

hoc-Tribunale verwirklichte Koordinationsmodell kann als Vorläufer des Komplementaritätsprinzips angesehen werden.

## II. Auflösung horizontaler Jurisdiktionskonflikte: Subsidiarität der Drittstaatengerichtsbarkeit

Horizontale Jurisdiktionskonflikte entstehen zwischen zwei oder mehreren staatlichen Strafgerichtsbarkeiten. Die Auflösung horizontaler Jurisdiktionskonflikte stellt angesichts der extraterritorialen Ausdehnung staatlicher Strafgewalt allgemein ein großes Problem dar. Ein ausdrücklicher, allgemeinverbindlicher Mechanismus zur Koordination nationaler Strafgerichtsbarkeiten findet sich im geltenden Völkerrecht bislang nicht: Nach herrschender – wenngleich bestrittener – Ansicht besteht zwischen den verschiedenen völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten keine feste Hierarchie.<sup>552</sup> Im völkerstrafrechtlichen Kontext und auch für den Fortgang dieser Untersuchung besonders relevant ist die Frage nach dem Verhältnis der Gerichtsbarkeit tatnaher Staaten zur Drittstaatengerichtsbarkeit.<sup>553</sup> Auf Dauer wird nur eine vernünftige und klare Kollisionsregelung die Diskussion um das Weltrechtsprinzip entschärfen können.<sup>554</sup>

Wohl ausnahmslos wird vertreten, dass die Drittstaatengerichtsbarkeit gegenüber der Gerichtsbarkeit der tatnahen Staaten nur nachrangig zum Zuge kommen soll. Hierfür werden in erster Linie kriminalpolitische und praktische Gründe angeführt: Die Wirkung der Durchführung des Strafverfahrens ist in der von den Verbrechen unmittelbar betroffenen Gesellschaft am größten, der soziale Frieden kann am ehesten durch die nationale Strafjustiz der tatnahen Staaten wiederhergestellt werden;<sup>555</sup> die tatnahen Staaten haben in der Regel den unmittelbarsten

552 Vgl. LK-Werle/Jeßberger (12. Auflage, 2007), Vor § 3 StGB Rn. 46 ff.; AU-EU, Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction (2009), Rn. 14: “Positive international law recognises no hierarchy among the various bases of jurisdiction that it permits.”

553 Nicht zum Untersuchungsgegenstand gehört die Frage, wie das Verhältnis der Strafgerichtsbarkeiten innerhalb der Gruppe der tatnahen Staaten – Tatortstaat, Täterstaat, Verletztenstaat – ausgestaltet ist. Insofern wird auf Ambos, Internationales Strafrecht (3. Auflage, 2011), § 4 Rn. 10 ff., verwiesen.

554 Zu beachten ist allerdings, dass die Ausübung universeller Jurisdiktion bisher selten zu konkreten Jurisdiktionskonflikten geführt hat; insofern ist die Diskussion in erster Linie theoretischer und vorbeugender Natur. Vgl. auch Jeßberger, Universal Jurisdiction, in Cassese u.a. (Hrsg.), The Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), S. 557: “The risk that an increased exercise of universal jurisdiction by states will lead to ‘judicial chaos’ as feared by some commentators has not materialized.”

555 Vgl. VN, Report of the Secretary General: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction (2010), Rn. 6: “It was argued that the territorial state was often best placed to obtain evidence, secure witnesses, enforce sentences, and deliver the ‘justice message’ to the accused, victims and affected communities.”

Zugriff auf die verdächtigen Personen, die Beweismittel, insbesondere Zeugen, und anderes verfahrensrelevantes Material;<sup>556</sup> bei der Durchführung der Verfahren werden in der Regel keine soziokulturellen und sprachlichen Hindernisse auftreten; schließlich ist eine Strafverfolgung durch die tatnahen Staaten wesentlich kostengünstiger. Dementsprechend wird die Drittstaatengerichtsbarkeit durchweg als “Auffangzuständigkeit”, “Bereitschaftsjustiz” bzw. “Reservejurisdiktion” angesehen.<sup>557</sup>

Allerdings finden sich im Schrifttum unterschiedliche Ansichten, ob es sich bei der Subsidiarität der Drittstaatengerichtsbarkeit um einen völkerrechtlich verbindlichen Rechtssatz oder eine nur freiwillig zu beachtende “Anregung” handelt (hierzu 1.). Weiterhin ungeklärt sind zudem die inhaltliche Ausgestaltung (hierzu 2.) sowie die verfahrensrechtliche Umsetzung (hierzu 3.) der Subsidiarität.

### 1. Verbindlicher Rechtssatz oder “act of international courtesy”?

Umstritten ist, ob es sich bei der Subsidiarität der universellen Jurisdiktion um einen verbindlichen Rechtssatz handelt, oder ob sie vielmehr als zwischenstaatlicher Höflichkeitsakt (*act of international courtesy*) von den Drittstaaten “as a matter of policy” sozusagen freiwillig zu beachten ist.<sup>558</sup>

#### a. Staatenpraxis

Im Schrifttum hält sich die Ansicht, dass sich die Subsidiarität der universellen Jurisdiktion – ihrer ausnahmslosen Befürwortung zum Trotz – positivrechtlich nicht zweifelsfrei nachweisen lässt.<sup>559</sup> Begründet werden diese Zweifel mit einem Hinweis auf die nur spärliche (harte) Staatenpraxis.

556 Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht (3. Auflage, 2011), § 4 Rn. 21.

557 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 223: “Auffangzuständigkeit”; ders., Völkerstrafrecht und VStGB, JZ 2012, S. 377: “Bereitschaftsjustiz”; Jeßberger, Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute Crimes Under International Law in Germany, in Kaleck/Ratner/Singelstein/Weiss (Hrsg.), National Prosecution of Human Rights Crimes (2007), S. 215: “fallback mechanism”; Kaleck, From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008, 30 Michigan Journal of International Law (2009), S. 980: “last resort”.

558 Ryngaert, Jurisdiction in International Law (2008), S. 216; Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 570: “There does not appear to be much disagreement that the exercise of adjudicative universal jurisdiction should follow the principle of subsidiarity as a matter of good judicial policy. The question whether the principle can be elevated to the realm of international law is a more difficult one [...]”

559 Der Ansicht, dass sich die Subsidiarität der Weltrechtspflege noch nicht zu einem verbindlichen Völkerrechtssatz entwickelt hat sind Ryngaert, Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle, 19 CLF (2008), S. 173; Colangelo, Universal Jurisdiction as an International “False Conflict” of Laws, 30 Michigan Journal of International

In einigen Staaten, wie Belgien und – wie im Laufe der Untersuchung noch ausführlich dargelegt werden wird – Deutschland, ist die Nachrangigkeit der universellen Jurisdiktion jeweils gesetzlich normiert. Allerdings steht die Anwendung der Subsidiarität hier im Ermessen der zuständigen Staatsanwaltschaft, dem *procureur fédéral* bzw. dem Generalbundesanwalt.<sup>560</sup> Zum Nachweis einer völkerrechtlich verbindlichen Norm können diese Regelungen somit gerade nicht beitragen.

Demgegenüber ist in Spanien die Subsidiarität der universellen Jurisdiktion seit November 2009 in Art. 23.4 *Ley Orgánica del Poder Judicial* verbindlich verankert. Danach sind spanische Gerichte nur dann zuständig, wenn nicht bereits in einem anderen zuständigen Staat – oder vor einem internationalen Gericht – eine effektive Strafverfolgung eingeleitet worden ist.<sup>561</sup> Ob die spanische

Law (2009), S. 900; Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 134 ff. Auch im Bericht des VN-Generalsekretärs, *Report on the Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction* (2010), Rn. 66, wird die Subsidiarität der universellen Jurisdiktion als “matter of policy” bezeichnet. Die Formulierung geht auf einen Kommentar Israels zurück: “recognizing that universal jurisdiction is a mechanism of last resort, which should, as a matter of policy, respect the priority of States with primary jurisdictional links” (Hervorhebung der Verfasserin).

560 Vgl. Ryngaert, *Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle*, 19 CLF (2008), S. 169 und 170. In Belgien ist dies in Art. 10(4) der Einleitung zur belgischen Strafprozessordnung geregelt, im deutschen Recht in § 153f StPO, hierzu S. 221 ff.

561 Art. 23.4 *Ley Orgánica del Poder Judicial* geändert durch *Artículo Primero Ley Orgánica 1/2009*, 3. November 2009: “[...] para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado [...] que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva”. Bereits vor dieser Gesetzesänderung ist das Subsidiaritätsprinzip – in einer leicht unterschiedlichen Spielart auch bezeichnet als “Notwendigkeit gerichtlicher Intervention” (*necesidad de intervención jurisdiccional*) – schon länger durch die spanischen Gerichte angewandt worden; vgl. *Tribunal Supremo, Peru Verfahren*, 20. Mai 2003. Danach durften spanische Gerichte im Interesse der Wahrung der internationalen Ordnung nur bei Bedarf nach dem Weltrechtsgrundsatz intervenieren, d.h. nur sofern Ermittlungen im Tatortstaat aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht durchgeführt wurden und ihre Durchführung auch nicht zu erwarten war. Die Subsidiarität der Drittstaatengerichtsbarkeit wurde als dem Universalitätsprinzip inhärent angesehen; *Tribunal Supremo, Peru Verfahren*, 20. Mai 2003: “la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal”. Teilweise wurde es sogar – allerdings ohne weitere Begründung – als zum *ius cogens* gehörig eingeordnet; *Audiencia Nacional, Guatemala Verfahren*, 13. Dezember 2000: “[...] el principio general de subsidiaridad, que entendemos forma parte del ‘ius cogens’ internacional [...]”. Kritisch hierzu zu *Recht Cottier, What Relationship Between the Exercise of Universal and Territorial Jurisdiction?*, in Fischer/Kreß/Lüder (Hrsg.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law* (2001), S. 853 f. Dieser äußerst enge Ansatz wurde vom spanischen Verfassungsgericht im Jahr 2005 mit der Begründung revidiert, er lege den Klägern – die in diesem Fall als Partei die Darlegungslast für die Notwendigkeit der drittstaatengerichtlichen

Regierung mit der gesetzlichen Festschreibung des Subsidiaritätsprinzips von dessen völkerrechtlich verbindlichen Geltung ausgeht oder aus Praktikabilitätsgründen entschieden hat, hinter dem völkerrechtlich Zulässigen zurück zu bleiben, ist allerdings unklar.

## b. Binnenrationalität des Völkerrechts

Ungeachtet dieser nur rudimentären Staatenpraxis ist die Subsidiarität der Drittstaatengerichtbarkeit angesichts der bisherigen Ausführungen zum System völkerrechtlicher Strafrechtspflege nach der hier vertretenen Auffassung zwingend nachrangig: Die Subsidiarität ist verbindliches Begleitprinzip der universellen Jurisdiktion, welches sich aus der Binnenrationalität des Völkerrechts ergibt.<sup>562</sup>

Die "prinzipiengeleitete Argumentation"<sup>563</sup> spiegelt dabei die Begründung des Komplementaritätsprinzips wieder: Die tatnahen Staaten sind gegenüber der internationalen Gemeinschaft zur Strafverfolgung verpflichtet. Bei einer Verletzung dieser *erga-omnes*-Verpflichtung, kann die internationale Gemeinschaft eingreifen und die Strafverfolgung selbst übernehmen. Da die internationale Gemeinschaft nur defizitär institutionalisiert ist, sind durch das Universalitätsprinzip die übrigen Staaten ebenfalls zur Strafverfolgung legitimiert, um der Straflosigkeit von Angriffen auf Gemeinschaftsinteressen entgegenzuwirken. Die

Intervention tragen – zu hohe Anforderungen auf; Tribunal Constitucional, Guatemala Verfahren, 26. September 2005. Während das Gericht das Subsidiaritätsprinzip als nicht völkerrechtlich zwingend ansah, erkannte es jedoch an, dass praktische und prozessuale Gesichtspunkte durchaus für den Zuständigkeitsvorrang zumindest des Tatortstaates sprechen ("razonabilidad procesal y politico-criminal"). Diese Auffassung – kein völkerrechtlich bindendes Prinzip, aber *principio de razonabilidad* – wurde auch in späteren Entscheidungen beibehalten.

562 Vgl. Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 580: "Applying a modern positivist approach not only to the universality principle but, as a necessary corollary, to the limitations placed upon its adjudicative exercise also, it would now seem to be possible, despite the relative scarcity of practice to argue, that the subsidiarity principle has grown into a principle of customary international law supplementing the principle of universal jurisdiction over crimes under international law." Zur Binnenrationalität des Völkerrechts Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 211 ff.: "Die abstrakten Strukturen, die Grundlage und Ratio des positiven Völkerrechts bilden, haben an dessen Positivität teil, sind also selbst normativer Bestandteil der Völkerrechtsordnung. Die Deutung einer offenen Staatenpraxis kann also anhand der eigenen Binnenrationalität erfolgen unter Rückgriff auf die allgemeinen Argumentationslinien und die systembildende Regelungsprinzipien des universellen Völkerrechts."

563 Vgl. auch Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 211 ff., S. 213: "prinzipiengeleitete Rechtsgewinnung"; ders., *Ungeschriebenes Völkerrecht durch Systembildung*, 45 AVR (2007) S. 24. Die "prinzipiengeleitete Interpretation" sucht eine schnellere Entwicklungsmöglichkeit des Völkerrechts herbeizuführen, ein *non liquet* zu verhindern und trägt damit zu einer materiellen Geschlossenheit der Völkerrechtsordnung bei.

Drittstaaten werden alleine auf Grundlage abgeleiteter Strafgewalt stellvertretend für die internationale Gemeinschaft tätig. Das Universalitätsprinzip ist insofern Ausdruck der schwachen Institutionalisierung der internationalen Gemeinschaft. Hierin “findet das Universalitätsprinzip seine völkerrechtliche Rechtfertigung, aber auch seine Grenzen”<sup>564</sup>.

Nach dem Gesagten widerspräche es der Binnenrationalität des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege, wenn den tatnahen Staaten – die bei der Durchsetzung des Völkerstrafrechts außer auf die Strafgewalt der internationalen Gemeinschaft auch auf ihre originär eigene Strafgewalt zugreifen – gegenüber den Drittstaaten keine Vorrangzuständigkeit zukäme.<sup>565</sup> Auch im Verhältnis zwischen Dritt- und tatnahen Staaten korreliert die Strafverfolgungspflicht der tatnahen Staaten mit ihrem Recht auf den primären Ermittlungs- und Verfolgungszugriff. Die Zuständigkeit der Drittstaaten öffnet sich daher ebenfalls erst im Fall der Verletzung der *erga-omnes*-Strafpflicht und auch nur, sofern auch der Internationale Strafgerichtshof eine Strafverfolgung nicht zu gewährleisten vermag.<sup>566</sup> Nach überzeugender Ansicht liegt bei Missachtung dieser Vorrangzuständigkeit durch die Drittstaaten ein Verstoß gegen den völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz vor.<sup>567</sup> Von einer “Allzuständigkeit nationaler Gerichte”<sup>568</sup> ist damit im Ergebnis nicht auszugehen.

Anhand dieser “prinzipiengeleitete[n] Rechtsentwicklung unter Aufweichung des strengen Praxistests”<sup>569</sup> ist von der Subsidiarität der universellen Jurisdiktion auszugehen.<sup>570</sup>

564 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 223.

565 Zum Vorrang der tatnahen Staaten aus normativen Gründen vgl. auch van der Wilt, Universal Jurisdiction under Attack, 9 JICJ (2011), S. 1046 und 1051; Keller, Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität des Weltrechtsprinzips, GA 2006, S. 34 f.; Merkel, Universale Jurisdiktion, in Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik Bd. 3 (1998), S. 261; Weigend, Das VStGB, in GedS Vogler (2004), S. 208; Kreß, Universal Jurisdiction, 4 JICJ (2006), S. 580: “legitimate primary interest of those states that are directly connected with the crime, giving them an interest beyond that of mere trustees of the international community when they exercise their jurisdiction.”

566 MK-Werle (1. Auflage, 2009), Einl. VStGB Rn. 2.

567 Gärditz, Weltrechtspflege (2006), S. 293.

568 Weigend, Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit, in FS Eser (2005), S. 957.

569 Kreß, Der IGH im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunität, GA 2003, S. 31.

570 Vgl. auch Cassese, Is the Bell Tolling for Universality?, 1 JICJ (2003), S. 593. Vgl. auch Darfur-Report (2005), Rn. 614.

## 2. Inhaltliche Ausgestaltung: Situationsbezogene und tatbezogene Subsidiarität

Nach der soeben angeführten Argumentation, beruhen beide im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege geltenden Kollisionsregeln, sowohl Komplementarität als auch Subsidiarität, auf derselben prinzipiengeleiteten Begründung. Vor diesem Hintergrund wird das Subsidiaritätsprinzip mitunter auch als “horizontal complementarity” bezeichnet.<sup>571</sup> Angesichts der übereinstimmenden Ratio kann davon ausgegangen werden, dass sich Komplementarität und Subsidiarität auch inhaltlich weitestgehend entsprechen.<sup>572</sup>

Wie auch beim Grundsatz der Komplementarität ist im Rahmen des horizontalen Subsidiaritätsprinzips zwischen situationsbezogener Subsidiarität (*situational subsidiarity*) zur Bestimmung der Ermittlungszuständigkeit einerseits und tatbezogener Subsidiarität (*case-related subsidiarity*) zur Bestimmung der Strafverfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit andererseits zu unterscheiden.

### a. Tatbezogene Subsidiarität

Wie der Grundsatz der Komplementarität regelt auch das Subsidiaritätsprinzip in erster Linie, wer im Einzelfall zur Strafverfolgung und Aburteilung einer bestimmten Person zuständig ist.

Ausgehend vom Komplementaritätsgedanken ist auch hier grundsätzlich Identität zwischen dem durch die jeweilige Strafgerichtsbarkeit verfolgten Beschuldigten und dem konkreten Verhalten zu fordern (“same person, same conduct”-Test). Da dieser äußerst enge Ansatz den tatnahen Staaten jedoch nur wenig Spielraum überlässt, sollte den tatnahen Staaten hinsichtlich der Identität des Verhaltens ein größerer Beurteilungsspielraum eingeräumt werden – jedenfalls, sofern sich die jeweils verfolgten Taten im Unrechtsgehalt weitestgehend entsprechen. Damit greift die Subsidiarität bereits dann, wenn dieselbe Person strafrechtlich verfolgt wird, wenn auch für ein anderes, allerdings vergleichbares Verhalten.

Des Weiteren gilt auch das Subsidiaritätsprinzip nur unter der Bedingung der effektiven und ernsthaften Strafverfolgung durch die primär zuständige Gerichtsbarkeit – nur dann kann die Erfüllung der der internationalen Gemeinschaft ge-

571 Kleffner, *Complementarity* (2009), S. 284; ders., *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, 1 JICJ (2003), S. 109.

572 So auch Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 142 ff.; Ryngaert, *Applying The Rome Statutes Complementarity Principle*, 19 CLF (2008), S. 177 f.; Tomuschat, *Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case*, 3 JICJ (2005), S. 1081; ähnlich auch Gärditz, *Weltrechtspflege* (2006), S. 293.

genüber geschuldeten Strafpflicht angenommen werden.<sup>573</sup> Von einer Verletzung der Strafverfolgungspflicht ist daher jedenfalls dann auszugehen, wenn eine strafverfolgerische Tätigkeit gänzlich unterbleibt. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Amnestien, sowie außerstrafrechtlichen Aufarbeitungsmechanismen wie Wahrheits- und Versöhnungskommissionen gilt das oben Gesagte entsprechend.

## b. Situationsbezogene Subsidiarität

Wie bei der Komplementarität greift der Gedanke der subsidiären Zuständigkeit der Drittstaaten jedoch nicht erst bei der Frage der Strafverfolgung und Aburteilung einer bestimmten Person, sondern bereits hinsichtlich allgemeiner (nicht-individualisierter) Ermittlungen in einer völkerstrafrechtsrelevanten Situation (*situational subsidiarity*). Das Subsidiaritätsprinzip regelt und koordiniert also nicht nur die Strafverfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit, sondern bereits die Ermittlungszuständigkeit. Danach ist ein Drittstaat zu Ermittlungen in einer völkerstrafrechtsrelevanten Situation unzuständig, wenn diese bereits ernsthaft, effektiv und umfassend durch einen tatnahen Staat aufgearbeitet wird.

Wie beim Grundsatz der Komplementarität gilt auch hier, dass die allgemeine drittstaatliche Ermittlungsgewalt (*universal jurisdiction to investigate*) dann gesperrt ist, wenn in dem tatnahen Staat strafrechtlich gegen diejenigen Personen vorgegangen wird, hinsichtlich derer auf Grund der völkerrechtlichen Strafpflicht auf eine Strafverfolgung nicht verzichtet werden darf.<sup>574</sup> Die Strafverfolgungsbehörden des Drittstaates müssen bereits von der Einleitung situationsbezogener Ermittlungen absehen. Der Drittstaat kann sich in diesem Fall auf Ersuchen des tatnahen Staates im Rahmen der Regelungen über die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen durch punktuelle Beweissicherung an der Aufklärung der völkerstrafrechtsrelevanten Konfliktsituation beteiligen.

Erfolgt im tatnahen Staat jedoch noch gar keine Strafverfolgung, sondern werden nur allgemein situationsbezogene Ermittlungen durchgeführt bzw. richten sich die Strafverfolgungsmaßnahmen nicht gegen den benannten Personen-

573 MK-Ambos (1. Auflage, 2009), § 1 VStGB Rn. 23; Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2008), S. 214; Keller, *Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität des Weltrechtsprinzips*, GA 2006, S. 36: Ermessen des tatnahen Staates an der Aufarbeitung begrenzt durch das überstaatliche Interesse an der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen. So auch der spanische Art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial geändert durch Artículo Primero Ley Orgánica 1/2009, 3. November 2009: “[...] una investigación y una persecución efectiva”.

574 Für eine parallele Ermittlungszuständigkeit wohl Jeßberger/Kaleck/Schüller, *Concurring Criminal Jurisdictions under International Law*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 239. Diese Auffassung ergibt sich auch aus AU-EU, *Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction* (2009), R10.

kreis – beispielsweise, weil nur niederrangigere Beteiligte als “Sündenböcke” strafrechtlich belangt werden – bzw. ist die gegen den benannten Personenkreis durchgeführte Strafverfolgung mangelhaft, bleibt die drittstaatliche Ermittlungsmöglichkeit bestehen. In den Drittstaaten kann zur Aufklärung der völkerstrafrechtsrelevanten Konfliktsituation ein eigenes förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet werden.

Wie auch beim Internationalen Strafgerichtshof sind die staatlichen Aufarbeitungsbemühungen hinsichtlich eines völkerstrafrechtlichen Gesamtkomplexes im Übrigen im Rahmen der Ermessensausübung der Strafverfolgungsbehörden des Drittstaates zu beachten.<sup>575</sup>

### 3. Verfahrensmäßige Ausgestaltung

Wie das bedingte Subsidiaritätsprinzip verfahrensmäßig auszugestalten ist, ist bislang noch weitgehend ungeklärt. Gerade auch gegenüber dem Komplementaritätsprinzip besonders problematisch ist der Umstand, dass bei der praktischen Umsetzung der Subsidiarität nicht eine inter- bzw. supranationale Instanz darüber urteilt, ob ein Staat seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommt, sondern die Strafverfolgungsbehörden oder Gerichte eines anderen Staates (hierzu a.). Um dem Verfolgungsvorrang der tatnahen Staaten größtmögliche Geltung einzuräumen, ist des Weiteren auch im nationalen Recht ein frühzeitiges Notifikationsverfahren erforderlich (hierzu b.).

#### a. Entscheidungsinstanz

Die Frage nach der Instanz, die über die Verletzung der Strafpflicht des tatnahen Staates entscheidet, ist wohl eines der Kernprobleme des Subsidiaritätsprinzips: Grundsätzlich sind es die drittstaatlichen Behörden selbst, die über die Voraussetzung ihrer Zuständigkeit – also das Bestehen, sowie die Ernsthaftigkeit und Effektivität der Strafverfolgungstätigkeit im tatnahen Staat – entscheiden (sog. “subsidiarity test”<sup>576</sup>).

Anders als beim Komplementaritätsprinzip ist es jedoch nicht ein Vertragsstaatenstrafgericht, dem sich der Staat grundsätzlich freiwillig unterworfen hat bzw. ein den Staaten übergeordnetes Gericht der internationalen Gemeinschaft, das über die völkerstrafrechtliche Aufarbeitungstätigkeit und das Justizsystem

575 So auch Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 143 f.

576 Ryngaert, *Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle*, 19 CLF (2008), S. 153.



eines Staates urteilt. Vielmehr kommt die Letztentscheidungskompetenz hier einem anderen Staat zu, die Bewertung erfolgt also im horizontalen Verhältnis. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten kann dies zu erheblichen diplomatischen Spannungen führen, die der Subsidiaritätsgedanke ja eigentlich gerade zu verhindern sucht.<sup>577</sup> Um Missverständnisse und falsche Anschuldigungen möglichst zu vermeiden wird daher vorgeschlagen, ein internationales Justizorgan – sinnvollerweise den Internationalen Strafgerichtshof – mit der Entscheidung über die Ernsthaftigkeit und Effektivität der Strafverfolgung in den tatnäheren Staaten zu betrauen.<sup>578</sup>

## b. Notifizierungsverfahren und Übergabe der Strafverfolgung

Was die verfahrenstechnische Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips im Übrigen angeht, kann ebenfalls weitestgehend auf die Umsetzung der Komplementarität im IStGH-Statut verwiesen werden.

In diesem Zusammenhang wird vorgeschlagen, eine Regelung angelehnt an Art. 18 IStGH-Statut in die nationalen (Dritt-)Staaten-Strafrechtsordnungen zu übernehmen.<sup>579</sup> Diesem Vorschlag ist zuzustimmen: Auch die Drittstaaten sind zur frühzeitigen Notifizierung der tatnahen Staaten verpflichtet, damit diese Gelegenheit haben, ihre Vorrangzuständigkeit auszuüben.<sup>580</sup> Danach sind “diejeni-

577 Auf die Probleme der praktischen Umsetzung des bedingten Subsidiaritätsprinzips weist auch das spanische Tribunal Supremo, Guatemala Verfahren, 25. Februar 2003, hin: Ein Urteil über die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege eines anderen souveränen Staates könnte sich allenfalls ein internationales Gericht, nicht jedoch nationale Gerichte erlauben. Vgl. auch Roht-Arriaza, *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back*, 17 LJIL (2004), S. 382; Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 156 ff.

578 So der Vorschlag von Walther, *Terra Incognita*, in FS Eser (2005), S. 953. Vgl. auch Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 561; MK-Ambos (2. Auflage, 2011), Vor §§ 3-7 StGB Rn. 62. Im Übrigen kann sich der tatnahe Staat, der sich in seinen durch das Subsidiaritätsprinzip geschützten Souveränitätsinteressen verletzt sieht, an den IGH wenden, sofern sich die beteiligten Staaten im konkreten Einzelfall dessen Gerichtsbarkeit unterworfen haben.

579 Jeßberger, *Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute Crimes Under International Law in Germany*, in Kaleck/Ratner/Singelstein/Weiss (Hrsg.), *National Prosecution of Human Rights Crimes* (2007), S. 220 f.

580 Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 151: “From the perspective of the territorial state and the suspect’s home state, their right to invoke subsidiarity will be little worth if they are not informed that the forum state considers exercising universal jurisdiction.”

gen Staaten, die [...] im Regelfall die Gerichtsbarkeit über die betreffenden Verbrechen ausüben würden” grundsätzlich bereits vor der Einleitung eines (situationsbezogenen) Ermittlungsverfahrens zu informieren, um die Ermittlungszuständigkeit schon aus justizökonomischen Gründen möglichst frühzeitig zu klären. Macht einer der hierzu berechtigten Staaten seine Vorrangzuständigkeit geltend, hat der Drittstaat seine Ermittlungen gegebenenfalls aufzuschieben bzw. hinsichtlich derjenigen Personen, gegen die der tatnahe Staat strafverfolgerisch tätig ist, aufzugeben. Eine Zusammenarbeit zwischen dem ermittelnden tatnahe Staat und dem Drittstaat ist – unter Federführung des primär zuständigen Staates – im Rahmen der Rechtshilfe möglich.

Hat sich der Tatverdacht gegen eine bestimmte Person im Laufe der Ermittlungen erhärtet, ohne dass ein Staat seine Vorrangzuständigkeit geltend macht, sollte der Drittstaat zudem nach Abschluss der allgemeinen Ermittlungen und vor Einleitung der individualisierten Strafverfolgung, das heißt vor Beantragung eines Haftbefehls oder der Erhebung der Anklage, beim tatnahen Staat anfragen, ob er gegen dieselbe Person eine eigene Strafverfolgung einleiten werde bzw. aus welchen Gründen auf die Strafverfolgung verzichtet wird.<sup>581</sup> Gegebenenfalls ist dem tatnahen Staat die Strafverfolgung – und, sofern zulässig, ermitteltes Beweismaterial – zu überlassen.<sup>582</sup>

Ein solches “Andienen” der Strafverfolgung halten auch Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* in ihrem Gemeinsamen Sondervotum im IGH Haftbefehlsfall für erforderlich:

A State contemplating bringing criminal charges based on universal jurisdiction must first offer to the national State of the prospective accused person the opportunity itself to act upon the charges concerned.<sup>583</sup>

In eine ähnliche Richtung geht auch der Vorschlag im *AU-EU Expert Report on Universal Jurisdiction* aus dem Jahr 2009,

Where those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction believe that the territorial state or the suspect’s or victims’ national state is willing and able to bring him or her to trial in accordance with international human rights standards,

- 581 Ähnlich auch Stigen, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in Bergsmo (Hrsg.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes* (2010), S. 154; Kreß, *Universal Jurisdiction*, 4 JICJ (2006), S. 580.
- 582 Andererseits lässt sich argumentiert, dass eine Übergabe der Strafverfolgung zu einem Zeitpunkt, an dem das drittstaatliche Ermittlungsverfahren bereits abgeschlossen und eine Anklage erhoben werden kann, justizökonomisch zweifelhaft ist; vgl. Roht-Arriaza, *Guatemala Genocide Case*, 100 AJIL (2006), S. 212.
- 583 Vgl. IGH, Haftbefehlsfall, 14. Februar 2002, *Gemeinsames Sondervotum Higgins, Kooijmans, Buergenthal*, Rn. 59; die Richter gehen von einer solchen “Andien-Pflicht” gegenüber dem Heimatstaat des Beschuldigten aus, nichts anderes kann jedoch gegenüber dem Tattortstaat gelten.

they should confidentially disclose the indictment (or any other instrument containing the charges), along with all the evidentiary material collected, to the criminal justice authorities of the relevant state, together with a request that these authorities investigate the alleged crimes and, where the evidence calls for this, prosecute the suspect.<sup>584</sup>

wird von den Autoren des *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General* vertreten,

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. [...] 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.<sup>585</sup>

sowie in der Resolution zur universellen Jurisdiktion des *Institut de Droit International*

Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.<sup>586</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim Subsidiaritätsprinzip um die völkerrechtliche Kollisionsregelung zur Bestimmung der internationalen Ermittlungs-, Strafverfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit im Verhältnis zwischen der Gerichtsbarkeit tatnaher Staaten und der universellen Drittstaatengerichtsbarkeit handelt.

Wird eine völkerstrafrechtsrelevante Konfliktsituation in einem tatnahen Staat bereits ernsthaft, effektiv und umfassend aufarbeitet – was insbesondere bedeutet, dass die für die schwersten Verbrechen hauptverantwortlichen Personen strafrechtlich verfolgt werden – ist bereits die allgemeine, situationsbezogene Ermittlungszuständigkeit (*jurisdiction to investigate*) der Drittstaaten gesperrt. Ist dies hingegen nicht der Fall, kann der Drittstaat ein Ermittlungsverfahren zur Aufklärung und Sachverhaltserforschung einleiten.

Gleiches gilt hinsichtlich der Strafverfolgung und Aburteilung einer bestimmten Person; auch hier ist der tatnahe Staat vorrangig zuständig. Wird bzw. wurde die betreffende Person bereits ernsthaft und effektiv strafrechtlich verfolgt, ist

584 AU-EU, Expert Report on Universal Jurisdiction (2009), R10.

585 Darfur-Report (2005), Rn. 614.

586 IDI, Resolution on Universal Criminal Jurisdiction with regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes (2005), § 3(c).

die drittstaatliche *jurisdiction to adjudicate* gesperrt. Anders als beim Komplementaritätsprinzip ist jedoch auf eine Identität des Verhaltens (*same conduct*) zu verzichten, jedenfalls sofern sich die verfolgten Taten in ihrem Unrechtsgehalt entsprechen.

Dieser Ansatz respektiert den Zuständigkeitsvorrang der tatnahen Staaten, basiert jedoch gleichzeitig auf dem Gedanken des effektiven Schutzes der Gemeinschaftsinteressen auch durch die Drittstaaten.

### III. Verbot mehrfacher Strafverfolgung: Völkerstrafrechtliches *ne bis in idem*

Im weiteren Sinne mit kollisionslösender Wirkung ausgestattet ist schließlich das völkerstrafrechtliche Verbot mehrfacher Strafverfolgung (völkerstrafrechtliches *ne bis in idem*). Während die Kollisionsregelungen von Komplementarität und Subsidiarität zur Wahrung der Souveränität tatnaher Staaten die internationale Zuständigkeit festlegen, dient das völkerstrafrechtliche Verbot mehrfacher Strafverfolgung in erster Linie dem Schutz des Einzelnen.

Nach dem Grundsatz *ne bis in idem* ist die erneute Strafverfolgung einer Tat ausgeschlossen, wenn dieselbe Tat – durch Freispruch oder Verurteilung – bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist. Durch das rechtskräftige Ersturteil hat sich der Strafanspruch erledigt, was zu einem Strafklageverbrauch führt (Erledigungsprinzip).

Bei der Frage, ob wegen einer völkerstrafrechtsrelevanten Sache eine Strafermittlungen eingeleitet werden darf, obwohl in derselben Sache bereits ein rechtskräftiges Ersturteil existiert, ist zu unterscheiden zwischen der vertikalen und einer horizontalen Wirkung des *ne bis in idem* einerseits, als auch jeweils zwischen der Gruppe der tatnahen Staaten und der Drittstaaten andererseits.

#### 1. Vertikale Wirkung des *ne bis in idem*

Im Verhältnis zwischen der internationalen und der nationalen Strafgerichtsbarkeit ist das Verbot mehrfacher Strafverfolgung in den Statuten der internationalen Strafgerichtshöfe ausdrücklich geregelt.

##### a. ad-hoc-Tribunale

In den Statuten beider ad-hoc-Tribunale findet sich der Grundsatz des *ne bis in idem* in Art. 10/9 J-/RStGH-Statut. Nach deren Absatz 2 ist die Gerichtsbarkeit der Tribunale durch ein qualifiziertes Verbot mehrfacher Strafverfolgung eingeschränkt. Die Gerichtsbarkeit der Gerichtshöfe ist grundsätzlich gesperrt, wenn