

### III. Drittstaaten

Da die tatnahen Staaten auf Grund ihrer regelmäßig vorliegenden Verstrickung in Völkerrechtsverbrechen bei der Strafverfolgung vielfach ausfallen und inter- bzw. supranationale Gerichte sowohl normativ in ihrer Gerichtsbarkeit als auch faktisch in ihren Ressourcen erheblichen Beschränkungen unterliegen, sind daneben auch die Drittstaaten zur Durchsetzung von Völkerstrafrecht berufen. Bei den Drittstaaten handelt es sich um jene Staaten, bei denen ein unmittelbarer Bezug zu dem völkerstrafrechtsrelevanten Sachverhalt fehlt.

#### 1. Quelle der Strafgewalt

##### a. Völkerrechtliche Rückbindung drittstaatlicher Strafgewalt durch das Universalitätsprinzip

Wenn Drittstaaten Völkerrechtsverbrechen in ihre eigene Strafrechtsordnung implementieren, in völkerstrafrechtsrelevanten Situationen ermitteln und Täter völkerrechtlicher Verbrechen verfolgen, dann agieren sie auf Grundlage des Weltrechtsprinzips, auch Universalitätsprinzip genannt.<sup>381</sup> Nach diesem Völkerrechts-

381 Zum Weltrechtsprinzip siehe die Monographien von Henzelin, *Le Principe de l'Universalite en Droit Penal International* (2000); Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law* (2005); Reydams, *Universal Jurisdiction* (2003); sowie den Sammelband von Macedo (Hrsg.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (2006). Aus der nahezu unüberschaubar gewordenen Aufsatzliteratur, vgl. nur *Abi-Saab, The Proper Role for Universal Jurisdiction*, 1 JICJ (2003), S. 596 ff.; Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes*, 42 *Virginia Journal of International Law* (2001), S. 81 ff.; Broomhall, *Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law*, 35 *NELR* (2001), S. 399 ff.; Cassese, *Is the Bell Tolling for Universality?*, 1 JICJ (2003), S. 589 ff.; Eser, *For Universal Jurisdiction: Against Fletcher's Antagonism*, 39 *Tulsa Law Review* (2003), S. 955 ff.; Kaleck, *From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008*, 30 *Michigan Journal of International Law* (2008), S. 927 ff.; Krefß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), 561 ff.; Langer, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction*, 105 *AJIL* (2011), S. 1 ff.; O'Keefe, *Universal Jurisdiction*, 2 JICJ (2004), 735 ff.; Sadat, *Redefining Universal Jurisdiction*, 35 *NELR* (2001), S. 241 ff.; Randall, *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 *Texas Law Review* (1987), S. 785 ff.; Roht-Arriaza, *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back*, 17 *LJIL* (2004), S. 375 ff. Besonders kritisch Fletcher, *Against Universal Jurisdiction*, 1 JICJ (2003), S. 580 ff.; Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction. Risking Judicial Tryanny*, 80 *Foreign Affairs* (2001), S. 86 ff. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006); Wang, *Der universale Strafanspruch des nationalen Staates* (2005); Krefß, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 *ZStW* (2002), S. 828 ff.; Merkel, *Universale Jurisdiktion*, in Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik Bd. 3* (1998), S. 238 ff.; Weigend, *Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit*, in FS Eser (2005), S. 965 ff.; Weißer, *Das Prinzip der Weltrechtspflege in Theorie und Praxis*, GA 2012, S. 424 ff. *Berichte interna-*

satz können Staaten ihr nationales Strafrecht auf bestimmte Taten erstrecken, unabhängig davon wo, von wem oder gegen wen sie begangen wurden, das heißt auch ohne dass ein unmittelbarer Bezug zwischen dem Staat und dem in Frage stehenden Sachverhalt besteht. Nach seiner negativen Definition greift das Weltrechtsprinzip dann, wenn kein anderes Geltungsprinzip gilt.<sup>382</sup> Dass das Universalitätsprinzip für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gilt, wird durch staatliche Äußerungen, nationale Strafgesetze und Rechtsprechung belegt und ist mittlerweile nahezu unumstritten.<sup>383</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Völkerstrafrecht und Weltrechtsprinzip unmittelbar miteinander verbunden – sie sind sozusagen zwei Seiten derselben Medaille.<sup>384</sup> Durch die völkerrechtlichen Straftatbestände definiert die internationale Gemeinschaft bestimmte Angriffe auf ihre Interessen als universell individuell-strafbewehrtes Verhalten. Zumindest für Tatort- und Täterstaat besteht eine Pflicht zur Strafverfolgung dieser Taten, die als Verpflichtung *erga omnes* der internationalen Gemeinschaft geschuldet ist. Werden die Verbrechen von diesen Staaten nicht bzw. nicht ernsthaft und effektiv verfolgt, also die *erga omnes*-Pflicht verletzt, kann die internationale Gemeinschaft die Strafverfolgung selbst übernehmen, um die Straflosigkeit der Angriffe auf die Gemeinschaftsinteressen zu verhindern. Da die internationale Strafgerichtsbarkeit jedoch handlungsmäßig beschränkt ist, kann die internationale Gemeinschaft die von den Verbrechen nicht unmittelbar betroffenen Drittstaaten zur – indirekten – Durchsetzung des Völkerstrafrechts aufrufen. Damit sind die Staaten durch das Universalitätsprinzip – entgegen der sonst völkerrechtlich geltenden Regel, dass staatli-

tionaler Organisationen zur universellen Jurisdiktion VN, Report of the Secretary General: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction (2010) und (2011); AU-EU, Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (2009); ILA, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences (2000); IDI, Resolution on Universal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes (2005); AIDP, Resolution on Universal Jurisdiction (2009).

382 Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 565.

383 Vgl. nur Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 216; Cryer u.a. (2. Auflage, 2010), S. 50 f. So auch Darfur-Report (2005), Rn. 613: “It seems indisputable that a general rule of international law exists authorizing States to assert universal jurisdiction over war crimes, as well as crimes against humanity and genocide. The existence of this rule is proved by the convergence of State’s pronouncements, national pieces of legislation, as well as by case law.”

384 So auch Kreß, War Crimes, 30 IYHR (2000), S. 169: “[...] the customary State power to prosecute crimes under international law is derived directly from the latter’s conceptual structure. [...] The power to exercise universal jurisdiction may therefore be conceptualized as the legal vehicle by which States, acting on behalf of the international community, may respond to the individual’s violation of an international obligation *erga omnes*.”; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 111 f.

che Strafgewalt nur dann extraterritorial erstreckt werden darf, wenn zwischen dem Strafgewalt ausübenden Staat und dem strafrechtlich relevanten Sachverhalt ein Anknüpfungspunkt wie Tatort oder die Staatsangehörigkeit von Täter oder Opfer besteht – legitimiert, ihr Strafrecht universell auf Völkerrechtsverbrechen zu erstrecken. Diese universelle Strafgewalterstreckung rechtfertigt sich damit allein durch die Angriffsrichtung und den Unrechtsgehalt der Verbrechen.

#### b. Strafgewalt abgeleitet von der internationalen Gemeinschaft

Setzen die von den Völkerrechtsverbrechen nicht unmittelbar betroffenen Drittstaaten Völkerstrafrecht durch, so agieren sie als “Stellvertreter”<sup>385</sup>, “Treuhänder”<sup>386</sup> bzw. “Prozeßstandschafter”<sup>387</sup>, als “trustees”<sup>388</sup> bzw. “on behalf of” der internationalen Gemeinschaft. Geht man – wie hier vertreten – von der Existenz eines originären *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft aus, folgt daraus, dass die Drittstaaten nicht auf Grundlage ihrer eigenen, originär staatlichen Strafgewalt agieren, sondern ihre Strafbefugnis von der internationalen Gemeinschaft ableiten. Die Strafberechtigung steht genuin der internationalen Gemeinschaft zu. Da diese – auch nach Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs – weiterhin institutionell und kapazitiv beschränkt ist, überträgt sie den von den Verbrechen nicht betroffenen Staaten ihre Straf-Befugnis, um Angriffe auf ihre Interessen zu bestrafen.<sup>389</sup>

Obwohl die Strafgewalt bei Völkerrechtsverbrechen der internationalen Gemeinschaft zukommt und die Entscheidung über die Strafwürdigkeit des Verhaltens und die Definition des Unrechtssachverhalts bereits auf völkerrechtlicher Ebene getroffen wird, verbleibt den Staaten Raum, um diese abgeleitete Strafgewalt auch im Rahmen ihrer legislativen Regelungsgewalt (*jurisdiction to prescribe*) eigenständig auszuüben. Dies erfolgt durch die Eingliederung der völkerrechtlichen Straftatbestände in ihre nationalen Strafrechtsordnungen und

385 Weigend, Das VStGB, in GedS Vogler (2004), S. 208; Kreicker, in Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Bd. 1 (2003), S. 253.

386 Merkel, Universale Jurisdiktion, in Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik Bd. 3 (1999), S. 252; Eser, Völkermord und deutsche Strafgewalt, in FS Meyer-Goßner (2001), S. 17. Vgl. auch Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 561.

387 Weigend, Das VStGB, in GedS Vogler (2004), S. 208.

388 Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 567.

389 Es ließe sich argumentieren, dass mit Errichtung des ISTGH die Rechtfertigung für das Universalitätsprinzip – die defizitäre Institutionalisierung der internationalen Gemeinschaft – weggefallen ist und Drittstaaten, insbesondere auch angesichts des dem Universalitätsprinzip inhärenten Gefahrenpotentials, namentlich der Gefahr des politischen Mißbrauchs, nicht mehr zur Durchsetzung von Völkerstrafrecht befugt seien. Dies würde allerdings die weiterhin erheblich beschränkte Handlungsfähigkeit des ISTGH verkennen.

die Anweisung universeller Geltung dieser nationalen Straftatbestände.<sup>390</sup> Die Ausübung der legislativen Regelungsgewalt durch die Staaten manifestiert sich in dem Transformationsakt von der völkerrechtlichen auf die nationale Ebene.

Dabei sind die Staaten jedoch grundsätzlich frei, auch hinter dem ihnen völkerrechtlich Erlaubten zurückzubleiben. Das Universalitätsprinzip definiert lediglich den völkerrechtlichen Rahmen und es ist jedem Staat selbst überlassen, ob und inwieweit er diesen ausfüllen möchte.<sup>391</sup> Wie das Universalitätsprinzip im deutschen Recht umgesetzt wurde und welche Rolle Deutschland damit im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege einnimmt, wird im nächsten Teil dieser Arbeit untersucht.

### c. Abgrenzung zur “vertragsgestützten universellen Jurisdiktion”

Ähnlich der oben durchgeführten Unterscheidung von Völkerstrafrecht und zwischenstaatlicher Kooperation in Strafsachen, ist das so verstandene Weltrechtsprinzip abzugrenzen von dem sog. “unechten Universalitätsprinzip” bzw. der “vertragsgestützten universellen Jurisdiktion” (*treaty-based universal jurisdiction*).<sup>392</sup>

Wie oben bereits ausgeführt, verpflichten sich Staaten regelmäßig durch internationale Abkommen nach dem Grundsatz *aut dedere aut iudicare* dazu, auf ihrem Staatsgebiet betroffene Tatverdächtige entweder auszuliefern oder selbst

390 Siehe Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 564: “[...] in the case of crimes under international law, the respective descriptions, by definition, already exist in the international legal order. But there is still a need for a prescriptive act of the state concerned which consists of penalizing the relevant type of human conduct within its legal order, if only by way of adoption of the applicable international legal rule into the domestic legal order.”; ders., *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 830 Fn. 74; Sadat, *Redefining Universal Jurisdiction*, 35 NELR (2001), S. 256 f. Anderer Ansicht ist NK-Böse (3. Auflage, 2010), Vor § 3 StGB Rn. 13, 23, dem zu Folge Drittstaaten keine legislative Regelungsgewalt (*jurisdiction to prescribe*) ausüben, da sich die Strafbarkeit der Völkerrechtsverbrechen bereits unmittelbar aus dem Völkergewohnheitsrecht ergebe. Damit sei die materielle Regelungsgewalt bzgl. der Verbrechensdefinition den Staaten entzogen, es gehe folglich allein um die Frage der Strafverfolgungsmöglichkeit der Drittstaaten (Strafgerichtsbarkeit). So geht zwar auch Böse davon aus, dass die (Dritt-)Staaten von der Staatengemeinschaft abgeleitete Strafgewalt ausüben, doch greife das Universalitätsprinzip erst auf Ebene der Rechtsprechungsgewalt (Regelung nur der (*universal jurisdiction to adjudicate*)) und sei daher rein verfahrensrechtlicher Natur. Als Folge dieser Ansicht müssten die Staaten in materieller Hinsicht jedoch unmittelbar auf die völkergewohnheitsrechtlichen Straftatbestände zurückgreifen. Zumindest im deutschen Recht ist dies schon wegen Art. 103 GG ausgeschlossen.

391 Zur Strafpflicht von Drittstaaten siehe sogleich.

392 Für eine Abgrenzung auch Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 566; ders., *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 829; Broomhall, *International Justice & the ICC* (2003), S. 106 f. Vgl. auch IGH, *Haftbefehlsfall*, 14. Februar 2002, *Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buerenthal*, Rn. 41.

strafrechtlich zu verfolgen. Um dieser Pflicht – die im Grunde auf die Ausübung der *jurisdiction to adjudicate* zielt<sup>393</sup> – nachzukommen, müssen die Vertragsstaaten zunächst ihre legislative Regelungsgewalt ausüben, die Taten in ihre nationale Strafrechtsordnung implementieren und den Geltungs- und Anwendungsbereich ihres nationalen Strafrechts auf die einschlägigen Taten erstrecken. Nur dann sind sie in der Lage, die Taten vor ihren eigenen Gerichten auch tatsächlich abzuurteilen und ihrer Vertragspflicht nachzukommen. Da außer des *ex post* Inlandsaufenthalts des Tatverdächtigen kein Bezug zwischen dem strafrechtlich zu bewertenden Sachverhalt und dem Strafgewalt ausübenden Staat besteht, fällt diese Strafgewalterstreckung *prima facie* durchaus unter die Definition des Weltrechtsprinzips.

Der Unterschied besteht jedoch darin, dass die völkerrechtliche Erlaubnis zur extraterritorialen Erstreckung der Strafgewalt gerade nicht durch das Universalitätsprinzip als anerkanntes völkergewohnheitsrechtliches Geltungsprinzip vermittelt wird. Vielmehr erteilen sich die Vertragsstaaten durch Abschluss der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge gegenseitig die Erlaubnis, dass eine fremde Strafrechtsordnung auf ihrem eigenen Staatsgebiet Geltung beanspruchen darf. Da völkerrechtliche Verträge nur *inter partes* gelten, erstreckt sich die Erlaubnis der Strafgewalterstreckung auch nur auf das Gebiet der Vertragsstaaten und ist dementsprechend gerade nicht universell.<sup>394</sup>

393 Vgl. hierzu näher Maierhöfer, *Aut dedere – aut iudicare* (2006), S. 44 f.

394 Vgl. Merkel, *Universale Jurisdiktion*, in Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik* Bd. 3 (1998), S. 247; Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 566 f.; Luban, *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law*, in Besson/Taisoulas (Hrsg.), *The Philosophy of International Law* (2010), S. 572; Broomhall, *International Justice & the ICC* (2003), S. 107: “This form of jurisdiction is not truly ‘universal’, but is a regime of jurisdictional rights and obligations arising among a closed set of States Parties. The phrase ‘universal jurisdiction’ is more accurately applied where it arises as a matter of custom than when used to describe the jurisdiction that arises only *inter partes* through a convention.” Nochmal anders stellt sich die Lage hinsichtlich des – hier nicht näher zu behandelnden – Delikts der Piraterie dar, das regelmäßig als Paradebeispiel eines dem Universalitätsprinzip unterworfenen Delikts gehandelt wird. Piraterie wird jedoch definitionsgemäß auf Hoher See, d.h. außerhalb des Hoheitsgebietes eines Staates begangen. Erstrecken Staaten ihr nationales Strafrecht auf Taten der Piraterie, so berühren sie keine fremden Gebietsinteressen; eine Erlaubnisnorm ist in diesem Sinne gar nicht erforderlich. So Jeßberger, *Universal Jurisdiction*, in Cassese u.a. (Hrsg.), *Companion to International Criminal Justice* (2009), S. 556. Vgl. hierzu auch Luban, *A Theory of Crimes Against Humanity*, 29 *Yale Journal of International Law* (2004), S. 124 f. Fn. 140, der über *Hannah Arendts* Auffassung schreibt: “By the time she wrote *Eichmann in Jerusalem*, Arendt had completely abandoned the theory of universal national jurisdiction based on the piracy analogy [...]. The reason for universal jurisdiction over the pirate is that he commits his crimes on the high seas, not because robbery and murder are unique crimes; [...]. International lawyers have likewise criticized the analogy between the pirate (who is subject to universal jurisdiction only for practical rea-

d. Das Missverständnis einer “universellen Rechtssetzungsgewalt *in absentia*”

Was die Völkerrechtskonformität des Universalitätsprinzips angeht, ist im völker(straf)rechtlichen Schrifttum mitunter eine Unterscheidung zwischen einem uneingeschränkten oder absoluten Weltrechtsprinzip (*absolute/pure universal jurisdiction*) einerseits und einem eingeschränkten oder bedingten Weltrechtsprinzip (*conditional universal jurisdiction*) andererseits zu finden.<sup>395</sup> Letzteres setze die Anwesenheit des Tatverdächtigen im Inland voraus, weshalb es mitunter auch als Weltrechtsergreifungsprinzip bezeichnet wird. Von zahlreichen Autoren wird die Völkerrechtskonformität des absoluten Weltrechtsprinzips, oft auch als “*universal jurisdiction in absentia*” bezeichnet, bestritten.

Die Differenzierung zwischen einem absoluten Universalitätsprinzip auf der einen und einem bedingten Universalitätsprinzip auf der anderen Seite ist jedoch missverständlich.<sup>396</sup> Hierdurch werden, zumindest terminologisch, zwei strikt voneinander zu trennende Fragen vermischt: Wie dargelegt handelt es sich beim Universalitätsprinzip um eine völkerrechtliche Norm, die den Staaten zunächst die universelle Erstreckung ihres materiellen Strafrechts erlaubt. Es betrifft damit in erster Linie die legislative Regelungsgewalt der Staaten und damit die abstrakt-generelle Begründung des staatlichen Strafanspruchs. An dieser Stelle kann ein Anwesenheitserfordernis – “as a matter of legal logic”<sup>397</sup> – keine Rolle spielen: Wäre die Anwesenheit des Tatverdächtigen eine Voraussetzung für die Erstreckung des nationalen Strafrechts auf den extraterritorialen Sachverhalt, so fände das Unter-Strafe-Stellen eines Verhaltens durch den Staat erst nach Begehung der Tat statt. Die materielle strafrechtliche Verbotsnorm würde dann nicht bereits im Zeitpunkt der Tatausführung gelten, sondern erst mit Einreise des Tatverdächtigen in den Staat, dessen Strafrecht anwendbar sein soll – das heißt erst *nach* Begehung der Tat. Zum Zeitpunkt der Tatbegehung wäre das Verhalten nach dieser Strafrechtsordnung hingegen nicht strafbewehrt.<sup>398</sup>

sons of enforcement) and the criminal against humanity (who, if he is subject to universal jurisdiction, is so because of the unique character of his crime).”

395 So z.B. Cassese, *International Criminal Law* (2. Auflage, 2008), S. 338 Fn. 4: “The universality principle has been upheld in two different versions [...]: the narrow notion (conditional universal jurisdiction) and the broad notion (absolute universal jurisdiction).”

396 Kreß, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 828 f.: “Bei einem anderen Wortgebrauch besteht die Gefahr, die völkerrechtliche Unzulässigkeit der Weltrechtspflege *in absentia* auf einen begriffsjuristischen Kurzschluss zu gründen.”

397 Akande, *Arrest Warrant Case*, in Cassese u.a. (Hrsg.), *Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), S. 587.

398 O’Keefe, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2004), S. 743 Fn. 28, weist darauf hin, dass dies keinen Verstoß gegen den *nullum-crimen*-Grundsatz darstellen würde, da Völkerrechtsverbrechen bei ihrer Begehung jedenfalls bereits durch Völkergewohnheitsrecht als strafbewehrtes Unrecht definiert sind.

Folglich kann das Anwesenheitserfordernis – wenn überhaupt – erst bei der Frage der Realisierung des Strafanspruchs im konkreten Einzelfall auf Ebene der Gerichtsbarkeit eine Rolle spielen. Wird also ein bedingtes Weltrechtsprinzip einem absoluten Weltrechtsprinzip gegenübergestellt, so sind darunter nicht zwei unterschiedliche strafenwendungsrechtliche Prinzipien zu verstehen. Vielmehr handelt es sich um unterschiedliche Ausübungsmodi der Drittstaaten-Gerichtsbarkeit auf Grundlage des stets uneingeschränkt und absolut geltenden Weltrechtsprinzips. Um es mit den Worten *O’Keefes* auszudrücken:

If the term ‘universal jurisdiction *in absentia*’ must be used at all, it can surely only be a shorthand (and potentially confusing shorthand, at that) for [...] the enforcement *in absentia* of universal prescriptive jurisdiction.<sup>399</sup>

Nach den im ersten Kapitel dieser Arbeit dargestellten Grundsätzen, hat diese Feststellung Folgen für die Darlegungslast hinsichtlich des Nachweises einer völkerrechtlichen Erlaubnisnorm: Die völkerrechtliche Erlaubnisnorm, die die universelle Erstreckung der nationalen Strafgewalt auf Völkerrechtsverbrechen gestattet und deren Existenz positiv nachgewiesen werden muss (und nachgewiesen ist), ist das Universalitätsprinzip. Darüber hinaus ist ein positiver Nachweis eines “Weltrechtsergreifungsprinzips” oder einer “*universal jurisdiction in absentia*” nicht erforderlich.<sup>400</sup> Bei der sogleich zu untersuchenden Frage, ob eine völkerrechtliche Verbotsnorm existiert, die die *universelle Gerichtsbarkeit* der Drittstaaten durch das Anwesenheitserfordernis einschränkt, reicht hingegen der negative Nachweis aus.

399 O’Keefe, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2004), S. 735 ff. Pocar/Maystre, *The Principle of Complementarity*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 284: “However, treating universal jurisdiction *in absentia* as a distinct head of jurisdiction whose lawfulness is to be proved on its own right is misplaced. Such an approach confuses a state’s jurisdiction to prescribe its criminal law with the way of that law’s enforcement.” Ebenso Ambos, *Internationales Strafrecht* (3. Auflage, 2011), § 3 Rn. 94; und auch nach Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 269, richtet sich das völkerrechtliche Interessenabwägungsgebot nicht gegen die Inanspruchnahme der universellen *jurisdiction to prescribe*, sondern begnügt sich mit Forderungen an eine entsprechende Ausgestaltung der *jurisdiction to adjudicate*.

400 Dies wird in IGH, *Haftbefehlsfall*, 14. Februar 2002, in den Sondervoten insbesondere von Guillaume (Rn. 13), Ranjeva (Rn. 9), Rezek (Rn. 6) und Bula-Bula (Rn. 73), verkannt, die sich auf die Suche nach einem positiven Nachweis einer Erlaubnisnorm für “universal jurisdiction *in absentia*” machen. Da dieser positive Nachweis nicht zu führen ist, sei von einer völkerrechtlichen Unzulässigkeit auszugehen. Für eine kritische Besprechung des Urteils siehe Kreß, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 818 ff.; und O’Keefe, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2004), S. 735 ff.

## 2. Allgemeine Drittstaatengerichtsbarkeit

Nach dem Weltrechtsprinzip ist es allen Staaten völkerrechtlich gestattet, ihre – von der internationalen Gemeinschaft abgeleitete – materielle Strafgewalt universell und uneingeschränkt auf Völkerrechtsverbrechen zu erstrecken. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es diesen Staaten völkerrechtlich auch ohne Einschränkung gestattet ist, einen durch Begehung eines Völkerrechtsverbrechens entstandenen Strafanspruch im konkreten Einzelfall zu realisieren. Kommt den Drittstaaten gleichsam uneingeschränkte, universelle Rechtsprechungsgewalt, genauer: Ermittlungs-, Strafverfolgungs- und Aburteilungsgewalt, zu? Oder ist das Eingreifen der Drittstaatengerichtsbarkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig?

In letzterem Fall wäre der *prima facie* anzunehmende Gleichlauf zwischen legislativer und judikativer Regelungsgewalt durch eine völkerrechtliche Verbotsnorm gestört. Ob solche “passgenauen”<sup>401</sup> Verbotsnormen existieren, soll im Folgenden untersucht werden. Obwohl nicht spezifisch auf den Universalitätsgrundsatz zugeschnitten, sind hier an erster Stelle die völkerrechtlichen Immunitätsregelungen zu nennen. Da diese im Bereich des Völkerstrafrechts und hier insbesondere im Zusammenhang mit einer drittstaatlichen Strafverfolgung von besonderer Bedeutung sind, werden sie zunächst kurz umrissen. Im Übrigen werden als spezifisch die universelle Drittstaatengerichtsbarkeit einschränkende Voraussetzungen regelmäßig das Anwesenheitserfordernis und das Subsidiaritätsprinzip genannt.<sup>402</sup> Während es sich beim Anwesenheitserfordernis um eine allgemeine Einschränkung der Drittstaatengerichtsbarkeit handelt, ist das Subsidiaritätsprinzip als Kollisionsregel ein Mechanismus zur Koordination der Gerichtsbarkeiten und dient damit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit. Es wird daher im nächsten Abschnitt dieses Kapitels (unter C.) untersucht.

### a. Drittstaatengerichtsbarkeit und Immunität

Anders als vor Strafgerichten der internationalen Gemeinschaft wird eine bestimmte Gruppe von Staatsvertretern durch die völkerrechtliche Immunität *ratione personae* von der staatlichen Gerichtsbarkeit befreit. Dies gilt nach ganz

401 Kreß, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, 114 ZStW (2002), S. 825.

402 So heißt es bspw. im Darfur-Report (2005), Rn. 614: “However, customary rules in question, construed in the light of general principles currently prevailing in the international community, arguably make the exercise of universal jurisdiction subject to two major conditions. First, the person suspected or accused of an international crime must be present on the territory of the prosecuting state. Second, before initiating criminal proceedings this State should request the territorial State [...] or the State of active nationality [...] whether it is willing to institute proceedings against that person and hence prepared to request his or her extradition.”

herrschender Meinung auch, wenn die Staaten als Stellvertreter der internationalen Gemeinschaft zur Verfolgung von Völkerrechtverbrechen auf Grundlage des Universalitätsgrundsatzes tätig werden.<sup>403</sup> Anders als bei Gerichten der internationalen Gemeinschaft trifft hier weiterhin der Grundsatz des *par in parem non habet imperium* zu, demzufolge kein Staat über den anderen zu Gericht sitzen darf.<sup>404</sup> Die Immunität dient hier gerade auch dem Schutz vor mißbräuchlichem Gebrauch des Instruments der universellen Jurisdiktion, als einer der Gefahren, die entsteht, wenn Staaten in Vertretung der internationalen Gemeinschaft *erga omnes*-Verpflichtungen durchsetzen.<sup>405</sup>

Die persönliche Immunität wirkt jedoch nur temporär und erlischt mit dem Ende der Amtszeit. Damit können Personen, die während ihrer Amtszeit durch Immunität *ratione personae* privilegiert sind, jedenfalls nach dem Ausscheiden aus dem Amt von Drittstaaten für Völkerrechtverbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.<sup>406</sup>

Darüber hinaus wird vertreten, dass die völkerrechtlichen Immunitätsregelungen einer reinen Ermittlungstätigkeit (*investigation*) nicht entgegenstehen, son-

403 Siehe hierzu IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002; Kreicker Völkerrechtliche Exemtionen (2007), S. 729 ff.; ders., Immunität und IStGH, ZIS 2009, S. 355; Akande, International Law Immunities and the ICC, 98 AJIL (2004), S. 411; Cassese, International Criminal Law (2. Auflage, 2008), S. 304, 310; Cryer u.a., An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2. Auflage, 2010), S. 545 ff.; Krefß, Der IGH im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz, GA 2003, S. 33.

404 Diese Auffassung wird teilweise mit dem Argument bestritten, nationale Gerichte seien bei der Durchsetzung von Völkerstrafrecht *de facto* internationale Gerichte, so dass die Unbeachtlichkeit völkerrechtlicher Immunitätsregelungen auch bei Strafverfolgung auf nationaler Ebene gelten müsse; so bspw. Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Bd. I/3 (2. Auflage, 2002), S. 1019, denen zu Folge zu berücksichtigen sei, "dass Staaten, wenn sie die Strafverfolgung dieser Taten gegenüber Staatsangehörigen anderer Staaten aufnehmen, dies nicht im Eigeninteresse, sondern für die Staatengemeinschaft insgesamt tun. D.h. sie stehen insoweit stellvertretend für eine zentrale Strafverfolgung, der Einwand *par in parem non habet jurisdiction* kann nicht geltend gemacht werden." Eine ähnliche Argumentation, allerdings bzgl. der Immunität *ratione materiae* findet sich bei Keller, Das VStGB in der praktischen Anwendung: Eine kritische Bestandsaufnahme, in Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre VStGB. Bilanz und Perspektiven eines "deutschen Völkerstrafrechts" (im Erscheinen, 2013). Gegen diesen Ansatz zu Recht Shany, National Courts as International Actors, Hebrew University International Law Research Paper No. 22-08 (2008), S. 27. Siehe hierzu auch Fn. 605.

405 Zu diesem Gefahrenpotential siehe oben S. 81 und S. 91.

406 Es ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass bei Völkerrechtsverbrechen Immunität *ratione materiae* auch gegenüber staatlicher Strafrechtspflege nicht greift. Die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Amtsträger wird nicht gehindert. Siehe nur Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 705 m.w.N. Vgl. allerdings die missverständlichen Ausführungen in IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Rn. 61, wonach Außenminister nach Ende der Amtszeit vor fremdstaatlichen Gerichten wegen Handlungen in *privater* Eigenschaft verfolgt werden dürfen.

dem erst auf Ebene der Strafverfolgung (*prosecution*) greifen. Dies lässt sich beispielsweise der Anmerkung der Richter *Higgins, Kooijmanns* und *Buergenthal* in ihrem gemeinsamen Sondervotum zum IGH-Haftbefehlsfall entnehmen:

No exercise of criminal jurisdiction may occur which fails to respect the inviolability or infringes the immunities of the person concerned. We return below to certain aspects of this facet, but will say at this juncture that commencing an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued does not of itself violate those principles. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed.<sup>407</sup>

Nach dieser – umstrittenen – Auffassung scheinen die völkerrechtlichen Immunitätsregelungen erst die Strafverfolgungs- und Aburteilungs-, nicht hingegen die Ermittlungsgewalt einzuschränken.<sup>408</sup>

#### b. Drittstaatengerichtsbarkeit und Anwesenheitserfordernis

Die oben bereits angesprochene Diskussion um die “universal jurisdiction *in absentia*” wird an dieser Stelle nun relevant: Die universelle Gerichtsbarkeit *in absentia* ist der wohl umstrittenste Punkt im Gefüge des gesamten Universalitäts-Komplexes. Strittig ist, ob es einem Drittstaat völkerrechtlich verboten ist, einen konkreten völkerstrafrechtlich relevanten Sachverhalt, zu dem er im Übrigen keinerlei Bezug hat, der aber nach dem Weltrechtsgrundsatz gleichwohl den inländischen Strafrechtsnormen unterliegt, auch dann strafrechtlich zu verfolgen, wenn sich der Tatverdächtige nicht im Inland aufhält.

Von einer nicht unerheblichen Meinung im völkerstrafrechtlichen Diskurs wird dies vertreten: Die Ausübung der Drittstaatengerichtsbarkeit sei nur dann völkerrechtskonform, wenn sich die eines Völkerrechtsverbrechens verdächtige Person im Staatsgebiet aufhält.<sup>409</sup> Allerdings wird von den Vertretern dieser Ansicht regelmäßig nicht näher ausgeführt, zu welchem Zeitpunkt die Anwesenheit genau gefordert wird: Bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens? Bei Erlass eines Haftbefehls? Bei Erhebung der Anklage? Oder erst bei Durchführung der Hauptverhandlung? Im Folgenden ist daher zu unterscheiden zwischen einer uneingeschränkt universellen Ermittlungsmöglichkeit (*jurisdiction to investigate*)

407 IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmanns, Buergenthal, Rn. 59.

408 Nach Kreicker, Immunität und IStGH, ZIS 2009, S. 354, steht die völkerrechtliche Immunität bereits der Einleitung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, d.h. jeglichen staatsanwaltlichen und polizeilichen Ermittlungen entgegen, nicht erst der Inhaftierung oder dem gerichtlichen Verfahren. Sie betrifft damit bereits die Ermittlungsgewalt (*jurisdiction to investigate*).

409 Vgl. an dieser Stelle nur die Sondervoten in IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Guillaume (Rn. 16 f.), Ranjeva (Rn. 11), Rezek (Rn. 10) Bula-Bula (Rn. 81).

*in absentia* einerseits (dazu bb.) und einer universellen Aburteilungsgewalt (*jurisdiction to adjudicate* i.e.S.) *in absentia* andererseits (dazu aa.).

aa. Universelle Aburteilungsgewalt *in absentia*

Obwohl es nicht der chronologischen Reihenfolge eines Strafverfahrens entspricht, soll hier zunächst die Rechtsprechungsgewalt *in absentia*, also die Gerichtsbarkeit im engeren Sinne, näher untersucht werden. Es geht um die Frage, ob ein drittstaatliches Hauptverfahren auch in Abwesenheit des Tatverdächtigen durchgeführt werden darf. Die Diskussion um Abwesenheitsverfahren (*trials in absentia*) hängt eng mit der Frage der Beachtung internationaler Menschenrechtsstandards in nationalen Strafverfahren zusammen.<sup>410</sup>

Im anglo-amerikanischen Rechtskreis – den USA, Kanada oder Großbritannien – und auch in manchen kontinentaleuropäischen Strafrechtsordnungen, beispielsweise in Deutschland (§ 230 Abs. 1 StPO), sind Abwesenheitsverfahren per se unzulässig. In anderen Staaten, zum Beispiel in Belgien, Frankreich, den Niederlanden oder Italien, sind sie hingegen – zumindest unter bestimmten Voraussetzungen – zulässig. Dies steht durchaus im Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben: Zwar ist das Recht des Angeklagten auf Anwesenheit während der Hauptverhandlung ausdrücklich in Art. 14(3)(d) des IPbPR postuliert und nach Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch in Art. 6(1), (3) EMRK enthalten. Jedoch gilt dieses Verbot nicht absolut, sondern erfährt gewisse Einschränkungen, beispielsweise wenn der Angesuldigte auf sein Recht auf Anwesenheit verzichtet hat oder ihm ein uneingeschränktes Recht auf Wiederholung des Verfahrens zusteht.<sup>411</sup> Eine völkerrechtlich zwingende Verbotsnorm, welche die Durchführung einer Hauptverhandlung und die Verurteilung einer Person in ihrer Abwesenheit verbietet, besteht nach herrschender Ansicht nicht.<sup>412</sup>

Im völkerstrafrechtlichen Kontext ist jedoch ein Trend erkennbar, der Abwesenheitsverfahren generell eine Absage erteilt. So sind Abwesenheitsverfahren vor (fast) allen internationalen und internationalisierten Strafgerichten unzulässig.

410 Kreß, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, 114 ZStW (2002), S. 826 f. Vgl. auch IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Rn. 55 f.

411 Vgl. Jordash/Parker, Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon, 8 JICJ (2010), S. 489 ff. m.w.N.

412 Vgl. Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings (2003), S. 252 f.; Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 582; i.E. auch Cassese, International Criminal Law (2. Auflage, 2008), S. 390 f.

sig.<sup>413</sup> Insbesondere durch die ausdrückliche Regelung in Art. 63 des IStGH-Statuts kann von der Entstehung eines völkerstrafverfahrensrechtlichen Standards ausgegangen werden, nach dem Abwesenheitsverfahren abzulehnen sind.

Da sich die Drittstaatengerichtbarkeit von der Strafbefugnis der internationalen Gemeinschaft ableitet, lässt sich argumentieren, dass dieser spezifisch völkerstrafverfahrensrechtliche Standard auf nach dem Weltrechtsgrundsatz geführte Verfahren zu übertragen ist, selbst wenn dadurch ein strengerer als der sonst geltende völkerrechtliche Mindeststandard angelegt wird. Dadurch wird die gemeinschaftsrechtskonforme Art und Weise der Strafverfolgung sichergestellt, wenn die internationale Gemeinschaft die Durchsetzung der ihr gegenüber geschuldeten *erga-omnes*-Strafpflicht den Drittstaaten überlässt.

#### bb. Universelle Ermittlungsgewalt *in absentia*

Der Aburteilungsmöglichkeit *in absentia* vorgelagert stellt sich die Frage einer universellen *jurisdiction to investigate in absentia*. Hierbei handelt es sich um das eigentliche Kernproblem bei der Diskussion um die “universal jurisdiction *in absentia*”: Dürfen gegen die eines Völkerrechtsverbrechens verdächtige Person in Abwesenheit, das heißt ohne dass sich die Person in dem betreffenden Staat aufhält, strafrechtliche Ermittlungen geführt werden?

Die Frage mutet auf ersten Blick ungewöhnlich an, sind strafrechtliche Ermittlungen in Abwesenheit des Tatverdächtigen doch bei sonstiger Kriminalität nicht ungewöhnlich und werden auch aus völkerrechtlicher Perspektive keinesfalls kri-

413 Art. 63 IStGH-Statut: “Verhandlung in Anwesenheit des Angeklagten (1) Der Angeklagte hat während der Verhandlung anwesend zu sein. [...]”. Zur Verhandlungsgeschichte Schabas, article 63, in Triffterer (Hrsg.), Commentary (2. Auflage, 2008), Rn. 5. In den Statuten der ad-hoc-Tribunale ist das Recht auf Anwesenheit nicht ausdrücklich normiert, wird jedoch zum Teil in Art. 20/21 J-/RStGH-Statut hineingelesen. Zudem haben die Richter des JStGH Abwesenheitsverfahren als für unzulässig erachtet; vgl. hierzu Friman, *Trying Cases at the International Criminal Tribunals in the Absence of the Accused?*, in Darcy/Powderly (Hrsg.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (2010), S. 338 ff. Einzige gegenwärtige Ausnahme des Verbots von Abwesenheitsverfahren vor international(isiert)en Gerichten stellt das Sondertribunal für den Libanon dar: Nach Art. 22 des Statuts sind Verfahren in Abwesenheit insgesamt zulässig, wenn der Angeschuldigte dem Tribunal nicht übergeben wurde oder die betreffende Person nicht aufgefunden werden kann. Diese Regelung ist im Schrifttum äußerst umstritten und wird teilweise als mit geltenden menschenrechtlichen Mindeststandards im Strafverfahren nicht vereinbar angesehen; vgl. Jordash/Parker, *Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon*, 8 JICJ (2010), S. 487 ff.; Gaeta, *To Be (Present) or Not to Be (Present): Trials in Absentia before the Special Tribunal for Lebanon*, 5 JICJ (2007), S. 1165 ff. Ausdrücklich zulässig waren Abwesenheitsverfahren auch nach Art. 12 IMG-Statut.

tisiert.<sup>414</sup> Im Rahmen der Universalitätsdiskussion wird die Anwesenheit des Tatverdächtigen im Inland jedoch von zahlreichen Autoren zur Voraussetzung der Ermittlungsaufnahme gemacht, in erster Linie um dem Missbrauch des Universalitätsprinzips zu begegnen.<sup>415</sup> Darüber hinaus wird das Anwesenheitserfordernis teilweise als zuständigkeitsbegründendes Kriterium der Drittstaatengerichtsbarkeit begriffen: Die Anwesenheit des Tatverdächtigen kennzeichnet die Zuständigkeit des einen (einzigen) zur Strafverfolgung nach dem Weltrechtsprinzip zuständigen Drittstaates.<sup>416</sup> Nur auf diesem Wege könne zum einen ein andernfalls eintretendes „judicial chaos“ verhindert werden, zum anderen verhindere eine solch klare Zuständigkeitszuweisung – insbesondere in Kombination mit einer „*aut dedere aut iudicare*“-Vorgabe – eine Verantwortungsdiffusion und löse negative Jurisdiktionskonflikte auf.

#### (1) Nachweis einer völkerrechtlichen Verbotsnorm

Zunächst ist festzustellen, dass eine Einschränkung der universellen Ermittlungsmöglichkeit durch das Anwesenheitserfordernis jedenfalls nicht auf den Nichteinmischungsgrundsatz gestützt werden kann: Durch ihre Qualität und Angriffsrichtung werden die völkerrechtlichen Kernverbrechen unstreitig aus dem interventionsfreien Raum der betroffenen Staaten herausgeholt und können dem materiellen Strafrecht aller Staaten unterstellt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es nun einen Eingriff in die *domaine réservé* darstellen sollte, wenn ein Drittstaat wegen eines solchen Verbrechens Ermittlungen aufnimmt, obwohl sich der Tatverdächtige nicht auf seinem Hoheitsgebiet aufhält.<sup>417</sup>

414 So auch Rabinovitch, *Universal Jurisdiction in absentia*, 28 *Fordham International Law Journal* (2005), S. 519: „While investigations in absentia are relatively common and uncontroversial in international law [...]“. Auch O’Keefe, *Universal Jurisdiction*, 4 *JICJ* (2004), S. 750, stellt fest, dass niemand eine „territorial jurisdiction in absentia“ oder eine „nationality jurisdiction in absentia“ in Frage stelle.

415 Siehe z.B. Cassese, *Is The Bell Tolling For Universality?*, 1 *JICJ* (2003), S. 592: „Thirdly, universality may be asserted subject to the condition that the alleged offender be on the territory of the prosecuting state. It would seem contrary to the logic of current state relations to authorise any state of the world to institute criminal proceedings (commence investigations, collect evidence, and lay out charges) against any foreigner or foreign state official allegedly culpable of serious international crimes.“

416 Bspw. Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht Bd. 1/3* (2002), §189.IV.3, die die Frage aufwerfen “[...] ob das Weltrechtsprinzip auch Verfahrenseinleitung in absentia ermöglicht bzw. fordert oder ob – als minimaler Anknüpfungspunkt – für die Zuständigkeitsbegründung unter funktionalen Gesichtspunkten nicht zumindest die Anwesenheit des Täters im Gerichtsstaat zu verlangen ist.“

417 Sehr wohl mit dem Nichteinmischungsgrundsatz zu begründen ist hingegen eine Einschränkung der Drittstaatengerichtsbarkeit durch das Subsidiaritätsprinzip; siehe hierzu unten S. 174 ff.

Ungeachtet dessen könnte dennoch ein spezifischer Völkerrechtssatz bestehen, der die universelle Ermittlungsmöglichkeit von Drittstaaten durch das Anwesenheitserfordernis auf prozeduraler Ebene einschränkt. Die völkergewohnheitsrechtliche Lage ist umstritten und unklar. Teilweise wird die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Verbotsnorm der Ausübung der Drittstaatengerichtsbarkeit in Abwesenheit des Tatverdächtigen angenommen, teilweise wird das Anwesenheitserfordernis als “freiwillige” Beschränkung der Drittstaatengerichtsbarkeit betrachtet.<sup>418</sup>

Erschwert wird die Untersuchung der Völkerrechtskonformität der Ermittlungstätigkeit *in absentia* – zusätzlich zur allgemeinen Unsicherheit des Nachweises völkergewohnheitsrechtlicher Normen – durch den oben bereits angeführten Umstand, dass hinsichtlich des Zeitpunktes, wann von *exercise of criminal jurisdiction* ausgegangen wird, in den verschiedenen Rechtstraditionen unterschiedliche Ansätze verfolgt werden. Geht man davon aus, dass erst mit gerichtlicher Beteiligung, das heißt mit dem Erlass eines Haftbefehls bzw. einer Vorladung (*summons to appear*) ein Strafverfahren geführt wird, stellt sich die hier relevante Frage einer Ermittlungsmöglichkeit *in absentia* nicht.<sup>419</sup>

Von einer internationalen Rechtsprechungsinstanz wurde die Frage der Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen *in absentia* bislang nicht entschieden. Die Frage lag zwar dem IGH-Haftbefehlsfall zu Grunde, blieb aber letztendlich offen. Dennoch haben einige Richter den Haftbefehlsfall zum Anlass genommen, ihre Rechtsansicht in Sondervoten darzulegen. Zusammenfassend ist hierzu folgendes zu sagen: Wie oben bereits angesprochen, trennen die Richter bei der Suche nach einem völkerrechtlichen Rechtssatz, der die universelle Jurisdiktion *in absentia* regelt, nicht ausdrücklich zwischen Rechtssetzungs- und Rechtsprechungsgewalt. Vier Richter, die Richter *Guillaume*, *Rezek*, *Ranjeva* und *Bula-Bula* kommen – wegen fehlenden Nachweises einer Erlaubnisnorm – zur völkerrechtlichen Unzulässigkeit der universellen Jurisdiktion *in absentia*. Ad-hoc-Richterin *van den Wyngaert* vertritt in ihrem Sondervotum hingegen die Völkerrechtskonformität

418 Siehe Henzelin, *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International* (2001), S. 235; Akande, *Arrest Warrant Case*, in Cassese u.a. (Hrsg.), *Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), S. 587; Cassel, *Empowering United States Courts to Hear Crimes Within the Jurisdiction of the ICC*, 35 *NELR* (2001), S. 427; Cryer u.a., *Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2. Auflage, 2010), S. 52; *Darfur-Report* (2005), Rn. 614.

419 Vgl Weigend, *Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit*, in FS Eser (2005), S. 970 Fn. 77; Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law* (2005), S. 103. Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 *JICJ* (2006) S. 576 f., weist darauf hin, dass die in ihrem gemeinsamen Sondervotum im IGH-Haftbefehlsfall geäußerte Ansicht der Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal*, dass die Aufnahme von Ermittlungen noch nicht *per se* die Immunität *ratione personae* des Tatverdächtigen verletzt, vor demselben Hintergrund zu erklären sein mag (siehe hierzu oben S. 38 ff.).

der universellen Jurisdiktion *in absentia*: Es sei nicht nur keine Völkerrechtsnorm ersichtlich, die universelle Jurisdiktion *in absentia* verbiete, diese könne vielmehr sogar auf einen völkerrechtlichen Erlaubnissatz gestützt werden. Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* vertreten in ihrem Gemeinsamen Sondervotum die Auffassung, dass es zwar noch keine explizite Erlaubnisnorm für universelle Jurisdiktion *in absentia* gebe. Allerdings sei nach dem “fortwährenden Potential”<sup>420</sup> der in der *Lotus*-Entscheidung vertretenen Freiheitsvermutung der Staaten im Zusammenspiel mit einer Reihe von Indizien (*indications*) unterhalb der Ebene der harten Staatenpraxis, die für die völkerrechtliche Zulässigkeit der universellen Jurisdiktion *in absentia* sprechen, von deren Völkerrechtskonformität auszugehen. Richter *Oda* enthält sich einer Festlegung, da das Völkerrecht diesbezüglich noch nicht “sufficiently developed” sei.

Was die staatliche Gesetzgebung angeht, wird in den Gesetzen zahlreicher Staaten – beispielsweise in Kanada<sup>421</sup> oder den Niederlanden<sup>422</sup> – die Anwesenheit des Tatverdächtigen wohl auch für die Aufnahme bloßer Ermittlungstätigkeit vorausgesetzt.<sup>423</sup> Seit der Gesetzesänderung vom November 2009 gehört auch Spanien, wo bis zu diesem Zeitpunkt eine unbeschränkte universelle Gerichtsbarkeit galt, zu den Staaten, welche die Anwesenheit des Tatverdächtigen ausdrücklich als Voraussetzung der nationalen Gerichtsbarkeit normiert haben.<sup>424</sup>

Die Tatsache, dass in diesen Staaten die Anwesenheit des Tatverdächtigen zur Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen gefordert wird, bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass hierdurch einer völkergewohnheitsrechtlich verbindlichen Pflicht nachgekommen werden soll. Zum einen ist es möglich, dass es sich bei der Normierung des Anwesenheitserfordernisses um eine Umsetzung des Prinzips *aut dedere aut judicare* aus völkerrechtlichen Verträgen handelt (vergleichbar mit § 6 Nr. 9 StGB). Allerdings ist zu beachten, dass dieses Prinzip allein die *Pflicht* zur

420 So die Übersetzung von Kreß, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 825; im Original heißt es “continuing potential”, IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Rn. 50.

421 Art. 8(b) des kanadischen Crimes Against Humanity and War Crimes Act (2000), vgl. aber auch (a) dieser Norm.

422 Art. (2)(1)(a) des niederländischen International Crimes Act (2003).

423 Weitere Nachweise bzgl. (europäischer) Staaten, die zur Einleitung strafrechtlicher Verfahren die (zu erwartende) Anwesenheit des Tatverdächtigen voraussetzen bei Kaleck, *From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008*, 30 Michigan Journal of International Law (2009), S. 931 ff. Vgl. i.Ü. AU-EU, Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (2009), Rn. 18, 24.

424 Art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial in der durch Ley Orgánica 1/2009 vom 3. November 2009 geänderten Fassung. Nach spanischem Recht kann das Anwesenheitserfordernis durch das Bestehen eines Anknüpfungspunktes zwischen Spanien und dem infrage stehenden völkerstrafrechtlichen Sachverhalt (“algún vínculo de conexión relevante con España”) ersetzt werden und ist insofern nicht zwingend.

Ausübung der nationalen Gerichtsbarkeit bei Inlandspräsenz beinhaltet – auf ein Verfolgungsverbot bei Abwesenheit kann hieraus nicht geschlossen werden.<sup>425</sup> Zum anderen kann das Anwesenheitserfordernis auf rein nationalen Interessen und Praktikabilitätsabwägungen beruhen.<sup>426</sup> Oftmals werden die Staaten selbst kein Interesse an einer uneingeschränkt universellen Jurisdiktion haben, da sie mit der Schaffung dieser Möglichkeit Erwartungen wecken und sich dem Druck beispielsweise von Nichtregierungsorganisationen oder Opfergruppen aussetzen, Ermittlungen auch gegen Personen einzuleiten, die sich nicht im Inland aufhalten. Aus diesem staatlichen Interesse lässt sich jedoch nicht auf die Überzeugung der Staaten schließen, völkerrechtlich zur Einschränkung der universellen Jurisdiktion durch das Anwesenheitserfordernis verpflichtet zu sein.

Alles in allem ist eine Tendenz erkennbar, dass Staaten die Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit von der Anwesenheit des Tatverdächtigen im Inland abhängig machen. Um von einer diesbezüglichen völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht auszugehen, ist die Staatenpraxis jedoch nicht aussagekräftig genug.<sup>427</sup> Kann aber eine völkerrechtliche Verbotsnorm, die speziell die universelle Gerichtsbarkeit der Drittstaaten einschränkt, nicht mittels einer positiven Beweisführung nachgewiesen werden, so bleibt die Vermutung des Gleichlaufs von legislativer und judikativer Regelungsgewalt bestehen. Im Ergebnis ist daher von der Völkerrechtmäßigkeit der universellen Ermittlungstätigkeit (*jurisdiction to investigate in absentia*) auszugehen.

## (2) Vorteile einer universellen Ermittlungsgewalt *in absentia*

Abgesehen von dem nicht möglichen Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Einschränkung der Drittstaatengerichtsbarkeit durch das Anwesenheitserfordernis, können gegen eine solche Einschränkung gewichtige Argumente vorgebracht werden.

Zum einen stehen einer solchen Einschränkung rein praktische Überlegungen entgegen: So könnten die staatlichen Behörden bei Geltung des Anwesenheitserfordernisses ein förmliches Ermittlungsverfahren und Beweissicherungsmaßnahmen erst dann durchführen, sobald sich der Tatverdächtige im Inland aufhält,

425 Vgl. Kreß, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, 114 ZStW (2002), S. 824, 840; ders., Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 577. IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Rn. 57.

426 Vgl. IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Sondervotum van den Wyngaert, Rn. 55 Fn. 118.

427 So auch Ryngaert, Jurisdiction in International Law (2008), S. 120; Rabinovic, Universal Jurisdiction in absentia, 28 Fordham International Law Journal (2005), S. 511; IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Rn. 54.

das heißt in den betreffenden Staat einreist. Speziell bei komplexen völkerstrafrechtlichen Sachverhalten brauchen strafrechtliche Ermittlungen jedoch Zeit, so dass eine solche Beschränkung völlig impraktikabel wäre: Noch bevor ausreichend Beweismittel gesichert worden wären, um einen dringenden Tatverdacht nachzuweisen und gegebenenfalls Haftbefehl zu beantragen, hätte der Tatverdächtige das Land bereits wieder verlassen.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der dafür spricht, auf das Anwesenheitserfordernis zu verzichten, ist, dass auf diese Weise die Möglichkeit der sog. “antizipierten Rechtshilfe” – oder präziser: “antizipierten Beweissicherung” – eröffnet wird. Dieser Ansatz ermöglicht den Staaten, Ermittlungsmaßnahmen und insbesondere Maßnahmen zur Beweissicherung im Hinblick auf ein mögliches zukünftiges Strafverfahren in einem der tatnahen Staaten, vor einem inländischen oder vor einem internationalen Gericht durchzuführen.<sup>428</sup> Angesichts der strukturellen Besonderheiten der Verfolgung von Völkerstraftaten ist das Instrument der antizipierten Beweissicherung in dem auf Arbeitsteilung basierenden System völkerrechtlicher Strafrechtspflege überzeugend. Der Gedanke der antizipierten Beweissicherung wird im Vierten Teil der Arbeit bei der Untersuchung der Ausübung des Verfolgungsermessens durch den Generalbundesanwalt aufgegriffen.

Schließlich kann die bloße Einleitung von Ermittlungen in Drittstaaten einen dynamischen Prozess in Gang setzen und die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte tatnaher Staaten veranlassen, selbst Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen aufzunehmen (sog. *Pinochet*-Effekt) – schon alleine, um vor der internationalen Gemeinschaft den Vorwurf der *erga-omnes*-Pflichtverletzung auszuräumen.<sup>429</sup>

Letztendlich handelt es sich bei der Entscheidung zwischen einer uneingeschränkten und einer durch das Anwesenheitserfordernis eingeschränkten universellen Ermittlungsbefugnis um eine grundlegende Frage nach der Ratio des Universalitätsprinzips:<sup>430</sup> Verlangt man die Anwesenheit als einschränkende Vo-

428 Siehe Gesetzesentwurf VStGB, BT-Drs. 14/8524, 13. März 2002, S. 37. Vgl. i.Ü nur Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 578; Jeßberger, *Universal Jurisdiction*, in Cassese u.a. (Hrsg.), *Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), S. 557.

429 Hierzu Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect* (2005). Ryngaert, *Complementarity in Universality Cases*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 173 f.: “Nevertheless, it should not be overlooked that the mere initiation of an investigation, apart from ‘immobilizing’ the targets of the investigation in their safe haven, could set in motion a flurry of investigative and prosecutorial activity in the territorial state. [...] At the end of the day, that state also wants to maintain its reputation on the international scene. In the literature, this has been called the ‘Pinochet effect’. [...] The Pinochet effect shows that bystander states’ prosecutions can enhance compliance through a combination of a wake-up call and embarrassment.”

430 Hierzu Roht-Arriaza, *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back*, 17 LJIL (2004), S. 387; dies., *Guatemala Genocide Case*, 100 AJIL (2006), S. 212.

raussetzung der Ermittlungsaufnahme, steht der defensive Aspekt der universellen Jurisdiktion im Vordergrund und dient primär dazu, Tatverdächtige an der Einreise zu hindern. Die Drittstaaten würden hier in erster Linie ihr eigenes Interesse verfolgen, nicht zu sicheren Rückzugsorten für Völkerrechtsverbrecher zu werden (sog. “no safe haven”-Ansatz). Im Ergebnis wäre die Einschränkung der universellen Jurisdiktion durch das Anwesenheitserfordernis eine Formalisierung der bereits mehrfach angesprochenen Interessenabhängigkeit der Drittstaaten bei der Durchsetzung von *erga-omnes*-Pflichten: Der Schutz der Interessen der internationalen Gemeinschaft findet nur dann statt, wenn sie mit einem drittstaatlichen Interesse korrespondiert.

Verzichtet man hingegen auf das Anwesenheitserfordernis, können Ermittlung nach Weltrechtsgrundsatz proaktiv in die Wege geleitet werden, nationale Strafverfolgungsbehörden könnten bei Vorliegen von Ermittlungsansätzen tätig werden, unabhängig davon, ob sich die tatverdächtige Person im Inland befindet. Nach diesem Ansatz steht das Interesse der internationalen Gemeinschaft an der Ermittlung, Aufklärung und letztendlich Bestrafung von Angriffen auf Gemeinschaftsinteressen im Vordergrund.<sup>431</sup> Da die universelle Jurisdiktion ihre Existenz in erster Linie von diesem Interesse ableitet, ist eine Einschränkung durch das Anwesenheitserfordernis auch prospektiv abzulehnen.

## cc. Zusammenfassung

Nach richtiger, wenngleich umstrittener Ansicht ist die Anwesenheit des Tatverdächtigen im Inland völkergewohnheitsrechtlich nicht erforderlich, um strafrechtliche Ermittlungen auf Grundlage des Weltrechtsgrundsatzes einzuleiten.<sup>432</sup>

Dieser Ansicht entsprechen beispielsweise auch die *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (2001)

[a] state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law [...]<sup>433</sup>

sowie die Resolutionen zur universellen Jurisdiktion des *Institut de Droit International* (2005)

431 Vgl. auch Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2008), S. 122.

432 Wie hier auch Vandermeersch, *Prosecuting International Crimes in Belgium*, 3 JICJ (2005), S. 417. Anders hingegen Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 282, demzufolge ohne die “territoriale Radizierung” durch die Anwesenheit des Täters jeder Staat nur ein beliebiges Drittinteresse an der Normrehabilitation hat, was zur Legitimation von Ermittlungsmaßnahmen nicht ausreicht.

433 Principle 1(3), *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (2001); abgedruckt in Macedo (Hrsg.), *Universal Jurisdiction* (2004).

[a]part from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State [...]<sup>434</sup>

und der *Association Internationale de Droit Pénal* (2009)

(2) [i]n the exercise of universal jurisdiction a distinction should be made between the different stages of proceedings. In all stages of the proceedings the standards of human rights must be complied with. (3) Investigation is admissible in absentia; states can initiate criminal proceedings, conduct an investigation, preserve evidence, issue an indictment, or request extradition. (4) The presence of the defendant should be always required for the main proceedings. Therefore, trials in absentia shall not be conducted in cases of universal jurisdiction.<sup>435</sup>

### c. Pflicht zur Strafverfolgung

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die universelle Drittstaatengerichtsbarkeit durch völkerrechtliche Strafpflichten eingeschränkt ist (*mandatory universal jurisdiction*)<sup>436</sup>. Eine solche Strafverfolgungspflicht kann sich einerseits aus Völkervertrags-, andererseits aus Völkergewohnheitsrecht ergeben.

Zur Strafverfolgung verpflichtet ist der Drittstaat, in dem sich die eines Kriegsverbrechens im international bewaffneten Konflikt verdächtige Person aufhält (*custodial state*). Völkervertragsrechtlich ergibt sich dies aus den Genfer Abkommen.<sup>437</sup> Nach der herrschenden Auslegung der Konventionen verpflichten sich die Vertragsstaaten grundsätzlich dazu, Tatverdächtige ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit auch bei Auslandstaaten vor ihre eigenen Gerichte zu stellen oder aber an einen bestrafungswilligen Staat auszuliefern (*aut dedere aut iudicare*).<sup>438</sup> Diese Strafpflicht ist mittlerweile auch gewohnheitsrechtlich aner-

434 Paragraph 3(b), IDI, Resolution on Universal Criminal Jurisdiction (2005). Im IDI *Annuaire* 71 Vol. II (2006), S. 208, führt der *Rapporteur* in seiner Einleitung zur *Draft Resolution* aus: "However, it did allow any state to undertake acts of investigation which did not harm the individual, unlike the issue of an arrest warrant." Zur IDI Resolution ausführlich Kress, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 561.

435 Paragraph II, AIDP, Resolution on Universal Jurisdiction (2009); hierzu Vajda, *The 2009 AIDP's Resolution on Universal Jurisdiction – An Epitaph or a Revival Call?!*, 10 ICLR (2010), S. 325 ff.

436 Tomuschat, *The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals*, in FS Steinberger (2002), S. 327 f.

437 Art. 49 GK I, Art. 50 GK II, Art. 129 GK III und Art. 146 GK IV, sowie Art. 85 ZP I; vgl. Kreicker, in Eser/Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* Bd. 1 (2003), S. 437 ff.

438 Vgl. LK-Werle/Jeffberger (12. Auflage, 2007), Vor § 3 StGB Rn. 88 und § 6 StGB Rn. 135.

kannt,<sup>439</sup> und nach überzeugender Ansicht auch auf den nicht-international bewaffneten Konflikt zu übertragen.<sup>440</sup>

Zum Teil wird in der Literatur davon ausgegangen, dass völkerrechtliche Bestrafungspflichten für Drittstaaten bei Inlandsaufenthalt des Tatverdächtigen darüber hinaus auch hinsichtlich Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestehen. Teilweise wird vertreten, dass sich eine solche Pflicht aus dem IstGH-Statut, genauer gesagt aus Absatz 6 der Präambel ergebe.<sup>441</sup> Überzeugend ist dies jedoch nicht: Eine explizite Strafverpflichtung für Drittstaaten kann dem Statut nicht entnommen werden, vielmehr wird allein an bereits bestehende Strafverfolgungspflichten erinnert.<sup>442</sup>

Schließlich wird teilweise vertreten, der Grundsatz *aut dedere aut iudicare* habe sich bezüglich der Völkerrechtsverbrechen zu einer völkergewohnheitsrechtliche Strafverfolgungspflicht verdichtet.<sup>443</sup> Der Aufenthaltsstaat schuldet die Strafverfolgung dann anders als bei dem völkerrechtlichen Verträgen entnommenen *aut-dedere*-Grundsatz nicht den anderen Vertragsstaaten, sondern der internationalen Gemeinschaft. Dieser Ansatz ist mit der (noch) herrschenden Ansicht jedoch als zu weitgehend abzulehnen.<sup>444</sup>

439 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 230.

440 Maierhöfer, *Aut dedere – aut iudicare* (2006), S. 195 ff. Vgl. auch Kreicker, in Eser/Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* Bd. 1 (2003), S. 438.

441 Abs. 6 der Präambel erinnert daran, dass es die “Pflicht eines jeden Staates ist, seine Strafgerichtsbarkeit über die für internationale Verbrechen Verantwortlichen auszuüben”. In den Entwürfen der ILC war noch der Grundsatz *aut dedere aut iudicare* vorgesehen; vgl. Art. 9 Draft Code (1996): “Article 9: Obligation to extradite or prosecute: Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17 [genocide], 18 [crimes against humanity], 19 [crimes against UN and associated personnel] or 20 [war crimes] is found shall extradite or prosecute that individual.”

442 Vgl. Tomuschat, *The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals*, in FS Steinberger (2002), S. 338; Behrendt, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda* (2005), S. 149.

443 Für eine völkergewohnheitsrechtliche Geltung von *aut dedere aut iudicare* hingegen Bassiouni/Wise, *Aut Dedere Aut Iudicare* (1995), S. 20 ff.; Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes*, 42 *Virginia Journal of International Law* (2001), S. 148 f. Vgl. dazu auch ai, *International Law Commission: The Obligation to Extradite or Prosecute* (2009), S. 27: “[t]he existence of an obligation [to extradite or prosecute] under customary international law or its beginning could reasonably be presumed [...] at least regarding crimes under international law, such as genocide, crimes against humanity, war crimes [...]”. Derzeit befasst sich die ILC mit der Frage der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung von *aut dedere aut iudicare*; zum Stand der Beratungen siehe <[http://untreaty.un.org/ilc/guide/7\\_6.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_6.htm)>.

444 Vgl. nur Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 231; Ambos, *Internationales Strafrecht* (3. Auflage, 2011), § 3 Rn. 92 und Fn. 255.

### 3. Kritik der universellen Gerichtsbarkeit und Lösungsansätze

An einer uneingeschränkt universellen Gerichtsbarkeit wird mitunter heftige Kritik geübt. Die vorgebrachten Argumente spiegelt dabei im Wesentlichen das generell bei der dezentralen Durchsetzung von *erga-omnes*-Verpflichtungen bestehende Gefahrenpotential wieder. Dementsprechend können drei Hauptkritikpunkte ausgemacht werden:

Erstens die von einigen Autoren prophezeite Gefahr eines “total judicial chaos”<sup>445</sup>: Eine solche “jurisdiktionelle Unordnung” sei unvermeidbar, wenn es allen Staaten uneingeschränkt gestattet sei, nach dem Grundsatz der universellen Jurisdiktion an Stelle der internationalen Gemeinschaft die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen zu übernehmen. Dem ist jedoch zu entgegen, dass die Gefahr entstehender Jurisdiktionskonflikte mittels – einzelfallorientiert – Kollisionsregelungen zur Koordination der Gerichtszuständigkeit begegnet werden kann (siehe hierzu unter C.).<sup>446</sup>

Zweitens wird vor der Gefahr des (politischen) Missbrauchs gewarnt: Die Drittstaaten können die ihnen durch das Weltrechtsprinzip eröffnete Möglichkeit der universellen Strafverfolgung missbräuchlich in Anspruch nehmen, um unter dem Deckmantel der Stellvertretung für die internationale Gemeinschaft (ausschließlich) eigene (politische) Zwecke zu verfolgen.<sup>447</sup> Dieses Gefahrenpotential lässt sich kaum leugnen, allerdings scheint eine derart missbräuchliche Strafverfolgung nach dem Weltrechtsprinzip bisher nicht erfolgt zu sein. Wesentlich problematischer ist hingegen, dass Staaten zur Verfolgung des Gemeinschaftsinteresses regelmäßig nur dann aktiv werden, wenn die Rechtsdurchsetzung – zumindest: auch – in ihrem eigenen Interesse ist. Diese Interessenabhängigkeit wirkt zum Vorteil von Staatsangehörigen starker Staaten – gegenüber denen das Universalitätsprinzip nicht zur Anwendung gebracht wird – und bringt die Gefahr ungerechtfertigter Selektivität mit sich. Eine einfache Lösung wird es für dieses Problem kaum geben. Entschärfen lässt es sich allenfalls durch bestimmte

445 IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, Sondervotum Guillaume, Rn. 15.

446 Vgl. Walther, *Terra Incognita*, in FS Eser (2005), S. 929; Eser, *Harmonisierte Universalität nationaler Strafverfolgung*, in FS Trechsel (2002), S. 228; Kreß, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, 114 ZStW (2002), S. 843: “Bei Licht betrachtet wirft die Weltrechtspflege *in absentia* demnach nicht die Frage des Rechtsmissbrauchs auf, sondern diejenige der vernünftigen Abgrenzung und Koordinierung der Verfolgungszuständigkeit in dem derzeit entstehenden und aus nationalen und internationalen Bausteinen zusammengesetzten System der Völkerstrafgerichtsbarkeit.”

447 Vgl. Werle, *Völkerstrafrecht* (3. Auflage, 2012), Rn. 220: “[...] birgt die Öffnung des staatlichen Rechtsraums für Eingriffe von Drittstaaten ein erhebliches Missbrauchspotential”; Tomuschat, *National Prosecutions, Truth Commissions and International Criminal Justice*, in Werle (Hrsg.), *Justice in Transition* (2006), S. 164 f.

Leitsätze bei der Ausübung des Verfolgungsermessens und eine transparente Entscheidungsfindung.<sup>448</sup> Langfristig besteht jedoch die Gefahr, dass diese selektive (Nicht-)Durchsetzung des Völkerstrafrechts insbesondere durch Drittstaaten das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege dauerhaft beschädigt und delegitimiert.

Schließlich wird drittens die Gefahr einer gemeinschaftsrechtswidrigen Art und Weise der Rechtsdurchsetzung im Drittstaat angemahnt: In erster Linie geht es hier um die Gefahr der Verletzung der Rechte des Tatverdächtigen bzw. Angeklagten im Verfahren.<sup>449</sup> Es wird angeführt, dass der Beschuldigte in einem Drittstaat einem unfairen und nicht objektiven Strafverfahren unterworfen werden könnte, in dem seine Rechte nicht ausreichend beachtet würden. Das Weltrechtsprinzip “manifestiert ein völlig unbegründetes Vertrauen in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit der Gerichte sämtlicher Staaten der Welt”.<sup>450</sup> Wenngleich die Gefahr der Verletzung von Beschuldigtenrechten nicht zu unterschätzen ist, scheint es so, als ob Drittstaatengerichte angesichts der internationalen Aufmerksamkeit, die völkerstrafrechtliche Verfahren mit sich bringen, möglichst korrekt agieren. Im Übrigen ist es nicht überzeugend, dem zur Eindämmung der Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen geschaffenen Instrument des Universalitätsprinzips seine Berechtigung abzuspreehen, weil die theoretische und im Übrigen bei jeder extraterritorialen Strafrechtsgeltung anzunehmende Gefahr des Missbrauchs oder der rechtswidrigen Umsetzung besteht.<sup>451</sup>

Gewichtiger als eine absichtliche und systematische Verletzung der Beschuldigtenrechte scheint hingegen der Hinweis auf Spannungen, die entstehen, wenn universelle Gerichtsbarkeit auf nationales, auf “gewöhnliche” Strafverfahren zugeschnittenes – und keinesfalls völkerrechtswidriges – Verfahrensrecht stößt.<sup>452</sup> Während das materielle Völkerstrafrecht als zweite Spur neben das traditionelle, innerstaatliche Strafrecht tritt, wird seine Durchsetzung denselben Verfahrensnormen unterworfen wie die “gewöhnliche” Strafverfolgung und Aburteilung. Und während das materielle Völkerstrafrecht, zumindest was die Verbrechensdefinitionen angeht, durch das Völkerrecht vorgegeben ist, variiert das staatliche

448 Siehe zur Einbeziehung außen- und staatspolitischer Erwägungen in die Ermessensentscheidung nach § 153f StPO auch unten S. 306 ff.

449 Vgl. auch VN, Report of the Secretary-General: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction (2010), Rn. 9.

450 BK-Tomuschat (Bearbeitung 2009), Art. 25 GG Rn. 117: Irgendein beliebiges Drittland bietet nicht die Garantien des *fair trial* und der Rechtssicherheit; ders., National Prosecutions, Truth Commissions and International Criminal Justice, in Werle (Hrsg.), Justice in Transition (2006), S. 165.

451 So aber Fletcher, Against Universal Jurisdiction, 1 JICJ (2003), S. 581: “justice should remain ‘imperfect’ rather than being unfair”.

452 Dies zeigt bspw. die Kritik afrikanischer Staatenvertreter an europäischen Drittstaatenverfahren; vgl. AU-EU, Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (2009).

Verfahrensrecht von Staat zu Staat.<sup>453</sup> Insbesondere wird moniert, dass die entscheidenden Stellen in völkerstrafrechtlichen Drittstaatenverfahren nicht völlig unabhängig sind, dass niederrangige Gerichte, oft Einzelrichter, über Strafverfolgungsmaßnahmen entscheiden, oder dass Haftbefehle und nicht weniger einschneidende Vorladungen gegen ausländische Offizielle erlassen werden, was zu einer internationalen Stigmatisierung führe.<sup>454</sup>

Verfahren auf Grundlage des Weltrechtsgrundsatzes führen jedoch nicht nur zu Spannungen mit anderen Staaten, sondern stellen auch den Drittstaat selbst vor Probleme. Da es sich bei Völkerrechtsverbrechen regelmäßig um Makrokriminalität handelt, sind nationale Staatsanwälte und Richter in Verfahren nach dem Weltrechtsgrundsatz oft mit komplexen Problemen konfrontiert, die über ihre alltäglichen Aufgaben hinausgehen. Der Umstand, dass die nationalen Strafrechtsordnungen auf Verfahren nach dem Weltrechtsgrundsatz nicht zugeschnitten sind, hat bereits dazu geführt, dass Staaten speziell für diese Verfahren Sonderregelungen erlassen haben, um beispielsweise die sonst mögliche Einleitung von Verfahren oder die Beantragung von Haftbefehlen durch Privatparteien ausschließen oder die Aufnahme von Strafverfahren von der Genehmigung des Justizministeriums abhängig zu machen.<sup>455</sup>

453 Ein ähnliches Problem besteht hinsichtlich der Regelungen des Allgemeinen Teils: Auch hier ist das Recht weitestgehend nicht harmonisiert, so dass jeder Drittstaat auf seine eigenen Regelungen zurückgreift. Vgl. van der Wilt, *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 239 ff.

454 So der Vorwurf der afrikanischen Staaten in AU-EU, *Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction* (2009), Rn. 35-36: “low-level judges, often sitting alone without the benefit of collective knowledge” who issue indictments against foreign state officials, and issue arrest warrants rather than mere summonses to appear, creating international stigma and infringing on the presumption of innocence. In dem Bericht raten die Experten den Staaten, Vorladungen oder ähnliche Maßnahmen an Stelle von Haftbefehlen zu erlassen (Rn. R10), eine angemessene Gerichtsinstanz für Verfahren nach dem Weltrechtsgrundsatz festzulegen und ein spezielles Training für die Strafverfolgung und Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen anzubieten (Rn. R11). Vgl. auch IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, *Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buerenthal*, Rn. 59: “Further, such charges [criminal charges based on universal jurisdiction] may only be laid by a prosecutor or juge d’instruction who acts in full independence, without links to or control by the government of that State.”

455 So der Gesetzesentwurf in Großbritannien; vgl. *Police Reform and Social Responsibility Bill*, Clause 151, wonach der *Director of Public Prosecution* dem Erlass eines Haftbefehls in einem auf private Initiative eingeleiteten Verfahren, das nach dem Weltrechtsgrundsatz geführt wird, zustimmen muss. Zum Gesetzesentwurf siehe <[www.services.parliament.uk/bills/2010-11/policerreformandsocialresponsibility.html](http://www.services.parliament.uk/bills/2010-11/policerreformandsocialresponsibility.html)>. Diese Form der Kontrolle soll, so die Begründung des Gesetzgebers, der de-Politisierung von universeller Jurisdiktion dienen. *Schabas* weist jedoch zutreffend darauf hin, dass es sich beim Zwischenschalten einer politischen Behörde eher um das Gegenteil von de-Politisierung handelt, vgl. <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2010/12/universal-jurisdiction.html>>.

Zur Auflösung der Friktionen, die das Zusammentreffen von universeller Jurisdiktion mit den Eigenarten der nationalen Strafrechtsordnungen auslöst, wird vorgeschlagen, im Rahmen eines völkerrechtlichen Abkommens Grundsätze zu entwickeln, die eine völkergemeinschaftsrechtskonforme Art und Weise der Rechtsdurchsetzung auch durch Drittstaaten sicherstellen.<sup>456</sup> Da die Drittstaaten ihre Strafbefugnis von der internationalen Gemeinschaft ableiten und damit stellvertretend für diese tätig werden, haben sie die Verfahren so zu führen, wie die vertretene internationale Gemeinschaft selbst sie führen würde.<sup>457</sup> Mittlerweile werden Inhalt und die Voraussetzungen der Ausübung der universellen Jurisdiktion in der Generalversammlung der Vereinten Nationen diskutiert.<sup>458</sup>

Zur institutionellen Absicherung der gemeinschaftsrechtskonformen Durchsetzung des Völkerstrafrechts findet sich schließlich der Vorschlag, dass Drittstaaten im Rahmen eines "Akkreditierungsverfahrens" durch einen "Ermächtigungsakt" von der internationalen Gemeinschaft zur Ausübung des Weltrechtsgrundsatzes ermächtigt werden.<sup>459</sup> Nur Staaten, die Gewähr für die Verfahrensrechte des Beschuldigten bieten und die Fairness des Verfahrens insgesamt garantieren, sind zur Strafverfolgung berechtigt.

456 Kreß, Versailles – Nürnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht, JZ 2006, S. 989: "völkerrechtliche Verständigung über die Modalitäten der Weltrechtspflege"; ders., Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 562, 581 f.; Cassese, Is the Bell Tolling for Universality?, 1 JICJ (2003), S. 595; Cryer u.a., Introduction to International Criminal Law and Procedure (2. Auflage, 2010), S. 62.

457 Walther, Terra Incognita, in FS Eser (2005), S. 952 f. Vgl. auch den Ansatz von Keller, Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität der Weltrechtspflege, GA 2006, S. 27: Die Weltrechtspflege betreibenden Staaten sind Stellvertreter der internationalen Gemeinschaft. Da sie selbständig handelnd ein fremdes Interesse wahrnehmen, kann ihre Befugnis dabei nicht weiter reichen als das wahrgenommene Menschheitsinteresse reicht. Dies führt u.a. zu einer Beachtung internationaler Fairness-Standards: Neben Abwesenheitsverfahren wird ein erhöhter völkerstrafrechtlicher Standard auch hinsichtlich des Verbots der Todesstrafe und dem *ne-bis-in-idem*-Grundsatz diskutiert. Zum völkerstrafrechtlichen Verbot mehrfacher Strafverfolgung siehe unten S. 185 ff.

458 VN, Report of the Secretary-General: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction (2010). Von mehreren Staaten wurde vorgeschlagen, entweder durch die Völkerrechtskommission, im Rahmen der Generalversammlung oder sonst durch die Vereinten Nationen ein völkerrechtliches Instrument zu erlassen, welches *universal jurisdiction* näher definiert und die Voraussetzungen ihrer Ausübung regelt; vgl. Rn. 112, 113, sowie die Vorschläge von Kuwait und Rwanda.

459 Walther, Terra Incognita, in FS Eser (2005), S. 952 f. Diesem Vorschlag grds. zustimmend Kreß, Versailles – Nürnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht, JZ 2006, S. 989; ders., Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 584, der als Akkreditierungsinstanz den IStGH vorschlägt.

## IV. Zusammenfassung

Völkerstrafrecht wird von verschiedenen Akteuren auf unterschiedlichen Ebenen durchgesetzt. Dabei basiert die Strafbefugnis zum einen immer auf dem originären *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft. Zusätzlich besitzen die tatnahen Staaten eine eigene “gewöhnliche” Strafgewalt. Die Gerichtsbarkeit der Akteure unterliegt teilweise völkerrechtlichen Bindungen, die sie einerseits – trotz bestehenden materiellen Strafanspruchs – einschränkt bzw. an das Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen knüpft oder die Akteure andererseits zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit verpflichtet.

Trotz dieser Einschränkungen überlagern sich die verschiedenen nationalen und internationalen Strafgerichtsbarkeiten in einem erheblichen Umfang. Dies kann im konkreten Einzelfall zu Jurisdiktionskonflikten führen. Der nächste Abschnitt untersucht, welche völkerrechtlichen Kollisionsregelungen zur Auflösung dieser Konflikte bestehen.

### C. Koordination der Gerichtsbarkeiten: Ermittlungs-, Verfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit

Wie der vorherige Abschnitt zeigt, besteht hinsichtlich völkerstrafrechtsrelevanter Sachverhalte eine “Rechtsgeltungs- oder Rechtsanwendbarkeitskonkurrenz”<sup>460</sup>, die zu einem dichten Netz sich überschneidender nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeiten führt.<sup>461</sup>

460 Vgl. Sauer, Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem (2008), S. 110. Im gewöhnlichen Strafrecht kann eine solche Rechtsgeltungskonkurrenz insofern problematisch sein, als sich der Einzelne unterschiedlichen, sich u.U. widersprechenden Verhaltensanforderungen ausgesetzt sieht. Im Völkerstrafrecht ist dieses Problem entschärft, da die parallel anwendbaren Straftatbestände weitestgehend identisch sind. Probleme können sich allerdings bzgl. der allgemeinen Grundsätze – subjektiver Tatbestand, Beteiligungsformen, etc. – ergeben, da sich ein allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts bisher noch nicht herausgebildet hat und die Staaten daher auf ihre jeweils eigenen, kulturell verhafteten Normen des Allgemeinen Teils zurückgreifen. Vgl. hierzu auch Vogel, Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, S. 1 ff.

461 Ein historisches Beispiel für ein Modell exklusiver – nicht konkurrierender – Gerichtsbarkeit findet sich im Nürnberger Statut: Danach besaß der IMG die exklusive Gerichtsbarkeit über die Hauptkriegsverbrecher (*major war criminals*), für deren Verbrechen ein geographisch bestimmbarer Tatort nicht vorhanden war. Diese Taten waren der staatlichen (Straf-)Gerichtsbarkeit entzogen. Auf der anderen Seite waren die Staaten lange Zeit – und sind es, wie gesehen, bis zu einem gewissen Grad auch heute noch – *de facto* exklusiv zur Durchsetzung von Völkerstrafrecht zuständig. Die faktisch exklusive Zuständigkeit der staatlichen Strafgerichtsbarkeit ergibt sich, wenn entweder gar keine internationalen Institutionen zur Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen existieren oder aber