

Strafrechtswissenschaft und Völkerstrafrecht

Sieben Impressionen zu Anspruch und Wirklichkeit

*Michael Bohlander, Durham University**

A. Einleitung¹

Der frühere deutsche Richter an der gemeinsamen Rechtsmittelkammer der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda (IStGHJ bzw. IStGHR), Wolfgang Schomburg, hatte 2007 in seinem abweichenden Sondervotum im Fall *Muhimana* folgendes ausgeführt:

“Before continuing, I would like to apologize for restricting my following comments to German law and jurisprudence. Unfortunately, the workload does not allow for in-depth comparative research. However, the quoted regulations and case law may serve as an example for many similar systems.”²

Schomburg beklagte damit die Unmöglichkeit, der nach dem methodologischen Anspruch in der Rechtsvergleichung erforderlichen Sorgfalt in der richterlichen Praxis nachzukommen. Daran hat sich nach der Erfahrung des Verfassers als internationaler Richter und als Völkerstrafrechtslehrer bis heute nichts wesentliches geändert. Man kann daraus ein generelles Problem der Verfügbarkeit gerichtlicher Ressourcen für umfassende rechtvergleichende Forschung ablesen, wo diese nötig wird, zumal es zum kleinen Einmaleins der Rechtsvergleichung gehört, dass der simple Schluss vom eigenen System auf andere generell unzulässig ist, und seien diese auch Teil derselben sogenannten „Rechtsfamilie“, z.B. common law oder civil law. Es ist daher zu vermuten, dass es sich bei dem o.g. Zitat um eine Art aus der Not geborener Schutzbehauptung handeln dürfte.

Claus Kreß hat 2014 diese Einsicht dahingehend extrapoliert, dass die internationale Rechtswissenschaft als sogenanntes „Invisible College“ fungieren solle, um dem Völkerstrafrecht als dogmatisches Entwicklungslabor, als rechtspolitische Beratungsinstanz

* Der Verfasser gibt lediglich seine persönliche Meinung wieder.

¹ Viele der in diesem Beitrag angesprochenen Themen beruhen auf früheren Veröffentlichungen des Verfassers, mit der Ausnahme von Teilen der 2. und der 7. Impression, soweit sie die vergleichende Tabelle und die Entwicklung um das Gutachten des MPI Freiburg von 2005 seit 2013 betreffen. Zur Vermeidung der ständigen Wiederholung von Selbstziten bzw. sekundären Derivatvzitaten und zur weitestgehenden Beibehaltung des Vortragsformats wird daher hier generell auf die betreffenden Werke verwiesen und die Zahl der Fußnoten auf das Minimum beschränkt. Zu den erwähnten Vorveröffentlichungen s. Bohlander, *Article 36 - Qualifications, nomination and election of judges*. In Ambos (Hrsg.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C H Beck/Hart/Nomos, 4. Aufl, 2021, 1446 – 1457; id.; *Nullum crimen sine poena – Zur Unberechenbarkeit völkerstrafrechtlicher Lehrenbildung*. in Alwart et al (Hrsg.) *Freiheitsverluste in Recht, Rechtsregime und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, 2014, 45 – 64; id.; *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 491 – 513; id. *Leiden Journal of International Law* 24(2), 2011, 393 – 410; id., *Indian Yearbook of International Law and Policy*, 2010, 326 – 340; id.; *New Criminal Law Review* 12(4) 2009, 529 – 542

² *Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-95-1B-A, Appeals Chamber Judgment vom 21. Mai 2007, para. 9 des abweichenden Sondervotums von Richter Schomburg.

und als empirische Kontrollinstanz verbunden mit der Rechtspolitikberatung³ zu dienen. Dieser Beitrag will anhand einiger Impressionen der Frage nachgehen, inwieweit dies seither gelungen ist und welche Hürden ggf. noch bestehen, mit einem besonderen Augenmerk auf die Rolle der Wissenschaft (verstanden als Forschung und Lehre) im Kontext der Rechtseinheit und Rechtssicherheit im Völkerstrafrecht, der realen Parameter der Diskussion im Völkerstrafrecht und einiger nicht-rechtlicher Faktoren im Völkerstrafrecht.

Auf die viel fundamentalere Frage nach dem Wert des Gedankens eines Völkerstrafrechts überhaupt seit dem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg des ständigen UN-Sicherheitsratsmitglieds Russland gegen die Ukraine vom 24. Februar 2022, sowie angesichts der prinzipienlosen und erzpragmatischen Haltung Chinas als zweitem ständigem Sicherheitsratsmitglied, der bestenfalls lauwarmen Reaktion des globalen Südens und Ostens und der daraus wohl auf absehbare Zeit folgenden grundlegenden Aufhebung – oder zumindest Suspendierung – der regelbasierten Weltordnung soll dabei allerdings nicht eingegangen werden: Die Sorge muss aber ausgesprochen werden, ob es sich dabei in der Sache vielleicht nur noch um ein Projekt der geopolitisch nordwestlichen Hemisphäre handeln könnte.

B. Impression I – Wer bestimmt die gegenwärtige Diskussion im Völkerstrafrecht?

Zum einen ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis der Rechtsvergleichung zum allgemeinen Völkerrecht zu beachten. Horizontal stehen dabei zunächst einmal die nationalen Rechtsordnungen im Vergleich miteinander, vertikal betrachtet kollidieren nationales Strafrecht und allgemeines Völkerrecht mit den aus ihnen paradigmatisch entspringenden Zielkonflikten von Rechtssicherheit als Grunderwartung des Strafrechts gegenüber der diplomatischen bzw. politischen Flexibilität, die den Beziehungen der Staaten untereinander eignet. Auch das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) von 1998 hat an diesem Befund nicht wirklich etwas geändert, zumal er ohnehin an den anderen existierenden Ad-hoc- und Hybridtribunalen Geltung beansprucht. Aus der Erfahrung des Verfassers als Richter an den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) seit 2015 lässt sich ohne weiteres konstatieren, dass z.B. die Präsenz mehrerer französischer Richter zu einer klaren Betonung nicht nur der französischen Dogmatik, sondern auch der restriktiven und im Ansatz eher positivistischen französischen Praxis bei der Normauslegung und -anwendung führte, was angesichts des hybriden, im Statut z.B. auch auf das internationale Recht verweisenden Charakters der ECCC nur z.T. mit der Tatsache begründet werden kann, dass das moderne kambodschanische Strafverfahren historisch auf dem französischen beruht.

Die Diskussion um die Bestimmung der Quellen der Rechtsvergleichung muss natürlich auch die Parameter von Sprache und Wahrnehmung erfassen. Mit anderen Worten: Geschieht eine linguistische Selektion von Recht qua einer lingua franca? Wie der Verfasser anhand einer Studie der Sprachkenntnisse von Richtern des IStGH und ihrer Mitarbeiter im Jahre 2014 versucht hat nachzuweisen, ist diese Frage mit einem deutlichen „Ja“ zu beantworten. Englisch, gefolgt von Französisch, macht den Löwenanteil dessen aus, was spätestens bei der Befassung der Richter in Kammerbesetzung mit den Ergebnissen der Recherche ihrer Mitarbeiter in ggf. noch verschiedenen Sprachen übrig bleibt. Dazu muss man betonen, dass die allerwenigsten der an den internationalen Tribunalen und Gerichtshöfen tätigen Juristen auch nur den Ansatz

³ Kreß, Towards a Truly Universal Invisible College of International Criminal Lawyers (2014) 13 – 25, online bei www.toaep.org/ops-pdf/4-kress.

einer rechtsvergleichenden Grundbildung besitzen, am wenigsten, wenn sie aus den Ländern des „Common Law“ mit englischer Amtssprache stammen. Was die Sprache in der Forschung angeht, führt dies ohne weiteres zu der Sorge um den Sinn deutschsprachiger Veröffentlichungen im Völkerstrafrecht – wer kann diese lesen bzw. in einer der gängigen Arbeitssprachen übersetzen? Auch die Sprache in der gerichtlichen Praxis ist nicht gegen dieses Phänomen gefeit. Schließlich führt der Zustand auch zu „ausgeblendeten“ Erdteilen in der Diskussion zum internationalen Strafrecht. So ist es z.B. äußerst selten, Referenzen auf die Rechtsordnungen etwa von Russland, muslimischer Rechtsgemeinschaften in der sogenannten MENA-Region und darüber hinaus, Afrika – vor allem soweit es nicht um überkommene Kolonialrechtsordnungen, sondern um indigene Lösungen geht –, China (trotz chinesischer internationaler Richter etwa am IStGHJ), sowie Zentral-, Ost-, Süd- und Südostasien zu finden.

C. Impression II – Veröffentlichungspraxis der beiden führenden Zeitschriften im Völkerstrafrecht

Der soeben behandelten Frage, wer überhaupt an der wissenschaftlichen Diskussion teilnimmt, steht die nun zu betrachtende an Relevanz in nichts nach: Worüber wird überhaupt geredet? Als Beispiel hierfür soll die die Veröffentlichungspraxis der beiden führenden Zeitschriften im Völkerstrafrecht, der *International Criminal Law Review* (ICLR) und des *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) vom jeweiligen Jahr ihrer Gründung bis 2020 dienen, die in Tabelle 1 im Überblick zusammengefasst sind. Dabei handelt es sich um Impressionen, nicht um statistisch exakte Kategorisierungen: Die Zahlen enthalten Überlappungen, falls mehrere Kategorien erfüllt waren, daher sind Summenbildungen oder Prozentberechnungen nicht sinnvoll iSv echter Statistik.

[Tabelle 1 hier einfügen]

Folgendes Bild schält sich bei näherer Betrachtung heraus: Der hohe Anteil an Analyse im materiellen und prozessualen Recht täuscht, da sich die Aufsätze auf einige Kernthemen beschränken und nicht wenige von ihnen in eine oder mehrere der empirisch/geschichtlich/biografisch/philosophisch/politischen Kategorien fallen, wobei diese oft ohne direkten Mehrwert für die Praxis sind. Es schien über den Auswertungszeitraum relativ wenig direkte Rechtstatsachenforschung anhand der Praxis gegeben zu haben. Man findet einen sehr hohen Anteil an Rechtsprechungskommentierung, die naturgemäß mehr reaktiv als proaktiv sein muss. Weiterhin gibt es viele Symposiumsbände vor allem im JICJ, was wohl nicht zuletzt dem publizistischen Drang der Herausgeber und Autoren geschuldet sein mag, die ersten zu sein, die etwas zu neuen Entwicklungen veröffentlichen. M.E. finden sich dann auch immer wieder nicht unwesentliche Überschneidungen zwischen den einzelnen Symposiumsbeiträgen. Rechtsvergleichung findet überwiegend nur anhand von Einzeldarstellungen nationaler Rechtsordnungen und oft von Fallbesprechungen statt. Eine systematische Befassung iSd „Invisible College“ von Kreß kann bisher nicht wirklich festgestellt werden. Das leitet über zur dritten Impression.

D. Impression III – Die Rolle der Kommentarliteratur

Manche, unter ihnen auch der Jubilar Heike Jung, sind der Auffassung, dass juristische Kommentare eine mehr oder minder singulär-deutsche Publikationsform sind. In der

rechtstatsächlichen Tendenz wird man dem wohl bis auf weiteres noch zustimmen müssen; dies sollte aber nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass mancherorts reges Interesse an ihr besteht, so z.B. in China.⁴

Karl Binding hatte in der ZStW 1881 geklagt: „Seit dem Untergange der Spruchfakultäten hat die Theorie in Deutschland jeden Anlaß zur Teilnahme an der Praxis verloren“.⁵ In Deutschland hat Binding ganz offensichtlich nicht Recht behalten. Im Völkerstrafrecht hat dieses deutsche Beispiel für eine volle Interaktion zwischen Wissenschaft und Praxis und die Beförderung der Diskussion in dogmatischer und z.T. auch rechtspolitischer Sicht aber noch kein Pendant gefunden, ist m.E. noch zu sehr den Anfangsstadien der eher glossierenden Rechts(sprechungs)kompendien verhaftet und hat nicht denselben Grad an pro-aktiver Durchdringung der Materie erreicht. Dieser Befund besteht ungeachtet der Tatsache, dass z.B. der führende Kommentar zum Recht des IStGH, begründet von dem Deutschen Otto Triffterer, seit nunmehr zwei Auflagen seit 2016 von einem anderen weltweit führenden deutschen Völkerstrafrechtler, Kai Ambos, herausgegeben wird. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Bearbeitung nicht in einer Hand liegt, sondern von einer Vielzahl von Kommentatoren aus der ganzen Welt geleistet wird, von denen beileibe nicht alle mit dem deutschen Duktus eines Kommentars vertraut sind.

E. Impression IV – Völkerstrafrecht ist mehr als die Kernverbrechen

Wie oben schon angesprochen, beschäftigt sich die völkerstrafrechtliche Literatur außerhalb der Kommentarliteratur dem Anschein nach ganz überwiegend mit einer begrenzten Anzahl von Themen und ist eher reaktiv als pro-aktiv. Insbesondere die wissenschaftlich strukturierte Durchdringung des Prozessrechts als zentral bedeutsames Handwerk wird vernachlässigt und mehr oder weniger den gerichtlichen Akteuren zur Selbstentwicklung vor Ort überlassen, wobei nicht zu verkennen ist, dass die Komfortzone der Betroffenen eine große Rolle spielt, vor allem wenn sie vorher schon in anderen internationalen Tribunalen tätig waren – der sogenannte „Wanderzirkus-Effekt“, der ganz deutlich beim Special Tribunal for Lebanon hervor trat.⁶

Der Überbetonung der Behandlung der einzelnen Verbrechen-kategorien (Angriffskrieg, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) im Schrifttum steht immer noch ein eher uneinheitliches Bild bei der Erarbeitung allgemeiner Grundsätze zu Problemen des Allgemeinen Teils und auch noch mancher allgemeiner Fragen des Besonderen Teils gegenüber. Der Respekt der Richter an den jeweiligen Gerichten für die Meinung der Wissenschaft zu solchen Fragen variiert auch erheblich je nach der Stellung der Wissenschaft in ihrem „Heimatsystem“, und nicht selten ist die schon erwähnte „Gatekeeper“-Funktion der Mitarbeiter ein wesentliches Moment bei der Frage, welche Quellen die Richter als letztlich entscheidungsbefugte Akteure als für eine Entscheidung relevant ansehen. Wie der Verfasser an anderer Stelle ausgeführt hat, leiden darunter natürlich die Konsistenz der Rechtsprechung und die Möglichkeiten jeglicher Lehrenbildung.

⁴ Bohlander (2021) Peking University Law Journal, Online First: <https://doi.org/10.1080/20517483.2021.1978676>

⁵ Binding, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander, ZStW 1881, 4, 26,

⁶ Bohlander, Netherlands Yearbook of International Law 2015, 331.

F. Impression V – Die nicht-rechtliche Praxisumgebung des Völkerstrafrechts

Die Wissenschaft hat einen nur begrenzten Einflussspielraum verglichen mit den praktischen Sachzwängen, die aus dem nicht-rechtlichen Bereich in die juristische Sphäre hineinragen. Insbesondere der Einfluss der Politik ist nicht zu unterschätzen, wie es der Verfasser an den ECCC persönlich erfahren musste. Justizförmige Verfahren mit den ihnen eigenen Konturen vertragen sich nicht oder nur in sehr begrenztem Maße mit Bemühungen um diplomatische Konfliktlösung und mangelnden Verständnis der politischen Akteure. Dies konnte durchaus kafkaeske Züge annehmen, als z.B. zwei Kontrolleure aus dem Office of Internal Oversight Services (OIOS) der UN den Verfasser anlässlich einer Visitation bei den ECCC befragten, was denn eigentlich die Rolle eines Anklägers sei.

Anders als bei nationalen Gerichtsbarkeiten, die idR über verfassungsrechtlich abgesicherte Haushaltsgrundlagen verfügen, ist finanzielle Planungssicherheit bei internationalen Gerichten oft vom Wohlwollen der sogenannten „Stakeholders“ abhängig, d.h. der Geberländer. Dies führt rasch zu der Frage, ob man so viel Geld bekommt, wie es die Gerechtigkeit verlangt, oder nur so viel Gerechtigkeit leisten kann, wie es das Geld erlaubt.

Die richterliche Unabhängigkeit wird zunehmend durch die Bestimmung von Effizienzkriterien international/isiert/er Gerichte unterminiert. „Key performance indicators“ und „value for money“ werden immer öfter gegen die zugestandenermaßen oft überlange Verfahrensdauer vor internationalen Gerichten ins Feld geführt. Richter, die – wie am IStGH geschehen – sich bei einem Jahresgehalt von rd. 200.000 € mit ihrem Dienstherr über weitere 30.000 € streiten, die ihnen zu ihren Kollegen am Internationalen Gerichtshof (IGH) fehlen, oder die – wie z.T. auch am IGH selbst – einen Teil ihrer Zeit auf lukrative externe Gutachten verwenden, dürfen dabei allerdings zu Recht auf wenig Gegenliebe rechnen, wenn man ihnen vorwirft, ihr bisheriges Gehalt nicht verdient zu haben. M.E. hing und hängt ein Großteil des Verzögerungspotentials damit zusammen, dass fast keine der internationalen Richter in ihren nationalen Systemen zuvor in der Leitung komplexer Großverfahren wie etwa wegen Terrorismus oder organisierter Kriminalität Erfahrungen sammeln konnten, die ihnen in ihrem neuen Umfeld erlauben würden, schnell und ohne lange Fristen zur schriftlichen Stellungnahme durch die Parteien Entscheidungen ad hoc ins Protokoll zu diktieren.⁷

G. Impression VI – Wissenschaft als Katalysator der (Fort-)Bildung auch im nicht-rechtlichen/politischen Bereich

Wenn unter F. gesagt wurde, dass die Wissenschaft aktuell wenig gegenüber dem Einfluss der Politik auszurichten vermag, so ist dies dennoch kein Grund, sie aus der Verantwortung zu entlassen, wenn es um mittel- bis langfristige Bemühungen für eine Bewusstseinsänderung in der Politik geht.

Eine detailliertere Kenntnis der betreffenden Punkte seitens der politischen Entscheidungsträger wäre von großem Vorteil. So könnte die Wissenschaft zum „awareness building“ beitragen, indem die Eckpunkte solcher Rechtsgebiete wie etwa Richterselektion und

⁷ Zu diesem ganzen Komplex, s. Bohlander (2018) *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2019, 22 – 67 m.w.N.

-ernennung sowie ein einheitliches Dienstrecht systematisch untersucht und einer stimmigen Lösung zugeführt würden.⁸

Man sollte die wissenschaftliche Unterstützung einer institutionalisierten „Internationalen Akademie für Völkerstrafrecht“, ggf. als Netzwerk nationaler Richterakademien, der ERA etc. ins Auge fassen. In neuerer Zeit würde sich hierfür unter Umständen insbesondere die Internationale Akademie Nürnberger Prinzipien anbieten. Das Fernziel einer solchen Einrichtung könnte – und sollte – die Bildung eines Kandidatenpools und die Bindung der Richterernennung an internationalen Strafgerichten an den Besuch der Akademie sein, etwa auf der Grundlage von CPD-Kursen (weitere berufliche Bildung), wie sie bei der Rechtsanwaltschaft generell schon lange existieren. Alle Kategorien von Akteuren würden ggf. von dem Besuch eines Masterstudiengangs „Theorie und Praxis der internationalen Strafrechtspflege“ auf Englisch profitieren, bevor sie eine praktische Tätigkeit im internationalen Bereich aufnehmen. Der Phantasie sind hier wenige Grenzen gesetzt.

H. Impression VII – Möglichkeiten der Umsetzung und Hindernisse in der Praxis: Das MPI-Gutachten für den IStGHJ zur Beteiligungslehre von 2005 als Fallstudie

Man sollte meinen, der wissenschaftliche Beitrag zur Debatte im Völkerstrafrecht sei frei zugänglich und seine Diskussion durch alle Beteiligten zu begrüßen. Allerdings setzt das auch eine Haltung voraus, die Untersuchungen zu rechtlichen Fragen nicht als „Eigentum“ einer Partei betrachtet, der es zusteht, die Ergebnisse zu unterdrücken, wenn sie ihren eigenen Ansichten und Absichten zuwiderlaufen. Genau das ist aber im Falle des MPI-Gutachtens geschehen, obgleich es letztlich beim untauglichen Versuch blieb. Diese Affäre verdient eine erheblich ausgedehntere Darstellung als die vorherigen Impressionen, zumal das folgende Material zum weitaus größten Teil bisher unveröffentlicht ist. Zur Einführung in das Problem sei hier zunächst Fußnote 55 aus dem früheren Beitrag zur Lehrenbildung⁹ im Völkerstrafrecht der Einfachheit halber *verbatim* wiedergegeben:

„Ein rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Verfahren gegen Blagoje Simic zu Fragen der Zurechnung strafbaren Verhaltens mit dem Titel „Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks, Expert Opinion, Commissioned by the United Nations – International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Office of the Prosecutor – Project Coordination: Prof. Dr. U. Sieber., Priv. Doz. Dr. H.-G. Koch, J.M. Simon, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, Germany“, von 2006 wurde zwar seinem Titel nach von der Staatsanwaltschaft des JStGH in Auftrag gegeben, aber – im Gegensatz etwa zu dem MPI-Gutachten in Nikolic zur Strafzumessung – nicht von ihr oder der Registry des JStGH öffentlich zugänglich gemacht: Eine freie Textsuche in der Datenbank des JStGH (<http://icr.icty.org/>) mit dem Suchbegriff „Sieber“ brachte mehrere Treffer bezüglich des Nikolic-Gutachtens, aber nur einen zu dem oben genannten in Simic, nämlich

⁸ Auch die Einrichtung einer Form richterlicher Selbstverwaltung auf der internationalen Ebene ist bedenkenswert, s. Bohlander, *Separation of Powers and the International Judiciary – A vision of institutional judicial independence in international law*; in Shetreet/Forsyth (Hrsg.) *Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 269 – 280

⁹ Bohlander in Alwart (Fn. 1), 63.

Auszüge in einer dissenting opinion von Richter Schomburg in der Sache Prosecutor v. Blagoje Simic, Case No. IT-95-9-A, Appeal Judgment vom 28.11.2006, paras. 2f., 11–21 und 23, online verfügbar unter <http://www.icty.org/case/simic/4> (Stand: 26.6.2014). – Das Gutachten selbst als Exhibit ist nicht zu finden. Das Press Office des JStGH teilte dem Verfasser per E-Mail vom 22.2.2013 auf Anfrage Folgendes mit: „We have also searched our public records database and [were] not able to find [the] report. This means that for some reason, the report is filed confidentially and we would not be able to provide the public copies.“ Wie ein Rechtsgutachten zur Verschlussache werden bzw. als solche dennoch in extenso in einem Urteil zitiert werden kann, ohne dass wenigstens nachträglich eine Schwärzung der exzerpierten Passagen erfolgen würde, bleibt allerdings eine ungeklärte Frage. Aus dem Zusammenhang der dissenting opinion ergibt sich allerdings relativ zwanglos, dass das Gutachten zu der am JStGH vorherrschenden Meinung, welche das JCE bevorzugte, ein starkes argumentatives Gegengewicht dargestellt haben dürfte. Auf nochmalige Nachfrage angesichts dieser Punkte antwortete das Press Office mit einer weiteren E-Mail vom selben Tag: „I have just searched again through 800 document titles and I still could not find the report. I also spoke to OTP about it and they do not have the report either. [. . .]“ – Das MPI selbst listet eine Zusammenfassung über das Gutachten ausdrücklich in seinem Forschungsbericht 2006, online verfügbar unter <http://www.mpg.de/453722/forschungsSchwerpunkt?c=166478> (Stand: 26.6.2014), aber einen Link zu dem Gutachten selbst gibt es auch auf der Webpage des MPI nicht.“

Der Link zu der vollen deutschen Zusammenfassung des Gutachtens existierte zur Zeit der Abfassung dieses Beitrages im Juni 2022 noch.¹⁰

Die Angelegenheit beruhte auf sich bis zum August 2021, als dem Verfasser in anderem Zusammenhang eine öffentliche Entscheidung des Residual Mechanism für den IStGHR vom 28. Juni 2019 in die Hände fiel, in dessen Fußnote 45 ein durch die Anklagebehörde (Office of the Prosecutor – OTP) eingereichtes Exzerpt aus dem MPI-Gutachten zitiert wurde.¹¹ Zum damaligen Zeitpunkt war das OTP beider Gerichte de facto zusammengelegt worden, so dass eines klar war: Die Auskunft des OTP von 2013, man habe das Gutachten nicht, entsprach nicht der Wahrheit. Dieser Befund weckte sofort den kriminalistischen Spürsinn des Verfassers, und die Suche begann erneut.¹²

Am 28. August 2021 verfasste er eine E-Mail an das jetzige MPI mit einer Erklärung des Hintergrundes und der Bitte um weitere Klärung und ob eine Überlassung des Gutachtens möglich sei. Die Antwort des MPI vom selben Tag war:

„[I]ch fürchte nein – wir haben keinen Zugriff auf Vorgänge aus der Zeit der emeritierten Direktoren.“

¹⁰ Online bei: www.mpg.de/453722/forschungsSchwerpunkt?force_lang=de.

¹¹ Prosecutor v. Maximilien Turinabo et al., Case No. MICT-18-116-PT, Decision on Prosecution Appeal Against Decision on Challenges to Jurisdiction vom 28. Juni 2019

¹² Alle im Folgenden erwähnten E-Mails liegen dem Verfasser vor. Keine von ihnen wurde von den Absendern als vertraulich bezeichnet. Allerdings wurde auf die Nennung der Namen der oft lediglich im Auftrag korrespondierenden Personen im Interesse der Diskretion verzichtet. Sie wurden in der jeweiligen Originalsprache belassen.

Am 31. August 2021 folgte dem eine E-Mail an eine dem Verfasser persönlich bekannte ehemalige Staatsanwältin beim IStGHJ, ob sie sich an das Gutachten erinnern könne und ihm ggf. Zugang verschaffen könne – vergeblich. Am 1. September 2021 wurde nochmals beim MPI nachgefragt mit der Bemerkung:

„M.E. sollte doch das Gutachten dem MPI und nicht den jeweiligen Direktoren zugeordnet sein, so dass es doch davon ein Exemplar in den Archiven geben müsste.“

Alternativ wurde um die gültige E-Mailadresse des Hauptautoren gebeten. Auf die o.g. Frage wurde in der Antwort vom selben Tage nicht mehr eingegangen, aber die E-Mailadresse mitgeteilt. Ebenfalls am selben Tage schrieb der Verfasser an den Hauptautor, mit einer Erklärung des Hintergrundes und der folgenden Anmerkung:

„Das Gutachten, wie ich gestern bemerkte, wurde aber 2019 in der beigefügten Entscheidung des RMICT/ICTR in Fn 45 zitiert und von OTP im Rahmen des diesbezüglichen Rechtsmittels auszugsweise als Anlage beigefügt. OTP hat es also doch und es kann nicht mehr vertraulich sein, wenn es das je war. Ich finde es sehr mysteriös, dass es scheinbar unmöglich ist, ein Exemplar dieses Gutachtens zu erhalten und man könnte leicht der Verschwörungstheorie erliegen, dass es ggf. unterdrückt werden soll, weil es der (damals) vorherrschenden JCE-Theorie widerspricht. Ich würde mich sehr freuen, wenn Sie dazu etwas zur Klärung beitragen könnten.“

Die Anfrage ist bis heute unbeantwortet geblieben.

Da es sich abzeichnete, dass multiple Ermittlungsstränge notwendig sein würden, hatte der Verfasser auch schon am 31. August 2021 eine erneute Anfrage bei dem Archiv des Residual Mechanism wegen der Überlassung eines Exemplars gestellt. Die Antwort vom 9. September 2021 lautete:

„I have had a look in the Unified Court Records (UCR) database and was only able to locate the Book of Authorities referenced in the MICT-18-116 document, which contains Part 1 of the Max Planck study mentioned in your E-Mail [...] Please note that you will need to be logged into the database before being able to access the record. I have been unable to locate the entire report, but it is possible that it is in the database. You may wish to continue looking for it in the UCR, using the guidance provided in the UCR User Guide. In case you have not yet come across it, you may also be interested in Dr. Sieber's other expert report titled "The Punishment of Serious Crimes - A comparative analysis of sentencing law and practice. [...].“¹³

Die Antwort des Verfassers vom selben Tage lautete wie folgt:

„I have already found the book of authorities you mention. I have scoured the UCR for the report with different search terms but cannot find it, and apparently neither can you, even as the records focal point. The other report by Sieber is known to me but irrelevant

¹³ Die Antwort enthielt die URLs der Dokumente, die hier nicht wiedergegeben werden sollen.

in this context. I have been looking for this report since 2014, when I found it cited in a dissenting opinion at the ICTY. At the time, I was told by the ICTY Press Office

- first), that the report was possibly confidential (how can a law report be confidential?)
- and then), that the Press Office could not find it, either, and OTP had been asked and said that they also did not have the report.

In 2021, I find out that that the OTP used the report in 2019 at the ICTR-MICT in a public filing, so you will understand my surprise: The report is after all not confidential and the OTP has and in fact uses it. The Max-Planck Institute itself tells me they do no longer have it. A request to Professor Sieber himself remains unanswered to this day. The judge who used it in the dissent at the time does not have a copy anymore. My query with a former senior ICTY-OTP staff was unsuccessful. I find this highly suspicious and it does not take much imagination to make some people wonder whether the full report is possibly being suppressed for whatever reason. I am sure that cannot be the case. I will take this matter up elsewhere now.”

Dem folgte noch am selben Tage eine E-Mail an das OTP selbst, auf die erst am 8. Oktober 2021 wie folgt reagiert wurde:

„We have been looking into this and I regret to inform you that the report is internal work product and therefore confidential. To assist you, we have made efforts to determine whether any other part of the report than the you already is aware [sic!] of has been filed in cases as part of the ICTY, ICTR or IRMCT public records. Like the Registry, we have not found any such records.”

Es soll hier nicht im Detail auf die Frage eingegangen werden, ob das Gutachten spätestens angesichts seiner Verwendung, schon gar in öffentlicher Form, in einem der Gegenpartei zugestellten Schriftsatz überhaupt noch als „internal work product“ bezeichnet werden kann – es kann nicht –, denn schon am 9. Oktober 2021 ergab sich eine überraschende Wende: In einer Art letztem Verzweiflungsschlag hatte der Verfasser den vollen Titel des Gutachtens einfach in Google eingegeben und es stellte sich bald heraus, dass es schon im Jahre 2011 – lange bevor der Verfasser dort Untersuchungsrichter wurde – als öffentliches Dokument in voller Länge von dem Verteidiger Michael G. Karnavas in einem anderen Verfahren während der öffentlichen Hauptverhandlung in 1. Instanz vor den ECCC zu den Akten gereicht worden war.¹⁴ Wie Herr Karnavas dem Verfasser im Rahmen einer Whatsapp-Konversation mitteilte, hatte er das Gutachten vor Jahren direkt vom MPI bezogen, von wo es übrigens auch Richter Schomburg bekommen hatte¹⁵, und es seither immer wieder öffentlich in Bezug genommen bzw. an seine Kollegen weitergereicht. In para. 20 des obigen Schriftsatzes betonte Karnavas zudem, dass das OTP das Gutachten „consistently ignored“ habe. Einer Bitte des Verfassers vom 9. Oktober 2021 an die Verwaltung des ECCC, die Anlage auf die öffentlich zugängliche Webseite der ECCC zu stellen, wurde mit Verweis auf urheberrechtliche Bedenken nicht Folge

¹⁴ Annex E100/2.1.6 zu *Ieng Sary's Response to the Co-Prosecutor's Request etc.* vom 22. Juli 2011, Case No. 002/19-09-2007-ECCC/TC, Dokumenten-Nr. E100/2.

¹⁵ Richter Schomburg überließ nach eigenen Angaben sein Exemplar der Bibliothek des IStGHJ, aus der es später verschwand.

geleistet – eine nicht ganz nachvollziehbare Auskunft, da etwa ein vor der Rechtsmittelkammer der ECCC eingereichter Artikel des Verfassers aus dem Criminal Law Forum sehr wohl in toto öffentlich eingestellt wurde.¹⁶

Die Dinge sollten aber noch skurriler werden. Am 10. Oktober 2021 fragte der Verfasser bei der Bibliothek des IStGH nach:

„I just scoured the ICC library search engine and the legal tools page but could not find a reference to this report by the Max-Planck Institute for the OTP-ICTY from 2005: Max Planck Study, Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks (Expert Opinion, Commissioned by the United Nations-ICTY-OTP), Project Coordination: Prof. Dr. Ulrich Sieber). It has, however, been referred to in a number of filings before the ICC. Does the library carry a copy of this?“

Die Antwort vom 11. Oktober 2021:

„I am following up on your question about a library copy of Max Planck Study, Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks. We do not hold this in our collection so we reached out to our colleagues in the Library community to assist us. A ZIP copy of the document has been made available to us. It is too large to send by E-Mail, so I am first attaching the overall table of contents. If there is a section/sections you require, we could try and send them individually. Otherwise we may be able to use a file hosting service such as WeTransfer to send you the complete ZIP file.“

Die ZIP-Datei wurde dem Verfasser umgehend zugesandt, ohne jegliche Beschränkung des Gebrauchs. Auf die Frage, ob das Gutachten nunmehr den Beständen des IStGH einverleibt würde und ob externe Forscher darauf zugreifen könnten, antwortete der IStGH am 12. Oktober 2021:

„As this is an often-cited but difficult to find resource, we will indeed add it to our ICC Library holdings. Once it has been catalogued, I will inform you with a permalink to it. With relation to the document requested by you, we will, in principle, provide a copy to the researchers if they request it, provided they comply with fair use. Something to note though, we will not be making the resource accessible publicly, so if external researchers request access, we will share it via a file sharing application like WeTransfer. As well, our public catalogue isn't indexed by search engines, so somebody who is interested in the materials held by the ICC Library, will have to search our holdings separately <https://www.icc-cpi.int/about/registry/Pages/icc-library.aspx>.“

Am 12. Oktober 2021 wollte der Verfasser zusätzlich testen, ob das Gutachten auch bei den Kosovo Specialist Chambers (KSC) vorlag, bei denen er ebenfalls als Richter tätig ist, und sandte folgende E-Mail an die Bibliothek:

¹⁶ Am 20. Juni 2022 noch verfügbar unter https://eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/doc/%5Bdate-intz%5D/F46_2.1.38_EN.PDF.

„I have for some time been looking for a copy of this report by the Max-Planck Institute for the OTP-ICTY from 2005:

Max Planck Study, Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks (Expert Opinion, Commissioned by the United Nations-ICTY-OTP), Project Coordination: Prof. Dr. Ulrich Sieber).

It has been referred to in a number of filings before the KSC. A search on the court records database turned up no hit for the document itself.

- Does the KSC library carry a copy of this, given Art. 32 of the PD on Filing?¹⁷
- If so, would the KSC Library allow academic researchers and practitioners outside the KSC courtesy access to the document, if it was requested?

I have in the meantime been able to secure a copy, so there is no need for you to get it. I am only interested in the answer to the above questions.”

Zu den Schriftsätzen gehörten *nota bene* auch solche von Verteidigern, die mit Exemplaren arbeiteten, welche ihnen von Michael G. Karnavas überlassen worden waren! Die Bibliothek antwortete am 18. Oktober 2021 zunächst:

„The Max Planck study is present in the library. Regarding the presence of the study in the court record database, I do not have the knowledge to answer your question but will check for you with the CMU. I will get back to you asap on the matters raised by you.”

Es dauerte dann bis zum 13. Dezember 2021, bis zur endgültigen Antwort:

„Thank you again for your E-Mail of 12 October. Since my E-Mail of 18 October, I have liaised with the Court Management Unit regarding your inquiry related to the KSC Practice Direction on Files and Filings. At this time, I can only confirm that we do have the document in our possession in the Library.

Noting that you have access to the document, I can also confirm that the Library services are availed only to Appointed Officials, staff and interns of the KSC-SPO and all parties and participants in proceedings before the Specialist Chambers. As such, it will not be possible for the Library to provide access to this document in our possession to other categories of persons, including academic researchers and practitioners.

We have made additional enquiries from the *libraries of the ICC*, the ICJ and the IRMCT respectively, *whether they have the report in their public collections. The answer is no for all of them, except the IRMCT Library, which informed that their Unified Court Records (UCR) database contains all public judicial records. and it does not contain a full copy of the Max Planck study ‘Participation in Crime: Criminal liability of leaders of criminal groups and networks’.* IRMCT however also advised that a portion of the report was admitted in the Turinabo et al. case. ’ We checked, and only two pages of the report are in fact available.

We have also sent an enquiry to the author of the report, Prof. Dr. Sieber, whose E-Mail appears on the Max Planck Webpage. No reply was received so far. A reminder has been sent and should we hear from him, we will let you know.

Lastly, kindly also be informed that *contact has been taken with the IRMCT-OTP, to determine whether the document is public and can be obtained from them; and if not,*

¹⁷ Diese Vorschrift besagt, dass Dokumente nicht als Annex den Schriftsätzen der Parteien hinzugefügt werden müssen, solange sie in der Bibliothek vorhanden und für die Parteien zugänglich sind.

whether at some point in the future the document may become public. We will also let you know if we hear from the IRMCT on that front.” [Kursivschrift nicht im Original.]

Dies war die letzte Kommunikation in der Sache. Es ist frappierend, dass nach Auskunft der Bibliothek der KSC zum einen der IStGH den Besitz bzw. die Verfügbarkeit des Gutachtens zumindest für die wissenschaftliche Öffentlichkeit geleugnet haben soll, und dass zum andern das Gutachten einer unbestimmten Anzahl von Personen in Verfahren vor den KSC unabhängig vom Bibliotheksbestand zugänglich ist, aber dennoch nach Auffassung der Anklagebehörde eines völlig anderen Gerichts ggf. noch als vertraulich behandelt werden soll. Der Eindruck, dass hier wissenschaftliches „Beweismaterial“ für eine der Anklagebehörde und der h.M. unbequeme Rechtsauffassung¹⁸ unterdrückt werden soll(te), ist m.E. nicht entkräftet worden. Bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände muss man aber wohl schon von einem grob untauglichen Versuch sprechen.

I. Schlussbemerkung

„Das Vollkommene ist der Feind des Guten“¹⁹: Auch wenn die Wissenschaft vielleicht nicht den Grad an Einfluss auf die vor allem praktische Entwicklung des Völkerstrafrechts hat, den sie nach der Meinung mancher erhoffen mag; auch wenn die methodischen Grundlagen der Befassung seitens der richterlichen Praktiker mit dem wissenschaftlich geforderten Grad an Methodenehrlichkeit oft sehr zu wünschen übrig lassen; auch wenn der Einfluss der Politik zu Zeiten übermächtig erscheinen mag, so ist dies kein Grund, seitens der Wissenschaft die Entwicklung des Völkerstrafrechts ex ante und a priori als „cause perdue d’avance“ zu betrachten und sich auf die Kritik der Praxis vom Spielfeldrand zu beschränken.

Letztlich hat nur die unabhängige Wissenschaft die Möglichkeit, das zu tun, was man im Englischen mit „speaking truth to power“ bezeichnet, und den zynischen, aber leider allzu treffenden Aphorismus von Heinz Müller-Dietz Lügen zu strafen: „Recht geht vor Macht. Diese bleibt.“

¹⁸ Man sollte dabei nicht übersehen, dass die extensive Auslegung des Joint Criminal Enterprise (JCE) im Völkerstrafrecht maßgeblich auf die Grundlegung durch den äußerst einflussreichen Richter Antonio Cassese in der Berufungsinstanz im Fall *Tadic* am IStGHJ im Jahr 1999 zurückgeht.

¹⁹ Deutsche Übersetzung des englischen Sprichworts „the perfect is the enemy of the good“, das wiederum angeblich auf ein von Voltaire zitiertes italienisches zurückgeht: „Le meglio e l’inimico del bene“. S. Voltaire, *Questions sur l’Encyclopédie, par des Amateurs*. Vol. 2. Genf, 1770, 250 – online verfügbar bei <https://archive.org/details/questionssurlenc02volt/page/250/mode/2up>.

Tabelle 1

JICJ 2003 – 2020									
	Analyse	Praxis/EB	MatR	ProzR	Rechtsvergl.	Krim/Soz/Phi	Rechtstats.	Geschichte	Politik
Total	374	392	273	384	181	126	7	108	210
						Zusammen: 133		Zusammen: 318	
	Höheres page budget als ICLR		Oft Völkermord, JCE, MoL etc., SGBV, aggression,	Oft victims	Oft Einzeldarstellungen von nationalen Fällen, Gesetzgebung			Hoher Anteil an special symposia zu current events, Personen, retrospectives, Übersetzungen oder Nachdruck alter Quellen etc.	
ICLR 2001 – 2020									
	Analyse	Praxis/EB	MatR	ProzR	Rechtsvergl.	Krim/Soz/Phi	Rechtstats.	Geschichte	Politik
Total	122	86	96	110	48	143	22	21	111
			Davon Großteil Völkermord und SGBV			Zusammen: 165		Zusammen: 132	



Citation on deposit: Bohlander, M. (2023). Strafrechtswissenschaft und Völkerstrafrecht. In D. Brodowski, & A. Morsch (Eds.), Das Recht vorandenken?: Reflexionen über die Rolle der (Straf-)Rechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos

Verlagsgesellschaft. <https://doi.org/10.5771/9783748919100>

For final citation and metadata, visit Durham Research Online URL:

<https://durham-repository.worktribe.com/output/2187963>

Copyright statement: This content can be used for non-commercial, personal study.