

Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan, VRIBGH a.D.

Bochum, den 28.2.2012

405

Stellungnahme zum Bericht der Evaluierungsgruppe ARP des Generalbundesanwalts vom 20.12.2011 im Rahmen der Verfolgung der terroristischen Vereinigung „Nationalsozialistischer Untergrund (NSU)“.

A. Auftrag zur Prüfung und Gegenstände meiner Untersuchung

Herr Generalbundesanwalt Range hat mir zur Absicherung der internen Aufsicht (§ 147 Nr. 3 GVG) und mit Blick auf den Auftrag des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, insbesondere die dortige Frage 6, am 1. Februar 2012 den Auftrag erteilt, den Bericht der Evaluierungsgruppe ARP des Generalbundesanwalts vom 20.12.2011 auf Plausibilität und Schlüssigkeit der Methode des Vorgehens zu überprüfen und eine Bewertung des Ergebnisses im Hinblick darauf vorzunehmen, ob der rechtliche Rahmen bei der Beurteilung der Zuständigkeit des Generalbundesanwalts eingehalten wurde.

I. Grundlage und Gegenstand

Grundlage und Gegenstand meiner Überprüfung ist der Bericht der Evaluierungsgruppe ARP vom 20.12.2011 mit den Anlagen A, B, und C, auf die ich hinsichtlich der dort erläuterten Bedeutung der ARP-Vorgänge bei der Bundesanwaltschaft sowie der Einzelheiten zur Methode der Überprüfung verweise.

Die in den genannten Anlagen A und B aufgeführten Aktenvorgänge sind von mir vor Ort eigenhändig durchgesehen und ausgewertet worden.

Außerdem standen mir aus den insgesamt von der Evaluierungsgruppe gesichteten ca. 8000 Vorgängen des Zeitraums von 1995 bis zum 10.12.2011 weitere 507 ARP-Vorgänge unmittelbar zur Verfügung, die wegen der Art der dort zugrunde liegenden Ereignisse einen rechtsextremistischen Hintergrund haben konnten und schon deshalb ein Zusammenhang mit den Tätigkeiten der NSU nicht von vornherein auszuschließen war. Von diesen Akten habe ich Stichproben gezogen und diese näher eingesehen. Ebenso bin ich mit den übrigen, im Keller der Bundesanwaltschaft gelagerten ARP-Vorgängen aus dem genannten Zeitraum verfahren, die von der Evaluierungsgruppe vorab, weil schon auf den ersten Blick nicht einschlägig, ausgesondert worden waren, mir aber ebenfalls bei Bedarf zur Verfügung standen.

II. Die Prüfmethode der Evaluierungsgruppe

Nach welcher Methode die Evaluierungsgruppe vorgegangen ist, ist in ihrem Bericht vom 20.12.2011 unter B und C (Seiten 4/5) dargelegt. Meine Durchsicht der Aktenvorgänge hat Folgendes ergeben:

Die Vorgehensweise der Evaluierungsgruppe, die sämtliche vorhandene ARP-Vorgänge gesichtet und anhand bestimmter Kriterien (siehe Anhang C des Evaluierungsberichts), die von der aktuell zuständigen Ermittlungsgruppe aufgrund der von ihr gewonnenen Erkenntnisse als Stichworte für die Suche vorgegeben worden waren, um einen möglichen Bezug der auszuwertenden Akten zu der Organisation des „Nationalsozialistischen Untergrunds – NSU“ nicht zu übersehen, erscheint angesichts der faktischen Gegebenheiten plausibel.

Da bisher eine alle ARP-Vorgänge umfassende systematische und digitalisierte Dokumentation nicht vorhanden ist, war es unumgänglich, alle Vorgänge manuell zum Gegenstand einer ersten Überprüfung zu machen, zu sichten, sie nach den vorgegebenen Kriterien zu selektieren und erst anschließend die als relevant erkannten 45 Vorgänge einer näheren Überprüfung zu unterziehen. Diese führte zu der Kategorisierung je nach Nähe zu den Mitgliedern der NSU bzw. zu einem möglichen Zusammenhang mit deren inzwischen bekannt gewordenen Taten in den Kategorien A und B. Während die Kategorie A 13 Vorgänge umfasst, die entweder mit den Taten der NSU im Zusammenhang stehen oder in denen die Namen ihrer Mitglieder oder von Nähepersonen erwähnt werden, finden sich in den 32 Akten der Kategorie B Vorgänge zu einer nationalsozialistisch gesinnten Gruppe, sowie sonstige, dem rechten Spektrum zuzuschreibende Begriffe oder Tatausführungen, bei denen eine Nähe zur NSU nicht auszuschließen war. Auch diese wurden von der Evaluierungsgruppe ausgewertet.

Meine stichprobenartige Überprüfung der nicht näher ausgewerteten, bereits oben erwähnten 507 ARP-Vorgänge sowie der übrigen im Keller lagernden Vorgänge haben kein Ergebnis erbracht, das der Plausibilität der Prüfmethode der Evaluierungsgruppe entgegenstünde.

Zur Schlüssigkeit der die einzelnen ARP-Vorgänge betreffenden und diese rechtlich bewertenden Berichten siehe unten unter C.

B. Rechtliche Voraussetzungen für eine erstinstanzliche Ermittlungstätigkeit des Generalbundesanwalts.

Um die Plausibilität und Schlüssigkeit des Evaluierungsberichts, der sich seinerseits mit der Art und Weise der Feststellung für einen Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO für eine mögliche Zuständigkeit des Generalbundesanwalts in konkreten Einzelfällen zu befassen hatte, nicht nur methodisch, sondern auch in der rechtlichen Aussage überprüfen zu können, müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die erstinstanzliche Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt klar abgesteckt sein, d.h. es die müssen Möglichkeiten aufgezeigt werden, die das geltende Recht in den §§ 120, 142a GVG zur Verfügung stellt, damit der Generalbundesanwalt überhaupt als erstinstanzliche Ermittlungsbehörde tätig werden kann.

Zutreffend weist bereits der Evaluierungsbericht (dort unter A c), S. 3) darauf hin, dass die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt und damit auch die Strafverfolgung nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes (Art. 30, 92 GG) grundsätzlich Ländersache ist. Für den Bereich des Staatsschutzes wird die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die Strafverfolgungskompetenz der Länder, die in den §§ 24, 74, 74a GVG näher ausgestaltet ist, durch die §§ 120, 142a GVG zugunsten der Zuständigkeit der Bundesjustiz partiell modifiziert. Dies findet in Art. 96 Abs. 5 GG seine verfassungsrechtliche Legitimation.

§ 120 GVG ist deshalb nicht nur eine einfachgesetzliche Zuständigkeitsnorm, sondern nimmt hinsichtlich seiner Zuständigkeitsbestimmung aus verfassungsrechtlicher Sicht einen hohen Rang ein. Einerseits entziehen Eingriffe in diese Kompetenzverteilung, die durch die genannten Normen des GVG nicht abgedeckt werden, von Verfassungen wegen einem darauf gegründeten Strafverfahren in seiner Gesamtheit die Grundlage, so dass ein Verfahrenshindernis angenommen werden muss.¹ Andererseits darf aber auch der Gesetzgeber nicht nach freiem Belieben bestimmte Tatbestandskonstellationen zu Staatsschutzdelikten erklären und der Strafverfolgung durch die Bundesjustiz unterstellen, sondern nur solche Delikte, die das staatliche Gefüge in länderübergreifender Weise treffen und die Rechtsgüter des Gesamtstaates in derart starkem Maße beeinträchtigen, dass ihre Ahndung durch die Landesjustiz der Bedeutung des in der jeweiligen Tat liegenden Angriffs auf die bundesstaatliche Gesamtordnung nicht gerecht würde.² Allgemeine Delikte, denen keine Staatsschutzqualität zukommt, rechtfertigen eine

¹ BGHSt. 32, 345, 350; 36, 294, 295; 46, 238, 244; vgl. auch OLG Stuttgart NStZ 2009, 348, 351.

² BGHSt. 46, 238, 243; BGH NJW 2002, 1889.

Übernahme der Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt dem Grundsatz nach nicht, selbst wenn sie ein erhebliches Ausmaß erreichen und staatliche Sicherheitsinteressen tangieren.³

Diese hohen Anforderungen an ein Staatsschutzdelikt i.S.d. § 120 GVG wirken sich naturgemäß in den zur Ermittlung anstehenden Einzelfällen auch auf die Auslegung der materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des § 120 Abs. 1 und 2 GVG i.V.m. § 142a Abs. 1 GVG aus, die ein Tätigwerden des Generalbundesanwalts vorsehen. Die Rechtsprechung legt deshalb seit jeher diese Normen, insbesondere die bewegliche Zuständigkeitsregelung des § 120 Abs. 2 GVG, der in den Ziffern 1-4 unter bestimmten Voraussetzungen dem Generalbundesanwalt ein sog. Evokationsrecht einräumt, als Legitimationsgrundlage eng aus. Im Weiteren stellt sich ferner die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Generalbundesanwalt eingeräumt sind und welche Mittel ihm zur Klärung der Frage zur Verfügung stehen, ob ein Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO für ein Staatsschutzdelikt i.S.d. §§ 120, 142a GVG vorliegt, das seine Verfolgungszuständigkeit begründen würde.

I. § 120 GVG i.V.m. § 142a GVG

§ 120 GVG, der zwar ausdrücklich nur die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte regelt, durch dessen rechtliche Voraussetzungen aber über die Vorschrift des § 142a Abs. 1 GVG zugleich auch die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts als erstinstanzliche Ermittlungsbehörde bestimmt, beinhaltet unterschiedliche Abstufungen hinsichtlich der Anforderungen an eine Fallkonstellation, die eine erstinstanzliche Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts auslösen können.

1. § 120 Abs. 1 GVG

regelt die primäre Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für die klassischen Staatsschutzdelikte, wie Friedensverrat, Hochverrat, Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, geheimdienstliche Agententätigkeit usw., sowie die moderneren Erscheinungen, die ebenfalls die äußere und/oder innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährden oder Menschenrechte verletzen, wie z.B. die Bildung terroristischer Vereinigungen und die unter das Völkerstrafrecht fallenden Straftaten.

³ Vgl. Hannich in Karlsruhe Kommentar StPO (KK) 6.Aufl. § 120 GVG Rdn. 4a; Schnarr NSfZ 1988, 117.

Hier ist der Generalbundesanwalt grundsätzlich zur Strafverfolgung berufen, es sei denn, es handelt sich um Fälle minderer Bedeutung (§ 142a Abs. 2 und 3 GVG).

2. § 120 Abs. 2 GVG

regelt demgegenüber die Fallkonstellationen, in denen grundsätzlich die Länder für die justizielle Verfolgung der Straftaten zuständig wären, der Generalbundesanwalt aber das Recht hat, mit Blick auf einen möglichen Staatsschutzbezug und wegen der „besonderen Bedeutung“ des Falles die Ermittlungen und das Strafverfahren zu übernehmen. Dieses sog. Evokationsrecht, d.h. das Recht, das Verfahren an den eigentlich zuständigen Staatsanwaltschaften und Gerichten der Länderjustiz vorbei an sich zu ziehen, wird durch die §§ 120 Abs. 2 Nr. 1–4, 142a Abs. 1 Satz 1 GVG unter verschiedenen rechtlichen Voraussetzungen eingeräumt, aber in allen Fällen an die Bewertung der „besonderen Bedeutung“ des Einzelfalles durch den Generalbundesanwalt gebunden. Bei dem Begriff der „besonderen Bedeutung“, durch dessen Annahme und der damit verbundenen Ausübung des Evokationsrecht das verfassungsrechtliche Zuständigkeitsgefüge beeinflusst wird, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.⁴ Die Rechtsprechung hat deshalb stets strenge Anforderungen an die Bejahung der besonderen Bedeutung gestellt,⁵ wenngleich im Ermittlungsverfahren, mit Rücksicht auf den sich im Laufe der Ermittlungen noch verändernden Erkenntnisstand eine eingeschränkte Überprüfbarkeit angenommen wurde.⁶

Auf jeden Fall erfüllt sein müssen aber die übrigen rechtlichen Voraussetzungen der in den Nr. 1 – 4 genannten Fallgruppen, d. h. den dort aufgeführten Katalogtaten muss jeweils Staatsschutzcharakter zukommen, was anhand unterschiedlicher und je nach Nähe oder Ferne zu einem originären Staatsschutzdelikt abgestuften rechtlichen Anforderungen unterliegt.

a) § 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG

⁴ Franke in Löwe-Rosenberg (LR) 26. Aufl. § 120 GVG Rdn. 8; Hannich, Fn.3, Rdn. 3; Meyer-Goßner StPO 54. Aufl § 120 GVG Rdn. 3.

⁵ BGHSt. 46, 238, 254; 53, 128, 140; BGH NSZ 2002, 447.

⁶ So BGH, Beschluss vom 16.11.2001 - StB 18/01 und BGH NSZ 2008, 146, 148.

Da es sich hier um originäre Staatsschutzdelikte handelt, die nur für den Regelfall in § 74a GVG der Zuständigkeit der Staatsschutzkammern der Landgerichte unterstellt sind, ist die Staatsschutzqualität der in Betracht kommenden Delikte nicht zweifelhaft. Hier kommt es im Wesentlichen auf die Bejahung der „besonderen Bedeutung“ an.

b) § 120 Abs. 2 Nr. 2 GVG

Nach dieser Vorschrift begründen Gewalttaten, wie Mord, Totschlag, erpresserischer Menschenraub, Geiselnahme und die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB aufgeführten bzw. Katalogtaten das Evokationsrecht des Generalbundesanwalts, wenn ein Zusammenhang mit der Tätigkeit einer terroristischen Vereinigung besteht. Rechtliche und tatsächliche Probleme erwachsen hier aus den Fragen, ob eine solche Vereinigung angenommen werden kann und ob ein „Zusammenhang“ mit deren Tätigkeit besteht.

c) § 120 Abs. 2 Nr. 3 a) – 3 d) GVG

Diese Vorschrift erweist sich als besonders problematisch, weil sie bei ihren Katalogtaten kein originäres Staatsschutzdelikt als Bezugsdelikt nennt, insbesondere keinen Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung voraussetzt. Deshalb greift die Filterfunktion des Vereinigungsbegriffs nicht, die dieser durch die engen Voraussetzungen, an die die Rechtsprechung seit jeher die Annahme einer „Vereinigung“ i.S.d. §§ 129, 129a, 129b StGB geknüpft hat.⁷ Im Zusammenhang mit § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG war und ist die Rechtsprechung bei der Überprüfung, ob der Generalbundesanwalt sein Evokationsrecht und seine Ermittlungszuständigkeit bzw. die Zuständigkeit des OLG zur Verhandlung und Entscheidung des konkreten Verfahrens zu Recht ausgeübt bzw. angenommen hat, stets besonders kritisch.⁸

⁷ Siehe dazu unten C. I 1.b) aa).

⁸ BGHSt. 46, 238, 253 („Eggesin“); BGH Beschluss v. 21.3.2002 – StB 4/02, NStZ 2002, 447.

II. Zulässigkeitsfragen bei der Verdachtsprüfung für ein die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts begründendes Staatsschutzdelikt

1. Allgemeines

Die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten und Mittel dem Generalbundesanwalt zur Klärung zur Verfügung stehen, ob eine durch eine Anzeige oder „auf anderem Wege“ (§ 160 Abs. 1 StPO) zu seiner Kenntnis gelangte Straftat in seine (originäre) Zuständigkeit fällt oder er sein Evokationsrecht ausüben kann und soll, berührt einen kritischen Punkt. Da es um den schmalen Grat zwischen (schon) zulässigen Erhebungen zur Verdachtsklärung und (noch) nicht zulässigen Ermittlungshandlungen mit Eingriffscharakter gehen kann, ist es schon generell vor allem für die Staatsanwaltschaften in den Ländern, die in der Regel die ermittelnden Strafverfolgungsbehörden sind, von entscheidender Bedeutung, ab welchem Zeitpunkt und auf welcher Tatsachengrundlage sie überhaupt berechtigt bzw. verpflichtet sind, tätig zu werden (§ 160 Abs. 1 StPO), was grundsätzlich die Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens zur Folge hätte.

Nach allgemeiner Meinung wird die Schwelle der Verpflichtung zum Tätigwerden mit dem sog. Anfangsverdacht erreicht, der in § 152 Abs. 2 StPO mit dem Schlagwort der „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“ für eine verfolgbare Straftat gekennzeichnet wird.⁹ Wann solche „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“ anzunehmen sind, hängt allerdings von den Umständen des Einzelfalles und auch von der Bewertung bzw. den Einschätzungen des sachbearbeitenden Staatsanwalts ab, dem ein gewisser Beurteilungsspielraum zugebilligt wird.¹⁰ Genügen einerseits bloße Vermutungen, Hypothesen oder theoretische Möglichkeiten, die für ein strafrechtlich relevantes Verhalten sprechen könnten, noch nicht, so reichen andererseits aber vorhandene tatsächliche Anhaltspunkte aus, wenn sie es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt oder aber wenigstens entfernte Indizien, d.h. Anzeichen vorhanden sind, die in Verbindung mit Erfahrungssätzen auf einen Sachverhalt hindeuten, der sich als Verstoß gegen eine Strafnorm darstellt.¹¹ Der Anfangsver-

⁹ So u.a. Beulke in LR 26. Aufl. § 152 Rdn. 21 ff.; Meyer-Goßner StPO 54. Aufl. § 152 Rdn. 3 f.; Schoreit in KK 6. Aufl. § 152 Rdn. 28 ff.

¹⁰ BVerfG NJW 1989, 96, 97.

¹¹ Vgl. statt aller Meyer-Goßner, Fn. 9; Pfeiffer StPO 5. Aufl. § 152 Rdn. 1a, jeweils m.w. Nachw.

dacht muss weder dringend noch hinreichend sein, also noch keine der Verdachtsschwellen erreichen, die für einzelne strafprozessualen Maßnahmen vom Gesetz gefordert werden. Auch stehen Zweifel an der Richtigkeit des Tatverdachts einem zureichenden Anfangsverdacht nicht entgegen.¹²

Umstritten ist aber, ob und wenn ja in welchem Umfang die Staatsanwaltschaften befugt sind, Vorermittlungen¹³ zur Klärung der Frage durchzuführen, ob „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“, die dem durch eine Anzeige oder auf anderem Wege bekannt gewordenen Sachverhalt noch nicht zu entnehmen sind, auf andere Weise oder aufgrund weiterer Erhebungen gewonnen werden können. Die h.M. hält sie, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen und in abgestufter Intensität zumindest dem Grundsatz nach für zulässig, so lange keine grundrechtsrelevanten Maßnahmen eingesetzt werden.¹⁴ Ermittlungsmaßnahmen mit Eingriffscharakter müssen nach überwiegender und zutreffender Auffassung nämlich dem förmlichen Ermittlungsverfahren und den dort vom Gesetz zur Verfügung gestellten und an unterschiedlich hohe Hürden geknüpften Eingriffsermächtigungen vorbehalten bleiben. Dem förmlichen Ermittlungsverfahren der StPO kommt durch die jeweiligen rechtlichen Vorgaben für die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere bei Eingriffen in die Rechte der davon betroffenen Personen, auch eine gewisse Schutzfunktion für den Einzelnen zu, die nicht durch Umgehungsstrategien unterlaufen werden darf.

¹² Beulke, Fn. 9, Rdn. 23; Groß in Festschrift für Hans Dahs (2006), S. 249, 264.

¹³ Die Problematik der sog. Vorfeldermittlungen, die erst abklären sollen, ob überhaupt Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen bzw. feststellbar sind, vgl. dazu näher u.a. Meyer-Goßner, Fn. 9, Rdn. 4a; Keller/Griesbaum NStZ 1990, 416; Pfeiffer, Fn. 11, Rdn. 1b), soll hier unberücksichtigt bleiben.

¹⁴ BGHSt. 38, 214, 227 f.; Diemer NStZ 2005, 666; Groß, Fn. 12, S. 261 ff.; Keller/Griesbaum NStZ 1990, 416; Lange DRiZ 2002, 264; Meyer-Goßner, Fn. 9, Rdn. 4; Pfeiffer, Fn. 11, Rdn. 1c); Senge in Festschrift für Rainer Hamm (2008), S. 701, 707; Wölfl, JuS 2001, 478. A.A. Schäfer/Sander, Die Praxis des Strafverfahrens 6. Aufl. Rdn. 253; Beulke, Fn. 9, Rn 33 f., der allerdings die Schwelle des Anfangsverdachts sehr niedrig ansetzt (siehe aaO Rdn. 21), so dass eine Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft in einem sehr frühen Stadium angenommen werden muss, und zwar schon zur Verdachtsklärung i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO. Das ist im Hinblick auf die Belastungen, die ein förmliches Ermittlungsverfahren für den Betroffenen zur Folge hat, in einem solch frühen Verfahrensstadium nicht unbedenklich! Insgesamt zum Meinungsstreit Senge aaO S. 706 f. m.w.Nachw.

2. Vorermittlungen zur Klärung der Zuständigkeit des Generalbundesanwalts

Das Problem der Zulässigkeit von Vorermittlungen stellt sich bei Straftaten, denen möglicherweise Staatschutzcharakter zukommt, für den Generalbundesanwalt vor einem etwas anderen Hintergrund.

Hier kann es zwar auch um die grundsätzliche Frage gehen, ob überhaupt eine verfolgbare (Straf)Tat vorliegt, wenn es um Verjährungsprobleme oder sonstige Verfahrenshindernisse geht. Vielfach stellt sich aber vor allem die Frage, ob es sich um ein in die Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts fallendes Vorkommnis handelt.

Häufig ist der Vorgang bereits Gegenstand eines auf Landesebene eingeleiteten förmlichen Ermittlungsverfahrens der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft. Der Generalbundesanwalt kann das Verfahren nur übernehmen bzw. durch Ausübung des Evokationsrechts an sich ziehen, wenn sich aus dem zugrundeliegenden und ihm zur Kenntnis gelangten Sachverhalt „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO für eines der in den Katalogen der §§ 120, 142a GVG aufgeführten Delikte ergeben. Liegt dies nicht auf der Hand, werden deshalb, wie bereits im Evaluationsbericht vom 20.12.2011 dargelegt, sog. ARP-Vorgänge angelegt, um zu klären, ob weitere Anhaltspunkte feststellbar sind, die einen Anfangsverdacht für ein Delikt mit Staatsschutzcharakter tragen können. Auch der Generalbundesanwalt kann nicht ohne gesetzliche Voraussetzungen für seine Zuständigkeit ein Verfahren an sich ziehen. Denn insoweit ist die notwendige Verdachtsschwelle für ein Staatsschutzdelikt und die damit zusammenhängende Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts nicht anders zu beurteilen als diejenige für die Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens.¹⁵

Für entsprechende Vorermittlungen bedarf es deshalb gleichfalls tatsächlicher Anhaltspunkte oder Indizien, die zwar noch nicht so konkret sein müssen, dass sie als „zureichend“ i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO gewichtet werden können, die es aber möglich erscheinen lassen, dass ein Katalogdelikt der §§ 120, 142a GVG vorliegt, dem im Falle des § 120 Abs. 2 GVG auch „besondere Bedeutung“ beikommt. Als zulässi-

¹⁵ Hiervon gehen ohne weiteres auch Keller/Griesbaum, Fn 14; Diemer, Fn 14; und Senge, Fn.14, aus

ges Instrumentarium zur Tatsachengewinnung stehen die aus Mitteilungs- oder Berichtspflichten folgenden Mitteilungen anderer Behörden (vgl. Nr. 202 RiStBV) oder sich aus allgemein zugänglichen Quellen ergebende Erkenntnisse zur Verfügung, ebenso Einsichtnahme in oder Auskünfte aus Akten oder Datenbeständen anderer Behörden, soweit dies gesetzlich vorgesehen und auch rechtlich zulässig ist.

Für zulässig gehalten werden gelegentlich auch informatorische Befragungen von Personen, die allerdings nicht zur Kooperation verpflichtet sind, sondern wenn, dann nur auf freiwilliger Basis Auskunft geben sollten. Soweit dies auch mit Blick auf eventuell zu beachtende Belehrungspflichten für im Ergebnis hinnehmbar gehalten wird,¹⁶ erscheint diese Auffassung nicht bedenkenfrei, da sich Vorermittlungen in einem Rahmen bewegen – einige Autoren sprechen von einer „Grauzone“¹⁷, in dem eine informatorische Befragung eines von dem fraglichen Ereignis Betroffenen schnell in die Qualität einer materiell als Beschuldigtenvernehmung zu wertende Befragung umschlagen kann, die ohne vorherige Belehrung unverwertbar wird; ein Vorgehen, das solches zumindest in Kauf nehmen würde, wäre mit dem nemo-tenetur-Grundsatz nicht zu vereinbaren.¹⁸

Ein besonderes Problem ergibt sich auch im Zusammenhang mit der Erhebung persönlicher Daten und einem damit verbundenen möglichen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, der einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedarf. Denn soweit die StPO Zugriffsmöglichkeiten auf Akten und/oder Datenbestände anderer Behörden gestattet, steht dies jeweils unter dem Vorbehalt bzw. der Bedingung, dass ein förmliches Strafverfahren in Gang gekommen ist und eine zuständige Behörde Auskunft oder Einsicht verlangt. Vorermittlungen des (noch) nicht zuständigen Generalbundesanwalts fallen nicht ohne weiteres hierunter.¹⁹

Teils wird allerdings vertreten, dass es geboten sei, wegen der Eigenart und der Bedeutung der Staatsschutzdelikte dem Generalbundesanwalt bzw. der Bundesanwaltschaft die Kompetenz zuzusprechen, zur tatsächlichen und rechtlichen Bewertung eines Vorgangs durch gezielte Erhebungen alle verfügbaren Erkenntnisse heranzuziehen, die außerhalb strafprozessualer Maßnahmen, d.h. ohne die in der StPO vorge-

¹⁶ Diemer, Fn. 14, S. 868 f.

¹⁷ So Lange, Fn. 14, S. 273; Senge, Fn. 14., S. 712; Groß, Fn. 12, S. 261 sieht eine Regelungslücke.

¹⁸ Zur grundlegenden Bedeutung dieses Grundsatzes: BGHSt. 52, 11, 17 ff.; vgl. auch BGHSt. 40, 66, 71 f.

¹⁹ Senge, Fn. 14, S. 710.

sehen gegebenenfalls zwangsweise durchsetzbaren förmlichen Ermittlungshandlungen, gewonnen werden können. Denn in Fällen unklarer Ermittlungszuständigkeit sei es nicht vertretbar, die weitere Entwicklung dem Zufall zu überlassen, und zuzuwarten, ob und wann Fakten zu Tage treten, die schließlich eine Entscheidung über die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts erlauben.²⁰ Abgeleitet wird die Zulässigkeit für die aktive Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen im Vorfeld des § 152 Abs. 2 StPO aus dem Legalitätsprinzip, das den Generalbundesanwalt verpflichtet, aber auch zugleich die Befugnis zur Beschaffung aller verfügbaren Erkenntnisse zur Verdachtsaufklärung verleihe.²¹

C. Die ARP-Vorgänge des Generalbundesanwalts im Zusammenhang mit den Straftaten der NSU

I. Allgemeines

Zu bedenken ist zunächst, dass eine rückblickende Bewertung der früheren ARP-Vorgänge sich auf die Erkenntnismöglichkeiten der im jeweiligen Tatzeitraum tätigen Ermittlungsbehörden rückbesinnen muss und die für diese erkennbaren Tatsachen nur an dem bereits früher geltenden Recht messen darf, wenn eine zutreffende Einordnung der jeweiligen Vorgänge vorgenommen werden soll. Die durch die Ereignisse im November 2011 zu Tage getretenen Beweismittel und die darauf gestützten Erkenntnisse müssen in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben. Die Evaluierungsgruppe hat deshalb bereits zutreffend auf die gebotene ex-post-Betrachtung hingewiesen (siehe dort unter C e), S. 10).

1. Die Prüfvorgänge der Kategorie A

a) Begleitvorgänge

Die 13 Vorgänge dieser Kategorie, in der die ARP-Vorgänge zusammengefasst sind, die in einem direkten Zusammenhang mit den Straftaten der NSU stehen oder in denen die Namen ihrer

²⁰ Vgl. Diemer, Fn. 14, S. 667; ähnlich schon Keller/Griesbaum, Fn. 14, S. 417; Senge, Fn. 14., S. 707.

²¹ Diemer, Fn. 14, S. 669; Keller/Griesbaum, Fn. 14, S. 417; Bedenken äußert Wölfl, Fn. 14, S. 480; ablehnend zu dieser Art der Begründung auch Grof., Fn. 12, S. 257 f.

Mitglieder oder von Unterstützern auftauchen, sind ebenfalls von unterschiedlich zu gewichtender Bedeutung. Zu einer näheren Darstellung drängen lediglich die ARP-Vorgänge, die sich unmittelbar mit den Straftaten der NSU oder den Personen Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe befassen.

Die übrigen Vorgänge (2 ARP 124/08-6, 2 ARP 194/10-2, 2 ARP 181/11-4 sowie 3 ARP 33/99-2, 3 ARP 67/99-2 und 3 ARP 2222/00-2) dienen zu Abrundung des Bildes, dass die terroristische Vereinigung NSU vor den Ereignissen im November 2011 offensichtlich keine sie als Vereinigung erkennbar machende Spuren hinterlassen hat. Wie die Vorgänge 3 ARP 33/99-2, 3 ARP 67/99-2 und 3 ARP 2222/00-2 (Sprengstoffanschlag auf die Wehrmachtsausstellung in Saarbrücken sowie die Versendung von Bombenattrappen an I. ■■■■■ B. ■■■■■ K. ■■■■■ H. ■■■■■, P. ■■■■■ S. ■■■■■ und Dr. M. ■■■■■ F. ■■■■■) belegen, war der „Waffenfund in Jena“ bzw. das „Bombenlager“ von Anfang 1998 den Strafverfolgungsbehörden bei der Spurenauswertung jeweils präsent, da wegen einer gewissen Baugleichheit der damals aufgefundenen Rohrbomben usw. mit dem in Saarbrücken verwendeten Sprengsatz und den verschickten Bombenattrappen die früheren Spuren und auswertbare Spuren in den neueren Fällen kriminaltechnisch untersucht und verglichen wurden. Ein Abgleich von DNA-Spuren und Datyloskopie verlief negativ, eine Beteiligung von Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe war nicht festzustellen.

b) Die eigentlichen Taten der NSU und die zugehörigen Prüfvorgänge

Am 13.2.1998 erhielt der Generalbundesanwalt bzw. der zuständige Dezernent der Bundesanwaltschaft (BA) durch verschiedene Presseberichte und einen Anruf des BKA Kenntnis davon, dass am 26.1.1998 bei Durchsuchungsmaßnahmen des LKA in Jena in Wohnungen und Garagen von Personen, die der zum „Thüringer Heimatschutz“ zählenden „Kameradschaft Jena“ angehören, in einer von Böhnhardt angemieteten Garage Sprengstoff sowie anderes, zur Herstellung von Sprengsätzen, Bomben u.ä. geeignetes Material und fertige, aber nicht zündfähige Rohrbomben sicherge-

stellt worden waren. Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe waren daraufhin untergetaucht bzw. seitdem flüchtig. Gegen sie erging am 28.1.1998 Haftbefehl.

aa) Grundlage der Durchsuchung und des Haftbefehls war ein von der Staatsanwaltschaft Gera wegen Verdachts der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB), der Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB) und wegen Vorbereitung eines Sprengstoffverbrechens (§ 311b StGB a.F.) gegen mehrere Verdächtige, u.a. gegen Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe geführtes Ermittlungsverfahren, das frühere Funde mehrerer zusammengebauter, aber nicht zündfähiger Rohrbomben in der Umgebung von Jena zum Gegenstand hatte. Der letzte Fund dieser Art betraf einen vor dem Theater in Jena im September 1997 deponierten und mit Hakenkreuzen versehenen Koffer. Bekennerschriften wurden nicht bekannt. Lediglich das Hakenkreuzsymbol wies auf einen rechtsextremistischen Hintergrund hin.

Im Rahmen des infolge dieser Informationen am 13.2.1998 angelegten Prüfverfahrens wurden dem Dezernenten der BA auf dessen Anforderung vom BKA Sachstandsberichte und Einschätzungen, auch des LKA Thüringen und des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV) übermittelt, die jeweils davon ausgingen, dass es sich bei Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe um Einzeltäter, d.h. um Täter handelte, die nicht aus einer Vereinigung heraus oder für eine Vereinigung i.S.d. §§ 129, 129a StGB, sondern unabhängig z.B. vom „Thüringer Heimatschutz“ (THS) gehandelt hätten. Der THS wurde zudem als Geflecht mehrerer, kaum strukturierter Kameradschaften eingeschätzt. Hinweise darauf, dass er systematisch Gewalttaten vorbereite oder plane, lägen nicht vor.

Diese Bewertung wurde von einer später im Jahr 2002 durch das BKA und das BfV gebildeten gemeinsamen Projektgruppe „Rechtsextremistische Kameradschaften“ bestätigt (siehe Prüfvorgang 3 ARP 66/02-5). In einem Zwischenbericht wurden zwar Uwe Mundlos, Uwe Böhnhardt und Beate

Zschäpe als herausragende Mitglieder der zum THS gehörenden „Kameradschaft/Sektion Nationaler Widerstand Jena“ bezeichnet, zugleich aber auch betont, dass die immer noch flüchtigen drei Personen unabhängig von der „Kameradschaft Jena“ bzw. dem THS agierten. Diese Einschätzung wurde auch später nicht revidiert.

Im Übrigen bewertete der Bericht der Projektgruppe ebenso wie bereits früher das BfV in einem Bericht aus dem Jahre 2000 den Umstand, dass die Ende der 1990er Jahre zunehmende Zahl der Kameradschaften, die sich als untereinander unabhängige, autonom handelnde Personenzusammenschlüsse mit Bekenntnis zu rechtsextremistischem Gedankengut gebildet hatten, als eine Reaktion auf mehrere vereinsrechtliche Verbote neonazistischer Organisationen, die nach „klassischem Muster“ gegründet worden waren. Deshalb versuche die rechte Szene durch bewussten Verzicht auf Organisation einem Verbot durch verbotsfeste Zusammenschlüsse in Form von Kameradschaften zu entgehen, die dem Konzept „informelle Netzwerke anstatt hierarchischer Organisationsstruktur“ folgten (vgl. Prüfbericht 3 ARP 66/02-5 S. 20 und 104). Auch fielen die Kameradschaften nicht durch Bekenntnisse zu politisch motivierten Straftaten auf, sondern nur einzelne Mitglieder oder Sympathisanten.

Zwar wurde bei einem späteren Informationsaustausch zwischen Vertretern der Bundesanwaltschaft und dem BfV im Februar 2007 festgehalten, dass einigen wenigen, namentlich benannten Kameradschaften - die „Kameradschaft Jena“ wurde nicht angeführt - strafrechtliche Relevanz zukam. Hinsichtlich des dabei erwähnten „Sturm 34“ hat sich dies später auch bestätigt.²² Ein vom LKA Thüringen bereits 1995 gegen 12 Gründungsmitglieder des THS wegen eines auf §§ 129, 129a StGB gestützten Tatverdachts eingeleitetes Ermittlungsverfahren wurde aber 1997 wieder eingestellt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es schlüssig, dass gegen Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe kein auf den Anfangsver-

²² Siehe BGHSt. 54, 216, 220 ff.

- 15 -

dacht der Mitgliedschaft in der „Kameradschaft Jena“ bzw. dem THS gestütztes Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde, da es an zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine kriminelle bzw. terroristische Vereinigung nach §§ 129, 129a StGB fehlte.

- bb) Als einzige Möglichkeit, gegen die drei benannten Personen wegen eines Anfangsverdachts i.S.d. §§ 129, 129a StGB zu ermitteln, wäre noch denkbar gewesen, einen solchen Verdacht auf den Umstand zu stützen, dass schon diese drei Personen für sich genommen eine solche kriminelle oder terroristische Vereinigung gebildet hätten. Ein derartiger Tatverdacht kann sich zwar gegenwärtig auf die im November 2011 sichergestellten Beweismittel stützen, diese standen aber im Februar 1998 den Strafverfolgungsbehörden nicht zur Verfügung.

Unter einer Vereinigung i.S.d. §§ 129, 129a StGB ist nach der Rechtsprechung ein freiwilliger, auf eine gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und untereinander derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.²³ Diesen zunächst für den Tatbestand der kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB entwickelten Vereinigungsbegriff hat die Rechtsprechung auch auf den Tatbestand der terroristischen Vereinigung des § 129a StGB nach dessen Einführung in das StGB übertragen.²⁴ Beide Tatbestände sind Organisationsdelikte, deren erhöhte Gefährlichkeit gerade in der organisierten Form eines Zusammenschlusses von mehreren, mindestens aber drei Personen wurzelt, die sich zur gemeinsamen Begehung von Straftaten verbunden haben. Sie unterscheiden sich lediglich in der Art der von ihnen verfolgten entweder kriminellen oder terroristischen Ziele, während die typische Eigendynamik eines organisier-

²³ BGHSt. 28, 147, 148 ff; 29, 288, 294; 31, 202, 204 f.; 31 239 f.; 41, 47; 45, 26, 35, ständige Rechtsprechung.

²⁴ BGHSt. 30, 328, 329; vgl. auch Krauß in LK 12. Aufl. § 129a Rdn. 19 i.V.m. § 129 Rdn. 18 ff.

ten Personenverbandes, der die Begehung von Straftaten erleichtert und das Gefühl der persönlichen Verantwortlichkeit bei den einzelnen Mitgliedern zurückdrängt, dieselbe ist. Die Straftaten müssen deshalb jeweils aus einer fest organisierten Gruppierung heraus geplant und begangen werden. Dafür gab es 1997/98 bei den drei Personen Uwe Böhnhardt, Uwe Mundlos und Beate Zschäpe keinen erkennbaren objektiven Anhalt.

Anhaltspunkte boten lediglich der Umstand, dass die Personen Böhnhardt, Mundlos und Zschäpe als (herausragende) Mitglieder der „Kameradschaft Jena“ bekannt waren, und dass Mundlos und Zschäpe am 17. August 1996 bei einem Aufmarsch anlässlich des Rudolf-Heß-Aktionstages 1996 in Worms zusammen mit 170 anderen Rechtsextremisten vorläufig in Gewahrsam genommen worden waren (Prüfvorgang 2 ARP 178/96-7). Dafür, dass der genannten Dreier-Gruppe gegenüber der „Kameradschaft Jena“ ein ausreichendes Maß an organisatorischer Selbstständigkeit zukam, in der überdies verbindliche Regeln für das Handeln zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels galten und jeder von ihnen sich unter Zurückstellung seiner individuellen Meinung einem übergeordneten Gesamtwillen unterworfen haben könnte, fehlte jeder Hinweis.

Aber auch die bis dahin bekannt gewordenen Straftaten (§§ 86a, 126, 311b StGB a.F.) waren, worauf bereits der Evaluierungsbericht hinweist, weder Katalogtaten nach § 120 Abs. 1 Nr.6 GVG (a.F.) i.V.m. § 129a Abs. 1 Nr. 6 StGB (a.F.), die dem Generalbundesanwalt eine originäre Verfolgungszuständigkeit eröffnen konnten, noch kam die Ausübung des Evokationsrechts gemäß § 120 Abs. 2 GVG (a.F.) in Betracht, da § 311b StGB (a.F.) auch nicht vom Katalog des § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG (a.F.) erfasst wurde. Das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (§ 308 StGB n.F.) und die Vorbereitung eines solchen Delikts (§ 310 StGB n.F.) sind erst mit Wirkung vom 4.8.2009 in den Katalog des § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG aufgenommen worden.

cc) Die Serie der neun vorsätzlichen Tötungsdelikte zum Nachteil von Kleinunternehmern ausländischer Herkunft bot ebenfalls keine objektiv erkennbaren, zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass sie Serientaten einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB) waren.

Zwar gab es wegen der mehrfach verwendeten Tatwaffe Hinweise auf eine Tatserie, die durch Medienberichte über die Arbeit eines Fallanalytikers der bayerischen Polizei, der die Hypothese aufgestellt hatte, es handele sich um einen Einzelgänger und Serientäter, der seine Opfer zufällig auswähle und den ein ausgesprochenes Zerstörungsmotiv antreibe, auch der Bundesanwaltschaft bekannt wurde. Der daraufhin am 21.8.2006 eingeleitete Prüfvorgang 3 ARP 125/06-5 weist aus, dass der Vorgang bis 12.3.2008 auf entsprechende Verfügungen mehrfach wiedervorgelegt und dass telefonische Anfragen beim BKA durchgeführt wurden. Eine Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts wurde in einem längeren Vermerk verneint, da wegen der Nationalität der Tatopfer zwar ein Bezug zu Staatsschutzdelikten möglich erscheine, aber keine Anhaltspunkte dafür gegeben seien, dass der Täter aus einer rechtsextremistischen Haltung heraus gehandelt habe, vielmehr spräche alles für einen persönlichen Rachefeldzug. Zu einer ähnlichen Einschätzung war bereits zuvor der genannte Fallanalytiker gelangt.

Da keine Bekennerschreiben zu den vorsätzlichen Tötungen verfasst oder bekannt wurden und auch sonst die Tathintergründe dunkel blieben, wäre die Annahme, es handele sich um die Taten einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung mit ausländerfeindlicher Motivation nicht mehr als Spekulation gewesen. Aus demselben Grund schied auch eine in Betracht gezogene evokative Zuständigkeit des Generalbundesanwalts gemäß § 120 Abs. 2 GVG bei einem aus ausländerfeindlichen oder sonstigen politischen Motiven handelnden Einzeltäter aus, zumal auch das BKA am 12.3.2008 auf telefonische Anfrage mitteilte, ein politischer Hintergrund der Taten habe sich nicht verifizieren lassen.

Die Rechtsprechung hatte außerdem bereits im Jahre 2000 begonnen, das Evokationsrecht des Generalbundesanwalts nach § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG und insbesondere das Merkmal der „besonderen Bedeutung“ mit sehr restriktiven Maßstäben zu überprüfen,²⁵ wenngleich sie für das Stadium des Ermittlungsverfahrens mit seinem sich häufig verändernden Erkenntnisstand von einem gewissen Beurteilungsspielraum ausging, der im Beschwerdeverfahren, etwa im Rahmen einer Haftbeschwerde, nur einer eingeschränkten Überprüfung auf Vertretbarkeit unterliege.²⁶ Insbesondere bei Straftaten, die nicht in einem Zusammenhang mit einer Vereinigung nach Maßgabe der §§ 129, 129a StGB standen und dem ersten Anschein nach zur „normalen“ Kriminalität, wenn auch gegebenenfalls in größerem Umfang und mit erheblichen Folgen, zu rechnen waren, hat sie unter Hinweis auf die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern an das für die Übernahme eines Strafverfahrens durch den Generalbundesanwalt erforderliche Merkmal der „besonderen Bedeutung“ hohe Anforderungen aufgestellt.²⁷ Zwar kommt der Tatserie der NSU nach heutigem Kenntnisstand ohne jeden Zweifel eine solche „besondere Bedeutung“ zu. Darauf kommt es aber für die ex-post-Bewertung nicht an. Dieses Wissen stand den Strafverfolgungsbehörden in den Jahren 2006 und 2008, in denen der Prüfvorgang 3 ARP 125/06-5 beim Generalbundesanwalt bearbeitet wurde, noch nicht zur Verfügung.

- dd) Die den Prüfvorgängen 2 ARP 90/04 (Nagelbombenanschlag auf ein Wohn- und Geschäftshaus in Köln am 9.6.2004) und 2 ARP 174/11-2 (Ermordung der Polizeibeamtin Michele Kiesewetter am 25.4.2007) sind als der NSU möglicherweise zuzuschreibende Straftaten erst durch die Ereignisse im November 2011 und die dort sichergestellten Beweismittel bekannt geworden.

²⁵ Vgl. BGHSt. 46, 238, 254 f.; BGH, NSiZ 2002, 447 f.

²⁶ BGH NSiZ 2008, 146, 148.

²⁷ Siehe die Entscheidungen Fn. 25 und 26.

- 19 -

Während der Nagelbombenanschlag in Köln durch die Art der Tatausführung aus der Mordserie der NSU herausfällt und deshalb mit den übrigen Taten ohne Kenntnis der Zusammenhänge kaum in Verbindung gebracht werden kann, bot die Tötung der Polizeibeamtin Kiesewetter schon vom äußeren Tatablauf keinerlei Anhaltspunkte für den Verdacht eines rechtsextremistischen Hintergrunds. Hier scheinen für den objektiven Beobachter eher persönliche Motive der Tat möglich.

Der Nagelbombenanschlag in Köln wurde der Bundesanwaltschaft noch am 9.6.2004 auf Initiative des Bundesinnenministeriums durch eine Mitteilung des Kölner Polizeipräsidiums zur Kenntnis gebracht. Von Beginn an wurde seitens der örtlich zuständigen Polizeibehörden ein terroristischer Hintergrund ausgeschlossen, obwohl 22 Personen, überwiegend türkischer Herkunft, teils schwerverletzt wurden und die Straße, in dem der Friseursalon, vor dem es zu der Sprengstoffexplosion kam, nach Presseberichten als beliebter Treffpunkt für multi-kulturelle Begegnungen galt. Die Auswertung von Videoaufzeichnungen von zwei, als mögliche Täter in Betracht kommenden männlichen Personen, die kurz vor der Explosion den Tatort passierten, führte die Ermittlungen nicht weiter. Eine Sachstandsanfrage der BA vom 2.8.2005 ergab keine neuen Erkenntnisse, die konkrete Anhaltspunkte für einen terroristischen oder ausländerfeindlichen Hintergrund der Tat ergaben.

2. Die Prüfvorgänge der Kategorie B

Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund sind die 32 ARP-Vorgänge der Kategorie B in dem hier interessierenden Zusammenhang mit der NSU zwar nur bedingt von Bedeutung, da sie schon nach den Auswahlkriterien der Stichwortliste keinen unmittelbaren Bezug zur NSU oder den Personen Böhnhardt, Mundlös und Zschäpe aufweisen. Ein solcher Bezug hat sich bei näherer Durchsicht auch nicht aus dem Inhalt der jeweiligen ARP-Vorgänge ergeben. Sie dokumentieren jedoch recht deutlich Sinn und Zweck der ARP-Vorgänge sowie allgemein die Vorgehensweise der Sachbearbeiter des Generalbundesanwalts im Vorfeld eines zureichenden Anfangsverdachts, der zum Eingreifen berechtigen und verpflichten würde. Auch aus der ex-post Betrachtung haben sich in keinem der Fälle Hinweise auf die NSU oder deren Mitglieder oder andere, inzwischen bekannt gewordene Unterstützer ergeben.

Auf gewisse Details der einzelnen Sachverhalte sei dennoch hingewiesen, da sie verdeutlichen, dass die Vorgänge um den sog. „Waffenfund in Jena“ Ende Januar 1998 bzw. das bei einer Durchsuchung in einer Garage vorgefundene „Bombenlabor“ und das anschließende Untertauchen von Böhnhardt, Mundlös und Zschäpe für sich genommen nicht so ungewöhnlich waren, dass generell bereits beim Auffinden von Bombenattrappen, Waffen, Sprengstoff oder Rohrbomben o.ä. zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht für ein Staatsschutzdelikt i.S.d. § 120 GVG anzunehmen wären. In der Regel mussten und müssen weitere Tatsachen, die einen staatsschutzrelevanten Verdacht stützen, hinzukommen, um die Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts vertretbar bejahen zu können.

Von den 32 ARP-Vorgängen der Anlage Kategorie B stehen lediglich vier Vorgänge nicht in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit Sprengstoff, Bomben oder Waffenfunden. Dabei handelt es sich um den Prüfvorgang 2 ARP 196/98-8, der die Erschießung eines deutschen Staatsangehörigen kurdischer Herkunft am 27. Juli 1998 in Velbert betrifft. Ein begründeter Tatverdacht gegen eine Vereinigung oder eine bestimmte Person hat sich nicht ergeben. Ferner um den Prüfvorgang 2 ARP 186/08-9, der den Überfall rechtsextremistischer Jugendlicher auf das Sommerlager einer Jugendorganisation der

Partei der „Linken“ im Juni 2006 in Hessen betrifft, bei dem mehrere Personen verletzt wurden. Da der später verurteilte Haupttäter in Jena wohnte, lagen persönliche Kontakte zu Personen aus dem Kreis der NSU nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, die sich jedoch nicht feststellen ließen. Der jüngste der in diese Kategorie B fallenden Prüfvorgänge 2 ARP 120/11-2 betrifft ein versuchtes Tötungsdelikt z.N. zweier Polizeibeamter am 8. August 2011 in Gelsenkirchen, das von einem Mann begangen wurde, der zwar früher NPD-Mitglied war und in dessen Fahrzeug nationalsozialistische Embleme gefunden wurden, dessen Tat aber möglicherweise mit einem geistig/seelischen Defekt im Zusammenhang stand. Dieser Prüfvorgang ist noch nicht abgeschlossen.

Außerdem zählt hierzu der Prüfvorgang 2 ARP 12/11-2, der die „Kameradschaft Aachener Land“ betrifft, seit 2007 eine der aktivsten neonazistischen Gruppierungen in Nordrhein-Westfalen, die zudem die NPD unterstützt. Gegen einige ihrer Mitglieder hat die Staatsanwaltschaft Aachen im November 2010 Anklage u.a. wegen des Vorwurfs der Vorbereitung eines Sprengstoffverbrechens erhoben. Verurteilt wurden sie wegen Volksverhetzung, Verwendung verfassungsfeindlicher Symbole und Vorbereitung eines Explosionsverbrechens. Der vom Generalbundesanwalt im Januar 2011 angelegte Vorgang, in dessen Rahmen das BKA um Mitteilung der dort vorliegenden Erkenntnisse gebeten wurde, ist ebenfalls noch nicht abgeschlossen.

Aus den übrigen 28, jeweils im unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit geplanten oder begangenen, versuchten oder vollendeten Sprengstoff- oder Waffendelikten stehenden Prüfvorgängen seien nur einige wenige herausragende Fälle konkret erwähnt, wobei hinsichtlich der Details auf die Falldarstellungen im Anhang B des Evaluierungsberichts vom 20.12.2011 verwiesen wird.

Genannt sei zum einen der Prüfvorgang 3 ARP 282/98-4, der einen Sprengstoffanschlag vom 19. 12. 1998 in Berlin auf das Grab des ehemaligen Vorsitzenden des Zentralrats der Juden in Deutschland Heinz Galinski betrifft. Der aufgrund von polizeilichen Mitteilungen beim Generalbundesanwalt im Dezember 1998 angelegte Prüfvorgang wurde nach einem Abschlussbericht der Staatsanwaltschaft Berlin, nach dessen Inhalt die umfangreichen Ermittlungen der örtlichen Strafverfolgungsbehörden weder Tatzusammenhänge mit anderen Ermittlungs-

verfahren ergeben noch den Tatverdacht gegen eine zunächst verdächtige konkrete Person bestätigt hätten, weggelegt.

Ebenso ergebnislos verlief der Prüfvorgang 3 ARP 48/02-5, der den zu Sachbeschädigungen führenden Sprengstoffanschlag vom 16. März 2002 auf die Leichenhalle des jüdischen Friedhofs in Berlin-Charlottenburg, also denselben Friedhof wie zuvor, betrifft. Der Generalbundesanwalt erhielt hiervon Kenntnis durch einen Anruf des Bundesjustizministeriums vom 17. März 2002. Der zuständige Sachbearbeiter setzte sich daraufhin telefonisch mit dem LKA in Berlin in Verbindung, forderte von der Staatsanwaltschaft Berlin eine Kopie der Sachakten an und ließ sich in der Folgezeit über den Stand der Ermittlungen unterrichten. Ein ursprünglich bestehender anfänglicher Tatverdacht gegen drei Personen aus der rechten Szene wurde durch die weiteren umfangreichen Ermittlungen nicht bestätigt. Konkrete Hinweise auf mögliche andere Täter ergaben sich nicht.

Der Prüfvorgang 3 ARP 99/06-9 betrifft einen im Juni 2006 erteilten Hinweis eines Aussteigers aus der rechten Szene auf eine angeblich geplante neue terroristische Vereinigung „Braune Armee Fraktion“, die die Begehung von Sprengstoffanschlägen vorbereite. Dieser ARP-Vorgang führte auch zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens beim Generalbundesanwalt, das aber im Dezember 2009 nach § 170 Abs. 2 StPO wieder eingestellt wurde.

3. Stellungnahme der für das Ermittlungsverfahren gegen Beate Zschäpe u.a. zuständigen Ermittlungsgruppe Referat TE 2

Der Evaluierungsbericht vom 20.12.2011 nebst seinen Anlagen A und B und den zugehörigen ARP-Vorgängen ist inzwischen auch von dem zur Zeit mit den Ermittlungen gegen Beate Zschäpe und andere Verdächtigen befassten Referat TE 2 des Generalbundesanwalts ausgewertet worden. Nach deren Prüfungsbericht vom 13.2.2012 ergeben sich aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen nach derzeitigem Kenntnisstand keine neuen Ansätze für die laufenden Ermittlungen.

D. Bewertung und Ergebnis

Wie bereits der Evaluierungsbericht dargelegt hat (dort unter A b), S. 2), ist der Generalbundesanwalt bzw. die Bundesanwaltschaft nur in dem sehr eng begrenzten Bereich der Staatsschutzdelikte zur Strafverfolgung berufen. Bei nicht evident als Staatsschutzdelikte zu erkennenden Straftaten, die aber möglicherweise, weil staatschutzrelevant, in die Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts fallen können, werden zur Zuständigkeitsprüfung sog. ARP-Vorgänge angelegt, bei denen die Verfolgungszuständigkeit noch aufzuklären ist. Die rechtlichen Möglichkeiten, wie der sachbearbeitende Dezernent der Bundesanwaltschaft überhaupt Kenntnis von solchen tatsächlichen Vorfällen und/oder ergänzenden Tatsachen erlangen kann, sind sehr begrenzt.²⁸ Er ist angewiesen auf Mitteilungen von Länderstaatsanwaltschaften oder polizeiliche Meldungen. Eigene Erhebungen sind nur in der Form möglich, dass Auskunftersuchen und Anfragen an Polizeibehörden oder Nachrichtendienste zu dort vorhandenen Erkenntnissen ergehen. Wie sich aus den von mir eingesehenen ARP-Vorgängen ergeben hat, wird in der Regel auch so verfahren, bis entweder ein Ermittlungsverfahren des Generalbundesanwalts eingeleitet oder ein bereits von einer Länderstaatsanwaltschaft geführtes Ermittlungsverfahren übernommen werden kann. Wenn sich keine zureichenden Anhaltspunkte für den Verdacht einer in die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts fallende oder sein Evokationsrecht rechtfertigende Straftat ergeben haben, oder aber nicht mehr zu erwarten sind, wird der Vorgang weggelegt. Die auf diesen – begrenzten – tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten beruhenden Prüfvorgänge der Straftaten der NSU und sonstigen Vorkommnissen im Zusammenhang mit dieser Gruppierung und ihrer Mitglieder haben auch aus meiner Sicht keinen Anhalt dafür ergeben, dass Ansätze für eine Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts übersehen oder vorhandene Tatsachen rechtlich unzutreffend eingeschätzt worden wären.

Es fällt jedoch bei Durchsicht der Prüfvorgänge auf, dass generell auf Länderebene Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden von den Mitteilungs- und Übermittlungspflichten, die sich aus Nr. 202 RiStBV ergeben, nur in sehr eingeschränktem Maße Gebrauch machen. Die überwiegende Anzahl der ARP-Vorgänge wurde von dem Dezernenten der Bundesanwaltschaft aufgrund von Presseberichten oder allgemeinen polizeilichen Meldungen in eigener Initiative angelegt und fortgeführt. Hierauf hat bereits der Evaluierungsbericht (dort unter D b),

²⁸ Siehe dazu oben unter B II 2.

- 24 -

S.11) zu Recht hingewiesen. Zu erwägen wäre deshalb, ob es nicht für eine effektive Aufklärung einer im Einzelfall möglichen Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts sinnvoll oder sogar geboten ist, eine solche (Vor)Ermittlungskompetenz zur Prüfung seiner Zuständigkeit gesetzlich zu verankern.

Die bisher zur Begründung einer derartigen Vorermittlungszuständigkeit gefundenen Lösungsansätze, die entweder schon im § 152 Abs. 2 StPO mit der Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft bei vorliegendem Anfangsverdacht inzidenter auch die Berechtigung zur Klärung, ob zureichende Anhaltspunkte für eine Straftat vorhanden sind, gesetzlich bestimmt sehen,²⁹ oder aber aus der Regelung des § 159 StPO den allgemeinen Rechtsgedanken für die Zulässigkeit von Vorermittlungen zur Verdachtsklärung i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO ableiten wollen³⁰ oder aber eine Rechtsgrundlage in der Generalklausel des § 161 StPO sehen,³¹ sind sämtlich gewichtigen Gegenargumenten ausgesetzt. Dem aus § 159 StPO abgeleiteten Lösungsversuch lässt sich mit derselben Überzeugungskraft entgegenhalten, dass der Gesetzgeber in § 159 StPO in Fällen ungeklärter Todesursache einen Sonderfall zulässiger Vorermittlungen normiert hat, der keiner Verallgemeinerung zugänglich ist.³² Gegen eine im Gegenschluss aus § 152 Abs. 2 StPO abgeleitete Vorermittlungsbefugnis lässt sich einwenden, dass der Schluss von der Verpflichtung auf die Berechtigung trotz seiner logischen Richtigkeit als Rechtsgrundlage für umfassende (Vor)Ermittlungen nicht ausreicht, da damit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG für Ermittlungen mit Eingriffscharakter nicht genügt wird.³³ Schließlich bietet § 161 StPO auch keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für Vorermittlungen, da diese Vorschrift einen vorhandenen Anfangsverdacht und ein demgemäß eingeleitetes Ermittlungsverfahren voraussetzt.

Selbst wenn man aber eines dieser Argumente oder alle gemeinsam ausreichen lässt, um mit der h.M. von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Vorermittlungen zur Klärung eines Anfangsverdachts i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO auszugehen, ist damit noch nicht ohne weiteres belegt, dass der Generalbundesanwalt länderübergreifend befugt ist, von den Strafverfolgungsbehörden mehr als Auskünfte oder Sachstandsberichte zu verlangen. Dies wäre aber angesichts der bisher nicht immer reibungslos funktionierenden Informationsflüsse von einzelnen Strafverfolgungsbehörden der Länder zur Bundesanwaltschaft für eine effektive Aufklä-

²⁹ Siehe oben B II 1.; vgl. auch Diemer, Fn.14; Keller/Griesbaum, Fn. 14; Senge, Fn. 14, S. 706 ff; Meyer-Goßner, Fn. 9, § 152 Rdn. 3 f. und Pfeiffer, Fn. 10, § 152 Rdn. 1c.

³⁰ Lange, Fn. 14.

³¹ Groß, Fn. 11.

³² Wölfl, Fn. 14., S.480.

³³ Vgl. zusammenfassend Groß, Fn. 14, S.258.

rung im Vorfeld von Ermittlungsübernahmen oder Einleitung eigener Ermittlungsverfahren durch den Generalbundesanwalt anzustreben.

Als Regelungsort böte sich § 142a GVG an, indem in dessen Absatz 1 ein dritter Satz oder ein eigens dafür in die Norm einzufügender neuer Absatz 2 festlegen könnte, dass der Generalbundesanwalt zur Klärung, ob zureichende Anhaltspunkte für eine in seine Zuständigkeit fallende oder seiner Evokationsbefugnis unterliegende Straftat vorhanden sind, Behördenauskünfte einholen, Akteneinsicht verlangen und Ermittlungsaufträge an das Bundeskriminalamt vergeben kann.

Ruth Rissing-van Saan
(Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan)