

Staatssouveränität vs. Wahrheitsfindung im Völkerstrafrecht Der Fall Schröder und die Vorladung von hohen Staatsfunktionären vor das Internationale Strafgericht für das ehemalige Jugoslawien

Von Marco Bundi * und Simon M. Meisenberg **

** SZIER 2007 Seite 39 **

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Die subpoena im Lichte der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals
 - 1. Der Fall Blaškić
 - 1.1. Die Möglichkeit, gegen einen Staat eine subpoena zu erlassen
 - 1.2. Die Möglichkeit, gegen eine natürliche Person eine subpoena zu erlassen
 - 1.3. Grenzen der subpoena und nationale Sicherheitsinteressen
 - 1.4. Schlussfolgerung: Private oder amtliche Stellung?
 - 2. Der Fall Krstić
 - 2.1. Die Verweisung auf den Blaškić-Fall
 - 2.2. Funktionale Immunität als Schutz vor einer Vorladung unter Strafandrohung?
 - 2.3. Die abweichende Meinung des Richters Shahabuddeen
 - 2.4. Schlussfolgerung: Immunität nur für bestimmte Amtsträger?
 - 3. Der Fall Milošević
 - 3.1. Regel 54 vs. Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung
 - 3.2. Die Voraussetzungen zum Erlass einer subpoena nach Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung
 - 3.2.1. Voraussetzung eines "legitimen forensischen Zwecks"
 - 3.2.2. Voraussetzung des "letzten Auswegs"
- III. Stellungnahme: Immunität als Ausschlussgrund einer Vorladung?

I. Einleitung

Am 9. Dezember 2005 entschied der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH), dass der ehemalige Bundeskanzler Gerhard

** SZIER 2007 Seite 40 **

Schröder und der englische Premierminister Tony Blair nicht als Zeugen im Milošević-Prozess aussagen müssen. Die Bundesrepublik Deutschland und das Vereinigte Königreich hatten sich unter anderem auf die funktionale Immunität berufen. Der JStGH ging auf diesen im Völkerrecht umstrittenen Punkt, ob hohe Amtsträger in einem Strafverfahren eine funktionale Immunität gegen eine Vorladung als Zeugen vor Gericht geniessen, nicht ein, da er schon allgemeinere Voraussetzungen, insbesondere die Erheblichkeit der Aussagen, in Frage stellte und daher den Antrag der Verteidigung ¹ ablehnte.

Die Problematik, Präsidenten, Regierungschefs und hohe Amtsträger als Zeugen vor ein Gericht zu laden, hat mit dem Fall in Sachen "Milošević v. Schröder und Blair" wieder an Aktualität gewonnen - neu ist sie jedoch nicht. So ersuchte beispielsweise 1807 ein Angeklagter eine sog. subpoena duces tecum ² gegen Thomas Jefferson, den damals amtierenden Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika. ³ Die Verteidigung machte geltend, dass der Präsident im Besitze privater Briefe sei, welche für die Beurteilung des Falles von Bedeutung sein könnten. Ferner ersuchte die amerikanische Anklagebehörde 1974 im Fall von US v. Nixon ⁴ mittels einer subpoena duces tecum den amtierenden Präsidenten Richard Nixon, Bänder und Dokumente herauszugeben, welche diverse Gespräche zwischen dem Präsidenten und anderen Mitgliedern des Weissen Hauses beinhalten sollten.

** SZIER 2007 Seite 41 **

Die Zurückhaltung von hohen Amtsträgern, in öffentlichen Völkerstrafprozessen auszusagen und als Zeuge aufzutreten, hat wohl in erster Linie damit zu tun, dass sie mit politischen Fragen konfrontiert werden könnten. Obwohl ein hoher Amtsträger ebenso den "nemo tenetur se ipsum accusare"-Grundsatz ⁵ für sich beanspruchen darf, dürfte eine Berufung auf das Schweigerecht zumindest von

der Öffentlichkeit als Schuldeingeständnis gewertet und somit unmittelbar mit Völkerstraftaten in dem auszusagenden Fall assoziiert werden. Ferner ist die Angst vor einer Blossstellung des amtierenden Politikers durch die Parteien zu nennen. Auch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass, wie im Fall Milošević, in einem adversatorischen Verfahren hochrangige Staatsfunktionäre trotz Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten nur ungern als sogenannte Verteidigungszeugen erscheinen möchten, da eine Assoziierung mit dem Angeklagten auf der politischen Bühne schwer zu erklären sein könnte. Aus diesen Gründen wird verständlich, weshalb sich Staatsoberhäupter ganz allgemein nur sehr widerwillig solchen Prozessen, wenn auch "nur" als Zeugen, stellen.

Bevor auf den Milošević-Fall eingegangen wird, behandeln wir zunächst die Entwicklung und Bedeutung der subpoena im Zusammenhang mit der Entwicklung dieses Instituts vor dem JStGH. In einem zweiten Schritt wird auf den Fall in Sachen "Milošević gegen Schröder und Blair" vom 9. Dezember 2005 eingegangen. Als Schwerpunkt soll hierbei auf die Tragweite der Immunität von Staatsoberhäuptern eingegangen werden. Als Ausblick und Zusammenfassung wird die jetzige Rechtsprechung zusammengefasst und auf gewisse Problempunkte hingewiesen.

II. Die subpoena im Lichte der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals

1. Der Fall Blaškić

Im Fall von Tihomir Blaškić, dem ehemaligen General des kroatischen Verteidigungsrats, der 1993 bosniakische Gemeinden im Lasva-Tal angegriffen hatte,

**** SZIER 2007 Seite 42 ****

musste sich das Tribunal mit der Frage auseinandersetzen, ob gegen den Staat Kroatien und dessen Verteidigungsminister eine subpoena erlassen werden konnte. Die erstinstanzliche Verfahrenskammer bejahte dies.⁶ Die Berufungskammer stellte im Anschluss - entgegen der Verfahrenskammer - fest, dass der Gerichtshof keine Kompetenz beanspruchen könne, eine subpoena gegen einen Staat zu erlassen, da ihm die Möglichkeiten fehlen würden, im Fall einer Nichtbeachtung solcher Verfügungen gegen den missachtenden Staat eine Strafe auszusprechen. Ferner hielt die Berufungskammer allgemein fest, dass sie keine subpoena gegen Amtsträger des jeweiligen Staates erlassen könne.

1.1. Die Möglichkeit, gegen einen Staat eine subpoena zu erlassen

Die Berufungskammer kritisierte zunächst den Ansatz der Verfahrenskammer, die der Meinung war, dass der Gerichtshof die gleichen Möglichkeiten wie ein nationales Gericht haben müsse, um seine Verfahren durchzuführen.⁷ Die Berufungskammer stellte fest, dass der JStGH nicht die gleichen Kompetenzen wie Gerichte souveräner Nationalstaaten habe.⁸ Daher müsse der Gerichtshof die streitige Verfahrensfrage im Lichte der spezifischen Rechtsnatur des Gerichtshofes im internationalen Gefüge entscheiden.⁹

Die Berufungskammer definierte zunächst den Begriff der subpoena.¹⁰ Um den Begriff in Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung¹¹ korrekt auszulegen, berücksichtigte sie einerseits die "common law"-Rechtsprechung, bei der die Verfügung einer subpoena möglichst und die Nichtbefolgung dieser mit Strafen belegt werden kann, und andererseits ging sie vom französischen Wortlaut von Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung aus, der subpoena als "assignation" übersetze, weshalb eine Zuwiderhandlung nicht zwingend eine Strafe nach sich

**** SZIER 2007 Seite 43 ****

ziehen müsse. Davon ausgehend waren demgemäss zwei verschiedene Interpretationen möglich. Die Berufungskammer war der Auffassung, dass der Begriff der subpoena eng auszulegen sei und aufgrund der Strafandrohung nur gegen natürliche Personen, die in privater Eigenschaft handeln, erlassen werden durfte.¹²

In Bezug auf eine Strafandrohung gegen Staaten stellte die Berufungskammer fest, dass das Mittel der subpoena unangemessen sei und dass nur bindende Verfügungen oder Anfragen an Staaten gerichtet werden könnten. Entgegen der Verfahrenskammer ging die Berufungskammer davon aus, dass der Gerichtshof keine direkten Vollstreckungsmöglichkeiten gegen Staaten habe und dass solche nicht in der Kompetenz des Tribunals liegen könnten.¹³ Sie machte geltend, dass ein Staat dem Völkerrecht folgend nur mit Sanktionen durch andere Staaten oder befugte internationale Organisationen, wie die Vereinten Nationen, belegt werden könne. Der Gerichtshof könne jedoch nur über das geltende Völkerrecht hinwegsehen, wenn er eine explizite Ermächtigung in seinem Gründungsakt, vorliegend in Sicherheitsresolution 827 (1993), habe. Diese erachtete die Berufungskammer jedoch vorliegend als

nicht gegeben. ¹⁴

Dennoch hielt die Berufungskammer fest, dass das Tribunal bindende Verfügungen oder Anfragen an einen Staat richten könne. Dies folgerte sie aus der Tatsache, dass Staaten generell durch Artikel 29 des JStGH-Statuts und Paragraph 4 der Sicherheitsratsresolution 827 (1993) zu einer Kooperation verpflichtet seien. ¹⁵ So stellte die Berufungskammer fest, dass die Verpflichtung aus Artikel 29 des JStGH-Statuts eine erga omnes-Verpflichtung gegenüber Staaten enthalte, und berief sich hierbei auf den Internationalen Gerichtshof. ¹⁶

Falls ein Staat nicht nach Artikel 29 des JStGH-Statuts kooperiere, stehe es alleine in der Kompetenz des Sicherheitsrates, diesen nichtkooperierenden Staat zu sanktionieren. ¹⁷ Der Gerichtshof oder der Präsident müssten davon überzeugt sein, dass der Staat seinen Verpflichtungen nicht nachkomme, und sodann den Sicherheitsrat unterrichten, so dass das UN-Organ Massnahmen gegen den nichtkooperierenden Staat einleiten könne. ¹⁸

**** SZIER 2007 Seite 44 ****

1.2. Die Möglichkeit, gegen eine natürliche Person eine *subpoena* zu erlassen

Die Berufungskammer stellte weiter fest, dass der Strafgerichtshof keinen Amtsträger eines Staates, der in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehandelt hat, unter einer Strafandrohung vorladen dürfe. ¹⁹ Es sei ein feststehendes Prinzip im Völkerrecht, dass solche Amtsträger als "Instrument" des jeweiligen Staates handelte, und dass ihre Amtshandlungen ihnen daher nicht persönlich zuzurechnen seien. Sie könnten daher nicht für Handlungen zur Verantwortung gezogen werden, die ihnen selbst nicht zuzurechnen seien. Amtsträgern sei daher eine funktionale Immunität zugestehen. ²⁰ Im Statut fand das Berufungsgericht keine Regelung, die von dem im Völkerrecht anerkannten und generelleren Prinzip Abstand nehmen würde. Daher konnte weder ein Richter noch die Verfahrenskammer eine subpoena gegen einen Amtsträger eines Staates erlassen. ²¹

Dennoch hielt die Berufungskammer in einem obiter dictum fest, dass die funktionale Immunität dann nicht gelte, wenn Amtsträger in privater Eigenschaft handeln würden. Sie stellte diesbezüglich fest, dass die Errichtung des Gerichtshofes und das Mandat der Strafverfolgung von der horizontalen und traditionellen bilateralen Rechtshilfe Abstand genommen und eine vertikale Beziehung zwischen dem Individuum und dem Gerichtshof geschaffen habe. Sinn und Zweck des Mandates beinhalte eine Zuständigkeit über Individuen, die zur Wahrheitsfindung beitragen könnten. ²² Bei einer Nichtbeachtung der Vorladung könne sich der Strafgerichtshof an die nationalen Behörden richten, um Vollstreckung und anschließende Sanktionen zu erreichen, er könne aber auch selber Strafen für Nichtbefolgung seiner Verfügungen verhängen.

1.3. Grenzen der *subpoena* und nationale Sicherheitsinteressen

Ebenso wie die erstinstanzliche Verfahrenskammer bestätigte die Berufungskammer, dass es angemessen sei, dass ein Richter oder eine Verfahrenskammer eine Vorprüfung vornehmen dürfe. Ebenso bestätigte sie die Auffassung der Verfahrenskammer, dass bei Vorliegen nationaler Sicherheitsinteressen weitere, einschränkendere Massnahmen ergriffen werden müssten und in einem solchen

**** SZIER 2007 Seite 45 ****

Fall die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden könne. ²³ Jedoch stellte sie ausdrücklich fest, dass nationale Sicherheitsinteressen keinen Ausschlussgrund für die Herausgabe von Dokumenten oder die Vorladung von Zeugen sein dürften. Hierbei verwies sie wiederum auf Artikel 29 des JStGH-Statuts, der keine Ausnahme von der Pflicht von Staaten, mit dem Tribunal zu kooperieren, gewähren würde, selbst wenn nationale Sicherheitsinteressen betroffen seien. Ferner würde eine Ausnahme bei Gefährdung nationaler Sicherheitsinteressen das Mandat des Gerichtshofes beeinträchtigen. Um nationalen Bedenken gerecht zu werden, hat die Berufungskammer einen ganzen Katalog von Möglichkeiten aufgeführt, welche diesen Rechnung tragen sollen. ²⁴

1.4. Schlussfolgerung: Private oder amtliche Stellung?

Im Blaškic-Entscheid hat sich die Berufungskammer der Verfahrenskammer nicht angeschlossen und den Erlass von Verfügungen unter Strafandrohung gegen Kroatien und dessen Verteidigungsminister nicht erlaubt. Erstmals jedoch setzte sich die Berufungskammer in diesem Entscheid mit der Frage bzw. der Beziehung von Staaten zum JStGH auseinander. Auch wenn die Möglichkeit, subpoenae zu erlassen, aufgrund der fehlenden Vollstreckungsmöglichkeit der Strafe gegen Staaten abgelehnt

wurde, so lässt sie hingegen bindende Verfügungen zu. Weigert sich ein Staat, diesen zu folgen, so erfolgt ein Bericht an den UN-Sicherheitsrat, der die geeigneten Massnahmen trifft. Als Massnahmen kommen hierbei sowohl wirtschaftliche wie auch diplomatische Sanktionen in Betracht.

In Bezug auf die Vorladung von Amtsträgern lehnt die Berufungskammer die von der Verfahrenskammer vorgebrachte analoge Anwendung des lokalen Rechts ab. Wäre dies der Fall, so könnten Amtsträger jedenfalls dann Immunität beanspruchen, wenn das lokale Recht dies vorsieht. Das Prinzip der funktionalen Immunität stammt aus dem Völkergewohnheitsrecht und wurde als "Act of State"-Lehre bekannt.²⁵ Zweck dieser Lehre besteht darin, dass hohe Amtsträger

**** SZIER 2007 Seite 46 ****

nicht durch das Einmischen anderer Staaten in ihrer Amtsführung beeinträchtigt bzw. gehindert werden sollen.²⁶

Die Unterscheidung zwischen Amtsträgern, welche in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit handeln, und Privatpersonen kommt somit grosses Gewicht zu, zumal dem Blaškic-Entscheid folgend nur Letztere vorgeladen werden können. Erstere können allerdings dann vorgeladen werden, wenn sie in privater Eigenschaft handeln. Qualifiziert man Amtsträger als - in den Worten der Berufungskammer - "Instrumente des Staates", so kann man unter Berücksichtigung von Art. 29 des JStGH-Statutes ableiten, dass auch diese mitsamt Staaten an die Entscheidung "gebunden" sind. Eine völkerrechtliche Immunität ist jedenfalls bei solch schweren Verbrechen, bei denen die materielle Wahrheit im Mittelpunkt stehen sollte, nicht angezeigt. Dies umso weniger, als diese Immunität bei Völkerstraftaten von Amtsträgern wegfällt, dann aber bei einem weniger schweren Eingriff, nämlich der Vorladung vor Gericht als Zeuge, plötzlich wieder zum Vorschein tritt. Auch wenn dadurch in die Souveränität des Staates eingegriffen wird, so wird dies nicht von einem anderen Staat, sondern einem "übergeordneten" und von der Völkerrechtsordnung anerkannten Gerichtswesen unter sorgfältiger Prüfung der Voraussetzungen getan.

Bei einer subpoena an Privatpersonen hält die Kammer fest, dass diese mit nationalen Rechtsmitteln und Sanktionen vollstreckt werden. Greifen diese Möglichkeiten nicht, so kann das Tribunal nach wie vor von seinen eigenen Mitteln Gebrauch machen und ein sog. Contempt-Verfahren wegen Missachtung der Verfügung einleiten. Dieses kann notfalls in Abwesenheit des Beschuldigten geführt werden. Zu Recht wird dies allgemein als kritisch angesehen, zumal die Rechte des Angeklagten auf ein faires Verfahren, insbesondere mit Hinblick auf das in Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR und Art. 6 Abs. 1 EMRK statuierte Anwesenheitsrecht des Angeklagten, gewahrt werden müssen. Hier sei insbesondere auf den Fall Colozza gegen Italien²⁷ hingewiesen, wonach eine Person, welcher eine Straftat angelastet wird, nicht selbst nachweisen muss, dass sie sich der Gerichtsbarkeit entzogen hat oder dass ihre Abwesenheit auf höherer Gewalt basiert. Bei anderen Angeklagten hält Regel 62 der JStGH-Verfahrensordnung unter anderem ausdrücklich fest, dass diese die Anklageschrift erhalten haben müssen und vor Gericht zu erscheinen haben, um das Verfahren gegen sie eröffnen zu können. Dass dasselbe Vorgehen nicht bei Contempt-Verfahren angewandt wird, scheint aus den genannten Gründen fragwürdig.

**** SZIER 2007 Seite 47 ****

2. Der Fall Krstić

Am 1. Juli 2003 entschied die Berufungskammer eine vom Angeklagten Radislav Krstić erhobene Berufung.²⁸ Der Beschwerdeführer reichte ein Gesuch um Erlass von zwei subpoenae ein, um zwei potenzielle Zeugen zur Teilnahme an einer Befragung vorzuladen.²⁹ Das Treffen sollte der Verteidigung die Möglichkeit einräumen, die potenziellen Zeugen vor einer allfälligen Einvernahme vor Gericht bereits im Voraus zu befragen.³⁰

2.1. Die Verweisung auf den Blaškic-Fall

Die Berufungskammer verwies mehrfach in ihrer Entscheidung auf den oben besprochenen Blaškic-Fall und setzte sich damit ausführlich auseinander. In einem ersten Schritt hielt die Berufungskammer fest, dass Letzterer in einem obiter dictum die Herausgabe von Dokumenten betraf. Die entsprechende subpoena sei im Blaškic-Fall von der Verteidigung in der Folge - wie gesehen - an die Republik Kroatien und den damals amtierenden Verteidigungsminister zugestellt worden, um diverse Dokumente herauszuverlangen. Die fraglichen Dokumente, welche amtlicher Natur waren, hätten allerdings nur durch den Staat oder durch einen Beamten der zuständigen Behörde herausgegeben werden können. Nur diese seien in der Lage, diese herauszugeben. In diesem Sinne hätte das Gesuch um Erlass einer subpoena an den Verteidigungsminister um Herausgabe von Dokumenten von

vornherein abgelehnt werden müssen. ³¹

Die Berufungskammer folgerte daraus, dass sich die Blaškic-Entscheidung nicht direkt mit der Frage befasste, ob eine subpoena an eine Person erlassen werden dürfe, welche als Amtsträger in hoheitlicher Funktion als Augenzeuge Zeugnis ablege. Diese Auslegung sei jedoch nur bei einem Gesuch um Herausgabe von Dokumenten zu berücksichtigen, denn anders als bei amtlichen Dokumenten könne der Staat selbst kein Zeugnis ablegen. Letzteres könne nur eine natürliche Person als Zeuge tun. ³²

**** SZIER 2007 Seite 48 ****

2.2. Funktionale Immunität als Schutz vor einer Vorladung unter Strafandrohung?

Die einzige Entscheidung, welche die Berufungskammer im Fall von Blaškic getroffen habe, so die Berufungskammer im Krstic-Fall weiter, und die in diesem Fall relevant sei, betreffe die Frage der funktionalen Immunität, die ein Amtsträger möglicherweise in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit als Augenzeuge genieße. Die Tragweite, nicht die Existenz der funktionalen Immunität sei im zu entscheidenden Krstic-Fall umstritten. ³³

Unter Berufung auf den Blaškic-Fall gelangte die Berufungskammer in Krstic in einem Zwischenergebnis zum Schluss, dass dem Staat hoheitliche Handlungen zugerechnet würden und daher die Staaten für die Amtsträger eine funktionale Immunität vor "ausländischer Gerichtsbarkeit" beanspruchen könnten. Diese Regel gelte eindeutig für zwischenstaatliche Beziehungen, doch müsse sie auch in Beziehungen zu internationalen Strafgerichten berücksichtigt werden. ³⁴ Die Berufungskammer hielt weiter fest, dass alle im Blaškic-Fall zitierten Entscheide sich ausschliesslich auf die Frage der Immunität vor einer Strafverfolgung beziehen würden. Dass eine solche funktionale Immunität zwischen den Staaten Geltung beanspruche (diese Frage wurde jedoch vorliegend offengelassen), sei zwar möglich, jedoch könne eine solche Immunität vor internationalen Strafgerichten nicht beansprucht werden. ³⁵ Dies habe bereits das Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (IMG-Statut) festgehalten und sei auch in Artikel 7 Abs. 2 des JStGH-Statutes ausdrücklich bestimmt. ³⁶

Aus diesen Überlegungen folgerte die Berufungskammer, dass die Ablehnung des Erlasses von subpoenae gegen Amtsträger, in hoheitlicher Stellung agierend, durch die Berufungskammer im Blaškic-Fall nur auf die Herausgabe von amtlichen Dokumenten bezogen werden könne. ³⁷ Die Berufungskammer stellte deshalb nicht fest, dass die funktionale Immunität den Erlass einer subpoena gegen einen Amtsträger allgemein ausschliesse. Eine solche Immunität würde schlechthin nicht existieren. Da sich im Krstic-Fall keine weiteren Fragen im Hinblick auf die verschiedenen Dienstgrade und Funktionen von

**** SZIER 2007 Seite 49 ****

Amtsträgern stellten, welche sich allenfalls auf ihre Immunität berufen könnten, wurde diese Frage insofern offengelassen. ³⁸

Jedoch hielt die Berufungskammer fest, dass ein Amtsträger nicht zu einer Zeugenaussage gezwungen werden könne, wenn Fragen zur Debatte stünden, welche von Regel 70 der JStGH-Verfahrensordnung ³⁹ gedeckt würden, oder wenn die Beantwortung dieser Fragen aufgrund einer zugesicherten Vertraulichkeit der Quelle verweigert werden könne. ⁴⁰ Werde der Zeuge mit Fragen konfrontiert, welche die nationale Sicherheit betreffen, so könne er sich analog auf Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung ⁴¹ berufen. ⁴²

Die Mehrheit der Berufungskammer kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Voraussetzungen für den Erlass der beiden subpoenae gegeben waren, weshalb entsprechend verfahren wurde. ⁴³

2.3. Die abweichende Meinung des Richters *Shahabuddeen*

Ganz klar gegen die Mehrheitsentscheidung sprach sich Richter Mohamed Shahabuddeen aus, der in seinem Votum Schwächen der Entscheidung aufzeigte. Er war dezidiert der Auffassung, dass ein Amtsträger, welcher gewisse Tatsachen während seiner Amtszeit gesehen oder von solchen gehört hat, nicht zum Zeugnis gezwungen werden könne. ⁴⁴

**** SZIER 2007 Seite 50 ****

Seiner Meinung nach war die Blaškic-Entscheidung in dem zu entscheidenden Fall Krstic nicht mehr

relevant, da die revidierte Fassung der JStGH-Verfahrensordnung⁴⁵ nunmehr massgebend sei und der Blaškic Fall nach altem Recht entschieden worden sei.⁴⁶ Doch auch unter Berücksichtigung des Blaškic-Falls sei darauf zu schliessen, dass sich dieser Fall nicht nur auf Dokumente, sondern auf alle Informationen, welche während der offiziellen Amtstätigkeit erlangt worden sind, beziehe.⁴⁷ Er begründete dies mit einer historischen Auslegung der Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung und dass diese unter Berücksichtigung des Blaškic-Entscheides entworfen worden sei. Diese neue Norm beziehe sich deshalb auf beides, Dokumente und Informationen, die während der Amtszeit erlangt würden. Diese hätten demnach nur vom Staat und nicht von einem Beamten mittels Erlass einer subpoena erlangt werden können. Deshalb habe man, gerade um den nationalen Sicherheitsbedürfnissen der Staaten Rechnung zu tragen, diese Norm kreiert, um solche Informationen mittels bindender Verfügung zu erhalten. Seiner Meinung nach wäre die Schaffung der neuen Norm sinnlos gewesen, hätte man diese Informationen vom Beamten mittels subpoena erlangen können. Es sei deshalb zwingend anzunehmen, dass die neue Norm die Möglichkeit zum Erlass einer subpoena gegen Amtsträger ausgeschlossen habe. Er betont noch einmal, dass, wenn dies nach wie vor mittels subpoena möglich wäre, die Umsetzung von Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung sinnlos gewesen wäre.⁴⁸

Die Berufungskammer habe sich zudem in der Blaškic-Entscheidung nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die funktionale Immunität mit der Errichtung internationaler Strafgerichtstribunale automatisch überwunden worden sei. Seiner Meinung nach war dies nicht der Fall, zumal auch kein Verzicht der Staaten auf die Immunität vorliege.⁴⁹

Deshalb verstand er den Blaškic-Entscheid in dem Sinne, dass bei erlangten Tatsachen zwischen solchen, welche in privater und hoheitlicher Tätigkeit erlangt wurden, unterschieden werden müsse. Er kam grundsätzlich zum gleichen Ergebnis wie die Mehrheitsentscheidung, war jedoch der Meinung, dass im Sinne der Blaškic-Entscheidung unterschieden werden müsse, ob die potenziellen Zeugen im fraglichen Zeitraum hoheitlich oder privat agierten. In diesem

**** SZIER 2007 Seite 51 ****

Sinne sprach er sich dafür aus, dass das Resultat mit einer bindenden Verfügung hätte erreicht werden müssen.⁵⁰

In einem zweiten Schritt lehnte Richter Shahabuddeen die von seinen Kollegen vertretene Auffassung ab, dass ein potenzieller Zeuge gezwungen werden könne, an einer Befragung teilzunehmen.⁵¹ Auf eine Verfahrensentscheidung im Tadic-Fall verweisend, machte er geltend, dass auch in jenem Fall eine bindende Verfügung erlassen worden sei, die den Staat veranlasst habe, mitzuteilen, wo sich die fragliche Person aufgehalten habe, und der Staat aufgefordert worden sei, all seine Möglichkeiten auszuschöpfen, um eine Befragung zu ermöglichen.⁵² In diesem Fall seien entsprechende Vorkehrungen vom Staat getroffen worden, die es der Verteidigung ermöglicht hätten, die Befragung durchzuführen. Er gelangte zur Auffassung, dass das Tribunal zwar die Möglichkeit habe, einen potenziellen Zeugen zu einer Befragung einzuladen und das Treffen zu ermöglichen, dies allerdings nicht erzwungen werden könne.⁵³

2.4. Schlussfolgerung: Immunität nur für bestimmte Amtsträger?

Die Krstic-Entscheidung war - wie bereits aus der abweichenden Meinung Shahabuddeens zu entnehmen ist - umstritten. Der Krstic-Entscheid scheint in Übereinstimmung mit Shahabuddeens Meinung tatsächlich der Blaškic-Entscheidung zu widersprechen. Auch wenn es im letzteren Fall "nur" um die Herausgabe von Dokumenten ging, so scheint das Gericht in der Blaškic-Entscheidung diese Frage allgemeiner beantwortet zu haben, den Schluss zulässt, dass eine subpoena ganz allgemein gegen Amtsträger nicht möglich sei. Diesbezüglich ändert auch die neue gesetzliche Grundlage nichts, welche die bisherige Rechtsprechung "nur" im Hinblick auf die Herausgabe von Dokumenten ergänzt, die Frage nach der Vorladung von Amtsträgern aber weiterhin der "alten" Norm von Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung unterstehen lässt.

Allerdings bleibt festzuhalten, dass die Berufungskammer entgegen der Meinung Shahabuddeens nicht ganz allgemein von einem Verzicht auf Immunität ausgeht, sondern nur für den Entscheid in Sachen Krstic. Die Frage, welche Amtsträger genau eine solche Immunität beanspruchen könnten, lässt sie in der Folge offen. Dies ist bedauerlich, da sie die Frage der verschiedenen Dienstgrade und Stellungen von Amtsträgern und die durchaus damit zusammenhängende Immunitätsfrage in einem weiteren obiter dictum hätte entscheiden

**** SZIER 2007 Seite 52 ****

können, um zukünftige Unklarheiten zu vermeiden. Die Unterscheidung zwischen privater und offizieller Handlung überzeugt nach wie vor nicht, wenn es um die Aufklärung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen geht, da diese oftmals in amtlicher Handlung ausgeführt werden.⁵⁴

3. Der Fall Milošević

Die Verteidigung von Slobodan Milošević ersuchte durch Antrag am 18. August 2005 die Verfahrenskammer um Erlass einer Verfügung gegen das Vereinigte Königreich.⁵⁵ Die Verfügung sollte das Vereinigte Königreich verpflichten, ein Treffen zwischen der Verteidigung und dem Premierminister Tony Blair zu ermöglichen, um diesen zu vernehmen, und ferner das Vereinigte Königreich dazu verpflichten, Vorkehrungen für eine mögliche Vorladung vor Gericht zu treffen.⁵⁶

Bundesrepublik Deutschland, welcher, genauso wie beim Antrag gegen das Vereinigte Königreich, eine Befragung von Amtsträgern ermöglichen und andererseits Vorkehrungen für eine Vorladung vor Gericht treffen sollte.⁵⁷ Unter den vorgesehenen Zeugen befanden sich unter anderem die ehemaligen Bundeskanzler Gerhard Schröder und Helmut Kohl, die ehemaligen Aussenminister Joschka Fischer, Hans-Dietrich Genscher und Klaus Kinkel. Die Verteidigung änderte diesen Antrag in der Folge und konzentrierte sich alleine auf Gerhard Schröder und Tony Blair.⁵⁸

**** SZIER 2007 Seite 53 ****

Die betroffenen Staaten äusserten sich ausführlich zur rechtlichen Grundlage eines solchen Begehrens. Nach Auslegung des Vereinigten Königreichs war der Entscheid in Sachen Krstic, in dem eine subpoena ad testificandum erlassen wurde, im zu entscheidenden Fall von Milošević nicht anwendbar, da es sich bei der Krstic-Entscheidung um einen potenziellen Augenzeugen handelte, der Tatsachen während seiner Amtszeit selbst sah oder von diesen hörte. Im Falle Milošević hingegen gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass der englische Premierminister ein Zeugnis als direkter Augenzeuge ablegen könne. In diesem Sinne sei die Entscheidung Krstic nicht anwendbar. Hingegen sei der Entscheid in Sachen Blaškic anwendbar, welcher auf eine Anwendbarkeit von Art. 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung schliessen lasse - so die Begründung des Vereinigten Königreichs.⁵⁹

Weiter machte das Vereinigte Königreich geltend, dass Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung eine generelle Regel für Verfügungen aufstelle, während Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung eine zusätzliche Regel anführe, wenn eine Verfügung direkt an einen Staat gerichtet sei. In diesem Sinne handle es sich im konkreten Fall um eine Anfrage um Informationen an einen Staat, und es sei dementsprechend nach Art. 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung zu verfahren. Zusammenfassend hielt das Vereinigte Königreich fest, dass zwar der Fall Krstic eine Ausnahme zu Art. 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung aufstelle, dies jedoch nur in sehr engem Rahmen zu verstehen sei, nämlich dann, wenn der potenzielle Zeuge als Augenzeuge auftrete.⁶⁰

Die Bundesrepublik Deutschland andererseits stimmte dem Vereinigten Königreich insofern zu, als im vorliegenden Fall Regel 54^{bis} und nicht Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung Anwendung finde. Die Verteidigung stütze sich einzig auf Regel 54^{bis} JStGH-Verfahrensordnung. Daher habe diese keine Massnahmen gegen Personen, sondern vielmehr gegen Staaten verlangt. Auch wenn in einem zweiten Schritt nicht die von dem Vereinigten Königreich erwähnte Auslegung des Krstic-Urteiles übernommen wurde, so zielt die Begründung in eine ähnliche Richtung. Denn was die Verteidigung letztendlich erlangen wolle, sei nichts anderes als generelle Informationen zur Aussenpolitik der Bundesrepublik Deutschlands und kein persönliches Wissen von Gerhard Schröder. Daraus ergebe sich die Konsequenz, dass weitere andere hochrangige Amtsträger dieselbe Kenntnis hätten wie der ehemalige Bundeskanzler und deshalb die Blaškic-Rechtsprechung zur Anwendung gelangen müsse, mit der Folge, dass keine subpoena gegen den ehemaligen Bundeskanzler selbst gerichtet werden könne.

**** SZIER 2007 Seite 54 ****

3.1. Regel 54 vs. Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung

In einem ersten Schritt prüfte die Verfahrenskammer, ob der Antrag der Verteidigung unter die Bestimmungen von Regel 54 JStGH-Erlass von Vorladungen unter Strafandrohung befasst, oder aber unter die lex specialis der Regel 54^{bis} JStGH-Verfahrensordnung, welche sich spezifisch mit Verfügungen an Staaten befasst, bestimmte Dokumente zu herauszugeben.

Die Verfahrenskammer setzte sich eingehend mit den Entscheidungen in Blaškic und Krstic

auseinander⁶¹ und versuchte durch eine historische Auslegung der Norm eine Lösung zu finden. Zwei Jahre nach Blaškic wurde Regel 54^{bis} in die JStGH Verfahrensordnung aufgenommen, welche die in Blaškic festgehaltene Entscheidung kodifizierte und ausdrücklich festhält, dass die einzig mögliche Verfahrensweise, um Dokumente von Staaten oder Beamten zu erhalten, eine bindende Verfügung an den entsprechenden Staat sei.⁶²

Trotz diametraler Abweichung von der Mehrheitsentscheidung von *Shahabuddeen*⁶³ kam die Verfahrenskammer zum Schluss, dass (i) das Mittel der subpoena der richtige prozessrechtliche Mechanismus ist, um einen Amtsträger ganz allgemein zum Ablegen eines Zeugnisses zu verpflichten, und (ii) dass mit einer subpoena ebenfalls ein Staatsbeamter zur Teilnahme an einer vorgerichtlichen Vernehmung durch einer der Parteien gezwungen werden kann.⁶⁴

Auch wenn es keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Voraussetzungen von der Regel 54 und Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung bzw. dem Erlass einer bindenden Verfügung gegen einen Staat und einer subpoena

**** SZIER 2007 Seite 55 ****

an einen Amtsträger gebe, so seien jedoch die verfahrensrechtlichen Unterschiede beachtlich.⁶⁵

Vorab einmal sei der Adressat zu unterscheiden. Während eine subpoena gegen den Amtsträger selbst, also gegen Tony Blair oder Gerhard Schröder, gerichtet werden müsse, müsse eine bindende Verfügung demgegenüber gegen die Staaten Bundesrepublik Deutschland oder Vereinigten Königreich erlassen werden. Ferner würden sich die beiden Instrumente in der Sanktion bei den Säumnisfolgen unterscheiden. Werde einer subpoena nicht Folge geleistet, so könne ein Contempt-Verfahren wegen Missachtung von (Gerichts-)Verfügungen nach Regel 77 der JStGH-Verfahrensordnung eingeleitet werden.⁶⁶ Bei einer Nichteinhaltung von bindenden Verfügungen erfolge hingegen eine Benachrichtigung durch den Präsidenten des JStGH an den Sicherheitsrat unter Regel 7^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung.⁶⁷

Die Verfahrenskammer erachtete im Milošević-Fall den Erlass einer subpoena als das richtige Mittel und begründete dies damit, dass die Verteidigung um eine Befragung bzw. ein Zeugnis eines individuellen Amtsträgers ersuchte und nicht einen Antrag auf Informationen stellte.

Die Verfahrenskammer stützte ihren Entscheid auf Krstic, wonach das korrekte Vorgehen, um Aussagen von Amtsträgern zu erhalten, nicht Regel 54^{bis}, sondern Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung unterstehe. Dieser Mechanismus beinhalte auch das Recht, den potenziellen Zeugen zu einer Befragung vor dem eigentlichen Zeugnis zu verpflichten. Art. 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung sei demnach auf Anträge beschränkt, welche die Herausgabe amtlicher Dokumente zum Ziel hätten, und nicht auf Anträge, die eine Aussage von Amtsträgern verlangen würden, auch wenn die Information, um die ersucht wird, im Verlaufe der Amtstätigkeit erlangt worden sei. In diesem Sinne stellte die Verfahrenskammer in Milošević fest, dass die Auslegung der beiden Normen durch die Parteien einzig von der abweichenden Meinung Shahabuddeens im Krstic-Fall und nicht von der Mehrheitsentscheidung gedeckt sei.

**** SZIER 2007 Seite 56 ****

Diese Auslegung, so die Verfahrenskammer, gelte dementsprechend für alle Arten von Zeugen. So liess die Verfahrenskammer die Begründung der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs nicht gelten, wonach eine subpoena nur bei unmittelbaren Augenzeugen möglich sei. Auch wenn sich die Berufungskammer im Krstic-Entscheid auf das Augenscheinzeugnis der Amtsträger gestützt habe, so seien keine weiteren Hinweise zu finden, welche auf eine solche Einschränkung des direkten Beweises hinweisen würden. Die Verfahrenskammer zitierte die entsprechende Feststellung der Berufungskammer im Krstic-Entscheid: "a witness who (was) expected to give evidence of what he saw or heard at a time when he was a State official and in the course of exercising his official functions".⁶⁸ Daraus schloss sie, dass dieser Satz auf die Unterscheidung von amtlicher bzw. privater Tätigkeit und in diesem Sinne auf die Immunitätsfragen abziele.

Schliesslich liess das Gericht auch die Begründungen der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs nicht gelten, wonach der Erlass von "subpoenae" nach Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung die Schutzmechanismen von Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung aushebeln solle. Denn dadurch könnten, den Behauptungen der beiden Parteien folgend, immer die Voraussetzungen von Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung dadurch unterlaufen werden, dass der entsprechende Amtsträger nach Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung mit einer subpoena belegt werde und dann Auskunft darüber zu geben habe, was in den relevanten Dokumenten zu finden sei.

Diese Bedenken seien jedoch aus zwei Gründen unbeachtlich. Vorab einmal seien die prozessualen Voraussetzungen von Regel 54 genauso strikt wie diejenigen in Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung. Ferner, wie bereits die Berufungskammer im Fall von Krstic ausgelegt habe, würden die Schutzmechanismen, welche die amtlichen Dokumente unter Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung stellen, mutatis mutandis auch bei einer Zeugenaussage vor Gericht angewandt werden. Wenn der Amtsträger daher vor Gericht Fragen beantworten müsse, welche die nationale Sicherheit betreffen, so könne ein analoges Verfahren nach Art. 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung angewendet werden.

So hielt die Verfahrenskammer in Milošević zusammenfassend fest, dass nach dem Beschwerdeentscheid in Sachen Krstic ein Gesuch um Erlass von Massnahmen, um Amtsträger als Zeugen vorzuladen, unter Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung fallen würde. Diese Auslegung stehe im Einklang mit der

**** SZIER 2007 Seite 57 ****

bisherigen Rechtsprechung.⁶⁹ Somit hat die Verfahrenskammer festgehalten, dass die Anträge, Tony Blair und Gerhard Schröder vorzuladen und einzuvernehmen, als subpoena unter Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung zu behandeln seien.

3.2. Die Voraussetzungen zum Erlass einer subpoena nach Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung

Nachdem die Verfahrenskammer in Milošević in einem ersten Schritt das Begehren der Verteidigung als subpoena nach Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung eingestuft hatte, musste sie klären, ob die Verteidigung die Voraussetzungen für den Erlass der subpoenae erfüllt.

Wie die Berufungskammer bereits mehrfach festgestellt habe, stehe den Verfahrenskammern ein gewisses Ermessen zu, ob der Antragsteller die Voraussetzungen für den Erlass einer subpoena erfülle.⁷⁰ Dieses Ermessen sei deshalb nötig, um zu garantieren, dass das Instrument der subpoenae nicht missbraucht werde.⁷¹ Zugleich habe die Berufungskammer jedoch auch gewarnt, dass subpoenae nicht leichtfertig erlassen werden sollten, da diese zwingende Eingriffe in die Staatssouveränität der Verfahrenskammer mit sich bringen würden.⁷² Umso grössere Sorgfalt sei dort angezeigt, wo eine Partei einen Zeugen befragen möchte, der dies von vornherein abgelehnt habe.⁷³

**** SZIER 2007 Seite 58 ****

Bei der Frage, ob eine subpoena zu erlassen sei, müsse die Strafkammer zwei Modalitäten berücksichtigen und abwägen. Einerseits stelle sich die Frage, ob die fragliche Information, die sich im Besitze des potenziellen Zeugen befinde, auch tatsächlich nötig sei, um gewisse Fragen im Verfahren zu lösen (sog. "legitimate forensic purpose"-Voraussetzung), und andererseits, ob die Information im Besitze des potenziellen Zeugen auch durch andere Mittel erhältlich gemacht werden könne (sog. "last resort"-Voraussetzung).

3.2.1. Voraussetzung eines "legitimen forensischen Zwecks"

Der Erlass einer subpoena, um einen potenziellen Zeugen zu einer Befragung oder als Zeuge selbst zu verpflichten, müsse gemäss Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung in einem ersten Schritt für die Vorbereitung oder das Führen des Prozesses notwendig sein. So habe bereits die Berufungskammer in Sachen Krstic festgehalten, dass der Erlass einer subpoena nach Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung dann notwendig sei, wenn ein legitimer forensischer Zweck ("legitimate forensic purpose") dafür geltend gemacht werden könne.⁷⁴

Die Verfahrenskammer leitete im Milošević-Fall daraus ab, dass Informationen, welche mit einer subpoena erlangt werden sollen, nicht nur hilfreich, sondern von materiellem Interesse sein müssen. Es reiche deshalb nicht aus, dass die ersuchten Informationen möglicherweise für eine Partei hilfreich oder nützlich seien, vielmehr müssten sie von substanzieller und erheblicher Bedeutung für den Angeklagten in Bezug auf klar dargelegte Fragen im Prozess sein. In diesem Sinne müsse der Antragsteller spezifisch darlegen, welche Informationen er vom potenziellen Zeugen erlange wolle, und darüber hinaus den Zusammenhang zwischen der Information und dem Fall darlegen.

3.2.2. Voraussetzung des "letzten Auswegs"

Doch selbst wenn die Strafkammer davon überzeugt sei, dass die erste Voraussetzung des legitimen forensischen Zwecks erfüllt sei, so müsse sie in einem zweiten Schritt prüfen, ob ein Erlass einer

subpoena nicht unverhältnismässig sei, also ob die Information, welche durch die Zeugenaussage erlangt werden solle, nicht durch andere Mittel beschafft werden könne ("last resort").⁷⁵

**** SZIER 2007 Seite 59 ****

Die Verfahrenskammer hielt nach Analyse und Würdigung des vorgebrachten Sachverhaltes fest, dass im Milošević-Fall die Voraussetzungen für den Erlass der subpoenae nicht gegeben seien, da die Verteidigung einerseits nicht genügend dargelegt habe, inwiefern diese Tatsachen den Fall des Angeklagten und wie die Zeugenaussage den Fall auch materiell unterstützen würden. Bereits aufgrund der nicht spezifizierten Materie hat die Verfahrenskammer den Erlass der subpoenae abgewiesen.

Die Verfahrenskammer kam zum Schluss, dass es besonders am Erfordernis des "last resort" fehlte, weil viele Informationen, um die ersucht wurde, besser von militärischen Diensthabenden als von Tony Blair bzw. Gerhard Schröder dargelegt werden könnten. Zudem konnte der Angeklagte laut Verfahrenskammer nicht überzeugend darlegen, inwiefern sich die ersuchten Informationen auf das Urteil hätten auswirken sollen.

III. Stellungnahme: Immunität als Ausschlussgrund einer Vorladung?

Aufgrund der vorgenannten Überlegungen hat die Verfahrenskammer im Milošević-Fall letztlich die Frage offengelassen, ob sich hochrangige Amtsträger auf ihre funktionale Immunität berufen können.⁷⁶

Die Berufungskammer erkennt im Krstić-Fall die funktionale Immunität für Amtsträger, welche Taten in hoheitlicher Funktion ausführen, an. Der Sinn besteht darin, dass diese Handlungen vom Staat getragen und durch den Amtsträger ausgeführt werden.⁷⁷ Jedoch lässt diese Entscheidung die Immunitätsfrage insbesondere für die höchsten staatlichen Ämter, wie Staatsoberhaupt, Regierungschef und Aussenminister, offen.

Ein Rückgriff auf einen weiten Immunitätsbegriff zugunsten der Staatssouveränität ist gerade im Völkerstrafrecht und für die Strafverfolgung vor internationalen Strafgerichten problematisch. Es gilt daher das Spannungsverhältnis zwischen den zwei Grundgedanken des völkerrechtlichen Immunitätsschutzes, des *par in parem non habet iudicium* und der Funktionsfähigkeit des zwischenstaatlichen

**** SZIER 2007 Seite 60 ****

Verkehrs einerseits und der Funktionsfähigkeit des internationalen Strafverfahrens andererseits, zu lösen.

Das moderne Völkerrecht löst dieses Spannungsverhältnis uneingeschränkt zugunsten des Völkerstrafrechts, wenn es um die Ahndung und strafrechtliche Verantwortlichkeit von Völkerstraftaten geht.⁷⁸ Das Prinzip der funktionalen Immunität im Völkerrecht gilt seit den Nürnberg-Prozessen nicht mehr uneingeschränkt. Denn seit der Rechtsprechung des Nürnberg-Tribunals ist anerkannt, dass sich diese funktionale Immunität nicht auf Völkerrechtsverbrechen erstreckt. Solche Verbrechen können nicht mehr nur dem Staate zugerechnet werden. Hierbei wird einerseits sowohl der Staat für die Handlungen verantwortlich gemacht, andererseits aber kann sich die betreffende Person nicht mehr hinter dem Schleier der funktionalen Immunität verstecken.⁷⁹ Dies wird auch durch die Statuten der vier internationalen Strafgerichte festgehalten und bestätigt den Trend im Völkerrecht.⁸⁰ Demnach enthebt die Tatsache, dass jemand als Staatsoberhaupt, Regierungschef oder verantwortlicher Amtsträger gehandelt hat, ihn nicht seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit, sofern es sich um Völkerstrafverbrechen handelt.⁸¹ Dies hat ebenso der Internationale Gerichtshof (IGH) im Haftbefehl vom 11. April 2000 festgehalten.⁸² Dennoch hat sich der IGH zugunsten der funktionalen Immunität von höchsten Amtsträgern als Hindernis der Strafverfolgung durch Nationalstaaten für Völkerstrafverbrechen ausgesprochen. Allerdings findet die Immunität dort ihre Grenzen, wo die Personen ihre Amtsstellung nicht mehr innehaben, was allerdings nur für private und nicht für amtliche Handlungen gilt. Letztere werden nach wie vor als Handlungen des Staates verstanden und darunter subsumiert.

Bislang wurde bei der oben dargestellten Immunität "nur" von der Verfolgung von Völkerstraftaten ausgegangen. Offen bleibt weiterhin die Frage, ob sich der Amtsträger im Fall einer Vorladung auf diese Immunität berufen kann. Daher stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Aufhebung der funktionalen Immunität vor internationalen Gerichten für Völkerstraftaten ebenso für die Vorladung von ebensolchen Amtsträgern gelten soll. Ein *argumentum a minore ad maius* ist hier nicht

angebracht, da eine Anklage wegen Völkerstraftaten

**** SZIER 2007 Seite 61 ****

einen weitaus grösseren Eingriff in die funktionale Immunität darstellt als die nur temporäre Einschränkung durch eine Vorladung.

Die Milošević-Entscheidung gibt zur funktionalen Immunität kein Votum ab. Sie lässt dieses Problem vielmehr offen und weist die Entscheidung ab, da die Voraussetzungen zum Erlass nicht vorlagen. Doch auch dieses Ergebnis impliziert, dass bei hohen Amtsträgern eine gesonderte Prüfung der Vorladung durch das Gericht vorgenommen werden muss. Ein gemeiner Zeuge könnte bei einer Vorladung vor Gericht nicht ausbleiben und dies damit begründen, dass er nichts zum Fall beitragen kann. Ihn würden alle Sanktions- und Vollstreckungsmöglichkeiten des Gerichtes treffen. Insofern bestätigt die Milošević-Entscheidung, dass Amtsträgern eine gesonderte Rolle zukommt und sie eine Sonderstellung als Zeugen genießen. Das Gericht hat die Pflicht, die Notwendigkeit ihres Auftritts zu überprüfen, falls sich diese Art von Zeugen weigern, zu erscheinen. Eine solche gesonderte Prüfung kann aber nicht als Eingeständnis einer absoluten funktionalen Immunität gesehen werden. Eine solche Prüfung durch das Gericht ist richtig und notwendig und lässt sich mit dem Sinn und Zweck der funktionalen Immunität begründen, da nicht unnötig in die Amtsgeschäfte der jeweiligen Personen eingegriffen werden soll. Eine ähnliche Ratio ist beispielsweise in der Strafprozessordnung Deutschlands zu entdecken, die eine Befragung des Bundeskanzlers nur an seinem Amtssitz vorsieht.

83

Hat jedoch die Verfahrenskammer entschieden, dass eine Aussage des Amtsträgers notwendig ist, so kommen die in Blaškić und Krstić geäußerten Gesichtspunkte zur Anwendung und somit die Frage, ob den Amtsträgern eine funktionale Immunität zugestehen ist. Es ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Aussage des JStGH richtig erscheint, dass die Aufhebung der Immunität im Statut nur für die strafrechtliche Verfolgung gilt. In diesem Sinne ist die Blaškić-Entscheidung konsequent, die die mittelbare Zwangsanwendung über den Sicherheitsrat zu konstruieren versucht. Dennoch verkennt diese Ansicht grundlegende Prinzipien, die in der Natur der zu bezeugenden Aussagen liegen. Die Verbrechen, die vor den internationalen Strafgerichten verhandelt werden, sind oft politischer Natur. Dies spiegelt sich in einigen Tatbestandsmerkmalen

**** SZIER 2007 Seite 62 ****

der Verbrechen wider.⁸⁴ Daher ist es nicht sinnvoll, zwischen amtlichen bzw. politischen und privaten Handlungen des Zeugen zu unterscheiden.⁸⁵ Wenn gewisse Verbrechen eine "staatliche Tatbeteiligung" beinhalten, dann wird ein Amtsträger oft nur amtliche Taten bezeugen können. Von diesen will aber der Gerichtshof eine Ausnahme machen. So könnte beispielsweise aufgrund einer möglichen Immunität ein hoher Staatsbeamter über eine von ihm genehmigte Waffentransport kein Zeugnis ablegen, da er diesen in seiner amtlichen Stellung bearbeitet hat. Diese Unterscheidung der privaten und amtlichen Taten, eine Antiquität des Völkerrechts, ergibt im Völkerstrafrecht keinen Sinn - im Gegenteil, es lähmt die Durchsetzung des Völkerstrafrechts geradezu. Ferner ist die mittelbare Anwendung von Zwangsmassnahmen durch den Sicherheitsrat von dessen politischem Willen abhängig, was ebenso wenig zu einer effektiven Strafverfolgung führt. Zudem beeinträchtigt dies die Glaubwürdigkeit der Tribunale, die vom Willen eines hochpolitischen Organs abhängig sind.

Ferner muss man folgende Überlegung anstellen: Der Sicherheitsrat hat dem JStGH mit einem bestimmten Mandat ausgestattet, um Völkerstraftaten, also auch Taten mit einem möglichen politischen Hintergrund, zu verfolgen. Es ist nur logisch anzunehmen, dass der Sicherheitsrat einen effektiven Strafgerichtshof in die Welt setzen wollte, der ebenso eine Abschreckungswirkung in Bezug auf völkerrechtliche Straftaten zeitigt. Daher ist im Dienste der materiellen Wahrheit und auch des Rechts des Angeklagten auf ein faires Verfahren die Beanspruchung der Immunität von Amtsträgern abzulehnen.

Zum Verhältnis zwischen Staatssouveränität und Menschenrechten hat der JStGH in einer seiner ersten Entscheidungen bereits einen Wandel zugunsten

**** SZIER 2007 Seite 63 ****

der Menschenrechte und damit eine Schwächung des Souveränitätsprinzips im Völkerrecht festgestellt:

"A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. (...) If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the

aforementioned dichotomy should gradually lose its weight." ⁸⁶

Diese Feststellung ist allgemein auf ein positives Echo gestossen, da die bis dahin geltende Strafflosigkeit für Makroverbrechen nicht mehr tolerabel erschien. Die Schwächung der Staatssouveränität zugunsten des Schutzes der Opfer internationaler Verbrechen muss jedoch gleichzeitig für den solcher Verbrechen Angeklagten gelten. Es ist nicht einzusehen, warum eine solche Schwächung nur zugunsten der Opfer gelten soll. Um die Glaubwürdigkeit von Völkerrechtsstrafverfahren zu wahren, müssen die Verfahrensrechte der Angeklagten gewährleistet werden. Dies beinhaltet zwingend, dass ein Angeklagter Zeugen benennen darf und notfalls diese durch das Gericht unter Strafandrohung vorgeladen werden können. Das Gericht kann hier zweifelsohne eine "Effektivitätsprüfung" der zu erwartenden Zeugenaussagen vornehmen, aber eine Ablehnung eines Zeugen unter Berufung auf seine funktionale Immunität erscheint mit der oben erwähnten tendenziellen Schwächung der Souveränität der Staaten nicht vereinbar. Dieser Grundgedanke wird in einigen der besprochenen Entscheidungen angepeilt, aber er wird nicht konsequent zu Ende gedacht. Sinn und Zweck des Mandates internationaler Strafgerichtshöfe und damit die Verpflichtung zur Wahrheitsfindung sowie die Gewährleistung der Verfahrensrechte des Angeklagten begründen einen Verzicht auf die Berufung auf die funktionale Immunität höchster Amtsträger als potenzielle Zeugen.

Daher ist grundsätzlich eine weitere Einschränkung der funktionalen Immunität zugunsten eines effektiven Strafverfahrens zu befürworten. Sicherlich ist dem gegenüber einzuwenden, dass mangels effektiver Vollstreckungsmöglichkeiten eine solche rein rechtliche Lösung nicht die politische Durchsetzung gewährleistet. Ein internationales Strafgericht kann jedoch eine rechtliche Lösung nicht deshalb ablehnen, weil seine Entscheidungen politisch nur sehr schwer durchsetzbar sind, da es auf den "guten Willen" der betroffenen Staaten angewiesen ist. Dies würde allgemein die Glaubwürdigkeit des Gerichtes beeinträchtigen und liesse schwere Zweifel aufkommen lassen, ob das Gericht überhaupt in der Lage ist, die Verfahrensrechte des Angeklagten, insbesondere sein Recht, Zeugen zu benennen, zu gewährleisten.

Eine andere Frage ist jedoch, wie eine Zeugenaussage solcher Personen praktisch vollzogen werden kann. Denn um die Funktionsfähigkeit des

**** SZIER 2007 Seite 64 ****

Strafverfahrens aufrechtzuerhalten, ist es nicht grundsätzlich notwendig, dass die fragliche Person persönlich vor Gericht erscheint. Man könnte beispielsweise, wie in der deutschen Strafprozessordnung, die höchsten Amtsträger eines Staates an ihrem Amtssitz, in Anwesenheit der Anklagebehörde und der Verteidigung, befragen und die Aussage zu Protokoll nehmen. Das Protokoll dieser Aussage könnte sodann in öffentlicher Verhandlung vorgelesen werden oder der Öffentlichkeit durch andere Mittel zugänglich gemacht werden. ⁸⁷ Hierdurch würde ein Motiv für die völkerrechtliche Immunität, nämlich die Funktionsfähigkeit der Amtsführung, berücksichtigt, ohne die Effektivität des Mandates der internationalen Strafgerichte, die Wahrheitsfindung, zu beeinträchtigen.

* RA lic. iur., LL.M., ehemaliger Legal Advisor am Sondergerichtshof für Sierra Leone, jetzt Rechtsanwalt bei Meisser & Partner, Klosters, Schweiz.

** ass. iur., Legal Officer am Sondergerichtshof für Sierra Leone und Research Associate, Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Bochum.

¹ Da sich Slobodan Milošević selbst verteidigt hatte, wurde ihm ein Pflichtverteidiger (vorerst ein "Amicus Curiae" und später "Court appointed Counsel") zur Seite gestellt; siehe hierzu Prosecutor v. Milošević, IT-02-54-AR73.7, "Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel", 1. November 2004.

² Der aus dem angelsächsischen Recht ("common law") stammende Begriff der subpoena ist im kontinental europäischen Recht ("civil law") vielmehr unter dem Institut der Vorladung bekannt. subpoena, vom lateinischen "sub poena" abstammend, bedeutet nichts anderes als "unter Strafe". Die subpoena meint hierbei ganz allgemein eine Vorladungsverfügung, gerichtet an eine Person, welche zu einem spezifischen Zeitpunkt und an einem spezifischen Ort, unter Strafandrohung, zu erscheinen hat. Hierbei werden im Common Law unter dem Begriff der subpoena zwei Varianten unterschieden, einmal die "subpoena duces tecum" und andererseits die "subpoena ad testificandum". Diese Begriffe sind - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - allerdings strikte von sog. bindenden Verfügungen zu unterscheiden, welche sich nicht nur beim Adressaten, sondern auch bei den möglichen Sanktionsfolgen unterscheiden. Unter "duces tecum subpoena" versteht man die Vorladung, welche nicht nur den Zwang, ein Zeugnis vor Gericht abzulegen, beinhaltet, sondern den Zeugen zugleich auffordert, ebenfalls unter Androhung einer Strafe, gewisse Dokumente herauszugeben. Im zweiten Fall hingegen, bei der "subpoena ad testificandum", wird ein Zeuge unter Strafandrohung aufgefordert, einer Vorladung Folge zu leisten und vor Gericht als Zeuge zu erscheinen. Unter dem Begriff der "aliae subpoenae" schliesslich wird die erneute Zustellung einer Vorladungsverfügung bei Fehlschlagen der ersten Zustellung genannt. Vgl. zur ganzen Terminologie und weiteren Hinweisen, Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th Edition, USA 2004, S. 1466.

³ United States v. Burr, 25 F.Cas. 187, 190 (C.C.D. Va.1807) (No. 14, 694).

⁴ United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974) (418 U.S. 683).

⁵ Dieses Prinzip wird ausdrücklich in Regel 90 (E) der JStGH-Verfahrensordnung festgehalten, wonach "(a) witness may object to making any statement which might tend to incriminate the witness. The Chamber may, however, compel the witness to answer the question." Allerdings gibt es folgende Ausnahme, wonach die Verfahrenskammer trotz dem genannten Prinzip den Zeugen zwingen kann, eine belastende Aussage zu machen, "(t)estimony compelled in this way shall not be used as evidence in a subsequent prosecution against the witness for any offence other than false testimony"; siehe hierzu allgemein K. Ambos, The right of non-self-incrimination of witnesses before the International Criminal Court, 15 Leiden Journal of International Law (2000), S. 155-177.

⁶ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, "Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of subpoenae duces tecum", IT-95-14-PT, 18. Juli 1997, Par. 61. Die Verfahrenskammer hält fest, dass es sich bei der subpoena um eine "bindende Verfügung" handelt, liess jedoch im Anschluss darauf offen, ob die Nichtbeachtung der Verfügung eine Strafe nach sich zieht, und begründete dies mit der Tatsache, dass eine zwingende Bestrafung dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu entnehmen ist.

- 7 Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-9 5-14, "Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997", 29. Oktober 1997, Par. 40 (nachfolgend Blaškić-Entscheidung).
- 8 Ibid., Par. 41.
- 9 Ibid., Par. 41.
- 10 Ibid., Par. 21.
- 11 Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung hält unter dem Titel "General Rule" fest, dass "(a)t the request of either party or proprio motu, a Judge or a Trial Chamber may issue such orders, summonses, subpoenas, warrants and transfer orders as may be necessary for the purposes of an investigation or for the preparation or conduct of the trial".
- 12 Blaškić-Entscheidung, supra 7, Par. 21.
- 13 Ibid., Par. 25, die Berufungskammer hält fest, dass "(i)n the case of an international judicial body, this is not a power that can be regarded as inherent in its functions".
- 14 Ibid., Par. 33.
- 15 Ibid., Par. 26.
- 16 Ibid., Par. 26, die Berufungskammer verweist hier insbesondere auf die Entscheidungen des IGH in *Barcelona Traction, Power & Light Co (I.C.J. Reports 1970, S. 33, Par. 33)*, in der ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Verpflichtungen der Staaten "towards the international community as a whole" gelten.
- 17 Ibid., Par. 33-37.
- 18 Ibid., Par. 36.
- 19 Ibid., Par. 43-44.
- 20 Ibid., Par. 38.
- 21 Ibid., Par. 38.
- 22 Ibid., Par. 47-48.
- 23 Ibid., Par. 61 ff., vgl. in diesem Fall auch die "Separate Opinion of Judge Adolphus G. Karibi-Whyte" vom 29. Oktober 1997, Par. 7 und 14, wo Richter Karibi-Whyte die Möglichkeit kritisiert, dass eine Prüfung der entsprechenden Dokumente nur durch einen Richter vorgenommen werden kann, und verweist hierbei auf Art. 12 des JStGH-Statutes, wonach die Verfahrenskammer nur dann ordentlich besetzt ist, wenn sie aus mindestens drei Richtern besteht.
- 24 Ibid., Par. 67-69, neben Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit verweist die Berufungskammer insbesondere auf die Vorprüfung durch die Richter, die Nichtinvolvierung von Übersetzern und bei Nichtrelevanz der Dokumente die unmittelbare Rücksendung dieser durch den Richter selbst.
- 25 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, S. 264 ff.
- 26 Ibid., S. 264, exemplarisch kann auf den "Rainbow Warrior"-Fall hingewiesen werden, abgedruckt in N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford 2000, S. 248-249.
- 27 *Colozza v. Italy*, EGMR-Urteil, 12. Februar 1985, Series A, No. 89, S. 14.
- 28 Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-9 8-3 3-A, "Decision on Application for Subpoenas", 1. Juli 2003 (nachfolgend Krstić-Entscheidung). Radislav Krstić war Kommandant des Drina-Corps, welches das Srebrenica-Massaker vom Juli 1995 mitverantwortete. Er wurde am 19. April 2004 von der Berufungskammer des JStGH schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von 35 Jahren verurteilt.
- 29 Ibid., im Entscheid nicht erwähnt werden die Stellungen und Funktionen der fraglichen Zeugen innerhalb des Staates.
- 30 Ibid., Par. 1.
- 31 Ibid., Par. 23.
- 32 Ibid., Par. 24.
- 33 Ibid., Par. 25.
- 34 Ibid., Par. 26-27.
- 35 Ibid., Par. 26-27.
- 36 Ibid., Par. 26 mit Hinweis auf Artikel 7 des IMG-Statuts, wonach "The official position of defendants whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment." Der Internationale Gerichtshof hat diesen Grundsatz vor gewissen internationalen Strafgerichten im Fall *Democratic Republic of the Congo v. Belgium - Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 - Judgment - General List No. 121 (2002) ICJ 1 (14. Februar 2002)* als Völkergewohnheitsrecht anerkannt (siehe Par. 61).
- 37 Ibid., Par. 27.
- 38 Ibid., Par. 27.
- 39 Art. 70 der JStGH-Verfahrensordnung umschreibt verschiedene Geheimhaltungsgründe und somit Ausnahmen zur Offenbarungs- bzw. Herausgabepflicht.
- 40 Krstić-Entscheidung, supra 28, Par. 28.

- 41 Die nach dem Blaškić-Entscheid am 17. November 1999 neu aufgenommene Regel 54^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung hält unter dem Titel "Orders Directed to States for the Production of Documents" unter anderem fest, dass "(A) (a) party requesting an order under Rule 54 that a State produce documents or information shall apply in writing to the relevant Judge or Trial Chamber and shall:
(i) identify as far as possible the documents or information to which the application relates;
(ii) indicate how they are relevant to any matter in issue before the Judge or Trial Chamber and necessary for a fair determination of that matter; and
(iii) explain the steps that have been taken by the applicant to secure the State's assistance."
- 42 Krstić-Entscheidung, Par. 28., erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist der am 12. Mai 1999 in Sachen Blaškić gefallene Entscheid "Decision of Trial Chamber I on protective Measures for General Philippe Morillon, Witness of the Trial Chamber", in welchem die Verfahrenskammer Philippe Morillon, einem ehemaligen UNPROFOR-Offizier, ermächtigte, den Richtern die mögliche Vertraulichkeit von Informationen mitzuteilen und die Antwort darauf zu verweigern. Für eine Zusammenstellung weiterer Fälle, welche die nationale Sicherheit betrafen, vgl. John R.W.D. Jones und Steven Powles, *International Criminal Practice*, Oxford 2003, Par. 8.4.21 ff.
- 43 *Ibid.*, Par. 29.
- 44 *Prosecutor v. Radislav Krstic, "Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen"*, IT-9 8-3 3-A, 1. Juli 2003, Par. 2.
- 45 Der Blaškić-Fall wurde von der Berufungskammer am 27. Oktober 1997 entschieden, der neue Artikel 54^{bis} hingegen, welcher nun explizit die Frage bzw. die Voraussetzungen des Erlasses von bindenden Verfügungen gegenüber Staaten im Fall der Herausgabe von amtlichen Dokumenten betrifft, wurde erst am 17. November 1999 in die Verfahrensordnung aufgenommen.
- 46 *Prosecutor v. Radislav Krstic, "Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen"*, IT-9 8-3 3-A, 1. Juli 2003, Par. 6.
- 47 *Ibid.*, Par. 4.
- 48 *Ibid.*, Par. 5.
- 49 *Ibid.*, Par. 12.
- 50 *Ibid.*, Par. 16.
- 51 *Ibid.*, Par. 20.
- 52 *Ibid.*, Par. 25.
- 53 *Ibid.*, Par. 24 und 43.
- 54 Siehe auch C. Kress, *Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz*, Besprechung von IGH, Urteil vom 14.2.2002 (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), *Goldammers Archiv für Strafrecht* (2003), S. 35.
- 55 *Prosecutor v. Slobodan Milošević, IT-0 2-5 4-T, "Decision on Assigned Counsel Application for Interview and Testimony of Tony Blair and Gerhard Schröder"*, 9. Dezember 2005, Par. 3 (nachfolgend Milošević-Entscheidung).
- 56 *Ibid.*, verweisend auf die "Request for Binding Order to be Issued to the Government of the United Kingdom for the Cooperation of a Witness pursuant to Rule 54^{bis}", 18. August 2005, Par. 3.
- 57 *Ibid.*, verweisend auf die "Request for Binding Order to be Issued to the Government of the Federal Republic of Germany for the Cooperation of Certain Witnesses pursuant to Rule 54^{bis}", 26. August 2005, Par. 17.
- 58 Am 17. Oktober 2005 hat die Verteidigung eine erneuerte Liste von Zeugen eingereicht, welche sie einzuberufen gedenken. Auf der Liste verblieben nur noch Tony Blair und Gerhard Schröder, alle anderen deutschen Namen verschwanden aus der Liste. In diesem Sinne reichte die Verteidigung am 7. November 2005 für die übrigen deutschen Namen einen Widerrufs Antrag ein. In diesem Sinne musste sich die erstinstanzliche Strafammer "nur" noch mit dem amtierenden Regierungschef von Grossbritannien Tony Blair und dem ehemaligen deutschen Bundeskanzler Gerhard Schröder auseinandersetzen. Vgl. *ibid.*, verweisend auf die "Assigned Counsel Notice of The Revision to the Request for Binding Orders to be Issued to the Government of the Federal Republic of Germany for the Cooperation of Certain Witnesses pursuant to Rule 54^{bis}", 7. November 2005.
- 59 "UK Response to Preliminary Order", Par. 19 ff.
- 60 "UK Response to Preliminary Order", Par. 12 ff.
- 61 Die Verfahrenskammer verweist insbesondere auf den Krstić-Fall und präziserte dahingehend, dass der Blaškić-Entscheid dahingehend auszulegen ist, dass (i) der Erlass einer subpoena an einen Amtsträger nur dann nicht möglich ist, wenn es sich um die Herausgabe staatlicher Dokumente handelt, und (ii), dass im Fall eines Aufrufens eines Amtsträgers als Zeuge dies als Gesuch für eine subpoena ad testificandum unter Art. 54 der JStGH-Verfahrensordnung zu geschehen hat; vgl. im Übrigen Ziff. 2.1.
- 62 Vgl. hierzu *Prosecutor v. Simic et al., IT-9 5-9-PT, "Decision On (1) Application By Stevan Todorovic to re-open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion By ICRC to re-open Scheduling Order of 18. November 1999, And (3) Conditions for Access to Material"*, 28. Februar 2000, Par. 40. Die bindende Verfügung im Fall Blaškić stützte sich noch auf Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung, da Regel 54^{bis} zur damaligen Zeit noch nicht existierte.
- 63 Die Verfahrenskammer geht auf die kritische Gegenstimme von Richter Shahabuddeen im Krstić-Fall ein, der mit seiner abweichenden Meinung sich klar gegen die Mehrheitsentscheidung aussprach. Seiner Meinung nach sei es nicht möglich, einen Zeugen, ob Beamter oder nicht, zum Besuch einer Befragung zu zwingen. Er erkannte zwar die weite Auslegung von Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung an, welche dem Tribunal die Befugnis verlieh, subpoenae zu erlassen, fand aber, dass diese nicht so weit gehen und mögliche Zeugen zu einer Befragung zwingen würden; vgl. im Übrigen auch oben Ziff. 2.3.
- 64 Milošević-Entscheidung, *supra* 55, Par. 66.
- 65 Vgl. hierzu Regel 54^{bis} (A) mit Regel 54 der JStGH-Verfahrensordnung.
- 66 Regel 77 der JStGH-Verfahrensordnung ermächtigt die Verfahrenskammer, dass sie "may hold in contempt those who knowingly and willingly interfere with its administration of justice, including any person who ... without just excuse fails to comply with an order to attend before or produce documents before a Chamber"; siehe hierzu allgemein M. Bohlander, *International Criminal Tribunals and their power to punish contempt and false testimony*, 12 *Criminal Law Forum* (2001), 91-118.
- 67 Regel 7^{bis} der JStGH-Verfahrensordnung hält unter anderem unter dem Titel "Non-Compliance with Obligations" fest, dass, wenn ein Richter davon überzeugt ist, "that a State has failed to comply with an obligation under Article 29 of the Statute which relates to any proceedings before that Chamber or Judge, the Chamber or Judge may advise the President, who shall report the matter to the Security Council".
- 68 *Prosecutor v. Krstic, IT-9 8-3 3-A, "Decision on Application for Subpoenas"*, 1. Juli 2003, Par. 22, 24, 25 and 27.

- 69 Die Verfahrenskammer in Sachen Milošević verweist hierbei auf die Entscheide in Sachen Prosecutor v. Martić, IT-95-1-1-PT, "Decision on the Prosecution's Additional Filing Concerning 3 June 2005 Prosecution Motion for Subpoena", 16. September 2005; Prosecutor v. Halilović, IT-01-48-T, "Decision on Prosecution's Motion for Issuance of a Subpoena Ad Testificandum and Order for Lifting Ex Parte Status", 8. April 2005; Prosecutor v. Strugar, IT-01-42-T, "Subpoena ad Testificandum", 28. Juni 2004; Prosecutor v. Blagojević, IT-02-60-T, "Order In re Defence's Request for the Issuance of Subpoenas ad Testificandum, Orders for Safe Conduct and an Order for the Service and Execution of the Subpoenas and Orders for Safe Conduct", 5. Mai 2004; Prosecutor v. Brđanin and Talić, IT-99-36-T, "Subpoena ad Testificandum", 17. Juli 2003; Prosecutor v. Milošević, IT-02-54-T, "Decision on the Prosecution's Application for Issuance of a Subpoena ad Testificandum for Witness K33 and Request for Judicial Assistance Directed to the Federal Republic of Yugoslavia", 5. Juli 2002.
- 70 Vgl. Milošević-Entscheidung, supra 55.
- 71 Ibid., verweisend auf Prosecutor v. Halilović, IT-01-48-T, "Decision on Prosecution's Motion for Issuance of a Subpoena Ad Testificandum and Order for Lifting Ex Parte Status", 8. April 2005, Par. 6.
- 72 Ibid., verweisend auf Prosecutor v. Halilović, IT-01-48-T, "Decision on Prosecution's Motion for Issuance of a Subpoena Ad Testificandum and Order for Lifting Ex Parte Status", 8. April 2005, Par. 6.
- 73 Ibid., verweisend auf Prosecutor v. Halilović, IT-01-48-T, "Decision on Prosecution's Motion for Issuance of a Subpoena Ad Testificandum and Order for Lifting Ex Parte Status", 8. April 2005, Par. 4.
- 74 Ibid., verweisend auf Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, "Decision on Application for Subpoenas", 1. Juli 2003, Par. 10. Die Beschwerdekammer hat ebenfalls festgehalten, dass ein "applicant seeking a Subpoena must ... demonstrate a reasonable basis for his belief that the prospective witness is likely to give information that will materially assist the applicant with respect to clearly identified issues in the (...) trial."
- 75 Ibid., verweisend auf Prosecutor v. Halilović, IT-01-48-T, "Decision on Prosecution's Motion for Issuance of a Subpoena Ad Testificandum and Order for Lifting Ex Parte Status", 8. April 2005, Par. 7, wo die Berufungskammer festhielt, dass die Gerichtskammer beim Ermessen "must focus not only on the usefulness of the information to the applicant" but also on "its overall necessity in ensuring that the trial is informed and fair".
- 76 Ibid., Par. 67, wo die Berufungskammer festhält, dass "(b)ecause the applications fail on their merits, no issue arises as to whether the status of the prospective witnesses as senior state officials would have given them immunity from a Subpoena compelling them to attend an interview or testify in a trial before the Tribunal".
- 77 Vgl. A. Cassese, International Law, Oxford, 2005, S. 111-112. Dieser Akt wird somit gleichsam dem Staat zugeordnet, der damit im internationalen Recht auch die alleinige Verantwortlichkeit trägt, es handelt sich um die bereits erwähnte funktionale Immunität, welche auch als *ratione materiae* bekannt ist, vgl. G. Dahm, Völkerrecht I, Stuttgart 1958, S. 225 und 237; zur Unterscheidung der "ratio materiae" von der "ratio personae" vgl. unter anderem N. Jorgensen, The Responsibility of States for International Crimes, Oxford 2000, S. 226 ff.
- 78 G. Werle, Völkerstrafrecht, Tübingen 2003, Rn. 450.
- 79 Dies wurde ausdrücklich von der UN-Vollversammlung am 11. Dezember 1946 festgehalten (UN-Resolution 95 (1) vom 11. Dezember 1946), vgl. auch A. Cassese, International Criminal Law, Oxford, 2003, S. 268-270.
- 80 Vgl. etwa Art. 7 Abs. 2 des JStGH-Statutes, Art. 6 Abs. 2 des Ruanda-Statutes und Art. 6 Abs. 2 des Statutes des Sonderstrafgerichtshofes in Sierra Leone.
- 81 Democratic Republic of the Congo v. Belgium - Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 - Judgment - General List No. 121 (2002) ICJ 1 (14. Februar 2002).
- 82 Ibid., Par. 61.
- 83 Par. 50 Abs. IV der Strafprozessordnung (StPO) der Bundesrepublik Deutschland (in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2350)).
- 84 Siehe Art. 7 Abs. 2(a) JStGH-Statut, welcher verlangt, dass der Angriff gegen die Zivilbevölkerung "in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat", erfolgt. Obwohl ein solches Politikelement kein Tatbestandsmerkmal in der Definition des JStGH-Statuts darstellt, hat der Gerichtshof in einigen Entscheidungen ein gewisses Politikelement verlangt, insbesondere in Verbindung mit dem Tatbestandsmerkmal des "systematischen" Angriffs. Siehe Prosecutor v. Duško Tadić (aka "Dule"), IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7. Mai 1997, Par. 644-653: "(T)he reason that crimes against humanity so shock the conscience of mankind and warrant intervention by the international community is because they are not isolated, random acts of individuals but rather result from a deliberate attempt to target a civilian population. Traditionally this requirement was understood to mean that there must be some form of policy to commit these acts." Vgl. auch Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, Judgement, 21. Mai 1999, Par. 124-126, in dem festgestellt wird, dass das Politikelement nicht nur vom Staat erfüllt werden kann, sondern auch von einer privaten Organisation. Siehe hier zu auch Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu, IT-03-66-T, Judgement, 30. November 2005, Par. 191.
- 85 Zum Standpunkt, dass es sich bei Völkerstrafverbrechen immer um "private" Akte handelt, siehe Democratic Republic of the Congo v. Belgium - Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 - Judgment - General List No. 121 (2002) ICJ 1 (14. Februar 2002), Sondervoten Higgins, Koijmans, Bürgenthal, Par. 85 und van den Wyngaert, Par. 36.
- 86 Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. Oktober 1995, Par. 97
- 87 Die JStGH-Verfahrensordnung kennt eine ähnliche Regel der "Declaration", siehe Regel 92bis (B) JStGH-Verfahrensordnung.