarbeitung durch die nationale Justiz zeigte die Tutsi-Regierung keine Bereitschaft, Feststellungen einer Schuld von RPF-Angehörigen zuzulassen. Lokale Gacaca-Gerichte – örtlich-traditionelle ruandische Gerichte – wurden nicht zur Verhandlung von RPF-Verbrechen eingesetzt.<sup>75</sup> Der ICTR kapitulierte vor der Kooperationsverweigerung der Tutsi-Regierung und erfüllte sein Mandat nur teilweise.<sup>76</sup> Human Rights Watch bezeichnete den Unwillen zur Verfolgung von Tutsi-Verbrechen als das grösste Versagen des ICTR.<sup>77</sup> Gesamthaft ist festzuhalten: Sowohl beim ICTY wie auch beim ICTR schuf der Konfliktausgang für die Angehörigen der verschiedenen Gruppen sehr unterschiedliche Wahrscheinlichkeiten, auf der Anklagebank zu landen und verurteilt zu werden.

## B. «Pfadabhängigkeit» beim ICC: Rolle der im Staat dominierenden Gruppe

Ein spezifischerer Hintergrund von Ungleichbehandlungen Angehöriger unterschiedlicher Kollektive kann beim ICC festgestellt werden. Es geht hier um das Problem, dass die Art und Weise, wie Untersuchungen ausgelöst werden, eine gewisse Rolle bei der Festlegung der Stossrichtung der Untersuchungen spielen dürfte. Vorweg ist relevant: Der ICC kennt drei «trigger»-Mechanismen für Untersuchungen – sogenannte Selbstvorlagen durch Staaten, Vorlagen durch den UNO-Sicherheitsrat und *proprio motu*-Untersuchungen, bei denen die Anklagebehörde selbst die

national Criminal Tribunal for Rwanda regarding the Prosecution of RPF Crimes, abrufbar unter: <[www.hrw.org/news/2009/05/26/letter-prosecutor-international-criminal-tribunal-Rwanda-regarding-prosecution-rpf](http://www.hrw.org/news/2009/05/26/letter-prosecutor-international-criminal-tribunal-Rwanda-regarding-prosecution-rpf)>.

73 PESKIN, *supra* Fn. 69, 222.

74 DEL PONTE & SUDETIC, *supra* Fn. 23, 295, 300.

75 SEBASTIAN SILVA-LEANDER, «On the Danger and Necessity of Democratisation: Trade-Offs between Short-Term Stability and Long-Term Peace in Post-Genocide Rwanda», 29 *Third World Quarterly* (2008), 1601–1620, 1612.

76 SILVA-LEANDER, *supra* Fn. 75, 1612.

77 Human Rights Watch, Rwanda: International Tribunal Closing its Doors, 23. Dezember 2015, abrufbar unter: <[www.hrw.org/news/2015/12/23/Rwanda-international-tribunal-closing-its-doors](http://www.hrw.org/news/2015/12/23/Rwanda-international-tribunal-closing-its-doors)>.

Untersuchungen auslöst. Bei einem dieser Mechanismen dürfte – oder vorsichtiger: könnte möglicherweise – ein gewisser Gruppen-«bias» bestehen. Man könnte allenfalls von einer gewissen «Pfadabhängigkeit» der Stossrichtung der Anklagestrategie sprechen.

Im Vordergrund steht der «trigger»-Mechanismus der Selbstvorlage einer Situation durch einen Staat. Ein Staat kann den ICC bitten, Untersuchungen betreffend eine Situation auf seinem Territorium einzuleiten. Der Staat bittet hier um Hilfe bei der strafrechtlichen Aufarbeitung, was verschiedene Gründe haben kann. Im vorliegenden Zusammenhang ist wichtig: Bei den auf diesem Weg ausgelösten Untersuchungen konzentrierte sich der ICC bisher fast ausschliesslich auf die Verbrechen der Gegner der vorlegenden Behörden. Bisher kam es zu acht Selbstvorlagen,<sup>78</sup> und keine führte zu einer Anklage oder gar einer Verurteilung eines Angehörigen des Regierungslagers, was ein bemerkenswerter Befund ist.<sup>79</sup> Als illustrativ gelten die Situationen betreffend Uganda und die Demokratische Republik Kongo (DRC). Im Fall von Uganda gab es Untersuchungen und Haftbefehle gegen fünf Mitglieder der Rebellengruppe LRA, während Angehörige des ugandischen Militärs (UPDF) verschont blieben.<sup>80</sup> Als Begründung verwies die Anklagebehörde auf die «dramatically higher gravity» der LRA-Verbrechen.<sup>81</sup> Bei der Situation betreffend die DRC, bei der Verbrechen im Zusammenhang mit den Wahlen 2003 im Mittelpunkt standen, wurde ebenfalls konsequent nur gegen Regierungsgegner untersucht.<sup>82</sup> Um die Untersuchungen erfolgreich durchführen zu können, war die Anklage auf die Kooperation der Regierung angewiesen, und sie setzte die Prioritäten entsprechend. In der

78 Stichtag 30. Juni 2023: ICC, Situation in Uganda, ICC-02/04, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/uganda](http://www.icc-cpi.int/uganda)>; ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/drc](http://www.icc-cpi.int/drc)>; ICC, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/car](http://www.icc-cpi.int/car)>; ICC, Situation in the Republic of Mali, ICC-01/12, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/mali](http://www.icc-cpi.int/mali)>; ICC, Situation in the Central African Republic II, ICC-01/14, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/carII](http://www.icc-cpi.int/carII)>; ICC, Preliminary examination in Gabon (closed – Decision not to proceed), ICC-01/16, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/gabon](http://www.icc-cpi.int/gabon)>; ICC, Preliminary examination in Plurinational State of Bolivia (closed – Decision not to proceed), ICC-02/20, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/bolivia](http://www.icc-cpi.int/bolivia)>; ICC, Preliminary examination Venezuela II (ongoing).

79 Für Situationen bis 2012: MARK KERSTEN, *Justice in Conflict: The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*, Oxford 2016, 165. Für später vorgelegte Situationen: Informationen ermittelt über die Website des ICC, insb.: <[www.icc-cpi.int/situations-under-investigations](http://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations)>.

80 Press Release: ICC: President of Uganda Refers Situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC, 29. Januar 2004, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/news/icc-president-uganda-refers-situation-concerning-lords-resistance-army-lra-icc](http://www.icc-cpi.int/news/icc-president-uganda-refers-situation-concerning-lords-resistance-army-lra-icc)>.

81 ICC, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Informal Meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs New York, 24. Oktober 2005, 7.

82 MICHÈLE LABORDE-BARBANÈGRE & ROXANE CASSEHGARI, «Reflections on ICC Jurisprudence regarding the Democratic Republic of Congo: Drawing Lessons from the Court's First Cases», International Center for Transitional Justice (ICTJ), September 2014, abrufbar unter: <[www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Briefing-DRC-ICCReflections-2014.pdf](http://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Briefing-DRC-ICCReflections-2014.pdf)>, 1.

Literatur ist mit Blick auf solche Konstellationen von einem «self-interested pragmatism» des ICC die Rede.<sup>83</sup> Es spricht einiges dafür, dass Selbstvorlagen dem Regierungslager bestimmte Vorteile bringt. Human Rights Watch kritisierte die Einseitigkeit im Fall Uganda deutlich.<sup>84</sup> (Ein gewisser Sonderfall unter den acht bisherigen Selbstvorlagen dürfte allerdings die Situation betreffend die Zentralafrikanische Republik darstellen, bei der sich nicht das Regierungslager und eine Rebellengruppe gegenüber standen.<sup>85</sup>)

Bei Vorlagen durch den UNO-Sicherheitsrat könnte allenfalls eine gegenteilige Stossrichtung erwartet werden. Solche Situationen werden gegen den Willen der betreffenden Regierung unterbreitet. Die Vorzeichen sind damit – verglichen mit Selbstvorlagen – invers. Die beiden bisherigen Vorlagen durch den Sicherheitsrat betreffend die Situationen im Sudan (2005) und in Libyen (2011) richteten sich denn auch gegen autokratische und verbrecherische Regime, die schwere Verbrechen begangen hatten und eine Unterwerfung unter die ICC-Jurisdiktion ablehnten. Bei der Situation betreffend Libyen wurden ausschliesslich Verbrechen der Regierungsseite untersucht. Es wurden fünf Haftbefehle erlassen, wobei mittlerweile nur noch die Anklage gegen den Sohn Muammar Gaddafis, Saif Al-Islam Gaddafi, hängig ist.<sup>86</sup> In einem Fall wurde die Anklage für unzulässig erklärt, die übrigen Personen starben.<sup>87</sup> Bei der Situation betreffend den Sudan ist die Stossrichtung weniger eindeutig. Regierungsseitig wurden vier Personen angeklagt,<sup>88</sup> aufseiten der Rebellengruppen

83 PHIL CLARK, «Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in the Democratic Republic of Congo and Uganda», in: N. Waddell & P. Clark (Hg.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, London 2008, 37–45, 44.

84 Human Rights Watch wies darauf hin, dass auch Angehörige der UPDF Verbrechen begangen hatten, die nicht verfolgt würden: Human Rights Watch, *ICC Takes Decisive Step for Justice in Uganda*, 14. Oktober 2005, abrufbar unter: <[www.hrw.org/news/2005/10/14/icc-takes-decisive-step-justice-uganda](http://www.hrw.org/news/2005/10/14/icc-takes-decisive-step-justice-uganda)>.

85 Im Kern geht es um Verbrechen zweier Nichtregierungsparteien, was fehlende Untersuchungen gegen die Regierungsseite plausibel erklärt, ohne dass daraus ein Vorwurf ableitbar wäre. Untersucht werden Verbrechen, die im Bürgerkrieg ab 2012 begangen wurden, in dem sich in erster Linie die christlichen Anti-Balaka-Milizen und muslimische Séléka gegenüberstanden. Beide Parteien sind nicht Regierungsparteien, haben aber unterschiedlich enge Verbindungen zur Regierung. Die positive Beurteilung der Aufarbeitung durch den ICC hängt vor allem damit zusammen, dass Verbrechen beider Konfliktparteien untersucht werden.

86 *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11, Appeals Chamber Decision, 9. März 2020.

87 Unzulässigkeit im Fall Abdullah Al-Senussi: *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-567, Decision, 7. August 2014 (auf der ICC-Website abrufbar unter Datum 8. August 2014); Einstellung wegen Tod: *Prosecutor v. Al-Tuhamy Mohamed Khaled*, ICC-01/11-01/13-37, Decision, 2. August 2022; *Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, ICC-01/11-01/17, Decision, 15. Juni 2022.

88 *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* («Ahmad Harun») and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* («Ali Kushayb»), ICC-02/05-01/07-2, Warrant of Arrest, 28. April 2007; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-94, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, 12. Juli 2010; *Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, ICC-02/05-01/12-2, Warrant of Arrest, 1. März 2012; *Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* («Ali Kushayb»), Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/20-325, 27. April 2007.

drei.<sup>89</sup> Die in der Literatur anzutreffende Aussage, bei Vorlagen durch den Sicherheitsrat würden fast ausschliesslich Angehörige der Regierungsseite angeklagt, ist in dieser Eindeutigkeit wohl kaum haltbar.<sup>90</sup> Ebenfalls nicht eindeutig ist das Bild bei *proprio motu*-Untersuchungen. Bei sechs von bisher neun Untersuchungen wurde zwar nur das Verhalten einer Seite untersucht (Elfenbeinküste, Georgien, Guinea, Burundi, Philippinen und Myanmar/Bangladesch<sup>91</sup>), und bei fünf von ihnen konzentrierte sich die Anklagebehörde auf Verbrechen der Regierungsseite. Bei einer – Georgien – kam es jedoch nur zu Anklagen von Angehörigen der Gegenseite, d.h. von prorussischen Südosseten und Russen. Bei den übrigen *proprio motu*-Untersuchungen befasste sich die Anklagebehörde mit Verbrechen beider Konfliktseiten (Kenia, Palästina und Nigeria).<sup>92</sup> Das Bild ist hier gemischt.

Der Schluss auf einen Zusammenhang zwischen Pfad und Stossrichtung scheint somit zumindest beim Mechanismus der Selbstvorlage durchaus plausibel. Eine mögliche Erklärung ist die institutionelle Schwäche des ICC. Ohne Mithilfe von Staaten sind weder Beweissicherungen noch Verhaftungen möglich. Dies verlangt Schwerpunktsetzungen, was wiederum Konzessionen bei der Gleichbehandlung erfordern kann, wenn die Untersuchungen zu einem Ergebnis führen sollen. Der ICC anerkennt dieses Problem gar verklausuliert.<sup>93</sup> Selbstvorlagen sind für den ICC jedenfalls der mit Abstand attraktivste «trigger»-Mechanismus: Ein Akteur mit Zugriff auf Beweise und Wissen über den Kontext der Verbrechen, ein Staat, bietet seine Kooperation an, was Perspektiven auf erfolgreiche Untersuchungen und Reputationsgewinn eröffnet. Bei den anderen beiden «trigger»-Mechanismen fehlt diese Perspektive typischerweise. Untersuchungen gegen die Regierungsseite sind ein Dauerproblem. Spektakulär gescheitert sind etwa jene in Kenia. Nicht zu unterschätzen ist zudem, dass der ICC spätestens mit der Eröffnung formeller Untersuchungen unter Erfolgsdruck gerät. Er ist in einem fragilen Umfeld tätig und versucht deshalb, seine Spielräume möglichst so zu nutzen, dass greifbare Ergebnisse erzielt werden

89 Anklage nicht bestätigt: Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09-243, Decision on the Confirmation of Charges, 8. Februar 2010; Haftbefehl zurückgewiesen: Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain, ICC-02/05-03/09-632, Appeals Chamber Judgment, 3. März 2015; Fall wegen Tod geschlossen im Fall Saleh Mo-hammed Jerbo Jamus: Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, ICC-02/05-03/09, Decision, 4. Oktober 2013.

90 KERSTEN, supra Fn. 79, 166.

91 Die genannten sechs *proprio motu*-Untersuchungen wurden in folgenden Jahren aufgenommen: 2009 Guinea (Untersuchungen abgeschlossen und nicht weiterverfolgt), 2011 (Elfenbeinküste), 2016 (Georgien und Burundi), 2019 (Myanmar/Bangladesh) und 2021 (Philippinen).

92 Diese drei *proprio motu*-Untersuchungen wurden in den Jahren 2010 (Kenia), 2016 (Palästina) und 2020 (Nigeria) aufgenommen.

93 HANS PETER KAUL, «The International Criminal Court – Current Challenges and Perspectives», Vortrag an der Salzburg Law School on International Criminal Law, 8. August 2011, 8, abrufbar unter: <[www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/289B449A-347D-4360-A854-3B7D0A4B9F06/283740/010911SalzburgLawSchool.pdf](http://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/289B449A-347D-4360-A854-3B7D0A4B9F06/283740/010911SalzburgLawSchool.pdf)>.

können.<sup>94</sup> Aufwand und Ertrag müssen zusammenstimmen, Anklagen gegen das Regierungslager bergen ein höheres Risiko des Scheiterns.

Aus der hier interessierenden grundsätzlichen Perspektive kann festgehalten werden: «Pfadabhängige» Ungleichbehandlungen von Angehörigen unterschiedlicher Konfliktgruppen stehen in offenem Spannungsverhältnis zur Ambition eines Gerichts, «rule of law»-Institution zu sein, und dennoch gibt es verdichtete Anzeichen für solche Ungleichbehandlungen beim ICC. Verlautbarungen von Anklagebehörden, nur die Schwere der Verbrechen sei für ihre Entscheide massgebend, kontrastieren auch bei dieser Teilthematik teilweise mit der Wirklichkeit. Der frühere stellvertretende Chefankläger des ICC sagte einmal in einem Moment bemerkenswerter Offenheit, man könne nicht alle Ziele gleichzeitig erreichen, manchmal müsse man zwischen Handeln und Paralyse wählen, zwischen Pragmatismus und Idealen.<sup>95</sup>

#### IV. Schluss: Der Elefant im Raum

Dieser Beitrag hat die aus rechtsstaatlicher Sicht problematischen Aspekte des Umgangs mit Gruppenzugehörigkeiten durch ICTs beleuchtet. Es wurde zwischen einer *bona fides*-Dimension und einer Dimension der Ungleichbehandlung von Angehörigen unterschiedlicher Kollektive unterschieden. Bei der *bona fides*-Thematik wurden zwischen den Aspekten des Bestreitens jeder Relevanz von Gruppenzugehörigkeiten – wider besseres Wissen – und ihrer tatsächlichen Berücksichtigung «wider das Erklärte» differenziert. Bei der Thematik der Ungleichbehandlungen wurden die Aspekte der Relevanz des Ausgangs von Gewaltkonflikten für die Behandlung der Konfliktgruppen und – beim ICC – des Einflusses des «trigger»-Mechanismus auf den Umgang mit ihnen unterschieden. Der Befund lautete, dass die Gruppenzugehörigkeit im realen Funktionieren der Gerichte eine erhebliche und fast vollständig uneingestandene Rolle spielt. Das energische Bestreiten jeder Relevanz erzeugt zudem ein gewisses Gefühl der Doppelbödigkeit. Die Funktionsweise von ICTs unterscheidet sich auch aus den hier dargelegten Gründen stärker von jener innerstaatlicher Strafgerichte in entwickelten Rechtsstaaten, als es bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein haben könnte. ICTs können die Thematik nicht vollständig ignorieren. Für ein vertieftes Verständnis der Kritik an internationalen Straftribunalen scheint es unabdingbar, sich die Facetten der hier als «Repräsentationsthematik» beschriebenen Problematik bewusst zu machen.

94 Zur «impact»-Maximierung als Element der Anklagestrategie: KAI AMBOS & IGNAZ STEGMILLER, «Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court: Is There a Coherent and Comprehensive Prosecution Strategy?», 59 *Crime, Law and Social Change* (2013), 415–437, 433 f.

95 ICC Deputy Prosecutor James Stewart, zit. nach. MARK KERSTEN, «In the ICC's Interest: Between «Pragmatism» and «Idealism»», 16. Juli 2013, ohne Seitenangabe, abrufbar unter: <<https://justiceinconflict.org/2013/07/16/in-the-iccs-interest-between-pragmatism-and-idealism/>> (keine Seitenzahlen).

Man kann bildlich wohl von einem Elefanten im Raum sprechen. Man darf über ihn nicht sprechen, ignorieren kann man ihn aber auch nicht. Er beansprucht real zu viel Platz. Internationale Strafgerichte können die Relevanz von Gruppenzugehörigkeiten nicht eingestehen, sie können es sich aber auch nicht leisten, sich nur rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtet zu fühlen – zumindest nicht ohne Folgen für die Wahrnehmung von ICTs als legitime Institutionen. In der Literatur ist die Formulierung vom «offenen Geheimnis» verwendet worden.<sup>96</sup> Jedes internationale Strafgericht befindet sich in einem Dilemma, dessen Bedeutung wohl schwer zu überschätzen ist: Je ausgeprägter es Gruppenzugehörigkeit im Interesse des Gesamtbildes berücksichtigt, umso grösser ist das *bona fides*-Problem; je konsequenter es sie aber ignoriert, umso grösser ist die Wahrscheinlichkeit eines wegen Einseitigkeit als illegitim erscheinenden Gesamtbildes. Als Paradox formuliert: Eine blinde Justitia kann für ein Tribunal ebenso eine Gefahr darstellen wie eine Justitia, die ihre Augen für die Thematik der Gruppenzugehörigkeit gelegentlich unauffällig öffnet. Das bedeutet auch: Eine gewisse «Politisierung» der internationalen Strafgerichtsbarkeit im hier beschriebenen Sinne ist keine überwindbare Kinderkrankheit, wie teil- und fälschlicherweise angenommen wird.<sup>97</sup> Sie ist ein Wesenszug. Das in diesem Beitrag thematisierte Problem ist nicht lösbar, es ist höchstens partiell entschärfbar – durch ein entwickeltes Bewusstsein für die Spezifika internationaler Strafjustiz.<sup>98</sup>

96 LUC CÔTÉ, «Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law», 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), 162–186, 176. («[...] it has become an open secret that international Prosecutors, in selecting a potential indictee, may take into account criteria related to their belonging or affiliation with a certain group in order to present in court more balanced cases involving all parties to the conflict [...]».)

97 RONEN STEINKE, «Selektive Strafverfolgung. Über ein wachsendes Problem der internationalen Strafjustiz», 47 *Kritische Justiz* (2014), 207–215, 207.

98 Vgl. Margaret M. deGuzman, die mit Blick auf den ICC den Zusammenhang zwischen nur vage formulierten Zielen und Prioritäten einerseits und dem Eindruck der Politisiertheit andererseits hervorhebt: MARGARET M. DEGUZMAN, «Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court», 33 *Michigan Journal of International Law* (2012), 265–320, insb. 267–270.