

Konfliktselektion in der internationalen Strafjustiz aus rechtsstaatlicher Sicht

OLIVER DIGGELMANN

Prof. Dr. iur., Universität Zürich

I. Ausgangspunkt: Exemplarität und « Rule of Law »?

Einer schweizerischen Leserschaft dieses Beitrages – die bei einer Festschrift zu Ehren von Michel Hottelier wohl überwiegt – dürfte der « Fünffachmord von Seewen » ein Begriff sein. Mit seinen für Schweizer Verhältnisse aussergewöhnlichen Dimensionen wird dieses Verbrechen regelmässig als ein « ungeklärtes Verbrechen » in Erinnerung gerufen. Hier interessiert der Begriff des ungeklärten Verbrechens. An ihm wird ein wichtiger Unterschied zwischen internationaler und staatlicher Strafjustiz sichtbar; Sinn ergibt er nur, wenn ein Normalfall der Klärung zumindest der schweren Verbrechen vorausgesetzt werden kann. In der Schweiz ist dies etwa bei Tötungsdelikten der Fall. Bei dieser Deliktskategorie lag die Aufklärungsquote im Jahr 2021 bei sehr hohen 97.6 Prozent.¹

Im Kontext internationaler Strafjustiz – gemeint ist die Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen durch internationale Straftribunale – ergibt der Terminus kaum Sinn. Bei Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid und Aggression existiert keine Normalität der Verfolgung und Aburteilung durch solche Tribunale. Es gelangen, im Gegenteil, nur sehr wenige Verbrechen ins Stadium der Untersuchung und noch viel weniger ins Anklage- oder Urteilsstadium. Völkerrechtliche Verbrechen sind fast immer Teil komplexer Grossereignisse. Verfolgt werden kann zwangsläufig nur ein kleiner Teil. Die Ambition der Verfolgung nahezu aller Täter oder auch nur aller wichtigen Täter wäre für jedes internationale Straftribunal von

¹ Bundesamt für Statistik, Polizeiliche Kriminalitätsstatistik. Jahresbericht 2021 der polizeilich registrierten Straftaten, Neuchâtel 2021, S. 9.

vornherein eine Illusion.² Schätzungen zufolge waren in die Balkankriege der 1990er-Jahre gegen 200'000 Personen in der einen oder anderen Weise verstrickt. Das UNO-Kriegsverbrechertribunal für Ex-Jugoslawien fällte zwischen seiner Schaffung 1993 und seiner Abwicklung 2017, während knapp einem Vierteljahrhundert, gerade einmal 113 Urteile. Davon waren 84 Schuld- und 19 Freisprüche.

Noch weniger Sinn ergibt die Begriffsverwendung, wenn der Blick auch auf jene Taten gerichtet wird, bei denen erst gar nicht ein Ankläger eines internationalen Straftribunals zur Anklageerhebung autorisiert war. Dies ist eine Besonderheit der internationalen Strafjustiz: Im « Normalfall » fehlt ein zuständiger Ankläger. Sie steht im Mittelpunkt dieses Beitrages, d.h. der Umstand, dass der Verfolgung des einzelnen Verbrechens ein genereller Entscheid für die Verfolgbarkeit eines Grosskomplexes vorgelagert ist. So wurde erst mit der Schaffung des Nürnberger Tribunals ein Chefankläger zur Untersuchung und ein Gericht zur Beurteilung der Verbrechen der Hauptverantwortlichen autorisiert. Mit der Errichtung des Jugoslawientribunals (fortan ICTY) erfolgte eine solche Autorisierung mit Blick auf die in den Balkankriegen begangenen Verbrechen. Es braucht, allgemein gesprochen, eine nicht individualisierte Verfolgungsermächtigung für in einem bestimmten Konflikt oder Krieg oder in einer « Situation » - so die Terminologie des Internationalen Strafgerichtshofs (fortan ICC) - begangene Verbrechen. Während bei « normalen » innerstaatlichen Verbrechen faktisch ein Verfolgungsautomatismus besteht, ist bei der internationalen Strafjustiz die Nichtverfolgbarkeit des einzelnen Verbrechens der Grundzustand.

Der Ausnahmecharakter von Selektionen verleiht diesen - auch dem einzelnen Urteil - ihre Besonderheit. Man kann von einer gewissen Exemplarität und vereinzelt gar Singularität, hier als gesteigerte Exemplarität verstanden, sprechen. Beim Pioniergericht in Nürnberg 1945 war Exemplarität ein offen erklärtes Ziel.³ Im Hauptkriegsverbrecherprozess sollten die Eliten des nationalsozialistischen Staates - Staatsführung, Militär-, Partei- und Wirtschaftsspitze - abgeurteilt werden. Es war ein Gericht für die Repräsentanten des deutschen Volkes. Auch das 1994 geschaffene Rwanda-Tribunal (fortan ICTR) wies einen offen exemplarischen Charakter auf. Es

² ASAD KIYANI, Group-Based Differentiation and Local Repression. The Custom and Curse of Selectivity, 14 Journal of International Criminal Justice (2016), S. 939-957, 945.

³ SCHABAS, WILLIAM, Victors Justice. Selecting Situations at the International Criminal Court, 43 J. Marshall Law Review (2010), S. 535-552, 543.

stellte, wie die Erwähnung von « Genozid » in der offiziellen Bezeichnung des Tribunals zum Ausdruck bringt, eine Reaktion auf den Völkermord dar.⁴ Völkermord nimmt in der allgemeinen Wahrnehmung eine Sonderstellung unter den völkerrechtlichen Verbrechen ein. Auch bei Selektionsentscheidungen des ICC spielt der Gedanke der Exemplarität zuweilen eine zentrale Rolle. Der erste vor Gericht gelangende Fall – der Fall Thomas Lubanga – sollte nach dem Verständnis der Anklagebehörde ein Exempel gegen das Rekrutieren von Kindersoldaten statuieren.⁵ Fatou Bensouda, ab 2012 Chefanklägerin des ICC, erklärte 2015 in einem Interview, man sei überzeugt gewesen, der Welt die Ernsthaftigkeit dieses Verbrechens zeigen zu müssen.⁶

Das Selektionserfordernis ergibt sich einerseits aus der Struktur des Völkerrechts, das für die Zuständigkeit internationaler Gerichte eine Kompetenzübertragung oder eine Sicherheitsratsentscheidung gestützt auf Kapitel VII der UNO-Charta verlangt; andererseits setzt die Ressourcenknappheit bei internationalen Strafgerichten der Ausübung solcher Kompetenzen enge Grenzen. Knapp sind die Ressourcen in finanzieller wie politischer Hinsicht, d.h. auch mit Blick auf die Unterstützung durch wichtige Akteure. Internationale Straftribunale müssen das *common good* internationale Strafjustiz unter schwierigen Bedingungen auf wenige Gemeinschaften und Individuen verteilen.⁷ Dem ICC gehören heute zwar 123 Mitgliedstaaten an, womit er – theoretisch – fast eine globale geographische Zuständigkeit besitzt.⁸ Diese theoretische Zuständigkeit kontrastiert jedoch mit einer Realität rarer Selektionsentscheidungen. Budget und Personaletat erfordern hochgradige

⁴ Vollständige Bezeichnung : International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States.

⁵ Prosecutor v. THOMAS LUBANGA DYILO, ICC-01/04-01/06-1486, Urteil 14. März 2012, Berufungsurteil 10. Juli 2014.

⁶ Im Wortlaut : « We concentrated only on this war crime based on our conviction that we have to demonstrate to the world the seriousness of this crime. To let the world know that a whole generation of children is being abducted and destroyed; robbing these children of their right to live, learn and play as children, and in many cases, depriving their countries and their communities of future leaders. (...) through our prosecution in the Lubanga case, we were able to draw the world's attention to that. » We Should at all Costs Prevent the ICC from Being Politicized, Interview with FATOU BENSOU DA, 62 Vereinte Nationen (2015), S. 1–8, 2.

⁷ HAFETZ, JONATHAN, Fairness, Legitimacy and Selection Decisions in International Criminal Law, 50 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2017), S. 1133–1171, 1156.

⁸ SCHABAS, Victors Justice (Anm. 3), S. 542 f.

Selektivität.⁹ Ein substantieller Teil der Kritik am ICC und an anderen internationalen Strafgerichten, seit den Anfängen der internationalen Strafjustiz, hat in der einen oder anderen Form mit dieser Selektivität zu tun. Der « ewige » Vorwurf der Siegerjustiz, der alle Straftribunale begleitet, zielt wesentlich auf diesen Punkt. Bekannt ist er vor allem mit Blick auf Nürnberg. Aber auch die in den späten 2000er-Jahren aufgekommene Kritik am übermäßigen Fokus des ICC auf Afrika gehört in dieses Kapitel. Sie verweist auf die Dominanz derer, die den ICC initiiert haben, und auf die Schwäche der von Selektionsentscheidungen Betroffenen. Dem ersten – sehr umstrittenen – Chefankläger des ICC, Luis Moreno Ocampo, der sich als Menschenrechtsanwalt in Argentinien einen Namen gemacht hatte, wurde vorgeworfen, den ICC als eine « naming and shaming »-Organisation nach dem Vorbild von Amnesty International oder Human Rights Watch zu betreiben.¹⁰ Die Kritik zielte auf das Selbstherrliche und Willkürliche in seinem Agieren. Er habe vor allem die öffentliche Wirkung – nicht zuletzt seine eigene: Er zeigte sich gerne mit Prominenten wie der Schauspielerin Angelina Jolie – und das Symbolische im Auge gehabt, sei mehr an « prominence » als an « evidence » interessiert gewesen und etwa zu Staatschefs gegangen und habe gesagt: « There must be evidence out there. Go get it for me. »¹¹ Ein Rechtsstaatsbewusstsein, das sich an den Standards hochentwickelter Rechtsstaaten orientiert, wird bei solcher Kritik unruhig.

Dieser Beitrag will das rechtsstaatliche Unbehagen besser verstehen und seine Hintergründe beleuchten. Er behandelt die rechtsstaatlich neuralgischen Aspekte der Selektionsentscheidungen. Dabei werden einerseits Gleichheitsprobleme, die mit den Entscheiden zusammenhängen, und andererseits die Thematik der Instrumentalisierung von Gerichten für andere als strafjustizielle Zwecke betrachtet. Das Interesse gilt nicht einem einzelnen Gericht. Der Blick ist auf das internationale Strafgericht als Kollektivsingular gerichtet. Es interessieren strukturelle Besonderheiten internationaler Strafjustiz im Vergleich mit der innerstaatlichen Strafjustiz entwickelter Rechtsstaaten, an der sich unser Rechtsstaatsempfinden orientiert. Die Differenzen zwischen verschiedenen internationalen Straftribunalen sollen nicht unterschlagen werden, die internationale Strafjustiz ist seit Nürnberg

⁹ SMEULERS, ALETTE / WEERDESTIJN, MAARTJE / HOLA, BARBORA, The Selection of Situations by the ICC. An Empirically Based Evaluation of the OTP's Performance, 15 International Criminal Law Review (2015), S. 1–39, 2.

¹⁰ VERINI, JAMES, The Prosecutor and the President, The New York Times Magazine, 22. Juni 2016.

¹¹ VERINI (Anm. 10).

einen weiten Weg gegangen. Das Vorgehen erlaubt aber, die etablierte diachrone Fortschrittserzählung – von Nürnberg über den ICTY zum ICC – zu dekonstruieren. Sie weist die offensichtliche Schwachstelle auf, dass sie mit der Tatsache gewissermassen einer Dauerkrise des ICC kaum zu vereinbaren ist. Dies spricht dafür, den Blick auf die internationale Strafjustiz an sich und den dauerhaften Problembestand zu richten. Die regelmässige Wiederkehr etwa der Kritik der Siegerjustiz legt nahe, dass ein solches Vorgehen Einsichten freilegen könnte, die bei einer diachronen Herangehensweise verborgen bleiben.

II. Gleichheitsproblematik: Sanktionszuweisung und Selektionsmodus

1. Sanktionszuweisung : Täter- und Opferungleichheit

Ein erster Problemkreis sind die Ungleichheiten, die aus Selektionsentscheiden resultieren. Rechtsstaatlichkeit und « Rule of Law », die hier vereinfachend gleichgesetzt werden, konnotieren den Anspruch gleicher Regelanwendung auf Rechtsbetroffene.¹² Ungleichheit ab einer gewissen Intensität hat Folgen für die Wahrnehmung einer Institution, die im Namen des Rechts zu handeln beansprucht. Das gilt insbesondere, wenn es um die Anwendung von Strafrecht geht, das die für die Gesellschaft elementaren Verhaltenserwartungen schützt.¹³ Strafflosigkeit in Verbindung mit massiven Ungleichbehandlungen wirkt unweigerlich zersetzend.¹⁴

Selektionen gehen unvermeidbar mit einer Vielzahl « Nichtselektionen » Hand in Hand. Das Problem der Ungleichheit kann – dies ist zu betonen – auch bei einer überzeugenden Selektionspraxis nur etwas entschärft, aber nie gelöst werden. Das Nebeneinander solcher ungleich behandelte Situationen erzeugt unvermeidbar Täter- und Opferungleichheiten, auch Tätergruppen- und Opfergruppenungleichheiten, die immer in einer Grundspannung zur Rechtsstaatsidee stehen. Die Spannung nimmt mit der Plausibilität der Selektion ab. Schwere der Verbrechen, Intensität des Zivilisationsbruchs, Wert einer Selektion als Exempel und faire Verteilung der Selektionen auf potentiell Betroffene sind offensichtlich Gesichtspunkte, die für die Plausibilität eine Rolle

¹² SHKLAR, JUDITH, *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge/London 1986, S. 108.

¹³ LORCA, ROCÍO, *Impunity Thick and Thin. The International Criminal Court in the Search for Equality*, 35 *Leiden Journal of International Law* (2022) S. 421–431, 425.

¹⁴ LORCA (Anm. 13), S. 424.

spielen. Schaden nimmt die Wahrnehmung einer Institution, wenn die Auswahl als zufällig oder willkürlich erscheint.

Besonders problematisch sind Täter- und Opferungleichheiten, wenn der Kontext weitgehend derselbe ist. Bei örtlicher Nähe und zeitlicher Koinzidenz wirkt die Erwartung gleicher Sanktionszuweisung für gleiches Verhalten besonders stark, die Spielräume für plausible Differenzierungen sind hier kleiner. Wird eine Partei eines Konflikts gar kategorisch von der Selektion ausgenommen, wie die Alliierten beim von ihnen geschaffenen Nürnberger Tribunal, so ergibt sich die aus rechtsstaatlicher Sicht an sich unhaltbare Situation, dass von zwei interagierenden Parteien eine als über dem Recht stehend erscheint.¹⁵ Gruppenzugehörigkeit schützt hier die Angehörigen einer Gruppe kategorisch vor der Täterrolle. Dieses Phänomen des Ausschlusses bestimmter Gruppen ist, was wenig bekannt ist, kein rein historisches. Der UNO-Sicherheitsrat kann, wenn er eine Situation nach Art. 13 lit. b des ICC-Statuts an den ICC überweist, Einschränkungen bei der Zuständigkeit vorsehen. Bei seinen beiden bisherigen Überweisungen betreffend der Situationen im Sudan und in Libyen hat er dies auch getan. Staatsangehörige von Nichtteilnehmerstaaten des ICC sind von dessen Jurisdiktion ausgenommen, wenn sie an Operationen des Sicherheitsrats in diesen Gebieten teilgenommen hatten.¹⁶ Der Vorwurf der Siegerjustiz kann auch auf solche Gruppendifferenz abzielen. Er bleibt nicht ohne Wirkung, die Ungleichheit springt ins Auge.

Ein Unterfall der Gruppenungleichheit liegt vor, wenn Selektionsentscheide markante politische oder kulturelle Dominanzverhältnisse spiegeln. Er bedeutet eine manifeste Gefahr für die Legitimität eines Tribunals. Gerichte tragen in einer solchen Situation dazu bei, faktische Ungleichheiten zu perpetuieren. Angehörige der Dominierten kommen vor Gericht, und ihre Eliten können sich vor internationalen Tribunalen nicht auf völkerrechtliche Immunitäten berufen, während jene der Dominierenden unantastbar bleiben.¹⁷ Zur Gruppenungleichheit kommt hier eine einseitige Herabwürdigung von Repräsentanten, mit denen sich viele identifizieren. Statt Gleichheit vor dem Recht entsteht hier mehr Ungleichheit. Der Verfolgung von Verbrechen von Angehörigen schwacher Staaten wohnt deshalb immer die Gefahr inne, dass sie

¹⁵ LORCA (Anm. 13), S. 425.

¹⁶ HAFETZ (Anm. 7), S. 1143.

¹⁷ NOUWEN, SARAH M. H., Legal Equality on Trial. Sovereigns and Individuals Before the International Criminal Court, in: NIJMAN, JANNE / WERNER, WOUTER G. (Hrsg.), 43 Netherlands Yearbook of International Law (2012), S. 151–181, 156.

die Ungleichheiten in der internationalen Ordnung weiter verstärkt.¹⁸ Umgekehrt symbolisiert die Verfolgung von Angehörigen mächtiger Staaten die Gleichheit vor dem Recht.

Die Selektionsentscheide von Nürnberg und Tokio kennzeichneten sich durch geographische Vagheit und Beschränkung der Jurisdiktion auf eine Kriegspartei. Errichtet wurden sie « for the just and prompt trial and punishment » der wichtigsten Kriegsverbrecher der « European Axis » – wobei man sich auf die Deutschen beschränkte – und « in the Far East ».¹⁹ Eine Hauptangriffsfläche war der Ausschluss Alliierten von der Täterrolle. Die Sowjetunion hatte über diese Zuständigkeitsbeschränkung gar noch hinausgehen wollen. Sie hatte bei der Schaffung der London Charter, mit der das Tribunal errichtet wurde, erfolglos vorgeschlagen, auch die *Geltung* des Straftatbestands der Verbrechen gegen den Frieden auf von den Achsenmächten geführte Kriege zu beschränken.²⁰ Mit anderen Worten: Die Sowjetunion wollte eine Jurisdiktionsbeschränkung in Verbindung mit einem personalisierten Strafrecht. General Iona T. Nikitchenko, der in London verhandelte und dann in Nürnberg als Richter amtierte, gab sich nach anfänglichem Beharren mit der Jurisdiktionsbeschränkung zufrieden.²¹ Natürlich war dies Siegerjustiz. Die Jurisdiktionsbeschränkung bildete exakt die neuen Dominanzverhältnisse ab. Im Fall des Tokio-Tribunals kam ein « racial bias » hinzu. Den Angeklagten wurden deutlich weniger weit gehende Rechte gewährt als in Nürnberg.²² Für eine gewisse Heilung dieser Mängel sorgte aber eine schlagende Exemplarität beider Gerichte: als Pioniergerichte und Antwort auf das Lostreten eines Weltkrieges mit 70 Millionen Toten. Als Pioniergericht bleibt vor allem Nürnberg in Erinnerung – für den Entscheid, die Bewältigung verheerender Angriffskriege *überhaupt* in die Hände internationaler Justiz zu legen. Der Durchbruch war vorläufig, das Gericht aber war singulär.

Mit der Schaffung von ICTY und ICTR wurden die Selektionsentscheide präzise. Die Autorisierung des ICTY erstreckte sich auf die ab 1991 auf dem

¹⁸ NOUWEN (Anm. 17), S. 157.

¹⁹ Charter of the International Military Tribunal, Art. 1 (als Teil des Londoner Viermächte-Abkommens vom 8. August 1945); Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Art. 1 (als Teil der Special Declaration des Alliierten Oberkommandierenden im Fernen Osten vom 9. Januar 1946).

²⁰ HIRSCH, FRANCINE, *Soviet Judgment at Nuremberg. A New History of the International Military Tribunal after World War II*, Oxford 2020, S. 73.

²¹ HIRSCH (Anm. 20), S. 73.

²² SIMPSON, GERRY, *Didactic and Dissident Histories in War Crimes Trials*, 60 *Albany Law Review* (1997), S. 801–840, 813.

Hoheitsgebiet des früheren Jugoslawiens begangenen schweren Kriegsverbrechen und jene des ICTR auf die 1994 auf rwandischem Hoheitsgebiet (und dem Gebiet der Nachbarstaaten) begangenen Genozid sowie andere schwere Verbrechen. Es waren keine Pioniergerichte mehr. Paradigmatische Bedeutung kam ihnen nicht mehr zu. Seit Nürnberg und Tokio waren viele Grossverbrechen und Konflikte ohne Reaktion der Staatengemeinschaft geblieben. Dies gilt nicht zuletzt für von P5-Mächten selbst geführte Kriege mit teilweise vielen zivilen Opfern. Die USA hatten in Vietnam und Kambodscha interveniert, der Vietnamkrieg hatte rund eine halbe Million ziviler Opfer gefordert. China war 1950 in Tibet einmarschiert (es wurde 1971 anstelle Taiwans P5-Macht) und hatte das Land annektiert. Die Sowjetunion hatte militärisch u.a. in Ungarn und der Tschechoslowakei interveniert und Afghanistan teilweise besetzt.²³ Als der Irak 1990 Kuwait überfiel, war für kurze Zeit die Schaffung eines internationalen Straftribunals ein Thema. Margaret Thatcher und George H. W. Bush hatten mit dieser Idee gespielt, als die Gewalttaten des Irak in Kuwait ans Licht kamen.²⁴ 1991 ging eine ähnliche Initiative von Deutschland aus. Sie wurde, als die irakischen Massaker an den Kurden bekannt wurden, u.a. von Frankreich unterstützt.²⁵ Beide Initiativen blieben folgenlos.

Teil der Wahrnehmung des ICTY und späterer Gerichte war immer diese Hintergrund-Ungleichheit – warum *dieser* Konflikt und nicht ein anderer, ebenso blutiger? Bei der Autorisierung des ICTY gab es schliesslich keine Jurisdiktionsbeschränkung auf Angehörige einer Konfliktpartei mehr. Man suchte damit dem Vorwurf der Siegerjustiz vorzubeugen.²⁶ Die Kroaten unterlagen zunächst dennoch dem Missverständnis, es handle sich um ein Gericht zur Aburteilung serbischer Kriegsverbrecher.²⁷ Sie hatten im Zug der Rückeroberung kroatischer Territorien mindestens 150 Serben getötet und 150'000 bis 200'000 Personen in die Flucht getrieben.²⁸ Der Fokus lag zwar auf

²³ RUDOLPH, CHRISTOPHER, *Power and Principle. The Politics of International Criminal Courts*, Ithaca/London 2017, S. 36.

²⁴ CASSESE, ANTONIO, Introduction, in: ICTY (Hrsg.), *The Path to the Hague. Selected Documents on the Origins of the ICTY*, Den Haag 1996, S. 6–13, 7.

²⁵ Vgl. POOS, JACQUES, Lettre au Secrétaire Général des Nations Unies M. Perez de Cuellar, le 16 Avril 1991, in : ICTY (Hrsg.), *The Path to the Hague. Selected Documents on the Origins of the ICTY*, Den Haag 1996, S. 15.

²⁶ PESKIN, VICTOR, *Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 4 *Journal of Human Rights* (2005), S. 213– 231, 213 f.

²⁷ PESKIN, *Victor's Justice* (Anm. 26), S. 215.

²⁸ PESKIN, *Victor's Justice* (Anm. 26), S. 216.

den Taten der Serben, aber eben nicht ausschliesslich, auch Kroaten und Bosnier wurden verurteilt.²⁹ Dennoch gab es eine bedeutende Ausklammerung. Nach dem NATO-Einsatz im Rahmen des Kosovokrieges 1999 stellte sich die Frage von Kriegsverbrechen. Die neue Chefanklägerin Carla del Ponte setzte einen Ausschuss zur Klärung der Zuständigkeit des ICTY ein und erklärt am 2. Juni 2000 den Verzicht auf formelle Ermittlungen.³⁰

Wie weit faktische Abhängigkeiten eine Rolle gespielt haben, ist umstritten. Die NATO stellte den Grossteil der UNO-Sicherungskontingente in Bosnien (SFOR) und im Kosovo (KFOR) zur Verfügung, nahm für den ICTY Verdächtige fest und sicherte Beweise.³¹

Der ICTR war an seiner Oberfläche ebenfalls neutral. Bei der Autorisierung wurde nicht zwischen den Hutu-*génocidaires* und den vom Genozid betroffenen Tutsi unterschieden. Die Realität kam einem Gericht ausschliesslich gegen die Hutu aber sehr nahe. Nach Kritik, nur Hutu zu verfolgen, kam es zwar zu einem kurzen Versuch, auch Taten des militärischen Arms der Tutsi, der Rwandan Patriotic Front (RPF), in die Untersuchungen einzubeziehen. Die seit Ende des Bürgerkrieges in Rwanda regierenden Tutsi kritisierten dies als erneuten Verrat an Rwanda durch die UNO. Diese habe den Genozid durch ihre Untätigkeit mitverursacht, und anstatt den Opfern beizustehen, führten die langsamen Verfahren in Arusha und der schlechte Opferschutz zu einer erneuten Viktimisierung der Bürgerkriegsbetroffenen.³² Es gab starke Hinweise auf systematische Tötungen durch Tutsi, sowohl während des Genozids als auch danach. Human Rights Watch zufolge soll die RPF für die Tötung von ungefähr 30'000 Hutu-Zivilisten verantwortlich gewesen sein, was sie als Exzesse einzelner RPF-Angehöriger abzutun versuchten.³³ Ob die Anklagebehörde jemals ernsthafte Versuche unternahm, die Verbrechen der RPF zu verfolgen, ist umstritten. Die Darstellung von Chefanklägerin del Ponte, dies sei wegen fehlender Kooperation der Tutsi-Regierung nicht möglich gewesen, wird

²⁹ FORD, STUART, Fairness and Politics at the ICTY: Evidence from the Indictments, 39 North Carolina Journal of International Law (2013), S. 45–113, 92 f.

³⁰ TRUEHEART, CHARLES, U.N Tribunal Rejects Calls for Probe of NATO. No Kosovo War Crimes Found, Washington Post, 3. Juni 2000.

³¹ LAURSEN, ANDREAS, NATO, the War on Kosovo, and the ICTY Investigation, 17 American University International Law Review (2002), S. 765–814, 774.

³² PESKIN, VICTOR, International Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation, Cambridge 2008, S. 152.

³³ PESKIN, Victor's Justice (Anm. 26), S. 216 f.

kritisiert.³⁴ Bei beiden Tribunalen, ICTY und ICTR, kann insgesamt wegen des Ausmasses der Verbrechen sicher von einer plausiblen Selektion gesprochen werden.

Beim ICC können Selektionen auf drei Weisen erfolgen: (1) Der Chefankläger kann von sich aus zu ermitteln beginnen (sog. *proprio motu*-Ermittlungen aufnehmen), (2) die Staaten können eine Situation « vorlegen » (und die Anklagebehörde damit zu Ermittlungen einladen), und (3) der Sicherheitsrat kann eine Situation überweisen. Zwischen Schaffung des ICC 2002 und Anfang 2023 wurden 27 Vorermittlungen und 17 formale Untersuchungen eingeleitet. Diese Entscheidungen sind auch vor dem Hintergrund nicht erfolgter Selektionen zu sehen, etwa der Situationen in Burma, Sri Lanka, Irak und Syrien.³⁵ Bei vielen Nichtselektionen war ein zentraler Faktor, dass der betreffende Staat nicht ICC-Mitglied war, doch auch hier hätte der Sicherheitsrat die Situation überweisen können. Das war wegen der Interessen von P5-Staaten oft nicht der Fall. Der UNO-Sicherheitsrat bezeichnete zwar etwa den IS als « weltweite und beispiellose Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit »³⁶, legte die Situation aber nicht dem ICC vor. China begründete sein Veto mit einer prinzipiellen Abneigung gegen solche Vorlagen,³⁷ Russland schützte offen die Interessen des befreundeten Assad-Regimes.³⁸ Im Fall Syrien wären wegen der Staatsangehörigkeit vieler IS-Angehöriger auch *proprio motu*-Ermittlungen in Frage gekommen.³⁹ Zeitweilig war ein Hybridtribunal für Irak und Syrien ein Thema, das die IS-Verbrechen hätte aufarbeiten sollen.⁴⁰ Es kam nicht dazu. Bemerkenswert ist dies nicht zuletzt, weil der Sicherheitsrat eigens für die Untersuchung der Ermordung von Rafiq Hariri, einem ehemaligen libanesischen Premierminister und Freund des französischen Präsidenten

³⁴ GAHIMA, GERALD, *Transitional Justice in Rwanda. Accountability for Atrocity*, Abingdon 2013, S. 112.

³⁵ Zu Israel, Burma, Sri Lanka : SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, Oxford 2012, S. 77.

³⁶ S/RES/2249 (2015), Präambel.

³⁷ S/PV.7180 (22. Mai 2014), S. 13.

³⁸ VAN SCHAACK, BETH, *Imagining Justice for Syria*, New York 2020, S. 202.

³⁹ HADI ZAKERHOSSEIN, MOHAMMAD, *To Bury a Situation Alive – A Critical Reading of the ICC Prosecutor’s Statement on the Isis Situation*, 16 *International Criminal Law Review* (2016), S. 613–641, 615 f.

⁴⁰ HAFETZ (Anm. 7), S. 1148; TRAHAN, JENNIFER, *Accountability for Crimes in Syria: Lessons Learned from the Field of International Justice*, Syria Justice and Accountability Centre, 29. Juli 2015, abrufbar unter: <https://syriaaccountability.org/accountability-for-crimes-in-syria-lessons-learned-from-the-field-of-international-justice/>

Jacques Chirac, die Einrichtung eines *ad hoc*-Tribunals beschloss, des « Special Tribunal for Lebanon ». ⁴¹

Zum allgemeinen Problem der Ungleichheit kommt beim ICC das Dominanzproblem. 2008 wurde erstmals laut kritisiert, das Gericht richte sich im Kern gegen Afrika. Der Vorsitzende der Kommission der Afrikanischen Union (AU), Jean Ping, sprach damals von Afrika als einem « Versuchslabor » für den ICC, ⁴² und der sudanische Botschafter bei den Vereinten Nationen nannte den ICC-Chefankläger Luis Moreno Ocampo einen « Schraubenzieher in der Werkstatt der Doppelmoral ». ⁴³ 2013 verwendete der äthiopische Premierminister Hailemariam Desalegn die bekannt gewordene Formulierung von einer « Jagd » auf afrikanische Staatsangehörige, ⁴⁴ und der Aussenminister Äthiopiens, Tedros Adhanom Ghebreyesus, beklagte die generell herablassende Attitüde des ICC gegenüber dem afrikanischen Kontinent. ⁴⁵ AU-Repräsentanten bezeichneten den ICC als neo-koloniales Projekt oder erhoben den Vorwurf der Schändung Afrikas. ⁴⁶ Auslöser waren vor allem die Überweisungsentscheidungen betreffend Sudan und Libyen gewesen. Teilweise wird die Kritik wider besseres Wissen formuliert. Viele Situationen in Afrika sind nur deshalb *under investigation*, weil sie dem ICC von einem afrikanischen Staat vorgelegt wurden. So war etwa die erste Untersuchung überhaupt, Uganda betreffend, Folge einer Vorlage. Der Chefankläger verteidigte sich 2008, in Staaten wie etwa Kolumbien existiere eine funktionierende Justiz, während dies etwa im Kongo nicht der Fall sei. ⁴⁷

Beim ICC als einer auf Dauer angelegten Institution wiegen Ungleichheiten schwerer als bei *ad hoc*-Gerichten. Die Verstetigung ist mit Fortschritten bei der Verfahrensfairness einhergegangen, hat aber auch die Erwartung möglichst rechtsgleicher Rechtsanwendung verstärkt. Die vor eineinhalb Jahrzehnten losgetretene Diskussion um den Afrika-Fokus des Gerichts ist für dessen Wahrnehmung noch immer eine schwere Hypothek.

⁴¹ S/RES/1757 (2007).

⁴² BBC News (ohne Autorenangabe), Vow to pursue Sudan over « Crimes », 27. September 2008, abrufbar unter: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/afrika/7639046.stm>

⁴³ TISDALL, SIMON, Technicians in the Workshop of Double Standards, The Guardian, 29. Juli 2008.

⁴⁴ LAING, AISLINN, International Criminal Court is « hunting » Africans, The Telegraph, 27. Mai 2013.

⁴⁵ BBC News (ohne Autorenangabe), African Union condemns « unfair » ICC, 11. Oktober 2013.

⁴⁶ YEMISI OMOROGBE, EKI, The Crisis of International Criminal Law in Africa. A Regional Regime in Response, 66 Netherland International Law Review (2019), S. 287–311, 295.

⁴⁷ OCAMPO, LUIS MORENO, im Interview mit Kerstin Schweighöfer : Ich bringe Gerechtigkeit, Focus Magazin, 21. Juli 2008.

2. Selektionsmodus: Regelbasierung und Unparteilichkeit

Dem Selektions*modus* kommt im Licht der Gleichheitsfrage ebenfalls Bedeutung zu. Die Grundidee von « Rule of Law » ist, dass Entscheidung auf Grundlage von vorab festgelegten Kriterien, d.h. regelbasiert, getroffen werden.⁴⁸ Dabei ist nicht die Abwesenheit von Ermessen entscheidend, sondern das Mischungsverhältnis von Rechtsdeterminierung und Ermessen. Aufgrund der Gefahren der Justiz für den Einzelnen kommt der « Rule of Law » im Justizbereich besondere Bedeutung zu. Legitimität justizieller Entscheidungen hängt massgeblich an der Vorstellung der regelbasiert und blind – d.h. unparteilich – arbeitenden Justitia. Fällen dagegen politische Akteure Selektionsentscheide, so bedeutet dies ein gewisses Spannungsverhältnis zur Idee von « Rule of Law ». Die Kritik der Siegerjustiz zielt auch auf diesen Punkt. Unter aussergewöhnlichen Umständen sind die Spielräume jedoch grösser, da überzeugende Exemplarität fehlende Berechenbarkeit bis zu einem gewissen Grad kompensieren kann.

Die Selektionsentscheide betreffend Nürnberg und Tokio waren politische Ermessensentscheide. Es waren allerdings Ermessensentscheide unter Ausnahmebedingungen am Ende eines Weltkriegs, die von den Hauptalliierten (Nürnberg) beziehungsweise den USA (Tokio) getroffen wurden. Es fehlte offensichtlich jede Regelbasierung und Unparteilichkeit, kompensierend wirkte aber die aussergewöhnliche Exemplarität. Nürnberg war das Gericht gegen die Führungsspitze des Landes, das einen Weltkrieg vom Zaun gerissen hatte, Tokio war das Komplementärgericht für den Fernen Osten. Die Strahlkraft der Selektion heilte den rechtsstaatlichen Mangel zumindest partiell. Auch die Entscheide betreffend ICTY und ICTR waren Ermessensentscheide, getroffen von einem politischen Organ. Anders als bei Nürnberg und Tokio wurden sie formal nicht von Grossmächten selbst, sondern vom UNO-Sicherheitsrat als « Friedens-Weltorgan » beschlossen. An der Oberfläche handelte es sich um UNO-Weltstrafjustiz, obschon im Kern die Siegermächte des Zweiten Weltkrieges entschieden. Sie hatten ihren Siegerstatus in Form eines P5-Status in der Weltorganisation perpetuiert.⁴⁹ Gegenüber der Situation nach dem Zweiten Weltkrieg war der Modus aber ein Fortschritt, da P5-Staaten im Sicherheitsrat zwar dominieren, aber nicht allein entscheiden.

⁴⁸ BINGHAM, TOM, *The Rule of Law*, London 2010, S. 50.

⁴⁹ SCHABAS, *Victor's Justice* (Anm. 3), S. 537.

Die Umstände waren weniger aussergewöhnlich als nach dem Weltkrieg. Es ging nicht um erstrangige Sicherheitsinteressen wie damals, sondern « nur » um regionale Konflikte. Dass die Frage nach einem angemessenen rechtlichen Rahmen für die völkerrechtliche Strafjustiz schon seit einem halben Jahrhundert im Raum gestanden hatte, weitgehend erfolglos, bedeutete aus rechtsstaatlicher Sicht eine Angriffsfläche. Man musste noch immer improvisieren. Dem Selektionsentscheid betreffend Ex-Jugoslawien haftete etwas Zufälliges an. Bei vielen Kriegen mit weit höheren Opferzahlen – Irak-Iran, Mosambik, Angola – war nie ernsthaft über eine Selektionsentscheidung nachgedacht worden.⁵⁰ Der Tatort der Verbrechen, Europa, war entscheidend. Er erzeugte Druck auf den Sicherheitsrat und die Regierungen westlicher Staaten, sobald die Verbrechen bekannt geworden waren.⁵¹ Der Begriff Konzentrationslager weckte düstere Erinnerungen. Vom Lager Omarska kursierten Bilder, auf denen ausgezehnte Menschen hinter Maschendrahtzäunen zu sehen waren. Im Fall von Rwanda waren die Umstände objektiv aussergewöhnlicher als in Jugoslawien. Innerhalb von hundert Tagen wurde ein Genozid mit mehr als einer Dreiviertelmillion Opfern verübt.

Mit dem ICC wollte man von der rein politischen Selektion wenigstens teilweise wegkommen. Regelbasierung und Unparteilichkeit sollten zumindest eine grössere Rolle spielen. *Proprio motu*-Ermittlungen durch den Chefankläger kommen in diesem Licht besondere Bedeutung zu.⁵² Der Chefankläger des ICC kann Selektionsentscheidungen selbst treffen (unter Vorbehalt der Genehmigung durch eine Vorverfahrenskammer), wenn entweder der Tatort oder Täterstaat ICC-Mitglied ist. Er braucht keine Zustimmung der Grossmächte. Das Statut sieht in Art. 53 Abs. 1 – im Sinne dieser Regelbasierung, zumindest an der Oberfläche – vor, dass er die « Schwere » der Verbrechen und das « Interesse der Gerechtigkeit » berücksichtigt. Der Gesichtspunkt der « Schwere » wird aber weder im Römer Statut noch in den « Rules of Procedure

⁵⁰ Erster Anstoss zur Schaffung des ICTY war ein Artikel des Journalisten MIRKO KLARIN in der Belgrader Zeitung Borba am 16. Mai 1991. Unter dem Titel « Nürnberg jetzt! » fragte Klarin: « Wäre es nicht besser, unsere kleinen und grossen Führer sässen auf der Anklagebank als am Verhandlungstisch? » Englische Übersetzung des Artikels (Nuremberg Now!) in: ICTY (Hrsg.), *The Path to the Hague. Selected Documents on the Origins of the ICTY*, Den Haag 1996, S. 35.

⁵¹ JOHNSON, SCOTT T., *On the Road to Disaster. The Rights of the Accused and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 10 *International Legal Perspectives* (1998), S. 111–192, 114.

⁵² Die (relative) Entpolitisierung durch *proprio motu*-Ermittlungen war im ILC-Entwurf für die Schaffung eines ständigen Strafgerichtshofs noch nicht vorgesehen gewesen; diese Möglichkeit wurde erst im Lauf der Diskussion in den 1990er-Jahren ein Thema: SCHABAS, *Victors Justice* (Anm. 3), S. 540.

and Evidence » näher bestimmt.⁵³ Das Statut bietet keine konkreten Anhaltspunkte für die Selektionsentscheidung.⁵⁴ In der Praxis stellt der Chefankläger auf « scale », « nature », « manner of commission » und « impact » der Verbrechen ab, ohne dass die Entscheidung jedoch in irgendeiner Weise berechenbar wäre.⁵⁵ Sie ist im Kern weiterhin eine Ermessensentscheidung.

Zudem spielen *proprio motu*-Ermittlungen bisher bei Weitem nicht die Rolle, die man (vielleicht) hätte erwarten können. Weit wichtiger sind Selbstvorlagen durch die Staaten. Sie sind für den ICC attraktiver, da mit einer Mindestkooperation des vorlegenden Staates gerechnet werden kann. Illustrativ ist die Situation betreffend Kenia, die erste *proprio motu*-Selektionsentscheidung. Der Chefankläger stiess auf heftigen Widerstand bei seinen Ermittlungen, denn viele Verdächtige hatten in Kenia staatliche Funktionen inne. Sie waren etwa Mitglieder des Parlaments und hatten Möglichkeiten, den ICC zu behindern.⁵⁶ Die faktische Dominanz von Selbstvorlagen in der ICC-Praxis bedeutet aus der hier interessierenden Perspektive eine zumindest erwähnenswerte Ungleichheit von Tätern und Opfern. Es macht einen Unterschied, ob sie aus kooperationswilligen Selbstvorlage-Staaten oder aus Staaten stammen, die sich *proprio motu*-Ermittlungen widersetzen.⁵⁷ Wenn der Sicherheitsrat – ausnahmsweise – überweist, gibt es eine Art « fast track » für die ausgewählte Situation. Auch das bedeutet Ungleichheiten. Überweisungen des Sicherheitsrats gelten als « most authoritative » und geniessen eine nicht formalisierte Priorität.⁵⁸ Bei Selbstvorlagen und Überweisungen durch den Sicherheitsrat besitzt der Chefankläger nach Art. 53 Abs. 2 ICC-Statut zudem ebenfalls sehr grosse Spielräume, ob er ermittelt oder nicht.⁵⁹ Sein Ermessen dominiert die Aktivitäten des ICC. Manche Entscheidungen der Anklagebehörde werden

⁵³ STEGMILLER, IGNAZ, The Gravity Threshold under the ICC Statute. Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda, 9 International Criminal Law Review (2009), S. 547–566, 549; TRENGA, ANNA, The Gravity Threshold of Article 17(1)(D), 11 The Eyes on the ICC (2015), S. 79–104, 80.

⁵⁴ SMEULERS / WEERDESTIJN / HOLA (Anm. 9), S. 3.

⁵⁵ Man kann hier von einer Art Selbstgesetzgebung durch den Chefankläger sprechen. Vgl. Regulation 29(9), Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09, in Kraft seit 23. April 2009: « In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact. »

⁵⁶ VERINI (Anm. 10).

⁵⁷ NOUWEN (Anm. 17), S. 166.

⁵⁸ TURONE, GIULIANO, Powers and Duties of the Prosecutor, in: CASSESE, GIULIANO / GAETA, PAOLA / JONES, JOHN (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Bd. II, Oxford 2002, S. 1137–1180, 1144.

⁵⁹ SMEULERS / WEERDENSTEIJN / HOLA (Anm. 9), S. 5.

kritisiert, schlicht Konzessionen an Grossmacht Interessen darzustellen, um deren Widerstand gering zu halten.⁶⁰ Als Beispiel gilt die Beendigung der Voruntersuchungen betreffend Kolumbien 2011. Die USA trieben damals in Kolumbien die interne Aufarbeitung der Bürgerkriegsverbrechen voran und verhinderten so die Eröffnung einer formalen Untersuchung durch den ICC. Das Ergebnis war, dass einige bedeutende Konfliktakteure geringe Strafen erhielten oder ganz verschont blieben.⁶¹ Gesamthaft kann auch beim ICC nicht von einer regelbasierten und unparteilichen Selektionspraxis gesprochen werden. Kein Aspekt der Arbeit des ICC ist umstrittener als dessen Entscheide, welche Situationen und Fälle verfolgt werden.⁶² Der politische Charakter der Selektionsentscheidung zeigt sich nicht zuletzt darin, dass dem Chefankläger eine Art politisches Beratergremium namens « Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division » zur Verfügung steht.⁶³

III. Justizfremde Zwecke: Ablenkung vom Eigenen und Herrschaftslegitimierung

1. Justizfremde Zwecke I: Ablenkung von eigenen Verbrechen und eigenem politischem Versagen

Ein zweiter Problemkreis sind justizfremde Zwecke von Selektionsentscheidungen. Rechtsstaatlich angreifbar sind solche Entscheidungen auch, insoweit sie stark durch Zwecke jenseits strafrechtlicher Aufarbeitung der Verbrechen bestimmt sind. Dies ist etwa der Fall, wenn sie von eigenem politischem Versagen der Entscheider ablenken sollen oder gar von deren Verbrechen.

Bei der Ausgestaltung der Selektionsentscheidungen von Nürnberg und Tokio spielten eigene Verbrechen der Alliierten eine bedeutende Rolle. Die vier Hauptalliierten waren alle – wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmass – ebenso in Verbrechen verwickelt. Sie versuchten, die Zuständigkeiten der Gerichte so masszuschneiden, dass diese Verbrechen nicht thematisiert und so nicht zur Gefahr für die Gerichte werden konnten. Die Verbrechen der

⁶⁰ HAFETZ (Anm. 7), S. 1142.

⁶¹ HAFETZ (Anm. 7), S. 1143.

⁶² DEGUZMAN, MARGARET M., Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the ICC, 33 Michigan Journal of International Law (2012), S. 265–320, 271.

⁶³ SCHABAS, Victor's Justice (Anm. 3), S. 549 (mit dem Hinweis, dass Sprecher des Chefanklägers die Rolle politischer Erwägungen bei den Entscheidungen zuweilen durchaus offen eingestehen).

Sowjetunion und bis zu einem gewissen Grad auch jenes Frankreichs waren für das Nürnberger Tribunal ein ernsthaftes Problem. Die Sowjetunion hatte nicht nur Polen gemeinsam mit Hitler überfallen. Sie hatte 1940 auch die drei baltischen Staaten besetzt und zu Teilrepubliken der Sowjetunion erklärt. In sowjetischen Kriegsgefangenenlagern starb mehr als ein Drittel der deutschen Kriegsgefangenen.⁶⁴ Ausserdem plünderte und vergewaltigte in Berlin nach Kriegsende eine unkontrollierte Soldateska, was für das sowjetische Einverständnis mit Nürnberg als Ort des Hauptkriegsverbrecherprozesses, weit weg von Berlin, wesentlich war.⁶⁵ Noch während des Prozesses führte die Sowjetunion Deportationen aus Polen und Ungarn durch.⁶⁶ Frankreich misshandelte deutsche Kriegsgefangene in einem für die Mitalliierten überraschenden Ausmass. In seinen Kriegsgefangenenlagern starben 2.6 Prozent der Insassen, was im Vergleich mit den Zuständen in den sowjetischen Lagern zwar noch wenig, verglichen mit der Todesrate in amerikanischen Lagern (0.1 Prozent) und in britischen Lagern (0.03 Prozent) aber sehr viel war.⁶⁷ Ungenügende Ernährung, physische Gewalt und willkürliche Bestrafung lauteten die Vorwürfe.⁶⁸

Das IKRK protestierte gegen den unerlaubten Einsatz von Kriegsgefangenen beim Minenräumdienst, der im Sommer 1945 2000 Tote pro Monat forderte.⁶⁹ Der amerikanische Chefankläger in Nürnberg, Robert H. Jackson, schrieb an den US-Präsidenten Harry S. Truman im Oktober 1945, die Sowjetunion und Frankreich täten teilweise dasselbe, was man den Deutschen vorwerfe: « We are prosecuting plunder and our Allies are practicing it. We say aggressive war is a crime and one of our Allies asserts sovereignty over the Baltic States based on no title except conquest, etc., etc. »⁷⁰

⁶⁴ MOORE, BOB, *The French Treatment of Axis Prisoners of War 1943–1945*, 7 War History (2000), S. 180–198, 182.

⁶⁵ HIRSCH (Anm. 20), S. 67 f.

⁶⁶ HIRSCH (Anm. 20), S. 7.

⁶⁷ MOORE (Anm. 64), S. 182.

⁶⁸ MOORE (Anm. 64), S. 183 f.; LOCHET, FRANÇOIS, *Zwei Meinungen zu einem Sachverhalt. Die französische Behandlung deutscher Kriegsgefangener 1945–1948*, in : Günter Bischof/Rüdiger Overmans (Hrsg.), *Kriegsgefangenschaft im Zweiten Weltkrieg, Tarnitz-Pottschach 1999*, S. 95–108, 100.

⁶⁹ MOORE (Anm. 64), S. 196.

⁷⁰ TRUMAN, HARRY S., *Library, Robert Jackson to Harry S. Truman, October 12, 1945*, Truman, Harry S. Presidential Library and Museum, Harry Truman Papers, President's Secretary's File, S. 4, abrufbar unter: <https://www.trumanlibrary.gov/library/research-files/letter-robert-jackson-harry-s-truman?documentid=3&pagenumber=1> (digitalisierte Originaldokumente ohne Publikationsjahr)

Auch die USA und die Briten hatten keine reine Weste. Sie hatten vor allem ein Interesse daran, dass die umstrittenen Bombardierungen Hamburgs 1943 und Dresdens 1945 mit ihren vielen zivilen Opfern nicht thematisiert wurden. Die deutsche Niederlage war bei der Bombardierung Dresdens greifbar und die Militärindustrie fast vollständig zerstört gewesen. Die Alliierten fürchteten das *tu quoque*-Argument. « Gazing out the windows at the cratered streets and levelled buildings of Berlin », schreibt die US-Historikerin Francine Hirsch, « the British understood that the illegality of aerial bombings would be a difficult charge for them to make »⁷¹. Das *tu quoque*-Problem liess sich mit Blick auf die sowjetischen Verbrechen bestenfalls eindämmen, nicht aber aus der Welt schaffen.⁷² Jackson schlug den anderen Alliierten deshalb vor, dass man vertrauliche Memoranda über eigene Verbrechen und problematische « policies » während des Krieges erstellt und sich so auf Argumente der Verteidigung vorbereitet.⁷³ In einem Gentleman's Agreement wurde die Bildung einer geeinten Front vereinbart, um den Deutschen keine Plattform für die Thematisierung alliierter Kriegsverbrechen zu bieten.⁷⁴ Das Ausmass alliierter Kriegsverbrechen und der sowjetischen Eroberungspolitik bargen wohl durchaus Potential, das Nürnberger Tribunal zum Desaster werden zu lassen.

Für das Tokio-Tribunal stellten der Abwurf der Atombomben und die Kolonialverbrechen verschiedener Alliieter die grössten Gefahren. Die Bomben von Hiroshima und Nagasaki hatten zwischen 129'000 und 226'000 Personen unmittelbar getötet, die meisten davon Zivilisten. Militärisch waren die Abwürfe entscheidend gewesen. Dreieinhalb Wochen später kapitulierte Japan. Beweismaterial zum Atombombeneinsatz war im Prozess nicht zugelassen.⁷⁵ Die Thematik wurde im Hauptverfahren nicht angesprochen.⁷⁶ Ebenfalls konsequent nicht thematisiert wurden die japanischen Kolonialverbrechen, insbesondere in Korea, China und Indochina. Der *tu quoque*-Vorwurf hätte gleich mehrere Alliierte schwer getroffen. Die europäischen Kolonialverbrechen an den asiatischen Bevölkerungen waren ein gefährlicher Schwachpunkt des

⁷¹ HIRSCH (Anm. 20), S. 105.

⁷² DÖNITZ etwa verwies auf die U-Boot-Krieg der Amerikaner unter General Nimitz im Pazifikkrieg und die Politik, Schiffbrüchige nicht aufzunehmen, was ebenfalls ein Kriegsverbrechen darstellt : SIMPSON (Anm. 22), S. 806.

⁷³ HIRSCH (Anm. 20), S. 114.

⁷⁴ RUDOLPH (Anm. 23), S. 23.

⁷⁵ RUDOLPH (Anm. 23), S. 28.

⁷⁶ MINEAR, RICHARD H., *Victor's Justice. The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton 1971, S. 100.

Tokio-Verfahrens.⁷⁷ Frankreich und die Niederlande hatten zudem im Sinn, ihre Position als Kolonialmächte in Südostasien wieder zu festigen. Weder Japans Massentötungen in den von ihm kolonisierten Gebieten noch die verursachten Hungerkatastrophen noch die medizinischen Menschenversuche noch der Zwang wohl Hunderttausender Frauen zur Prostitution durften thematisiert werden. Die USA wollten ein Tribunal für den Angriff auf Pearl Harbor und die Kriegsverbrechen im Zusammenhang mit diesem Krieg – nicht für Japans Verbrechen während seiner Kolonialherrschaft. Bittere Kritik rief hervor, dass nicht einmal die Verbrechen der berüchtigten japanischen « Unit 731 » in China – des sogenannten « Mandschu-Detachements » – zum Thema gemacht wurden. Sie hatte mit biologischen und chemischen Waffen experimentiert, unfreiwillige Probanden mit Pest- und Choleraerregern infiziert, die Wirkung von Anthraxbakterien erprobt sowie Vivisektionen durchgeführt.⁷⁸

Im Grenzgebiet zwischen China, der Mongolei und der Sowjetunion hatte die « Unit 731 » biologische Waffen gegen die Sowjetunion eingesetzt. Diese hatte deshalb zunächst die Verfolgung der « Unit 731 » verlangt.⁷⁹ Die Amerikaner aber boten den Tätern Immunität gegen Zugang zu durch die Experimente gewonnenem Wissen.⁸⁰ Von japanischer Kolonialherrschaft betroffene asiatische Staaten wurden weder bei der Planung des Tribunals konsultiert noch bei der Durchführung der Verfahren einbezogen. Nur China durfte einen Richter stellen. Korea, Vietnam, Singapur und Malaysia, als besonders stark betroffene Länder, durften nicht einmal Verdächtige benennen.⁸¹ Die Thematisierung der japanischen Kolonialverbrechen hätte auch hier das Potential gehabt, den Charakter des Tokio-Tribunals grundlegend zu verändern. Die Alliierten wären unweigerlich in die Defensive gedrängt worden.

⁷⁷ HISAKAZU, FUJITA, *The Tokyo Trial. Humanity's Justice v Victors' Justice*, in: TANAKA, YUKI / MC CORMACK, TIM / SIMPSON, GERRY (Hrsg.), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2011, S. 3–21, 18.

⁷⁸ BAADER, GERHARD, et al., *Pathways to Human Experimentation 1933–1945. Germany, Japan, and the United States*, 20 *Osiris* (2005), S. 205–231, 222 f.

⁷⁹ KEI-ICHI, TSUNEISHI, *The Reasons for the Failure to Prosecute Unit 731 and its Significance*, in; TANAKA, YUKI / McCORMACK, TIM / SIMPSON, GERRY (Hrsg.), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2011, S. 175–205, 184, 199.

⁸⁰ KEI-ICHI (Anm. 79), S. 193.

⁸¹ KWON, O-GON, *Forgotten Victims, Forgotten Defendants*, in : TANAKA, YUKI / MC CORMACK, TIM / SIMPSON, GERRY (Hrsg.), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2011, S. 227–239, 229.

Bei der Schaffung von ICTY und ICTR spielte das Motiv des Ablenkens von eigener Passivität eine bedeutende Rolle. Zur Vorgeschichte der ICTY-Selektion gehört die gescheiterte UNO-Intervention in Somalia. UNO-Truppen unter Führung der USA hatten überstürzt und mit grossem Prestigeverlust aus Somalia abziehen müssen. Die Risikobereitschaft der neuen US-Administration unter Bill Clinton war nach dieser Erfahrung gering.⁸² Als sich der Jugoslawienkrieg zum Flächenbrand entwickelte, erklärte das Pentagon: « We do deserts, we don't do mountains. »⁸³ Bodentruppen kämen in Jugoslawien nicht in Frage. Die Einrichtung eines Kriegsverbrechertribunals erschien als eine attraktive Alternative.⁸⁴ Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs standen zudem unter starkem Druck der Öffentlichkeit ihrer Länder.⁸⁵ Sie wollten etwas unternehmen, aber ebenfalls keine militärische Intervention. Ein Tribunal kostete weniger und barg geringere politische Risiken. Die Kosten der Somalia-Intervention hatten bei 7 Milliarden Dollar gelegen, für das erste Jahresbudget des ICTY waren gerade einmal 5.5 Millionen Dollar vorgesehen.⁸⁶ Die Einrichtung des ICTY war nicht zuletzt ein Versuch, von den Versäumnissen der UNO und der sie dominierenden westlichen Staaten abzulenken.⁸⁷

Die Parallelen zum ICTR springen ins Auge. Auch in Rwanda hatte man noch tatenlos zugesehen, als sich die Krise zuspitzte und zur Katastrophe entwickelte. Der UNO-Sicherheitsrat und die westlichen Mächte wussten um die Gefahr eines Genozids, konnten sich aber nicht zu einer Intervention entschliessen. Sie standen jedoch unter Zugzwang, als die Gräueltaten bekannt wurden, die jene auf dem Balkan noch übertrafen. Die Opferzahlen waren rasch viel höher.⁸⁸ Die Schaffung des Gerichts sollte die Aufmerksamkeit von den Versäumnissen weglenken. Beide *ad hoc*-Gerichte der 1990er-Jahre hatten in diesem Sinne offensichtlich etwas Kompensatorisches. Beim ICC dagegen spielt Ablenken von eigenen Versäumnissen und Verbrechen kaum eine Rolle. Es ist

⁸² MEERNIK, JAMES, Victor's Justice or the Law. Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 47 Journal of Conflict Resolution (2003), S. 140–162, 142 ; JOHNSON (Anm. 51), S. 113.

⁸³ NEIER, ARYEH, War Crimes. Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice, New York 1998, S. 128.

⁸⁴ NEIER (Anm. 83), S. 129.

⁸⁵ NEIER (Anm. 83), S. 130.

⁸⁶ RUDOLPH (Anm. 23), S. 43.

⁸⁷ MEERNIK (Anm. 82), S. 142; JOHNSON (Anm. 51), S. 113.

⁸⁸ PESKIN, Rwanda and the Balkans (Anm. 32), S. 159.

nicht ausgeschlossen, dass dies bei Überweisungen des Sicherheitsrats der Fall sein kann. Die Thematik dürfte generell aber eine der *ad hoc*-Gerichte sein.

2. Justizfremde Zwecke II: Zuweisung und Festigung von Rollen im internationalen System

Selektionsentscheide können auch die Zuweisung und Festigung von Rollen in der internationalen Ordnung bezwecken. Wer entscheidet, beansprucht die Rolle des Agenten des Gemeinwohls. Dies kann auf Macht- und Prestigezuwachs abzielen. Den betroffenen Gemeinschaften und deren Eliten dagegen wird die Rolle des Kriminellen zugewiesen. Assoziationen mit « gewöhnlichen » Schwerstkriminellen werden geweckt, was bereits vor dem ersten Urteil mit Statusverlust verbunden ist. Starke Determinierung einer Selektionsentscheidung durch diese Motive bedeutet aus rechtsstaatlicher Sicht eine Angriffsfläche.

Die Nürnberg-Selektionsentscheidung wird teilweise als Element einer strategischen Absicherung der US-Position in der Nachkriegsordnung gesehen. Die USA unterstrichen mit der Durchsetzung von Nürnberg ihren Führungsanspruch. Umstritten ist die Bedeutung dieses Motivs. Der US-Völkerrechtler und Aktivist Richard Falk geht so weit zu behaupten, Nürnberg habe ausschliesslich dem opportunistischen und ultrarealistischen Ziel gedient, die amerikanische Teilhabe an der Welt abzusichern.⁸⁹ Kaum umstritten ist zumindest, dass eine auf US-Initiative hin gerichtliche dokumentierte rechtliche und moralische Kriegsschuld der deutschen Führung die amerikanische Position stärkte. Die USA wollten den Prozess deshalb nicht auf den Angriffskrieg gegen Polen beschränken. Ein Fokus auf den anderen Verbrechen verwies Deutschland in der Nachkriegsordnung in die Rolle des Kriminellen, der von den Alliierten abhängig war. Die Sowjetunion war davon ausgegangen, Nürnberg würde ein Schauprozess nach Muster der Moskauer Prozesse von 1936 bis 1938. Sie hatte zu Beginn der Verfahren nicht gezögert, die Naziführung der sowjetischen Verbrechen von Katyn zu beschuldigen, bis sie den Ernst der Amerikaner und Briten mit Blick auf ein faires Verfahren realisierten.⁹⁰ Der Sowjetführung ging es um Entschädigungen. Eine rechtlich festgehaltene Kriegsschuld Deutschlands konnte Grundlage für Reparationszahlungen sein.⁹¹

⁸⁹ FALK, RICHARD, Telford Taylor and the Legacy of Nuremberg, 37 Columbia Journal of International Law (1999), S. 693–723, 712.

⁹⁰ HIRSCH (Anm. 20), S. 8.

⁹¹ HIRSCH (Anm. 20), S. 4.

Beim Tokio-Entscheid spielte Machtsicherung auf Seiten der USA ebenfalls eine wichtige Rolle. Japan war äusserlich zusammengebrochen und innerlich in einem Zustand grosser Instabilität. Die USA entschieden, Kaiser Hirohito trotz seiner zentralen Rolle bei den japanischen Kriegsunternehmen nicht anzuklagen.⁹² Der zur Schaffung des Gerichts autorisierte General MacArthur hatte die Bedeutung Hirohitos als einendes Symbol klar erkannt. Er sah in Hirohitos Kriminalisierung eine Gefahr für die Stabilität des Landes.⁹³ Japan als Land dagegen sollte kriminalisiert werden. Dies zeigte sich unter anderem in der Entscheidung, vom ursprünglichen Plan einer Konzentration auf Pearl Harbor abzurücken. So wurde das gesamte japanische Kriegsgeschehen – unter Auslassung der Kolonialdimension – in den Mittelpunkt gerückt, da die japanischen Verbrechen so besser beleuchtet werden konnten.⁹⁴

Bei der ICTY-Selektion spielten geostrategische Interessen Russlands und Chinas eine Rolle. Beide Staaten hätten als Vetomächte die Gerichte verhindern können. Sie verzichteten aber aus ähnlichen Motiven darauf. Russland als traditionell mit Serbien verbundenes Land suchte in den frühen Jelzin-Jahren – unmittelbar nach Auflösung der Sowjetunion – eine Annäherung an den Westen. Es wollte keine militärische Intervention der UNO oder der NATO, hoffte aber, mit seiner Unterstützung des Tribunals die eigenen Verbindungen zum Westen zu stärken.⁹⁵ Auch China befand sich in einer Phase der Neuorientierung. Es strebte nach dem Reputationsverlust durch den Tiananmen-Aufstand eine Versöhnung oder zumindest Normalisierung der Beziehungen mit dem Westen an. Mit seinem Vetoverzicht wollte es einen weiteren Einflussverlust verhindern.⁹⁶ Ein auf Kapitel VII der UNO-Charta beruhendes *ad hoc*-Gericht hatte zudem den Vorteil, dass China dieses bis zu einem gewissen Grad kontrollieren konnte, was es zur Voraussetzung seiner Zustimmung machte.⁹⁷ Das Tribunal stärkte und verfestigte internationale Rollen: Der Sicherheitsrat und seine ständigen Mitglieder als dominierende Mächte agierten als Agenten eines *common good*, Serbien und serbischen Eliten – insbesondere Milošević, Karadžić und Mladić – wurde die Rolle des Kriminellen zugewiesen.

⁹² RUDOLPH (Anm. 23), S. 29.

⁹³ COHEN, DAVID / TOTANI, YUMA, *The Tokyo War Crimes Tribunal. Law, History, and Jurisprudence*, Cambridge 2018, S. 39, 43.

⁹⁴ RUDOLPH (Anm. 23), S. 27.

⁹⁵ RUDOLPH (Anm. 23), S. 45 f.

⁹⁶ RUDOLPH (Anm. 23), S. 48.

⁹⁷ RUDOLPH (Anm. 23), S. 49.

Bei der Schaffung des ICTR war eine Stabilisierung der Situation in und um Rwanda wesentliches Entscheidungsmotiv. Westliche Diplomaten, insbesondere der USA, sahen in der Errichtung eines Tribunals eine Möglichkeit, weitere Gewalttaten in der Region zu verhindern.⁹⁸ Man befürchtete vor allem Angriffe der RPF auf Flüchtlingslager im damaligen Zaire, der heutigen Demokratischen Republik Kongo. Hauptverantwortliche des von den Hutu begangenen Völkermords hielten sich damals dort auf.⁹⁹ Die Tutsi beklagten das Beherbergen der *génocidaires* in den Flüchtlingslagern. Die internationale Gemeinschaft versuche nicht ernsthaft, dieser habhaft zu werden.¹⁰⁰ Die RPF drohte offen, die Angelegenheit in die eigenen Hände zu nehmen. Die Tutsi-Regierung in Rwanda hielt den ICTR in Tansania generell für zu schwach für eine gerichtliche Aufarbeitung. Die Gefahr von Angriffen auf die Lager blieb bestehen.¹⁰¹ In den späten 1990er-Jahren kam es tatsächlich zu solchen Angriffen, sowohl auf Lager als auch Hutu-Verbände.¹⁰² Die Schaffung des Gerichts hatte nicht ausgereicht, sie zu verhindern. Die Tutsi warfen der UNO vor, mit dem Gericht in Arusha ohnehin nur eine Aufpolierung ihres Images bezweckt zu haben.¹⁰³

Bei beiden *ad hoc*-Gerichten spielte machtstrategisches Kalkül offenkundig eine gewisse Rolle – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass. Stärker traf dies wohl im Fall des ICTY zu, etwas weniger vermutlich beim ICTR. Beim ICC dagegen ist dieses Motiv kaum von Bedeutung. Am ehesten kann es bei Überweisungen durch den UNO-Sicherheitsrat eine Rolle spielen. So war die Überweisung der Situation betreffend Libyen und die Einschaltung des ICC möglicherweise ein Element einer Politik des Regime Change, der Absetzung Muammar Gaddafis. Justizfremde Zwecke spielen beim ICC generell geringere Rollen. Seine rechtsstaatliche Angreifbarkeit hängt vor allem mit der Ungleichheitsproblematik zusammen.

⁹⁸ PESKIN, Rwanda and the Balkans (Anm. 32), S. 159.

⁹⁹ SHATTUCK, JOHN, Freedom on Fire. Human Rights Wars and American Response, Cambridge Massachusetts 2003, S. 68.

¹⁰⁰ SHATTUCK (Anm. 99), S. 63.

¹⁰¹ PESKIN, Rwanda and the Balkans (Anm. 32), S. 160.

¹⁰² PESKIN, Rwanda and the Balkans (Anm. 32), S. 160; zu den Verbrechen der RPF insgesamt: REVER, JUDI, In Praise of Blood. The Crimes of the Rwandan Patriotic Front, Toronto 2018.

¹⁰³ PESKIN, Rwanda and the Balkans (Anm. 32), S. 160.

IV. Schluss: Gerechte Verteilung eines knappen Guts

Dieser Beitrag hat die aus rechtsstaatlicher Sicht problematischen Aspekte von Konflikt- beziehungsweise Situationsselektionen der internationalen Strafjustiz beleuchtet. Er hat zwischen den Problemebenen der Täter- und Opferungleichheit und der justizfremden Zwecke unterschieden. (1) Bei der Täter- und Opferungleichheit wurde zwischen materieller Ungleichbehandlung und Ungleichheitsfragen unterschieden, die die Standards beim Entscheidmodus – Regelbasierung und Unparteilichkeit – betreffen. (2) Bei den justizfremden Zwecken drängte sich eine Unterscheidung zwischen der Ablenkung von eigenen Verbrechen oder eigener Passivität und der Beanspruchung und Zuweisung bestimmter Rollen im internationalen System auf. Die Unterscheidungen erlauben einen nuancierenden Blick auf die Selektionsfrage von Nürnberg bis zum ICC. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass vor allem die materielle Täter- und Opferungleichheit und die Unmöglichkeit von – in einem anspruchsvollen Sinne – regelbasierten Entscheiden Merkmale internationaler Strafjustiz darstellen, die sie markant von der Strafjustiz hochentwickelter Rechtsstaaten unterscheiden. Um die Permanenz der Kritik an der internationalen Strafjustiz zu verstehen, muss man sich ihre untrennbare Verbundenheit mit diesen Strukturmerkmalen vergegenwärtigen.

Beim heute primär interessierenden ICC stellt sich mit Blick auf die Selektionsproblematik eine sehr grundsätzliche Frage: Könnte der Versuch, den Eindruck der Regelbasierung zu erzeugen, ein grösseres Problem darstellen als ihre Abwesenheit? Wenn der ICC Selektionsentscheide als regelgeleitet und unparteilich erscheinen lässt, wo sie in Wahrheit auf politischem Ermessen basieren, so weckt dies die Erwartung, die Gerichte könnten justizielle Gleichheit fast analog den Gerichten hochentwickelter Rechtsstaaten verwirklichen. Das können sie nicht, wie gezeigt wurde. Es wurde aus diesem Grund schon verlangt, der ICC solle seine Selektionsentscheidungen im konkreten Fall besser erklären. Er solle besser deutlich machen, dass er das Prinzip universeller strafrechtlicher Verantwortung hochhalte.¹⁰⁴ Erklären ersetzt in diesem Vorschlag gewissermassen das Angeben verallgemeinerbarer Gründe. Daran ist nichts falsch. Aber es wird das Problem nicht lösen. Der Entscheid wird ein Ermessensentscheid bleiben, der oft so oder auch anders getroffen werden kann, und aus dem weiterhin viele Ungleichheiten

¹⁰⁴ HAFETZ (Anm. 7), S. 1137.

resultieren. Lösbar ist das Problem somit nicht. Vielleicht aber ist es einordenbar und damit bis zu einem gewissen Grad entschärfbar. Gerichte sollten durch ihr Gesamtverhalten die Wahrnehmung rechtsgleicher Rechtsanwendung bestmöglich stützen. Vielleicht ist dies das Maximum, was der ICC tun kann: durch sein Gesamtverhalten klar machen, dass ihm mit der fairen globalen Verteilung des knappen Guts internationale Strafjustiz Ernst ist. Er kann etwa der geographischen Verteilung Bedeutung zumessen, wie er es in der jüngeren Vergangenheit getan hat. Er kann so zeigen, dass niemand – auch keine Region – über dem Recht steht.¹⁰⁵ Er kann erklären, und er kann transparent machen, wo er an Grenzen stösst. Selektionen unter schwierigen Bedingungen sind nicht als solche das Problem. Entscheidend ist, dass sie in einer Weise getroffen werden, bei der das Bemühen um so viel Rechtsgleichheit wie möglich und Fairness jederzeit erkennbar ist.

¹⁰⁵ HAFETZ (Anm. 7), S. 1165.