

tätig, sind schließlich die Drittstaaten zur indirekten Durchsetzung von Völkerstrafrecht berufen, um die Straflosigkeit der Verletzung völkergemeinschaftlicher Interessen zu verhindern. Die Drittstaatengerichtsbarkeit ist damit eine doppelt subsidiäre Auffangzuständigkeit.

Davon abgesehen wird durch einen völkerstrafrechtlichen *ne-bis-in-idem*-Grundsatz der Strafklageverbrauch im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege internationalisiert. Im vertikalen Verhältnis greifen die einschlägigen Regelungen der Statuten der internationalen Gerichtshöfe. Im horizontalen, das heißt zwischenstaatlichen Verhältnis, wird der Strafanspruch der internationalen Gemeinschaft durch ein rechtskräftiges Ersturteil erledigt. Eine erneute Strafverfolgung, die allein auf Grundlage derselben Strafgewalt der internationalen Gemeinschaft beruht, ist wegen des eingetretenen Strafklageverbrauchs unzulässig.

D. Zusammenfassung

In dem sich derzeit konsolidierenden Mehrebenensystem völkerrechtlicher Strafrechtspflege überlagern sich und konkurrieren die originär völkerrechtliche Strafgewalt und die verschiedenen – originären und derivativen – staatlichen Strafgewalten.⁶⁰⁰

600 Burke-White, Proactive Complementarity, 49 Harvard International Law Journal (2008), S. 53: “Rome System of Justice”; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 105: “emerging system of international criminal justice”; Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 264: “die im Entstehen begriffene internationale Strafrechtsordnung”; ders., Völkerstrafrecht und deutsches VStGB, JZ 2012, S. 380: “internationales Mehrebenensystem der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen”; MK-Ambos (1. Auflage, 2009), § 1 VStGB Rn. 2: “Völkerstrafjustizsystem (‘international criminal justice system’)”. Alternativ wird hinsichtlich der Durchsetzung von Interessen einer institutionell unterentwickelten internationalen Gemeinschaft auf einen Netzwerkgedanken rekurriert: Hier werden die Gemeinschaftsinteressen nicht von den Staaten als geschlossenen Handlungseinheiten, sondern von funktionalen Einheiten eines disaggregierenden Staates vertreten; vgl. Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 160; Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 204 ff. Entwickelt wurde der Netzwerkgedanke grundlegend von Anne-Marie Slaughter zur Lösung des sog. *globalization paradox*: Bestimmte Themen erforderten eine globale Regulierung, gleichzeitig wird ein “Weltstaat” jedoch abgelehnt; Slaughter, A New World Order (2004). Nach diesem Netzwerkgedanken wird der Staat nicht mehr (nur) als feste und territorial abgrenzbare Einheit begriffen, sondern wird entlang seiner einzelnen Funktionen disaggregiert. Zum Schutz und zur Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen interagieren die funktionalen Einheiten aus Exekutive, Legislative und Judikative mit ihren staatlichen, überstaatlichen und nicht-staatlichen Partnern in informell ausgestalteten, flexiblen und dreidimensionalen – horizontalen und vertikalen – Netzwerken. Auf diese Weise wird ein globales Regulieren auch ohne eine *centralized power* möglich. Im Völkerstrafrecht lassen sich durchaus Ansätze eines solchen Netzwerks, einer “community of courts” identifizieren; vgl.

Dabei sind die tatnahen Staaten – zumindest der Tatortstaat, nach überzeugender Ansicht auch der Heimatstaat des Täters – vorrangig zur Strafverfolgung berechtigt, der internationalen Gemeinschaft gegenüber aber auch verpflichtet (*erga-omnes*-Strafpflicht). Diese tatnahen Staaten greifen dabei in erster Linie auf ihre eigene Strafgewalt zurück, gleichzeitig erfüllen sie jedoch auch den Strafanspruch der internationalen Gemeinschaft. Verletzen sie ihre Strafpflicht, kann der Internationale Strafgerichtshof die Strafverfolgung übernehmen.

Angesichts seiner Errichtung als vertragsgestütztes Gericht, kann der Internationale Strafgerichtshof jedoch (noch) nicht per se als Strafgericht der internationalen Gemeinschaft angesehen werden. Aus diesem Grund greift er im Regelfall auf die ihm von Tatortstaat und Heimatstaat des Täters übertragene Strafgewalt zurück. In einem solchen Fall kommt ihm als *internationalem* Gericht die Aufgabe zu, die eigentlich den Staaten obliegende *erga-omnes*-Strafpflicht für sie zu erledigen. Durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen kann der Internationale Strafgerichtshof jedoch bereits heute als mit universeller Strafbefugnis ausgestattetes Strafgericht der internationalen Gemeinschaft eingesetzt werden. Seine Strafbefugnis basiert in diesem Fall auf dem originären *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft. Der Internationale Strafgerichtshof ist als *supranationales* Gericht Ausdruck der Institutionalisierung der internationalen Gemeinschaft. Er reagiert auf die *erga omnes* Pflichtverletzung der zur Strafverfolgung verpflichteten Staaten und gleicht diese im Namen der internationalen Gemeinschaft aus.

Kann der Internationale Strafgerichtshof mangels Gerichtsbarkeit oder angesichts seiner begrenzten Kapazitäten nicht eingreifen, sind schließlich die Drittstaaten über das Universalitätsprinzip zur Strafverfolgung berufen.⁶⁰¹ Die Dritt-

Burke-White, A Community of Courts, 24 Michigan Journal of International Law (2003), S. 1. Nicht zuletzt angesichts des gemeinsamen Ziels der Bekämpfung der Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen, vernetzen sich staatliche, inter- und supranationale Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, verstärkt durch weitere “experts and enthusiasts” – als den primär Begünstigten solcher *governance*-Netzwerke; vgl. Slaughter, ebenda, S. 224. Kritisiert wird der Netzwerkgedanke regelmäßig wegen seines Defizits an demokratischer Legitimation als auch wegen mangelnder Verantwortung und Transparenz. Es entstehe ein “unübersichtlicher Mix aus Recht, Politik und Ethik”, die Netzwerke scheinen niemandem außer sich selbst gegenüber verantwortlich und kümmern sich weder um Legitimation noch Rechtsquellen; es handle sich um “Fachleutheerrschaft ohne demokratische Kontrolle”, so Paulus, ebenda, S. 209.

601 Burke-White, A Community of Courts, 24 Michigan Journal of International Law (2003), S. 13, der die Staaten als “the backbone of the emerging system of global justice” bezeichnet; MK-Ambos (1. Auflage, 2009), § 1 VStGB Rn. 2: Die Staaten werden weiterhin die Hauptlast der völkerstrafrechtlichen Rechtsdurchsetzung tragen; Werle/Jeßberger, International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law, 13 CLF (2002), S. 194: “Hence, even after the establishment of the International Criminal Court, the (indirect) enforcement of international criminal law through national courts will remain the backbone of the international criminal justice system.”

staaten bleiben damit auch nach der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs essentieller Bestandteil des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege. Sie leiten ihre Strafbefugnis ausschließlich von der internationalen Gemeinschaft ab und agieren im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege als deren “Stellvertreter” bzw. “Treuhänder”.

Der Gedanke, dass Drittstaatengerichte als Stellvertreter der internationalen Gemeinschaft handeln, erinnert an *George Scelles* Theorie des *dédoublement fonctionnel*, die dieser im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht entwickelt hat.⁶⁰² Der Rückgriff auf *Scelles* Theorie findet sich daher auch vermehrt im völkerstrafrechtlichen Schrifttum.⁶⁰³ Danach sind Strafverfolgungsbehörden und Gerichte der Drittstaaten aus

602 Scelle, *Le phénomène juridique de dédoublement fonctionnel*, in FS Wehberg (1956). Dazu Cassese, *Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel)* in *International Law*, 1 EJIL (1990), S. 240. Vgl. auch Shany, *Regulating Jurisdictional Relations* (2007), S. 93: “This position, which accepts the horizontal co-existence of national and international jurisdictions, was captured by some degree by Scelle’s *dédoublement fonctionnel* theory.” und S. 97: “According to Scelle, the vacuum in international institutional structures is temporarily filled by national actors, acting in an international capacity.”; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (4. Auflage, 2010), § 46: “Georges Scelle hat diesen Gedanken durch seine Lehre vom ‘*dédoublement fonctionnel*’ entfaltet, die besagt, dass die staatlichen Organe die doppelte Aufgabe erfüllen müssen, dem staatlichen Recht zu dienen, zugleich aber dieses im Lichte des VR [Völkerrechts] anzuwenden.”; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 161: “Wenn diese [die einzelnen Staaten] im konkreten Fall im Interesse der Gemeinschaft tätig werden, lassen sie sich als Gemeinschaftsorgane in einem funktionalen Sinne begreifen.”

603 Gaeta, *International Criminalization of Prohibited Conduct*, in Cassese u.a. (Hrsg.), *Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), S. 65: “Plainly, states can still prosecute and punish individuals who engage in those criminal conducts. However, the current exercise of national criminal jurisdiction in this field can better be described as a judicial activity performed for the international community as such, rather than as a modality of exercise of sovereign power. National judges act as judicial organs of the international community thereby accomplishing a sort of *dédoublement fonctionnel*.” In *The Expansion of National Criminal Jurisdiction over International Crimes*, in Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia* (2012), S. 604, schlägt Gaeta vor, dass die Drittstaatengerichte als Organe der internationalen Gemeinschaft zumindest bei der Strafzumessung nicht eigenes, nationales Recht anwenden sollten, sondern das Recht des Tatort- oder Täterstaates, sofern dies für den Angeklagten vorteilhaft ist. Folgerichtiger wäre es freilich, wenn sie das sich zukünftig etablierende Strafzumessungsrecht des IStGH anwendeten, da sonst ein und dasselbe Gericht u.U. erheblich ungleichgewichtige Strafen ausurteilen müsste. Vgl. i.Ü. Reydam, In re *Pinochet*, 93 AJIL (1999), S. 703: “The magistrate’s interpretation of international law and its effect in the domestic legal order [...] is a vivid illustration of the reality of Georges Scelle’s famous construct of *dédoublement fonctionnel*: state authorities have dual functions, as organs of the respective national communities and of the international community.”; Thürer, *Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum*, 60 ZaöRV (2000), S. 601, der die britische Justiz im *Pinochet*-Fall “faute de mieux” als Organ zum Schutz von Gemeinwohlinteressen der internationalen Gemeinschaft ansieht; Shany, *Regulating Jurisdictional Relations* (2007), S. 97: “[n]ational actors alternate between their posi-

dem staatlichen Gefüge heraus zu nehmen und als funktionale Organe der internationalen Gemeinschaft zu begreifen.⁶⁰⁴ In diesem Zusammenhang ist dann mitunter von “de facto *international actors*” oder “ad litem *international courts*” die Rede.⁶⁰⁵ Nach Scelles Theorie bringt die Transformation nationaler Gerichte in internationale Akteure auch eine Wandlung der institutionellen Loyalitäten (“institutional loyalties”⁶⁰⁶) mit sich: Als internationale Akteure sind sie ausschließlich dazu verpflichtet die Gemeinschaftsinteressen und -werte – und nicht wie sonst: rein nationale Interessen – zu schützen und zu fördern.⁶⁰⁷ Damit sind sie nach Scelle entweder als rein nationale oder aber als rein internationale Gerichte zu erfassen. Bei Cassese heißt es dazu:

It should be emphasized that for Scelle national officials *do not have double roles which are fulfilled simultaneously*, but a dual role in the sense that they operate in a Dr. Jekyll [sic] and Mr. Hyde manner, exhibiting a split personality. In other words, although from the point of view of their *legal status* they are and remain national organs, they can *function either as national or as international agents*.⁶⁰⁸

An dieser Stelle setzt die Kritik der Theorie des *dédoublement fonctionnel* an: Die strikte Trennung zwischen internationalen und nationalen Aufgaben, das Auslösen des nationalen Gerichts aus seinem “natürlichen” rechtlichen Umfeld und das Kappen der nationalen Bindungen ist nicht überzeugend. Staatliche Gerichte – auch Drittstaatengerichte – sind stets weiterhin fest in die nationale Rechtsordnung eingebunden. Auch wenn sie Völkerstrafrecht im Namen der in-

tions under national and international law: [...]; when national courts adjudicate claims relating to the international legal order (eg, when exercising universal jurisdiction) they comprise part of the international judiciary [...].”

- 604 Bei den tatnahen Staaten überlagert sich hingegen das Gemeinschafts- und das Staateninteresse an der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen, so dass deren Strafverfolgungsbehörden und Gerichte bei der Ermittlung, Strafverfolgung und Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen in erster Linie eine originär staatliche Funktion erfüllen und erst sekundär als Stellvertreter der internationalen Gemeinschaft agieren.
- 605 Eine Auswirkung dieses Ansatzes lässt sich bspw. in der Diskussion um völkerrechtliche Immunitätsfragen erkennen. So wird teilweise argumentiert, dass nationale Gerichte bei der Durchsetzung von Völkerstrafrecht *de facto* internationale Gerichte seien und dementsprechend die Unbeachtlichkeit völkerrechtlicher Immunität auf die nationale Ebene zu übertragen sei. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, vgl. oben Fn. 404.
- 606 Shany, *Regulating Jurisdictional Relations* (2007), S. 98: “Significantly, the theory assumes that the transformation of national and international actors also results in a change in their institutional loyalties: as international actors they are committed to promote international – rather than national – values and interests.”
- 607 Vgl. auch Burke-White, *A Community of Courts*, 24 *Michigan Journal of International Law* (2003), S. 16: “When States exercise universal jurisdiction, they become ‘independent actors in the international arena [...] apply[ing] international norms impartially, without deferring to their governments.’”
- 608 Cassese, *Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel)* in *International Law*, 1 *EJIL* (1990), S. 213 (Hervorhebung im Original).

ternationalen Gemeinschaft durchsetzen, ziehen sie immer zumindest *auch* Staateninteressen in Betracht.⁶⁰⁹ Damit setzt sich das rechtliche Entscheidungsumfeld staatlicher Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sowohl aus der internationalen Völker(straf)rechtsordnung als auch der nationalen Rechtsordnung zusammen.⁶¹⁰ Gerade hierin unterscheiden sich die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von Drittstaaten von den internationalen Strafgerichten.⁶¹¹

Die Berücksichtigung nationaler Interessen birgt jedoch die bereits mehrfach angedeutete Gefahr, dass Staaten als Stellvertreter der internationalen Gemeinschaft regelmäßig nur dann aktiv werden, wenn die Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen – also die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen – mit den eigenen, nationalen Interessen übereinstimmt. Damit bleibt jedoch die Gefahr der selektiven Rechtsdurchsetzung, wenn Staaten die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen nur in solchen Fallkonstellationen übernehmen, in denen es ihren eigenen Interessen zumindest nicht schadet. Diese Interessenabhängigkeit wirkt sich zwangsläufig zum Vorteil von Staatsangehörigen mächtiger Staaten aus. In dieser Interessenabhängigkeit besteht daher “das Kernproblem einer internationalen Rechtsordnung [...], die sich der Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen verpflichtet hat, aber keine adäquaten zentralisierten Mechanismen zur Normierung und Durchsetzung derselben zur Verfügung stellt.”⁶¹² Setzen Dritt-

609 Shany, *Regulating Jurisdictional Relations* (2007), S. 98 f.: “Still, the theory is open to criticism for offering an unrealistic vision of national courts as donning at times the mantle of international institutions and as acting in disregard of national interests. The theory’s inability to capture the potentially simultaneous dual roles of national courts in fulfilling both national and international functions, and the doctrinal complexities that ensure thereof, thus appears to detract from its explanatory power.”; Fontanelli, Book Review: Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, 20 EJIL (2009), S. 1299 Fn. 9: “Scelle’s *dédoublement fonctionnel* theory [...] cannot serve as a comprehensive model for the role of national courts [since it] does not take into account the sympathy for national interests felt by domestic courts, even when they act as international law adjudicators.”

610 Shany, *National Courts as International Actors*, Hebrew University International Law Research Paper No. 22-08 (2008), S. 20: “while it may be fair to assume that national courts remain faithful to the national interest and to domestic law even when they apply international law, I would posit that this does not negate the possibility that they fulfill at the same time an *international* judicial function.” und S. 27: “I believe that national courts assume at times international functions and could be viewed, when they assume such functions, as part of international law’s adjudicatory apparatus. This does not mean that national courts *are* international courts [...] – clearly they are not. [...] when they apply international law, national courts remain national actors and their operations remain governed by national laws [...]” (Hervorhebung im Original).

611 Ähnlich Shany, *National Courts as International Actors*, Hebrew University International Law Research Paper No. 22-08 (2008), S. 20.

612 So allgemein Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2011), S. 160. Siehe hierzu bereits oben S. 81, sowie unten S. 311 ff.

staaten Völkerstrafrecht durch, kann daher im Ergebnis nicht gefordert oder nur davon ausgegangen werden, dass Staateninteressen völlig außer Acht gelassen werden. Andererseits sollte vermieden werden, dass Drittstaaten *nur* dann eingreifen, wenn die Durchsetzung des Völkerstrafrechts in erster Linie im eigenen Interesse liegt. Insofern sind bei der Ermittlungs-, Strafverfolgungs- und Aburteilungsentscheidung sowohl Gemeinschaftsinteressen als auch Staateninteressen zu berücksichtigen und – sofern sie sich widersprechen – in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Im Dritten Teil der Arbeit soll am Beispiel Deutschlands untersucht werden, inwieweit die Einbindung der Strafverfolgungsbehörden in das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege erfolgt ist und der Ausgleich zwischen Gemeinschafts- und Staateninteressen gelingt.