

# Die Strafanzeige gegen US-Militärs wegen der Folterungen in Abu Ghraib\*

Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI, Florenz)

Seit Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) im Juli 2002 hat keine der sechszwanzig erstatteten Anzeigen zu einem Gerichtsverfahren geführt. Die Generalbundesanwaltschaft sah in keinem Fall Anlass zur Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens.<sup>1</sup> Vier irakische Staatsangehörige und das *Center for Constitutional Rights* haben nun den Versuch unternommen, die Möglichkeiten des VStGB erstmals auszuschöpfen. Sie haben Strafanzeige beim Generalbundesanwalt wegen der Foltervorwürfe gegen Mitglieder der alliierten Streitkräfte im irakischen Gefängnis Abu Ghraib erstattet. Die darin erhobenen Vorwürfe über systematische Folter, grausame und unmenschliche Behandlung in US-Gefangenenlagern wurden bereits von einer ganzen Reihe von Institutionen untersucht.<sup>2</sup> Sie alle widmen sich den Hintergründen der erschütternden Bilder, die im April 2004 von den brutalen und entwürdigenden Misshandlungen von Inhaftierten im irakischen Gefängnis Abu Ghraib durch ihre US-amerikanischen Bewacher an die Weltöffentlichkeit gelangten. Dass die auf diesen Bildern dokumentierten Vernehmungs- und Einschüchterungstechniken fundamentalen Rechtsnormen der Weltgesellschaft widersprechen, muss wohl kaum ernsthaft diskutiert werden.<sup>3</sup> Fraglich ist aber, ob die angewandten Praktiken mehr als das Werk einer Hand voll sadistischer Einzeltäter waren.

## 1. Der Rechtsrahmen des VStGB

Die Strafanzeige geht jedenfalls dahin, dass höchste Funktionäre der US-Regierung die Verbreitung dieser Handlungen entweder direkt oder indirekt angeordnet hätten. Dieser Vorwurf beschäftigt nunmehr die deutsche Generalbundesanwaltschaft, die nach dem VStGB auch grundsätzlich zuständig ist. Das Gesetz inkorporiert die einschlägigen Regeln des Völkerstrafrechts und der Bestrafungspflichten bei schwerwiegenden Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht ins deutsche Recht.<sup>4</sup> In seinem § 1 statuiert das VStGB das Weltrechtsprinzip, d.h. den Grundsatz der deutschen Universalzustän-

\* Gekürzte Fassung des HSFK-Standpunktes 1/2005 »Rechtsrealität versus Realpolitik. Die Strafanzeige in Deutschland gegen Donald Rumsfeld wegen der Folterungen in Abu Ghraib« (abrufbar unter: [www.hsfk.de](http://www.hsfk.de)). Der Autor ist Mitglied der Forschungsgruppe *Internationale Organisation, Demokratischer Friede und die Herrschaft des Rechts* der *Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung* (HSFK) und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht, J.W. Goethe-Universität, Frankfurt/Main.

1 Nach Auskunft der Pressestelle der Generalbundesanwaltschaft (13. Dezember 2004) ist der Generalbundesanwalt »den angezeigten Sachverhalten im Rahmen von Überprüfungsverfahren nachgegangen. Aus verschiedenen strafprozessualen Gründen (...) bestand in keinem Fall Anlass zur Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens«.

2 Die relevanten Berichte und Memoranden sind dokumentiert in Karen Greenberg/Joshua Dratel (Hrsg.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, Cambridge 2005, insbes. S. 383 ff.; siehe ferner UN High Commissioner for Human Rights, Report, *The present Situation of Human Rights in Iraq* (9. Juni 2004, 4), Ziff. 40 ff.

3 Statt aller siehe Antonio Cassese, *Are International Human Rights Treaties and Customary Rules on Torture Binding upon US Troops in Iraq?*, in: *Journal of International Criminal Justice* 2/2004, S. 872 ff.

4 Siehe: Andreas Zimmermann, *Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3/2002, S. 97 ff.

digkeit für die im VStGB aufgeführten Delikte.<sup>5</sup> Ausgehend von diesem Grundsatz obliegt es dem Generalbundesanwalt damit prinzipiell, alle im VStGB aufgeführten Verbrechen gegen das Völkerrecht zu verfolgen. Anknüpfungspunkt für die deutsche Zuständigkeit ist allein der Unrechtsgehalt der Taten.<sup>6</sup> Die Anschuldigungen, die gegen die US-Militärs in der Strafanzeige erhoben werden, beziehen sich im Kern darauf, dass in der Haftanstalt Abu Ghraib systematische Folterungen stattgefunden haben und dass nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen grausam und unmenschlich behandelt wurden. Die einschlägigen Straftatbestände sind in § 8 Abs. 1 VStGB in das deutsche Recht inkorporiert. Während nun im (allgemeinen) deutschen Strafgesetzbuch ein eigener Straftatbestand für Folter nicht existiert,<sup>7</sup> formuliert das besondere Strafrecht für den Bereich völkerrechtlicher Straftaten den Foltertatbestand ausdrücklich. Dessen international akzeptierte Definition ist in Art. 1 der Anti-Folterkonvention vom 10. Dezember 1984 enthalten.<sup>8</sup> Im Lichte dieser Norm ist Art. 130 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen<sup>9</sup> (sowohl die Bundesrepublik als auch der Irak und die USA haben dieses Abkommen ratifiziert) zu lesen, der Folter als »schwere Verletzung« der Genfer Konventionen klassifiziert. Daraus resultiert die in Art. 129 Abs. 2 dieses Abkommens statuierte Pflicht zur Ermittlung der Personen, die der Begehung oder der Erteilung eines Befehls zur Begehung der einen oder anderen dieser schweren Verletzungen beschuldigt sind. Sowohl das Jugoslawien- als auch das Ruandatribunal haben hierbei zur Konkretisierung der Verhaltenspflichten des humanitären Völkerrechts auf die Folterdefinition des Art. 1 der Anti-Folterkonvention Bezug genommen.<sup>10</sup> Die Anzeigenerstatter machen geltend, die vier irakischen Internierten seien geschlagen und sexuell missbraucht worden, man habe sie durch Schlaf- und Essensentzug und durch Kapuzen einer Sinnesdeprivation unterworfen, all dies um sie einzuschüchtern und nachrichtendienstlich relevante Informationen zu erlangen. Zudem seien die Gefangenen extremen Temperaturen und lauter Musik ausgesetzt sowie gezwungen worden, in unbequemen Positionen zu verharren. Man habe Hunde auf sie gehetzt und Scheintötungen durchgeführt. Schwerwiegend ist auch der Vorwurf, dass das medizinische Personal bei den Misshandlungen aktiv mitwirke. Ähnliche Vorgänge in der Haftanstalt in Guantánamo hat selbst das

5 Zum völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz des Weltrechtsprinzips: Stephen Macedo (Hrsg.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia 2004; Luc Reydam, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford 2003; zur Systematik Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen 2003, S. 39 ff.

6 Gerhard Werle/Florian Jeßberger, *Das Völkerstrafgesetzbuch*, in: *Juristen Zeitung* 15-16/2002, S. 725 ff.

7 Der nach der internationalen Anti-Folterkonvention gebildete Ausschuss hat gerade dieses der völkervertraglichen Inkorporationspflicht widersprechende Fehlen an der deutschen Rechtslage immer wieder kritisiert (siehe zuletzt: A/53/44, Ziff. 185, abrufbar unter <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>). Das ist auch für den Fall Daschner, d.h. im Hinblick auf die Foltervorwürfe gegen den ehemaligen Vizepräsident des Frankfurter Polizeipräsidiums und einen seiner Mitarbeiter, relevant, da hier nur wegen Nötigung und nicht wegen Folter angeklagt und verurteilt wurde (Urteil der 27. Großen Strafkammer des LG Frankfurt, 20.12.2004, 27 Js 123/03).

8 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (BGBl. 1990 II 246).

9 Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen (BGBl. 1954 II 781; 75 UNTS 135, 150).

10 JStGH, Furundzija, 10.12.1998, Ziff. 159, I.L.M. 38 (1999), 317 ff.; RStGH, Akayesu, 2.9.1998, Ziff. 593, I.L.M. 37 (1998), 1399 ff.; siehe Michael Bothe, *War Crimes*, in: Antonio Cassese u.a. (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford 2002, Vol. I, S. 379 ff. und auch Sean D. Murphy, *U.S. Abuse of Iraqi Detainees at Abu Ghraib Prison*, in: *American Journal of International Law* 98, 2004, S. 591 ff.

sonst so zurückhaltende *Internationale Komitee des Roten Kreuzes* in einem der *New York Times* zugespielten Bericht als Folter bezeichnet. Das Komitee kritisierte dabei, dass die Methoden »zunehmend verbessert und repressiver« eingesetzt würden. Man könne ein System, »das den ausdrücklichen Zweck hat, Informationen zu erhalten, nicht anders als ein absichtlich eingerichtetes System grausamer, ungewöhnlicher und herabwürdigender Behandlung und als eine Form der Folter bezeichnen«. <sup>11</sup>

Die Strafanzeige richtet sich nicht gegen die Soldaten am unteren Ende der Militärhierarchie, sondern gegen Beschuldigte, die als politische Entscheidungsträger und Vorgesetzte der in Abu Ghraib stationierten Soldaten für die allgemeine Befehlslage verantwortlich sein sollen. Die Strafanzeige verweist auf eine ganze Reihe von Memoranden und Direktiven, in denen die Verantwortlichen die Genfer Konventionen zum Teil für unanwendbar erklärt haben, oder aber in einem solchen Maße fehlinterpretierten, dass sie z.B. den Foltertatbestand erst dann gegeben sahen, wenn die in den Verhören zugefügten Schmerzen bis zum Tod, zum Organversagen oder zur dauerhaften Schädigung einer wichtigen Körperfunktion führen. Das deutsche VStGB statuiert in Einklang mit den einschlägigen Normen des Völkergewohnheitsrechts neben der generellen Garantenpflicht (§ 4 VStGB) auch Aufklärungs- und Kontrollpflichten (§§ 13 und 14 VStGB) für Vorgesetzte. Diese müssen alles unternehmen, um Gewaltexzesse ihrer Untergebenen zu verhindern. Der Begriff des Vorgesetzten ist nicht strikt an die militärischen Hierarchien gebunden, sondern verlangt eine Berücksichtigung der konkreten Weisungs- und Befehlsverhältnisse im Einzelfall. Vorgesetzte können darum auch Zivilpersonen sein, da es letztlich nur auf die tatsächliche Führungs- und Kontrollmöglichkeit ankommt. Das Führungspersonal hat effektive Maßnahmen zur Verhinderung von Kriegsverbrechen der Untergebenen zu ergreifen (so aus § 4 VStGB); eine Pflicht die in den §§ 13 und 14 VStGB durch Aufsichts-, Untersuchungs- und Anzeigepflichten ergänzt wird. Die Strafanzeige listet auf insgesamt etwa 50 Seiten detailliert auf, dass die Verantwortlichen im Fall Abu Ghraibs nicht nur massiv gegen ihre Aufsichts- und Kontrollpflichten verstoßen haben sollen. Sie beschuldigt die US-Funktionäre unter Bezugnahme auf deren zahlreiche Memoranden und Direktiven <sup>12</sup> vielmehr auch, dass sie aktiv daran mitgewirkt hätten, die Form der Verhörtechniken in Guantánamo und Abu Ghraib so zu intensivieren, dass sie mit dem Folterverbot nicht mehr zu vereinbaren ist. Wenn sich diese Vorwürfe im Zuge des Verfahrens bewahrheiten, dann wären die Beschuldigten tatsächlich das, wogegen sie vorzugehen behaupten: Kriegsverbrecher.

## 2. Keine Verfahrenshindernisse

Die Beschuldigten werden sich darauf berufen, dass ihnen Immunität von der deutschen Gerichtsbarkeit zukomme, was sich nach Maßgabe des § 20 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz in Verbindung mit Art. 25 Grundgesetz bemisst. Man muss dabei in der Immunitätsfrage differenzieren zwischen Ermittlungsverfahren und Gerichtsverfahren und den jeweils beschuldigten Personen, für die unterschiedliche Normbereiche

<sup>11</sup> Neil A. Lewis, Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo, in: *The New York Times*, 30.11.2004.

<sup>12</sup> siehe die Dokumentation bei Greenberg/Dratel, a.a.O., insbes. S. 81 ff.; s.a. Murphy, a.a.O., S. 592 ff.

einschlägig sind: Keiner der Beschuldigten genießt Immunität für das einem möglichen gerichtlichen Hauptverfahren vorgeschaltete staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren. Umstrittener ist die Rechtslage, wenn es tatsächlich zur Anklageerhebung käme, bzw. ein Haftbefehl auszustellen wäre. In diesen Fällen ist zu fragen, ob die Regel, dass amtierenden Staatsoberhäuptern Immunität zuzugestehen ist, auch für amtierende Minister zur Anwendung kommt. Für Außenminister gilt nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) jedenfalls, dass sie *ratione personae* für die Dauer ihrer Amtszeit nicht belangt werden können. Mit dem Ende der Amtszeit endet die Immunität für ein gerichtliches Verfahren und auch die Vorwürfe hinsichtlich von Menschenrechtsverbrechen, die in die Amtszeit als Minister fallen, sind gerichtlich zu untersuchen. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des IGH und auch den Entscheidungen nationaler Gerichte (z.B. im Fall Pinochet durch das englische *House of Lords*).<sup>13</sup> Die Gerichte haben sich dabei mit dem völkerrechtlichen Wertungsmaßstab auseinander gesetzt, wie er im Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen vom 18. April 1961 und der UN-Konvention zu Spezialmissionen vom 8. Dezember 1969 zum Ausdruck kommt. Insbesondere im Haftbefehl-Fall zwischen Belgien und dem Kongo, in dem der IGH über einen gegen den (damals) amtierenden Außenminister des Kongo ausgestellten Haftbefehl zu entscheiden hatte, kommt zum Ausdruck, dass das Völkerrecht in der Abwägung zwischen den Rechtsgütern des Individualschutzes (Aufklärung und Bestrafung von Menschenrechtsverletzungen, *aut dedere aut iudicare*)<sup>14</sup> und des Funktionsschutzes des diplomatischen Verkehrs zu einer abgestuften Immunitätsdogmatik gelangt ist.<sup>15</sup> Diese versucht, beide Rechtsgüter so miteinander zu verzahnen, dass weder die diplomatische Immunität noch der Menschenrechtsschutz grundsätzlich zurückstehen muss.<sup>16</sup> Ein aktuelles Verfahren, das derzeit zwischen Frankreich und Kongo am IGH anhängig ist, betrifft dabei die Frage, wie sich diese Lösung auf Ermittlungsverfahren auswirkt. Der IGH hat diesen Fall noch nicht abschließend entschieden, auch wenn er den Antrag des Kongo, gegen dessen Minister ein französisches Ermittlungsverfahren lief, auf Erlass einer einstweilige Anordnung zurückgewiesen hat. Da strafrechtliche Ermittlungen den diplomatischen Verkehr nicht behindern, wird eine diesbezügliche Immunität von Funktionsträgern nicht angenommen werden können.<sup>17</sup>

Über den Umfang der speziellen Immunität *ratione personae* kann man sich völker-

13 Insgesamt gab es, wenn man die Entscheidung des Divisional Court einbezieht, vier Entscheidungen in Sachen Pinochet: (1) Divisional Court-Entscheidung: Augusto Pinochet Ugarte, [1999], I.L.M. 68 ff. (Q.B. Div<sup>1</sup> Ct. 1998); (2) Pinochet 1: R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, 3 W.L.R. 1456 (H.L. 1998); für nichtig erklärt durch: (3) Pinochet 2: R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.2), 2 W.L.R. 272 (H.L. 1999) und (4) Pinochet 3: R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, 2 W.L.R. 827 (H.L. 1999).

14 Siehe M. Cherif Bassiouni/ Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute* in International Law. Dordrecht 1995, passim.

15 IGH, Arrest Warrant, Dem. Rep. Congo v. Belg., 14.2.2002; Dapo Akande, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in: American Journal of International Law 98, 2004, S. 407ff.

16 Vgl. schon Michael Bothe, *Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31/1971, S. 246 ff.

17 Ähnlich bereits die Argumentation im Rahmen der Rechtsgüterabwägung durch den IGH, *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Entscheidung vom 17. Juni 2003; das französische Ermittlungsverfahren ist mittlerweile eingestellt, siehe *Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris*, 22. November 2004.

rechtlich streiten. Ursprünglich galt sie nur für das Staatsoberhaupt. In der völkerrechtlichen Praxis gibt es nun eine gewisse Tendenz, diese Immunität auch auf einzelne Minister auszuweiten. Es ist absehbar, dass der Generalbundesanwalt sich darauf berufen wird, dass US-Verteidigungsminister Donald Rumsfeld derzeit gerichtliche Immunität genießt. Doch diese Immunitätsregelung steht in Konflikt mit den Normen des humanitären Völkerrechts, die eine universelle Ermittlungs- und Bestrafungspflicht bei Kriegsverbrechen statuiert (Art. 129 des Dritten Genfer Abkommens) und von den Vertragsparteien verlangt, dass sie die Täter »ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor ihre eigenen Gerichte zu ziehen« haben.<sup>18</sup> Die Genfer Abkommen machen da für Minister keine Ausnahme. Man kann sie darum mit guten Gründen als *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Immunitätsnormen bezeichnen und für sie das reklamieren, was die *International Law Commission* in ihrem Bericht zum Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind zur nationalen und internationalen Gerichtsbarkeit ausgeführt hat: »The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility.«<sup>19</sup> Die Annahme, der US-Verteidigungsminister besitze für die angezeigten Straftaten Immunität von der deutschen Strafgerichtsbarkeit, steht daher auf einer sehr unsicheren Grundlage, auch wenn sich die Gegner des Verfahrens sicher darauf berufen werden, dass eine temporale Suspendierung von der Gerichtsbarkeit dem Regelungsgedanken des Art. 129 des Dritten Genfer Abkommens nicht widerspreche.

Bei den Beschuldigten, die in der Bundesrepublik stationiert sind, ist die Rechtslage dahingehend spezieller, dass das NATO-Truppenstatut auf völkervertraglichem Wege die Exemption von der deutschen Gerichtsbarkeit zusichert. Im Hinblick auf die Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten der USA und der Bundesrepublik, so wie sie sich aus der Vereinbarung des NATO-Statuts vom 19. Juni 1951, der Zusatzvereinbarung vom 3. August 1959 und deren Revision durch die Vereinbarung vom 18. März 1993 ergibt,<sup>20</sup> sind dabei vier Gesichtspunkte relevant: (1) Diese Vereinbarungen haben den Zweck, die Abgrenzungen von Zuständigkeiten zu regeln, die sich aus der Stationierung fremder Truppen auf dem Territorium des Empfangsstaates ergeben. Das NATO-Statut ist dabei ausschließlich dann anwendbar, wenn die strafrechtlichen Vorwürfe sich auf Straftaten beziehen, die auf dem Territorium des Empfangsstaates begangen worden sind. Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, da es um Vorwürfe geht, die mit den Geschehnissen in Abu Ghraib in Zusammenhang stehen. Auch die jeweiligen Einzelvorwürfe hinsichtlich der Verletzung von Aufsichts-, Garanten- und Kontrollpflichten wurden nicht in Deutschland begangen. (2) Ein weiterer Anhaltspunkt zur

18 Zu dieser Pflicht: Tomuschat, *The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals*, in: Hans-Joachim Cremer u.a. (Hrsg.), *FS Steinberger*, Berlin 2002, S. 315 ff.

19 Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10, at 41, U.N. Doc. A/51/10 (1996).

20 Siehe NATO Status of Forces Agreement (SOFA), BGBl. 1961 II 1190; SOFA Zusatzvereinbarung, BGBl. 1961 II 1218; Revidierte SOFA Zusatzvereinbarung, BGBl. 1994 II 2594, 2598.

Lösung dieser möglichen Kollisionsfrage kann der Entscheidung des Jugoslawien-Strafgerichtshof (JStGH) im Furundzija-Fall entnommen werden, in der das Gericht feststellt: »The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition.«<sup>21</sup> Unter Zugrundelegung der JStGH-Rechtsprechung wäre also dem in Art. 53 der Wiener Vertragskonvention kodifizierten *ius-cogens*-Grundsatz zu entnehmen, dass den im NATO-Statut vereinbarten Immunitätsregeln eine völkerrechtliche Geltung nicht zugesprochen werden kann, sofern sie die *aut-dedere-aut-indicare*-Regeln hinsichtlich der Folterdelikte aushebelten. (3) Wichtig ist auch, im Recht der Truppenstationierung die Differenzierung des Völkergewohnheitsrechtes im Hinblick auf Immunitätsausnahmen nachzuvollziehen. Die Jurisdiktion des Empfangsstaates ist nur ausgeschlossen, wenn die betreffende Tat durch eine Handlung oder Unterlassung eines NATO-Soldaten in amtlicher Eigenschaft begangen wurde. Wie in den Fällen der diplomatischen Immunität gilt hier, dass die Beteiligung an Folterungen immunitätsrechtlich nicht und niemals als amtliche Tätigkeit zu werten ist. Eine völkervertragliche Exemption von der Gerichtsbarkeit des Aufnahmestaates scheidet genauso aus, wie die Annahme und vertragliche Vereinbarung von Immunität. Mit anderen Worten, auch wenn die Folterungen anlässlich der Ausübung einer öffentlichen Funktion ausgeführt werden, sind Immunität und Exemption von der Gerichtsbarkeit des Aufnahmestaates nicht gegeben. (4) Selbst wenn dies nicht so wäre, die hier in Rede stehenden Vorwürfe also nach Art. VII (3) (a) (ii) des NATO-Statuts als strafbare Handlungen, »die sich aus einer Handlung oder Unterlassung in Ausübung des Dienstes ergeben«, zu werten wären, folgte daraus nur, dass zwischen Entsendestaat (USA) und Aufnahmestaat (BRD) eine konkurrierende Zuständigkeit mit einem Gerichtsbarkeitsvorrecht der USA vorläge.<sup>22</sup> Wenn – wie hier – der Entsendestaat von seinem Vorrecht keinen Gebrauch macht, stehen der Gerichtsbarkeit des Aufnahmestaates keine aus dem Truppenstatut abzuleitenden sachlichen Verfahrenshindernisse entgegen. Insgesamt scheidet daher eine Immunität bzw. die Annahme von Verfahrenshindernissen für die in der BRD stationierten Beschuldigten nach dem NATO-Statut aus.

21 JStGH, Furundzija, I.L.M. 38 (1999), 349f., Ziff. 155.

22 Details bei Rainer Birke, Strafverfolgung nach dem NATO-Truppenstatut: Grundlagen und Praxis eines »international-arbeitsteiligen« Strafverfahrens, Baden-Baden 2004, S. 77 ff.

### 3. Ermessenseinschränkung

Der Generalbundesanwalt ist verpflichtet, dem Anfangsverdacht gegen die Beschuldigten in einem förmlichen Ermittlungsverfahren nachzugehen. Der Gesetzgeber hat das sonst bei Auslandstaten bestehende Ermessen der Staatsanwaltschaft strukturiert und eingeschränkt. Der im Gesetzgebungsverfahren für das VStGB neu eingeführte § 153f StPO sieht eine Verfolgungspflicht für den Fall vor, dass sich der Beschuldigte im Inland aufhält oder ein solcher Aufenthalt zu erwarten ist. Die Einheit des ehemaligen Irak-Befehlshabers Generalleutnant Ricardo S. Sanchez ist in Heidelberg stationiert. Auch die Beschuldigten Generalmajor Walter Wodjakowski und Oberst Thomas M. Pappas haben ihren Dienstsitz in Deutschland. Schon deshalb sind die hier zur Anzeige gebrachten Taten zu verfolgen.

Oberflächlich betrachtet,<sup>23</sup> könnte man zwar daran denken, dass der in § 153f Abs. 2 Ziff. 4 StPO genannte Einstellungsgrund der Subsidiarität gegeben ist. Danach können Verfahren in der Bundesrepublik eingestellt werden, unter anderem wenn die Tat bereits durch den Staat verfolgt wird, dessen Staatsangehöriger der mutmaßliche Täter oder das Opfer ist. Dass die Vereinigten Staaten in grundsätzlicher Hinsicht rechtsstaatlich verfasst sind, bedeutet nun aber nicht, dass im konkreten Fall eine effektive Strafverfolgung der Verbrechen von Abu Ghraib stattfindet. Wegen der Vorfälle in Abu Ghraib sind bislang nur acht niedrigrangige Soldaten angeklagt und nur teilweise verurteilt worden. Weder vor den Gerichten der USA noch vor den irakischen Gerichten ist derzeit ein Verfahren gegen die in der Strafanzeige Beschuldigten zu erwarten. In Anbetracht der bislang nicht eingeleiteten Gerichtsverfahren gegen die Beschuldigten in den USA, besteht darum hier für eine Ermessensausübung seitens des Generalbundesanwaltes kein Raum, was sich auch aus den Materialien zur Einführung des § 153f StPO ergibt. Danach verlangt in einem solchen Fall »das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit dem Weltrechtsgrundsatz, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden jedenfalls die ihnen möglichen Ermittlungsanstrengungen unternehmen, um eine spätere Strafverfolgung (sei es in Deutschland oder im Ausland) vorzubreiten.«<sup>24</sup> Der Generalbundesanwalt hat in dieser Frage also keinerlei Wertungsspielraum. Denn ob die local remedies in den USA tätig geworden sind, ist eine rein tatsächliche Frage. Diese ist im vorliegenden Fall negativ zu beantworten. Das deutsche Recht ist damit strenger als beispielsweise Art. 17 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, in dem auf Komplementarität mit den nationalen Gerichten gesetzt wird und in dem darum die Pflicht aus Art. 129 Abs. 2 der Dritten Genfer Konvention, der verlangt, dass die Vertragsstaaten die Täter »ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor ihre eigenen Gerichte zu ziehen« haben,<sup>25</sup> nicht vollumfänglich umgesetzt wird. Kurzum: Aus welchem Grund bei den Gerichten in den USA gegen die Beschuldigten keine Gerichtsverfahren eröffnet worden sind, ob die USA ein

23 Wie z.B. bei Jan Hessbruegge, *An Attempt to Have Secretary Rumsfeld and Others Indicted for War Crimes under the German Völkerstrafgesetzbuch*, in: ASIL Insight 12/2004.

24 BT-Drucksache 14/8524, 38; s.a. Armin Schoreit, in: Gerd Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 5. Aufl., München 2003, 921, § 153f Rdn. 9

25 Zu dieser Pflicht: Tomuschat, a.a.O.

Rechtsstaat sind, ob der Generalbundesanwalt die Zurückhaltung der US-amerikanischen Justiz für angemessen, nachvollziehbar oder gar politisch geboten hält: all dies spielt keine Rolle, denn rechtlich entscheidend ist ausschließlich, dass gegen die Beschuldigten in den USA kein Gerichtsverfahren wegen der Vorfälle in Abu Ghraib und der darauf bezogenen konkreten Anschuldigungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit eröffnet worden ist.

#### 4. Weltrechtsprinzip unter politischem Druck

Dennoch rechnet niemand ernsthaft damit, dass der Generalbundesanwalt freiwillig und ohne gerichtliche Intervention Ermittlungen gegen die US-Militärs im Fall von Abu Ghraib aufnehmen und das deutsche Völkerstrafgesetz zum Leben erwecken wird. Dabei war das Projekt Völkerstrafgesetzbuch und Weltrechtsprinzip durchaus vielversprechend gestartet. Deutsche Politiker aller Couleur lobten die Regelungen ob ihrer weltweiten Vorbildfunktion. Die Fehler, die Belgien mit der Einführung und Anwendung des Weltrechtsprinzips gemacht hatte, waren scheinbar vermieden worden, indem man stärker als Belgien auf innerstaatliche Anknüpfungspunkte für die Strafbarkeit und auf die völkerrechtlichen Restriktionen hinsichtlich der temporären Immunität von amtierenden Funktionsträgern geachtet hatte. Belgien hatte eine weit inflexiblere Regelung. Nach dem Haftbefehl gegen einen amtierenden kongolesischen Außenminister drohten weitere u.a. gegen Colin Powell, George W. Bush und Ariel Sharon. Die dadurch ausgelösten diplomatischen Verstrickungen gingen soweit, dass die US-Regierung zuletzt ankündigte, das NATO-Hauptquartier aus Brüssel wegverlegen zu wollen, da man dort nicht mehr ungefährdet hinreisen könne. Letztlich gab Belgien im Sommer 2003 dem politischen Druck der USA nach und änderte das einschlägige Gesetz dahingehend, dass nach dem Weltrechtsprinzip Taten nur verfolgt werden können, wenn das Opfer mindestens drei Jahre in Belgien gelebt hat. Diese Entscheidung hat ironische Nachrufe der Weltrechtsskeptiker provoziert, die seit Jahren die zivilgesellschaftlichen und akademischen Bemühungen um eine Stärkung des Prinzips zu desavouieren suchen.<sup>26</sup>

Während *amnesty international*, *Human Rights Watch* und die epistemische Gemeinschaft der Völkerrechtler in den Princeton Principles on Universal Jurisdiction klare Position für das Weltrechtsprinzip bezogen haben, wird die Phalanx der Gegner des Prinzips angeführt von Henry Kissinger, der selbst zahlreichen Ermittlungsverfahren (in Chile, Frankreich, Spanien etc.) unter anderem wegen der so genannten *operación condor* ausgesetzt ist. In einem wütenden Beitrag in der Zeitschrift *Foreign Affairs*, von dem einige Kommentatoren meinten,<sup>27</sup> Kissinger habe ihn angesichts der drohenden Einschränkung seiner Reisefreiheit verfasst, schrieb er: »Die Befürworter des Weltrechtsprinzips argumentieren, der Staat sei die primäre Kriegsursache, es sei ihm

<sup>26</sup> Siehe die Zusammenfassung bei Steven Ratner, *Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem*, in: *American Journal of International Law* 97, 2003, S. 888 ff.

<sup>27</sup> Siehe z.B. Jonathan Powers: »After Pinochet and Milosevic does Kissinger see the writing on the wall for himself? Could some lone magistrate somewhere – another Baltasar Garzon – set the ball rolling towards him? Could he be picked up while attending some academic conference in France, or giving political advice on behalf of Kissinger Associates to the government of Taiwan or to multinational companies in Malaysia or taking a holiday in India?« (Jonathan Powers, *Henry Kissinger Has Become a Very Nervous Person*, abrufbar unter [www.globalpolicy.org](http://www.globalpolicy.org)).

nicht zuzutrauen, für Gerechtigkeit zu sorgen. Wenn das Recht die Politik ersetzen würde, dann könnten Frieden und Gerechtigkeit siegen. Aber schon eine oberflächliche Betrachtung der Geschichte zeigt, dass es keinerlei empirischen Beweis für diese Theorie gibt. Die Aufgabe des Staatsmannes ist es, die beste Option zu wählen, wenn es darum geht, Frieden und Gerechtigkeit zu verwirklichen. Er muss dabei stets bedenken, dass es zwischen diesen beiden Prinzipien eine Spannung gibt und dass jede Abwägung parteilich ist. Wie auch immer, die Wahl ist jedenfalls nicht einfach eine zwischen Weltrechtsprinzip und nationaler Jurisdiktion.<sup>28</sup>

In der Tat konturiert Kissinger damit das Problem in seiner Dramatik. Das, was beim Weltrechtsprinzip zur Disposition steht, ist nicht lediglich eine rechtstechnische Frage der Abgrenzung von Jurisdiktionskreisen, es ist das fundamentale Ordnungsprinzip der konstitutionalistischen Idee: Wird es dem Weltrecht – angetrieben durch die völkerstrafrechtliche Entwicklung und die Konstitutionalisierung zahlreicher Spezialregimes von WTO, über die Vereinten Nationen bis hin zu den Menschenrechtspakten<sup>29</sup> – gelingen, auf seine zunehmende Politisierung durch eine adäquate Abwehrbewegung zu reagieren? Kann dieses Recht mehr sein als ein apologetisches Beiwerk realpolitischer Machtpolitik? Diese Fragen sind offen und die Strafanzeige wegen der Vorfälle in Abu Ghraib ist Teil des weltgesellschaftlichen Kampfes um die Herrschaft des Rechts im globalem Maßstab. Die Streitlinien verlaufen nicht zwischen Europa und den USA. Gerade die US-Gerichte – aus deutscher Sicht sind die Entscheidungen in den Zwangsarbeiterfällen hervorzuheben – haben in zahlreichen Verfahren über Verletzungen des weltrechtlichen Kernbestands an Menschenrechten judiziert.<sup>30</sup> Exakt diese Regeln drohen jetzt auf die mächtigen US-Realpolitiker zurückzuschlagen. Die postnationalen Fronten verlaufen darum nicht geographisch sondern funktional, zwischen Politik und Recht. Hamdi v. Bush, CCR v. Rumsfeld, Käsemann v. die argentinische Militärjunta, Belgien v. Kongo – all dies sind nur die Kurzformeln der je unterschiedlichen Einkleidung eines weltgesellschaftlichen Grundkonflikts konstitutionellen Ausmaßes: Gibt es in der Weltgesellschaft Rechtsnormen, die das politische System limitieren und die elementaren Menschenrechte schützen? Vor welchen Gerichten können diese Fundamentalrechte geltend gemacht werden, damit sie mehr werden, als symbolische Texte, die feiertags und anlässlich konkreter Gewaltlegitimationswünsche in apologetischer Manier in Bezug genommen werden?

Wenn man es ernst meint mit der Konstitutionalisierung der internationalen Beziehungen,<sup>31</sup> wenn man die Herrschaft des Rechts nicht als eine Fehlspezifikation in der Menschheitsgeschichte, die mit den Nationalstaaten zu Grunde gehen wird, betrachten will, dann wird man sich darauf einzustellen haben, dass die Konflikte zwi-

28 Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, in: *Foreign Affairs* 80, 4/2001, S. 86 ff.; zur Gegenauffassung siehe z.B. die Replik auf Kissinger durch den Vorsitzenden von *Human Rights Watch*: Kenneth Roth, *The Case for Universal Jurisdiction*, in: *Foreign Affairs* 80, 5/2001, S. 150 ff.

29 Hierzu: Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in: *Michigan Journal of International Law* 25, 2004, S. 999 ff.

30 Eine Entwicklungsgeschichte müsste bei *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir., 30. Juni 1980) ansetzen.

31 Zum globalen Konstitutionalismus: Jürgen Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in: ders.: *Der gespaltene Westen*, Frankfurt 2004, S. 113 ff.; Jochen A. Frowein, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: Klaus Dieke (Hrsg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*. Heidelberg 2000, S. 427 ff.; Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist 2005, i.E.

schen Recht und Politik schärfer werden. Und man wird sich damit abfinden müssen, dass das Recht nicht die Garantie dafür wird übernehmen können, dass die Rechtsnormen stets eingehalten werden. Vom Recht, wenn man ihm anlässlich konkreter Fragen die Entscheidung über Recht und Unrecht ermöglicht, wird aber zu erwarten sein, dass es das, was man zukünftig voneinander zu weltrechtens erwarten kann, strukturiert und seinen symbolischen Apparat zur Verfügung stellt, um auf Erwartungsenttäuschungen zu reagieren. Dazu gehören strafrechtliche Mechanismen, aber auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche. Gerade letztere sind für transnationale Sachverhalte in der Bundesrepublik bislang nur unzureichend eingeräumt.<sup>32</sup> Dieses Defizit zu beseitigen, ist dringend notwendig. Man muss kein Abolitionist sein,<sup>33</sup> um zu sehen, dass es gerade der strafrechtliche Sanktionsapparat ist, der das Rechtssystem immer wieder hat davor zurückschrecken lassen, gerichtliche Verfahren – beispielsweise gegen Mitglieder der Bundesregierung wegen der deutschen Beteiligung an diversen militärischen Einsätzen vom Kosovo bis zum Irak<sup>34</sup> – zu initiieren bzw. diese Verfahren mit einer Entscheidung über Recht/Unrecht abzuschließen.

## 5. Fazit

Der Generalbundesanwalt wird sein Möglichstes tun, um die Bundesregierung vor weiteren transatlantischen Verwerfungen zu schützen. Gerade dies ist ein Gesichtspunkt, dem auf Grund der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungspflicht eigentlich keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt. Er wird natürlich dennoch ständig die verfahrensleitenden Entscheidungen prägen. Denn der Generalbundesanwalt muss sich als »politischer Beamter« bei der Erfüllung seiner Aufgaben in fortdauernder Übereinstimmung mit den für ihn einschlägigen grundlegenden politischen Zielsetzungen der Bundesregierung befinden. Es wird sich zeigen, wie die Bundesregierung zum Verfahren Abu Ghraib steht. Auch ohne deren Unterstützung bliebe den Anzeigenerstattem, d.h. zumindest den vier Irakern, die in Abu Ghraib interniert waren, jedenfalls als letzte Möglichkeit die Einleitung eines Klageerzwingungsverfahrens. Das in den §§ 172 StPO geregelte Klageerzwingungsverfahren ist zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsgründen von der Verfolgung der Strafe absehen kann. Allerdings gilt dieser Ausschluss nicht, wenn die Staatsanwaltschaft in Überschreitung ihrer Befugnis das Verfahren einstellt, d.h. wenn sie von einem Ermessen Gebrauch macht, das ihr gar nicht eingeräumt ist.<sup>35</sup> So lägen die Dinge hier. Denn

32 Siehe die instruktive Analyse von Axel Halfmeier, Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 68, 4/2004, S. 653 ff.; zum völkerrechtlich Möglichen siehe den so genannten van Boven-Report (1993) und das Revised Set of Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Humanitarian Law, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17.

33 Auch wenn es dafür gute, maßgeblich von Klaus Lüderssen, Abschaffen des Strafens?, Frankfurt/Main 1995, S. 22 ff., ausgeführte Gründe gibt.

34 Siehe z.B. die verfahrensbeendende Verfügung des Generalbundesanwaltes vom 21. März 2003 hinsichtlich der Strafanzeigen wegen des Irak-Krieges, d.h. dem Vorwurf der (wegen der eingeräumten Überflugrechte und den deutschen AWACS-Einsätzen in der Türkei) Beteiligung an einem nach § 80 StGB strafbaren Angriffskrieg: Generalbundesanwalt, Kein Anfangsverdacht wegen Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 StGB), abrufbar unter: <http://www.uni-kassel.de/fb5/frieden/regionen/Irak/klagen.html>

35 Vgl. OLG Hamm MDR 1993, 460 ff.

es besteht für Opportunitätserwägungen der Staatsanwaltschaft kein Raum. Das Legalitätsprinzip ist anzuwenden und die Annahme des Opportunitätsprinzips durch die Generalbundesanwaltschaft wäre gerichtlich zu korrigieren. Der deutsche Gesetzgeber hat entschieden, dass er die angezeigten Delikte juristisch untersucht und verfolgt sehen will. Er hat dabei die maßgeblichen Normen des Völkergewohnheitsrechts in das deutsche Recht inkorporiert und über das VStGB einen Verfahrensweg in der Bundesrepublik eröffnet. Es wäre ein Skandal, wenn der Generalbundesanwalt trotz dieser parlamentarischen Vorgaben und trotz der in den Genfer Konventionen statuierten Bestrafungspflicht kein Ermittlungsverfahren einleiten würde. Es ist darum zu hoffen, dass den deutschen Entscheidungsträgern die Tragweite des Verfahrens bewusst wird und dass der Generalbundesanwalt die Worte seiner Bundesjustizministerin verinnerlichen möge: »(E)s genügt nicht, sich auf einen internationalen Vertragstext zu einigen; man muss ihn auch mit Leben füllen. Gerade auf dem Gebiet des Völkerrechts muss dafür gesorgt werden, dass die Regeln, die sich die Staatengemeinschaft gegeben hat, auch umgesetzt werden. Deutschland hat daher nicht nur die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshof von Anfang an mit großem Einsatz unterstützt. Es hat auch innerstaatlich durch die Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass schwerste Menschenrechtsverbrechen unabhängig von ihrem Tatort in Deutschland strafrechtlich angemessen verfolgt werden können.«<sup>36</sup>

36 Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, Fachtagung Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen, 27.6.2003: <http://www.bmj.bund.de/enid/fa.html>