

# Ronen Steinke

## Selektive Strafverfolgung

### Über ein wachsendes Problem der internationalen Strafjustiz

Recht und Politik – wie diese beiden sich zueinander verhalten, ist eine der derzeit beliebtesten Meta-Fragestellungen für Beobachter, die sich mit internationaler Strafjustiz befassen. Seien es Rechts- oder Politikwissenschaftler, im menschenrechtlichen Diskurs herrschend ist dabei die idealistische Grundannahme, dass seit den 1990er Jahren endlich eine heilsame Verrechtlichung in die internationale Politik einziehe, eben in Gestalt von allmählich unabhängigeren internationalen Strafgerichten – und dass nun jeder politische Einfluss auf diese neu geschaffenen Gerichte unbedingt abzuwehren sei, damit nicht Politik das dort Erreichte wieder korrumptiere.

Recht und Politik – sind in Den Haag untrennbar, argumentiert indessen dieser Aufsatz. Politisierung ist keine Kinderkrankheit der internationalen Strafgerichtsbarkeit, sondern ein Wesenszug. Internationale Strafverfolger sind schon aus rein praktischen Gründen gezwungen, sich sehr selektiv auf nur wenige Tatverdächtige auf dem ganzen Globus zu konzentrieren. Alle Versuche, hierfür „unpolitische“ Entscheidungskriterien zu entwickeln, bleiben, so meine These, letztlich fromme Wünsche. Dieser Aufsatz zieht daraus dann allerdings nicht die Konsequenz, das gesamte gegenwärtige System der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu verwerfen, weil eine Justiz, die politisch Position beziehe, per se etwas Falsches tue. Vielmehr geht es lediglich darum, für einen realistischeren Blick zu werben. Die Frage ist nicht: Ist diese oder jene Fallauswahl des Internationalen Strafgerichtshofs politisch motiviert? Sondern: Welche Politik verfolgt sie? Mag ja durchaus sein, dass es sogar die richtige ist.

#### 1. Selektivität ist unvermeidlich.

Internationale Strafjustiz ist extrem selektive Justiz. Die Staats- und Massenverbrechen, mit denen diese Justiz sich befasst, werden typischerweise über einen längeren Zeitraum und von einer Vielzahl von Tätern begangen; doch nicht alle, nicht einmal die meisten von ihnen können realistischer Weise je vor einem internationalen Gericht verfolgt werden. Solange die Mittel der internationalen Strafjustiz begrenzt sind,<sup>1</sup> kann sogar meist nur ein winziger Bruchteil der Tatverdächtigen aus einer bestimmten Konfliktsituation vor ein internationales Ge-

1 Vgl. beispielsweise die Ausführung des Präsidenten des UN-Jugoslawientribunals, Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, S.141, über die „more mundane institutional and procedural problems“ von Prozessen wegen Menschheitsverbrechen: „Often, the crimes charged, connected to entire military campaigns, occurred over the course of months or years, across many locations, and involved many defendants. The Milosevic case offers one illustration. Is is not typical, but it is not as far from the norm as one might think. Milosevic is actually only one of four defendants who were originally indicted together. With 66 counts, hundreds of witnesses, tens of thousands of pages of documents – most of which must be translated from Serbo-Croatian into French and English, the Tribunal’s working languages – trials are extremely complex.“

richt gebracht werden.<sup>2</sup> Carla Del Ponte, die von 2000 bis 2008 Chefanklägerin am UN-Jugoslawientribunal war, berichtete dem UN-Sicherheitsrat im Jahr 2001, dass sie sich gezwungen sehe, zwischen „many thousands of significant targets“ auszuwählen.<sup>3</sup>

Seit dieser Zeit hat sich das Problem noch weiter verschärft. Das 1993 gegründete Jugoslawientribunal hat aus der Gruppe der „many thousands of significant targets“ für den geographisch doch recht überschaubaren Jugoslawienkonflikt 161 Verdächtige auf seine Fahndungsliste setzen können (vor Gericht kamen letztlich etwa 120); das 1994 gegründete Ruanda-Tribunal immerhin noch 93 (vor Gericht kamen 84). Doch aktuell geht die Zeit der Tribunale zu Ende, schon haben die beiden größten UN-Tribunale, für Ruanda und das ehemalige Jugoslawien, das Auslaufen ihres Mandats im Blick; der UN-Sicherheitsrat dreht ihnen den Geldhahn zu. Das Sierra-Leone-Tribunal hat seine Arbeit abgeschlossen; das Libanon-Tribunal muss sich beeilen, zum Ende zu kommen; am Kambodscha-Tribunal werden keine neuen Prozesse mehr eröffnet.

Im vergangenen Jahrzehnt sind zwar in gleich acht Staaten neue Kriegsverbrecher-Verfahren eröffnet worden, so viele wie noch nie zuvor (alle von ihnen in Afrika). Aber dies nicht mehr in lauter improvisierten, verstreuten Gerichtsgebäuden, sondern nur noch an einer einzigen Adresse, am Maanweg 15 in Den Haag – am 2003 eröffneten Internationalen Strafgerichtshof (International Criminal Court, ICC), der künftig für den ganzen Globus zuständig sein will. Die justiziellen Ressourcen dort sind bescheiden, der ICC ist nur so groß wie das Jugoslawien-Tribunal zu seiner besten Zeit. Aber der Ermittlungs-, Übersetzungs- und Sicherheitsaufwand liegt angesichts eines derart vergrößerten geographischen Einzugsgebiets um ein Vielfaches höher. Dies ist jetzt der Grad an Selektivität am ICC: Bis heute hat der Gerichtshof für Bürgerkriegs-Situationen wie Darfur, Kongo oder Uganda nie mehr als 6 Verdächtige für eine Fahndung ausgewählt. Und wenn die Entwicklung des noch jungen ICC in ähnlichen Bahnen weiter verläuft wie bisher, d.h. wenn die Zahl der Konfliktsituationen, mit denen der ICC befasst ist, von Jahre zu Jahr steigt, während gleichzeitig sein Budget stagniert, dann wird der Druck noch weiter zunehmen, sich auf möglichst wenige Prozesse zu konzentrieren; die Justiz wird noch selektiver werden.

Am ICC kommt zudem noch eine zweite Dimension der Selektivität hinzu, die an früheren Tribunalen überhaupt noch nicht eine Aufgabe für Staatsanwälte war. Nicht nur müssen die Ankläger jetzt Prioritäten innerhalb einer Konfliktsituation setzen, sondern erstmals auch zwischen verschiedenen Konfliktsituationen auf der Welt.

## 2. Jede Auswahlentscheidung ist unweigerlich ein Statement.

Die historische Wahrheit über Massenverbrechen aufzudecken, ist einerseits ein nobles Unterfangen, und oft wird es sogar das Wertvollste sein, was ein Tribunal

2 Empfehlenswert hierzu die Aufsätze von zwei erfahrenen Insidern: Payam Akhavan, Justice in The Hague, Peace in the former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal, *Human Rights Quarterly* 1998, 774-777; Luc Côté, Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law, *Journal of International Criminal Justice* 2005, 165.

3 Ansprache von Carla Del Ponte, Chefanklägerin am Jugoslawien-Tribunal, vor dem UN-Sicherheitsrat (27. November 2001), ICTY Press Release GR/P.I.S./642-e.

überhaupt tun kann für die überlebenden Opfer.<sup>4</sup> Zu Recht wird vielfach auf die Gefahr von Revisionismus und Negationismus hingewiesen, mit der Überlebende konfrontiert sind.<sup>5</sup> Andererseits führt jedes Bemühen eines Gerichts um die Bekräftigung der historischen Wahrheit aber natürlich zu der Frage: Wessen Wahrheit? Wie prekär dieser Punkt ist und wie anfällig für machtpolitische Interessen, das ist von Martti Koskenniemi beleuchtet worden, in seinem Aufsatz „Between Impunity and Show Trials“: Letztlich bleibt als wichtigster Effekt eines internationalen Strafprozesses, dass er eine bestimmte Sichtweise auf die historische Wahrheit mit richterlicher Autorität versieht, was denjenigen Legitimität verleiht, die sich auf diese bestimmte Sichtweise stützen.<sup>6</sup>

Ein solcher Kampf um historische Legitimität kann, so wäre hinzuzufügen, auch leicht mehr Beteiligte haben als der ursprüngliche Konflikt – das macht die Sache so heikel. Denn viele Konflikte, die in den Fokus der internationalen Strafjustiz geraten, haben zuvor auch internationale Akteure (UN, USA, EU...) dazu gezwungen, sich zu positionieren und für ein politisches Verhalten zu entscheiden, das hinterher der moralischen Legitimierung bedarf.

Als Carla Del Ponte in ihrer Eigenschaft als Chefanklägerin am Ruanda-Tribunal ihre Absicht bekanntgab, nicht nur Hutu-Génocidaires zu verfolgen, die für den Völkermord gegen die Tutsi-Minderheit 1994 verantwortlich waren, sondern auch eine Anzahl von Tutsi-Rebellen, die ihrerseits im Verdacht von Racheakten standen, da protestierte die ruandische Nachkriegsregierung. Del Ponte rede damit „negationistischen Theorien von gleicher Schuld“ das Wort, so der Vorwurf.<sup>7</sup> Der Nachkriegs-Vizepräsident Paul Kagame beschwerte sich bei Del Ponte mit den Worten: „If you investigate, people will believe there were two genocides.“<sup>8</sup> Natürlich hätten die 13 Fälle von Tutsi-Racheakten, welche Del Ponte untersuchen wollte, nicht die vielen Hundert Fälle von Hutu-Genozidverbrechen marginalisiert, welche sie zur selben Zeit verfolgte. Aber Kagames Aussage macht doch deutlich, wie groß die Symbolik solcher Anklagen unweigerlich ist: Eine Person in Den Haag anzuklagen, bedeutet, jedenfalls in den Augen vieler Betrachter, einen Vorwurf gegen eine ganze Gruppe zu richten,<sup>9</sup> mithin eine Aussage über das große Ganze zu treffen.

Im Jahr 2003 kritisierte eine serbisch-nationalistische Nichtregierungsorganisation das UN-Jugoslawientribunal: „45 Anklagen sind gegen die Serben erhoben

4 Auf Abschreckung oder Schuldausgleich wird man umso weniger hoffen können, je selektiver, sprich: seltener die internationale Strafjustiz zugreifen kann. Diese aus dem innerstaatlichen Kontext vertrauten Strafzwecke stehen im Haager Setting deshalb auf noch weitaus verlorenerem Posten als ohnehin schon. Stattdessen weisen Kommentatoren auf die kommunikative, expressive Funktion der neuen, internationalen Strafprozesse hin: positive Generalprävention, vermittelt über die Öffentlichkeitswirkung dieser wenigen, aber umso prominenteren Prozesse. Internationale Strafprozesse als Klassenzimmer des Weltgewissens, als prägende Momente auch des Geschichtsbewusstseins: Der Politikwissenschaftler Gary Bass spricht von dieser kommunikativen als der „am wenigsten kontroversen“ Funktion internationaler Tribunale (Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, 2000, 302), und das trifft sicher wenigstens in dem Sinne zu, dass dies unter den gegebenen Bedingungen funktionieren kann: dem Publikum Lektionen vor Augen zu führen, sowohl über das, was im Krieg Recht und Unrecht ist (normstabilisierende Funktion) als auch über das, was geschehen ist (aufklärende Funktion).

5 Siehe nur Gerhard Werle, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 1997, 822; Frank Neu-bacher, Strafzwecke und Völkerstrafrecht, NJW 2006, 969.

6 Martti Koskenniemi, Between Impunity and Show Trials, Max Planck Yearbook for United Nations Law 2002, 1-36, nachgedruckt in ders., The Politics of International Law, 2011, 171-197 (177).

7 UN Prosecutor Rallies UK Support to Investigate Rwandan Army, Hirondelle News Agency, 29 November 2002.

8 Carla Del Ponte, Madame Prosecutor, 2009, 225.

9 Dabei ist diskutabel, ob die Anklagebehörde wirklich eine normative Pflicht trifft, neben dem Einzelfall auch einem geschichtlichen Gesamtbild gerecht zu werden; wie auch die Frage, ob es akzeptabel ist, einzelne Angeklagte auf diese Weise zu „Repräsentanten“ einer Gruppe zu machen. Dazu eingehender Ronen Steinke, The Politics of International Criminal Justice: German Perspectives from Nuremberg to The Hague, 2. Aufl. 2014, 15-20.

worden, 12 gegen die Kroaten, 5 gegen die Muslime, eine gegen die Albaner, und keine gegen die Amerikaner und ihre Nato-Verbündeten. Unter den Verurteilen waren 13 Serben, 4 Kroaten und 3 Muslime.<sup>10</sup> Für die serbische Organisation genügte dies als Beweis der Voreingenommenheit des Tribunals. Auch Serbiens Regierung in den 1990er Jahren argumentierte, dass alle Kriegsparteien auf dem Balkan denselben Anteil an Schuld auf sich geladen hätten, was die Anklagepolitik des Jugoslawientribunals jedoch verzerre.<sup>11</sup> Einmal führte ein ehemaliger hoher Funktionär des Jugoslawientribunals, Paul Stuebner, eine direkte Diskussion hierüber mit dem nationalistischen Anführer der bosnischen Serben: „Karakadžić sagte, dass das Tribunal voreingenommen sei“, erinnert sich Stuebner, „dass zu wenige Nicht-Serben angeklagt worden seien. Ich sagte ihm, dass meiner Ansicht nach serbische Truppen für 80 Prozent der Gräuel in diesem Krieg verantwortlich waren, sogar 90 Prozent vor der von Kroatien gestarteten Operation Sturm. Und dass die Anklagen des Tribunals diese Unterschiede in der Verantwortung für Verbrechen widerspiegeln.“<sup>12</sup> Deutlich wird, dass sich auch hier beide Diskutanten letztlich normative einig darin waren, dass die Auswahl der Angeklagten die historischen Gegebenheiten wahrheitsgetreu widerspiegeln sollte und dass also ein Gericht, das unweigerlich eine Auswahl treffen muss, sich auch unweigerlich auf eine bestimmte Darstellung der historischen Proportionen festlegen muss (wohlgemerkt: schon bevor die gerichtliche Beweisaufnahme überhaupt begonnen hat).

Noch mehr Aussagekraft haben Auswahlentscheidungen auf der übergeordneten Ebene – zwischen einzelnen Konfliktsituationen auf dem Globus. Als der UN-Sicherheitsrat in den 1990er Jahren Tribunale lediglich für Jugoslawien und Ruanda schuf, da bedeutete dies in der Wahrnehmung der breiten Öffentlichkeit eine politische Aussage der UN: dass diese beiden Länder die Schauplätze der größten Gräuel ihrer Zeit waren. Ähnlich ist es heute am ICC. Die Tatsache, dass alle acht Staaten, zu denen der ICC bislang Prozesse führt, in Afrika liegen, wird bereits vielfach kritisiert. Auch wenn diese Kritik nicht immer fair ist, verdeutlicht sie doch, wie wichtig es normativ ist, alle Auswahlentscheidungen nach dem gleichen Maßstab zu treffen.

Dass die Justiz selektiv arbeitet, ist natürlich kein Phänomen, mit dem nur Völkerstrafrechtlern konfrontiert wären. Auch am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder am deutschen Bundesverfassungsgericht sortieren die Organe der Justiz aus, mit welchen Fällen sie sich befassen und mit welchen nicht. Die spezifische Problematik, die bei einer selektiven Anwendung speziell des Strafrechts entsteht, wo es nicht um die Gewährung von Rechtsschutz durch den Staat geht, sondern um die wählerrische Verfolgung und damit Rechtsbeschneidung, ist allerdings eigenständig. Kai Ambos weist zurecht darauf hin, dass es auch in nationalen Strafrechtssystemen vielfältige Mechanismen dafür gibt:<sup>13</sup> Selbst wenn das Strafrecht, wie in Deutschland, ein striktes Legalitätsprinzip vorschreibt, wird dies doch stets abgemildert durch die Befugnis, Fälle nach Opportunitätserwägungen einzustellen.

Aber es besteht ein gewichtiger Unterschied zwischen den Auswirkungen der Selektivität im nationalen und im internationalen Strafrecht. Im nationalen System steht jeder Fall von Diebstahl, Betrug etc. zuvorderst für sich alleine – er

10 Pamphlet von Sloboda/Freedom Association, Belgrad, Mai 2003, [www.icdsm.org/more/future.htm](http://www.icdsm.org/more/future.htm).

11 Vgl. Victor Peskin, International Justice in Rwanda and the Balkans, 2008, 33f.

12 Zitiert nach Pierre Hazan, Justice in a Time of War, 2004, 107.

13 Kai Ambos, Comparative Summary of the National Reports, in Louise Arbour et al (Hrsg.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court: International Workshop in Co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR), 2000, 525.

erscheint nicht etwa als Teil einer größeren Wahrheit, beispielsweise über einen Krieg. Niemand erwartet von nationalen Gerichten, dass sie etwa die ganze Wahrheit über Diebstähle in einem Land darstellen. Anders ist es in der internationalen Arena, wo von der Justiz in Den Haag zurecht erwartet wird, dass sie die historische Wahrheit eines Bürgerkriegs oder eines Massenverbrechens aufklärt oder – mindestens – nicht verzerrt. „Domestic criminal justice systems do not provide a useful model in this regard“, resümiert der kanadische Völkerstrafrechtler Payam Akhavan.<sup>14</sup>

### 3. Rein objektiv auswählen: Geht das?

In dem Bemühen, ihre Fallauswahl so unpolitisch zu gestalten wie möglich, gibt die Anklagebehörde am ICC an, sich strikt am Kriterium der Schwere der Verbrechen („gravity“) zu orientieren.<sup>15</sup> Die Idee ist gut: Wenn die Anklagebehörde schon nicht anders kann, als eine Auswahl zu treffen, dann stellt sie sich dabei eben politisch farbenblind. Sie scannt ihr Zuständigkeitsgebiet lediglich ab nach den schwersten Verbrechen. Nur, wie misst man das Gewicht eines Verbrechens, ohne dass man dabei letztlich doch wieder eine politische Wertung vornimmt? Die Völkerrechtskommission der UN, die sich mit dieser Frage in den 1990er Jahren befasste, hat es letztlich abgelehnt, dem ICC eine abstrakte Definition von Verbrechenschwere mit auf den Weg zu geben.<sup>16</sup> Das liegt daran, dass nach allgemeiner Auffassung selbst bei den hier relevanten Massenverbrechen, die per definitionem alle besonders schwer sind, nicht allein die bloße Zahl der Opfer für eine Unterscheidung nach Gewicht ausschlaggebend sein kann, sondern stets auch die „Qualität“ der konkreten Tat.

Alle bisherigen Versuche, verschiedene Verbrechenstatbestände aus dem Bereich der völkerrechtlichen *core crimes* abstrakt gegeneinander zu gewichten, haben sich als schwierig erwiesen. Das Ruandatribunal hat den Tatbestand des Genozids in seiner Rechtsprechung als „crime of crimes“ bezeichnet, welches stets schwerer wiegt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, welche ihrerseits stets schwerer wögen als Kriegsverbrechen.<sup>17</sup> Die in Stanford lehrende Völkerrechtlerin Allison Danner unterstützt diesen kategorialen Ansatz und schlägt sogar noch feinere Abstufungen vor. Beginnend mit dem schwersten Delikt wären dies, in absteigender Reihenfolge: 1. Völkermord. 2. Verfolgungs-basierte Verbrechen gegen die Menschlichkeit. 3. Mord-basierte Verbrechen gegen die Menschlichkeit. 4. Kriegsverbrechen.<sup>18</sup> Einzuwenden ist dagegen, dass jedes dieser Verbrechen seinerseits eine Vielzahl unterschiedlicher Tatbestandsalternativen umfasst, die nur durch den Kontext und teils nur durch den subjektiven Tatbestand verbunden sind.<sup>19</sup> So setzt zum Beispiel Völkermord nicht notwendig eine Tötung

14 Akhavan (Fn.2), 775.

15 Angelehnt an den allerdings recht vagen Artikel 17 des Rom-Status, der den ICC (einschließlich des Chefanklagers) autorisiert, Fälle abzuweisen, die „nicht eine ausreichende Schwere besitzen, um ein Tätigwerden des Gerichts zu rechtfertigen“. Vgl. die Analyse von William Schabas, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, *Journal of International Criminal Justice* 2008, 736-41.

16 Margaret DeGuzman, *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, *Fordham International Law Journal* 2008, 1465.

17 Siehe z.B. *Prosecutor v Musema*, Case No ICTR-96-13-T, Judgment (27. Januar 2000), S.981; *Prosecutor v Kambanda*, Case No ICTR-97-23-S, Judgment (4. September 1998), S.1417.

18 Allison M Danner, *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Sentencing*, *Virginia Law Review* 2001, 470-83.

19 So auch der Einwand von Kevin Jon Heller, *Situational Gravity under the Rome Statute*, in Carsten Stahn/Larissa von den Herik (Hrsg.), *Future Directions in International Criminal Justice*, 2009, 6.

voraus, sondern kann tatbestandlich auch durch Vergewaltigung oder Zwangs-umsiedlung verwirklicht werden. Und das Jugoslawien-Tribunal, das mit einer Vielzahl unterschiedlicher Verbrechen befasst ist, hat es selbst für diese unterschiedlichen Völkermord-Begehungsvarianten (Tötung, Vergewaltigung, Zwangsumsiedlung) abgelehnt, eine in jedem Fall gültige Rangfolge der Schwere festzulegen, weil dies „too rigid and mechanistic“ sei.<sup>20</sup>

Auch die Anklagebehörde am ICC hat vorsichtigerweise nur ganz grob das bekräftigt, was unter (modernen) Strafrechtssystemen weltweit Konsens sein dürfte: dass Verbrechen, die zum Tod führen, abstrakt am schwersten wiegen, und dass Vergewaltigungen „also at the level of highest gravity“ sind. Gleichzeitig hat die ICC-Anklagebehörde aber betont, dass die relative Qualität bestimmter Verbrechen nicht nur von deren abstrakter Art bestimmt wird, sondern auch von der konkreten Form der Tatbegehung sowie, schließlich, der Wirkung („impact“).<sup>21</sup> Dies sind alles nachvollziehbare Kriterien. Ihre Häufung verdeutlicht eine berechtigte Vorsicht der Entscheider, die sich nicht auf lediglich ein Entscheidungskriterium festlegen wollen, bevor sie nicht die Umstände des Einzelfalls kennen. Der Entscheidungsprozess der ICC-Anklagebehörde, die zwischen Tausenden möglicher Angeklagter stets eine winzige Auswahl zu treffen hat, ist somit aber – darum ging es ja eigentlich – nicht wirklich vorhersehbarer geworden.

Anstatt sich auf eine unflexible abstrakte Rangfolge der Verbrechen festzulegen, haben internationale Gerichte in ihrem Bemühen um eine irgendwie objektivierbare Gewichtung nun mehrmals ein ganz anderes Kriterium in den Vordergrund gerückt, quasi eine Zusammenfassung aller bisherigen vagen Einzelkriterien. Die von den Anklägern gestellte Frage lautet dann: Welches Verbrechen hat in der internationalen Gemeinschaft am meisten Entsetzen („social alarm“) ausgelöst, sodass eine Antwort darauf besonders dringend notwendig erscheint? In diesem Sinne hat die Anklagebehörde am Jugoslawien-Tribunal 1998 entschieden, Dragoljub Kunarac und andere für eine Anklage auszuwählen, wegen des systematischen Einsatzes sexueller Gewalt gegen bosnische Musliminnen.<sup>22</sup> Die Anklagebehörde hätte sich stattdessen auch zahlreichen massenhaften Morden zuwenden können, die noch nicht aufgearbeitet waren. Aber die Auswahl von Dragoljub Kunarac erlaubte es den Anklägern, erstmals sexualisierte Gewalt in den Fokus der internationalen Strafjustiz zu rücken und dadurch vor der Weltöffentlichkeit klarzustellen, dass Vergewaltigung ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen kann.<sup>23</sup> Als der ICC-Chefankläger im Lubanga-Fall einen Verdächtigen „nur“ wegen der Rekrutierung von Kindersoldaten vor Gericht brachte, während er gleichzeitig andere, für Massentötungen verantwortliche Verdächtige aus demselben Konfliktgebiet links ließ, stützte sich dies ebenfalls auf dieselbe Idee. „In assessing the gravity of the relevant conduct, due consideration must be given to the social alarm such conduct may have caused in the international community.“<sup>24</sup>

Über welches Verbrechen ist die Weltgemeinschaft besonders entsetzt? Worauf muss deshalb wie dringend geantwortet werden? Auch dieses Kriterium führt nicht zu größerer Objektivität. Denn das „Entsetzen der Weltgemeinschaft“ ist

20 Prosecutor v Furudzija, Case No IT-95-17/1-A, Appeals Judgment, 246.

21 ICC Office of the Prosecutor, Draft for Discussion: Criteria for Selection of Situations and Cases (Juni 2006). Abrufbar unter [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

22 Prosecutor v Kunarac et al, Case No IT-96-23-T & 23/1-T.

23 Vgl. DeGuzman (Fn.16), 1463.

24 Prosecutor v Lubanga, Case No ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, art 58 (10. Februar 2006), Rn.46. Ganz in diesem Sinne argumentiert Heller (Fn.19), 9-14.

eine Formel, die leicht vergessen lässt, dass die einzelnen Gesellschaften, aus denen sich diese Weltgemeinschaft zusammensetzt, gerade im Punkt ihrer Sensibilität für verschiedene Verbrechen sehr heterogen sind. Wo es um das Entsetzen über beispielsweise sexualisierte Gewalt oder die Verletzung von Kinderrechten geht, da gehen die Prioritäten weit auseinander. Damit soll hier nicht einem moralischen Relativismus das Wort geredet werden. Vielmehr geht es nur um einen soziologischen Punkt: Es gibt nicht einen weltweit gültigen Einheits-Standard, nach dem bestimmte Verbrechen „die Menschheit“ stets mehr entsetzen würden als andere. Selbst wenn man das Entsetzen objektiv messen könnte, was man freilich nicht kann,<sup>25</sup> hätte die ICC-Berufungskammer noch immer recht mit ihrer Kritik, dass dieses „Entsetzens“-Kriterium „depends upon subjective and contingent reactions to crimes rather than upon their objective gravity“.<sup>26</sup> Empörung ist oft flüchtig.

Auch wenn man die bis hierhin geschilderten Einzelkriterien alle summieren würde, bliebe es am Ende doch wahrscheinlich, dass ein Konsens bestenfalls so weit reichen würde, dass man eine grobe Gruppe der gewichtigsten Verbrechen („of the highest gravity“) aus einem Kriegsgeschehen einkreisen kann, nicht aber, dass man ein mathematisch präzises und über jede Diskussion erhabenes Ranking der Verbrechen bekommt. Deshalb bleibt ein zweiter Auswahl-Schritt unausweichlich.<sup>27</sup> Wie legt die Anklagebehörde innerhalb dieser eingekreisten Gruppe ihre Prioritäten fest?

#### 4. Wenn es denn ums Politik-Machen geht: Woher nimmt die Staatsanwaltschaft dann die demokratische Legitimation hierzu?

Die extrem hohe Selektivität der internationalen Strafjustiz scheint unumgänglich zu sein. Eine Möglichkeit für diese Justiz, die nötigen Auswahlentscheidungen schlicht im Wege einer allen politischen Diskussionen entthobenen Subsumtion zu lösen, ist – zumindest vom gegenwärtigen Standpunkt aus – nicht vorstellbar. Das Politische lässt sich nicht weg-regulieren, trotz aller ehrenwerten Versuche.

Wer somit zu der Überzeugung gelangt, dass Auswahlentscheidungen der hier geschilderten Art letztlich nie ganz objektiv, nie ganz frei von politischen Wertungen, möglich sind, der oder die steht vor der anschließenden Frage: Woher nimmt die Staatsanwaltschaft am ICC dann die Berechtigung, diese Selektivitäts-Entscheidungen auf Basis ihrer eigenen politischen Wertungen zu treffen? Diese Entscheidungen stellen ja die Ausübung politischer Macht dar; sie verleihen der einen politischen/militärischen Seite in einem Konflikt moralische Legitimität, während sie der anderen Seite diese Legitimität nehmen. Wenn die Anklagebehörde am ICC solche Macht und solche Verantwortung hat, sollte sie dann nicht

25 Um einen besonders hohen Grad an Entsetzen („social alarm“) im Fall Abu Garda (Angriffe auf Peace-keeper) zu belegen, verwies der ICC-Chefkläger auf offizielle Statements der Afrikanischen Union sowie des UN-Sicherheitsrats, die diese Angriffe „verurteilt“ hatten, vgl. ICC Prosecutor, Situation in Darfur, The Sudan (ICC-02-05-162), Summary of the Prosecutor’s Application under Article 58 (20. November 2008), Rn.7. Allerdings hatten dieselben politischen Organe natürlich auch diverse andere Verbrechen „verurteilt“, innerhalb wie außerhalb von Darfur. Mehr noch, warum sollten Statements der Afrikanischen Union die maßgebliche Ansicht der „Weltgemeinschaft“ besser widerspiegeln als Statements zum Beispiel der Staaten Ostasiens?

26 Vgl. DeGuzman (Fn.16), 1426–29.

27 So auch ebd., 1415: „The prosecutor may only select cases within a situation for prosecution that meet the gravity threshold for admissibility. The prosecutor has complete discretion however, in selecting among admissible cases.“

in irgendeiner Form einer demokratischen Kontrolle unterstehen, die diese Machtausübung legitimiert?

Befände man sich im nationalen Kontext, die Antwort wäre simpel. Sie würde lauten: Ja, selbstverständlich. Das liberal-rechtsstaatliche Ideal der Unabhängigkeit der Justiz bezieht sich auf Richter, nicht auf Staatsanwälte. Staatsanwälte, die zwischen verschiedenen Delikten zu priorisieren haben, sind in fast allen Demokratien an eine Form der demokratischen Kontrolle gebunden,<sup>28</sup> das deutsche Recht betont die Einbindung des Staatsanwalts in eine Hierarchie- und Legitimationskette der Exekutive sogar besonders stark.<sup>29</sup> Der Staatsanwalt vertritt im Gerichtssaal die Gesellschaft als Ganzes, also braucht er auch von dieser Gesellschaft ein Mandat.

Sollte dies im internationalen Kontext anders sein? Jürgen Habermas argumentiert in diese Richtung, wenn er schreibt, die von der internationalen Strafgerichtsbarkeit angewandten Kernnormen besäßen eine derart hohe Legitimität, dass auf eine besondere Legitimation der Normanwender notfalls auch verzichtet werden könne.<sup>30</sup> Dieses Sonderstrafrecht fordert ja wirklich nur das letzte Minimum an Humanität ein, und wenn man nichts Vernünftiges einwenden kann gegen dieses materielle Recht – so Habermas' Argument –, was sollte man dann Vernünftiges einwenden können gegen die Anwendung dieses Rechts? Das geht am eigentlichen Problem aber vorbei, denn es geht gar nicht um die Legitimität des Rechts als solches, sondern um seine sehr selektive Anwendung, und dabei kann dann durchaus vieles richtig oder falsch gemacht werden.

Im Gegenteil spricht sogar viel dafür, dass in Den Haag der Ruf nach einer demokratischen Kontrolle der Anklage so viel Gewicht hat wie nirgends sonst. Allison Danner weist darauf hin, dass ein Ankläger an einem internationalen Tribunal oder Gerichtshof die Macht hat, ein Individuum zumindest in den Augen der Weltöffentlichkeit als Kriegsverbrecher zu brandmarken, selbst wenn es dann nie zum Prozess kommt.<sup>31</sup> Der Politikwissenschaftler Robert Sloane ergänzt treffend, dass Tribunale die Macht haben, „to disempower elites through stigma and reputational injury“.<sup>32</sup> Und dabei hat der Ankläger in Den Haag, wenn er aus vielen Tausenden von Fällen nur eine Handvoll aussucht, auch einen viel größeren Ermessensspielraum als jeder Ankläger in einem nationalen System. Welche Instanz ist dazu geeignet, die ICC-Chefanklägerin zu beaufsichtigen und dadurch demokratisch zu legitimieren? Das ist letztlich die Kernfrage. Und auch hier will dieser Aufsatz nicht vorspiegeln, eine auflösende Antwort zu haben. Man steht letztlich vor einem Dilemma.

Auf der einen Seite wäre es im internationalen Kontext naheliegend, sich auf der Suche nach einem demokratischen Kontrollorgan an den UN-Sicherheitsrat zu halten, als Exekutiv-Organ der Weltgemeinschaft. Dieser Gedanke lag in den 1990er Jahren den UN-Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda zugrunde. Allerdings ist es eine Fiktion, dass der UN-Sicherheitsrat tatsächlich

28 Vgl. den Überblick über die Regelungen in einigen westlichen Demokratien bei Allison Danner, Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court, *American Journal of International Law* 2003, 512f.

29 Deshalb hatte die Bundesrepublik bei den internationalen Verhandlungen über die Ausgestaltung eines künftigen Internationalen Strafgerichtshofs anfangs (1994) auch darauf gedrängt, dem internationalen Ankläger bloß nicht zu viel Unabhängigkeit vom UN-Sicherheitsrat zuzugestehen, vgl. Steinke (Fn. 9), 96-100. Bald darauf freilich sollte die Bundesrepublik sich sehr erfolgreich für das genaue Gegenteil starkmachen.

30 Jürgen Habermas, *Der Gespaltene Westen*, 2004, 139.

31 Danner, Enhancing (Fn.28), 521.

32 Robert Sloane, The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law, *Standford Journal of International Law* 2007, 74.

„die Staatengemeinschaft“ repräsentieren würde: Die 15 Mitglieder des Sicherheitsrat – von denen 10 regelmäßig rotieren und verschiedene Weltregionen repräsentieren sollen –, bilden zwar diejenige Instanz, die einer „Weltregierung“ derzeit am nächsten kommt. Aber diese Instanz ist nicht demokratisch, da die fünf ständigen Mitglieder, die am meisten Macht haben, nicht auf Wahlen angewiesen sind. Mit anderen Worten, wenn man diesen UN-Sicherheitsrat damit beauftragt, eine internationale Anklagebehörde zu beaufsichtigen, dann nähert man sich zwar dem Ziel einer demokratischen Kontrolle ein wenig an, verfehlt es letztlich aber doch deutlich. – Ein anderes, ebenfalls naheliegendes Modell bestünde darin, ein basisdemokratisches Organ wie die UN-Vollversammlung die Aufsicht ausüben zu lassen. In der UN-Vollversammlung gilt „one country, one vote“. Allerdings ist auch das nicht so demokratisch, wie es klingt – nicht nur deshalb, weil bevölkerungsreiche Staaten wie Indien oder China von Kleinstaaten wie Liechtenstein oder Luxemburg überstimmt werden können, sondern auch deshalb, weil ein großer Teil der Staaten innerlich nicht demokratisch konstituiert ist. Rein praktisch ist auch darauf hingewiesen worden, dass ein solches großes Forum von Staaten zwar vielleicht bis zu einem gewissen Grad als Legislative funktionieren kann, nicht aber in der Lage ist, als Exekutivorgan effektiv und detailliert Fachaufsicht zu üben.<sup>33</sup> Ein Forum wie die UN-Vollversammlung – oder die Versammlung der ICC-Vertragsstaaten – müsste dazu wohl erst einmal ein Verwaltungsorgan einsetzen.<sup>34</sup> Historisch ist dies auch bereits geschehen: eben durch die Einsetzung des Sicherheitsrats, weshalb diese Instanz noch immer als die logische erste Wahl erscheint.<sup>35</sup>

Wenn diese Lösung demokratisch unbefriedigend ist, dann ist es die Alternative dazu allerdings erst recht: Eine ICC-Chefanklägerin, die vollkommen unabhängig von der Politik agieren kann, wie dies die meisten Gründerstaaten des 1998 geschaffenen ICC-Statuts am Ende wollten,<sup>36</sup> ist damit demokratischer Kontrolle entbunden. Die bloße „moral accountability“ gegenüber „der Menschheit“, die Vertreter von Nichtregierungsorganisationen gelegentlich nennen, bleibt eine recht durchsichtig hohle Formel, weil die zahlreichen politisch delikaten Fragen, mit denen die ICC-Chefanklägerin betraut ist, eben gerade deshalb so delikat sind, weil es in der Menschheit eine Vielzahl konträrer Ansichten dazu gibt.

33 Danner, Enhancing (Fn.28), 524.

34 DeGuzman (Fn.16), 1462, spricht sich deshalb für eine „more active role“ der Versammlung der ICC-Vertragsstaaten „in the selecton of situations and/or cases“ aus, „for example through a standing committee“.

35 So z.B. Alexander Greenawalt, Justice without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court, *NYU Journal of International Law* 1996, 664.

36 Die Chefanklägerin wird laut dem ICC-Statut zwar von der Versammlung der ICC-Vertragsstaaten gewählt – aber es ist eine Wahl für eine einzige neunjährige Amtszeit ohne die Möglichkeit der Verlängerung und praktisch ohne die Möglichkeit einer Abberufung, was der Chefanklägerin einen Grad an Unabhängigkeit von der Politik sichert, wie ihn im nationalen Recht beispielweise Richter des Bundesverfassungsgerichts genießen.