

## Vierter Teil:

### Die Konturierung des Verfolgungsermessens nach § 153f StPO

Auf Grundlage der bisher zusammengetragenen Ergebnisse befasst sich dieser Vierte Teil der Arbeit schließlich mit der Ausübung des Verfolgungsermessens nach § 153f StPO. Ziel der folgenden Überlegungen ist der Versuch einer Konturierung und Strukturierung der im Rahmen der Ermessensausübung anzustellen- den Interessenabwägung.

Im Zweiten Teil der Untersuchung wurde herausgearbeitet, dass der Generalbundesanwalt bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege eingebunden ist. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die deutsche Strafbefugnis allein auf dem Universalitätsgrundsatz basiert und dementsprechend ausschließlich von der internationalen Gemeinschaft abgeleitet ist. Die Entscheidung, ein deutsches Ermittlungsverfahren einzuleiten, stellt damit eine zentrale Weichenstellung nicht nur innerhalb der nationalen Strafrechtsordnung dar, sondern strahlt zugleich auf die gesamte Völkerstrafrechtsordnung aus. Mit seiner Entscheidung kontrolliert der Generalbundesanwalt den Zugang zum und wird zu einem der *gatekeeper* des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege.<sup>796</sup>

Wie auch immer die Verfolgungsentscheidung in einem konkreten Einzelfall ausfällt, sie wird regelmäßig bei der einen oder bei der anderen Seite den Vorwurf des politischen Missbrauchs und der willkürlichen Selektivität hervorrufen. Um diese Willkürvorwürfe möglichst zu entkräften und damit auch das Vertrauen und die Legitimität nicht nur der deutschen universellen Jurisdiktion, sondern auch des gesamten Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege zu stärken, ist eine transparente und inhaltlich konsistente Entscheidungsfindung unerlässlich.<sup>797</sup>

796 Vor dem Hintergrund der völkerstrafrechtlichen Aktivität der Behörde bezeichnete die Bundesministerin der Justiz *Leutheusser-Schnarrenberger* die Bundesanwaltschaft lobend als “global player”; vgl. Rath, Die Bundesanwaltschaft und das VStGB – “Global Player” der Strafverfolgung mit Personalnot, Legal Tribune online vom 19. Januar 2012.

797 Vgl. Delmas-Marty, Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC, 4 JICJ (2006), S. 10: “To guarantee the independence and impartiality of international criminal justice, a decision as important as the one to initiate proceedings cannot depend only on the particularities of each case. It must be objective and foreseeable and will call for precise guidelines for consistent application of the criteria resulting from neither discretion nor legality, but a sort of ‘relaxed legality’

Die inhaltliche Konsistenz wird hergestellt, indem das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm in jedem Einzelfall umgesetzt und sich der Generalbundesanwalt bei seiner Ermessensausübung durch dieselben Gesichtspunkte lenken lässt. Diese entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte lassen sich – zumindest in einem bestimmten Umfang – vorab diskutieren und ermitteln. Teilweise wird daher vorgeschlagen, den Strafverfolgungsbehörden ausformulierte *ex-ante*-Richtlinien an die Hand zu geben, um ihr Entscheidungsverhalten zu lenken.<sup>798</sup>

Solche Vorüberlegungen bieten jedoch nicht nur Gewähr für inhaltliche Konsistenz, sondern bilden gleichzeitig die Grundlage für eine transparente Entscheidungsfindung.<sup>799</sup> Durch sie wird die Ermessensentscheidung zum einen – zumindest in einem gewissen Umfang – vorhersehbar.<sup>800</sup> Zum anderen muss die Entscheidung auch nachträglich nachvollziehbar sein. Aus diesem Grund sind an die Entscheidung selbst erhöhte formale Anforderungen im Sinne eines Begründungs- und Publikationserfordernisses zu stellen. Dabei ist die (Nichtverfolgungs-)Entscheidung nach § 153f StPO auch gerade gegenüber der internationalen Gemeinschaft transparent zu kommunizieren, schließlich erfolgen die strafrechtlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen – zumindest immer: auch – in ihrem Interesse.<sup>801</sup> Nur durch diese Publizität können die verschiedenen Gerichtsbarkeiten in dem auf Arbeitsteilung basierenden System völkerrechtlicher Strafrechtspflege ineinander greifen und kann ein dynamischer Prozess in Gang gesetzt werden, der in letzter Instanz auch eine Strafverfolgung im Tatortstaat auszulösen vermag.

[...]. Consistency requires that the criteria be balanced and combined according to a specific structure – a sort of common grammar.”

798 Zur *ex-ante*-Präzisierung und Objektivierung der *prosecutorial discretion* des IStGH-Anklägers durch *guidelines* siehe unten Fn. 824. Im nicht-völkerstrafrechtsspezifischen Zusammenhang existieren auf nationaler Ebene – insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtsraum, in dem die Strafverfolgung vom Ermessen (*prosecutorial discretion*) geprägt wird – Richtlinien (*guidelines*), die im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten sind. Vorschläge ähnlicher Art gibt es auch für die Ermessensausübung der deutschen Staatsanwaltschaft; vgl. hierzu Weigend, Anklagepflicht und Ermessen (1978); Erb, Legalität und Opportunität (1999). Teilweise erfolgen solche Vorgaben bereits durch die RiStBV.

799 Für mehr Transparenz auch Geißler/Selbmann, Fünf Jahre VStGB, HuV-I 2007, S. 166.

800 Vgl. Weigend, Anklagepflicht und Ermessen (1978), S. 174.

801 Siehe auch Langer, Die Prinzipien der Beteiligung und Rechenschaft gegenüber der internationalen Gemeinschaft, in Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre VStGB. Bilanz und Perspektiven eines “deutschen Völkerstrafrechts” (im Erscheinen, 2013): Nach Langer manifestiert sich dieser Umstand in der Geltung eines “principle of transparency and accountability to the international community”. Daraus folge z.B. auch, dass die deutschen Entscheidungen für die *international community* in sprachlicher Hinsicht verständlich sein, d.h. ins Englische übersetzt werden müssen. Zudem schlägt er die Ermöglichung der Verfahrenbeteiligung der internationalen Gemeinschaft durch ein *amicus curiae* Verfahren vor.

Vor diesem Hintergrund werden in diesem letzten Kapitel einige Orientierungspunkte für die Ausübung des völkerstrafrechtlichen Ermessens nach § 153f StPO skizziert. Dabei soll keinesfalls eine “mathematische Formel” aufgestellt werden, deren Anwendung die Entscheidung im konkreten Fall vorgibt. Die Entscheidung solchen festen Bindungen zu unterwerfen, würde ihr nicht nur den Charakter als Ermessensentscheidung nehmen, es wäre angesichts der Komplexität der Sachverhalte und dem Konglomerat häufig entgegengesetzter Interessen schon gar nicht möglich. Stattdessen wird versucht, die durch potentielle völkerstrafrechtsrelevante Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen in Deutschland betroffenen, konfligierenden Interessen zu identifizieren, ihren konkreten Inhalt zu bestimmen und, soweit möglich, ihren Stellenwert in der Abwägungsentscheidung zu skizzieren. Freilich kann die daraus resultierende Zusammenstellung relevanter Erwägungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Die Liste bleibt offen für weitere Überlegungen, Korrekturen und Ergänzung, die sich im Laufe der Zeit mit zunehmender Anwendungspraxis des deutschen Völkerstrafrechts, aber auch durch das – sich hoffentlich optimierende – Zusammenspiel der Akteure innerhalb des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege zeigen werden.

#### *A. Völkerrechtlich bedingte Ermessensreduktion auf Null*

Bevor die Ausübung des Verfolgungsermessens untersucht wird, ist zunächst festzustellen, ob in bestimmten Sachverhaltskonstellationen ein nach § 153f StPO dem Wortlaut nach eröffneter Entscheidungsfreiraum von vornherein auf Null reduziert ist.

Eine solche Ermessensreduktion auf Null kann sich im vorliegenden Kontext primär aus völkervertrags- oder völkergewohnheitsrechtlichen Vorgaben ergeben. Diese können entweder die uneingeschränkt universelle deutsche Gerichtsbarkeit oder die uneingeschränkt universelle Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden und Gerichte einschränken oder aber die deutschen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zur Aufnahme von Ermittlungen und Durchführung von Strafverfolgungsmaßnahmen verpflichten. Die völkerrechtlichen Vorgaben sind über Art. 25 GG zu beachten.<sup>802</sup>

#### **I. Unzulässigkeit der Strafverfolgung**

Zunächst stellt sich die Frage, ob das Verfolgungsermessen nach § 153f StPO für Sachverhaltskonstellationen eröffnet ist, in denen dem Generalbundesanwalt in

802 Vgl. bzgl. § 153c StPO LK-Werle/Jeßberger (12. Auflage, 2007), § 6 StGB Rn. 142.

Wirklichkeit kein Entscheidungsspielraum verbleibt, da strafrechtliche Ermittlungen oder eine Strafverfolgung gegen einen Völkerrechtssatz verstoßen würden. In Betracht kommt eine solche völkerrechtsbedingte Ermessensreduktion auf Null durch das Anwesenheitserfordernis, das Subsidiaritätsprinzip oder das völkerstrafrechtliche Verbot mehrfacher Strafverfolgung.<sup>803</sup>

## 1. Anwesenheitserfordernis

Wie oben ausführlich dargelegt, ist die Anwesenheit des Tatverdächtigen nach der in dieser Untersuchung vertretenen Ansicht und einer bedeutsamen Schrifttumsmeinung keine Voraussetzung für die Ausübung der *jurisdiction to investigate* und die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>804</sup> Daher ist das Ermessen im Fall des § 153f Abs. 1 S. 1 StPO nicht – *contra* die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens – auf Null reduziert, wenn sich der Tatverdächtige nicht im Inland aufhält. Jedenfalls aber ist die Anwesenheit für die Durchführung der Hauptverhandlung erforderlich.

## 2. Subsidiaritätsprinzip

Eine Ermessensreduktion auf Null – *contra* die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens – ergibt sich jedoch aus dem Subsidiaritätsprinzip: Danach ist Deutschland als Drittstaat zur Durchführung von Ermittlungen bzw. zur Strafverfolgung unzuständig, wenn ein tatnaher Staat bereits ausreichend strafverfolgerisch tätig ist oder war. Da, wie im vorherigen Kapitel erörtert, die Subsidiarität der deutschen Drittstaatengerichtsbarkeit in § 153f StPO zwar angedeutet, jedoch nicht verbindlich umgesetzt wurde, ist das durch § 153f StPO eröffnete Ermessen in den einschlägigen Fallkonstellationen auf Null reduziert.<sup>805</sup>

803 Nicht diskutiert werden an dieser Stelle die völkerrechtlichen Immunitätsregelungen. Diese schränken zwar auch die deutsche Drittstaatengerichtsbarkeit ein, gelten jedoch allgemein und sind außerhalb des § 153f StPO in §§ 18-20 GVG geregelt. Nach Kuhli, Das VStGB und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht (2009), S. 50, ist das Ermessen des § 153f StPO zudem dann auf Null reduziert und ein Eingreifen deutscher Strafverfolgungsbehörden unzulässig, wenn Verbrechen nach dem VStGB – oder Regelungen des Allgemeinen Teils des StGB – über Völkergewohnheitsrecht hinausgehen. Da diese Fallkonstellationen jedoch bereits auf materieller Ebene nach Völkergewohnheitsrecht nicht dem Universalitätsprinzip unterfallen dürfen, muss richtigerweise bereits § 1 VStGB völkerrechtskonform ausgelegt werden, so dass die Tat schon nicht der deutschen Strafgewalt unterfällt und ein Ermittlungsverfahren nicht eingeleitet werden darf bzw. umgehend nach § 170 Abs. 2 StGB einzustellen ist.

804 Siehe oben S. 132 ff.

805 Zur Unzulässigkeit der Strafverfolgung wegen der subsidiären Zuständigkeit deutscher Behörden siehe auch Gierhake, Das Prinzip der Weltrechtspflege nach § 1 VStGB und seine prozessuale Umsetzung in § 153f StPO, 120 ZStW (2008), S. 383 ff.

Dabei ist zu beachten, dass dem Grundsatz der Subsidiarität sowohl eine tatbezogene als auch eine situationsbezogene Dimension zukommt.

#### a. Tatbezogene Subsidiarität

In seiner tatbezogenen Dimension sperrt der Grundsatz der Subsidiarität die Möglichkeit, die Strafverfolgung gegen eine bestimmte Person aufzunehmen. Dies gilt immer dann, wenn gegen diese Person – die sich auch in Deutschland befinden kann, sofern eine Auslieferung zulässig ist – in einem der tatnahen Staaten bereits Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden bzw. wurden. Während sich der täterbezogene Verdacht in beiden Staaten damit gegen dieselbe Person richten muss, um die Subsidiarität auszulösen, kann nach der hier vertretenen Ansicht auf die Identität des tatbezogenen Verdachts verzichtet werden, sofern die Taten in ihrem Unrechtsgehalt vergleichbar sind. Das Subsidiaritätsprinzip greift jedoch nur, wenn die tatnahe Strafverfolgungstätigkeit als ernsthaft und effektiv zu charakterisieren ist. Mangelhafte Strafverfolgungsmaßnahmen, insbesondere eine Scheinverfolgung, vermögen die Ausübung der deutschen Drittstaatengerichtsbarekeit nicht zu hindern. Die Entscheidung über die Qualität der ausländischen Strafverfolgung steht – mangels anderweitiger Regelungen – dem Generalbundesanwalt selbst zu.

#### b. Situationsbezogene Subsidiarität

Die Umsetzung der situationsbezogenen Dimension des Subsidiaritätsprinzips ist nicht einfach. Danach darf Deutschland als Drittstaat nicht aktiv werden, wenn der tatnahe Staat den völkerstrafrechtsrelevanten Gesamtkomplex selbst umfassend aufarbeitet und so seiner völkerrechtlichen Strafpflicht nachkommt.<sup>806</sup> Dem tatnahen Staat ist insofern eine gewisse Einschätzungsprärogative einzuräumen.

Die situationsbezogene Subsidiarität sperrt die Drittstaatengerichtsbarekeit jedoch nur, wenn im Rahmen der strafrechtlichen Aufarbeitungskomponente zumindest die für die schwersten Verbrechen hauptverantwortlichen Personen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Ist dies nicht der Fall, beispielsweise weil nur gegen niederrangige Personen strafrechtlich vorgegangen wird, sind die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips nicht erfüllt und die Ausübung der deutschen Drittstaatengerichtsbarekeit zulässig. Auch hier entscheidet der Generalbundesanwalt selbst über das Vorliegen der situationsbezogenen Subsidiaritätsvoraussetzungen.

806 Vgl. hierzu auch bereits oben GBA, Rumsfeld I, 10. Februar 2005.

Die situationsbezogene Subsidiarität greift dabei an zwei verschiedenen Stellen: Zum einen verhindert sie bereits die Einleitung eines nicht individualisierten Strukturermittlungsverfahrens, wenn die betreffende völkerstrafrechtsrelevante Situation, die Gegenstand eines solchen Verfahrens ist, vom Tatortstaat bereits umfassend aufgearbeitet wird. Zum anderen kann bei Vorliegen der Voraussetzungen der situationsbezogenen Subsidiarität auch ein "echtes" Ermittlungsverfahren zur strafverfolgung einer bestimmten Person mit dem Ziel der Aburteilung im Inland nicht eingeleitet werden. Dies gilt nicht nur dann, wenn genau diese Person auch im tatnahen Staat ernsthaft und effektiv strafrechtlich belangt wird (dann: tatbezogene Subsidiarität), sondern gerade auch, wenn sich das deutsche Verfahren gegen eine Person richten würde, die im tatnahen Staat strafrechtlich (noch) nicht belangt wird. Damit kann auch die einzelne Strafverfolgungsentscheidung nicht ohne Bewertung der gesamten Aufarbeitungsbemühungen des tatnahen Staates getroffen werden.

### c. Ergebnis

Greift das Subsidiaritätsprinzip, steht dies der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bzw. einer Strafverfolgung in Deutschland entgegen. Stattdessen kann eine Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten des vorrangig zuständigen Staates über die Regelungen zur Zusammenarbeit in Strafsachen erfolgen.

Ist die deutsche Drittstaatengerichtsbarkeit hingegen eröffnet, weil keine anderweitige Strafverfolgung besteht, sind die deutschen Strafverfolgungsbehörden zwar nicht verpflichtet, Ermittlungen im Inland aufzunehmen, doch begründet der Subsidiaritätsgedanke eine gewisse Verantwortung der Drittstaaten und legt es nahe, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. In diesem Fall ist das Interesse der tatnahen Staaten für und wider einer zukünftigen eigenen Strafverfolgung und Aufarbeitung des völkerstrafrechtlichen Gesamtkomplexes in die im Rahmen der Ermessensausübung anzustellenden Interessenabwägung einzustellen.<sup>807</sup>

Mittelfristig ist der deutsche Gesetzgeber angehalten, den Subsidiaritätsgrundsatz verbindlich zu normieren und ein Verfahren für seine Umsetzung zu implementieren.<sup>808</sup>

807 Hierzu unten S. 315 ff.

808 Vgl. auch Werle, Völkerstrafrecht und deutsches VStGB, JZ 2012, S. 377. Siehe hierzu die Überlegungen zur Reform.

### 3. Völkerstrafrechtliches *ne bis in idem*

Schließlich ist die deutsche Drittstaatengerichtsbarkeit eingeschränkt und das Verfolgungsermessen auf Null reduziert, wenn in einem anderweitigen Erstverfahren bereits eine rechtskräftige Aburteilung der Tat stattgefunden hat. Zwar ist ein transnationales Verbot mehrfacher Strafverfolgung völkergewohnheitsrechtlich nicht anerkannt. Auch Art. 103 Abs. 3 GG greift nur im rein innerstaatlichen Kontext. Etwas anderes gilt nach der hier vertretenen Auffassung jedoch im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege, das im Kern auf der Strafgewalt der internationalen Gemeinschaft aufbaut: Wird ein völkerstrafrechtsrelevanter Sachverhalt abgeurteilt, zieht dies einen internationalen Strafklageverbrauch mit sich, eine erneute Strafverfolgung durch eine Drittstaatengerichtsbarkeit ist unzulässig.

Können die deutschen Strafverfolgungsbehörden ihre Tätigkeit ausschließlich auf den Weltrechtsgrundsatz stützen, handeln sie allein auf Grundlage der abgeleiteten Strafgewalt der internationalen Gemeinschaft. Wurde diese bereits durch eine anderweitige – nach einem ernsthaft und effektiv durchgeführten Verfahren ergehende – Erstaburteilung, sei es durch einen tatnäheren Staat, ein internationales Gericht oder einen anderen Drittstaat verbraucht, besteht ein Verfahrenshindernis. Das durch § 153f StPO eröffnete Ermessen ist auf Null reduziert.

## II. Pflicht zur Strafverfolgung

Das Verfolgungsermessen des Generalbundesanwalts kann ferner auf Null reduziert sein, wenn dem Völkerrecht eine Strafverfolgungspflicht entnommen werden kann.<sup>809</sup> Anders als in den vorherigen Fallkonstellationen wäre der durch § 153f StPO eröffnete Entscheidungsspielraum auf Null reduziert, nicht weil eine Strafverfolgung völkerrechtswidrig wäre, sondern weil sie von Völkerrechts wegen geboten ist. Zu untersuchen ist damit, ob § 153f StPO das Ermessen für eine

809 So auch Kreicker, in Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Bd. 1 (2003), S. 437: "Es ist also zu klären, ob § 153f StPO nur in den Fällen ein Absehen von der Strafverfolgung erlaubt, in denen keine völkerrechtliche Verfolgungspflicht besteht. Sollte § 153f StPO auch in Fällen, in denen Deutschland zu einer Strafverfolgung von Völkerrechts wegen verpflichtet ist, die Verfolgung in das Ermessen der Staatsanwaltschaft stellen, so ist die Vorschrift insoweit nicht völkerrechtskonform und für ihre Anwendbarkeit bliebe kein Raum. Mit anderen Worten: Ist das Ermessen trotz völkerrechtlicher Verfolgungspflicht eröffnet, so ist es auf Null reduziert." Zu den völkerrechtlichen Strafpflichten siehe oben S. 96 f. (für tatnahe Staaten) und S. 139 f. (für Drittstaaten). Vgl. zur Ermessensreduktion auf Null im Rahmen des § 153c StPO wegen völkervertraglicher Strafpflichten LK-Werle/Jeßberger (12. Auflage, 2007), § 6 StGB Rn. 142; Bungenberg, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung, 39 AVR (2001), S. 197 f.; Eser, Völkermord und deutsche Strafgewalt, in FS Meyer-Goßner (2001), S. 27.