

AUSGABE 12/2018

S. 523 - 623

13. Jahrgang

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2018 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

- Jahrestagung 2018 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 523

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

- Vorsatz im Völkerstrafrecht**
Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn 524

- Im luftleeren Raum? Völkerstrafrecht im Kontext von Konflikt
und Transformation**
Von Rechtsanwältin Elisabeth Baumgartner, Dr. Julie Bernath,
Bern 536

- Aktuelle Entwicklungen in der Strafverfolgung des
Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts**
Von Bundesanwalt beim BGH Christian Ritscher, Karlsruhe 543

- Judicial developments in the jurisprudence of the
International Criminal Court in 2017–2018**
By Thomas Körner, Den Haag 546

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

- Freiheitsentzug bei Verdacht terroristischer Straftaten
Menschenrechtliche Überlegungen aus Anlass einer
StPO-Novelle in der Slowakei**
Von JUDr. Viliam Hečko, PhD., Trnava, Prof. Dr. Otto Lagodny,
Salzburg 558

- Die Europäisierung des strafverfahrensrechtlichen
Datenschutzes
Zum Anwendungsbereich der neuen Datenschutz-Richtlinie
für Polizei und Justiz**
Von Prof. Dr. Gerrit Hornung, Wiss. Mit. Stephan Schindler,
Wiss. Mit. Jana Schneider, Kassel 566

- The protection of the EU's financial interests by means of
criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017
Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the
Union's financial interests**
By Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Thessaloniki 575

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 12/2018

S. 523 - 623

13. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

12/2018

Internationales Strafrecht

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Juez del Tribunal especial para el Kosovo, Göttingen/Den Haag

583

Der Fall Puigdemont – Oder: Warum eine katalanische Rebellion kein deutscher Hochverrat sein soll

Von Wiss. Mitarbeiter Sascha Holznagel, Berlin

604

Strafrecht

Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?

Von Wiss. Mitarbeiterin Rita Vavra, LL.M. (Columbia), Berlin

611

BUCHREZENSIONEN

Strafprozessrecht

Sebastian Bauer, Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen, 2018

(Dr. Wolfgang Ziebarth, Mannheim)

619

VARIA

Völkerstrafrecht

Conference Report: “Twenty Years of the ICC’s Rome Statute: Utopia – Reality – Crisis”, Liverpool, 7./8. September 2018

By Tobias Beinder and Swantje Maecker, LL.M. (King’s College/London), Hamburg

621

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Jahrestagung 2018 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. **Florian Jeßberger**, Hamburg

Die vierzehnte Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht¹ fand in diesem Jahr auf Einladung von Prof. Dr. *Stefanie Bock* am 8. und 9.6.2018 an der Philipps-Universität Marburg statt. Erneut stand der Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts im Mittelpunkt der Veranstaltung. Ein Teil der Referate kommt in dieser Ausgabe der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – zur Veröffentlichung.

Die Gastgeberin und Prof. Dr. *Florian Jeßberger* (Hamburg), der Sprecher des Koordinierungsausschusses, hießen die mehr als 100 teilnehmenden Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler in der historischen Aula der Alten Universität willkommen. Prof. Dr. *Carl-Friedrich Stuckenberg*² (Bonn) eröffnete den inhaltlichen Austausch mit einem Vortrag zu „Fragen der subjektiven Zurechnung im Völkerstrafrecht“. Im Mittelpunkt des Vortrages stand die kritische Auseinandersetzung mit Fragen des allgemeinen Tatvorsatzes im Völkerstrafrecht, wie er insbesondere in der Rechtsprechung der Ad hoc-Tribunale und des Internationalen Strafgerichtshofs entwickelt worden ist. Dabei wurde auch die Kritik an Art. 30 IStGH-Statut rekapituliert. Rechtsanwältin *Dr. Stefan Kirsch* (Frankfurt a.M.) moderierte die anschließende Aussprache, in der unter anderem die völkerstrafrechtliche Relevanz von Verschuldensformen unterhalb der Schwelle des direkten Vorsatzes sowie, in diesem Zusammenhang, die Bedeutung des Völkergewohnheitsrechts im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 30 IStGH-Statut erörtert wurden.

Im Anschluss widmete sich der Arbeitskreis dem Thema „Im luftleeren Raum? Völkerstrafrecht im Kontext von Konflikt und Transformation“ aus interdisziplinärer Perspektive. Moderiert von Prof. Dr. *Moritz Vormbaum* (Münster) trugen hierzu der Soziologe Prof. Dr. *Thorsten Bonacker* (Marburg) sowie *Elisabeth Baumgartner*³ (Swisspeace, Bern) vor. In den Referaten und der anschließenden Diskussion wurde insbesondere die Leistungsfähigkeit des Völkerstrafrechts bei der Bewältigung gesellschaftlicher Großkonflikte hinterfragt und das Verhältnis retributiver Mechanismen zu anderen Instrumenten der Vergangenheitsbewältigung und der sog. Transitional Justice beleuchtet.

Den Abschluss des ersten Sitzungstages bildete die feierliche Verleihung des Robert-Kempner-Preises, mit dem nunmehr zum zweiten Mal eine herausragende Monografie auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts gewürdigt wurde.⁴ Der

großzügig aus Mitteln des Auswärtigen Amtes finanzierte Preis ging in diesem Jahr an *Dr. Leonie Steinl* (Hamburg) für ihre Dissertation „Child Soldiers as Agents of War and Peace. A Restorative Transitional Justice Approach to Accountability for Crimes under International Law“ (T.M.C. Asser Press, 2017). Die Laudatio hielt *Franziska Eckelmans* (KSC, Den Haag).

Der bewährte Themenblock „Aus der Praxis“ leitete den zweiten Sitzungstag ein. Zunächst berichtete Bundesanwalt *Christian Ritscher*⁵ (GBA, Karlsruhe) über jüngste Entwicklungen bei der Verfolgung von Völkerstraftaten durch die deutsche Strafjustiz. Im Zentrum standen dabei, wie auch im letzten Jahr, mehrere Verfahren, die beim Generalbundesanwalt im Zusammenhang mit dem Konflikt in Syrien geführt werden. *Thomas Körner*⁶ (IStGH, Den Haag) informierte sodann über die neuere Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofes. Ausführlich thematisiert wurde das Urteil der Rechtsmittelkammer in Bemba et al. wegen Missachtung des Gerichts sowie mehrere Entscheidungen zu Fragen der Wiedergutmachung in Al Mahdi und Katanga.

Das Thema „Zur Aktivierung der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs über das Verbrechen der Aggression: Rückblick auf die Assembly of States Parties und Ausblick“ bildete den letzten Schwerpunkt der diesjährigen Sitzung des Arbeitskreises. Über die – intensiven und zumindest teilweise schwierigen – Verhandlungen und die durchaus folgenreichen Ergebnisse der 16. Vertragsstaatenkonferenz hinsichtlich des Aggressionsverbrechens berichteten *Dr. Konrad Bühler* (Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres, Wien), *Michael Hasenau* (Auswärtiges Amt, Berlin) und *Dr. Astrid Reisinger-Coracini* (Wien/Salzburg). Geleitet wurde die anschließende Diskussion, in der auch noch einmal grundsätzliche Fragen der Verfolgung des Aggressionsverbrechens zur Sprache kamen, durch Prof. Dr. *Sabine Swoboda* (Bochum).

Die nächste Tagung des Arbeitskreises wird auf Einladung von Prof. Dr. *Kirsten Schmalenbach*, Prof. Dr. *Kurt Schmoller* und *Dr. Astrid Reisinger Coracini* im Mai 2019 in Salzburg stattfinden und den Arbeitskreis damit zum zweiten Mal nach Österreich führen.

¹ Weitere Informationen zum Arbeitskreis finden sich unter <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/arbeitskreis.html> (20.11.2018).

² *Stuckenberg*, ZIS 2018, 524.

³ *Baumgartner/Bernath*, ZIS 2018, 536.

⁴ Der Preis wird alle zwei Jahre verliehen, siehe hierzu auch <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur->

[jessberger/arbeitskreis/kempner-preis-ausschreibung.pdf](https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/arbeitskreis/kempner-preis-ausschreibung.pdf) (20.11.2018).

⁵ *Ritscher*, ZIS 2018, 543.

⁶ *Körner*, ZIS 2018, 546.

Vorsatz im Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn

I. Einführung

Im Folgenden geht es nur um den allgemeinen Tatvorsatz im Völkerstrafrecht, mithin um das, was in der Judikatur internationaler Strafgerichte „general intent“ genannt wird, somit weder um überschießende Innentendenzen („special intent“) wie beim Völkermordtatbestand noch um reduzierte Anforderungen in besonderen Fällen wie bei Vorgesetztenverantwortlichkeit oder Joint Criminal Enterprise (JCE) Typ III. Nicht nur die beweisrechtliche Feststellung des Tatvorsatzes nimmt in der Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte breiten Raum ein, auch die Begrifflichkeit wird immer wieder aufs Neue diskutiert. Dies kann nicht verwundern, weil die Entwicklung des Völkerstrafrechts bekanntlich, wie übrigens auch die der nationalen Strafrechte, in umgekehrter systematischer Richtung verlief: Erst entstanden die Verbots- und Sanktionsnormen und erst viel später wurde über allgemeine Zurechnungsregeln nachgedacht. Soweit Völkerstrafrecht dezentral, also durch nationale Gerichte, angewandt wird, kann man sich mit ergänzender Heranziehung der nationalen Regeln des Allgemeinen Teils begnügen, so wie beim deutschen VStGB, den zahlreichen „treaty crimes“ und derzeit im Europäischen Recht, immer freilich um den Preis gewisser Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung. Aber auch für die zentrale Verwaltung des Völkerstrafrechts durch internationale Justizorgane ist ein solches kollisionsrechtliches Modell noch bis 1996 erwogen worden¹ angesichts der offenkundigen Schwierigkeiten, einheitliche Regeln aus den Rechtsquellen des Völkerrechts zu destillieren. Diese Schwierigkeiten haben den damaligen Doyen der französischen Völkerrechtler, *Paul Reuter*, in einer Sitzung der International Law Commission 1989 zu einer resignativen Warnung veranlasst:

„Noting that [...] other members had raised the question of motive and intent, he [Mr. Reuter] warned the Commission against the danger of getting lost in a theoretical discussion on that question. The problem in that regard stemmed from the fact that the terms used in various national legal languages were almost untranslatable into other languages, because they corresponded to specific concepts in a particular legal system. The Commission [...] could not formulate any general rules on that point.“²

Bei näherer Betrachtung ist es so schwierig allerdings nicht. Um nicht im Stadium der Verwirrung durch die Vielzahl der einander einerseits so ähnlich scheinenden, andererseits doch im Detail verschiedenen nationalen Rechtsbegriffe zu verbleiben, muss man freilich unter die Oberfläche drin-

gen und sich über Struktur und Funktion der subjektiven Tatseite klar werden. Dies sei kurz skizziert:

II. Struktur und Funktion der subjektiven Tatseite

1. Struktur

Die meisten, wenn nicht alle entwickelten nationalen Strafrechte unterscheiden wenigstens zwei Verschuldensformen³ („gradations of culpability“), denen in der Regel verschiedene Strafniveaus zugeordnet sind: Bewusste Tatbegehung, namentlich beabsichtigte, wird regelmäßig schwerer bestraft als unbewusste, die oftmals sogar straflos bleibt.

Solche Abstufungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen den sog. naiven Zuschreibungsmodellen des Alltags, die in der Attributionsforschung und Sozialpsychologie rekonstruiert werden.⁴ Sowohl die rechtliche wie die alltägliche Verantwortungszuschreibung beruht auf einer rationalistischen naiven Psychologie, die menschliche Handlungen als Verhalten deutet, das durch epistemische und optativische Zustände („epistemic and desiderative states“) verursacht wird⁵ im Sinne eines einfachen „desire-belief“-Modells ähnlich *Aristoteles'* praktischem Syllogismus⁶. Die verschiedenen Grade rechtlicher als auch naiver Verantwortungsattribution entsprechen ersichtlich den möglichen Kombinationen der verschiedenen epistemischen Systemzustände wie Wissen, Fürmöglichhalten, Voraussicht als gewiss, wahrscheinlich oder möglich, Nichtwissen etc. und optativischen Systemzustände wie Wünschen, Erstreben, Inkaufnehmen, Gleichgültigkeit usw. Dieses zweistellige Grundmodell strafrechtlicher Verschuldensbegriffe ist vermutlich universell, wobei Details der Ausfüllung und auch der theoretischen Reflexionstiefe variieren. In der deutschen Strafrechtsdogmatik ist die Differenzierung zwischen voluntativen und kognitiven Elementen geläufig, anderswo weniger.

Zur Erhellung der Struktur intentionaler Handlungen ist auch die Heranziehung der analytischen Handlungstheorie hilfreich, die anhand von Handlungsbäumen die Unterscheidung von Haupt- und Nebenfolgen, die auch in der deutschen Strafrechtsdogmatik vom Finalismus her bekannt ist, sowie die Deutung von Motiven als höherstufigen Handlungszielen erlaubt.⁷

In jeder Rechtsordnung, die zwei oder mehr Verschuldensformen kennt, werden Abgrenzungen nötig, die sich nicht selten als ausnehmend schwierig erwiesen haben, vor

¹ Updated Siracusa Draft 1996, Introductory Remarks to the General Part, vor Art. 33; zuvor schon *Pella*, *La guerre-crime et les criminels de guerre*, 1946, S. 115, und noch *Bassiouni/Blakesley*, *Vand.J.Transnat'l L.* 25 (1992), 151 (175).

² International Law Commission, Summary records of the meetings of the forty-first session 2 May–21 July 1989, 2101st meeting (12 May 1989), UN Doc. A/CN.4/SR.2101, YBILC 1989-I, 34, 38 f., §§ 48 f.

³ Der Ausdruck „Verschuldensformen“ wird hier als distanzierender generischer Terminus gewählt, weil es im Völkerstrafrecht auf die verbrechenssystematische Einordnung als Schuld- oder Unrechtsmoment nicht ankommt.

⁴ Dazu eingehend *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 118 ff., 168 ff. m.w.N.

⁵ *Forguson*, *Common Sense*, 1989, S. 164 f.; siehe auch *Morse*, in: *Freeman* (Hrsg.), *Law and Neuroscience*, 2011, S. 529 ff.

⁶ Dazu *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 174 ff.

⁷ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 183 ff. m.w.N.

allem, wenn die Untergrenze von Begriffen wie Vorsatz oder „intent“ zugleich über die Strafbarkeit entscheidet. Ein Grund der Schwierigkeit liegt darin, dass die Verschuldensbegriffe und ihre Bestandteile oft der Umgangssprache entnommen und daher intensional, also in ihrem Begriffsumfang, vage sind. Erschwerend tritt hinzu, dass das jeweilige Bezugsobjekt, die Referenz, unklar ist, denn die meisten Verschuldensbegriffe verweisen auf mentale Zustände wie z.B. den Willen, so dass ihr präziser Begriffsgehalt vom Referenzobjekt „Wille“ abzuhängen scheint. Mentale Zustände sind aber keine Dinge, keine „psychischen Sachverhalte“ oder „inneren Tatsachen“,⁸ von denen es im Einzelfall wahre Beschreibungen gäbe, sondern theoretische Begriffe in einem impliziten schlichten Handlungsmodell, das bei der Verantwortungszuschreibung im Alltag wie im Recht benutzt wird. Der Begriffsgebrauch ist zudem nicht selten mehrdeutig, schon Nietzsche bemerkte, dass Wollen „etwas *Complicités*“ zu sein scheint, „Etwas, das nur als Wort eine Einheit ist.“⁹

Man kann insbesondere, und das gilt auch rechtsvergleichend, zwei Verwendungsweisen von mentalen Ausdrücken wie Wissen oder Wollen etc. unterscheiden, eine deskriptive oder diagnostische und eine präskriptive oder normative.¹⁰ Im ersten Sinne scheinen diese Ausdrücke auf Objekte der realen Welt, mentale Zustände, zu referieren, im zweiten Sinne bezeichnet z.B. „Vorsatz“ alle Verhaltenstypen, die als genauso strafwürdig angesehen werden wie der Idealtyp der vorsätzlichen Handlung. Normativer Gebrauch findet sich auch beim Wissenselement, etwa in den Figuren der „connivance“, „wilful blindness“ oder „knowledge of the second degree“¹¹ des englischen Rechts. Häufiger ist der normative Gebrauch des Willenselements, auch im außerrechtlichen Diskurs der naiven Alltagsattribution – „Du hast es ja so gewollt!“ oder Molières „Tu l’as voulu, George Dandin, tu l’as voulu!“¹² ist keine Tatsachenbehauptung, sondern Verantwortungszuweisung, ebenso wie die deutsche Ansicht, dass derjenige, der einen Erfolg als möglich voraussieht, aber trotzdem handelt, ohne auf das Nichteintreten zu vertrauen, sich mit diesem Erfolg im Rechtssinne „abgefunden“ und ihn daher „gewollt“ habe. Wenn man diese beiden Verwendungsweisen nicht säuberlich auseinanderhält, riskiert man

langwierige und fruchtlose Diskussionen darüber, was „dolus“ oder „intent“ wirklich sei, ob erkannte, aber unerwünschte Nebenfolgen „gewollt“ werden können usw.

2. Funktion

Bei den Verschuldensformen wie „dolus“ und „culpa“, „intent“, „recklessness“, „negligence“ usw. handelt es sich um Rechtsbegriffe, die allein nach rechtlichen Zielen geformt werden. Das wirft die selten ausdrücklich gestellte Frage auf, welche Funktion die Verschuldensformen eigentlich haben. Indem sie auf Systemzustände des naiven Handlungsmodells abstellen, kommt es für die Verantwortungszuweisung offensichtlich darauf an, ob eine Handlung gesteuert oder wenigstens steuerbar – und damit vermeidbar – war. Die Verschuldensformen drücken also Formen der Vermeidbarkeit eines rechtlich verbotenen Handlungsvollzugs aus. Sie können darüber hinaus als Indikator eines Gesinnungswerts dienen, der die regelmäßig höhere Strafe für die bewusste und erst recht beabsichtigte Tatbegehung erklärt. Die Bewertung der einzelnen Gradabstufungen ist dabei eine normative Entscheidung.¹³ Stellt man nur auf Handlungssteuerung, also Vermeidbarkeit ab, so mag jede bewusste Erfolgsverursachung höhere Strafe verdienen, gleichgültig, ob der Täter sie gewünscht hat oder lieber vermieden hätte. Sieht man im zielgerichteten Handeln zugleich ein Indiz für höhere Gefährlichkeit oder Rechtsfeindschaft des Täters, mag¹⁴ seine optativische Einstellung als Abgrenzungskriterium bedeutsam werden. Das Erfordernis eines Willenselements mag auch bloßes Überbleibsel der christlichen Sündenlehre sein,¹⁵ die insoweit mit dem islamischen Recht¹⁶ übereinstimmt.

3. Prozessualer Einfluss

Die Kontur der rechtlichen Verschuldensbegriffe kann schließlich noch durch prozessuale Bedürfnisse beeinflusst werden. Innere Tatsachen gelten weltweit als beweisschwierig, weil wie Hommel es vor 240 Jahren ausdrückte, die Seele keine Fenster¹⁷ hat. Aber gleichgültig, ob man mentale Zu-

⁸ Sie können im Recht allerdings dennoch wie Tatsachen behandelt werden, dazu Stuckenberg, in: Böse u.a. (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser (erscheint 2019).

⁹ Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Nr. 19, Sämtliche Werke (Krit. Studienausgabe, hrsg. von Colli/Montinari), Bd. 5, 2. Aufl. 1988, S. 32 (*Hervorhebung* im Original).

¹⁰ Armin Kaufmann, in: Welzel/Conrad/Kaufmann/Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 207 (211 f.); Duff, in: Baker/Holder (Hrsg.), *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, 2013, S. 148 (152 f., 170); Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 396 ff.; vgl. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 1919, S. 27 ff.; Ross, *Harv.L.Rev.* 70 (1957), 812 (817 ff.); siehe auch Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 61 ff.

¹¹ Stuckenberg (Fn. 4), S. 383, 546 m.w.N.

¹² Molière, *George Dandin*, I, S. 9.

¹³ Zutr. Weigend, *J.Int'l Crim. Just.* 6 (2008), 471 (482).

¹⁴ Vgl. Stuckenberg (Fn. 4), S. 416 ff., 435 ff. m.w.N. Das bloße Wünschen der Tatbestandsverwirklichung lässt allerdings ohne Berücksichtigung der übrigen Handlungsgründe keine zureichenden Schlüsse zu, vgl. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, Tz. 8/8 a.E.; zum aktuellen Streit um die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzform im deutschen Recht siehe BGH, Urt. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15; dazu Fahl, *JR* 2017, 391; Tomiak, *HRRS* 2017, 225; Streng, *StV* 2017, 526; Stam, *JZ* 2018, 601, jew. m.w.N.

¹⁵ Vgl. Stuckenberg (Fn. 4), S. 214 ff., 410, 437 Fn. 2358, S. 504 f.

¹⁶ Dazu Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, 2013, S. 210 ff.; Powers, *Intent in Islamic Law*, 2015, S. 9 ff.

¹⁷ Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Auf das Neue selbst aus dem Italiänischen übersezt und mit durchgängigen Anmer-*

stände nun als innere Tatsachen betrachtet, als rechtliche Zuschreibungen oder theoretische Begriffe, ungeachtet ihres ontologischen Status' gibt es nur zwei Arten von Informationen, auf die ihre Feststellung im Prozess gestützt werden kann: Die Selbstauskunft des Handelnden, sprich das Geständnis, oder äußere Umstände, aus denen im Wege eines induktiven Schlusses auf „innere Tatsachen“ gefolgert wird,¹⁸ heute im Wege des Indizienschlusses entweder nach allgemeiner Lebenserfahrung oder in Analogie zum eigenen Erleben, früher hingegen in Gestalt von Rechtsvermutungen. Beides ist fehleranfällig und in jedem Fall sind nur Aussagen von sehr begrenzter Präzision möglich, was die materiellrechtliche Begriffsbildung klugerweise berücksichtigt, um nicht Differenzierungen einzufordern, die der Prozess willkürfrei nicht liefern kann. Ältere Rechte verschleifen materielle Begriffselemente und prozessuale Beurteilung mitunter, was Internationalen Strafgerichten auch gegenwärtig noch unterläuft, doch methodisch sind beide Aspekte klar zu trennen.

III. Verschuldensformen des Völkerstrafrechts

1. Nach der Rechtsquellenlehre

Vor dem Rom-Statut gab es bekanntlich im geschriebenen Völkerrecht keine allgemeinen Vorschriften über die subjektive Tatseite von Völkerstraftaten. Bei einzelnen Tatbeständen der „core crimes“ wie den Kriegsverbrechen begegnen Erfordernisse wie „wilful“ oder „intentional“,¹⁹ aber eher verstreut und ohne erkennbares System. Vielfach enthalten die in Konventionen formulierten Straftatbestände allerdings keine subjektiven Merkmale. Da heute Einigkeit darüber besteht, dass völkerrechtliche Strafbarkeit grundsätzlich Schuld im Sinne von Vermeidbarkeit voraussetzt,²⁰ kann aus dem Fehlen subjektiver Merkmale nicht geschlossen werden, es handele sich um Erfolgsstrafe, „strict liability“. Bei den meisten „treaty crimes“ aus jüngerer Zeit lässt sich feststel-

kungen des Ordinarius zu Leipzig Herrn Hofrath Hommel, 1778, § VII, Fn. o).

¹⁸ Vgl. ICTY, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber), Rn. 333: „The *mens rea* of the accused need not be explicit, it may be inferred from the circumstances. Indeed, as *mens rea* is a state of mind, its proof is typically a matter of inference. The standard of proof dictates, of course, that it be the only reasonable inference from the evidence.“; ICTY, Urt. v. 22.11.2017 – IT-09-92-T (Prosecutor v. Mladić, Trial Chamber), Rn. 5219.

¹⁹ Vgl. statt vieler aus den Genfer Konventionen von 1949 (GK): Art. 33 Abs. 3, 50 GK I, Art. 12 Abs. 2, 51 GK II, Art. 130 GK III, Art. 147 GK IV, Art. 11 Abs. 4, 85 Abs. 3 und 4 ZP I; siehe auch *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 392 f., 438 ff.; *Clark*, Nordic J. Int'l L. 57 (1988), 49 (72 ff.).

²⁰ *Glaser*, Infraction internationale, 1957, S. 110 ff.; *ders.*, Culpabilité en droit international pénal, R.C.A.D.I. 99 (1960-II), 467 ff.; *Cavicchioli*, Riv.dir.int. 76 (1993), 1047 (1047 ff., 1059 ff. m.w.N.).

len, dass sie nur strafbar sein sollen, „when committed intentionally“,²¹ jedoch ohne dass der Begriff je definiert würde.

Die für die Feststellung von Gewohnheitsrecht nötige Staatenpraxis ist im Völkerstrafrecht seit jeher karg. Nationale Reformulierungen wie das VStGB sowie Gerichtsentscheidungen, die den heimischen Allgemeinen Teil anwenden, tragen zu einem einheitlichen *völkergewohnheitsrechtlichen* Vorsatzbegriff nichts bei. Ob die Judikatur internationaler Strafgerichte, die erhöhte Autorität als Rechtserkenntnisquelle genießt,²² auch eine den gewohnheitsrechtlichen *usus* mitkonstituierende formelle Rechtsquelle ist, ist bekanntlich umstritten²³ und erscheint mir zweifelhaft.

²¹ Z.B. Single Convention on Narcotic Drugs, New York, 30.3.1961, 520 U.N.T.S. 151, UN Doc E/CONF.34/22, 14 I.L.M. 302, in Kraft seit 13.12.1964, as amended by the 1972 Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, Art. 36; Convention on Psychotropic Substances, Vienna, 21.2.1971, 1019 U.N.T.S. 175, 10 I.L.M. 261, in Kraft seit dem 16.8.1976, Art. 22; Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, Vienna/New York, 3.3.1980, IAEA Legal Ser. No. 12 (1989), 1456 U.N.T.S. 125, 18 I.L.M. 1419, 1422, in Kraft seit 8.2.1987, Art. 7; Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, New York 9.12.1994, UN Doc A/RES/49/59, A/49/49, 2051 U.N.T.S. 363, in Kraft seit 15.1.1999, Art. 9; Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15.11.2000, UN Doc. A/55/383, in Kraft seit 25.12.2003, Art. 5; Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 31.5.2001, UN GA Res. 55/255 (2001), UN Doc. A/55/383/Add.2, in Kraft seit 29.9.2003, Art. 5; United Nations Convention against Corruption, New York, 31.10.2003, UN Doc. A/58/422, in Kraft seit 14.12.2005, Art. 15 ff., *chapeau* der Art. 15–25; w.N. in der Sammlung von *Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions, 1997.

²² Umfangreiche Nachweise bei *Stuckenberg*, GA 2007, 80 (99 Fn. 150).

²³ Abl. Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May–10 June and 4 July–12 August 2016), UN Doc. A/71/10, Identification of customary law, Conclusion 13, S. 109 f.; *International Law Association*, Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, in: Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 2000, S. 712 (729 f.); *Fitzmaurice*, in: van Asbeck (Hrsg.), *Symbolae Verzijl*, 1958, S. 153 (168 ff.); *Doehring*, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), *Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986, S. 541 (549 f.); *Jia*, in: Yee/Tieya (Hrsg.), *International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li*

Damit bliebe nur noch der Rückgriff auf die subsidiäre Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut). Deren Untersuchung setzt umfassende Rechtsvergleichung voraus – und nicht nur die beliebte, aber methodisch indiskutable Kümmerform der Betrachtung von „common law“ und „civil law“, womöglich gar nur deren nichtrepräsentative Vertreter England/USA und Deutschland. Sinnvoll betrieben werden kann diese rechtsvergleichende Betrachtung nur, wenn man als „*tertia comparationis*“ die zuvor erwähnten Kombinationen epistemischer und optativer Zustände heranzieht, also fragt, welches Strafniveau mit zielgerichteter, für sicher oder bloß möglich gehaltener Tatverwirklichung verbunden wird. Sinnlos sind hingegen die beklagenswert häufigen Fragestellungen, ob „*dolus eventualis*“ dasselbe sei wie „*recklessness*“ oder „*dolus indirectus*“, weil damit fälschlich auf den *Namen* kontingenter Rechtsbegriffe – schließlich gibt es weder *den* „*dolus eventualis*“²⁴ noch *die* „*recklessness*“ – und nicht auf die Regelungsfunktion abgestellt wird. Nationale Ausdrücke sollten tunlichst vermieden und durch sparsame, neutrale, auf Sachkriterien abstellende Umschreibungen ersetzt werden. Geradezu grotesk und ein *Cannae* rechtsvergleichender Methodik sind die gelegentlich anzutreffenden Kategorisierungen nach dem Muster eines einzigen nationalen Rechts, nämlich „*dolus directus* ersten“ und „*zweiten Grades*“ usw.²⁵, womit zugleich der willkürlichen Terminologie eines einzelnen Autors, ausgerechnet des unselig verstrickten *Edmund Mezger* – der selbst schrieb, dass der „*dolus directus* zweiten Grades“ den mittelbaren Vorsatz bezeichne²⁶ – Weltgeltung verschafft wird.

Haopei, 2001, S. 77 (80, 83); *Cassese*, International Criminal Law (revised by Cassese, Gaeta u.a.), 3. Aufl. 2013, S. 13, 18; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 178, 199; *Kreß*, ZStW 111 (1999), 597 (603); *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (108 m.w.N.); a.A. *Wolfke*, Custom in Present International Law, 2. Aufl. 1993, S. 74 m.w.N.

²⁴ Im französischen Recht bezeichnet „*dol éventuel*“ eine Form der „*faute*“, also der Fahrlässigkeit, *Plawski*, Étude des principes fondamentaux du droit international pénal, 1972, S. 161; *Pin*, Droit pénal général, 5. Aufl. 2012, Rn. 190 m.w.N.; zur Entwicklung der „*recklessness*“ im englischen Recht siehe *Horder*, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8. Aufl. 2016, S. 195 ff. Für einen ebenso erhellenden und ernüchternden Blick auf die deutsche Vorsatzlehre aus Common Law-Sicht siehe *Taylor*, Oxford J. Legal Stud. 24 (2004), 99; *ders.*, Ratio Juris 17 (2004), 346.

²⁵ Z.B. *Badar* (Fn. 16), S. 423 ff.; *Badar/Porro*, in: Stahn (Hrsg.), The Law and Practice of the International Criminal Court, 2015, S. 649 (652 ff.); *Janjac*, The Mental Element of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2013, S. 16 f.

²⁶ *Mezger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1948, S. 133; dazu schon *Stuckenberg*, J.Int'l Crim. Just. 12 (2014), 311 (316).

Bei der rechtsvergleichenden Erhebung²⁷ stellt sich die schwierige Frage, wieviel Regeldivergenz tolerabel ist, um noch von einem gemeinsamen Prinzip sprechen können. Mir erscheint das Ergebnis wahrscheinlich, dass sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz etablieren lässt, für schwere Straftaten wie die „*core crimes*“ genüge jedenfalls die Eventualabsicht, d.h. das Erstreben der für wenigstens möglich gehaltenen Tatbestandsverwirklichung, sowie die Wissentlichkeit, d.h. die Prognose, der Tatbestand werde durch das gewollte Handeln praktisch sicher verwirklicht werden. Schwieriger dürfte die Untersuchung der Konstellation bewusst riskanten Verhaltens sein, zumal nicht auszuschließen ist, dass z.B. viele der bei uns als „*dolus eventualis*“ diskutierten Fälle anderswo im Wege der Beweiswürdigung als willentlich („*dolus ex re*“, Vorsatzvermutung), der Erfolgsqualifikation oder Erfolgshaftung (man denke an präterintentionale Delikte oder die „*felony-murder rule*“) erledigt werden. Vermutlich lässt sich feststellen, dass jedenfalls in vielen Rechtsordnungen das Für-möglich- oder Für-wahrscheinlich-Halten der nicht angestrebten Verwirklichung schwerer Straftaten ebenfalls Strafhaftung auslöst, deren Niveau aber geringer sein mag als bei Absicht oder Wissentlichkeit. Was das für das Völkerstrafrecht, das keine Strafrahenabstufungen kennt, bedeuten würde, ist fraglich – es könnte aber genügen, dass überhaupt erhöhte Strafe begründet ist.

2. In der Rechtsprechung bis zum ICC

Im Nürnberger Verfahren hat das Internationale Militärtribunal regelmäßig Kenntnis als subjektive Voraussetzung verlangt und bloß vermeidbare Unkenntnis nicht genügen lassen.²⁸ Die beiden ad hoc-Gerichte hatten dann die nicht beneidenswerte Aufgabe, unter den Bedingungen der Normenarmut judizieren zu müssen, ohne in der Lage zu sein, die etwa für die Erhebung allgemeiner Rechtsgrundsätze nötige umfassende Rechtsvergleichung leisten zu können. Die Gerichte haben sich einer allgemeinen Definition der Anforderungen an die subjektive Tatseite enthalten, sondern nur die jeweils anzuwendenden Straftatbestände betrachtet. Dabei tritt ein praktisches Bedürfnis nach einer Verschuldensform unterhalb der Wissentlichkeit deutlich hervor. Beide Gerichte haben daher angenommen, bewusst riskantes Handeln genüge für eine Vielzahl von Völkerstraftaten. Die Begründungen fallen oft sehr knapp und methodisch unzulänglich aus oder fehlen ganz; die verwendeten Formulierungen schwanken und sind mitunter inkonsistent. Zwei Beispiele sollen hier genügen.²⁹

²⁷ Ein früher, zu Unrecht weithin vergessener Ansatz findet sich bei *Glaser* (Fn. 20).

²⁸ Nachweise bei *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 375 ff.; *Ambos* (Fn. 19), S. 107 ff.; *Cassese* (Fn. 23), S. 43 ff.; *Badar* (Fn. 16), S. 234 ff.

²⁹ Weitere Nachweise bei *Schabas*, New England L.Rev. 37 (2003), 1015; *Porro*, Risk and Mental Element, 2014, S. 120 ff.; *Badar* (Fn. 16), S. 287 ff.; *ders.*, Int'l Crim.L.Rev. 6 (2006), 313 (328 ff.); auch *Knoops*, Mens Rea at the International Criminal Court, 2017, S. 13 ff.

a) Für das Menschlichkeitsverbrechen der Ausrottung („extermination“) hat das ICTR, beginnend mit Kayishema, ohne nähere Begründung angenommen, die Tathandlungen „may be done with intention, recklessness, or gross negligence“.³⁰ Mehrere Urteile sind dem gefolgt,³¹ die Trial Chamber in Semanza³² meinte hingegen, nur „intentional conduct“ sei ausreichend, worin die Kammer in Kajelijeli keinen Widerspruch sah, denn „recklessness or grossly negligent conduct are forms of *mens rea*“.³³ In Kamuhanda heißt es, „recklessness or grossly negligent conduct“ seien indiziell (indicative) für *mens rea*.³⁴ Das ICTY ließ in Krstić genügen, dass der Täter die Wahrscheinlichkeit der Todesfolge vorhergesehen hat,³⁵ während die Verfahrenskammer in Stakić befand, wegen der Natur des Delikts genügten entgegen Kayishema „recklessness“ und „gross negligence“ nicht, es müßten „*dolus directus*“ oder „*dolus eventualis*“ sein.³⁶ Kurioserweise war in derselben Entscheidung kurz zuvor ohne Umschweife „*dolus eventualis*“ aus dem deutschen Recht mit der US-amerikanischen „recklessness“ gleichgesetzt und als gewohnheitsrechtlicher subjektiver Tatbestand für „murder as war crime“ unter Art. 3 ICTY Statute ausgegeben³⁷ worden mit dem rätselhaften Zusatz, grobe Fahrlässigkeit („gross negligence“) reiche aber nicht. Die Berufungskammer hat in mehreren Entscheidungen lediglich gesagt, die Taterfolge müssten „intended“ sein, ohne dies näher zu erläutern, wo-

rauf es auch nicht ankam.³⁸ In der jüngsten Entscheidung in Mladić heißt es allerdings:

„The *mens rea* required for extermination is the intention to either (a) kill the victim, or (b) wilfully cause serious bodily harm which the perpetrator should reasonably have known might lead to death, with the additional intention to do so on a mass scale.“³⁹

Die zweite Alternative „should have reasonably known“ klingt nach Fahrlässigkeit, falls es keine missverständlich formulierte Beweiswürdigungserwägung ist.

b) Die subjektive Tatseite des Kriegsverbrechens der Tötung geschützter Personen, die hinsichtlich des Todeserfolgs mit dem Menschlichkeitsverbrechen der Tötung übereinstimmt,⁴⁰ wurde schon früh entweder als Tötungsvorsatz („intention to kill“) oder – dies erinnert an die englische Figur der „implied malice“, wonach Körperverletzungsvorsatz für vorsätzlichen Totschlag ausreicht⁴¹ – Vorsatz bzgl. schwerer Körperverletzungen, von denen der Täter weiß, dass sie wahrscheinlich zum Tod führen, umschrieben.⁴² „Intention“ bzgl. eines Erfolges wurde so definiert: „The result is intended when it is the actor’s purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events“.⁴³

Wohl in Blaškić⁴⁴ taucht erstmals eine unklare Formulierungsvariante der zweiten Alternative auf, welche lautet:

³⁰ ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 146.

³¹ ICTR, Urt. v. 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema, Trial Chamber), Rn. 89; ICTR, Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (Prosecutor v. Kajelijeli, Trial Chamber), Rn. 894 f.; ICTR, Urt. v. 13.4.2006 – ICTR-00-60-T (Prosecutor v. Bisengimana, Trial Chamber), Rn. 72; offenlassend ICTR, Urt. v. 15.7.2004 – ICTR-01-71-T (Prosecutor v. Nindabahizi, Trial Chamber I), Rn. 480.

³² ICTR, Urt. v. 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza, Trial Chamber III), Rn. 341; ebenso ICTR, Urt. v. 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura et al., Trial Chamber III), Rn. 701; ICTR, Urt. v. 13.12.2005 – ICTR-01-76-T (Prosecutor v. Simba, Trial Chamber I), Rn. 422.

³³ ICTR, Urt. v. 1.12.2003 – ICTR-98-44A-T (Prosecutor v. Kajelijeli, Trial Chamber), Rn. 895.

³⁴ ICTR, Urt. v. 22.2.2004 – ICTR-99-54A-T (Prosecutor v. Kamuhanda, Trial Chamber II), Rn. 696.

³⁵ ICTY, Urt. v. 2.8.2001 – IT-93-33-T (Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber), Rn. 495 m.w.N. („The offences of murder and extermination have a similar element in that they both intend the death of the victims. They have the same *mens rea*, which consists of the intention to kill or the intention to cause serious bodily injury to the victim which the perpetrator must have reasonably foreseen was likely to result in death.“); ebenso, ICTY, Urt. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević, Trial Chamber II), Rn. 229.

³⁶ ICTY, Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber II), Rn. 642.

³⁷ ICTY, Urt. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber II), Rn. 587.

³⁸ ICTR, Urt. v. 13.12.2004 – ICTR-96-10-A and ICTR 96-17-A (Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Appeals Chamber), Rn. 522; ICTY, Urt. v. 22.3.2006 – IT-97-24-A (Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber), Rn. 259; ICTR, Urt. v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A (Gacumbitsi v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 86.

³⁹ ICTY, Urt. v. 22.11.2017 – IT-09-92-T (Prosecutor v. Mladić, Trial Chamber), Rn. 3067.

⁴⁰ ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber), Rn. 386 Fn. 913.

⁴¹ Vgl. nur Ormerod/Laird, Smith, Hogan, & Ormerod’s Criminal Law, 15. Aufl. 2018, S. 512 ff., 514 m.w.N. So formuliert etwa ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 140 („The accused is guilty of murder if the accused, engaging in conduct which is unlawful: 1. causes the death of another; 2. by a premeditated act or omission; 3. intending to kill any person or, 4. intending to cause grievous bodily harm to any person.“).

⁴² ICTR, Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-94-4-T (Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber I), Rn. 589 („intention to kill or inflict grievous bodily harm on the deceased having known that such bodily harm is likely to cause the victim’s death, and is reckless whether death ensues or not.“); auch ICTY, Urt. v. 5.12.2003 – IT-98-29-T (Prosecutor v. Galić, Trial Chamber), Rn. 150; Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 147.

⁴³ ICTR, Urt. v. 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber), Rn. 139; ICTY, Urt. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreškić, Trial Chamber), Rn. 561.

⁴⁴ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 217; ebenso ICTY, Urt. v.

„intent to [...] cause grievous bodily harm *in the reasonable knowledge* that the attack was likely to result in death“, die in manchen Fassungen nach Fahrlässigkeit klingt: „intent to [...] wilfully cause serious bodily harm *which the perpetrator should reasonably have known might lead to death*“⁴⁵ oder „[intent to cause] serious bodily injury *which, as it is reasonable to assume, he had to understand was likely to lead to death*“⁴⁶, „l'intention [...] de porter des atteintes graves à son intégrité physique *dont il ne pouvait que raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort*“⁴⁷. Im Karadžić-Urteil von 2016 wird dies wie folgt erläutert:

„447. In order to satisfy the *mens rea* of murder, the Prosecution must prove that the act was committed, or the omission was made, with an intention to kill (*animus necandi*) or to wilfully cause serious injury or grievous bodily harm which the perpetrator should reasonably have known might lead to death.

448. Thus, the *mens rea* of murder includes both direct intent (*dolus directus*), which is a state of mind in which the perpetrator desired the death of the individual to be the result of his act or omission, and indirect intent (*dolus eventualis*), which is knowledge on the part of the perpetrator that the death of a victim was a probable consequence of his act or omission.“⁴⁸

Offensichtlich besagen die beiden Absätze nicht dasselbe, was das Gericht aber nicht zu stören scheint. Dies deutet darauf hin, dass der Vorsatznachweis regelmäßig so unprob-

lematisch ist, dass auf die Formulierung der Kriterien keine Mühe verwendet werden muss.

Für wie wahrscheinlich der Täter den Erfolgseintritt halten muss, ist nur vereinzelt präzisiert worden, nämlich, dass der Erfolgseintritt wahrscheinlicher sei als sein Ausbleiben („more likely than not“).⁴⁹ „Recklessness“ und „gross negligence“ fielen nicht unter den Begriff von „intent“.⁵⁰ Kontextbedingt höhere Anforderungen sind von der Berufungskammer in Blaškić für den Vorsatz des Befehlsgebers formuliert worden, der nur haftet bei „awareness of the *substantial likelihood* that a crime will be committed in the execution of that order“, weil sonst jeder Befehlshaber strafbar sei, weil es diese Möglichkeit immer gebe.⁵¹ Umgekehrt reicht bei JCE III die Voraussicht der *Möglichkeit* der Tatbegehung.⁵²

Eine weitere Formulierungsvariante verlangt nach einem optativischen Element: „intent to [...] inflict grievous bodily harm or serious injury, in the knowledge *and with the acceptance* that such act or omission was more likely than not to cause death“.⁵³ Eine eigenständige Bedeutung hat das Erfordernis des Akzeptierens aber ersichtlich nicht erlangt, weil es stets aus der Kenntnis erschlossen wird.⁵⁴

Insgesamt ist festzustellen, dass das freihändige Hantieren mit fremdrechtlichen Konzepten wie „animus necandi“, „do-

26.2.2001 – IT-95-124/2-T (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Chamber), Rn. 236; ICTY, Urt. v. 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljević, Trial Chamber II), Rn. 205; ICTY, Urt. v. 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Prosecutor v. D. Milošević, Appeals Chamber), Rn. 108; ICTY, Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber II), Rn. 381; ICTY, Urt. v. 27.1.2014 – IT-05-87/1-A (Prosecutor v. Đorđević, Appeals Chamber), Rn. 548 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁵ ICTY, Urt. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 153; ICTY, Urt. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić et al. [Čelebići], Appeals Chamber), Rn. 422; ICTY, Urt. v. 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber), Rn. 261; ICTY, Urt. v. 30.5.2013 – IT-03-69-T (Prosecutor v. Stanišić and Simatović, Trial Chamber), Rn. 974; ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić, Trial Chamber), Rn. 447; ICTR, Urt. v. 28.9.2011 – ICTR-04-81-A (Setako v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 257; ICTR, Urt. v. 29.9.2014 – ICTR-98-44-A (Karemera and Ngirumpatse v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 670 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁶ ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 36 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁷ ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 46 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁴⁸ ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić, Trial Chamber), Rn. 448.

⁴⁹ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348.

⁵⁰ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 348.

⁵¹ ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 37 ff., 41 f.; dem folgend ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 30; ICTY, Urt. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar), Rn. 235 f.; ICTY, Urt. v. 30.11.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 152; ICTR, Urt. v. 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Nahimana et al. v. Prosecutor, Appeals Chamber), Rn. 480; ICTY, Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11-A (Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber), Rn. 222; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 200 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁵² ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 33 mit widersprüchlicher Formulierung („lower standard of foreseeability – that is, an awareness that such a crime was a possible consequence of the execution of the enterprise“), denn Voraussehbarkeit ist nicht dasselbe wie Voraussicht.

⁵³ ICTY, Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348 (*Hervorhebungen durch Verf.*).

⁵⁴ ICTY, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber), Rn. 42; ICTY, Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-124/2-A (Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber), Rn. 30 ff.; Urt. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 346, 348; ICTY, Urt. v. 8.10.2008 – IT-95-11-A (Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber), Rn. 223; ICTY, Urt. v. 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al., Trial Chamber), Rn. 223, 225, 232; w.N. bei Porro (Fn. 29), S. 123 Fn. 285.

lus directus“, „dolus indirectus“, „dolus eventualis“, „dolus coloratus“, „indirect intent“, „oblique intent“, „recklessness“, „gross negligence“ etc. nebst der unkritischen Übernahme von Formeln wie der, dass das voluntative Element bei „dolus eventualis“ „acceptance“ sei, welches der „recklessness“ fehle, Begriffsjurisprudenz im schlechten Sinne ist, weil es an der Oberfläche bleibt und bloße Bezeichnungen mit dem sachlichen Gehalt von Rechtsregeln verwechselt.⁵⁵ Besser sind die Entscheidungen, die sachliche Kriterien festlegen. Demnach genügt für die subjektive Tatseite im allgemeinen „direct“ oder „indirect intent“, wobei „direct intent“ meint, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung entweder anstrebte oder als praktisch gewiss voraussah – vereinzelt Entscheidungen lassen „wilful blindness“ genügen, wobei es sich meist um Beweisschlüsse handelt⁵⁶ –, und „indirect intent“ bedeutet, dass der Täter sie als überwiegend wahrscheinlich voraussah. Im Unterschied dazu solle „recklessness“ oder „gross negligence“ nicht ausreichen, wobei unklar bleibt, was das heißt.⁵⁷

In der Sache erscheint dies durchaus vernünftig, allerdings lässt sich der nachlässige Sprachgebrauch allenfalls als autonome richterrechtliche Begriffsbildung verteidigen, weil er mit etlichen nationalen Konzepten über Kreuz liegt: In den anglo-amerikanischen Rechten, aber auch im italienischen oder russischen Recht bezeichnet „indirect intent“ das, was die ad hoc-Gerichte „direct intent“ nennen, nämlich Wissentlichkeit bzgl. Nebenfolgen. Der „indirect intent“ der Gerichte entspricht der modernen Definition von „recklessness“ als „conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk“.⁵⁸ Damit steht die Judikatur insgesamt dem deutschen Vorsatz-

⁵⁵ Das Risiko der Begriffsverwirrung war den Gerichten nicht unbekannt, vgl. ICTY, Ur. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber II), Rn. 235: „In some cases the description of an indirect intent as *dolus eventualis* may have obscured the issue as this could suggest that *dolus eventualis* as understood and applied in a particular legal system had been adopted as the standard in this Tribunal.“

⁵⁶ ICTY, Ur. v. 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadić, Trial Chamber), Rn. 657, 659; im Sinne einer Beweisvermutung (Indizienschlusses): ICTY, Ur. v. 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić et al. [Čelebići], Appeals Chamber), Rn. 226; ICTY, Ur. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 460 a.E.; ICTY, Ur. v. 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić, Trial Chamber II), Rn. 496; siehe *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (67 ff.).

⁵⁷ So definierte ICTY, Ur. v. 3.3.2000 – IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber), Rn. 254, „indirect malicious intent“ noch als „the agent did not deliberately seek the outcome but knew that it would be the result“ – wohl im Sinne von praktischer Gewissheit bzgl. einer Nebenfolge – und „recklessness“ nach *Pradels* Lehrbuch Droit pénal comparé (!) als „the outcome is foreseen by the perpetrator as only a probable or possible consequence“.

⁵⁸ *American Law Institute*, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), 7 Bände, 1962/1985, Model Penal Code § 2.02 (2) (c).

verständnis näher als dem angelsächsischen, nach dem „recklessness“ und „intent“ zwei verschiedene Kategorien sind,⁵⁹ und nach dem, wie ein amerikanischer Autor schrieb, es „nonsensical“⁶⁰ wäre, „dolus eventualis“ als Unterfall von „intent“ anzusehen. Schließlich verlangt „indirect intent“ der Gerichte mehr als der deutsche *Mainstream-dolus eventualis*, für den eine Möglichkeitsvorstellung genügt.

Dass die Gerichte sich jeweils nur zu einzelnen Tatbeständen oder Beteiligungsformen usw. geäußert haben, verdient Zustimmung, denn einzelne Normen mögen Besonderheiten aufweisen, wie die Befehlserteilung oder JCE. Verkannt wurden solche Besonderheiten aber bei der Bestimmung der subjektiven Tatseite der Kriegsverbrechen des Angriffs auf zivile Ziele („wilfully directing attacks“ [...]), wofür die Gerichte sogar „recklessness“ genügen lassen⁶¹ mit der Folge schwerer Verwerfungen bei der Anwendung des humanitären Völkerrechts.⁶²

3. Im Rom-Statut

Art. 30 des Rom-Statuts stellt als erste allgemeine Regelung der Verschuldensformen im Völkerstrafrecht fraglos eine Errungenschaft dar. Im Wortlaut:

„Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3. For the purposes of this article, ‚knowledge‘ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. ‚Know‘ and ‚knowingly‘ shall be construed accordingly.“

Erfreulich ist auch das Bemühen, sich von nationaler Terminologie zu lösen und stattdessen sachliche Kriterien zu for-

⁵⁹ Statt vieler *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (90).

⁶⁰ *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (83).

⁶¹ Z.B. ICTY, Ur. v. 17.7.2008 – IT-01-42-A (Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber), Rn. 270; ICTY, Ur. v. 30.12.2006 – IT-98-29-A (Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber), Rn. 140; ICTY, Ur. v. 5.12.2003 – IT-98-29-T (Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I), Rn. 54; ICTY, Ur. v. 12.12.2007 – IT-98-29/1-T (Prosecutor v. D. Milošević, Trial Chamber III), Rn. 951; siehe aber noch ICTY, Ur. v. 31.1.2005 – IT-01-42-T (Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber II), Rn. 281, 311 (offenlassend, ob „indirect intent“ reicht).

⁶² Damit wird ersichtlich das Unterscheidungsgebot („principle of distinction“) unterlaufen, sehr krit. *Ohlin*, Mich.J.Int'l L. 35 (2013), 79 (92 ff., 111 f.).

mulieren. Das ist aber wohl schon alles, was an der Vorschrift Lob verdient.⁶³ Tadelnswert ist hingegen mehreres: Erstens der überflüssige „element analysis“-Ansatz, zweitens die missratene Gesetzgebungstechnik, die, drittens, zu der nirgends sonst auf der Welt anzutreffenden Verengung des Tatvorsatzes auf Wissentlichkeit und damit zu schwierigen Folgeproblemen führt.

Die Vorschrift beruht bekanntlich auf einem kanadischen Entwurf,⁶⁴ die unglückselige additive Kopula „und“ zwischen „intent“ und „knowledge“ im ersten Absatz auch auf französischem Einfluss.⁶⁵ Teile der Formulierungen in den Absätzen 2 und 3 sind wortgleich mit Normtexten oder Entwürfen aus dem Common Law-Raum.⁶⁶ Ein „Kompromiss zwischen common law und civil law“, wie manchmal zu lesen ist,⁶⁷ ist die Regelung keineswegs, sondern eher das Ergebnis des von Teilnehmern beschriebenen Zusammenbruchs der Kommunikation zwischen den verschiedenen Begriffswelten.⁶⁸

⁶³ Krit. auch *Ambos* (Fn. 19), S. 758 ff.; *Eser*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd. 1, 2002, S. 889, 890 ff.; *Roßkopf*, *Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens*, 2007, S. 73 ff., 97 ff., 191; *Schabas*, *New England L.Rev.* 37 (2003) 1015 (1025); *Weigend*, in: *Association Internationale de Droit Pénal* (Hrsg.), *International Criminal: Quo Vadis?*, *Nouvelles Études Pénales* 19, 2004, S. 319; *Werle/Jeßberger*, *J. Int'l Crim. Just.* 3 (2005), 35 (37). Vorschläge de lege ferenda bei *Roßkopf*, a.a.O., S. 99; *Finnin*, *Int'l & Comp. L. Qu.* 61 (2012), 325 (359).

⁶⁴ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 12–30 August 1996, *Applicable Law and General Principles of Law*, Working Paper submitted by Canada, 6 August 1996, UN Doc. A/AC.249/L.4, S. 10, 18; *Saland*, in: *Lee* (Hrsg.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*, 1999, S. 205.

⁶⁵ *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (302).

⁶⁶ Namentlich „means to“ und „is aware that that it will occur in the ordinary course of events“, vgl. den australischen *Criminal Code Act 1995* (Commonwealth), ss. 5.2 ff. und den Entwurf der englischen *Law Commission*, *Criminal Law, A Criminal Code for England and Wales* (Law Com. No. 177), Vol. 1, Report and Draft Criminal Code Bill, 1989, s. 18; dazu *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 246 Fn. 1313 m.w.N.

⁶⁷ *Satzger*, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 8. Aufl. 2018, § 15 Rn. 22; *ders.*, *NStZ* 2002, 125 (128); *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 15 Rn. 95. Nach *van der Vyver*, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 12 (2004), 57 (59) hingegen beruht die Vorschrift ausschließlich auf civil law-Konzepten.

⁶⁸ *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (302) = *ders.*, *ZStW* 114 (2002), 372 (379 Fn. 21); siehe auch *Kelt/von Hebel*, in: *Lee* (Hrsg.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, S. 19, 22.

a) Kritik

Zum ersten Monitum: Die im Common Law durch den Model Penal Code popularisierte sog. „element analysis“,⁶⁹ d.h. die Differenzierung der subjektiven Merkmale nach der Klassifizierung der objektiven Merkmale in Verhalten („conduct“), Umstände („circumstances“) und Folgen („result“, „consequences“) kann sich zwar auf illustre Vorläufer wie *Bentham*⁷⁰ und *Salmond*⁷¹ berufen, bringt aber keinen praktischen Gewinn an Präzision, sondern gaukelt diesen allenfalls vor, und wird daher seit langem kritisiert.⁷² Die erste Schwierigkeit ist, Verhalten, Folgen und Umstände abstrakt gehaltvoll zu definieren, denn unterschiedliche Handlungsbeschreibungen liefern auch unterschiedliche Verhältnisse von Verhalten zu Folgen und Umständen.⁷³ Hinzu kommt, dass sich bewusste Absichten eher selten auf einzelne Körperbewegungen beziehen, falls diese Teil einer komplexen Verrichtung sind, sondern auf diese als Sinneinheit, die ihre Bedeutung aus Bezügen zu Umständen und Folgen erhält.⁷⁴ Will man Umstände und Folgen aus dem Begriff des Verhaltens herausnehmen, dann bleibt dafür nicht mehr als eine Körperbewegung, so dass die Bestimmung „a person has intent in relation to conduct [where] that person means to engage in that conduct“ lediglich die gewillkürte Körperbewegung („willed bodily movement“) bezeichnet,⁷⁵ also das,

⁶⁹ Vor allem Model Penal Code (Fn. 58), § 2.02 (2) (siehe auch die Nachweise der einzelstaatlichen Strafgesetze in *Commentary*, Fn. 4??); *Illinois Criminal Code Rewrite and Reform Commission*, Final Report, 2003, Vol. I: Proposed Illinois Criminal Code, sec. 206; ähnl. *Law Commission* (Fn. 66), *Australian Criminal Code 1995* (Fn. 66), ss. 5.2–5.5; w. N. bei *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 240 ff., 246 ff.

⁷⁰ *Bentham*, *Principles of Morals and Legislation*, zit. nach: *Bowring* (ed.), *The Works of Jeremy Bentham 1838*, Reprint New York 1962, Vol. I, ch. VII, § XXVII, ch. VIII, § II und § XIII.

⁷¹ *Salmond*, *Jurisprudence*, 7. Aufl. 1924, § 128 S. 383.

⁷² Siehe nur *Hall*, *General Principles of Criminal Law*, 2. Aufl. 1960, S. 176 f.; *Robinson*, *Structure and Function in Criminal Law*, 1997, S. 25 ff., 44 ff., 49 ff. m.w.N.; *Duff*, *Criminal Attempts*, 1996, S. 10, 12 ff.; *Robinson/Grall*, *Stan.L.Rev.* 35 (1983), 681 (706 ff.).

⁷³ Vgl. *Duff*, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, 1990, S. 41; *ders.* (Fn. 72), S. 13; krit. auch *White*, *Grounds of Liability*, 1985, S. 33.

⁷⁴ *Duff*, in: *Shute/Gardner/Horder* (Hrsg.), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, S. 75, 83; *ders.* (Fn. 72), S. 310.

⁷⁵ *Piragoff/Robinson*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3. Aufl. 2016, Art. 30 Rn. 14; *Werle/Jeßberger* (Fn. 23), Rn. 500; *Eser* (Fn. 63), S. 913; *Schabas*, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2016, S. 631; *Clark*, *Crim.L.F.* 12 (2001), 291 (303 Fn. 39); *Badar* (Fn. 16), S. 388 f.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 76 ff.; *Finnin*, *Int'l & Comp. L. Qu.* 61 (2012), 325 (338 f., 358); siehe auch *Robinson* (Fn. 72), S. 26 f., 52; *ders.*, in: *Shute/Gardner/Horder* (Hrsg.), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, S. 187, 204; vgl. *Ambos*, *Treatise on International Criminal*

was – nicht nur – im deutschen Recht den Grenzbegriff der „Handlung“ im von *Liszt*’schen Sinne ausmacht und was in der analytischen Philosophie „Basishandlung“⁷⁶ heißt. Bedurfte hätte es dieser Regelung nicht. Systematisch betrachtet ist sie fehlplaziert. Das erklärt, warum es kein Wissenselement bezüglich des Verhaltens gibt: Kann ich z.B. wissen, dass meine Hand sich hebt, ohne es zu wollen – falls kein Fall von Reflex oder vis absoluta vorliegt? Folgen sind an sich selbst Umstände,⁷⁷ lassen sich aber von Umständen dadurch abgrenzen, dass der Handelnde sie ändert oder ändern kann.⁷⁸ Dass für Umstände kein Willenselement angegeben ist, dürfte auf der klassischen, von *Bentham* ebenso wie von *Binding* vertretenen Ansicht beruhen, dass man Seiendes, Gegenwärtiges nicht wollen könne, sondern nur das, was man zukünftig hervorbringen oder ändern könne.⁷⁹ Da bezüglich der Folgen aber auch „knowledge“ erforderlich ist, unterscheiden sich die Anforderungen für Folgen und Umstände letztlich nicht: beide müssen mit praktischer Gewissheit gewusst oder antizipiert werden, so dass die Unterscheidung sinnlos ist.

Damit kommen wir zum zweiten Monitum: Unglücklich ist zunächst der Gebrauch des schillernden Ausdrucks „intent“, den etwa der Model Penal Code wegen des notorischen Streits darum bewusst vermieden hatte. Unglücklich ist ferner, dass die Definition von „intent“ mit seinem Gebrauch in überschießenden Absichten wie in Art. 6 nicht harmoniert.⁸⁰ Schwerwiegender ist, dass die additive Verknüpfung von „intent“ und „knowledge“ schon deshalb misslungen ist, weil in den meisten Rechten „intent“ den Oberbegriff und „knowledge“ einen Unterfall vorsätzlichen Handelns darstellt. Erschütternd misslungen, an sich nur als der Überstürzung geschuldetes Redaktionsversehen erklärbar⁸¹ ist ferner, dass

Law, Vol. I, 2013, S. 272 m.w.N. zur Genese, a.A. dort S. 274 („refers to the volitional aspect of the conduct and not to its voluntariness“); *Gil Gil*, Int’l Crim.L.Rev. 14 (2014), 81 (105 ff. m.w.N., 107: „the concept of will to act emphasizes the content of the will, what the person concerned wanted to do when he/she made that voluntary movement“ – das Argument verkennt, dass ein gehaltvolles Handlungsziel nicht ohne Hinzunahme von Umständen und Resultaten beschrieben kann).

⁷⁶ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 184 ff. m.w.N.

⁷⁷ *Illinois Criminal Code Rewrite and Reform Commission* (Fn. 69), Vol. 2, S. 54.

⁷⁸ *Duff* (Fn. 73), S. 42; *Robinson* (Fn. 72), S. 26.

⁷⁹ *Bentham* (Fn. 70), ch. VIII § X III; *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band II-2, 2. Aufl. 1916, S. 809; w.N. und Kritik bei *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 244.

⁸⁰ Der Sprachgebrauch ist auch sonst nicht einheitlich, vgl. Art. 25 (3) (d) (ii), dazu *Ambos* (Fn. 19), S. 761.

⁸¹ Da die disjunktive Verbindung schon seit Februar 1997 nicht mehr als Option angeführt wurde, vgl. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.4, 20 February 1997, Art. H, liegt allerdings weder Übereilung noch Redaktionsversehen, sondern ein Mangel an Sorgfalt

bezüglich – nur – des Erfolges „intent“ und „knowledge“ beide nötig,⁸² aber auch teildentisch definiert sind, was dazu führt, dass das Erfordernis „means to cause that consequence“ logisch überflüssig ist. Formalisiert:

Mental element (in relation to a consequence) = intent and knowledge

Intent (in relation to a consequence) = that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

Knowledge (in relation to a consequence) = awareness that a consequence will occur in the ordinary course of events

a = means to cause the consequence

b = is aware that the consequence will occur in the ordinary course of events

intent = (a ∨ b)

knowledge = b

ME = mental element

ME = (a ∨ b) ∧ b

Nach dem Verschmelzungsgesetz⁸³ ist: (a ∨ b) ∧ b = b also:

ME = b

Nötig ist also für Umstände wie Folgen immer praktische Gewissheit; darauf, ob die Folge auch angestrebt wird, kommt es niemals an. Es ist erstaunlich, dass dieses logische Verhältnis übersehen worden ist. Art. 30 hätte also logisch äquivalent dahingehend knapp formuliert werden können, dass der Täter dann strafrechtlich verantwortlich ist, wenn er die Tatbestandsverwirklichung als praktisch gewisse Folge seines gewollten Verhaltens ansieht.

Daraus ergibt sich das dritte, in der Literatur schon oft erhobene Monitum:⁸⁴ Art. 30 stellt damit höhere Anforderungen an den Tatvorsatz als vermutlich alle nationalen Straf-

und strafrechtlichem Verständnis vor. Wenn *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 10, die additive Verknüpfung damit erklären, man könne nicht vorsätzlich handeln ohne Kenntnis der Umstände, so ist zwar der Gedanke richtig, aber die Umsetzung misslungen; krit. auch *Eser* (Fn. 63), S. 905.

⁸² *Ambos* (Fn. 75), S. 275; a.A. *Cassese* (Fn. 23), S. 56 f., wonach entgegen dem Wortlaut „intent or knowledge“ zu lesen sei, soweit das Effektivitätsgebot (ut res magis valeat quam pereat) dies verlange – der Rückgriff auf diese Interpretationsregel dürfte indes im Strafrecht generell und im Rom-Statut wegen Art. 22 (2) schwerfallen; *van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility, 2012, S. 46, die annimmt, die Ausdrücke „intent“ und „knowledge“ hätten in Abs. 1 einerseits und Abs. 2 und 3 andererseits verschiedenen Bedeutungen, wofür jedoch nichts spricht.

⁸³ *Zoglauer*, Einführung in die formale Logik für Philosophen, 2. Aufl. 2002, S. 48; *Quine*, Elementary Logic, rev. ed. 1980, S. 53, § 21 (2).

⁸⁴ Ähnl. *Cassese*, Eur.J.Int’l L. 10 (1999), 144 (153 f.); *ders.* (Fn. 23), S. 39, 56 f.; *Werle/Jeffberger* (Fn. 23), Rn. 496 ff.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 81 ff., 91; *Porro* (Fn. 29), S. 236, 240.

rechte und als die anderen internationalen Strafgerichte, insbesondere weil die Eventualabsicht – der Täter strebt einen Erfolg an, den er aber nicht für praktisch gewiss hält – ausgeschlossen ist. Dass dies axiologisch ungereimt ist, demonstriert ein Beispiel von *Sarah Finnin*: Täter platziert einen improvisierten Sprengsatz mit Zeitzünder an einem belebten Ort. Er weiß, dass diese Sprengsätze unzuverlässig sind und nicht einmal in der Hälfte aller Fälle zünden, wünscht aber, dass er explodiert. Dies geschieht. Nach Art. 30 ist er mangels praktischer Gewissheit nicht strafrechtlich verantwortlich.⁸⁵ Zwar hat das Katanga-Urteil in einem obiter dictum angedeutet, dass das Wissensmoment nur bei nicht erwünschten Erfolgen zu verlangen sei,⁸⁶ was allerdings mit dem Wortlaut unverträglich ist; andere Entscheidungen verlangen stets beides.⁸⁷

Formen von bewusst riskantem Handeln bzgl. Nebenfolgen – wie „recklessness“, „dolus eventualis“ und dergleichen – sind somit von Art. 30 nicht erfasst.⁸⁸ Entwurfsfassungen

⁸⁵ *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (342 f.).

⁸⁶ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 779: „En particulier, la Chambre ne devra donc se référer au ‚cours normal des événements‘, pour démontrer l'intention et la connaissance, que lorsqu'elle sera en présence d'une *conséquence non souhaitée*.“

⁸⁷ ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13 (Prosecutor v. Bemba, Trial Chamber VII), Rn. 29; ICC, Decision on the confirmation of charges v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803-t-ENG (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 351; ICC, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba, Pre-Trial Chamber II), Rn. 358.

⁸⁸ So auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 64 m.w.N.; *ders.* (Fn. 75), S. 276 ff.; *ders.*, ZStW 111 (1999), 175 (188); *ders.*, Crim.L.F. 10 (1999), 1 (21 f.); *ders.* (Fn. 19), S. 771; *Bantekas*, International Criminal Law, 4. Aufl. 2010, S. 42 f., 44 f.; *Cryer*, in: *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst* (Hrsg.), An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3. Aufl. 2014, S. 383; *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 3, 22; *Schabas* (Fn. 75), S. 630; *van Sliedregt* (Fn. 82), S. 47; *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (63 ff.); *ders.*, Am.J.Int'l L. 104 (2010), 241 (243); *War Crimes Research Office*, Modes of Liability and the Mental Element – Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court, 2010, S. 8 ff., 68 ff.; *Weigend*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1375 (1390 Fn. 58); *Werle/Jeßberger* (Fn. 23), Rn. 503 ff., 506; *dies.*, J.Int'l Crim.Just. 3 (2005), 35 (41); *diff. Eser* (Fn. 63), S. 932 f.; a.A. ohne Begründung *Vogel* (Fn. 67); *Mantovani*, J. Int'l Crim. Just. 1 (2003), 26 (32); *Jeschek*, J. Int'l Crim. Just. 2 (2004), 38 (45); *Gil Gil*, Int'l Crim.L.Rev. 14 (2014), 82 (99 ff., 107); unentschieden *Badar* (Fn. 16), S. 394 ff.; *ders.*, New Crim.L.Rev. 12 (2009), 433 (451 f.).

bis 1996 sahen zwar „recklessness“ vor,⁸⁹ aber nicht als Unterfall von „intent/intention“, sondern nur für die Fälle, wo der Vertragstext explizit davon spräche. Übernommen wurden sie nicht, ebenso wenig wie ein Unterabsatz⁹⁰ zu „wilful blindness“. Auch Anregungen in den Entwürfen, über „dolus eventualis“ nachzudenken,⁹¹ führten zu keiner Einigung. Die Ablehnung eines Entwurfs erlaubt zwar keinen zwingenden Schluss darauf, dass die entsprechende Regelung im Vertrag nicht enthalten sei,⁹² maßgebend sind vielmehr die Gründe für die Ablehnung.⁹³ „Recklessness“ zu regeln wurde für unnötig gehalten, weil man annahm, der Begriff komme im Statut nicht vor;⁹⁴ „dolus eventualis“ wurde schon vor Rom nicht mehr diskutiert,⁹⁵ was jedenfalls einen Mangel an Konsens impliziert. Die travaux préparatoires geben keinen Hin-

⁸⁹ Art. H, Proposal 1, Abs. 4, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/51/22 (Supp. No. 22A), Vol. II, S. 92 f. (auch in *Bassiouni*, The Legislative History of the International Criminal Court, 2005, S. 226 f.); ebenso spätere Entwürfe; siehe auch *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 23 ff.

⁹⁰ Art. H, Proposal 1, Abs. 4 (Fn. 89), S. 92; siehe auch *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 25.

⁹¹ Art. H (Fn. 89) note: „The concepts of *recklessness* and *dolus eventualis* should be further considered in view of the seriousness of the Crimes considered.“

⁹² *Zutr. Eser* (Fn. 63), S. 931 f.; *Werle/Jeßberger*, J.Int'l Crim.Just. 3 (2005), 35 (52); anders wohl *Ambos* (Fn. 19), S. 771; *ders.* (Fn. 88), § 7 Rn. 64 Fn. 350.

⁹³ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), ICJ Rep. 1971, 16 (36 § 69); *Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1963, S. 113 ff.; *Thirlway*, Brit.Y.B. Int'l L. 67 (1996), 1 (31); a.A. Judge *Fitzmaurice*, dissenting, in ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), ICJ Rep. 1971, 16 (275).

⁹⁴ Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4 and Corr. 1; siehe auch Summary Records of the Committee of the Whole, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1 (16 June 1996), §§ 24, 75 ff.; UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.8 (19 June 1996), § 77; Transmittal letter from the Chairman of the Committee of the Whole to the Chairman of the Drafting Committee, 22 June 1998, note on article 29, UN Doc. A/CONF.183/DC/R.76 (abgedr. in United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records = UN Doc. A/CONF.183/13, Vol. III, 257); *Saland* (Fn. 64), S. 205.

⁹⁵ Dolus eventualis fand schon im Februar 1997 keine Erwähnung mehr, vgl. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties (Fn. 81), Art. H, sowie im endgültigen Draft Statute for the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, Art. 29; siehe auch *Clark*, Crim.L.F. 12 (2000), 291 (301); *ders.*, Crim.L.F. 19 (2008), 519 (525).

weis darauf, dass irgendjemand jemals gemeint hätte, die jetzigen Absätze 2 und 3 deckten „recklessness“ oder „dolus eventualis“ mit ab – denn dann wären separate Vorschriften zu beiden überflüssig gewesen.⁹⁶ Der Wortlaut „will occur“ schließt ebenfalls andere Deutungen als praktische Gewissheit aus.⁹⁷

Der kurze Flirt der Vorverfahrenskammer I im Fall Lubanga mit dem „dolus eventualis“, den sie mit Verweis auf die Stakić-Entscheidung etwas leichthändig ohne Rücksicht auf die Vertragsgenese in die Worte „adviendra“/„will occur“ hineinlesen wollte,⁹⁸ ist bekanntlich vereinzelt geblieben, nachdem sowohl Vorverfahrenskammer II in Bemba⁹⁹ und Ruto¹⁰⁰, das erst-¹⁰¹ und zweitinstanzliche Urteil¹⁰² in Lubanga und die erstinstanzlichen Urteile in Katanga¹⁰³ und Bemba¹⁰⁴ die m.E. zutreffende Gegenansicht unter Hinweis auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte und das Verständnis der gleichlautenden Formulierung im englischen Recht¹⁰⁵ vertreten haben und „virtual certainty“ als epistemische Komponente verlangen.

Diese enge Fassung der subjektiven Tatseite ist, wie gesagt, misslich. Sie führt dazu, dass der ICC nur einen Teil der Taten bestrafen darf, die andere internationale Strafgerichte bestrafen konnten. Wenn man annimmt, die Auffassung der ad hoc-Gerichte vom Umfang der subjektiven Tatseite gebe das Völkergewohnheitsrecht zutreffend wieder, so dürfte der ICC nur einen Ausschnitt der gewohnheitsrechtlich strafbaren

Handlungen verfolgen. Die enge Fassung von Art. 30 könnte ferner entweder zu Beweisproblemen¹⁰⁶ oder zu überaus großzügiger Beweiswürdigung führen.

Eine der wenigen Rechtfertigungen für Art. 30 findet sich bei *van der Vyver*, der meint, weil der ICC laut Art. 1 des Rom-Statuts nur die „most serious crimes of international concern“ verfolgen solle, sei es folgerichtig, auch den höchsten dolus-Grad zu verlangen.¹⁰⁷ Dass Eventualabsicht oder bewusst riskantes Handeln in beachtlichem Umfang weniger strafwürdig wären als die Wissentlichkeit erscheint mir nicht plausibel – man würde dann nur die Optimisten unter den Straftätern, die glauben, ihr Plan werde gelingen, bestrafen können, die Pessimisten, die auch das Scheitern einkalkulieren, hingegen nicht. Diese Ansicht verkennt auch die Natur des Regelungsgegenstands, dass nämlich bei militärischen Konflikten oft unter den Bedingungen der Ungewissheit gehandelt wird. Zudem ist die säuberliche Unterscheidung von Prognosen mit praktischer Sicherheit und bloß überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Wirklichkeit wohl kaum je anzutreffen.

b) Die Öffnungsklausel als Lösung?

Die enge Fassung des Art. 30 erhöht die Bedeutung der Öffnungsklausel „unless otherwise provided“. Es ist bekanntlich streitig, ob damit vorrangige Spezialregelungen nur im Statuttext selbst, auch in den Elements of Crime oder im gesamten Gewohnheitsrecht gemeint sind.

Die Elements of Crime gehen davon aus, dass sie Abweichungen statuieren können,¹⁰⁸ und tun dies auch wie beim Alter der Kindersoldaten¹⁰⁹ oder dem Alter der verschleppten Kinder als Tatvariante des Genozids.¹¹⁰ Die Judikatur stimmt dem bislang zu,¹¹¹ das Schrifttum¹¹² wohl mehrheitlich auch.

⁹⁶ Zutr. *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (345); siehe auch *Porro* (Fn. 29), S. 188 f. m.w.N.

⁹⁷ *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (346 ff.).

⁹⁸ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 352 ff.; dazu *Weigend*, J. Int'l Crim. Just. 6 (2008), 471 (474); *Ambos* (Fn. 75), S. 276 ff.; *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 8 ff., 68 ff.; siehe auch *Badar/Porro*, in: Klamberg (Hrsg.), Commentary on the Law of the International Criminal Court, 2017 (= Case Matrix Network, Commentary Rome Statute, www.casematrixnetwork.org [22.11.2018]), Art. 30 (2) (b) Rn. 308.

⁹⁹ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II), §§ 352 ff., 360; krit. *Ambos*, Leiden J. Int'l L. 22 (2009), 715 (717 ff.).

¹⁰⁰ ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11 (Prosecutor v. Ruto et al., Pre-Trial Chamber II), Rn. 335.

¹⁰¹ ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Trial Chamber I), Rn. 1007 ff., 1012.

¹⁰² ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Appeals Chamber), Rn. 447 („virtual certainty“).

¹⁰³ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 770 ff.

¹⁰⁴ ICC, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13 (Prosecutor v. Bemba, Trial Chamber VII), Rn. 29, 804.

¹⁰⁵ ICC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Appeals Chamber), Rn. 447 m.w.N.

¹⁰⁶ So auch *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (350).

¹⁰⁷ *van der Vyver*, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 12 (2004), 57 (65); *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 10, 73 f., 76; ähnl. *Porro* (Fn. 29), S. 240 m.w.N.

¹⁰⁸ Elements of Crime, General introduction, Nr. 2.

¹⁰⁹ Elements of Crime zu Art. 8 (2) (b) (xxvi) Nr. 3, Art. 8 (2) (e) (vii) Nr. 3; die Mitglieder der Preparatory Commission waren uneins darüber, ob sie eine abweichende Regelung treffen durften, siehe *Garraway*, in Lee (Fn. 68), S. 207.

¹¹⁰ Elements of Crime zu Art. 6 (e) Nr. 6.

¹¹¹ ICC, Urt. v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Procureur c. Katanga, Chambre de première instance II), Rn. 770; ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 29.1.2007 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), Rn. 356 ff., 359; ICC, Decision on the Confirmation of Charges v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II), Rn. 136, 353; noch offenlassend ICC, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Trial Chamber I), Rn. 1015; krit. *Weigend*, J. Int'l Crim. Just. 6 (2008), 471 (472 ff.).

¹¹² *Piragoff/Robinson* (Fn. 75), Art. 30 Rn. 14; *Schabas* (Fn. 75), S. 629; *Cryer* (Fn. 88), S. 383; *Werle/Jeßberger* (Fn. 23), Rn. 513 m.w.N.; *War Crimes Research Office* (Fn. 88), S. 65 ff.; *Porro* (Fn. 29), S. 192 ff. Fn. 524 m.w.N.;

Dies überzeugt, weil die Elements of Crime nach Art. 9 (1), 21 (1) (a) des Statuts Beachtung erheischen,¹¹³ weil die Öffnungsklausel in Art. 30 das Konformitätsgebot des Art. 9 neutralisiert und weil die Elements ohnehin als ergänzendes Vertragsrecht gem. Art. 31 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention¹¹⁴ für die Auslegung relevant sind.

Darüber hinaus jegliche andere Völkerrechtsquelle einzu-beziehen,¹¹⁵ hätte – da praktisch alle Straftatbestände des Statuts ein gewohnheitsrechtliches Pendant haben – die Konsequenz, dass von Art. 30 nichts übrigbliebe,¹¹⁶ wenn es im Völkergewohnheitsrecht eine abweichende Grundregel („default rule“) gäbe; wenig bliebe übrig, wenn es zwar keine „default rule“, aber eigene Regeln für die subjektive Tatseite der meisten gewohnheitsrechtlichen Tatbestände gäbe. Begreift man das Rom-Statut als Kodifikation, dann ist die Öffnung für jedwede Regel außerhalb der Kodifikation evident sinnwidrig.¹¹⁷ Somit wäre auch Art. 30 sinn- und zwecklos, wenn man die Vorschrift nicht wenigstens als für den IStGH verbindliche Klarstellung begreift, was daher als die gem. Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention gebotene Auslegung erscheint.

IV. Zusammenfassung

Zum gewohnheitsrechtlichen Völkerstrafrecht gibt es eine inzwischen einigermaßen gefestigte Rechtsprechung internationaler Strafgerichte, die als Regelerfordernis Absicht oder die Vorstellung, die Tatbestandsverwirklichung sei wenigstens (überwiegend) wahrscheinlich, verlangt. Ob diese Judi-

katur ihrerseits als Gewohnheitsrecht anzusehen ist, erscheint mangels sonstiger Staatenpraxis zweifelhaft. Zweifelhaft ist auch, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz hinsichtlich einer Verschuldensform unterhalb der Wissentlichkeit gibt.

Die Grundregel des Art. 30 Rom-Statut ist eine legislative Fehlleistung, die stets Wissentlichkeit verlangt und damit eine ungerechtfertigte Neuerung einführt, die weder in nationalen Rechten noch in bisheriger internationaler Judikatur ein Vorbild hat. Inwieweit das die Arbeit des Gerichtshofs beeinträchtigt, bleibt abzuwarten.

Das deutsche VStGB verweist auf die allgemeinen Regeln des deutschen Strafrechts (§ 2 VStGB i.V.m. § 15 StGB) und inkorporiert damit die Probleme, die deutsche Gerichte beim „dolus eventualis“ plagen. Weil dafür schon ausreicht, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, ohne auf einen guten Ausgang zu vertrauen, ist der Haftungsumfang deutlich größer als im Rom-Statut¹¹⁸ und theoretisch ein wenig weiter als vor den Völkergewohnheitsrecht anwendenden Tribunalen, in der Praxis dürfte letzteres kaum spürbar sein.

Roßkopf (Fn. 63), S. 105 ff.; a.A. *Ambos* (Fn. 75), S. 291 f.; *Badar* (Fn. 16), S. 405, 416, der zu Unrecht einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, Art. 66 (3), annimmt; *Heller*, J.Int'l Crim.Just. 6 (2008), 419 (435 f.) mit beachtlichen Gründen; *Kreß*, Int'l Crim. L.Rev. 6 (2006), 461 (485); *Jesse*, Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts, 2009, S. 223.

¹¹³ Die Formulierung in Art. 9 (1) „shall assist“ anstelle von „shall apply“ nebst dem Konsistenzgebot in Art. 9 (3) wurde zwar gewählt, um Abweichungen vom Statutstext vorzubeugen, andererseits heißt es Art. 21 (1) (a) „The Court shall apply [...] Elements of Crime“.

¹¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 927, BGBl. 1985 II, S. 927.

¹¹⁵ Für den Einbezug von Gewohnheitsrecht *Werle/Jeßberger*, J. Int'l Crim. Just. 3 (2005), 35, 45 f.; *dies.* (Fn. 23), Rn. 499, 502, 513 ff. m.w.N.; *Roßkopf* (Fn. 63), S. 105 ff.; *Finnin*, Int'l & Comp. L. Qu. 61 (2012), 325 (351 ff., 354); wohl auch *van Sliedregt* (Fn. 82), S. 49 f.; dagegen *Ambos* (Fn. 75), S. 291; *Cryer* (Fn. 88), S. 383; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 5 Rn. 20; *Jesse* (Fn. 112), S. 221 f.; *Porro* (Fn. 29), S. 105 f.; *Clark*, Crim.L.F. 19 (2008), 519, 525 Fn. 18; *Ohlin*, Mich.J. Int'l L. 35 (2013), 79 (107 ff.).

¹¹⁶ Klar erkannt von *Werle/Jeßberger*, J. Int'l Crim. Just. 3 (2005), 35 (55: „In most cases, the mental element is ‚otherwise provided‘.“); abl. *Clark*, Crim.L.F. 19 (2008), 519 (525 Fn. 18).

¹¹⁷ Zutr. *Ohlin*, Mich.J. Int'l L. 35 (2013), 79 (107 f.); auch *Jesse* (Fn. 112), S. 221 f.

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 15; vgl. *Weigend*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, § 2 VStGB Rn. 8; a.A. *Satzger*, NStZ 2002, 125 (128); siehe auch *Wirth/Harder*, ZRP 2000, 144 (146).

Im luftleeren Raum? Völkerstrafrecht im Kontext von Konflikt und Transformation

Von Rechtsanwältin Elisabeth Baumgartner, Dr. Julie Bernath, Bern

Der Beitrag befasst sich aus der Perspektive der Friedensforschung mit der Rolle und Bedeutung des Völkerstrafrechts im Bereich der Konflikttransformation und der Transitional Justice. Die Verfasserinnen stellen die These auf, dass das Völkerstrafrecht einerseits als Teil der Transitionsjustiz auch einen Einfluss auf die Konflikttransformation und die Friedensförderung hat und das andererseits bei der Planung und Umsetzung völkerstrafrechtlicher Mechanismen, konfliktsensitiver vorgegangen werden sollte. Dabei kann auf die reichen Erfahrungen aus anderen Bereichen der Friedensförderung zurückgegriffen werden. Zunächst sollen einige Begriffe geklärt werden.

I. Konflikttransformation in der Friedensförderung

In der Friedensförderung ist der Begriff der Konflikttransformation zentral. Das Konzept gründet auf der Annahme, dass die grundlegenden Faktoren verändert werden müssen, die zu Gewalt geführt haben und wieder führen könnten. Konflikttransformation umfasst komplexe Prozesse, die dazu führen sollen, dass Beziehungen, Einstellungen, Verhaltensweisen, Interessen und Diskurse in gewaltanfälligen Konflikten konstruktiv verändert werden. Dabei werden auch grundlegende Strukturen, Kulturen und Institutionen berücksichtigt, die gewaltträchtige politische und gesellschaftliche Konflikte begünstigen und bedingen. Konflikttransformation wird als mehrdimensionaler, nicht-linearer und nicht oder nur bedingt vorhersehbarer Prozess verstanden, der unterschiedliche Akteure miteinbezieht.¹ Die sogenannte Transitionsjustiz (im englischen Transitional Justice), wird heute als Teilaspekt der Konflikttransformation verstanden.² Zudem wird sowohl in der Forschung wie in der Praxis immer stärker gefordert, dass bei der Planung und Umsetzung von Mecha-

nismen der Transitionsjustiz vermehrt Prinzipien der Konfliktsensitivität angewandt werden.³

II. Transitional Justice – Transitionsjustiz und Vergangenheitsaufarbeitung

Die Vereinten Nationen verstehen unter dem englischen Begriff „Transitional Justice“ die ganze Bandbreite von Prozessen und Mechanismen, die mit dem Versuch einer Gesellschaft verbunden sind, ein Vermächtnis großangelegten Missbrauchs in der Vergangenheit zu verarbeiten, um Verantwortlichkeit zu gewährleisten, der Gerechtigkeit zu dienen und Versöhnung zu erreichen. „Transitional Justice“ Prozesse und Mechanismen sind ein kritischer Bestandteil des Engagements der Vereinten Nationen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit.⁴ Der Begriff „Transitional Justice“ ist in den 1990er-Jahren entstanden und fand erst dann als eigenständiges Forschungsfeld Eingang in Forschung und Praxis.⁵ Geprägt wurde er insbesondere durch die Publikation von *Neil Kritz*, *Transitional Justice – How emerging democracies reckon with former regimes*,⁶ wobei das Konzept aus der internationalen Menschenrechtsbewegung heraus entstand und sich zunächst insbesondere auf die rechtliche Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen bezog, die von diktatorischen oder repressiven Regimen begangen wurden. Erst später wurde der Begriff Transitional Justice auch für die Aufarbeitung von Kriegsverbrechen und massiven Menschenrechtsverletzungen in gewalttätigen Konflikten verwendet.⁷ Das Konzept hat zunehmend an Bedeutung gewonnen

¹ Berghof-Glossar zur Konflikttransformation – 20 Begriffe für Theorie und Praxis, 2012, Berghof Foundation, abrufbar unter

www.berghof-foundation.org/de/publikationen/berghof-glossar-zur-konflikttransformation/ (23.11.2018), S. 88–89;

Bezug nehmend auf Austin/Fischer/Giessman (Hrsg.), *Berghof Handbook for Conflict Transformation*, abrufbar unter

<https://www.berghof-foundation.org/en/publications/handbook/berghof-handbook-for-conflict-transformation/> (12.12.2018); *Francis*, *From Pacification to Peacebuilding: A Global Call to Transformation*, 2010; *Galtung*, *Frieden mit friedlichen Mitteln: Friede und Konflikt, Entwicklung und Kultur*, 2007; *Lederach*, *Building Peace: Sustainable Reconciliation in Divided Societies*, 1997.

² Berghof-Glossar zur Konflikttransformation (Fn. 1), S. 126 (126 ff.); *Fischer*, in: Austin/Fischer/Giessman (Hrsg.) *Berghof Handbook for Conflict Transformation*, 2011, abrufbar unter

www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Handbook/Articles/fischer_tj_and_rec_handbook.pdf (23.11.2018).

³ *Haider*, *swisspeace Working Paper 2*, 2017, abrufbar unter www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/SP_Working-Paper_1702-WEB.pdf (23.11.2018).

⁴ Vgl. Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen, S/2011/634, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, 2011, abrufbar unter <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement> (23.11.2018), Abs. 8 (Originaltext: „The notion of ‚transitional justice‘ discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement [or none at all] and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.“).

⁵ Mehr zur Entstehungsgeschichte: *Werle/Vormbaum*, *Transitional Justice: Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 2018, S. 3 ff.

⁶ *Kritz* (Hrsg.), *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 1995.

⁷ Für eine Übersicht über die Entwicklungen im Bereich der Transitional Justice: *Arthur*, *Human Rights Quarterly* 31

und gilt heute als wichtiger Bestandteil der zivilen Friedensförderung. Heute versteht man darunter nicht mehr nur die gerichtliche Aufarbeitung vergangenen Unrechts, sondern auch die Einrichtung von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, Lustration der Staatsverwaltungen, Entschädigungszahlungen und Initiativen, die der Versöhnung und Schaffung einer Erinnerungskultur dienen.⁸

Teilweise wird auch der Begriff „Dealing with the Past“ verwendet, wobei insbesondere auf den Bericht des französischen Juristen *Louis Joinet* Bezug genommen wird, welchen dieser 1995 im Auftrag des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen verfasst hatte⁹ und der im Jahr 2005 von *Diane Orentlicher* aktualisiert wurde.¹⁰ In diesen sogenannten „Prinzipien gegen die Straflosigkeit“¹¹ wird insbesondere darauf hingewiesen, dass ein ganzheitlicher Ansatz der Vergangenheitsaufarbeitung ein wichtiger Beitrag im politischen und sozialen Demokratisierungsprozess in Post-Konflikt-Gesellschaften sein kann.¹² *Joinet* und *Orentlicher* betonen, dass in einer ganzheitlichen Aufarbeitung sowohl das Recht auf Wahrheit, auf Gerechtigkeit und auf Wiedergutmachung beachtet werden sollte und dass auch eine staatliche Pflicht bestehe, die Wiederholung von schwersten Menschenrechtsverletzungen zu verhindern, indem bewaffnete Gruppen demobilisiert und in die Gesellschaft reintegriert, Institutionen reformiert, und demokratische Prozesse gestärkt werden.¹³

III. Völkerstrafrecht als Teil eines ganzheitlichen Ansatzes der Vergangenheitsaufarbeitung

Die strafrechtliche Aufarbeitung von begangenen Unrecht spielt im Rahmen von Transitionsprozessen unbestrittenermaßen eine wichtige Rolle, obwohl in der Forschung zu Transitional Justice seit längerem eine sehr kritische Auseinandersetzung mit der internationalen Strafjustiz zu beobach-

ten ist. Insbesondere wird kritisiert, dass juristische Ansätze und strafrechtliche Prozesse den Fokus vor allem auf die Analyse der immer ausgedehnteren Jurisprudenz und der relevanten internationalen Standards legen, und dabei von den grundsätzlichen Fragen „Wofür ist Transitional Justice eigentlich da?“ und „Wem dient sie?“ sowie von den gesellschaftlichen und politischen Realitäten der behandelten Kontexte ablenken.¹⁴ Auch hat die Forschung hervorgehoben, dass Maßnahmen der Transitional Justice generell, und insbesondere das Völkerstrafrecht, losgelöst von lokalen Bedürfnissen der betroffenen Bevölkerung agieren¹⁵ und sich nicht mit den strukturellen Ursachen des Konflikts auseinandersetzen. Ein Grund hierfür liegt unter anderem in der Tatsache, dass die Verletzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte in Transitional Justice Prozessen allgemein und völkerstrafrechtlichen Verfahren im Besonderen ungenügend aufgearbeitet wird.¹⁶

Insbesondere im Rahmen der so genannten „justice versus peace“-Debatte hat sich diese Kritik verstärkt. Es geht dabei um die Frage, inwiefern völkerstrafrechtliche Mechanismen Friedensbemühungen unterstützen oder erschweren. Es ist unbestritten, dass internationale Normen, multilaterale Institutionen und die Arbeit internationaler Gerichte in Friedensverhandlungen eine immer wichtigere Rolle spielen.¹⁷ Die Kontroverse entflammte insbesondere im Zusammenhang mit den Ermittlungen des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) in Uganda¹⁸ und den in dieser Situation ausgestellten Haftbefehlen gegen die Kommandanten der Rebellenarmee Lords Resistance Army (LRA).¹⁹ Kurz nachdem die Haftbefehle 2005 vom IStGH ausgestellt worden waren, begann die Ugandische Regierung 2006 in Juba, Südsudan, mit der LRA-Spitze zu verhandeln. Im Rahmen dieser Friedensge-

(2009), 321–367; *Teitel*, Harvard Human Rights Journal 16 (2003), 69–94; *dies.*, Transitional Justice, 2000; *Roht-Arriaza/Mairezcurrena* (Hrsg.), Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth versus Justice, 2006.

⁸ *Fischer* (Fn. 2), S. 405, 407.

⁹ UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (Hrsg.), Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political), 26.6.1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20, abrufbar unter www.refworld.org/docid/3b00f1a124.html (23.11.2018).

¹⁰ UN Commission on Human Rights (Hrsg.), Report of the independent expert to update the set of principles to combat impunity, 8.2.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/42d66e780.html> (23.11.2018).

¹¹ Zu den Prinzipien gegen die Straflosigkeit ist vor Kurzem ein umfassender Kommentar erschienen: *Haldemann/Unger* (Hrsg.), The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary, 2018.

¹² *Sisson*, Politorbis 50, 3/2010, 11 (13), abrufbar unter www.eda.admin.ch/dam/eda/mehrsprachig/documents/publications/Politorbis/politorbis-50_EN.pdf (23.11.2018).

¹³ *swisspeace Essential 2/2016*, abrufbar unter www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/Essentials/Essential_2_2016_EN.pdf (23.11.2018).

¹⁴ *McEvoy*, Journal of Law and Society 34 (2007), 411–440.

¹⁵ *Shaw/Waldorf* (Hrsg.), Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities After Mass Violence, 2010; *McEvoy/McGregor*, Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change, 2008.

¹⁶ *Shmid*, Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law, 2016; *Franzki/Olarte*, in: *Buckley-Zistel/Koloma Beck/Braun/Mieth* (Hrsg.), Transitional Justice Theories, 2014, S. 201–221.

¹⁷ Ausführlich dazu: *Hayner*, The Peacemaker’s Paradox: Pursuing Justice in the Shadow of Conflict, 2018; *Bell*, in: *Ambos/Large/Wierda* (Hrsg.), Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development, 2009, S. 105.

¹⁸ Allgemeine Informationen zu den Ermittlungen in der Situation Uganda finden sich auf der Webseite des IStGH unter www.icc-cpi.int/uganda (23.11.2018).

¹⁹ Die Haftbefehle im Fall *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/05) wurden am 8.7.2005 versiegelt ausgestellt und am 13.10.2005 entsiegelt. Außer einer Person (Dominic Ongwen) sind alle Verdächtigten entweder verstorben oder noch immer flüchtig. Bis die Verdächtigten festgenommen und an den Sitz des Gerichts in Den Haag verlegt werden, bleibt der Fall in der Vorverfahrensphase.

sprache bot Präsident Museveni der LRA-Führung eine Amnestie an und die Regierung intervenierte auch beim IStGH bezüglich der bestehenden Haftbefehle gegen die Führer der LRA, welche ein Hindernis für die Verhandlungen mit der Rebellenorganisation darstellten. Doch die enge Auslegung von Art. 53 IStGH-Statut durch den Chefankläger des IStGH²⁰ und die Entscheidung betreffend der Zulässigkeit der Sache nach Art. 17 IStGH-Statut vom März 2009²¹ zeigen, dass die Frage, ob IStGH-Verfahren allenfalls anderen Interessen, wie zum Beispiel der Friedensfindung, entgegenstehen könnten, in der Rechtsprechung der Gerichtshofes bisher keine wichtige Rolle gespielt haben. Erwähnenswert ist, dass die beiden Delegationen in Juba versucht hatten, die Fragen der Strafverfolgung und der Vergangenheitsaufarbeitung in den Entwurf des Abkommens aufzunehmen, welche mit dem vorgeschlagenen Justizmechanismus durchaus eine Alternative zum Strafverfahren vor dem IStGH darstellen kann.²² Vorgesehen waren einerseits die Schaffung einer Art Wahrheitskommission und die Einrichtung einer Sonderabteilung des Obersten Gerichtshofs von Uganda, welche sich mit den internationalen Verbrechen befassen sollte, sowie Wiedergutmachung und Versöhnung durch traditionelle Justizmechanismen.²³ Einige der geplanten Mechanismen wurden trotz Scheiterns der Friedensverhandlungen umgesetzt, zum Beispiel die Schaffung einer speziellen Abteilung für internationale Verbrechen (International Crimes Division) am Obersten Gerichtshof Ugandas im Jahre 2008.²⁴

²⁰ Office of the Prosecutor of the ICC, Policy Paper on the Interests of Justice, 2007, abrufbar unter www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf (23.11.2018).

²¹ Vgl. IStGH, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute v. 10.3.2009 – ICC-02/04-01/05-377 (The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti), abrufbar unter www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01678.PDF (23.11.2018).

²² Gissel, International Journal of Transitional Justice 9 (2015), 428–448 (434 ff.); Hayner (Fn. 17), S. 39.

²³ Siehe: Agreement on Accountability and Reconciliation between the Government of the Republic of Uganda and the LRA/M vom 29.6.2007, abrufbar unter https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070629_AgreementonAccountabilityReconciliation.pdf (23.11.2018) und der Anhang (Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation), abrufbar unter https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_080219_Annexure%20to%20the%20Agreement%20on%20Accountability%20and%20Reconciliation.pdf (23.11.2018).

²⁴ Vgl. dazu: Hayner (Fn. 17), S. 39. Vor der „International Crimes Division of the High Court of Uganda“ wurden seit 2008 neun Fälle verhandelt, wobei nur eine Anklage einen Kommandanten der LRA betraf. Mehr dazu: Uganda Law Society (ULS), The International Crimes Division of the High Court of Uganda: Towards Greater Effectiveness, S. 16 abrufbar unter:

In Kenia waren die Verhandlungen zwischen dem Orange Democratic Movement (ODM) und der Party of National Unity (PNU), welche die massiven Gewaltausbrüche nach den Wahlen von Dezember 2007 beenden sollten, mit Hilfe internationaler Vermittlung schon weit fortgeschritten, als der IStGH mit seinen Ermittlungen begann. Im Unterschied zu den Verhandlungen zwischen der Ugandischen Regierung und der LRA fand man im Rahmen der Verhandlungen in Kenia (Kenia National Dialogue and Reconciliation) zu einer politischen Lösung.²⁵ In Kenia setzte die Regierung zudem schon im Februar 2008 eine nationale Ermittlungskommission ein, welche die Gewaltausbrüche nach den Wahlen untersuchte, die „Commission of Inquiry on Post Election Violence“ (CIPEV) unter der Leitung von Richter Waki (auch Waki Kommission genannt).²⁶ In ihrem Bericht, welcher Präsident Mwai Kibaki und Premierminister Raila Odinga am 15.10.2008 übergeben wurde, empfahl die Waki Kommission die Bildung eines gemischten Sondergerichtshofes (Special Tribunal for Kenya), welcher die Hauptverantwortlichen für die nach den Parlamentswahlen von 2007 begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Verantwortung ziehen sollte. Um der Aufforderung nach der raschen Schaffung dieses Gerichtes Druck zu verleihen, überreichte die Kommission eine Liste der mutmaßlichen Täter an den internationalen Mediator, Kofi Annan, mit der ausdrücklichen Aufforderung, diese dem Chefankläger des IStGH zu übergeben, falls das kenianische Parlament die gesetzliche Grundlage für den Sondergerichtshof nicht in der vorgesehenen Frist schaffen sollte.²⁷ Im Juli 2009 überreichte Kofi Annan den versiegelten Umschlag mit den Namen der Verdächtigten dem damaligen Chefankläger, Luis Moreno-Ocampo, der auch die Unterlagen der Waki Kommission erhielt.²⁸ Diese Unterlagen

http://www.uls.or.ug/site/assets/files/1355/the_international_crimes_division_of_the_high_court_of_ugandatowards_greater_effectiveness.pdf (23.11.2018).

²⁵ Vgl. dazu Gissel, International Journal of Transitional Justice 9 (2015), 428–448 (434 ff.).

²⁶ Tull/Weber, Stiftung Wissenschaft und Politik, 2016, S. 14, abrufbar unter:

http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2016S02_tll_web.pdf (23.11.2018).

²⁷ Gissel, International Journal of Transitional Justice 9 (2015), 428–448 (445).

²⁸ Report of the Commission of Inquiry on Post Election Violence, S. 473: „Sollte entweder keine Vereinbarung über die Errichtung des Sondergerichtshofs unterzeichnet werden, das Statut des Sondergerichtshofs nicht in Kraft treten, oder das Sondergericht nicht wie oben [im Waki-Bericht] vorgesehen seine Tätigkeit aufgenommen haben, so wird eine Liste mit Namen und einschlägigen Informationen über die Personen, bei denen vermutet wird, dass sie die höchste Verantwortung für Straftaten tragen, die in die Zuständigkeit des vorgeschlagenen Sondergerichtshofs fallen, an den Chefermittler des Internationalen Strafgerichtshofs weitergeleitet.“ [inoffizielle Übersetzung der Verfasserinnen]. Originaltext: „If either an agreement for the establishment of the Special Tribunal is not signed, or the Statute for the Special Tribunal

bildeten ein wichtiges Element der Ermittlungen nach Art. 13 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut, welche offiziell im März 2010 begannen.²⁹ Als Folge wurde auch der damalige Finanzminister Uhuru Muigai Kenyatta 2011 angeklagt, wobei die Anklage wegen fehlender Beweise von der Vorverfahrenskammer nicht bestätigt, und das Verfahren 2015 eingestellt wurde.³⁰ Ungeachtet des vor dem IStGH anhängigen Verfahrens wurde Kenyatta 2013 zum Präsidenten der Republik Kenia gewählt.³¹ Viele afrikanische Regierungen protestierten gegen diese Anklage des IStGH: nebst Präsident Omar Al Bashir, hatte sich nun mit Präsident Kenyatta schon ein zweites afrikanisches Staatsoberhaupt vor dem IStGH zu verantworten.³² Im Einigungsabkommen, welches aus den Verhandlungen von 2008 resultierte, war auch die Schaffung einer Wahrheitskommission vorgesehen.³³ Diese Wahrheits-, Gerechtigkeits- und Versöhnungskommission (Truth, Justice and Reconciliation Commission of Kenya, TJRC) wurde bereits 2008 geschaffen³⁴ und hat ihre Tätigkeit 2009 aufgenommen. Ihren Schlussbericht hat sie dem Parlament 2013 vorgelegt, doch der Bericht wurde bis heute nicht publiziert, wie es gesetzlich eigentlich vorgesehen wäre.³⁵ Es bleibt

fails to be enacted, or the Special Tribunal fails to commence functioning as contemplated above, or having commenced operating its purposes are subverted, a list containing names of and relevant information on those suspected to bear the greatest responsibility for crimes falling within the jurisdiction of the proposed Special Tribunal shall be forwarded to the Special Prosecutor of the International Criminal Court. The Special Prosecutor shall be requested to analyze the seriousness of the information received with a view to proceeding with an investigation and prosecuting such suspected persons.“, der Bericht ist abrufbar unter http://kenyalaw.org/Downloads/Reports/Commission_of_Inquiry_into_Post_Election_Violence.pdf (23.11.2018).

²⁹ Siehe dazu die Website des IStGH abrufbar unter www.icc-cpi.int/kenya (23.11.2018).

³⁰ IStGH, Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta v. 13.3.2015 – ICC-01/09-02/11-1005 (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta), abrufbar unter www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02842.PDF (23.11.2018).

³¹ Lynch, Current History 114 (2015), 183–188; Mueller, Kenya and the International Criminal Court (ICC): politics, the election and the law, Journal of Eastern African Studies 8 (2014), 25–42.

³² Hellwig-Bötte, SWP Aktuell 73 (2013), 1–4.

³³ Kenya National Dialogue and Reconciliation: Statement of Principles on Long-term Issues and Solutions, abrufbar unter <https://peacemaker.un.org/kenya-statementlongtermissues2008> (23.11.2018), S. 3.

³⁴ Art. 48 des Truth, Justice, and Reconciliation Commission Act, TJRC Act 2008 (as Amended), abrufbar unter <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/tjrc-core/25> (23.11.2018).

³⁵ Der Bericht der TJRC und weitere Dokumente sind deshalb nur auf der Website der Seattle Universität abrufbar unter

umstritten, inwieweit die Ermittlungen des IStGH die Vergangenheitsbewältigung in Kenia beeinflusst haben, und ob das Damoklesschwert allfälliger IStGH-Ermittlungen zu friedlicheren Wahlen in den Jahren 2013 und 2017 beigetragen hat.

In der Forschung wird insbesondere kritisiert, dass der Erlass von Haftbefehlen gegen Angehörige wichtiger Verhandlungsparteien den lokalen Akteuren die Kontrolle über ihre eigene politische Agenda streitig mache und dadurch andere, alternative Möglichkeiten, Aspekte der Vergangenheitsarbeit in Friedensabkommen aufzunehmen, praktisch ausgeschlossen würden.³⁶

IV. Neue Ansätze in der Planung und Umsetzung völkerstrafrechtlicher Mechanismen

In der neueren Forschung zu Transitional Justice stellt sich schon länger die Frage, wie Völkerstrafrecht konfliktensensitiver und konflikttransformativer wirken kann, beziehungsweise wie Prinzipien, die in der Friedensförderung und in der Entwicklungszusammenarbeit schon lange anerkannt sind, bei der Planung und Umsetzung von völkerstrafrechtlichen Mechanismen auf nationaler und internationaler Ebene einbezogen werden können.³⁷ Diese Debatte greift einerseits die Frage auf, wie verhindert werden kann, dass strafrechtliche Prozesse negative Folgen haben, und andererseits, wie diese Prozesse so ausgestaltet werden können, dass sie die strukturellen Konfliktursachen angehen. Ein wichtiger Beitrag eines konfliktensensitiven und konflikttransformativen Ansatzes ist, dass systematisch hinterfragt wird, wie strafrechtliche Verfahren die gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse des Kontextes beeinflussen, in dem sie stattfinden.³⁸

Es ist nicht zu bestreiten, dass der IStGH und die internationale Strafjustiz insgesamt im Moment in einer Krise stecken. Diese beschränkt sich nicht nur auf das problematische Verhältnis des IStGH zu einigen afrikanischen Staaten³⁹,

<https://digitalcommons.law.seattleu.edu/tjrc-core/> (23.11.2018).

³⁶ Mehr dazu in: Nouwen, Complementarity in the Line of Fire. The Catalysing Effect of the ICC in Uganda and Sudan, 2013; Apuuli, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 801–813; Branch, Ethics and International Affairs 21 (2007), 179–198; Gissel, International Journal of Transitional Justice 9 (2015), 428–448 (438 ff.).

³⁷ Vgl. dazu: Lambourne, The International Journal of Transitional Justice 3 (2009), 28–48; Gready/Robins, The International Journal of Transitional Justice 8 (2014), 339–361; Haider (Fn. 3).

³⁸ Jones/Baumgartner/Gabriel, swisspeace Essential 02/2015, abrufbar unter www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/Essentials/Essential_2_2015_DwP_online_new_edition.pdf (23.11.2018).

³⁹ Vgl. Weber/Tull (Fn. 26); Rose/Ssekandi, Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos 4 (2007), 100–127, abrufbar unter www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/en_a05v4n7.pdf (23.11.2018).

sondern wird auch in der Forschung⁴⁰ immer wieder thematisiert. Vermehrt wird deshalb gefordert, dass die Übergangsgerechtigkeit und insbesondere das Völkerstrafrecht stärker kontextualisiert und den lokalen Gegebenheiten angepasst werden sollte,⁴¹ damit die Ergebnisse eine größere Akzeptanz finden und somit nachhaltiger sind.⁴² Bei der Entwicklung innovativer Antworten auf diese Kritik könnten Ansätze und Methoden hilfreich sein, welche in anderen Bereichen der Friedensförderung und in der Entwicklungszusammenarbeit entwickelt wurden, um in fragilen Kontexten nachhaltiger und konfliktsensitiver zu intervenieren.

1. Konflikt sensitivität

Konflikt sensitives Programm-Management (KSPM) wird in der Entwicklungszusammenarbeit schon seit den 1990er Jahren angewendet. Man geht dabei davon aus, dass jedes Programm, jede so genannte Intervention, Teil eines (sozialen) Konflikt szenarios ist und dass Konflikt dynamiken nicht voraussehbar sind. Man stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit eine Intervention zur Gewaltprävention und zur friedlichen Transformation sozialer Konflikte beitragen kann.⁴³ Vermehrt wird das Konzept der Konflikt sensitivität auch in anderen Feldern angewandt,⁴⁴ zum Beispiel in der humanitären Hilfe,⁴⁵ in der Forschung,⁴⁶ und sogar in der

⁴⁰ Clark, *Distant Justice: The Impact of the ICC on African Politics*, 2018; Hayner (Fn. 17); Gissel, *International Journal of Transitional Justice* 9 (2015), 428–448.

⁴¹ Vgl. dazu zum Beispiel die Studie zu Sierra Leone von Mieth, *International Journal of Conflict and Violence* 7 (2013), 10–22.

⁴² Weinstein/Fletcher/Vinck/Pham, in: Shaw/Waldorf (Fn. 15), S. 27–48.

⁴³ Barbolet/Goldwyn/Groenewald/Sherriff, *The Utility and Dilemmas of Conflict Sensitivity 2005*; OECD (Hrsg.), *Helping Prevent Violent Conflict. The OECD DAC Guidelines, 2001*, abrufbar unter www.oecd.org/dataoecd/15/54/1886146.pdf (23.11.2018); Haider, *Conflict Sensitivity: Topic Guide, 2014*, abrufbar unter http://gsdrc.org/wp-content/uploads/2015/07/GSDRC_CS_topic_guide.pdf (23.11.2018).

⁴⁴ Zum aktuellen Stand der Diskussion vgl: Handschin/Abitol/Alluri (Hrsg.), *swisspeace Working Paper 2/2016*, abrufbar unter www.swisspeace.ch/assets/publications/downloads/Working-Papers/950ee9877e/Conflict-Sensitivity-Taking-it-to-the-Next-Level-Working-Paper-16-swisspeace-sabina_handschin-eric_abitol-rina_alluri.pdf (23.11.2018).

⁴⁵ Paffenholz/Reychler, *Aid for Peace: A Guide to Planning and Evaluation for Conflict Zones, 2007*; Stamm, *Conflict Dimensions of International Assistance to Refugees from Syria in Lebanon, 2013*.

⁴⁶ Swiss Academies of Arts and Sciences (Hrsg.), *Swiss Academies Reports 12 (5) 2017*, abrufbar unter www.akademien-schweiz.ch/dms/publikationen/12/report1205_ConflictSensitivity.pdf (23.11.2018).

Wirtschaft.⁴⁷ Auch internationale Organisationen wie die EU und die UNO wenden das Prinzip der Konflikt sensitivität an.⁴⁸ Durch Konflikt sensitivität werden Akteure, die in fragilen Kontexten intervenieren hinsichtlich ihrer Rolle und der möglichen politischen und sozialen Auswirkung ihres Handelns sensibilisiert. Ein konflikt sensitiver Ansatz basiert stark auf den Fähigkeiten der betroffenen Akteure, ihr Verhalten, ihre Aktivitäten und ihre Kommunikation darüber, was sie tun, an einen sich wandelnden Kontext anzupassen und ihr eigenes Handeln zu reflektieren.

Im Bereich der Transitionsjustiz und des Völkerstrafrechtes ist das Konzept konflikt sensitiver Planung und Umsetzung noch weitgehend unbekannt.⁴⁹ Oft wird sogar die Auffassung geäußert, dass sich die Justiz nicht um ihre Wirkung in dem betreffenden Kontext zu kümmern habe, dass sie sozusagen in einem „luftleeren“ Raum agiere. Dem ist nicht so. Völkerstrafrechtliche Mechanismen können, wie unten dargelegt wird, eine nicht zu unterschätzende politische und soziale Wirkung in Konflikt- und Postkonfliktgesellschaften entwickeln. Deshalb sollte bei der Planung und Umsetzung völkerstrafrechtlicher Mechanismen konflikt sensitiver vorgegangen werden. Dabei können die Verantwortlichen auf Erfahrungen aus der Friedensförderung und der Entwicklungszusammenarbeit zurückgreifen. Im Folgenden werden einige zentrale Elemente eines solchen Ansatzes benannt.

2. Konfliktanalyse

Im Rahmen konflikt sensitiver und konflikt transformativer Programmplanungen werden zunächst Kontextanalysen erstellt, um herauszufinden, wer die relevanten Akteure sind, wie sie eingebunden werden sollten und wie sie auf bestimmte Interventionen reagieren werden.⁵⁰ Des Weiteren sollten solche Analysen Aufschluss darüber geben, welche Faktoren eine Gesellschaft spalten könnten, so genannte „dividers“,

⁴⁷ Siehe hierzu u.a. Graf/Iff, *Conflict-Sensitive Business Review of Instruments and Guidelines, 2015*, abrufbar unter www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/Deliverable_3_ConflictSensitiveBusiness_InstrumentsandGuidelines.pdf (23.11.2018); *International Alert, Conflict-sensitive Business Practice: Guidance for Extractive Industries, 2005*, abrufbar unter www.international-alert.org/sites/default/files/Economy_2005_CSBPGuidanceForExtractives_All_EN_v2013.pdf (23.11.2018), Die Friedens-Warte, 79 (2004).

⁴⁸ Siehe hierzu u.a. das EU Conflict Sensitivity Resource Pack in: EU (Hrsg.), *Operating in Situation of Conflict and Fragility, 2015*, 120, abrufbar unter <https://europa.eu/capacity4dev/public-fragility/document/operating-situations-conflict-and-fragility-eu-staff-handbook> (23.11.2018).

⁴⁹ Arthur, *Identities in Transition: Developing Better Transitional Justice Initiatives in Divided Societies, 2009*.

⁵⁰ Mehr dazu in: Sandole/Byrne/Sandole-Staroste/Senehi (Hrsg.), *Handbook of Conflict Analysis and Resolution, 2008*; Cheldelin/Druckman/Fast (Hrsg.), *Conflict: From Analysis to Intervention, 2003*.

und welche Faktoren eher eine einigende Wirkung haben, also so genannte „connectors“ darstellen. Dabei spielen die Narrative, welche unterschiedliche Konfliktparteien entwickeln und verbreiten, eine wichtige Rolle. Der Beitrag der internationalen Justiz zu solchen Narrativen darf nicht unterschätzt werden. So gibt es zum Beispiel Studien zu der Frage, ob die vom Jugoslawien-Strafgerichtshof (JStGH) gefestigten Narrative die ethnische Identitätspolitik im Balkan intensiviert haben.⁵¹

3. „Do No Harm“-Prinzip

In der konfliktsensitiven Programmplanung spielt das so genannte „Do No Harm“-Prinzip eine wichtige Rolle. Es wurde ebenfalls im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit entwickelt aus der Erkenntnis heraus, dass entwicklungspolitische Projekte und humanitäre Hilfe ungewollt erheblichen Schaden verursachen können. Der Ansatz wurde durch die Analyse von Fallstudien aus dem Bereich der humanitären Hilfe erarbeitet.⁵² Allmählich hat sich das Prinzip auch im Rahmen der Friedensförderung durchgesetzt und gilt heute als wichtiger Maßstab bei der Planung und Umsetzung von friedensfördernden Maßnahmen.

Die negativen Folgen der internationalen Straffjustiz sind erst wenig erforscht. Eine Analyse, ob und in welchen Konstellationen gewalttätige Konflikte möglicherweise durch die Arbeit internationaler Gerichte verstärkt werden, würde sich lohnen, da daraus Lehren für zukünftige Mechanismen oder Verfahren gezogen werden könnten. So ergingen in der Endphase des JStGH einige umstrittene Freisprüche, welche die Spannungen in der Region sicherlich verstärkten: der Freispruch des ehemaligen hochrangigen bosniakischen Kommandanten Naser Orić im Jahr 2008 durch die Rechtsmittelkammer des JStGH führte zu extremen Reaktionen in Bosnien und Herzegowina,⁵³ ebenso wie der Freispruch der kroatischen Generäle Ante Gotovina und Mladen Markač und des Kommandanten der kosovarischen Befreiungsarmee (Kosovo Liberation Arm) Ramush Haradinaj Ende 2012. Diese Urteile lösten sehr unterschiedliche Reaktionen aus und trugen keineswegs zur Versöhnung in der Region bei.⁵⁴

Eine weitere unbeabsichtigte Wirkung völkerstrafrechtlicher Gerichtsverfahren ist die mögliche Retraumatisierung von Opfern, die als Zeugen aussagen.⁵⁵ Mögliche negative

Effekte für Opfer in strafrechtlichen Prozessen können auch eintreten, wenn die Anträge von Opfern zur Beteiligung in diesen Prozessen abgelehnt werden. Dies wurde zum Beispiel bei den Außerordentlichen Kammern in den Gerichten Kambodschas (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, ECCC) beobachtet, welche eine weitgehende Teilnahme für Opfer des Khmer Rouge Regimes als Nebenkläger ermöglicht. Im Rahmen des ersten Falles gegen den Angeklagten Duch, alias „Kaing Guek Eav“, wurde der Antrag von 24 Opfern zur Teilnahme als Nebenkläger erst durch das Urteil in der ersten Instanz abgelehnt.⁵⁶ Diese Opfer hatten zum Zeitpunkt dieses Urteils bereits seit sieben Monaten an den Gerichtsverhandlungen teilgenommen. Obwohl der Antrag von neun dieser 24 Opfer auf Berufung letztendlich angenommen wurde,⁵⁷ haben Studien gezeigt, dass diese Erfahrung für die Opfer sehr schmerzhaft war.⁵⁸ Neuere Forschungen zeigen, dass einige Opfer bis heute nicht wissen, dass ihr Antrag zur Beteiligung als Nebenkläger abgelehnt wurde.⁵⁹ Dieses Beispiel zeigt, dass das Erarbeiten und regelmäßige Aktualisieren einer „Do No Harm“-Strategie für die Einbeziehung und Teilnahme von Opfern in Gerichtsverfahren, sei es als Zeugen⁶⁰ oder als Nebenkläger, unabdingbar ist.

4. Wirkungsmessung

Ein wichtiger Aspekt der konfliktsensitiven und konflikttransformativen Friedensförderung ist die Wirkungsmessung. Die 1991 vom Komitee für Entwicklungshilfe der Organisation für wirtschaftliche Entwicklung und Zusammenarbeit (OECD DAC) für die Evaluierung von Programmen und Projekten der Entwicklungszusammenarbeit formulierten Kriterien⁶¹ werden heute auch im Bereich der Friedensförde-

⁵⁶ Jones/Baumgartner/Teršelič/Refaeil/Sisson (Fn. 54).

⁵⁷ ECCC (Supreme Court Chamber), Urte. v. 3.2.2012 – 001/18-07-2007/ECCC/SC, Rn. 535–629, abrufbar unter www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/Cas_e%20001AppealJudgementEn.pdf (23.11.2018).

⁵⁸ Stover/Balthazard/Koenig, International Review of the Red Cross 93 (2011), 503–546, abrufbar unter www.icrc.org/en/download/file/13954/irrc-882-stover-balthazard-koenig.pdf (23.11.2018); Williams/Bernath/Tann/Kum, Justice and Reconciliation for the Victims of the Khmer Rouge? Victim Participation in Cambodia's Transitional Justice Process, 2018, abrufbar unter www.uni-marburg.de/cambodia-victimhood (12.12.2018); Jasini/Phan, Cambridge Review of International Affairs 24 (2011), 379–401.

⁵⁹ Williams/Bernath/Tann/Kum (Fn. 588).

⁶⁰ UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Prosecution Initiatives, 2006, S. 19, abrufbar unter www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutions.pdf (23.11.2018).

⁶¹ OECD (Hrsg.), DAC Principles for Evaluation of Development Assistance Development Assistance Committee, 1991, abrufbar unter www.oecd.org/dac/evaluation/2755284.pdf (23.11.2018).

⁵¹ Haider (Fn. 3), S. 13 f.

⁵² Anderson, Do No harm: How Aid Can Support Peace – or War, 1999.

⁵³ Haider (Fn. 3), S. 14.

⁵⁴ Jones/Baumgartner/Teršelič/Refaeil/Sisson, swisspeace Working Paper, 2014, abrufbar unter www.swisspeace.ch/assets/publications/downloads/Working-Papers/960213a9e1/Acquittal-of-Gotovina-and-Haradinaj-Working-Paper-14-swisspeace-briony_jones-elisabeth_baumgartner.pdf (23.11.2018).

⁵⁵ Barsalou, Trauma and Transitional Justice in Divided Societies, 2005, abrufbar unter www.usip.org/publications/2005/04/trauma-and-transitional-justice-divided-societies (23.11.2018); Dembour/Haslam, European Journal of International Law 15 (2004), 151–77.

rung angewendet.⁶² Während die Frage der Wirkung von Mechanismen der Übergangsjustiz in der Forschung schon länger diskutiert wird,⁶³ stellt sich auch in diesem Arbeitsbereich die Frage, ob die gängigen Kriterien der Wirkungsmessung, nämlich die Relevanz, Effektivität, Effizienz, Wirkung und Nachhaltigkeit auch bei der Planung und Umsetzung von Transitional Justice Mechanismen, wie internationalen oder hybriden Gerichten, Wahrheitskommissionen und Wiedergutmachungsprogrammen, Anwendung finden.

Die Frage, wie nachhaltig und effektiv völkerstrafrechtliche Mechanismen sind, ist noch wenig erforscht. Sicherlich ist eine Wirkungsmessung in diesem Bereich auch schwierig und es stellt sich die Frage, woran der Erfolg im Völkerstrafrecht gemessen wird.⁶⁴ Grundsätzlich geht es darum, herauszufinden, ob mit einer bestimmten Maßnahme das gewünschte Ziel erreicht wird, respektive, ob Mechanismen der Übergangsjustiz zur Wirkung führen, die bei ihrer Schaffung versprochen wurden, oder ob sie gar, wie oben besprochen, eine gegenteilige, schädliche Wirkung entfalten.

V. Schlussbemerkungen

Die *Verfasserinnen* plädieren dafür, dass bei der Errichtung internationaler Strafgerichte sowie fortlaufend begleitend zu deren Tätigkeit sorgfältiger als derzeit geprüft wird, ob die Prozesse und Mechanismen negative Folgen haben und wie solche schädlichen Effekte gegebenenfalls verhindert werden könnten. Die über Jahrzehnte entwickelten Instrumente der Konfliktsensitivität und Konflikttransformation bieten sich für solche Analysen an. In der humanitären und entwicklungspolitischen Arbeit sind sie längst etabliert und aus dieser nicht mehr wegzudenken. Damit ließe sich das Potenzial solcher Justizprozesse und -mechanismen besser vorhersagen; es könnten Anpassungen vorgenommen werden, um unbeabsichtigten Schaden zu vermeiden. Durch die Anwendung eines konfliktsensitiven Ansatzes können Akteure, die an Übergangsjustiz und Konfliktsensitivität beteiligt sind, ihre Interventionen so gestalten und implementieren, dass potenzielle negative Folgen vermieden oder zumindest minimiert werden und damit ein nachhaltiger Beitrag zur Friedensförderung geleistet werden kann.⁶⁵

⁶² OECD (Hrsg.), *Evaluating Peacebuilding Activities in Settings of Conflict and Fragility: Improving Learning for Results*, 2012, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264106802-en> (23.11.2018); *Ernstorfer/Jean*, *Alternative Approaches to Evaluating Peacebuilding Initiatives: Critical Insights from CDA's Experience Implementing RPP Infused Evaluability Assessments and Program Quality Assessments*, 2014.

⁶³ Zum Beispiel: *Hazan*, *International Review of the Red Cross* 88 (2006), 19–47.

⁶⁴ Vergleiche dazu ausführlich: *Akhavan*, *American Journal of International Law* 95 (2001), 7–31; *ders.*, *American Journal of International Law* 102 (2008), 123–159; *Thoms/Ron/Paris*, *International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010), 329–354.

⁶⁵ *Haider* (Fn. 3), 29.

Aktuelle Entwicklungen in der Strafverfolgung des Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts

Von Bundesanwalt beim BGH **Christian Ritscher**, Karlsruhe

I. Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof ist nach Art. 96 Nr. 1 bis 4 GG in Verbindung mit §§ 120 Abs. 1 Nr. 8 und 142a GVG die einzige originär für die Verfolgung von Völkerstraftaten zuständige Staatsanwaltschaft in der Bundesrepublik Deutschland.

Das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), das am Tag vor dem Inkrafttreten des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs in Kraft trat, stellt – in Abbildung des auch im Romstatut niedergelegten Völkergewohnheitsrechts – nunmehr in den §§ 6–12 den Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen *als solche* unter Strafe. Hervorzuheben ist hierbei insbesondere, dass es nach § 1 S. 1 VStGB keines innerdeutschen Anknüpfungspunktes bedarf, um eine Geltung des deutschen VStGB für Völkerstraftaten zu begründen. Vielmehr beansprucht das VStGB nach dieser Vorschrift universale Geltung unabhängig von der Nationalität der Täter, der Opfer und unabhängig vom Tatortstaat. Dieses so genannte Weltrechtsprinzip gilt für alle im VStGB kodifizierten Verbrechen mit Ausnahme des seit 1.1.2017 als § 13 neu in das VStGB eingefügten Aggressionsverbrechens, für das weiterhin gilt, dass die Tat eines nationalen Anknüpfungspunktes bedarf, da es insoweit kein konsentiertes Völkergewohnheitsrecht gibt.

II. Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof hat im Jahr 2008 in Gestalt des Referat S 4 eine so genannte „War Crimes Unit“ geschaffen, die personell von drei staatsanwaltschaftlichen Beamten im Jahr 2008 auf neun staatsanwaltschaftliche Beamtinnen und Beamte im Jahr 2018 erweitert worden ist. Ab Oktober 2018 wurde ein weiteres völkerstrafrechtliches Referat (S 6) eingerichtet, so dass die Zahl der insgesamt beim Generalbundesanwalt ausschließlich mit der Verfolgung von Völkerstraftaten befassten Staatsanwältinnen und Staatsanwälte zwischenzeitlich auf elf angewachsen ist. Die Geschäftsverteilung der beiden Referate ist im Wesentlichen nach Regionen vorgenommen worden.

III. Die Anfänge der jüngeren Strafverfolgung auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts beim Generalbundesanwalt liegen thematisch in der Region der Großen Seen in Afrika, vornehmlich in Ruanda und der Demokratischen Republik Kongo. In diesem Zusammenhang ist auf das Verfahren gegen den früheren ruandischen Bürgermeister Onesphore R. hinzuweisen, der schließlich im Jahr 2015 wegen Völkermordes gemäß § 220a StGB a.F., begangen im ruandischen Genozid des Jahres 1994, zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe (mit der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld) verurteilt worden ist.¹ Ein deutlich aktuelleres Geschehen hat das Strafverfahren gegen Dr. Ignace M. und Straton M. zum Gegenstand, das bis 2015 erstinstanzlich vor dem Oberlandesgericht Stuttgart geführt wurde. Hier ging es um die strafrechtliche Aufarbeitung von Kriegsgräueln der

Bürgerkriegsmiliz FDLR im Osten der Demokratischen Republik Kongo. Ignace M. wurde erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren wegen Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung und wegen der Beihilfe zu Kriegsverbrechen, Straton M. zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren wegen der Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung verurteilt.² Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig; die Revisionshauptverhandlung vor dem Bundesgerichtshof fand am 31.10.2018 statt, das Urteil soll am 20.12.2018 verkündet werden. Zur Entscheidung des zuständigen 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs wurden durch den Generalbundesanwalt unter anderem Fragen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit des Angeklagten Dr. Ignace M. nach § 4 VStGB, aber auch zur Bewertung der festgestellten Taten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. § 7 VStGB gestellt.

IV. Mit dem Beginn des so genannten Arabischen Frühlings verschob sich der Schwerpunkt der Ermittlungen des Generalbundesanwalts im Bereich des Völkerstrafrechts zunehmend auf den arabischen Raum, insbesondere den Nahen und Mittleren Osten. Im Jahr 2011 wurde ein Strukturermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) im Zusammenhang mit der Aufstandsbewegung in Syrien eingeleitet, das schließlich mit dem Ausbrechen des Bürgerkriegs in Syrien auf Kriegsverbrechen (§§ 8–12 VStGB) erweitert wurde. Dieses Ermittlungsverfahren richtet sich gegen unbekannte Tatverdächtige aller Konfliktparteien, die im Verdacht stehen, Straftaten nach dem VStGB in Syrien begangen zu haben. Mit dem Erstarken des „Islamischen Staats“ (ISIS) im Jahr 2014, der Ausrufung eines so genannten „Kalifats“ und dem Angriff auf den Irak wurde ein gesondertes Strukturermittlungsverfahren gegen unbekannte Angehörige der Organisation „ISIS“ eingeleitet, da Angehörige dieser Organisation im Verdacht standen und stehen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und – jedenfalls soweit es um die Verfolgung der Angehörigen der Religionsgruppe der Jesiden geht – auch Völkermord begangen zu haben.

Der Schwerpunkt der Ermittlungen im Strukturermittlungsverfahren „Syrien“ liegt derzeit auf der Ermittlung von Kriegsverbrechen, begangen durch das syrische Regime. Ein wichtiges Element dieser Ermittlungen ist die umfassende und systematische Auswertung der so genannten „Cäsar-Dateien“, einer Sammlung von über 25.000 Fotografien, die mehrere tausend Leichen zeigen, und von einem syrischen Militärfotografen außer Landes gebracht worden waren. Ausfluss dieses Strukturermittlungsverfahrens ist ein Ermittlungsverfahren gegen den Chef des syrischen Luftwaffengeheimdienstes Djamil Al-Hassan wegen des Verdachts der Begehung von Straftaten nach § 7 VStGB. Gegen Djamil Al-Hassan wurde zwischenzeitlich ein Haftbefehl des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs erwirkt. Gerade im

¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15; Revision verworfen durch BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – 3 StR 160/16.

² OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10.

Zusammenhang mit den so genannten „Cäsar-Dateien“ wurden aber auch weitere personenbezogene Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Im Zusammenhang mit dem Vorgehen von ISIS gegen die Jesiden hat der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof zwischenzeitlich zwei Haftbefehle gegen namentlich bekannte Angehörige des „Islamischen Staats“ erwirkt, die auch auf den dringenden Tatverdacht der Begehung eines Völkermordes (§ 6 VStGB) gestützt sind. Damit wurde – soweit bekannt – erstmals das Vorgehen des IS gegen die Jesiden im Nordirak und Syrien als Völkermord i.S.v. § 6 VStGB justiziell festgestellt. Die im Zusammenhang mit den Angriffen des „Islamischen Staats“ gegen die Jesiden laufenden Ermittlungen sind ausgesprochen aufwendig, bestehen sie doch nicht zuletzt in der systematischen Vernehmung aussagefähiger und aussagewilliger Angehöriger dieser Religionsgemeinschaft, die als sog. Kontingentflüchtlinge ab 2015 nach Deutschland gekommen sind. Diese Vernehmungen sind infolge der kaum vorstellbaren Leiden, die insbesondere jungen Jesidinnen durch Angehörige von ISIS zugefügt wurden, außerordentlich sensibel. Auch die diesjährige Friedensnobelpreisträgerin Nadia Murat wurde in diesem Rahmen bereits vernommen.

V. Im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Syrien sind daneben zahlreiche weitere Ermittlungs- und Strafverfahren eingeleitet bzw. durchgeführt worden. So ist nach Anklageerhebung durch den Generalbundesanwalt der Angeklagte Aria L. wegen Kriegsverbrechen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB (schwerwiegende herabwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer vom humanitären Völkerrecht geschützten Person) verurteilt worden, weil er sich neben auf Stöcke gespießten Köpfe enthaupteter gegnerischer Kämpfer posierend ablichten ließ.³ Diese Fotografien wurden später in sozialen Netzwerken verbreitet. Die im Revisionsverfahren gegen Aria L. ergangene Entscheidung, die sich mit wesentlichen Fragen des Falles, etwa zum Schutzbereich des § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB und zu den einzelnen Merkmalen des gesetzlichen Tatbestands des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB (etwa „Behandeln“ und „schwerwiegend“), befasst, ist mittlerweile veröffentlicht und hat weltweit Aufmerksamkeit erregt.⁴ Vergleichbare Verurteilungen wurden in weiteren Verfahren vor dem Kammergericht und dem OLG Stuttgart⁵, aber auch in Schweden und Finnland erzielt. Hierbei ist hervorzuheben, dass das Posieren mit Leichenteilen getöteter Kriegsgegner in der Art eines Großwildjägers sich zwischenzeitlich zu einem weit verbreiteten Phänomen in den so genannten sozialen Netzwerken entwickelt hatte. Die nunmehr auch international gefestigte Rechtsprechung, dass es sich bei diesem Verhalten um Kriegsverbrechen handelt, soll dazu beitragen, diesem viralen Phänomen Einhalt zu gebieten.

In einem weiteren Verfahren wurde der Angeklagte Ibrahim Al S. wegen der Entführung eines Mitarbeiters einer UN-Friedensmission wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen nach

§ 10 VStGB verurteilt;⁶ auf die Revision des Generalbundesanwalts hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart im Schuldspruch dahingehend berichtigt, dass die festgestellte Tat des Angeklagten nicht nur als Beihilfe, sondern als täterschaftlich begangenes Kriegsverbrechen zu werten ist, und die Sache zur neuen Entscheidung über den Strafausspruch an das Oberlandesgericht Stuttgart zurück verwiesen.⁷ Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat den Anführer einer lokalen Miliz in Aleppo/Syrien im September 2018 wegen Kriegsverbrechen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 3 VStGB (Folterung und Tötung einer vom humanitären Völkerrecht geschützten Person im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt) sowie wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld verurteilt.⁸ Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Gleiches gilt für die Verurteilung des deutschen Staatsangehörigen Abdelkarim El B., der wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung sowie wegen Beihilfe zu einer Straftat nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB (Folter), begangen als Mitglied des so genannten „Islamischen Staats“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren unter Einbeziehung einer früheren Verurteilung nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB verurteilt wurde.⁹

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die nach dem deutschen Strafrecht bestehende Verschränkung von Völkerstrafrecht und Terrorismusbekämpfung mit strafrechtlichen Mitteln. In § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist normiert, dass Vereinigungen, deren Zwecke oder Tätigkeiten darauf gerichtet sind, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen zu begehen, terroristische Vereinigungen i.S.d. deutschen Strafrechts sind. Anders als in anderen Ländern, in denen eine strikte Trennung zwischen dem Recht der Terrorismusbekämpfung einerseits und dem humanitären Völkerrecht andererseits besteht, ist durch diese Verschränkung gewährleistet, dass sich auch Personen, die Mitglieder terroristischer Vereinigungen sind, zu deren Agenda die Begehung von Völkerstraftaten zählt, selbst dann (nämlich wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung) zu bestrafen sind, wenn sie sich nicht selbst an den von ihrer Vereinigung begangenen Völkerstraftaten beteiligt haben. Diese Verschränkung bewirkt, dass das Engagement in Vereinigungen, die Völkerstraftaten begehen, umfassend strafrechtlich gewürdigt werden kann. Das ist insbesondere bei der Verfolgung von Angehörigen des sog. „Islamischen Staats“, die im Verdacht stehen, völkerstrafrechtliche Straftaten begangen zu haben, bedeutsam.

VI. Neben den genannten Verfahren im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in Syrien sowie im Irak führt der Generalbundesanwalt zahlreiche weitere Verfahren aus vielen Konfliktregionen der Welt, insbesondere aus (West-)Afrika, Afghanistan, Somalia, Sudan, aber auch der Ukraine und der Kaukasusregion.

³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16.

⁴ BGH, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17 = BGHSt 62, 272.

⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 – 6 - 32 OJs 9/17.

⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 20.9.2017 – 3 StE 5/16 - 4.

⁷ BGH, Urt. v. 23.8.2018 – 3 StR 149/18.

⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.9.2018 – III-5 StS 3/16.

⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.9.2018 – 5-3 StE 4/16-4-3/17.

Zu erwähnen sind auch die Entschlüsse des Generalbundesanwalts in den so genannten Drohnenfällen, in denen es insbesondere um die Frage des Status von Zivilpersonen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Zusammenhang mit einer Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB ging. Im Fall der so genannten „Gaza-Flottille“ hatte das Völkerstrafrechtsreferat des Generalbundesanwalts zahlreiche Fragen über völkerrechtliche Wirkungen einer Seeblockade und deren Bruch sowie die angemessenen Reaktionen hierauf zu beantworten. Die Publikation einer Übersetzung der Entschlüsse des Generalbundesanwalts in diesem Fall in die englische Sprache steht demnächst bevor.

Weitere neue Rechtsfragen auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts harren ihrer Beantwortung. So wird in jüngster Zeit die Frage diskutiert, ob es sich um einen Fall der Plünderung im Sinne von § 9 Abs. 1 VStGB handelt, wenn eine tatverdächtige Person in einer Konfliktregion als Angehörige einer Konfliktpartei das von anderen Konfliktparteien freigeräumte Haus eines Konfliktgegners zum Eigengebrauch übernimmt. Ungeklärte Fragen wirft auch die Anwendbarkeit des neu ins Gesetz eingefügten § 13 VStGB, der das Aggressionsverbrechen unter Strafe stellt, im Spannungsverhältnis von § 1 S. 2 VStGB zu § 9 Abs. 2 S. 2 StGB auf.

VII. Schließlich ist, um eine ungefähre Vorstellung vom derzeitigen Arbeitsanfall beim Generalbundesanwalt im Bereich Völkerstrafrecht zu vermitteln, darauf hinzuweisen, dass derzeit über 80 offene Ermittlungsverfahren aus dem Bereich des Völkerstrafrechts beim Generalbundesanwalt geführt werden, davon zwischen 35 und 40 Verfahren aus der Konfliktregion Syrien/Irak. Derzeit bestehen im Bereich des Völkerstrafrechts etwa 15 Haftbefehle, davon sind ca. zehn offen. Allein im Jahr 2018 sind bisher (Stand: Ende September 2018) etwa 400 Neueingänge und Neuanzeigen im Bereich des Völkerstrafrechts zu verzeichnen. Die Dynamik in der Entwicklung dieses Rechtsgebiets ist ungebrochen.

Judicial developments in the jurisprudence of the International Criminal Court in 2017–2018*

By Thomas Körner, Den Haag**

2017–2018 has seen judicial activity in all three divisions of the Chambers of the International Criminal Court ('Court' or 'ICC'). The Appeals Chamber issued its longest judgment yet, in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, et al. ("Bemba et al." case). Three cases are currently pending before Trial Chambers: the case of Prosecutor v. Bosco Ntaganda before Trial Chamber VI, the case of Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Chales Blé Goudé before Trial Chamber I and the case of Prosecutor v. Dominic Ongwen before Trial Chamber IX, as well as several ongoing reparation proceedings. The Pre-Trial section has seen a multitude of activity with the arrest warrant (and subsequent arrest) of Al-Hassan in the Mali situation, an Article 15 decision in the situation of Burundi as well as several further pending requests, such as an Article 15 request for the situation of Afghanistan.

This article will cover the judicial decisions issued in the period from May 2017 to May 2018.¹ The Appeals Chamber judgment in the case Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, rendered on 8 June 2018, will not be included in this article, as it is outside of the time frame. The representation of jurisprudence in this article is not exhaustive, not all decisions rendered by the Chambers of the Court will be discussed. Rather, the article attempts to highlight and summarise the most important decisions and show notable developments in the jurisprudence of the Court. It is hoped that the reader will be persuaded to look up further jurisprudence of the ICC (which can be found on the Court's official website²), as well as to read the full decisions discussed below – an exercise for which this article cannot be a substitution.

I. Appeals Chamber decisions in the Bemba et al. Case

Background. The Bemba et al. Case is the first 'Article 70' case tried by the Court. Article 70 is the provision in the

* Previous overviews of the Court's jurisprudence are available at ZIS 2008, 371; 2010, 726; 2011, 843; 2013, 130; 2015, 523; 2016, 813; 2017, 733 and 2018, 23 and 73, authored by Eleni Chaitidou and Franziska Eckelmans. This contribution is based on a presentation of the latest jurisprudential developments of the International Criminal Court, given at the annual meeting of German-speaking international criminal lawyers in Marburg on 9 June 2018.

** The author is an associated legal officer in a chamber of the International Criminal Court. The selection of the decisions and their representation are entirely the work and opinion of the author and do not reflect the official views of the Court.

¹ The article does not aim to provide a critical analysis of the rendered decisions, but an overview of jurisprudence. Accordingly, its style will be descriptive and commentaries will be kept to a minimum.

² www.icc-cpi.int (30.11.2018).

Rome Statute³ governing offences against the administration of justice. During the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo ("Bemba Case" or "Main Case") the accused, one of his counsels (Mr Kilolo), a case manager in the defence team (Mr Mangenda) and two further persons (Mr Babala and Mr Arido) interfered with witnesses in order to ensure that these witnesses would testify in favour of the accused, Mr Bemba. The Prosecution initiated proceedings under Article 70 of the Statute in respect of the tampering of fourteen witnesses.

On 19 October 2016, Trial Chamber VII convicted all five accused for offences against the administration of justice.⁴ Findings of guilt were pronounced with regard to (i) giving false testimony (Art. 70 [1] [a]), (ii) presenting evidence that the party knows is false or forged (Art. 70 [1] [b]) and corruptly influencing witnesses (Art. 70 [1] [c]) on various degrees of participation.⁵ On 22 March 2017, Trial Chamber VII issued its decision on sentencing.⁶ Therein, the Chamber imposed terms of imprisonment of varying degrees and fines for Mr Kilolo and Mr Bemba. Messrs Kilolo, Mangenda, Babala and Arido each had already spent 11 months in detention. Mr Bemba was, at that point in time, still in detention for purposes of the Main Case. For Messrs Kilolo and Mangenda, the imposed sentences of prison exceeded the 11 months (Mr Mangenda received a term of 2 years of imprisonment, Mr Kilolo a term of 2 years 6 months). The Chamber suspended both of the remaining terms of imprisonments under certain conditions.⁷

The decisions. Almost one year later, on 8 March 2018, the Appeals Chamber issued its judgments on the Appeal against the Bemba et al. Judgment⁸ and the Appeal against

³ Any Article cited without further specification is to be understood as being an Article of the Rome Statute.

⁴ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.).

⁵ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), pp. 455–457.

⁶ Trial Chamber VII, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13-2123-Corr (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.). For a detailed overview of the Bemba et al. Judgment and Sentencing Decision, see Chaitidou, ZIS 2016, 813 (832). A more concise summary can be found in Chaitidou, ZIS 2018, 23 (35).

⁷ Trial Chamber VII, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13-2123-Corr (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), pp. 98 and 99.

⁸ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74

the Bemba et al. Sentencing Decision⁹. The appeal judgments are very voluminous, the Bemba et al. Appeals Judgment alone covering nearly 700 pages. In deference to the size of the two decisions, this article will cover only the major and most important pronouncements made by the Appeals Chamber.

1. The Bemba et al. Appeals Judgment

The Appeals Chamber pronounced itself on a multitude of issues in its judgement. This article will cover the Appeals Chamber's findings on: (i) the scope of Article 70 (1) (b) of the Statute; (ii) the affirmation of the evidence approach taken by Trial Chamber VII; (iii) Articles 69 (7) and 69 (8); (iv) the lawyer-client privilege and its exceptions and (v) certain evidentiary matters.

a) Trial Chamber VII convicted Messrs Bemba, Kilolo and Mangenda under Article 70 (1) (b) for having presented the false evidence of 14 corruptly influenced witnesses as co-perpetrators under Article 25 (3) (a).¹⁰ In its analysis regarding this point, the Trial Chamber first stated that the person committing the offence must be a person having "the right to present evidence to a chamber in the course of proceedings before the Court."¹¹ It then proceeded to define "false" and "forged" evidence,¹² with all types of evidence, including oral testimony, falling under the scope of Article 70 (1) (b)¹³ and stated that the actus reus of the offence is the presentation of said evidence.¹⁴ This presentation of false evidence was fulfilled, in the Chamber's view, with the calling of the cor-

rupted witnesses by Mr Kilolo, "whom he had coached extensively and illicitly in advance of their testimony, and presented their evidence knowing that they would testify falsely".¹⁵

The Appeals Chamber did not follow this interpretation in its judgment. First, it agrees with the Trial Chamber that the focus of the provision is on the act itself, the *presenting* of false evidence and not so much on who gives this presentation.¹⁶ However, according to the Appeals Chamber a person cannot "present" false or forged oral testimony since "presentation" means the introduction of the evidence into the proceedings¹⁷ and, in case of oral testimony, this act – the introduction – is done by the witness him- or herself and not by the party calling the witness or questioning him or her. The Appeals Chamber elaborates: "[w]hile the calling party may hope or anticipate that the witness will lie before the chamber, it remains the independent decision of the witness to do so when he or she gives evidence in the court. The actual 'presentation' of testimonial evidence is therefore not an act of the party, but an autonomous act that can only be made and controlled by the witnesses him- or herself." It concludes by stating that "a party calling a witness can hope for a certain result but cannot 'know' that the evidence, which does not yet exist, is false or forged within the terms of article 70 (1) (b)".¹⁸ Consequently, the Appeals Chamber overturned the convictions of Messrs Bemba, Kilolo and Mangenda in respect of Article 70 (1) (b).

of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.). Judge Geoffrey Henderson appended a separate opinion, ICC-01/05-01/13-2275-Anx.

⁹ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.).

¹⁰ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), pp. 455–456.

¹¹ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para 33. The Chamber then proceeds to define the members of a defence team who fall under this term (para. 34) and states that the accused falls also under the group of people who can commit an Article 70 (1) (b) offence (para. 35).

¹² Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 39–40.

¹³ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 38.

¹⁴ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 41.

¹⁵ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 830. The conduct is imputed to Messrs Bemba and Mangenda via the mode of co-perpetration of Article 25 (3) (a).

¹⁶ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 702.

¹⁷ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 703.

¹⁸ Both citations can be found at Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 709.

b) During the trial phase, Trial Chamber VII pronounced its approach on the assessment of evidence. It declared that it will consider the relevance, probative value and potential prejudice of items of evidence at the end of the trial, during the deliberation stage of the judgment. Only when certain procedural requirements would impede the submission of evidence (such as Article 69 [7] or Rule 68 of the Rules of Procedure and Evidence), would the Chamber make a ruling upfront with regard to this specific point – still leaving the final weighing of the probative value of the evidence to the deliberation stage.¹⁹ In its judgment, the Trial Chamber explained that it considered all “recognised” submitted evidence and all corresponding objections in its deliberations. However, the Chamber’s admissibility approach does not mean that all of these items have been discussed in the judgment.²⁰

This approach was attacked by the appeal of the Defence teams, which argued that both, the lack of an individual case-by-case ruling regarding the admission of each item of evidence, as well as the deferral of any decision on admissibility until the judgment, violated, amongst others, the (fair trial) rights of the accused.²¹ In its judgment, the Appeals Chamber clarifies that the approach taken by the Trial Chamber was in conformity with the statutory prerequisites and did not cause undue prejudice to the accused. It considers that these requirements, especially Article 74 (2), do not mandate an individualised admission of each item of evidence.²² Further, the fact that the Trial Chamber assesses the relevance and probative value of the evidence at the end of the trial – at the deliberation stage, without any prior ruling on the relevance

or admissibility – does not, according to the Appeals Chamber, violate the accused’s fair trial rights.²³ The Appeals Chamber explains that the statutory scheme foresees the “submission” of evidence – not a mandatory ruling of admissibility for each item – and that these submitted items form the evidentiary basis for the decision under Article 74 (2). Therefore, the parties must “expect” that all submitted items can be considered by the Chamber for the decision on the guilt or innocence of the accused. Further, even if a Trial Chamber would render a decision on the relevance or admissibility during the trial, it would have to repeat the exercise at the final stage while having all the evidence before it, which would mean that the initial assessment by the Trial Chamber could change and no “certainty” would be created by it on which the parties could rely.²⁴

The approval of this evidentiary approach by the Appeals Chamber has substantial consequences for other trials pending before the Court. Two of three other proceedings currently at the trial stage use the same or a similar evidentiary approach.²⁵ Had the Appeals Chamber found that the approach installed by Trial Chamber VII was irreconcilable with the statutory framework, both proceedings in the Gbagbo/Blé Goudé and Ongwen case would have had to make profound re-adjustments to their evidentiary systems. However, the judgment by the Appeals Chamber was not unanimous on this point. Judge Henderson disagrees with this approach,²⁶ stating that in his view such approach would violate the fair trial rights of the accused.²⁷

¹⁹ Trial Chamber VII, Decision on Prosecution Requests for Admission of Documentary Evidence ICC-01/05-01/13-1013-Red, ICC-01/05-01/13-1113-Red, ICC-01/05-01/13-1170-Conf), 24 September 2015, ICC-01/05-01/13-1285 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 9, 13.

²⁰ Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 193.

²¹ The approach of an individualised ruling about an item’s admissibility was, up until then, the approach of the previous Trial Chambers.

²² Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 578. In paragraphs 576–599, the Appeals Chamber proceeds to explain that the statutory scheme provides for the “submission” of evidence. While a trial chamber can – and in certain cases must – provide a ruling on the admissibility of an item of evidence, this is independent from the entirety of the evidence which is “submitted” and form the base for the judgment of the trial chamber, pursuant to Article 74 (2). Further, such approach does also not violate the requirements for a reasoned decision, pursuant to Article 74 (5).

²³ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 607.

²⁴ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 608–609.

²⁵ See: Trial Chamber I, , Decision on the submission and admission of evidence, 29 January 2016, ICC-02/11-01/15-405 (The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé) and Trial Chamber IX, Initial Directions on the Conduct of the Proceedings, 13 July 2016, ICC-02/04-01/15-497 (The Prosecutor v. Dominic Ongwen).

²⁶ Bemba et al. Appeals Judgment, Separate Opinion of Judge Geoffrey Henderson, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Anx, pages 15–22.

²⁷ It may be harder for a reader trained in a country with a civil law tradition to understand why this evidentiary approach is so controversial, as it is more inspired by precisely this tradition. For an example which explains the reluctance

c) Another noteworthy issue on which the Appeals Chamber pronounced itself is the spheres of international and national law and the degree to which they can overlap in the course of the trials before the Court. During the course of its proceedings, the Trial Chamber had to pronounce rulings on certain items concerning financial transactions and whether these items were inadmissible as evidence pursuant to Article 69 (7). Article 69 (8) of the Statute prohibits the court to rule on the application of a state's national law when deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by that state.

Since a criterion in the *chapeau* of Article 69 (7) mandates that evidence must have either been obtained in violation of the Rome Statute or internationally recognised human rights – and this might imply acts that have been performed according to national law²⁸ – the Trial Chamber tried to reconcile the seeming contradiction between the *chapeau* of Article 69 (7) and the prohibition prescribed by Article 69 (8). It stated that it “will review the application of national law only to the extent necessary to determine whether a violation occurred under Article 69 (7) of the Statute. In other words, the Chamber in these situations engages with national law solely to determine if something so manifestly unlawful occurred that it amounts to a violation of the Statute or internationally recognised human rights. If the Chamber cannot conclude that such manifestly unlawful conduct occurred at the national level, the Chamber is not permitted to further examine whether a mere infringement of domestic rules of procedure transpired.”²⁹

The Appeals Chamber did not follow this approach, specifying that “[A]rticle 69 (8) of the Statute establishes an unequivocal separation between the national and international spheres in the respective competences of the Court and the State”.³⁰ Accordingly, the Appeals Chamber found that a chamber has no competence to assess whether there have been “manifest” violations of the national law when deciding

on the inadmissibility of evidence pursuant to Article 69 (7).³¹

After finding that no violation of the statute³² or internationally recognised human rights existed, the Appeals Chamber proceeded to control the proportionality of the interference in the right to privacy.

Since the bar of Article 69 (8) to assess national law is absolute, the Appeals Chamber stated that it would control whether the “applicable standard under international law for legitimate inferences with the right to privacy” was respected. Stating that this assessment is independent of a previous control by national courts, the Appeals Chamber proceeded and found that the interference was not disproportionate.³³

Lastly on this matter, the Appeals Chamber had to evaluate the effect of two decisions by national courts which had repealed two of the three authorisations to collect the financial transactions. The Trial Chamber found that, under reference of these domestic decisions, the right to privacy had been violated. The Appeals Chamber disagreed, explaining that domestic rulings “may be part of the relevant factual background for a determination on whether certain evidence is inadmissible on the grounds of article 69 (7) of the Statute” but that it was not for the Court to decide on the basis of “national law or domestic rulings interpreting and applying

rooted in a perceived dichotomy between the common and civil law systems, the separate opinion of Judge Henderson is instructive.

²⁸ E.g., in the specific case, the internationally recognised right to privacy was at issue. This right can be limited, but the interference must take place “in accordance with the law”.

²⁹ Trial Chamber VII, Decision on Requests to Exclude Western Union Documents and other Evidence Pursuant to Article 69 (7), 29 April 2016, ICC-01/05-01/13-1854 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 34.

³⁰ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 288.

³¹ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 296.

³² In an interesting side-note it needs to be mentioned that the Appeals Chamber confirmed the ruling by the Trial Chamber that violations to Part 9 of the Rome Statute, which contain the provisions on cooperation and judicial assistance, do not constitute violations of the Statute for the purposes of Article 69 (7). Reason is that Part 9 of the Statute addresses sovereignty concerns of the states and is not apt to protect the rights and interests of the individual. Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 318–319.

³³ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 332–339.

such national laws”.³⁴ After conducting its assessment, the Appeals Chamber found that the two domestic decisions did “not indicate that a violation of the Statute or internationally recognised human rights occurred”.³⁵

These findings were not unanimous: Judge Henderson explained in his opinion that he believed that a violation of the internationally recognised human right of privacy had occurred and that in the circumstances of this case, an inquiry into Austrian law was required. He also found that the interference was disproportionate to the right to privacy. However, Judge Henderson then proceeded to assess whether these violations justify the inadmissibility of the evidence under Article 69 (7) (b) of the Statute and concluded in the negative.³⁶

Despite finding that the Trial Chamber erred on certain points, the Appeals Chamber ultimately found that the Trial Chamber did not err in its conclusion that the disputed evidence was not inadmissible.

d) Part of the evidence used during trial was intercepted telephone calls between Mr Bemba and Mr Kilolo. The admissibility of this evidence was attacked by the Defence by asserting a violation of legal professional privilege, since Mr Kilolo was acting as Mr Bemba’s counsel during the commission of the offences. In the pre-trial phase of the case, the competent Single Judge of Pre-Trial Chamber II held that the privilege of client-lawyer communications emanating from Article 67 (1) (b) of the Statute and Rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence does not apply to situations where this communication is used for “furthering a criminal scheme, rather than to obtaining legal advice, the more so when [...] the counsel seems to be an accomplice in the scheme.”³⁷ During the Trial phase, Trial Chamber VII upheld this “crime-fraud exception” and ruled that the intercepted com-

munications could be used as evidence during the trial.³⁸ The Appeals Chamber agreed with the decisions by the lower chambers, citing the text of Rule 73 that the professional privilege covers communications made in the context of the professional relationship and concluding that it does, consequently, not extend to communications “that do not take place in the context of such professional relationship”. According to the Appeals Chamber,³⁹ activities made in the context of the implementation of a criminal activity fall outside of the professional relationship and are therefore never covered by Rule 73 of the Rules and the professional privilege.⁴⁰

Furthermore, the Appeals Chamber made other noteworthy findings regarding procedural matters in its judgment.

With regard to the standard of review for factual errors, the Appeals Chamber repeated the – up to then⁴¹ – standard of review that it would determine whether a reasonable Trial Chamber could have been satisfied as to the finding in question. The Appeals Chamber explains that the determination of which factual finding was reasonable is guided by the strength of the underlying evidence: in cases of weak or contradictory evidence, the Trial Chamber has to explain in a more thorough manner how it came to a specific factual conclusion and this explanation will be of greater significance in the determination whether this conclusion was reasonable.⁴²

³⁴ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 342.

³⁵ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 343–346.

³⁶ Bemba et al. Appeals Judgment, Separate Opinion of Judge Geoffrey Henderson, ICC-01/05-01/13-2275-Anx, paras 5–37.

³⁷ Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s “Request for judicial order to obtain evidence for investigation under Article 70” 3 February 2014, ICC-01/05-52-Red2 (Situation in the Central African Republic), para. 3.

³⁸ Trial Chamber VII, Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material, 16 September 2015, ICC-01/05-01/13-1257 (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 13.

³⁹ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 431–435.

⁴⁰ The Appeals Chamber further explains that the determination whether a communication is made in the context of a professional relationship between a client and a counsel must not be determined in isolation but in view of all available information. Further, communications which are not made in the context of a professional relationship (because they relate, for instance, to criminal activity) do not gain status as privileged because other parts of the communication are not made with furtherance to criminal activities and are therefore covered by the Rule 73 privilege. See, paragraph 439.

⁴¹ It appears that this standard was changed by the majority of the Appeals Chamber in The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Red. It remains to be seen if this reversal of standard of review will be the new standard or if future judgments will revert back.

⁴² Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo

This means that not only the relevant evidence but also the argumentation and extend of analysis provided by a trial chamber is determinative of the reasonableness of a factual finding.

Similarly, the Appeals Chamber held that the obligation emanating from Article 74 (5) of the Statute to provide a reasoned decision does not mean that the Trial Chamber is required to exhaustively address “each and every factor” which came before it. Rather, “[i]t must be clear from the Trial Chamber’s decision which facts it found to have been established beyond reasonable doubt and how it assessed the evidence to reaches these factual findings.” The Appeals Chamber states that it assumes that the Trial Chamber has evaluated all the evidence before it as long as there are no indications that a piece of evidence is completely disregarded. This, for example, is the case when evidence which is clearly relevant is not addressed by the Trial Chamber. However, the Appeals Chamber states that a trial chamber has “a degree of discretion as to what to address and what not to address in its reasoning.”⁴³

2. *The Bemba et al. Appeals Judgment on Sentencing*

In its judgment on the Trial Chamber’s sentencing decision, the Appeals Chamber confirmed the sentences with regard to Mr Babala and Arido. In respect of Messrs Bemba, Kilolo and Mangenda it reversed the sentences and remanded it back to Trial Chamber VII for a new determination. The Appeals Chamber found three substantial errors in the Trial Chamber’s sentencing decision with regard to (i) the weight accorded to the nature of the false testimony provided by the witnesses; (ii) the effect of the type of participation on the sentence and (iii) the Trial Chamber’s power to suspend sentences.

a) Assessment of the nature of the unlawful testimony. During the considerations of the gravity of the offences in the context of Article 70 (1) (a), the Trial Chamber took into consideration that the false testimony provided by the witnesses concerned matters other than the merits of the case.⁴⁴

Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 96–98.

⁴³ Appeals Chamber, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2275-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 102–106.

⁴⁴ Trial Chamber VII, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13-2123-Corr (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 115, 167 and 217.

While the importance of the issue on which false testimony is provided may be a factor in the assessment of the gravity, the Appeals Chamber found that the simple distinction (between lies which go to the merits of the case at hand and other matter) is an extraneous consideration for the assessment of the gravity of the crime. It explains that matters other than the merits of a case, such as issues of witness credibility, are equally important to the truth-seeking function of a trial chamber. Further, the Appeals Chamber points out that “merits” and “non-merits” of a case may not always be clearly distinguishable and that certain information might concern both. Accordingly, it does not consider that the fact that the testimony was false with regard to matters others than the merits of the case is in and of itself a factor for the gravity of the offense and found that the Trial Chamber erred in this regard.⁴⁵

b) Assessment of the mode of liability in the determination of the appropriate sentence. The Trial Chamber, when listing the factors it considered for the determination of an appropriate sentence, stated that it distinguished whether the participation of the convicted person was as a principal perpetrator or an accessory.⁴⁶

In its judgment on the appeal of the sentencing decision,⁴⁷ the Appeals Chamber pointed out that a mode of liability is generally indicative of a greater or lesser participation in a crime, depending on whether the person is a principal or accessory to a crime. The Appeals Chamber continues that this does however not signify that a principal perpetrator always deserves a higher sentence than an accessory to a crime.⁴⁸ The Appeals Chamber continues to analyse the way how the Trial Chamber used this distinction: it notes that (i) the sentences for the crimes which were committed as co-perpetrators were higher than the ones which were committed as an accessory; (ii) that the relevant factual findings for the different offences were essentially the same and (iii) that the Trial Chamber did not provide any further explanation how

⁴⁵ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 38–45

⁴⁶ Trial Chamber VII, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13-2123-Corr (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 145, 193 and 248.

⁴⁷ While the Trial Chamber made these considerations with regard to all three convicted persons, the Prosecution appealed this point only with respect to Mr Bemba and Kilolo. Accordingly, the Appeals Chamber limited its control of this issue to only the sentences against Mr Bemba and Mr Kilolo.

⁴⁸ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 60.

the distinction between principal and accessory perpetrator influenced the sentence. Given that the sentences for the crimes committed as an accessory were lower, the Appeals Chamber concludes that the Trial Chamber reduced the sentence only because of the mode of liability. This, according to the Appeals Chamber, amounts to an error.⁴⁹

c) The Trial Chamber's power to suspend sentences. In its decision on sentencing, the Trial Chamber stated that it had an inherent power to suspend sentences: it first notes that the statutory framework of the Rome Statute does not regulate the suspension of sentences and concluded that there is a *lacuna*. It then argued that it would be unfair for a convicted person to impose an unconditional prison sentence in cases where a chamber found that a suspended sentence would be more appropriate solely for the reason that the statutory scheme does not provide for this possibility. The Trial Chamber concluded by finding that it is inherent to the power of imposing and determining a sentence to also suspend such sentence.⁵⁰

The Appeals Chamber cited first to the notion of "inherent powers" in general and states that this concept should be invoked restrictively and – in principle – only with regards to procedural matters.⁵¹ It found that the Trial Chamber erred when finding that there was a *lacuna* in the statutory system: the Rome Statute and the related provision contain an exhaustive identification of types of penalties (which simply does not foresee a suspension of sentences).⁵² Accordingly, the Trial Chamber cannot invoke the notion of "inherent powers" to introduce the suspension of sentences.⁵³ Accordingly, the Appeals Chamber overturned the Trial Chamber also in this regard.

The Appeals Chamber then vacated the imposed sentences on Messrs Bemba, Kilolo and Mangenda and remanded

the decision back to Trial Chamber VII⁵⁴ to determine the sentence anew.⁵⁵

II. Decisions related to reparation proceedings

1. Trial Stage: Reparations Order in the Al Mahdi case

a) Background. On 27 September 2016, Trial Chamber VIII, after an admission of guilt by the accused, issued a decision on the conviction of Mr Ahmad Al Faqi Al Mahdi for the war crime of attacking protected objects as a co-perpetrator under Articles 8 (2) (e) (iv) and 25 (3) (a) of the Statute. Mr Al Mahdi was found guilty of attacking and destroying ten mausoleums in Timbuktu, Mali, and sentenced to nine years.⁵⁶

On 17 August 2017, Trial Chamber VIII issued its Reparations Order in the case.⁵⁷

This is the third reparations order issued by the Court.⁵⁸ In its decision, Trial Chamber VIII outlined first the importance of cultural heritage, making references to *amicus* submissions by the UNESCO and other organisations.⁵⁹ The Chamber then proceeded to repeat the principles and procedures for reparations which were established by the Appeals Chamber.⁶⁰ 139 victims applied for reparations via the Legal Representative for Victims, the Chamber identified three groups as relevant victims: the community of Timbuktu, the Malian population as a whole, as well as the international community as a whole. However, the Chamber states that it will only address the harm suffered by the first group, the community of Timbuktu, since addressing their harm would effectively

⁴⁹ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 61.

⁵⁰ Trial Chamber VII, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/13-2123-Corr (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), paras 40–41.

⁵¹ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 75.

⁵² In case of offences against the administration of justice, Article 70 (3) of the Statute.

⁵³ Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 8 March 2018, ICC-01/05-01/13-2276-Red (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.), para. 77.

⁵⁴ It must be noted that the possibility to remand the matter to the lower Chamber is not foreseen by the Rome Statute. The Appeals Chamber simply stated that it "considers that the power to remand follows from its power to reverse the sentence". It seems that the Appeals Chamber considers this to be an inherent power.

⁵⁵ The re-sentencing decision was issued by Trial Chamber VII on 17 September 2018: Decision Re-sentencing Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba and Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, ICC-01/05-01/13-2312. It is not discussed in this article, as it is outside of the time frame of this overview.

⁵⁶ Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi).

⁵⁷ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi).

⁵⁸ The two previous orders were issued in the Lubanga and Katanga cases.

⁵⁹ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 13–22.

⁶⁰ Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012, 3 March 2015, ICC-01/04-01/06-3129 (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo).

also address the broader harm suffered by the Malian and international community.⁶¹

b) Harm suffered. As to the specific harm suffered, the Chamber found that three kinds of harm were caused by the crimes for which Mr Al Mahdi was convicted and rejected the existence of two others. It rejected bodily harm and damage to property other than the buildings which were object of the attack.⁶² Regarding the bodily harm, the Chamber stated that it was impossible to tell if it was caused by the attackers of the mausoleums or by other people in a manner which the convicted person could've known or reasonably anticipated.⁶³ Regarding damages to property other than the mausoleums, victims alleged that they lost personal property as a result of the attack on the mausoleums, when fleeing Timbuktu in the wake of the attack. Similarly, the Chamber did not see itself in a position to establish the circumstances how exactly the harm was caused and therefore whether it was sufficiently foreseeable for Mr Al Mahdi that his acts and conduct would lead to this kind of damage.⁶⁴

Conversely, the Trial Chamber did establish that harm was caused by the damage to the mausoleums⁶⁵ as well as moral harm due to the attacks.⁶⁶ Regarding the former, the Chamber considered collective reparations to be appropriate, since the mausoleums belonged to the entire community of Timbuktu. The Chamber notes that the UNESCO had already rebuilt or restored the attacked mausoleums. It therefore concluded that appropriate measures are such which are aimed at rehabilitating the mausoleums and measures to promote non-repetition of such attacks.⁶⁷ With regard to the moral harm, the Trial Chamber VIII considered that mental pain and anguish and disruption of culture were established. As to the reparations for this kind of harm suffered, the Chamber ordered individual reparations for the mental pain and anguish suffered by those whose ancestors' burial sites were damaged in the attack and collective reparations for the

mental pain and anguish as well as the disruption of the culture of the Timbuktu community as a whole.⁶⁸

The third kind of harm the Trial Chamber found existed is more specific: the mausoleums also presented a source of economic income for certain groups.⁶⁹ These were guardians of the mausoleums, people maintaining them or certain business owners.⁷⁰ The Chamber awarded individual reparations to those whose livelihood *exclusively* depended on the mausoleums. For the more general economic harm suffered, collective reparations were awarded.⁷¹

c) Implementation of the order. Mr Al Mahdi's liability for the harm caused was estimated at 2.7 million euros.⁷² The Chamber provided guidance for the implementation of the reparation order via the Trust Fund for Victims.⁷³ Only one aspect of the numerous considerations shall be pointed out here: the extent to which traditional justice mechanisms should be used during the implementation of the order. The Chamber noted that these mechanisms play a paramount role in Timbuktu's culture. However, it also observes several submissions by the experts appointed for the reparations phase that these mechanisms have a history of discrimination, especially towards women. The Chamber merely notes this 'conflicting information' and decides not to rely on traditional justice mechanisms for the implementation of the order.⁷⁴ It further notes that so far only 139 applications for participation during the reparations phase had been received and considered that the potential number of victims in the case is significantly higher.⁷⁵

2. Appeals Stage: Judgment on the appeal against the Reparations Order in the Al Mahdi case

a) Background. On 17 August 2017, Trial Chamber VIII issued its Reparations Order in the Al Mahdi case (see above).⁷⁶ The Legal Representative of Victims in the case

⁶¹ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 51–56.

⁶² Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 93–103.

⁶³ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 97.

⁶⁴ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 102.

⁶⁵ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 60–67.

⁶⁶ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 84–92.

⁶⁷ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 67.

⁶⁸ ICC Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 85 and 90.

⁶⁹ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 72–83.

⁷⁰ Trial Chamber VIII cites to businesses who sell sand perceived as holy from the sites of the mausoleums.

⁷¹ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 81 and 83.

⁷² Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 109 and 123.

⁷³ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 135 and 148.

⁷⁴ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 147.

⁷⁵ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 141.

⁷⁶ Trial Chamber VIII, Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi).

appealed this order on two grounds. First, he argues that the Trial Chamber erred by limiting the individual reparations to those whose livelihoods exclusively depended upon the destroyed mausoleums and those whose ancestor's burial sites were damaged in the attack. Second, the LRV appealed the implementation plan which accorded the Trust Fund for Victims several powers during the execution of the Chamber's reparation order, especially with regard to the confidentiality of the information participating victims need to provide.

b) Determinations by the Appeals Chamber. On 9 March 2018, the Appeals Chamber issued its judgment on the appeal against the Reparations Order.⁷⁷ Regarding the first ground of appeal, the Appeals Chamber found that the Trial Chamber did not err in the exercise of its discretion when limiting the individual reparations to persons whose livelihood depended exclusively on the mausoleums.⁷⁸ In respect of the second ground of appeal raised by the Legal Representative for Victims, the Appeals Chamber only found an issue with the general parameters provided by the Trial Chamber in respect of the screening process of the victims applying for individual reparations. It considered that the delegation of tasks to the Trust Fund for Victims in the implementation of the order was relatively limited. Specifically at issue was the task by the Trust Fund to determine whether any applying victim is part of the group eligible for individual reparations.⁷⁹ The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber maintains oversight of the process and will eventually endorse the result of the screening by the Trust Fund and amend it, if necessary. The Appeals Chamber concludes by stating that the Trial Chamber's delegation of tasks is in conformity with the statutory requirements but stresses that, in case administrative decisions by the Trust Fund are challenged, it is part of the Chamber's judicial functions to make a final determination. This means in cases where victims are found not eligible for individual reparations, they are entitled to request a decision by the Chamber to review this decision.⁸⁰ However, the Appeals Chamber found an error related to the confidentiality of the applicants' information. After a short admonishment that the Legal Representative for Victims did not substantiate this point of this appeal, the Appeals Chamber nevertheless considered the merits of this point.⁸¹ According to the Appeals Chamber, the Trial Chamber erred in ordering victims who

are applying for individual reparations with the Trust Fund for Victims to reveal their identity to the convicted person as a pre-condition for this application. When deciding on the availability of information concerning victims for the defence, the Trial Chamber has a degree of discretion. However, the Appeals Chamber found that the Trial Chamber failed to justify why applicants had already to disclose their identity during the screening process and reversed the Reparation Order in this regard. However, the identities of applying victims must be made available to the Trust Fund for Victims, since it is the Trust Fund who will conduct the screening procedure.⁸² Consequently, the Appeals Chamber amended the Reparations Order in the Al Mahdi case accordingly.

3. Appeals Stage: Judgment on the appeals against the Reparation Order in the Katanga case

a) Background. On 24 March 2017, Trial Chamber II issued its order on reparations in the Katanga case.⁸³ Therein, it declared that an individual analysis of all 341 applications for reparations was required to fulfil the elements which the Appeals Chamber identified as necessary for a reparation order.⁸⁴ These individual analyses were put in an annex to the order while explaining the general approach of the analysis in the order itself.⁸⁵ In the order, the Chamber evaluated the specific harms and determined specific amounts for the compensation for each identified harm.⁸⁶ For the 297 applications which the Chamber deemed eligible for reparations, the Chamber considered it appropriate to award individual reparations⁸⁷ (The Chamber further determined that additionally collective reparations were appropriate.).

Trial Chamber II further rejected, amongst others, the application of 5 victims for transgenerational harm caused by the attack which formed the foundation of the conviction of Mr Katanga. The Chamber found that, even while stating that the victims in question suffered "in all likelihood from transgenerational psychological harm", that there is no suffi-

⁷⁷ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi).

⁷⁸ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 33–43.

⁷⁹ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 59.

⁸⁰ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 72.

⁸¹ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 82.

⁸² Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), paras 87, 94–96.

⁸³ Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG (The Prosecutor v. Germain Katanga), date of English translation: 17 August 2017.

⁸⁴ Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 30–33.

⁸⁵ Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 64–167.

⁸⁶ Section IX "Assessment of the extent of the harm". See, for example the overview table at page 81.

⁸⁷ Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 286. The Chamber accorded 250 US dollar as "symbolic reward" for compensation as individual reparation to each victim.

cient evidence to establish a causal nexus between the trauma and the attack in question. It therefore rejected the application of these witnesses.⁸⁸

The Defence of Mr Katanga and several different groups of victims filed appeals in reaction to the decision. On 9 March 2018, the Appeals Chamber issued its decision on these appeals against Trial Chamber II's order.⁸⁹

b) Determination by the Appeals Chamber. The Appeals Chamber upheld the order by the Trial Chamber, except with regards to its finding regarding the lack of a causal link between the attack on Bogoro and the transgenerational psychological harm of the 5 rejected applicants (which was appealed by the Legal Representatives of Victims).

The Appeals Chamber found that the findings by the Trial Chamber that the five applicants suffered "in all likelihood" from transgenerational harm and that there was no causal nexus with the crimes at issue to be contradictory. It also analysed the assessment of the individual applications of the five victims in question and found that the Trial Chamber did not further elaborate on its finding that the causal link had not been established. It concluded that the Trial Chamber erred to properly reason its decision in this regard⁹⁰ and remanded the matter of reassessing the nexus between the crimes for which Mr Katanga was convicted and the transgenerational psychological harm back to the Trial Chamber.⁹¹

c) Comments on the general approach taken by Trial Chamber II. The Appeals Chamber, while discussing a ground of appeal brought forward by the Defence of Mr Katanga,⁹² also comments on the general approach to reparations proceedings.⁹³ It finds that the Trial Chamber did not

abuse its discretion when deciding to conduct an individual assessment of each application and allocate monetary value for each harm suffered. However, it emphasises that it "is not persuaded that the approach chosen by the Trial Chamber for the reparations proceedings before it, which was based on an individual assessment of each application by the Trial Chamber, was the most appropriate in this regard as it has led to unnecessary delays in the award of reparations".⁹⁴ It proceeds with a detailed analysis of its critiques⁹⁵ and provides general guidelines on what it considers to be a more appropriate manner to conduct reparation proceedings.⁹⁶ This creates the impression that the Appeals Chamber, while accepting that the reparations order of Trial Chamber II is permitted within the statutory framework, wants nevertheless convince future chambers to depart from the approach taken by the Chamber.⁹⁷

III. Decisions related to the Pre-Trial phase

1. Article 15 decision in the Burundi case

a) Background. On 5 September 2017, the Prosecution submitted its request for authorisation of an investigation into crimes allegedly committed in Burundi. This request for investigation is made against the setback of Burundi's withdrawal from the Rome Statute: on 27 October 2016, Burundi notified the Secretary General of the UN of its intention to withdraw, pursuant to Article 127. This withdrawal will, according to the disposition, become effective on 27 October 2017. On 25 October 2017, Pre-Trial Chamber III issued an under seal ex parte decision authorising the Article 15 request

⁸⁸ Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3728-tENG (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 132–134.

⁸⁹ Appeals Chamber, Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red (The Prosecutor v. Germain Katanga).

⁹⁰ Appeals Chamber, Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red (The Prosecutor v. Germain Katanga), paras 237–239.

⁹¹ Appeals Chamber, Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 260.

⁹² It must be noted that the specific ground of appeal in question did not really call for the analysis by the Appeals Chamber. The Defence challenged the application of the standard of proof of "a balance of probabilities" with regard to a specific finding of the Trial Chamber, not the overall approach in the Reparations Order. It seems that the ground for appeal was rather used as opportunity to make these remarks.

⁹³ Appeals Chamber, Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017

entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red (The Prosecutor v. Germain Katanga), paras 64–73.

⁹⁴ Appeals Chamber, Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red (The Prosecutor v. Germain Katanga), para. 65.

⁹⁵ For instance, the Appeals Chamber points out that the Trial Chamber spent considerable efforts to establish an estimation of the overall harm suffered by the victims (over 3,7 million USD, the annex with the individual analysis of each application being over a thousand pages long). The Trial Chamber then determined the amount for which Mr Katanga was liable at 1 million USD. Since the Trust Funds for Victims used that latter figure for its implementation plan of the Reparation Order and the individual reparations of 250 USD were a symbolic award, the specific amount of overall harm suffered is meaningless for the continuation of the reparation proceedings. Ibid, paras 66–68.

⁹⁶ Ibid, para. 72.

⁹⁷ The first four "Key findings" listed by the Appeals Chamber at the beginning of the judgment all concern the approach taken by Trial Chamber II which was ultimately upheld.

by the Prosecution. A public redacted version of this decision was issued on 9 November 2017.⁹⁸

b) The effects of Burundi's withdrawal. In its decision authorising investigations according to Article 15, the Pre-Trial Chamber first discusses shortly the effects of Burundi's withdrawal on the proceedings before the Court. It stresses that there is a distinction between the jurisdiction of the Court, which ceases to have effect one year after the reception of the notification of withdrawal by the state pursuant to Article 127 (1) and the state's duty of cooperation pursuant to Article 127 (2).

The power of jurisdiction prescribed by Article 127 (1) is immutable, which means that the Court can also choose to *exercise* this jurisdiction after the point in time specified by Article 127 (1).

With regard to the state's duty to cooperate, the situation is less certain. Article 127 (2) clearly states that the State's duty to cooperate persists in connection with criminal investigations and proceedings which started prior to the date the withdrawal became effective. However, the Pre-Trial Chamber points out that there is some ambiguity for the State's duty to cooperate in cases where the crimes in question fall still under the jurisdiction of the Court but the criminal investigations and proceedings only commenced after the withdrawal became effective. After having noted this ambiguity, the Pre-Trial Chamber states that the case at hand did not require the resolution of this question, as the decision pursuant to Article 15 was rendered two days before the withdrawal came into effect.⁹⁹

c) Authorisation of the Pre-Trial Chamber. The Pre-Trial Chamber proceeds to assess whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation into crimes committed, which fall under the jurisdiction of the Court. After conducting a thorough assessment, it finds that there is a reasonable basis to believe that five crimes against humanity have been committed.¹⁰⁰ Having concluded this analysis, the Pre-Trial Chamber notes that the Prosecution did not request an authorisation for investigations into war crimes. The Prosecution

stated that, despite there being evidence of some armed confrontation, it considered that there was no reasonable basis to believe that the degree of intensity or the level of organisation was of such as to justify the assumption of a non-international armed conflict. The Pre-Trial Chamber disagrees with this conclusion and finds that the Prosecution "acted too restrictively and has imposed requirements on the material that cannot reasonably be met in the absence of an investigation." It therefore also authorised an investigation into whether a non-international armed conflict existed and whether war crimes were committed.¹⁰¹

The Pre-Trial Chamber concludes with a series of noteworthy expansions of the Prosecution's request.

With regard to the temporal scope of the investigation, the Pre-Trial Chamber requested that an investigation from 26 April 2015 onwards be allowed. The Pre-Trial Chamber expands this temporal scope: it notes that some of the crimes were committed before 26 April 2015 and takes this as an occasion to also authorise investigations into these crimes, provided that the contextual elements of the crimes are fulfilled. Further, it notes that, due to the continuous nature of some of the crimes, the Prosecution is also authorised to conduct investigations into crimes even if they continue after 26 October 2015.¹⁰²

With regard to the material scope, in addition to the authorisation to investigate potential war crimes, the Pre-Trial Chamber states that the Prosecution is authorised to investigate *any crime* within the jurisdiction of the Court. It emphasises that "the Prosecutor is not restricted to the incidents and crimes set out in the present decision but may [...] extend her investigation to the crimes against humanity or other article 5 crimes".¹⁰³

With regard to the geographical scope, the Pre-Trial Chamber notes that some of the crimes were committed outside of Burundi by Burundian nationals. It therefore authorises the Prosecution to investigate crimes committed in Burundi or outside of Burundi by Burundian nationals pursuant Articles 12 (2) (a) and 12 (2) (b).

⁹⁸ Pre-Trial Chamber III, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (Situation in the Republic of Burundi).

⁹⁹ *Ibid.*, paras 23–25. As mentioned above, the withdrawal came into effect on 27 October 2017 and the under seal *ex parte* version of the Pre-Trial Chamber's decision was issued on 25 October 2017. Due to the proximity of the two dates but even more because of the Chamber's comment, it can be assumed that the Pre-Trial Chamber issued its decision on purpose before 27 October 2017, in order to avoid having to address this question.

¹⁰⁰ Murder and attempted murder (see para. 67 of the decision), Imprisonment or Severe Deprivation of Liberty (see paras 88–90), Torture (see para. 109), Rape (see para. 116), Enforced Disappearance (see para. 129) and Persecution (see para. 136).

¹⁰¹ Pre-Trial Chamber III, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (Situation in the Republic of Burundi), paras 137–141.

¹⁰² Pre-Trial Chamber III, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (Situation in the Republic of Burundi), para. 192.

¹⁰³ Pre-Trial Chamber III, Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, ICC-01/17-9-Red (Situation in the Republic of Burundi), para. 193.

This signifies that on each of the possible factors of circumscribing jurisdiction – temporal, geographical and subject matter – the Pre-Trial Chamber considerably expanded the authorisation *proprio motu*.¹⁰⁴

2. *Warrant of arrest against Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud ("Al Hassan")*

On 27 March 2018, Pre-Trial Chamber I issued a warrant of arrest against Mr Al Hassan.¹⁰⁵ He was transferred into the custody of the Court on 31 March 2018. The arrest warrant was issued for four crimes against humanity¹⁰⁶ and four war crimes.¹⁰⁷ The background of the case is the same as the Al-Mahdi one: the occupation of Timbuktu by Al-Qaeda in the Islamic Maghreb and Ansar Dine. Mr Al-Hassan is alleged to have been a member of Ansar Dine and the Islamic police, which was set up during the occupation of Timbuktu, acting as its *de facto* chief. It needs to be noted that the time frame for the destruction of buildings – 29/30 June 2012 to 11/12 July 2012¹⁰⁸ – is the same one as the timeframe of the crime of attacking protected objects for which Mr Al-Mahdi was

found guilty.¹⁰⁹ Since the Prosecution alleges in the request for Mr Al-Hassan's arrest warrant that 22 mausoleums have been destroyed,¹¹⁰ it is reasonable to assume that at least part of the alleged crimes are identical to the destruction of 10 mausoleums for which Mr Al-Mahdi has been convicted. It remains to be seen whether any expeditiousness can be drawn from this fact.

¹⁰⁴ One explanation could be that the Pre-Trial Chamber wanted to avoid future problems with the duty of Burundi to cooperate pursuant to Article 127 (2). As explained above, the Pre-Trial Chamber foresaw that there might be a different level of cooperation applicable if the investigations and proceedings had started after the withdrawal became effective. By enlarging the parameters of the investigation in this manner, a ruling on this question could be avoided.

¹⁰⁵ Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18-2-tENG (The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud). Disclosed on 28 March 2018.

¹⁰⁶ Torture (article 7 [1] [f] of the Statute); rape and sexual slavery (article 7 [1] [g] of the Statute); persecution of the population of Timbuktu on religious and gender grounds (article 7 [1] [h] of the Statute); and other inhumane acts (article 7 [1] [k] of the Statute), committed either under Article 25 (3) (a) or 25 (3) (b).

¹⁰⁷ Violence to person and outrages upon personal dignity (articles 8 [2] [c] [i] and 8 [2] [c] [ii] of the Statute); the passing of sentences without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable (article 8 [2] [c] [iv] of the Statute); rape and sexual slavery (article 8 [2] [e] [vi] of the Statute) and intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion and historic monuments (article 8 [2] [e] [iv] of the Statute), committed either under Article 25 [3] [a] or 25 [3] [b].

¹⁰⁸ "Version publique expurgée de la Requête urgente du Bureau du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt et de demande d'arrestation provisoire à l'encontre de M. Al Hassan Ag ABDOUL AZIZ Ag Mohamed Ag Mahmoud", 20 March 2018, ICC-01/12-54-Secret-Exp", 31 March 2018, ICC-01/12-01/18-1-Red, para. 208.

¹⁰⁹ Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence, 27 September 2016, ICC-01/12-01/15-171 (Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi), para. 38.

¹¹⁰ Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, ICC-01/12-01/18-35-Red2, para. 147 (The Pre-Trial Chamber split up the initial pronouncement to issue a warrant of arrest [see Fn. 105] and the reasons for the arrest warrant into two different decisions.).

Freiheitsentzug bei Verdacht terroristischer Straftaten*

Menschenrechtliche Überlegungen aus Anlass einer StPO-Novelle in der Slowakei

Von JUDr. Viliam Hečko, PhD., Trnava, Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

Ende 2015 hat die Slowakei die strafprozessuale Untersuchungshaft neu geregelt. Für deren Verhängung ist seither beim Verdacht einer terroristischen Tat kein besonderer Haftgrund wie Flucht- oder Verdunklungsgefahr erforderlich. Zusätzlich wurde in der Slowakei die Frist verlängert, innerhalb derer erstmals ein Richter über die weitere Inhaftierung eines von der Polizei Festgenommenen entscheiden muss. Es können jetzt bis zu 168 Stunden vergehen. Das sind volle sieben Tage. Beide Fragenkomplexe werfen zahlreiche Fragen der Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK für die Slowakei und damit auch für Österreich und Deutschland auf. Denn solche Neuregelungen in Europa wecken unter Umständen rechtspolitische Gelüste, die kaum mehr in menschenrechtliche Grenzen gewiesen werden können, wenn sie erst einmal umgesetzt sind.

Um diesen Fragen nachgehen zu können, soll zunächst die Neuregelung in der Slowakei als solche dargestellt werden (unten I.). Auf dieser Grundlage analysieren wir Art. 5 EMRK. Das wird vor allem rechtsvergleichend bewusstmachen, welche Bedeutung die besonderen Haftgründe für die Beurteilung nach Art. 5 EMRK haben. Dafür ist eine grundrechtsdogmatische Rekonstruktion der Haftgründe notwendig (unten II.). Danach wird aufzuzeigen sein, welche zeitlichen Vorgaben es für eine richterliche Erstentscheidung nach polizeilicher Festnahme gibt. Dies wird vor Augen führen, dass die slowakische Regelung ein großes Risiko in sich birgt, zu einer der EMRK widersprechenden Anwendung im Einzelfall zu führen (unten III.). In allen Teilen werden wir immer wieder – konzentriert auf die Rechtsfrage – auf nationale Regelungen in Österreich, in der Schweiz und in Deutschland zu sprechen kommen.

I. Die neue Rechtslage in der Slowakei

Am 8. und 9.12.2015 billigten die Abgeordneten des slowakischen Parlaments das so genannte „Anti-Terror-Paket“, das als Reaktion auf eine Reihe von Terroranschlägen in Paris (Charlie Hebdo und Klub Bataclan) im Jahre 2015 entstanden war. Der Präsident der Slowakei, Andrej Kiska, hatte zuvor auf die Unangemessenheit dieser Maßnahmen hingewiesen und von seinem verfassungsrechtlichen Vetorecht Gebrauch gemacht. Dieses wurde aber vom Parlament überstimmt. Der Präsident erinnerte daran,¹ dass der Grad der Bedrohung für die Slowakei nach den verfügbaren Daten auf dem niedrigst-

möglichen Niveau liegt. Ihm zufolge hat die slowakische Regierung nicht nachgewiesen, dass die Sicherheitslage in der Slowakei so gefährdet ist, dass ein umfangreiches Änderungspaket zu 16 Gesetzen in einem verkürzten Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden muss und die geltenden Rechtsvorschriften nicht ausreichen.

Das Gesetz vom Dezember 2015 wurde parlamentarisch in sehr kurzer Zeit und auch in einem verkürzten Gesetzgebungsverfahren angenommen. Es gab keine breite oder intensive Diskussion im Parlament. Auch die Öffentlichkeit erhielt wenig bis keine Informationen über konkrete und identifizierbare Bedrohungen der Slowakei durch Terrorismus. Mit Wirkung zum 1.1.2016 trat die Änderung zusammen mit fünfzehn weiteren Gesetzen, mit denen auch die slowakische Verfassung geändert worden ist, in Kraft.²

Die Begründung zum Gesetz zeigt, dass die Änderungen auf der Grundlage der Resolution des Sicherheitsrats der Slowakei und der Resolution der Regierung der Slowakei im November 2015 vorgenommen wurden.³ Der Vorschlag basierte auf dem Nationalen Aktionsplan von zur Bekämpfung des Terrorismus für den Zeitraum 2015–2018.⁴ Das Anti-Terror-Paket bestand aus einer Reihe neuer Gesetze, die sogar mit einem Verfassungszusatz begleitet wurden. Aus der Begründung des Gesetzes folgt, dass das Ziel der neuen Gesetzgebung war, den Terrorismus durch die Schaffung verschiedener gesetzlicher Regelungen – auch hinsichtlich der Untersuchungshaft und die längere Fristen der Festnahme – effektiv zu bekämpfen.⁵ Damit sollte offensichtlich einem Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung genügt werden.

II. Vereinbarkeit des Verzichts auf besondere Haftgründe mit der EMRK

1. Ausgangsüberlegungen

Nach dem Wortlaut der EMRK bedarf es für die Verhängung von Untersuchungshaft nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK zunächst nur eines Tatverdachts als einzige Voraussetzung für strafprozessuale Untersuchungshaft. Die dort genannten anderen Voraussetzungen (Begehungsgefahr oder Fluchtgefahr) sind alternativ neben den Tatverdacht gestellt („oder“), nicht kumulativ durch ein „und“. Nach der Praxis des EGMR sind erst später noch weitere Voraussetzungen in Form von zu-

* In diesem Aufsatz sind zentrale Ansätze aus Hečko, Vázba v prípade terorizmu [Haft in Fällen des Terrorismus], Dissertation 2018, Universität Trnava, übernommen.

¹ Siehe

<http://www.ta3.com/clanok/1075016/protiteroristicky-balicek-zostane-bez-podpisu-prezidenta-kisku.html> (12.12.2018) und die Internet-Seite des Präsidenten mit PDFs seiner Kommentare:

<https://www.prezident.sk/article/prezident-kiska-vratil-protiteroristicky-balik-noviel-zakonov> (12.12.2018).

² Gesetz Nr. 444 vom 21.12.2015, zur Änderung des Gesetzes Nr. 300/2005 Sammlung Strafgesetzbuch in der geänderten Fassung und zur Änderung bestimmter Gesetze.

³ Erläuternder Bericht zum Gesetz Nr. 444/2015 vom 21.12.2015.

⁴ Erläuternder Bericht zum Gesetz Nr. 444/2015 vom 21.12.2015.

⁵ Erläuternder Bericht zum Gesetz Nr. 444/2015 vom 21.12.2015.

sätzlichen Haftgründen (z.B. Verdunkelungsgefahr) notwendig.⁶

Das unterscheidet sich scheinbar grundlegend von der österreichischen, der deutschen und vor allem von der bis 2016 auch in der Slowakei geltenden Konzeption, wonach Untersuchungshaft den dringenden Tatverdacht sowie zusätzlich und *von Anfang an* einen besonderen Haftgrund voraussetzt. Allerdings stellt § 112 Abs. 3 StPO eine gewisse Parallele dar. Dort wird nach dem Gesetzeswortlaut für genau benannte schwere Delikte ebenfalls auf einen Haftgrund verzichtet.

Warum es aber nicht von Anfang an eines weiteren Haftgrundes bedarf, wird vom EGMR nicht begründet.⁷ In der Literatur wird jedoch immerhin angedeutet, dass sich dahinter Abwägungsüberlegungen verbergen sollen.⁸ Genauer erläutert wird dieser Gedanke jedoch nicht. Diese Lücke soll nun geschlossen werden.

2. Grundrechtsdogmatische Rekonstruktion der Haftgründe

Jede strafprozessuale Haft ist ein Freiheitsentzug und greift in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein. Deshalb bedarf dieser Eingriff der grundrechtlichen Rechtfertigung. Diese setzt nach allgemeiner Überzeugung in der Grundrechtsdogmatik⁹ voraus, dass der Eingriff

- einem nicht unzulässigen Zweck dient (dazu unten a),
- zur Erreichung dieses Zwecks geeignet (dazu unten b),
- erforderlich (dazu unten c) und auch
- angemessen (dazu unten d) ist.

Wir untersuchen dabei die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es grundrechtlich zulässig ist, eine einfachgesetzliche Ermächtigung zur Verhängung von Untersuchungshaft gänzlich ohne bzw. nur mit einzelnen Haftgründen zu schaffen. Rechtsdogmatisch ist das eine wichtige hypothetische Überlegung, wenn man die Gründe für die Ausgestaltung einer Norm herausarbeiten möchte. Dann muss man fragen: „Was wäre ohne die Norm?“¹⁰.

Die nachfolgenden Überlegungen zu diesem Ansatz bewegen sich völlig auf dem Boden der herrschenden Rechtsprechung und Lehre zur Untersuchungshaft. Diese unterliegt nach übereinstimmender Auffassung insgesamt dem strikten

Gebot der Verhältnismäßigkeit,¹¹ auch wenn dieses Prinzip in den verschiedenen Rechtsordnungen Europas eine je spezifische Ausprägung erhalten hat. Wir legen insofern das österreichische und das deutsche Verständnis zugrunde.

Der dogmatisch einzige Unterschied zur Regelung in der EMRK besteht darin, dass die oben erwähnten Haftgründe nicht ausdrücklich in der EMRK genannt sind, sondern auf Regelungen des jeweils nationalen Gesetzgebers zurückgehen. Man muss aber – und das ist das Besondere – gar nicht auf die Ebene der Angemessenheit zurückgreifen und damit auf die „Unwägbarkeiten“ jeder Abwägung. Jedenfalls die Flucht- und die Verdunkelungsgefahr sind schlichte Ausprägungen des Erforderlichkeitsprinzips. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen.

a) Nicht unzulässiger Zweck

Die Untersuchungshaft dient dem Zweck, die Durchführung eines Strafverfahrens abzusichern. Auch im österreichischen und deutschen Recht wird dies als selbstverständlich vorausgesetzt. Es handelt sich damit um sehr bedeutsame Allgemeinrechtsgüter, die durch die Untersuchungshaft geschützt werden.

b) Zur Erreichung dieses Zwecks geeignet

Geeignetheit besteht dann, wenn der Eingriff grundsätzlich und allgemein (also fallunabhängig) in der Lage ist, den Zweck zu erreichen. Das ist bei der Untersuchungshaft der Fall. Man darf die Prüfung an dieser Stelle nicht einschränken. Die grundsätzliche Geeignetheit besteht auch dann, wenn gerade kein weiterer Haftgrund wie Verdunkelungsgefahr vorliegt. Auch dann ist Untersuchungshaft geeignet zur Förderung des Strafverfahrens. Die Geeignetheit wird nicht durch „Übererfüllung“ ausgeschlossen. Das ist vielmehr eine geradezu klassische Frage der Erforderlichkeit.

c) Zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich

Erforderlichkeit im grundrechtsdogmatischen Sinn liegt dann vor, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem der Zweck im selben Maße erreicht werden kann, wie das zu prüfende Mittel.¹² Hier muss eine Betrachtung beginnen, die auf die verschiedenen Haftgründe abstellt. Zur Vereinfachung konzentrieren wir uns auf die Flucht- und auf die Verdunkelungsgefahr. Die Wiederholungsgefahr bleibt hier ebenso außer Betracht wie andere Formen der Präventivhaft. Diese werfen zusätzliche Fragen des Polizeirechts und seinem Zusammenhang mit der Untersuchungshaft auf, die einen gesonderten Beitrag erforderlich machten.

aa) Haftgrund Fluchtgefahr

In Situationen bereits erfolgter Flucht bzw. zu bejahender Fluchtgefahr liegt es auf der Hand, dass der Zweck bei erfolgter Flucht nicht, aber nur bei Fluchtgefahr mit milderen Mitteln erreicht werden kann. Jedes Strafverfahren setzt die

⁶ Erstmals: EGMR, Urt. v. 10.11.1969 – 1602/62 (Stögmüller v. Österreich), S. 35 und Abs. 4; seither ständige Praxis, zuletzt: EGMR, Urt. v. 18.9.2017 – 66357/14 (Podeschi v. San Marino), Rn. 136.

⁷ *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lfg., Stand: März 2016, Art. 5 Rn. 195.

⁸ *Renzikowski* (Fn. 7), Art. 5 Rn. 195 Fn. 6; *Grabenwarther/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 21 Rn. 27; vgl. auch *Reindl*, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention, 1997, S. 67 f., 70–72.

⁹ *Berka*, Verfassungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 1300 ff.; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 716 ff.

¹⁰ *Lagodny*, Juristisches Begründen, 2013, F III (S. 128–132).

¹¹ Siehe z.B. nur die Norm des § 116 StPO oder §§ 5 und 173 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 österrStPO.

¹² *Berka* (Fn. 9), Rn. 1305 f.

persönliche Anwesenheit des Angeklagten voraussetzt. Deshalb muss die Flucht verhindert werden. Und wenn kein anderes Mittel, wie z.B. die Stellung einer Kaution oder Weisungen¹³ möglich ist, dann ist Untersuchungshaft erforderlich.

Die Erforderlichkeit kann nur dann verneint werden, wenn ein Strafverfahren auch in Abwesenheit des Verdächtigen bzw. Angeklagten durchgeführt werden kann. Das ist nach allgemeiner Meinung jedoch nur in Ausnahmefällen¹⁴ möglich, die hier nicht diskutiert werden sollen.

Besteht im konkreten Fall keine Fluchtgefahr (und auch kein sonstiger Haftgrund), dann ist die Verhängung von Untersuchungshaft unzulässig, weil grundrechtswidrig. Das ist eine notwendige Konsequenz aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz. Sie besteht unabhängig davon, ob das Gesetz einfachrechtlich ausdrücklich das Erfordernis eines Haftgrundes vorsieht.

Allerdings besteht zwischen einer einfachgesetzlichen Regelung *ohne* Haftgrund und einer einfachgesetzlichen Regelung *mit* Haftgrund ein vielleicht ganz wichtiger verfahrensrechtlicher Unterschied: Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen der Fluchtgefahr könnte verschieden sein. Dies legen Argumentationen zu § 112 Abs. 3 StPO nahe.¹⁵ Nach dieser Vorschrift ist es nach dem Wortlaut in Fällen der Schwerestrafbarkeit zulässig, einen Verdächtigen auch ohne einen Haftgrund in Untersuchungshaft zu nehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber klargestellt, dass es gleichwohl aus verfassungsrechtlichen Gründen eines Haftgrundes bedarf. Der Richter dürfe den Zweck der Untersuchungshaft „nie aus dem Auge“ verlieren. „Der zwar nicht mit ‚bestimmten Tatsachen‘ belegbare, aber nach den Umständen des Falles doch nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsverdacht kann u.U. bereits ausreichen.“¹⁶

Diese Umkehr der Darlegungslast wird in der deutschen Literatur teilweise heftig kritisiert.¹⁷ Sie ist aber jedenfalls verfassungsrechtlich sicher noch vertretbar. Die Diskussion sei deshalb hier dahingestellt.

bb) Haftgrund Verdunkelungsgefahr

Vergleichbares gilt auch für den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr, also die Gefahr, dass die Person z.B. Zeugen oder Sachverständige beeinflusst. Anders als bei der Flucht-

gefahr (Kaution, Passhinterlegung, Meldepflichten) sind hier aber kaum mildere Mittel denkbar.

d) Angemessenheit

Auf die Angemessenheit kommt es mithin jedenfalls bei der Fluchtgefahr gar nicht an. Die nachfolgenden Überlegungen betreffen also nur Fälle der Verdunkelungsgefahr. Die Anforderungen an die Angemessenheit einer gesetzlichen Regelung sind schwer abstrakt zu formulieren. Man kann sich aber mit „Evidenz“-Überlegungen behelfen. Die Frage im vorliegenden Zusammenhang lautet insoweit, ob eine Ermächtigung zur Untersuchungshaft auch dann angemessen ist, wenn sie neben dem dringenden Tatverdacht keine zusätzlichen Haftgründe vorsieht. Das wäre ohne weiteres zu bejahen, wenn die Anordnung von Untersuchungshaft *zwingend* bei jedem dringenden Tatverdacht vorgeschrieben wäre. Das wäre evident unangemessen. Weil es sich aber bei den Vorschriften über den Erlass eines Haftbefehls nur um eine fakultative Ermächtigung („kann“) handelt, muss man die Angemessenheit in Bezug auf den jeweiligen Einzelfall beurteilen. Das kann man besonders gut an der Frage darstellen, der Verdacht welcher Straftat hinreichend angemessen ist für die Verhängung von Untersuchungshaft.

Denn nicht jede Straftat, die der nationale Gesetzgeber oder ein Polizist vor Ort im konkreten Fall als „terroristische“ einstuft, ist damit automatisch schwer in diesem Sinne. So wurde z.B.¹⁸ in Spanien eine Rempel auf dem Flughafen Madrid nur deshalb als „terroristische Tat“ i.S.v. Anhang B zum RbEuHB eingeordnet, weil sie sich gegen Sicherheitspersonal des Flughafens gerichtet hat. Hintergrund war, dass der Verfolgte es als Trainer einer Sportmannschaft sehr eilig hatte, um das Flugzeug für den Rückflug nicht zu verpassen, und deshalb mit einem Sicherheitsbeamten gestritten hat.

In der Slowakei hat man alle „terroristischen Straftaten“ als Verbrechen eingestuft und darunter nach Art. 140 slowStGB z.B. Gründung, Einrichtung und Unterstützung einer terroristischen Gruppe oder ein Verbrechen aus einem terroristischen Motiv heraus.

In Deutschland gibt es keine Legaldefinition der „terroristischen Tat“. Sicherlich dazu zählen kann man aber das Delikt des § 89a StGB, das die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat darstellt, bei dem es ausreicht, wenn es der Täter unternimmt, zum Zweck der Begehung einer solchen Tat aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen (§ 89a Abs. 2a StGB). Diese Norm fällt aber nicht unter den Katalog des § 112 Abs. 3 StPO. In Deutschland bedürfte es also eines speziellen Haftgrundes.

Es wird also sehr genau darauf ankommen, ob es sich um eine gewichtige Tat handelt. Diese Frage muss bereits auf der abstrakt-generellen Ebene des Gesetzes geprüft werden. Es kommt aber hinzu, dass besonders die Frage der Erforderlichkeit und der Angemessenheit auf der konkret-individuellen Ebene des Einzelfalles geprüft wird.

Das trifft sich mit der Linie des EGMR, der in seiner Rechtsprechung immer betont, im Einzelfall müsse sehr ge-

¹³ Vgl. die „gelinderen“ Mittel nach § 173 Abs. 5 österrStPO bzw. nach § 116 StPO, die allerdings nur zur „Aussetzung des Vollzugs“ führen, damit bei Verstößen gegen mildere Mittel der Haftbefehl nicht neu erlassen werden muss, sondern nur der bisherige wieder in Vollzug gesetzt wird.

¹⁴ Vgl. dazu z.B. die Regelungen in der nationalen StPO (z.B. § 427 österrStPO) oder im Auslieferungsrecht (Art. 3 des 2. ZP zum EuAIÜbk).

¹⁵ Siehe z.B. die Nachweise bei *Graf*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 112 Rn. 42; *Böhm/Werner*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, § 112 Rn. 90–95.

¹⁶ BVerfGE 19, 342 (349 f.).

¹⁷ Vgl. m.w.N. *Böhm/Werner* (Fn. 15), § 112 Rn. 91.

¹⁸ Der Fall wurde uns mündlich berichtet von RA *Grüner*, Wiesbaden.

nau geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Untersuchungshaft vorliegen oder nicht.¹⁹ Das kann nicht dadurch verhindert werden, dass man auf der abstrakt-generellen Ebene des Gesetzes nur sehr geringe Voraussetzungen aufstellt. Freilich öffnen „ausgedünnte“ gesetzliche Voraussetzungen die Tür dafür, dass diese Anforderungen nicht mehr erfüllt werden. Das wäre dann aber die Frage einer Beschwerde gegen eine richterliche Entscheidung, nicht gegen ein Gesetz.

Der nationale Gesetzgeber kann sich der Bindungen aus Art. 5 EMRK nicht dadurch entledigen, dass er solche „ausgedünnten“ Gesetze schafft. Je weniger die Gesetze voraussetzen, umso intensiver muss die Kontrolle im Einzelfall sein. Das scheint der slowakische Gesetzgeber nicht bedacht zu haben.

e) Grundrechtsdogmatische Einordnung der Haftgründe

Die Haftgründe stellen nach diesen Überlegungen letztlich vom Gesetzgeber vorgenommene Vorwegbewertungen dar, die für die Erforderlichkeit entscheidend sind. Wichtig ist, dass die „Erforderlichkeit“ wie die gesamte Grundrechts-Eingriffsdogmatik auch dann gilt, wenn der Gesetzgeber keine solchen Vorwegbewertungen vorgenommen hat. Dann muss eben in ganz besonderem Maße geprüft werden, ob der Eingriff im Einzelfall geeignet, erforderlich und angemessen ist. Das ist nichts anderes als eine ohnehin erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall. Man kann die ausdrücklichen Regelungen im deutschen oder im österreichischen Recht nur als deklaratorische Erläuterungen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Form des Erforderlichkeitsgrundsatzes verstehen. Materiell kommt es also nicht auf eine ausdrückliche Regelung an.

Das spiegelt sich letztlich darin wieder, dass der EGMR sehr großes Gewicht auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im einzelnen Fall legt.²⁰ Diese Praxis des

EGMR muss hier nicht skizziert werden. Für unsere Zwecke genügt es, dass es so ist. Auch in Deutschland spielt die Verhältnismäßigkeitskontrolle im Einzelfall eine herausragende Rolle, wie die Praxis zu § 116 StPO zeigt.²¹

Freilich muss prozessual bedacht werden, dass die fehlende ausdrückliche Regelung der weiteren Haftgründe in der Slowakei den Fehlschluss ermöglicht, solche brauche man nicht. Über das allgemeine Erforderlichkeitsprinzip ergibt sich aber die Unzulässigkeit der Untersuchungshaft, wenn keine Flucht- oder Verdunkelungsgefahr besteht. Es muss deshalb aber ganz deutlich betont werden: Auch und gerade auf der Grundlage der slowakischen Regelung müssen zusätzliche Haftgründe wie die Flucht- oder die Verdunkelungsgefahr geprüft und ausgeschlossen werden.

3. Zusammenfassung

Damit hängt die Vereinbarkeit der slowakischen Regelung von deren Anwendung im Einzelfall ab. Sie ist nicht per se konventionswidrig, kann es aber schnell werden, wenn sie in ihrer Anwendung nicht den dargestellten Anforderungen der EMRK entspricht.

III. Zeitdauer bis zur richterlichen Entscheidung

Nach der geltenden slowakischen Regelung kann es bis zu sieben Tagen dauern, bis der Verhaftete eine richterliche Entscheidung erhält. Wir untersuchen, ob dies mit der EMRK vereinbar ist. Im Einzelnen zeigen wir auf, dass man entsprechend dem Text der EMRK und der Praxis des EGMR zwischen Vorführungs- und Entscheidungsfrist zu unterscheiden hat (unten 1.), und dass die Vorführungsfrist ab der physischen Festnahme beginnt (unten 2.). Auf dieser Grundlage kann das „promptly“-Erfordernis von Art. 5 Abs. 3 EMRK im Lichte der neueren EGMR-Praxis konkretisiert werden (unten 3.).

1. Unterscheidung von Vorführungs- und Entscheidungsfrist

Im eingangs erwähnten Anti-Terrorpaket vom Dezember 2015 wurde das Zeitlimit zwischen der Festnahme eines Verdächtigen durch die Polizei ohne vorausgehenden Haftbefehl und sich anschließender Festhaltung durch die Polizei bis zur erstmaligen Vorführung vor einen Richter von 48 auf 96 Stunden verlängert, falls der Verdacht einer terroristischen Straftat besteht. Dies ergibt sich aus § 85 Abs. 4 und § 86 Abs. 1 slowStPO. Innerhalb dieser Frist muss die Staatsanwaltschaft entscheiden, ob sie Untersuchungshaft beantragen will. Wir nennen diese Frist von der Festnahme bis zur Vorführung vor einen Richter nachfolgend „Vorführungsfrist“.

Zu dieser „Vorführungsfrist“ von 96 Stunden beim Verdacht einer terroristischen Straftat kommt in der Slowakei eine Entscheidungsfrist für das Gericht von weiteren 72 Stunden nach § 87 Abs. 2²² slowStPO hinzu. Mit „Entscheidungsfrist“ ist der der Vorführungsfrist nachfolgende Zeit-

erates that detention pursuant to Article 5 § 1 (c) must embody a proportionality requirement“.

²¹ Graf (Fn. 15), § 116 Rn. 1 ff.

²² Festnahme ohne Haftbefehl.

¹⁹ EGMR, Urt. v. 4.12.1979 – 7710/76 (Schisser v. Schweiz), Rn. 31: „The substantive requirement imposes on the ‚officer‘ the obligations of reviewing the circumstances militating for or against detention and of deciding, by reference to legal criteria, whether there are reasons to justify detention“. EGMR, Urt. v. 29.4.1994 – 25642/94 (Aquilina v. Malta), Rn. 47: „In other words, Article 5 § 3 requires the judicial officer to consider the merits of the detention.“ EGMR, Urt. v. 3.10.2006 – 543/03 (McKay v. Vereinigtes Königreich), Rn. 40: „The initial automatic review of arrest and detention must be capable of examining lawfulness issues and whether or not there is a reasonable suspicion that the arrested person had committed an offence, in other words, that detention falls within the permitted exception set out in Article 5 § 1 (c).“ Weitere Nachw. siehe Council of Europe, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 2012 (update 30.4.2018), Rn. 147–148.

²⁰ EGMR, Urt. v. 19.11.2012 – 6492/11 (Lutsenko v. Ukraine), Rn. 66: „the Court will next examine the compliance of the applicant’s ensuing pre-trial detention with the requirements of this provision. In this respect, the Court reit-

raum gemeint, innerhalb dessen der Richter dann über den weiteren Freiheitsentzug entscheiden muss.

Wir sprechen hier bewusst nur neutral von einem Freiheitsentzug, weil es aus dem Blickwinkel des generellen Schutzbereichs von Art. 5 EMRK gleichgültig ist, um welche Art von Freiheitsentzug es sich handelt. Im hier interessierenden Zusammenhang ist es nämlich gleichgültig, ob es sich um einen Freiheitsentzug auf der Grundlage eines Untersuchungshaftbefehls handelt oder um eine Festnahme wegen des Verdachts einer Straftat durch die Kriminalpolizei ohne einen solchen. Das ergibt sich auch aus der Praxis des EGMR²³ und hat Bedeutung vor allem für die Frage des Zeitraums zwischen Festnahme und richterlicher Entscheidung.

Zählt man die Vorführungs- und die Entscheidungsfrist bei der Analyse des neuen slowakischen Rechts zusammen, so ergibt die eine Gesamtfrist von 168 Stunden. Beim Verdacht auf nicht-terroristische Delikte bleibt es bei einer Vorführungsfrist von 48 Stunden (§ 85 Abs. 4 und § 86 Abs. 1 slowStPO). Die sich anschließende richterliche Entscheidungsfrist beträgt dann bei Nicht-Terrorismus-Delikten grundsätzlich nochmals bis zu 48 weiteren Stunden, bei besonders schweren Straftaten sogar bis zu 72 Stunden. Das ergibt Gesamtfristen von $48 + 48 = 96$ Stunden für den Normalfall bzw. $48 + 72$ Stunden = 120 Stunden bei besonders schweren Straftaten.

Beim Verdacht auf terroristische Taten beträgt die Vorführungsfrist maximal 96 Stunden, die zusätzliche Entscheidungsfrist maximal 72 Stunden, zusammen also 168 Stunden. Nach der gesetzlichen Lage wären also bis zu 168 Stunden – das sind sieben Tage – möglich, bis der Festgenommene eine erste richterliche Entscheidung erhalten könnte.

Die Vorführungs- und die Entscheidungsfrist kommen auch ganz deutlich in den gesetzlichen Regelungen von Österreich und der Schweiz zum Ausdruck. In Österreich besteht eine klare gesetzliche Trennung: § 172 Abs. 1 S. 2 österrStPO sieht maximal 48 Stunden für die Vorführungsfrist vor und in § 174 Abs. 1 S. 4 österrStPO weitere 48 Stunden für die Entscheidungsfrist. In der Schweiz ist die Regelung beider Fristen nach der bundeseinheitlichen StPO vom 5.10.2007 miteinander verschränkt: Die Vorführungsfrist beträgt zunächst 24 Stunden für die Vorführung vor die Staatsanwaltschaft nach Art. 219 Abs. 4 schwStPO. Diese hat sodann maximal weitere 24 Stunden (also: 48 Stunden seit Festnahme) Zeit, um bei Gericht nach Art. 224 Abs. 2 S. 1 schwStPO einen Antrag auf Haftbefehl zu stellen. Das zuständige Gericht hat dann nach Art. 226 Abs. 1 schwStPO weitere 48 Stunden Zeit für seine Entscheidung. In beiden Staaten besteht also eine Vorführungsfrist von maximal 48 Stunden und eine danach beginnende Entscheidungsfrist von 48 Stunden.²⁴ Das sind maximal vier volle Tage in der

Schweiz bzw. in Österreich bis zu einer richterlichen Entscheidung.

Nach der deutschen StPO ist die vorläufige Festnahme ohne vorausgegangenen richterlichen Haftbefehl in § 127 Abs. 2 StPO geregelt. Nach § 128 Abs. 1 StPO muss der Festgenommene entweder wieder in Freiheit gesetzt werden oder „spätestens am Tage nach der Festnahme“ einem Richter vorgeführt werden. Diese Regelung des Zeitraumes geht unmittelbar auf den Wortlaut des Art. 104 Abs. 3 GG zurück. Liegt bereits vor der Festnahme ein Haftbefehl vor, so erfolgt nach § 115 Abs. 1 StPO eine „Ergreifung“ auf Grund des Haftbefehls. Das zuständige Gericht muss dann ebenfalls nach § 115 Abs. 2–4 StPO „unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tage“ (Abs. 2) den Beschuldigten vernehmen und sofort nach der Vernehmung entscheiden, ob der Haftbefehl aufrechterhalten (§ 116 StPO) oder aufgehoben (§ 120 StPO) wird.

Die Unterscheidung dieser beiden Fristen geht oft in der Diskussion unter, weil man z.B. den staatlichen Freiheitsentzug durch „Festnahme“, die durch die Polizei erfolgt, unterscheidet von der „Untersuchungshaft“, die nur ein Richter anordnen kann. In beiden Fällen handelt es sich aber um einen staatlich angeordneten Freiheitsentzug, der in das entsprechende Grundrecht (Art. 5 EMRK oder Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) eingreift. Aus dem übergeordneten Blickwinkel der Grundrechte ist die Unterscheidung zwischen „Festnahme“ und „Untersuchungshaft“ aber sekundär; beides ist ein Freiheitsentzug.

Die zentrale Rechtsfrage im Hinblick auf die beiden Fristen und die Gesamtfrist lautet also: Welche Zeitspanne ist nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK noch „unverzüglich“ („promptly“/„aussitôt“) für die Zeit zwischen der physischen²⁵ Verhaftung einer Person durch die Polizei und der ersten Entscheidung eines Richters (bzw. einer „zu richterlichen Funktionen ermächtigten Beamten“)? Art. 5 Abs. 3 Hs. 1 EMRK regelt vom Wortlaut her nur die „Vorführungsfrist“. Nicht ausdrücklich geregelt ist die Entscheidungsfrist. Sie scheint aber in Hs. 2 gemeint zu sein. In mehreren Entscheidungen hat der Gerichtshof nämlich diese beiden Halbsätze, die er „limb“ nennt, unterschieden.²⁶

hen werden. Dies wird in der Schweiz kritisiert, weil die vorläufige Polizeihaft von der physischen Festnahme bis zum haftanordnenden Entscheid nach der Praxis des Bundesgerichts und des EGMR insgesamt nur einige Stunden bis höchstens (in begründeten Fällen) zwei Tage dauern dürfe (*Forster*, a.a.O., Art. 226 Rn. 2 – dort werden allerdings nur Hinweise auf die Praxis des BGer sowie auf schweizerische Literatur gegeben).

²⁵ Der Zusatz „physischer“ erfolgt hier, um den Bezugspunkt eindeutig zu machen, und Begründungen über eine – wie auch immer zu konstruierende „rechtliche“ Festnahme auszuschließen.

²⁶ EGMR, Urt. v. 12.8.2015 – 26289/12, 29062/12, 29891/12 (*Magee* u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 104; EGMR, Urt. v. 29.3.2010 – 3394/03 (*Medvedyev* u.a. v. Frankreich), Rn. 119; EGMR, Urt. v. 3.10.2006 – 543/03 (*McKay* v. Vereinigtes Königreich), Rn. 31.

²³ Siehe EGMR, Urt. v. 17.6.2016 – 36894/04, 3521/07 (*Zalyan* u.a. v. Armenien), Rn. 301–303.

²⁴ So auch *Forster*, in: Niggli/Herr/Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl. 2014, Art. 226 Rn. 1 f. In Fn. 8 werden Nachw. gegeben, wonach diese 48 Stunden für die Vorführungsfrist in der Schweiz als viel zu lang angesehen

Der EGMR hat zwar nicht ausdrücklich von einer „Entscheidungsfrist“ gesprochen. Aus dem Urteil im Fall de Jong ergibt sich, dass der Richter den Verhafteten tatsächlich anhören und eine Entscheidung in der Sache treffen muss.²⁷ Also würde ein Verhör des Beschuldigten nach seiner Einlieferung ohne zugehörige Entscheidung nicht genügen. Der Richter darf nicht das Maximum einer abstrakt-generellen Regelung im Einzelfall ausnutzen, sondern er muss sich ohne Verzögerung entscheiden. Der Richter muss also hinreichend Zeit zum Studium der Akte haben. Freilich muss er nicht – wie es in der Literatur plastisch ausgedrückt worden ist – nachts aus dem Bett geholt werden.²⁸

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass jedenfalls die Entscheidung (nach erfolgter Vorführung) unverzüglich erfolgen muss.²⁹ Damit ist in der Sache gemeint: ohne schuldhaftes Verzögern.

2. Beginn der Vorführungsfrist

Die nächste wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist, wann die Vorführungsfrist beginnt. Den Entscheidungen Zalyan³⁰ und Creanga³¹ ist zu entnehmen, dass die Frist ab dem Moment der tatsächlichen Festnahme zu laufen beginnt. Im Fall Creanga war für den EGMR entscheidend, ab welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer tatsächlich der Kontrolle der Behörden zum Zweck einer strafrechtlichen Ermittlung unterlag. Im Fall Zalyan hielt das Gericht Beschränkungen der persönlichen Freiheit zunächst in Form von Disziplinarstrafen für maßgeblich, obwohl ihnen erst später eine strafrechtliche Untersuchung folgte, die jedoch nicht in der Vorführungsfrist angerechnet worden ist. Aus diesen Entscheidungen kann man folgern, dass ein Richter immer auf eine vorausgehende Freiheitentziehung Rücksicht nehmen muss, wenn sie direkt mit der Strafverfolgung verbunden ist. Es kommt deshalb nicht darauf an, seit wann der staatliche Freiheitsentzug nur „Festnahme“ oder auch „Untersuchungshaft“ genannt wird.

²⁷ EGMR, Urt. v. 22.5.1984 – 8805/79, 8806/79, 9242/81 (de Jong, Baljet und van den Brink v. Niederlande), Rn. 51: „This text (Article 5 para. 3) is aimed at ensuring prompt and automatic judicial control of police or administrative detention ordered in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) (art. 5-1-c). The language of paragraph 3 (art. 5-3) („shall be brought promptly before“), read in the light of its object and purpose, makes evident its inherent ‚procedural requirement‘: the ‚judge‘ or judicial ‚officer‘ must actually hear the detained person *and take the appropriate decision*.“ Siehe auch EGMR, Urt. v. 29.4.1994 – 25642/94 (Aquilina v. Malta), Rn. 47: „In other words, Article 5 § 3 requires the judicial officer to consider the merits of the detention.“

²⁸ Bleichrodt, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Swaak (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl. 2018, S. 472 (zu Gliederungsziffer 5. 2.).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 BvR 2292/00.

³⁰ EGMR, Urt. v. 17.6.2016 – 36894/04, 3521/07 (Zalyan u.a. v. Armenien), Rn. 7–35, 291–312, 320–330.

³¹ EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – 29226/03 (Creanga v. Rumänien), Rn. 94, 99–100.

3. Konkretisierung des „promptly“-Erfordernisses nach Art. 5 Abs. 3 Hs. 1 EMRK im Lichte der neueren EGMR-Praxis

Vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK her ist eine Unterscheidung zwischen dem ersten und dem zweiten Halbsatz zu treffen:

Hs. 1: „Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, muß *unverzüglich* einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden;“

Hs. 2: „sie hat Anspruch auf ein Urteil *innerhalb angemessener Frist* oder auf Entlassung während des Verfahrens.“

Hs. 1 („First limb“) fordert die „unverzügliche“ (englisch: „promptly“) Vorführung vor einen Richter; Hs. 2 („second limb“) fordert ein „Urteil“ (genauer: eine „Entscheidung“) „innerhalb angemessener Frist“ (englisch: „within a reasonable time“).

Wenn man in Hs. 2 nicht von „Urteil“, sondern allgemein von „Entscheidung“ spricht, dann trifft Satz 1 genau die oben beschriebene Unterscheidung von Vorführungs- und Entscheidungsfrist. Dann versteht man auch die jüngste Praxis des EGMR besser. Besondere Bedeutung für die Beurteilung der slowakischen Rechtslage hat nämlich die Zusammenschau der älteren Entscheidung Brogan³² aus dem Jahre 1988 mit der neueren Entscheidung Buzadji³³ aus dem Jahr 2016.

Es ergeben sich folgende Konsequenzen: Ein weiterer zum Tatverdacht hinzukommender Haftgrund (Fluchtgefahr, Verdunkelungsgefahr etc.) muss schon innerhalb oder jedenfalls umgehend nach Ablauf des „promptly“-Zeitraumes, also des 1. Hs.³⁴ der Garantie des Art. 5 Abs. 3 EMRK, vorliegen. Bis zur Entscheidung Buzadji ging die Praxis des EGMR nämlich dahin, einen weiteren Haftgrund erst nach „a certain lapse of time“ zu fordern. Wie lange dieser Zeitraum dauern soll, hat der EGMR aber nie definiert.³⁵ Stattdessen hat er in der Entscheidung Buzadji beide Zeiträume „synchronisiert“ und im „promptly“-Zeitraum des 1. Hs. („limb“) lokalisiert.³⁶

Aus der Entscheidung Brogan³⁷ und vielen Folgeentscheidungen³⁸ ist zwar ausdrücklich³⁹ nicht im positiven

³² EGMR, Urt. v. 29.11.1988 – 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (Brogan u.a. v. Vereinigtes Königreich).

³³ EGMR, Urt. v. 5.7.2016 – 23755/07 (Buzadji v. Republik Moldau).

³⁴ Der 1. Teil umfasst das Recht auf „unverzügliche“ (authentisch: „promptly“) Vorführung vor einen Richter. Der 2. Teil (nach dem Semikolon) betrifft den Anspruch auf ein Urteil „innerhalb angemessener Frist“ (authentisch: „within a reasonable time“).

³⁵ Z.B. EGMR, Urt. v. 12.8.2015 – 26289/12, 29062/12, 29891/12 (Magee u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 88.

³⁶ EGMR, Urt. v. 5.7.2016 – 23755/07 (Buzadji v. Republik Moldau), Rn. 102.

³⁷ EGMR, Urt. v. 29.11.1988 – 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (Brogan u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 60.

³⁸ Siehe z.B.: EGMR, Urt. v. 17.6.2016 – 36894/04, 3521/07 (Zalyan u.a. v. Armenien), Rn. 327; EGMR, Urt. v. 12.8.2015 – 26289/12, 29062/12, 29891/12 (Magee u.a. v.

Sinne definiert, wie lange noch „promptly“ i.S.d. 1. Teils der Garantie von Art 5 Abs. 3 EMRK vorliegt. Aber es ergibt sich negativ, dass jedenfalls selbst bei Terrorismusverdacht vier Tage (und sechs Stunden) nicht mehr „promptly“ sind.

Eine kürzere Vorführungsfrist kann bei außergewöhnlichen Umständen geboten sein, wie etwa bei jugendlichen Verhafteten.⁴⁰ Eine längere Frist kommt bei besonderen wie etwa der Festnahme auf Hoher See.⁴¹ Es wird aber betont, dass für die Verfolgung terroristischer Straftaten keine Besonderheiten gelten. Es gebe keinen Freibrief („Carte blanche“)⁴² bei Terrorismusfällen für die Anforderungen von Art. 5 EMRK. Man muss also sehr genau analysieren, bevor man verlängernde „besondere Umstände“ annimmt. Auch eine Verzögerung von 14 Stunden wurde schon als zu lang angesehen.⁴³

Obwohl der EGMR stets betont hat, dass es immer nur um den Einzelfall und seine Besonderheiten gehe, nie aber um die abstrakt-generelle gesetzliche Regelung,⁴⁴ hat der EGMR in weiteren Entscheidungen die Höchstdauer von vier Tagen als allgemeine Vorgabe behandelt, die nicht überschritten werden darf.⁴⁵ Aus diesen Vorgaben der EGMR-Praxis muss man bereits entscheidende Schlussfolgerungen für unsere Analyse ziehen: Es wird nicht um die Vereinbarkeit der slowakischen Regelungen als solcher mit der EMRK gehen, sondern allein um die Frage, ob ein ganz konkreter Einzelfall mit der EMRK zu vereinbaren ist. Insofern lassen sich folgende Aussagen treffen: Die maximale Dauer nach der nationalen gesetzlichen Regelung ist nicht entscheidend. Dies folgt normlogisch bereits daraus, dass die EGMR-Praxis dezidiert immer nur auf den Einzelfall abgestellt hat, nicht aber auf die jeweilige gesetzliche Regelung. Diese betrifft

immer einen ganzen Zeitraum, während der Einzelfall einen ganz bestimmten Zeitpunkt betrifft. Dieser kann an der oberen, in der Mitte oder an der unteren Grenze oder *außerhalb* des gesetzlichen Zeitraums liegen. Wenn der EGMR also einen bestimmten Zeitpunkt als noch EMRK-gemäß beurteilt, kann daraus zwar der Schluss gezogen werden, dass dies auch die maximale Obergrenze des gesetzlichen Rahmens ist. Aber – und das ist entscheidend – wenn ein EMRK-Staat aus einer solchen EGMR-Entscheidung die Obergrenze für seinen nationalen Zeitrahmen ableitet, trägt er das Risiko, dass er im Einzelfall gleichwohl die EMRK verletzt: Wenn der dann anstehende Einzelfall nämlich *nicht* die Besonderheiten aufweist, welche bei der Einzelfallprüfung in den entschiedenen EGMR-Fällen die Annahme des konkreten Zeitpunktes gerechtfertigt haben, dann „nützt“ die längere nationale Frist nichts.⁴⁶ Man kann deshalb formulieren: Je großzügiger eine nationale Regelung ist, umso größer ist das Risiko, dass auch eine EMRK-widrige Haftdauer bis zur ersten richterlichen Entscheidung möglich wird.

Wenn also ein über den Tatverdacht hinausgehender Haftgrund jedenfalls spätestens nach vier Tagen (und sechs Stunden) vorliegen muss, dann lässt die neue slowakische Regelung in Terrorismus-Fällen mehr zu, als die EGMR-Praxis erlaubt. Innerhalb der Vier-Tagesfrist muss also deshalb auch in der Slowakei bei Terrorismusfällen nicht nur ein zusätzlicher Haftgrund vorliegen; die Sache muss innerhalb dieser Frist auch einem entscheidungsbefugten Richter vorgelegt werden und der Richter muss grundsätzlich auch innerhalb dieser Frist entscheiden.⁴⁷

Deshalb wird in der Slowakei ein großes Problem entstehen, sobald in einem Terrorismus-Fall nach 96 Stunden kein besonderer Haftgrund vorliegt und kein Richter entschieden hat. Anders ausgedrückt: Macht ein Richter von der 168 Stunden-Frist des slowakischen Rechts Gebrauch, so ist die Verurteilung der Slowakei durch den EGMR gesichert.

IV. Schlussfolgerungen

Für die Slowakei hängt die Vereinbarkeit der slowakischen Regelung mit der EMRK von deren Anwendung im Einzelfall ab. Das Gesetz ist nicht „per se“ konventionswidrig, kann aber sehr schnell eine Konventionsverletzung herbeiführen, wenn das Gesetz zwar eingehalten wird, die konkrete Frist aber nicht mehr akzeptabel ist im Lichte des Unverzüglichkeitserfordernisses („promptly“) von Art. 5 Abs. 3 EMRK. Das bedeutet selbst in Terrorismusfällen:

1. Spätestens nach 4 Tagen (und sechs Stunden) muss ein zum Tatverdacht hinzutretender Haftgrund (z.B. Fluchtgefahr, Verdunkelungsgefahr) positiv festgestellt werden.

2. In derselben Frist muss ein Richter über die Rechtmäßigkeit der Festnahme entschieden haben.

3. Ob das nationale Recht (z.B. der Slowakei) diese Anforderungen herabsetzt, ist nicht maßgeblich.

Vereinigtes Königreich), Rn. 78; EGMR, Urt. v. 3.10.2006 – 543/03 (McKay v. Vereinigtes Königreich), Rn. 47; EGMR, Urt. v. 18.12.1996 – 21987/93 (Aksoy v. Türkei), Rn. 66.

³⁹ EGMR, Urt. v. 29.11.1988 – 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (Brogan u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 60; EGMR, Urt. v. 7.6.2017 – 29994/02 (Döner u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 57.

⁴⁰ Vgl. näher *Renzikowski* (Fn. 7), Art. 5 Rn. 287.

⁴¹ *Renzikowski* (Fn. 7), Art. 5 Rn. 287 m.w.N.

⁴² EGMR, Urt. v. 12.3.2003 – 46221/99 (Öcalan v. Türkei), Rn. 104 (keine „carte blanche“); EGMR, Urt. v. 27.7.2004 – 26144/95 (Ikincisoy v. Türkei), Rn. 102 m.w.N.

⁴³ *Renzikowski* (Fn. 7), Art. 5 Rn. 173 m.w.N.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 29.11.1988 – 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (Brogan u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 60: „There is no call to determine in the present judgment whether in an ordinary criminal case any given period, such as four days, in police or administrative custody would as general rule be capable of being compatible with the first part of Article 5 § 3.“

⁴⁵ Siehe z.B. EGMR, Urt. v. 17.6.2016 – 36894/04, 3521/07 (Zalyan u.a. v. Armenien), Rn. 327; EGMR, Urt. v. 12.8.2015 – 26289/12, 29062/12, 29891/12 (Magee u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 78; EGMR, Urt. v. 3.10.2006 – 543/03 (McKay v. Vereinigtes Königreich), Rn. 47; EGMR, Urt. v. 18.12.1996 – 21987/93 (Aksoy v. Türkei), Rn. 66.

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 6.2.2009 – 68294/01 (Kandzhov v. Bulgarien), Rn. 66; EGMR, Urt. v. 15.1.2014 – 34529/10 (Gutsanovi v. Bulgarien), Rn. 158–159.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 22.5.1984 – 8805/79, 8806/79, 9242/81 (de Jong, Baljet und van den Brink v. Niederlande), Rn. 51.

Für Österreich und die Schweiz gilt das im Prinzip auch. Das hat vor allem die Konsequenz: Die Vier-Tages-Frist darf nicht ausgeschöpft werden bei „normalen“ Fällen, sondern nur in Terrorismus-Fällen oder vergleichbar komplexen Fällen. Zum deutschen Recht machen diese rechtsvergleichenden Überlegungen deutlich, dass Art. 104 Abs. 3 GG eine sehr strenge Regelung darstellt. Sie macht einen richterlichen Bereitschaftsdienst für Haftsachen (und auch für andere Ermittlungseingriffe) notwendig. In manchen EMRK-Staaten dürften finanzielle Mittel eine entscheidende Rolle spielen, ob ein solcher eingeführt wird oder nicht.

Es scheint eine sehr beschuldigtenfreundliche Besonderheit des deutschen Strafprozessrechts zu sein, wenn Art. 104 Abs. 3 GG in Satz 1 eine strikte und enge Zeitgrenze zieht und fordert, dass der Festgenommene „spätestens am Tage nach der Festnahme“ dem Richter vorzuführen sei. Satz 2 sieht dann unmissverständlich vor, dass der Richter „unverzüglich“ über den Erlass eines Haftbefehls oder die Freilassung zu entscheiden hat.

Nur das deutsche Recht setzt also eine so strikte zeitliche Grenze. Diese hat ihre Entstehungsgründe im Negativbeispiel der NS-Zeit. Man muss deshalb festhalten, dass die deutsche Regelung eine Grenze umschreibt, die im Lichte des „promptness“-Erfordernisses eher eine zeitliche untere Grenze umschreibt. Die österreichische und die schweizerische und vor allem die slowakische Lösung liegen also an einer zeitlich obersten Grenze.

Die Europäisierung des strafverfahrensrechtlichen Datenschutzes

Zum Anwendungsbereich der neuen Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Justiz

Von Prof. Dr. Gerrit Hornung, Wiss. Mit. Stephan Schindler, Wiss. Mit. Jana Schneider, Kassel*

Das Datenschutzrecht steht vor einem Umbruch, der maßgeblich anhand der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) diskutiert wird. Die parallel verabschiedete Richtlinie für den Datenschutz im Bereich von Polizei und Justiz (JI-RL) hat weit weniger Aufmerksamkeit erfahren, bringt jedoch ebenfalls erhebliche Neuerungen mit sich. Obwohl die beiden Rechtsakte weitgehend aufeinander abgestimmt sind, unterscheiden sie sich doch in einigen wichtigen Punkten. Soweit die Richtlinie anwendbar ist, besteht überdies ein nationaler Umsetzungsbedarf mit entsprechenden Spielräumen. Vor diesem Hintergrund diskutiert der Beitrag die in mehreren Bereichen zweifelhafte Abgrenzung der beiden Rechtsakte.

I. Einleitung

Praktisch das gesamte moderne Strafverfahren besteht aus der Verarbeitung von Informationen. Sowohl sein übergreifendes Ziel – durch gewissenhaftes Streben nach Gerechtigkeit Rechtsfrieden zu schaffen und zu bewahren¹ – als auch die konkrete Aufgabe der Verwirklichung des materiellen Strafrechts² lassen sich nur erreichen, wenn der „wahre Sachverhalt“ und alle mit diesem zusammenhängenden Tatsachen sorgfältig ermittelt, in Verfahrensakten dokumentiert und in geordneten Abläufen allen Beteiligten verfügbar gemacht werden, soweit sie die Informationen benötigen. Zur Erfüllung dieser Rechtspflicht (§§ 160, 244 Abs. 2 StPO) stehen den Strafverfolgungsbehörden vielfältige Befugnisse zur Erhebung (z.B. Befragungen und Vernehmungen, technische Maßnahmen wie Video- oder TK-Überwachung), Speicherung und Übermittlung (z.B. Datenbanken- und Informationssysteme wie derzeit das INPOL) der Informationen zur Verfügung.

Bei den erforderlichen Informationen handelt es sich praktisch immer um personenbezogene Daten,³ deren Verarbeitung sowohl grundrechtlichen als auch einfachgesetzlichen Anforderungen unterliegt. Im Sicherheitsrecht hatten die Mitgliedstaaten für einfachgesetzliche datenschutzrechtliche Ausgestaltung bislang einen ganz erheblichen Spielraum, da lediglich eine rudimentäre europäische Harmonisierung be-

stand. Die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG⁴ erfasste ausweislich ihres Art. 3 Abs. 2 „auf keinen Fall [...] Verarbeitungen betreffend [...] die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich“. Neben Spezialregelungen⁵ existierte für diesen Bereich lediglich der Rahmenbeschluss 2008/977/JI.⁶ Dessen Anwendungsbereich war jedoch auf die grenzüberschreitende Verarbeitung von Daten begrenzt und schloss die Verarbeitung durch Polizei- und Justizbehörden auf innerstaatlicher Ebene nicht mit ein.

II. Die neue JI-Richtlinie

Mit der europäischen Datenschutzreform wird die bisherige Zweiteilung entsprechend den Vorschlägen der Kommission⁷ grundsätzlich beibehalten. An die Stelle der RL 95/46/EG tritt die DSGVO,⁸ an die Stelle des Rahmenbeschlusses die JI-RL.⁹ Letztere hat als „kleine Schwester“¹⁰ der DSGVO sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch in den wissenschaftlichen Diskussionen¹¹ erheblich weniger Beachtung gefunden.

⁴ RL 95/46/EG v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 Nr. L 281/31.

⁵ Diese betreffen z.B. den Informationsaustausch über Europol (siehe den Europol-Beschluss 2009/371/JI sowie nunmehr die Europol-VO 2016/794) oder spezifische Maßnahmen wie die Vorratsspeicherung von TK-Daten; allgemein zum Datenaustausch zu Strafverfolgungszwecken in der Union Schmidt, Der Grundsatz der Verfügbarkeit, 2018.

⁶ RB 2008/977/JI v. 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. EU 2008 Nr. L 350/60.

⁷ COM (2012) 10 final und COM (2012) 11 final.

⁸ VO (EU) 2016/679 v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. EU 2016 Nr. L 119/1.

⁹ RL (EU) 2016/680 v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des RB 2008/977/JI, ABl. EU 2016 Nr. L 119/89.

¹⁰ Schwichtenberg, DuD 2016, 605.

¹¹ Siehe bisher Bäcker/Hornung, ZD 2012, 147; Kugelmann, DuD 2012, 581; Wolff, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 61; Schwichtenberg, DuD 2016, 605; Weinhold/Johannes, DVBl. 2016, 1501; Bäcker, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), Perspektiven der digitalen Lebenswelt, 2017, S. 63; Johannes/Weinhold, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 2018.

* Der Autor Hornung ist Professor für Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht an der Universität Kassel, der Autor Schindler ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter, die Autorin Schneider ist Parlamentarische Assistentin am Europäischen Parlament. Der Text ist im Zusammenhang mit dem BMBF-Projekt „Flexibles, teilautomatisiertes Analysesystem zur Auswertung von Videomassendaten (FLORIDA)“, FKZ 13N14252, entstanden. Die Autoren danken Matthias Bäcker für Hinweise zum Manuskript.

¹ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 61. Aufl. 2018, Einl. Rn. 4.

² Fischer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, Einl. Rn. 3.

³ Zum Begriff siehe unten III. 1.

1. Ziele und Inhalt

Die JI-RL stützt sich – wie die DSGVO – auf Art. 16 Abs. 2 AEUV,¹² ist nach Art. 64 JI-RL am 5.5.2016 in Kraft getreten und war gemäß Art. 63 JI-RL von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 6.5.2018 umzusetzen. Der Bundesgesetzgeber¹³ und die meisten Landesgesetzgeber haben vor diesem Zeitpunkt reagiert bzw. stehen kurz vor der Anpassung des Landesrechts.¹⁴ Allerdings betrifft die Umsetzung bisher neben dem allgemeinen Datenschutzrecht nur auf Bundesebene auch das Polizeirecht; Anpassungen des Strafprozessrechts fehlen bisher ganz.¹⁵

Ziel der JI-RL ist es, ein unionsweit einheitliches und hohes Schutzniveau bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in Strafsachen zu gewährleisten. Hierdurch sollen die Grundrechte und Grundfreiheiten betroffener Personen geschützt und gleichzeitig der Austausch personenbezogener Daten zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten erleichtert werden.¹⁶ Dies bewirkt die JI-RL durch einen Paradigmenwechsel in der Regulierung: Während der Rahmenbeschluss noch auf die grenzüberschreitende Datenverarbeitung begrenzt war (Art. 1 Abs. 2 JI-RL), umfasst die Richtlinie nunmehr auch die rein innerstaatliche Datenverarbeitung.¹⁷

Zum Zweck der Harmonisierung enthält die Richtlinie neben allgemeinen Grundsätzen für die Verarbeitung (Art. 4 JI-RL) insbesondere Fristen für die Überprüfung und Speicherung (Art. 5 JI-RL) sowie Vorgaben für die Überprüfung der Qualität (Art. 7 JI-RL) und für automatisierte Einzelentscheidungen (Art. 11 JI-RL). Die materiellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Datenerhebung und

-verarbeitung beschränken sich in den Art. 8 und Art. 10 JI-RL auf Mindestvorgaben und lassen den Mitgliedstaaten insoweit einen sehr weiten Umsetzungsspielraum. Im Vergleich zum Rahmenbeschluss 2008/977/JI werden erheblich detaillierter als bisher Rechte der betroffenen Personen (Art. 12–18 JI-RL: Informationspflichten, Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung) und Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter (Art. 19–34 JI-RL) geregelt. Letzteres umfasst auch für die Strafjustiz völlig neuartige Anforderungen wie den Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 20 JI-RL) oder die Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 27 JI-RL). Die Bestimmungen zur Datensicherheit (Art. 29–31 JI-RL) umfassen nunmehr auch explizit Meldepflichten bei „Datenpannen“. Daneben werden europaweit verbindlich interne behördliche Datenschutzbeauftragte festgeschrieben (Art. 32–34 JI-RL). Ähnlich wie in der DSGVO hat der Gesetzgeber überdies detaillierte Regelungen zur Datenübermittlung in Drittländer (Art. 35–40 JI-RL) und zu den Aufsichtsbehörden (Art. 41–51 JI-RL) eingeführt sowie Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen spezifischer normiert (Art. 52–57 JI-RL).

2. Problematik und Relevanz der komplementären Anwendungsbereiche

Die Anwendungsbereiche von JI-RL und DSGVO sind komplementär zueinander konstruiert. Die „Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ unterfällt dem Anwendungsbereich gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JI-RL, während Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO diese Verarbeitungen wortgleich von der Verordnung ausnimmt.

Die Formulierung zum Anwendungsbereich ist in mehrfacher Hinsicht interpretationsbedürftig. Dies betrifft insbesondere die Reichweite des Begriffs „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ sowie die Einordnung der Datenverarbeitungen zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und im Strafvollzug. Der Anwendungsbereich bedarf insoweit der Klärung, weil die beiden Rechtsakte zwar in vielen Punkten aufeinander abgestimmt oder sogar identisch sind, an einigen wesentlichen Stellen jedoch auseinanderfallen. Dies hat Auswirkungen auf die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sowie die zuständigen Behörden, die ggf. unterschiedliche Rechtsvorschriften des Europa- oder nationalen Rechts anwenden müssen.

Der offensichtlichste Unterschied ist, dass die JI-RL, anders als die gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbare DSGVO, der Umsetzung in innerstaatliches Recht bedarf. Die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten müssen also wissen, ob eine bestimmte nationale Regelung dem Umsetzungsbefehl der JI-RL unterliegt oder eine Öffnungsklausel¹⁸

¹² Dies ist zumindest bei der gebotenen restriktiven Auslegung zulässig, siehe *Bäcker*, Stellungnahme im BT-Innenausschuss, Ausschuss-Drs. 17(4)585 B; a.A. der Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 51/12.

¹³ Das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) v. 30.6.2017, BGBl. I 2017, S. 2097, enthält v.a. ein neues BDSG, dessen Teil 1 (§§ 1–21 BDSG n.F.) und Teil 3 (§§ 45–84 BDSG n.F.) der Umsetzung der JI-RL dienen. Siehe auch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11325, sowie die Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 18/12084.

¹⁴ *Johannes*, Blogbeitrag zum Stand der Anpassung der Landesdatenschutzgesetze, abrufbar unter <https://lawful.de/stand-der-anpassung-der-landesdatenschutzgesetze-an-die-dsgvo-und-die-ji-richtlinie/> (13.12.2018).

¹⁵ Gesetz zur Neustrukturierung des BKAG vom 1.7.2017, BGBl. I 2017, S. 1354. Siehe aber den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der JI-RL im Strafverfahren, BT-Drs. 19/4671.

¹⁶ Dazu Art. 1 JI-RL; Erwägungsgründe 4 und 7 JI-RL; COM (2012) 9 final, unter 4.; siehe auch *Kugelman*, DuD 2012, 581.

¹⁷ Dies war ein wesentlicher Grund für die Neuregelung, vgl. COM (2012) 10 final, S. 2 sowie Erwägungsgründe 6 und 7 JI-RL; siehe auch *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (149).

¹⁸ Zu deren Problematik *Kühling/Martini/Heberlein/Kühl/Nink/Weinzierl/Wenzel*, Die Datenschutzgrundverordnung und das nationale Recht, 2016; *Benecke/Wagner*, DVBl.

der DSGVO erfordert. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Europarechtskonformität des mitgliedstaatlichen Rechts, sodass die Frage auch für die deutschen Gesetzgeber relevant bleibt, die bereits Umsetzungsgesetze verabschiedet haben.¹⁹

Daneben offenbart ein Vergleich der Rechtsakte eine ganze Reihe von Unterschieden. Diese betreffen beispielsweise:

- Bei den Grundsätzen der Datenverarbeitung (Art. 4 JI-RL) fehlt der für den Datenschutz eminent wichtige Transparenzgrundsatz (siehe Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO), und der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 4 Abs. 1 lit. c JI-RL) ist abgeschwächt (die Daten dürfen in Bezug auf den Verarbeitungszweck lediglich „nicht übermäßig“ sein, statt – wie nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO – „auf das notwendige Maß beschränkt“ zu werden).
- Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien betroffener Personen und Kategorien für die Datenqualität sehen nur Art. 6 und 7 JI-RL vor.
- Anders als Art. 7 und Art. 8 DSGVO enthält die JI-RL keine Norm zur Einwilligung. Während für die DSGVO umstritten ist, ob Behörden sich auf eine Einwilligung stützen können,²⁰ soll dies ausweislich Erwägungsgrund 35 JI-RL nicht der Fall sein, wenn eine gesetzliche Erhebungsbefugnis der Sicherheitsbehörde besteht. Erwägungsgrund 35 beschränkt die Einwilligung sodann auf Fälle, in denen sie explizit durch nationale Rechtsvorschriften zugelassen wird.
- Während Art. 9 DSGVO für nationale Verarbeitungsbefugnisse zu besonderen Kategorien personenbezogener Daten spezifische Vorgaben macht, lässt Art. 10 lit. a JI-RL diese umfassend zu und enthält nur die pauschale Anforderung, dass die Verarbeitung „unbedingt erforderlich“ sein und geeigneten Garantien unterliegen muss.
- Das Verbot der automatisierten Einzelentscheidung in Art. 11 Abs. 1 JI-RL ist zumindest vom Wortlaut her insoweit enger, als es sich nur auf Entscheidungen mit „nachteiliger“ Rechtsfolge erstreckt (ebenso § 54 Abs. 1 BDSG n.F.), während Art. 22 DSGVO diese Einschränkung nicht enthält.²¹
- Zwei datenschutzrechtliche Betroffenenrechte fehlen, nämlich das Widerspruchsrecht²² (Art. 21 DSGVO) und das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO).
- Die Bestimmungen zur Einbindung von Auftragsverarbeitern in Art. 22 JI-RL sind lockerer formuliert als in

Art. 28 DSGVO und enthalten beispielsweise keine Pflicht des Auftragnehmers zur Gewährleistung allgemeiner Datensicherheitsmaßnahmen.²³

- Art. 25 JI-RL enthält eine spezifische Vorgabe zur Protokollierung (umgesetzt in § 76 BDSG n.F.), während die DSGVO hierzu schweigt.²⁴
- Das neue Instrument der Datenschutz-Folgenabschätzung wird in Art. 35 DSGVO relativ spezifisch beschrieben, während Art. 27 JI-RL erheblich mehr Spielraum für die Mitgliedstaaten eröffnet.²⁵
- Die JI-RL enthält keine Regelungen zur Zertifizierung (siehe Art. 42, 43 DSGVO).²⁶
- Die Stellung des behördlichen Datenschutzbeauftragten ist erheblich schwächer ausgestaltet. Art. 33 JI-RL enthält anders als Art. 38 Abs. 3 DSGVO weder eine Regelung zur Weisungsfreiheit des Beauftragten, noch ein Verbot der Abberufung oder Benachteiligung aufgrund der Tätigkeit. Auch die unmittelbare Berichtspflicht zur Behördenleitung fehlt. Es gibt noch nicht einmal ein Verbot der Übernahme weiterer Aufgaben und Pflichten, wenn diese zu Interessenkonflikten führen können (Art. 38 Abs. 6 DSGVO).²⁷
- Die Bestimmungen zur Datenübermittlung in Drittländer sind zwar in weiten Teilen wortgleich. In wichtigen Punkten (v.a. Art. 37 Abs. 1 lit. b und Art. 38 JI-RL) bestehen jedoch Abweichungen, die in problematischer Weise Übermittlungen in Länder ohne angemessenes Datenschutzniveau zulassen.²⁸ Ein Gegenstück zu Art. 39 JI-RL, der die Übermittlung an andere Empfänger als die zuständigen Behörden in Drittstaaten regelt (etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit zum Schutz des Lebens einer

2016, 600; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), *Das neue Datenschutzrecht*, 2018, S. 41 ff.

¹⁹ Siehe für den Bund Fn. 13.

²⁰ Siehe *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 15; siehe auch Erwägungsgrund 43 DSGVO.

²¹ Ob man Art. 22 DSGVO entsprechend einschränken muss ist str., siehe *Buchner*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 20), Art. 22 Rn. 25.

²² Dieses wird zwar in Erwägungsgrund 40 JI-RL erwähnt, dies dürfte aber ein Redaktionsfehler in Übernahme des entsprechenden Erwägungsgrundes 59 DSGVO sein.

²³ Dies hat der Bundesgesetzgeber (im Wege einer zulässigen Konkretisierung) dennoch vorgesehen, siehe § 62 Abs. 5 S. 2 Nr. 8 BDSG n.F.

²⁴ Zu den Vorgaben und der deutschen Umsetzung näher *Piltz*, *NVwZ* 2018, 697.

²⁵ Der Bundesgesetzgeber hat in § 67 Abs. 4 BDSG n.F. insoweit weitgehend Art. 35 Abs. 7 DSGVO übernommen. Der KOM-E zur JI-RL hatte noch gar keine dementsprechende Regelung enthalten; siehe dazu *Hornung*, in: *Scholz/Funk* (Hrsg.), *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik Jahrbuch* 2012, 2013, S. 19.

²⁶ Kritisch *Hornung* (Fn. 25), S. 20.

²⁷ Zumindest auf Bundesebene ist dieses Problem gelöst, weil die §§ 5–7 BDSG n.F. sowohl für den Bereich der DSGVO als auch für den der JI-RL gelten und entsprechende Bestimmungen enthalten.

²⁸ Kritisch schon *Bäcker/Hornung*, *ZD* 2012, 147 (151); *Hornung* (Fn. 25), S. 22 f. Positiv zu sehen ist, dass Art. 38 JI-RL gegenüber Art. 36 KOM-E deutlich enger gefasst wurde und nunmehr v.a. auch in lit. d das Erfordernis des Einzelfalls enthält. Ohne diese Einschränkung wäre alleine diese Bestimmung geeignet gewesen, das System der Drittlandübermittlung auszuhebeln (siehe die Kritik a.a.O.).

Person, die von einer Straftat bedroht wird),²⁹ besteht in der DSGVO nicht.³⁰

- Die Befugnisse der Aufsichtsbehörden in Art. 47 JI-RL sind eingeschränkt und deutlich offener formuliert als in Art. 58 DSGVO. Die Anweisung, fortan die JI-RL einzuhalten sowie das als ultima ratio nach Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO mögliche Verbot werden lediglich beispielhaft genannt. Der Bundesgesetzgeber hat diese Abweichung genutzt und stattdessen als „schärfstes Schwert“ außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO lediglich eine formelle Beanstandung vorgesehen (§ 16 Abs. 2 BDSG n.F.).³¹
- Art. 48 JI-RL fordert wirksame Vorkehrungen, um vertrauliche Meldungen über Verstöße gegen die JI-RL zu fördern. Eine vergleichbare Vorschrift zum Whistleblowing existiert in der DSGVO nicht. Die Umsetzung in § 77 BDSG n.F. erscheint allerdings unzureichend, da Art. 48 JI-RL nicht nur die Möglichkeit der Meldung, sondern ein Fördern (engl. „encourage“) verlangt.³²
- Anders als nach Art. 77 Abs. 1 DSGVO hat die betroffene Person kein allgemeines Recht auf Einreichung einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde ihres Aufenthaltsorts. Geht es um einen Verstoß in einem anderen Mitgliedstaat, wird die Beschwerde vielmehr nach Art. 52 Abs. 2 JI-RL dorthin weitergeleitet; die „eigene“ Behörde hat lediglich eine fortdauernde Unterstützungspflicht.
- Art. 55 JI-RL enthält zwar ein Recht zur Vertretung im Beschwerde- und Klageverfahren, anders als der ansonsten parallele Art. 80 DSGVO aber keine (fakultative) Verbandsklage.
- Art. 57 JI-RL enthält zwar eine Pflicht zur Normierung von wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der Richtlinie, überlässt deren Ausgestaltung jedoch ansonsten vollständig den Mitgliedstaaten. Hingegen regelt Art. 83 DSGVO ausführlich die Verhängung von Geldbußen, während Art. 84 DSGVO weitgehend Art. 57 JI-RL entspricht. Geldbußen gegen Behörden sind allerdings auch im Anwendungsbereich der DSGVO nicht vorgesehen (Art. 83 Abs. 7 DSGVO, § 43 BDSG n.F.), was den Unterschied zumindest auf Bundesebene wieder relativiert.

Neben diesen rechtlichen Unterschieden ist die Abgrenzung zwischen DSGVO und JI-RL auch unmittelbar für den deutschen Rechtsanwender relevant. So unterscheidet das BDSG n.F. zwischen der Datenverarbeitung im Anwendungsbereich der DSGVO (Teil 2) und der JI-RL (Teil 3). Überdies verweist das Gesetz an zahlreichen Stellen direkt oder indirekt auf den Anwendungsbereich der JI-RL und/oder der

DSGVO.³³ Die im Folgenden diskutierte Reichweite des jeweiligen Anwendungsbereichs ist also in diesen Fällen Tatbestandsvoraussetzung.

III. Einzelfragen des Anwendungsbereichs der Richtlinie

Diese erheblichen und substantiellen Unterschiede machen eine präzise Bestimmung des Anwendungsbereichs der JI-RL und eine Abgrenzung zur DSGVO erforderlich.

1. Automatisierte oder dateimäßige Verarbeitung personenbezogener Daten

Gemäß Art. 2 Abs. 1 JI-RL gilt die Richtlinie für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Dies sind gemäß Art. 3 Nr. 1 JI-RL alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (siehe auch Erwägungsgrund 21).³⁴ Der Begriff ist sehr weit und umfasst auch Angaben, die nur aufgrund des Zusatzwissens Dritter einer Person zugeordnet werden können, wenn der Verantwortliche über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, dieses Zusatzwissen zu erlangen.³⁵ Dies wird im Bereich des Strafverfahrens aufgrund der vielfältigen Erhebungsbefugnisse der Behörden oftmals der Fall sein.

Unter Verarbeitung ist gemäß Art. 3 Nr. 2 JI-RL (wortgleich Art. 4 Nr. 2 DSGVO) jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten zu verstehen. Das erfasst letztlich jeden Umgang mit personenbezogenen Daten, wird aber durch Art. 2 Abs. 2 JI-RL teilweise wieder eingeschränkt. Danach muss es sich entweder um eine ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung handeln, oder – d.h. im Fall der vollständig nichtautomatisierten Verarbeitung – die Daten müssen in einem Dateisystem (Art. 3 Nr. 6 JI-RL) gespeichert sein oder gespeichert werden sollen (sog. Dateibezug).

Diese Anforderungen lassen sich am Beispiel von Lichtbild- und Videoaufnahmen verdeutlichen. Diese zählen zu den personenbezogenen Daten, wenn natürliche Personen identifizierbar aufgenommen werden.³⁶ Dagegen kann es sich z.B. bei Übersichtsaufnahmen zur Verkehrslenkung um anonyme Daten handeln, wenn auch mithilfe von Zoom-Funktionen oder Zusatzinformationen keine Personen identi-

²⁹ Siehe Erwägungsgrund 73 JI-RL.

³⁰ Art. 39 JI-RL ist in § 81 BDSG n.F. umgesetzt.

³¹ Ob diese sehr weite Zurücknahme der Befugnisse der Aufsichtsbehörden mit der JI-RL vereinbar ist, ist zweifelhaft; dies kann hier nicht vertieft werden.

³² Schwichtenberg, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), § 77 Rn. 2.

³³ Z.B. § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 8, § 14 Abs. 1 S. 2, § 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 40 Abs. 1, § 44 Abs. 1 S. 1, § 82 Abs. 1 S. 1, § 85 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3.

³⁴ Dies entspricht Art. 4 Nr. 1 DSGVO und unterscheidet sich von Art. 2 lit. a RL 95/46/EG sowie Art. 2 lit. a RB 2008/977/JI nur in sprachlicher Hinsicht, vgl. Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), Art. 4 Nr. 1 Rn. 2.

³⁵ Siehe zu Art. 2 lit. a RL 95/46: EuGH NJW 2016, 3579 (3581).

³⁶ Siehe zur RL 95/46/EG: EuGH NJW 2015, 463; zur DSGVO deren Erwägungsgrund 51 sowie Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), Art. 4 Nr. 1 Rn. 37; siehe auch Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 136, 9 und 19.

fizierbar sind.³⁷ Insbesondere bei der Verarbeitung von Gesichtsaufnahmen zur biometrischen Gesichtserkennung ist daher regelmäßig von einem Personenbezug auszugehen. Hingegen verarbeiten funktionsunfähige oder nicht aktivierte Kameras sowie Kameraattrappen keine personenbezogenen Daten und fallen dementsprechend nicht in den Anwendungsbereich der JI-RL.³⁸

Wann eine automatisierte bzw. dateimäßige Datenverarbeitung gegeben ist, ist insbesondere auch für den Umgang mit Bild- und Videodaten strittig.³⁹ Nach der Rspr. des EuGH liegt bei einer „Videoaufzeichnung von Personen auf einer kontinuierlichen Speichervorrichtung“ (z.B. Festplatte) eine automatisierte Verarbeitung vor.⁴⁰ Umstritten ist insbesondere die Einordnung der Videoüberwachung im sog. Kamera-Monitor-Verfahren ohne Aufzeichnung. Ein Dateibezug kann aufgrund der Flüchtigkeit der Aufnahmen jedenfalls nicht angenommen werden. Eine automatisierte Verarbeitung wird einerseits mit dem Argument abgelehnt, eine tatsächliche Verarbeitung finde nicht statt, wenn eine Kamera ohne Zwischenspeicherung nur ein Live-Bild übertrage.⁴¹ Die Gegenansicht weist zutreffend darauf hin, dass heutige Geräte fast immer eine kurzzeitige Zwischenspeicherung (z.B. im Arbeitsspeicher) vornehmen, und lässt die dabei entstehende informationstechnische Infrastruktur für den Anwendungsbe-

reich ausreichen.⁴² Im Ergebnis liegt deshalb eine automatisierte Verarbeitung vor.⁴³ Dies gilt erst recht, wenn eine Datenauswertung mittels automatisierter Verfahren wie z.B. Gesichtserkennung stattfindet.⁴⁴

2. Verarbeitungszweck

Weiterhin muss die Verarbeitung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JI-RL zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit erfolgen.

a) Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten

aa) Begriff der Straftat und Erstreckung auf Ordnungswidrigkeiten

Der Begriff der Straftat wird in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis ist eine Straftat „das vom Tatbestand des Strafgesetzes in seinen Merkmalen festgelegte, mit Strafe bedrohte rechtswidrige Verhalten, das der Täter schuldhaft verwirklicht“.⁴⁵ Das dahinter stehende Ziel des Strafrechts ist es, die „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“⁴⁶ zu schützen, so dass nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen sind, die diese Werte bedrohen. Derartige Straftaten sind im StGB und im Nebenstrafrecht (z.B. §§ 29–31 BtMG) geregelt.

Allerdings ist der Begriff der Straftat autonom zu bestimmen. Es handelt sich auch nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers um einen eigenständigen Begriff des Unionsrechts, der durch den EuGH auszulegen ist (Erwägungsgrund 13 JI-RL). Nach dessen Rechtsprechung sind für die Frage des Vorliegens einer Straftat die rechtliche Einordnung einer Zuwiderhandlung nach innerstaatlichem Recht, die Art der Zuwiderhandlung sowie die Art und Schwere der angeordneten Sanktionen zu berücksichtigen.⁴⁷ Es ist dementsprechend davon auszugehen, dass die von der deutschen Rechtsordnung mit Strafe (§§ 38 ff. StGB) bedrohten Verhaltensweisen auch Straftaten i.S.d. JI-RL darstellen.⁴⁸

Fraglich ist allerdings, ob die JI-RL auch die Datenverarbeitung anlässlich der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten

³⁷ Dazu *Schulz*, in: Gola (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar*, 2017, Art. 6 Rn. 149 zur DSGVO.

³⁸ Zum Umgang mit dem ggf. vorliegenden Überwachungsdruck bei vermeintlicher Beobachtung *Schulz* (Fn. 37), Art. 6 Rn. 149 und 151.

³⁹ *Dammann*, in: *Dammann/Simitis* (Hrsg.), *EG-Datenschutzrichtlinie, 1997, Art. 3 Rn. 3 zur RL 95/46/EG: Automatisierte Verarbeitung müsse sich „auf die Daten mit ihrer semantischen (inhaltlichen) Dimension beziehen“*. Das bloße Anfertigen und Abspielen von Videoaufzeichnungen reiche daher nicht; so auch *Scholz*, in: *Simitis* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2014, § 6b Rn. 18. Allerdings könne ein Dateibezug vorliegen, wenn die Videoaufzeichnungen in einer strukturierten Sammlung erfasst würden, die z.B. nach dem Zeitpunkt der Aufnahme auswertbar sei, siehe *Scholz*, a.a.O., § 6b Rn. 19; *Dammann*, a.a.O., Art. 3 Rn. 5. Nach a.A. genügt für eine automatisierte Verarbeitung „jede Form von DV-Anlage“, was grundsätzlich auch die Videoüberwachung erfasst, siehe *Ernst*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2018, Art. 2 DSGVO Rn. 5; *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 15.

⁴⁰ EuGH NJW 2015, 463 (464) zu Art. 3 Abs. 1 RL 95/46/EG; zust. *Lachenmann*, ZD 2015, 77 (79); *Bretthauer*, CR 2015, 101 (102); *Klar*, NJW 2015, 463 (464 f.); im Ergebnis zustimmend *Lang*, K&R 2015, 105. Siehe auch die Erwägungsgründe 14–17 RL 95/46/EG zu Bild- und Tondaten.

⁴¹ *Kühling/Raab* (Fn. 39), Art. 2 Rn. 15.

⁴² *Schild*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Datenschutzrecht*, Stand: 1.2.2018, § 3 BDSG 2003 Rn. 33.

⁴³ So auch OVG Bln-Bbg, ZD 2017, 399 (399 f.).

⁴⁴ Z.B. *Dammann*, in: *Simitis* (Fn. 39), § 3 Rn. 79 zu Kfz-Kennzeichenerkennung und biometrischer Erkennung.

⁴⁵ *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 2 II. 1.

⁴⁶ BVerfGE 45, 187 (253).

⁴⁷ EuGH EuZW 2013, 302 (304, zu Art. 50 GRCh). Vergleichbare Kriterien nutzt auch EGMR NJW 1985, 1273 (1273, zu Art. 6 Abs. 3 EMRK).

⁴⁸ Siehe auch *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar*, 3. Aufl. 2016, Art. 50 Rn. 5: Sanktionen, „die im Mitgliedstaat als echte Kriminalstrafe eingestuft werden“.

(§ 1 Abs. 1 OWiG) erfasst. Diese sind der Idee nach Bagatellverstöße,⁴⁹ die der Gesetzgeber bewusst nicht dem Strafrecht zuordnet. Dementsprechend gilt beispielsweise statt des Legalitätsprinzips der §§ 152 Abs. 2, 160 StPO die Ermessensregel in § 47 Abs. 1 OWiG. Geldbußen ähneln zwar faktisch den Geldstrafen (§§ 40 ff. StGB). Anders als mit dieser (Kriminal-)Strafe ist mit ihnen aber kein „ethischer Schuldvorwurf“⁵⁰ verbunden, und sie enthalten kein „ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil“, sondern eine „nachdrückliche Pflichtenmahnung“.⁵¹

Trotz dieser Unterschiede überwiegen aus unionsrechtlicher Sicht die Gemeinsamkeiten. Zwar ist das Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich vom Strafrecht zu trennen.⁵² Schon die unterschiedliche Benennung wird aber nicht in allen Rechtsgebieten durchgehalten: Kompetenzrechtlich wird das Recht der Ordnungswidrigkeiten dem „Strafrecht“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugeordnet.⁵³ Die Parallelität wird sinnbildlich durch § 46 OWiG ausgedrückt, wonach die Regeln des Strafverfahrens, von Ausnahmen abgesehen, sinngemäß Anwendung finden. Auf der Sanktionenseite sind die Unterschiede in der Berechnungsmethode zwischen Geldbuße und Geldstrafe zwar erheblich; dies ändert jedoch nichts daran, dass auch erstere sich finanziell nachteilig auswirkt und damit den Charakter einer Bestrafung für ein Fehlverhalten hat.

Dementsprechend zählt der EGMR das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht zum Strafrecht i.S.d. EMRK.⁵⁴ Im Anschluss daran wird der Begriff auch für die GRCh weit und unter Einschluss dieses Bereichs verwendet.⁵⁵ Soweit hierfür z.T. eine gewisse Höhe der Geldbuße oder -strafe verlangt wird,⁵⁶ lässt sich dies nicht auf die JI-RL übertragen, weil für diesen Sekundärrechtsakt eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs erforderlich ist, die erkennbar nicht unter einen Erheblichkeitsvorbehalt gestellt werden sollte. Schlussendlich umfasst auch der Begriff der Strafsachen i.S.d. Art. 82 AEUV nicht nur Straf- sondern auch Buß-

geldverfahren.⁵⁷ Da die JI-RL in diesem Kontext der polizeilichen und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erlassen wurde (siehe Erwägungsgrund 7 JI-RL),⁵⁸ spricht dies ebenfalls für eine Einbeziehung von Ordnungswidrigkeiten in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 JI-RL.

Vor dem Hintergrund eines unionsrechtlichen Verständnisses sind Ordnungswidrigkeiten trotz der genannten Unterschiede folglich als Straftaten i.S.d. JI-RL einzuordnen.⁵⁹ Konsequenterweise hat der deutsche Gesetzgeber in den Anwendungsbereich nach § 45 BDSG n.F. auch Ordnungswidrigkeiten einbezogen.⁶⁰ Dies führt zu Rechtseinheit für das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht, an anderer Stelle allerdings zu Aufspaltungen: Soweit nämlich Verwaltungsbehörden nicht primär für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zuständig sind, unterfallen sie für diesen Bereich zwar dem 3. Teil des BDSG n.F. bzw. den entsprechenden Regelungen in den LDSG, im Übrigen aber der DSGVO.⁶¹

bb) Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung

Die Datenverarbeitung muss zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten erfolgen (Art. 1 Abs. 1 JI-RL). Dies betrifft zum einen die repressive Verfolgung begangener Straftaten (Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung), die in Deutschland v.a. in der StPO geregelt ist, zum anderen die präventive Verhinderung

⁴⁹ Mitsch, in: Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 2.

⁵⁰ BVerfGE 22, 49 (79).

⁵¹ BVerfGE 27, 18 (33).

⁵² Zu den Grenzbereichen, in denen „kein wesensmäßiger Unterschied zwischen den beiden Regelungsregimen“ besteht, Gerhold, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz*, Stand: 1.10.2018, Einl. Rn. 12.

⁵³ BVerfGE 27, 18 (32 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl. 2016, Art. 74 Rn. 5.

⁵⁴ EGMR NJW 1985, 1273 (1274) zu Art. 6 Abs. 3 EMRK; siehe auch Gerhold (Fn. 52), Einl. Rn. 5; Barrot, ZJS 2010, 701 (702).

⁵⁵ Zu Art. 50 GRCh Alber, in: Stern/Sachs (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar*, 2016, Art. 50 Rn. 6; zu Art. 48 GRCh Jarass (Fn. 48), Art. 48 Rn. 5.

⁵⁶ Jarass (Fn. 48), Art. 48 Rn. 4 (dort Fn. 15: keine Anwendung bei Geldsanktionen unter 500 €).

⁵⁷ Z.B. Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV*, Band I, 65. Lfg., August 2018, Art. 82 AEUV Rn. 12.

⁵⁸ Siehe auch Bäcker (Fn. 12): Anwendungsbereich Unionsrecht wird hier auch mit Art. 82, 85 und 87 AEUV begründet. Enger dagegen die materiell-rechtliche Harmonisierungskompetenz des Art. 83 AEUV, die Ordnungswidrigkeiten nicht erfasst, siehe Vogel/Eisele (Fn. 57), Art. 83 AEUV Rn. 34 und 37. Die JI-RL betrifft aber das materielle Recht nicht, weshalb die Begründung von Weinhold, in: Roßnagel (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2017, S. 121 nicht trägt, der auf Art. 83 rekurriert.

⁵⁹ So auch Wolff, in: Schantz/Wolff, *Das neue Datenschutzrecht*, 2017, Rn. 242 f.; ders. (Fn. 11), S. 69; Johannes/Weinhold (Fn. 11), S. 52 f. (anders noch Weinhold [Rn. 58], S. 121); Herbst, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze, Kommentar*, 6. Aufl. 2018, RL 2016/680 Rn. 8 (anders noch 5. Aufl.); tendenziell auch Grafenstein/Gaitzsch, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2018, Art. 2 Rn. 56; a.A. wohl nur noch Zerdick, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar*, 2017, Art. 2 Rn. 12 (ohne Begründung).

⁶⁰ Siehe auch die Begründung, BT-Drs. 18/11325, S. 110; siehe auch BayLT-Drs. 17/19628, S. 47 und HessLT-Drs. 19/5728, S. 115.

⁶¹ Siehe die Begründung, BT-Drs. 18/11325, S. 110 f.; Wolff (Rn. 59 – Datenschutzrecht), Rn. 247 ff.; zu dieser Aufspaltung auch Piltz, NVwZ 2018, 697.

von Straftaten (Verhütung), die als Teil der Gefahrenabwehr in den Polizeigesetzen Niederschlag gefunden hat.⁶²

Erwägungsgrund 12 JI-RL spezifiziert dies näher. Art. 1 Abs. 1 JI-RL erfasst danach auch Fälle, in denen nicht von vornherein bekannt ist, ob es sich um Straftaten handelt, sowie die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Ergreifung von Zwangsmitteln. Die JI-RL regelt also in einem umfassenden Sinn präventive und repressive Handlungen, die auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten bezogen sind.

b) Schutz vor und Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit

Der Anwendungsbereich schließt den Schutz vor und die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit ein. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis umfasst er „den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen, wobei in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen wird, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht.“⁶³

Verstünde man Art. 1 Abs. 1 JI-RL in diesem Sinne, so wäre nicht nur die präventive Datenverarbeitung der Polizeibehörden, sondern auch die der allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden (etwa im Gewerbe- oder Hygienerecht) von der JI-RL erfasst. Der Begriff ist jedoch europarechtlich autonom auszulegen,⁶⁴ und nach der Entstehungsgeschichte ist dies nicht gewollt: Die Formulierung kam auf Vorschlag des Rats in den Text, wo sich Länder wie Deutschland dafür einsetzten, den polizeilichen Teil der Gefahrenabwehr mit dem dem repressiven Teil zu regeln, um im Behördenalltag eine mühsame Unterscheidung zwischen Rechtsgrundlagen zu vermeiden.⁶⁵ Dieses Grundanliegen trug das Parlament mit, wendete sich aber gegen eine Zuordnung der gesamten Gefahrenabwehrbehörden zur JI-RL, weil dies weite Teile der staatlichen Verwaltung der stärker harmonisierten DSGVO entzogen hätte.

Als Ergebnis wurde im Trilog der Zusatz „einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ eingeführt, mit dem im Ergebnis bezweckt wurde, beides nur zu erfassen, wenn Schutz oder Abwehr gerade auf die Verhinderung von Straftaten bezogen sind.⁶⁶ Auch wenn dies in dem Zusatz kaum deutlich wird

und deshalb einer merklichen Rechtsunsicherheit unterliegt, sollte im Ergebnis nur der straftatenbezogene Bereich der Gefahrenabwehr der JI-RL zugeordnet werden.⁶⁷ In diese Richtung deutet auch Erwägungsgrund 12 JI-RL.⁶⁸ Die übrige Gefahrenabwehr unterfällt hingegen nicht der JI-RL, sondern – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – der DSGVO.⁶⁹ Dies betrifft maßgeblich die allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden, kann aber in Randbereichen auch die polizeiliche Gefahrenabwehr erfassen, wenn diese bei Gefahrenlagen ohne Straftatbezug tätig wird (z.B. bei Unwetter, offensichtlichen Suizidfällen oder vermissten erwachsenen Personen).⁷⁰ Die Übergänge sind allerdings fließend. Dies gilt beispielsweise, wenn eine nicht straftatenbezogene Tätigkeit der Polizeibehörden in eine Maßnahme zur Verhütung oder Verfolgung von Straftaten „umschlägt“. Hier kann man nicht etwa allein deshalb, weil ein Straftatbezug nicht auszuschließen ist, den Anwendungsbereich der JI-RL eröffnen,⁷¹ sondern man wird in Grenzfällen nicht um eine Einzelfallbetrachtung herumkommen.

c) Strafvollstreckung

Des Weiteren erstreckt sich der Anwendungsbereich der JI-RL auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Strafvollstreckung. Dieser Begriff wird in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis gehören zur Strafvollstreckung i.e.S. die Maßnahmen und Anordnungen, die auf Verwirklichung des Rechtsfolgenausspruchs ausgerichtet und zuvorderst in den §§ 449 ff. StPO geregelt sind. Die Strafvollstreckung i.w.S. umfasst (bei Freiheitsstrafen) zusätzlich noch den Strafvollzug, der in den Strafvollzugssetzen von Bund und Ländern normiert ist.⁷² Während also die Strafvollstreckung i.e.S. das „ob“ und „wann“ der Sanktionsverwirklichung betrifft, regelt das Strafvollzugsrecht das

wird, sowie die befürwortende Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3.

⁶⁷ *Albrecht/Jotzo* (Fn. 66), S. 65 f. und 140; *Bäcker* (Fn. 11), S. 65 ff.; siehe auch *Johannes/Weinhold* (Fn. 11), S. 33 f.

⁶⁸ Danach umfassen die von der JI-RL geregelten Tätigkeiten auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, soweit dies zum Zweck des Schutzes vor und der Abwehr von Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit, „die zu einer Straftat führen können“, erforderlich ist.

⁶⁹ Kritisch zu dieser Aufteilung, da die zuständigen Behörden ggf. zwei Regelungsregime beachten müssen, z.B. *Zierke*, Stellungnahme im BT-Innenausschuss, A-Drs. 17(4)585 D, S. 2; *Wolff* (Fn. 11), S. 68 f.

⁷⁰ Siehe *Bäcker* (Fn. 11), S. 67; *Grafenstein/Gaitzsch* (Fn. 59), Art. 2 Rn. 55; *Kühling/Raab* (Fn. 39), Art. 2, Rn. 29. Dazu aber auch mit dem Hinweis, dass auch in diesen Fällen ein Straftatbezug häufig nicht auszuschließen ist, so dass regelmäßig der Anwendungsbereich der JI-RL eröffnet ist.

⁷¹ So aber *BayLT-Drs. 17/19628*, S. 47.

⁷² *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 1), Vorbem. § 449 Rn. 1 f.; *Pfeiffer*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Vorbem. § 449 Rn. 1.

⁶² *Wolff* (Fn. 11), S. 68.

⁶³ BVerfGE 69, 315 (352); siehe auch § 3 Nr. 1 SOG LSA.

⁶⁴ Dabei hilft die Begriffsbestimmung zur öffentlichen Sicherheit durch den EuGH für andere Rechtsgebiete nicht weiter, weil sie unter völlig anderen Rahmenbedingungen erfolgt, siehe z.B. *EuGH NVwZ 2011*, 221 (223). Undeutlich *Weinhold* (Rn. 58), S. 122 f.

⁶⁵ Siehe *Grafenstein/Gaitzsch* (Fn. 59), Art. 2 Rn. 55.

⁶⁶ *Albrecht/Jotzo*, *Das neue Datenschutzrecht der EU*, 2017, S. 65 f. und 140. Siehe auch Standpunkt des Rates 5418/1/16 REV 1 ADD 1, S. 5, wo der Zusatz als „Klarstellung des Anwendungsbereichs des Richtlinienentwurfs“ bezeichnet

„wie“ der Durchführung des Vollzugs in der Vollzugsanstalt.⁷³

Fraglich ist, ob auch der Strafvollzug zur Strafvollstreckung im Sinne der JI-RL zählt. Dies ist für den gesamten Bereich der dortigen Datenverarbeitung (beispielsweise auch für die Regelungen zur Videoüberwachung, z.B. § 79 Sächs-StVollzG) relevant.⁷⁴ Soweit ersichtlich, tendieren die deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung zu einer Einbeziehung. § 45 S. 4 BDSG n.F. bleibt zwar undeutlich („öffentlichen Stellen, die für die Vollstreckung von Strafen [...] zuständig sind“), und auch die Gesetzesbegründung hilft diesbezüglich nicht weiter. Sowohl die Entwürfe aus Bayern (Art. 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayDSG-E: „Strafvollstreckungs- und Justizvollzugsbehörden“)⁷⁵ als auch aus Hessen (§ 40 Abs. 2 HDSG-E: „Stellen, die für die Vollstreckung und den Vollzug [...] zuständig sind“)⁷⁶ gehen aber offensichtlich davon aus, dass auch der Strafvollzug erfasst wird.

Für eine solche Einbeziehung spricht der enge Bezug des Strafvollzugs zum Strafrecht und der Strafvollstreckung i.e.S. Überdies erwähnt die Kommission in den Gesetzgebungsmaterialien im Zusammenhang mit der Definition der zuständigen Behörde (siehe unten) den „Betrieb von Strafvollzugsanstalten“, woraus ebenfalls auf den Willen zur Einbeziehung des Strafvollzugs geschlossen werden kann.⁷⁷ Insoweit die Gesetzgebungskompetenz der Union gemäß Art. 16 Abs. 2 AEUV über den Zusammenhang der innerstaatlichen polizeilichen Datenverarbeitung mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV) begründet wird,⁷⁸ ist überdies zu berücksichtigen, dass die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen auch die Zusammenarbeit im Rahmen „des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen“ (Art. 82 Abs. 1 lit. d AEUV) umfasst, was ebenfalls für eine Einbeziehung des Strafvollzuges spricht. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass auch die Datenverarbeitung im Strafvollzug dem Anwendungsbereich der JI-RL unterfällt.

3. Zuständige Behörde

Die Datenverarbeitung muss durch die „zuständigen Behörden“ erfolgen. Zu den erfassten staatlichen Stellen (Art. 3 Nr. 7 lit. a JI-RL) zählen insbesondere die Bundes- und Landespolizeibehörden, die zuständigen Verwaltungsbehörden nach §§ 35 ff. OWiG,⁷⁹ die Staatsanwaltschaften und die

⁷³ Gerhold, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafvollzugsrecht Bund, Einl. Rn. 2 f.; allerdings ohne die Unterteilung in Strafvollstreckung i.e.S. und i.w.S.

⁷⁴ Allg. zum Datenschutz im Strafvollzug Laubenthal, Strafvollzug, 7. Aufl. 2015, S. 737 ff.

⁷⁵ Siehe auch die Begründung BayLT-Drs. 17/19628, S. 46 f.

⁷⁶ Siehe auch die Begründung HessLT-Drs. 19/5728, S. 115.

⁷⁷ Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3.

⁷⁸ Dazu Bäcker (Fn. 12).

⁷⁹ Dies umfasst eine große Bandbreite an Behörden, die primär andere Aufgaben haben, jedoch als Annexkompetenz auch für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständig

Gerichte,⁸⁰ soweit sie mit Strafsachen beschäftigt sind.⁸¹ Auch Finanzbehörden, etwa die Zoll- und Steuerfahndung (siehe § 208 AO), können zuständige Behörde i.d.S. sein.⁸²

Zu den anderen Stellen oder Einrichtungen (Art. 3 Nr. 7 lit. b JI-RL) zählen private Stellen, wenn ihnen durch nationales Recht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Befugnisse übertragen wird.⁸³ Dies umfasst insbesondere Beliehene.⁸⁴ Sonstige private Stellen unterfallen hingegen der DSGVO, und zwar auch dann, wenn ihr Verhalten auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten gerichtet ist (z.B. Videoüberwachung im Ladengeschäft).⁸⁵

Die zuständigen Behörden sind allerdings nur erfasst, wenn sie zu den in Art. 1 Abs. 1 JI-RL genannten Zwecken (Verhütung und Verfolgung von Straftaten etc.) tätig sind. Sind sie daneben mit anderen Aufgaben betraut, fällt die damit verbundene Datenverarbeitung nicht in den Anwendungsbereich der JI-RL. Ggf. gilt dann die DSGVO (Art. 9 Abs. 2 JI-RL),⁸⁶ bzw. nationales Recht, das in Ausfüllung ihrer Öffnungsklauseln ergangen ist.

IV. Ergebnis und Ausblick

Die europäische Datenschutzreform hat – auch wenn dies in der Diskussion bisher viel weniger Aufmerksamkeit erhalten hat – auch für den Bereich der Sicherheitsbehörden und der Strafjustiz erhebliche Auswirkungen. Angesichts der in Teilbereichen wichtigen Unterschiede zwischen der DSGVO und der JI-RL wäre es ein Fehler, die Richtlinie zu vernachlässigen. Vielmehr zwingen diese Unterschiede zu einer sorgfältigen Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsakten. Vor allem im Bereich von Ordnungswidrigkeiten und Strafvollzug ergeben sich dabei Zweifelsfälle; im Ergebnis sollte beides aber der JI-Richtlinie zugeordnet werden. Dagegen fällt die nicht-strafatbezogene Gefahrenabwehr trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts in den Anwendungsbereich der DSGVO.

sind (z.B. Gewerbeaufsicht, Umweltbehörden, Waffen-, Hygiene- oder Passbehörden).

⁸⁰ Die Einbeziehung der Gerichte ergibt sich kaum aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 JI-RL („Behörde“; kritisch insoweit schon Bäcker/Hornung, ZD 2012, 147 [149]), aber mittelbar aus Regelungen wie Art. 18 JI-RL, Erwägungsgrund 80 JI-RL. Während also eine materielle Bindung besteht, sind Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit nach Art. 45 Abs. 2 JI-RL der Kontrolle der Aufsichtsbehörden entzogen; siehe auch Wolff (Fn. 11), S. 71.

⁸¹ Siehe auch Erwägungsgrund 11 JI-RL: „Justizbehörden, die Polizei oder andere Strafverfolgungsbehörden“.

⁸² Johannes/Weinhold (Fn. 11), S. 33.

⁸³ Dazu im Gesetzgebungsverfahren Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3; siehe auch Erwägungsgrund 11 JI-RL: „nicht nur staatliche [...] sondern auch andere Stellen oder Einrichtungen“.

⁸⁴ Zerdick (Fn. 59), Art. 2 Rn. 13.

⁸⁵ Siehe auch Kühling/Raab (Fn. 39), Art. 2 Rn. 30.

⁸⁶ Dazu Erwägungsgründe 11 und 12 JI-RL.

Die Abgrenzung ist im ersten Zugriff für die Gesetzgeber in Bund und Ländern relevant, wenn sie die JI-RL umsetzen oder von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch machen. Der Umsetzungsprozess wird mit den Novellierungen des BDSG und der LDSGe keineswegs abgeschlossen sein. Vielmehr stehen weitere Anpassungen im besonderen Datenschutzrecht und v.a. im Sicherheitsrecht noch aus. Auch Gerichte und Behörden müssen sich bei der Rechtsanwendung mit der komplexen Frage befassen, in welchem Regelungsbereich sie sich bewegen. Dies ist zum einen wegen der unmittelbaren Anwendung der DSGVO wichtig, zum anderen ist der Anwendungsbereich der DSGVO und der JI-RL in vielen deutschen Normen Tatbestandsmerkmal. Im Ergebnis kann es durchaus dazu kommen, dass ein und dieselbe staatliche Stelle je nach Sachverhalt das eine oder das andere Instrument anwenden muss. Die Gesetzgeber sollten deshalb nach Möglichkeit von den Umsetzungsspielräumen der JI-RL so Gebrauch machen, dass eine Harmonisierung mit der DSGVO eintritt und den Rechtsanwendern dadurch die Handhabung der neuen Rechtsgrundlagen erleichtert wird.

The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*

By Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Thessaloniki

I. Fundamental changes in the EU's institutional framework and their impact on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law

The protection of the EU's financial interests, particularly by means of criminal law, is now crucially affected by the characteristics and the limits of the EU's institutional operation in the field of criminal law under the Lisbon Treaty.

Compared to the status in force at the time of the PIF conclusion, the Lisbon Treaty practically elicited three fundamental changes regarding Member States:

- The first change stems from the legal instruments now employed to implement the protection of the EU's financial interests by means of criminal law. In other words, even if the Union chooses to intervene by way of a directive – rather than a regulation – to ensure the effective protection of its financial interests, transposition of the pertinent provisions into national legal systems is now binding for Member States under the threat of monetary penalty;¹ this was not the case under the PIF Convention. Hence, the content of the Directive's provisions inevitably becomes much more significant, as any deviation from its requirements may cause substantial problems for Member States.
- The second change concerns the binding nature attributed under Union law to the Charter of Fundamental Rights of the EU, particularly its institutional equivalence to the *primary* law of the Treaties and its immediate application according to ECJ case-law, even by the national judge who finds a violation.² This aspect is obviously of particular value to national legislators attempting to transpose an EU legal instrument into their domestic legal systems, when they detect Charter violations by the EU itself intervening in criminal law. In other words, this binding effect is now technically linked to the requirement of Member States to abide by primary Union legislation. This is why it is now instrumental to screen the content of secondary EU legislation under transposition (in this case, the said

Directive) to detect possible incompatibilities with either the Charter of Fundamental Rights of the EU or the primary Union law in general.

- The third fundamental change is linked to the enhanced enforcement arsenal already envisaged in EU primary law with respect to the fight against fraud to the EU's financial interests. In such cases of fraud, general provisions on mutual recognition and facilitation of prosecutorial and judicial mechanisms of criminal justice with the help of European institutions (e.g. Europol and Eurojust) do not apply unreservedly. Art. 86 TFEU foresees the already established EPPO,³ specifically to investigate, prosecute and refer such acts for adjudication. Through EPPO, a semi-central criminal process is now advanced, to the extent that the pre-trial stage will remain under the decisive competence of the EPPO, while the cases will be adjudicated in one of the Member States (if more than one jurisdiction are involved). This shift demonstrates the institutionally acquired efficiency of the protection of EU's financial interests within the Union, which must apparently be counterbalanced by rules ensuring that criminal suppression of EU-fraud abide by the rule of law.⁴ In fact, this should be the case with respect to both substantive law (i.e. primarily at the level of substance of the Directive requiring Member States to criminalize relevant behavior) and the procedural arsenal built around the EPPO's establishment and operation.

In this broader context, this paper attempts to present the Directive's new substantive provisions on fraud against the financial interests of the EU; it will also highlight certain challenges posed to national legislators (in view of the anticipated transposition) and the Union legislator alike, with a view to improving EU legislation itself.

II. The Directive's legal basis and its significance

Before proceeding to the content of Directive (EU) 2017/1371, it is worth reviewing its legal basis, as it does not

* This paper is based on a presentation held at the international conference on "The criminal law protection of the financial interests of the European Union-Manifestations with special issues", which was organized by the University of Miskolc Faculty of Law, the Research Centre of European and International Criminal Law and the Association of Hungarian Lawyers for the European Criminal Law in Miskolc on March 23rd 2018. The conference was funded by the European Union's Hercule II programme.

¹ Art 258 and 260 TFEU.

² See, e.g., Case C-617/10, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26.2.2013, Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, para. 45, 46.

³ Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12.10.2017, Implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ("The EPPO"). On the establishment of the EPPO see inter alia *Ambos*, *European Criminal Law*, 2018, pp. 574 et seq.; *Csonka/Juszczak/Sason*, *eucri* 2017, 125; Geelhoed/Erkelens/Meij (eds.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018; *Kuhl*, *eucri* 2017, 135; *Met-Domestici*, *eucri* 2017, 143; *Guiffida*, *eucri* 2017, 149; *Di Francesco Maesa*, *eucri* 2017, 156.

⁴ *Kaiafa-Gbandi*, in: Asp (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: Legal and Criminal Policy Perspectives*, 2015, pp. 234 et seq.

only put across an important outlook for future initiatives towards criminalization or amendments to provisions relating to the protection of the EU's financial interests by means of criminal law, but it also carries practical implications for the leeway left to Member States to react.

The Lisbon Treaty, aside from unifying the pillars into a single institutional structure, broadened the EU's competence to intervene with respect to the criminal law of Member States. Especially in regard to the criminal protection of the EU's financial interests, it is argued that the EU was granted competence not only to introduce minimum rules concerning the constituent elements of the offenses and the respective criminal sanctions via Directives, but also to define the respective offenses via regulations, i.e. on its own initiative, without the cooperation of the Member States. According to this view, apart from Art. 83, 325 (4) TFEU also provides the legal basis for the above-mentioned protection, referring specifically to combating fraud against the EU's financial interests.⁵ Art. 325 (4) TFEU as it currently stands, by referring to the adoption of necessary "measures" in the field of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the EU, does not exclude the adoption of a regulation, since the term "measures" includes both directives and regulations, according to EU law and based on common practice. It is further suggested that Art. 86 (2) TFEU on the European Public Prosecutor's Office also provides a legal basis for the adoption of a regulation for the criminal protection of the EU's financial interests, insofar as this provision links the definition of the offenses falling within the competence of the EPPO to the regulation on its establishment (Art. 86 [1] TFEU).⁶

These views, which seek to offer a legal basis for the criminal protection of the EU's financial interests in provisions of the Treaty other than Art. 83 TFEU, have become the subject of criticism, with notable counter-arguments.⁷

However, it is noteworthy that the EU chose Art. 83 (2) TFEU as its legal basis for a Directive concerning the fight against fraud to the EU's financial interests in the post-Lisbon era. The use of the latter provision (instead of Art. 325 [4] TFEU) has allowed Member States to rely on the emergency brake in the framework of the legislative process, whenever they consider that the draft Directive would affect fundamental aspects of their criminal justice systems, a possibility that exists only under Art. 82 and 83 TFEU, and not under Art. 325 TFEU. Of course, it has been argued that the emergency brake should also apply in relation to Art. 325 (4) TFEU.⁸ However, this is not unanimously accepted. Thus, the

use of this provision as a legal basis would grant the EU, at least according to a certain view, a much broader range of options, since the draft Directive would not risk being countered by an emergency brake, which might undermine the effort for a harmonized and effective protection of the EU's financial interests throughout its territory and could lead to the establishment of enhanced cooperation among only certain Member States. Nevertheless, an attempt to employ Art. 325 (4) as a legal basis was actually made in the Commission's proposal,⁹ but it was unsuccessful, given that the final version of the Directive, after the intervention of both the Council and the European Parliament, invokes as such Art. 83 (2) TFEU.

The legal basis ultimately relied upon for the anti-fraud Directive conveys a sound approach, suitable for a democratic two-tier system of enacting criminal statutes: the supranational body foresees the elements of crimes, but each Member State is left with a margin to specify the elements of the criminalized acts and their envisaged penalties coherent with its national criminal law system. This *collaborative* model¹⁰ is particularly valued in supranational regimes that communicate their respect for the fundamental rights and constitutional traditions of their Member States, as the latter are predominantly linked with criminal law as a measure for both safeguarding legally protected interests and guaranteeing civil liberties.

III. Key points of the Directive and a concise assessment

As far as its content is concerned, the Directive will replace the PIF convention and its protocols, as it is explicitly cited in Art. 16. In comparison with the regime under the PIF convention, the Directive bears certain key characteristics.

1. The notion of the EU's financial interests

First of all, the Directive clearly defines the financial interests of the EU (Art. 2), by referring to all revenues, expenditure and assets covered by the budget of the EU, its institutions and other bodies established pursuant to the Treaties or budgets directly or indirectly managed and monitored by them. It goes as far as to clarify that the Directive shall also apply in respect of revenue arising from VAT own resources, but only in cases of serious offenses, which are defined as offenses connected with the territory of two or more Member States and involving a total damage of at least EUR 10.000.000. Initially, the Commission aimed to criminalize (as fraud to the EU's financial interests) any "fraud affecting Value Added Tax (VAT) [which] diminishes tax receipts of Member States and subsequently the application of a uniform rate to Member States' VAT assessment base"¹¹. In addition, it had

⁵ See inter alia *Fromm*, EG-Rechtsetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht, 2009, pp. 70 et seq.

⁶ See *Krüger*, HRRS 2012, 317; cf. *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 para. 41.

⁷ See mainly *Asp*, The Substantive Criminal Law Competence of the EU, 2013, pp. 142 et seq., 147 et seq.; *Sicurella*, in: Klip (ed.), Substantive Criminal Law of the European Union, 2011, pp. 236 et seq.

⁸ *Asp*, (fn. 7), p. 154 et seq.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8th ed. 2018, § 9 para. 52 et seq.

⁹ COM (2012) 363 final, Brussels 11.7.2012.

¹⁰ *Kaiafa-Gbandi*, Elements of European Union Criminal Law and its transposition in the Greek legal order, 2016, pp. 13 et seq. (in Greek).

¹¹ COM (2012) 363 final, Brussels 11.7.2012, p. 12.

invoked the ECJ's case-law,¹² according to which "there is a direct link between, on the one hand, the collection of the Value Added Tax revenue in compliance with the applicable Union law, and on the other, the availability to the Union budget of the corresponding Value Added Tax resources, since any lacuna in collection of the first potentially causes a reduction in the second". However, this position was not accepted by the Council; finally, the compromise made includes only cross-border VAT fraud, which, additionally, must concern a large sum of money.¹³

Despite the cross-border dimension of the act, though, this choice is still not undisputable, because VAT fraud directly affects the property of each Member State, and only indirectly the property of the EU.

In particular, it is well-known that VAT proceeds do not constitute revenue of the EU budget in and of themselves, but they are a simple computational point of reference for the proportional determination of the contribution of each Member State to the Union budget. Therefore, they are assets owned by Member States, of which Member States are obliged to apportion a certain percentage to the EU. Accordingly, any perceived damage to the EU assets is *indirect*, i.e. it affects the ability of Member States to apportion a fraction of evaded earnings from their own assets.¹⁴ The contrasting outlook of the ECJ¹⁵ and the Directive essentially converts a national legally protected interest into a Union one, thereby repositioning it in the Union's criminal repression orbit. The problem inherent in this view can be grasped if conceived that – according to it – any fraudulent violation against a Member State's GDP (i.e. the calculation basis for its contribution to the EU budget) should be considered an abuse against the financial interests of the Union.¹⁶

Of course, the EU disguises the problem by containing only serious and transnational fraud, i.e. essentially remaining under the competence of Art. 83 (1) TFEU to intervene in the proscription of offenses and sanctions. However, transnational VAT-fraud does not fall under the list of euro-crimes,

and besides the EU expressly evokes Art. 83 (2) TFEU¹⁷ as a legal basis for the Directive, because it aims at guaranteeing the effectiveness of its harmonized provisions on the circulation of goods and services within the Union by means of criminal law, at the same time effectively ensuring the financial interests of the Member States involved.¹⁸ However, it should not escape our attention that in this case a party under protection by criminal law (= the EU) engages in "self-protection" to safeguard something that it is yet not its own, but claims to possess it in the future, because it relates to its financial existence.

Moreover, the preamble to the Directive (para. 4) reveals both the genuine legally protected interest inflicted and the confusion created by the inclusion of VAT fraud within its scope. In particular, the preamble mentions: "Offenses against the common VAT system should be considered to be serious where they are connected with the territory of two or more Member States, result from a fraudulent scheme whereby those offences are committed in a structured way with the aim of taking undue advantage of the common VAT system and the total damage caused by the offences is at least EUR 10.000.000. The notion of total damage refers to the estimated damage that results from the entire fraud scheme, *both to the financial interests of the Member States concerned and to the Union, [...]*". This raises a crucial issue: the calculation of total damages including the alleged losses of both the EU and Member States results in an erroneous *double* computation of amounts already accounted for as Member States' losses from VAT fraud, as the calculation of the percentage attributable to the EU is made on the basis of evaded VAT inflows. Therefore, the preamble's attempt to define the total damage in the way it did *directly violates the proportionality principle*. In other words, the EUR 10.000.000 threshold cannot include a percentage of the amount already calculated in its entirety as such. No damage other than that relating to Member States exists so as to justify its inclusion on account of a perceived infliction against another legally protected interest. Moreover, if the rationale behind the provision is the EU's exposure to the risk of failure to collect contributions from its Member States, *it is because of the losses they themselves incur and under no circumstance is it reasonable for such losses to be recalculated – even to a certain proportion – as Union-relevant impairment jeopardy*.

Apart from that, the definition of serious offenses against the common system of value added tax (VAT) – particularly the pertinent provision of Art. 2 (2) of the Directive – should encompass the other elements referred to in the preamble (obviously apart from the inclusion of damages incurred and the link to the EU's financial interests), as incorporating types of conduct such as forms of fraud resulting from a fraudulent scheme or in a structured way etc., because such elements reduce the extent of criminalization that Member

¹² See already Case C-539/09, Judgment of the Court (Grand Chamber), 15.11.2011, European Commission v. Federal Republic of Germany, para. 72.

¹³ Also see Art. 18 para. 4 lit. a of the directive, providing that the Commission shall by 2022 assess whether the threshold indicated in Art. 2 para. 2 for VAT fraud (total damage of 10.000.000 euros) is appropriate, highlighting the concern and the interest of the Commission in this matter.

¹⁴ See *Papakyriakou*, in: Pavlou/Samios (eds.), *Special Criminal Laws*, 5th ed. 2016, pp. 11 et seq. (in Greek).

¹⁵ See inter alia Case C-539/09, Judgment of the Court (Grand Chamber), 15.11.2011, European Commission v. Federal Republic of Germany, para. 69–72; Case C-617/10, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26.2.2013, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, para. 26. Cf. also C-524/15, Judgment of the Court (Grand Chamber), of 20.3.2018, *Menci*, para. 21.

¹⁶ See *Papakyriakou* (fn. 14), pp. 12 et seq. Also cf. C-524/15, Judgment of the Court (Grand Chamber), of 20.3.2018, *Menci*.

¹⁷ On the legal basis, see the initial reference of the preamble to the Directive: "Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Art. 83 (2) thereof [...]"

¹⁸ Cf. *Papakyriakou* (fn. 14), p. 13.

States are bound to introduce. Thus, the Directive does not adhere to the *principle of legality* in this respect.

2. Definition of “fraud” (*actus reus and mens rea*)

The definition of fraud distinguishes the acts that concern expenditure from the acts that concern revenue; the offense still needs to be committed intentionally and it is still titled imprecisely (Art. 3), because the prosecuted act is not necessarily a fraudulent one. Regarding expenditure fraud, there is further specification of the relevant acts. In respect of non-procurement-related expenditure, fraud may be committed via “the misapplication of such funds or assets for purposes other than those for which they were originally granted” (i.e. without further damage required); in respect of procurement-related expenditure, the misapplication of funds, as defined just above, needs to damage the EU’s financial interests, while all the relevant acts are restricted by the additional requirement of the perpetrator’s aim to make unlawful gain for him/herself or another by causing loss to the EU’s financial interests.

The above distinctions fundamentally function towards adherence to the principle of legality (*nullum crimen nulla poene sine lege*), to which the EU is subject when introducing minimum standards for the definition of offenses and sanctions via Directives,¹⁹ while the delineation of EU’s financial interests in Art. 2 (1) (a) is equally helpful in this regard. However, the general reference to any act or omission relating to (e.g.) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, etc. remains an essential problem with respect to the demarcation of all individual forms of criminal conduct, as any act or omission *simply associated* with a given conduct could ultimately include any behaviour whatsoever.²⁰ Thus, the *actus reus* should firmly be associated with the particular acts described (= “the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements” etc.). Besides, committing fraud by omission should be linked to the conditioning of a particular legal obligation incumbent on the perpetrator to prevent the occurrence of the result. Only thus may an act be viewed as equal to an omission from a normative perspective. These amendments would definitely serve the principle of legality regarding the punishable offenses (*nullum crimen sine lege certa*) as well as show respect for the *ultima ratio* principle, and they would facilitate national legislators in effectively incorporating EU law into their national legislation.

As to the punishable conduct, which may only be intentional, it is encouraging that the preamble stresses that the notion of intention must apply to all the elements constituting the criminal offenses (para. 11). At the same time, however, and especially in view of the accompanying reference to the specific point that “the intentional nature of an act or omission may be inferred from objective, factual circumstances”, it must be clarified that the notion of intention with its *dispo-*

*sitional element*²¹ is subject to a complex and hierarchical system of empirical/observable indications and counter-indications, i.e. to a system which includes many more additional elements than those possibly encompassed by a reference to “factual circumstances”.

3. Sanctions

Compared to the PIF Convention, provisions on criminal sanctions are (for the first time) introduced in the directive; this is understandable in view of the legal instrument used as well as the evolution of the EU institutional regime, especially with regard to the EU’s competence to intervene in the criminal law systems of its Member States.

Regarding fraud, the sanctions that Member States are required to introduce maintain the general form used in the PIF Convention: they should be “effective, proportionate and dissuasive criminal sanctions” (Art. 7 [1]). The maximum penalty must consist in imprisonment (Art. 7 [2]); in addition, the EU sets a minimum number of years for the maximum penalty that must be provided for by the Member States regarding cases of serious fraud (i.e. when they involve damage or advantage over EUR 100.000). More specifically, a maximum penalty of at least 4 years of imprisonment is required. This provision follows the approach also used in other Directives, where the EU sets minimum standards for the maximum penalties to be provided for by the national legislators. In the case of this Directive, following the above-mentioned approach has been the choice of the Council and of the European Parliament. The Commission, on the other hand, attempted to impose on the Member States minimum standards also with regard to the minimum penalties to be provided for by national legislators; this intervention, which was suggested for the first time, was rightfully rejected. Such a choice is incompatible with the characteristics of a Directive, since it would not have left any margin for actual decisions on the penalties to Member States, and it would have caused significant problems for the criminal justice systems of those Member States that do not provide for minimum penalties.

Besides, it is noteworthy that the same maximum penalty is linked to VAT fraud, which is considered as serious when it involves a *total* damage of at least EUR 10.000.000, bringing about questions on the proportionality of the penalties, given that serious fraud that does not concern VAT starts with a damage of at least EUR 100.000 according to the Directive.

Similar proportionality issues derive from the provision of the same minimum maximum penalty of 4 years for all the different offenses of Art. 4 in the directive, such as receiving a bribe that can damage the EU’s financial interests or laundering the proceeds of a crime under the same condition and

¹⁹ See *European Criminal Policy Initiative (ECPI)*, ZIS 2009, 708.

²⁰ *Kaiafa-Gbandi*, EuCLR 2012, 331.

²¹ See inter alia *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2nd ed. 1990, pp. 183 et seq.; *Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (eds.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, vol. 1, 1980, pp. 243 et seq.; *Kaiafa-Gbandi*, criminal law 1994, 172 (in Greek); *Mylonopoulos*, ZStW 99 (1987), 687.

regardless of the fact that those offenses affect different legal interests.²²

Besides, the provision of Art. 8, which provides that the commission of the offenses of the Directive within a criminal organization shall be considered to be an aggravating circumstance, is also flawed. The provision amounts to a breach of the principle of proportionality, because this issue could very well be dealt with by applying the rules of concurrence, in so far as participating in a criminal organization is criminalized as a distinct offense in the EU. Of course, there is recital 19 of the preamble of the Directive, which clarifies that "Member States are not obliged to provide for the aggravating circumstance where national law provides for the criminal offenses as defined in Framework Decision 2008/841/JHA to be punishable as a separate criminal offense and this may lead to more severe sanctions". Even so, this should not be left to interpretation, but should be clarified by the provision itself once the Union legislator decided to include an unnecessary provision on aggravating circumstances referring to fraudulent acts committed within a criminal organization.

Another point of concern is that the only reference of the Directive to the prohibition of double jeopardy (= the *ne bis in idem* principle) is confined to its preamble ([17], [31]). This prohibition also applies to the accumulation of criminal and administrative sanctions for the same act according to the ECJ²³ and ECtHR²⁴ case-law (as is typically the case in fraudulent conduct against the EU's financial interests) when "administrative" sanctions are essentially penalties (according to the Engel criteria). On the contrary, Art. 14 of the Directive includes a reverse wording for the principle, i.e. "the application of administrative measures, penalties and fines [...] shall be without prejudice to this Directive" and "Member States shall ensure that any criminal proceedings [...] do not unduly affect the proper and effective application of administrative measures, penalties and fines that cannot be equated to criminal proceedings".

However, on the positive side, one should note the provision allowing Member States not to criminalize acts of fraud (or related offenses) that cause damage or bring benefit of less than EUR 10.000 and are not considered as "serious" (Art. 7 [4]) – (see the similar PIF provision providing for a sum of under 4.000 ECU). Such a provision is consistent with the principle of employing criminal law as an *ultima ratio*.

Last but not least, in the field of criminal sanctions as well, the provision regarding confiscation (Art. 10) is new compared to the second protocol of the PIF convention, insofar as it refers to the Directive on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union (2014/42/EU), and not to the national laws of the Member States. The said Directive has been seriously criti-

cized, since, in providing for extended confiscation in relation to ordinary offenses (not just organized crime and terrorism), it breaches the principle of proportionality, while its provisions also fail to abide by the principle of guilt and the presumption of innocence.²⁵ When taking into consideration how important it is to the EU to recover proceeds of economic offenses, in order to support the notion "crime does not pay", one can see how significant but also problematic the link of the PIF-Directive to the Directive on confiscation is.

4. Other criminal offenses affecting the Union's financial interests

An important difference regarding the PIF convention is also spotted in the Directive's broader reference to "Other criminal offences affecting the Union's financial interests" (Art. 4). Besides money laundering and bribery concerning public service acts that may affect the EU's budgets, there is a novel offense, cited as "misappropriation" (Art. 4 [3]), which covers the action of a public official directly or indirectly entrusted with the management of funds or assets to commit or disburse funds or appropriate or use assets contrary to the purpose for which they were intended in any way which damages the EU's financial interests. An important element of this offense that renders it more than a mere breach of the terms of use regarding the allocated resources is the direct causality link between the specific conduct and a demonstrable actual damage against EU property.

On the other hand, bribing a public official to act in a way which is likely to damage the EU's financial interests has a broader scope as well, because it is now connected to *legal* actions of the public official, too, although it is hard to imagine how these can actually damage the EU's financial interests. At the same time, the definition of "public official" is itself broadened, because the term "Union official" (Art. 4 [4]) includes not only "an official or other servant engaged under contract by the Union", but also "any other person assigned and exercising a public service function involving the management of or decisions concerning the EU's financial interests in Member States or third countries" (e.g. public contractors dealing with EU funds).

Broadening the scope of the "other criminal offenses affecting the Union's financial interests" as described above is problematic. In particular, money laundering of assets derived from EU fraud and active and passive bribery which is detrimental or likely detrimental to the financial interests of the EU are among the first-mentioned "other criminal offenses affecting the Union's financial interests" (Art. 4). However, whether the laundering of criminal proceeds harms the same legally protected interest as the predicate offense is quite doubtful, and the modern theory fairly rejects this position.²⁶ Therefore, money laundering of EU-fraud proceeds

²² *Kaiafa-Gbandi*, EuCLR 2012, 329.

²³ See Cases C-617/10, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26.2.2013, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, para. 33 et seq. and C-524/15, Judgment of the Court (Grand Chamber), of 20.3.2018, *Menci*, para. 21.

²⁴ See *inter alia* *Kapetanios v. Greece*, 30.4.2015, A. and B. v. Norway, 15.11.2016.

²⁵ Cf. *Kaiafa-Gbandi*, in: Reindl-Krauskopf/Zerbes/Brandstetter/Lewis/Tipold (eds.), *Festschrift für Helmut Fuchs*, 2014, p. 215.

²⁶ See *Chatzinikolaou*, in: *Kaiafa-Gbandi* (ed.), *Financial crime and corruption in the public sector*, vol. 1: Evaluation of the current institutional framework, 2014, p. 745 (758).

does not harm the Union's financial interests. In addition, passive or active bribery, which are detrimental or likely detrimental to the financial interests of the EU, primarily damage another legally protected interest (= national or EU public service), which is in any case safeguarded autonomously at both national and the EU level,²⁷ while service-related acts perpetrated by a public official which are detrimental or likely detrimental to the EU property are – by and large – autonomously penalized (e.g. in the form of disloyalty, embezzlement etc.).

In other words, introducing special versions of offenses that relate to fraud is not justified as long as there are other EU legal instruments criminalizing the respective acts, such as money laundering or bribery. Bribery (e.g. under the 1997 Convention)²⁸ does not even need to be connected to public service acts that may affect the EU's financial interests.²⁹ Besides, under the Convention public service has a notion that even covers persons who do not hold formal office but are nonetheless assigned and exercise a public service function,³⁰ and last but not least it affects, of course, a totally different legally protected interest.

Therefore, concocting a whole body of provisions around EU fraud and misleadingly labeling it “other offenses against the financial interests of the EU” serves expediency by ideologically promoting the principal choice made for a largely effective protection of EU's financial interests. In particular, including provisions regarding other criminal offenses in the Directive obviously aims to serve the formation of a very clear field of competence for the European Public Prosecu-

767, in Greek), with further bibliographical references.

²⁷ On the prior relevant criticism against the proposal for a directive see *Kaiafa-Gbandi* (fn. 26), pp. 476 et seq. (in Greek).

²⁸ Council Act of 26.5.1997, OJ C 195 of 25.6.1997.

²⁹ According to the Convention e.g. passive corruption is the deliberate action of an official, who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind whatsoever, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties. Thus, there has been practically no need, despite the opposite opinion expressed in the preamble (para. 8), to introduce an offence of bribery in the Directive concerning the protection of the EU financial interests, as in order to damage or endanger the official act needs to be in breach of the official's duties.

³⁰ According to the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union European official is “any person who is an official or other contracted employee within the meaning of the Staff Regulations of Officials or the Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities, as well as any person seconded to the European Communities by the Member States or by any public or private body who carries out functions equivalent to those performed by European Community officials or other servants”.

tor's Office (Art. 4 of the Regulation 2017/1939), which has recently been established. However, even this does not justify the above-mentioned addition, since it is possible for the EPPO's competence to include offenses defined in different EU legal instruments as long as their definitions are clear.³¹ Therefore, fraud-related bribery and money laundering should not have been included in the Directive; the only offense which might justifiably remain, under this reasoning, is misappropriation by public servants.

Of course, one must not forget the most important aspect of this debate: the delimitation of substantive law provisions proscribing criminal offenses in such a manner as to facilitate the exercise of competence by EPPO (which will also be able to prosecute related offenses).³² In effect, *it instrumentalizes substantive criminal law for procedural purposes of effective prosecution*. This approach tends to systematically emasculate substantive criminal law as the elements of crimes no longer derive from a specifically affected and thoroughly delineated legally protected interest, but are rather determined on the basis of procedural expediencies it is called upon to serve.

The other offenses affecting the Union's financial interests are problematic as regards the sanctions envisaged. The penalties for EU fraud and for the other abovementioned offenses against the financial interests of the Union (Art. 7 [3]) are not further classified on account of the harm done when the damage or profit exceeds EUR 100.000. However, one can only wonder how it is possible to even out abuses against different legally protected interests, such as EU property and public service, especially when the latter requires an additional harm or risk to the EU's financial interests.³³ Obviously, the ideological confusion over what is punishable and the focus on procedural considerations tend to undermine the principle of proportionality as to the prescribed penalties – since this requires an unambiguous understanding of the punishable subject matter – and do not foreshadow a sound coexistence among the newly-established crimes alongside existing ones.

5. Participation, attempt, liability of legal persons and jurisdiction

It is positive that the Directive, unlike the PIF Convention, does not require the criminalization of the preparation or supply of false, incorrect or incomplete statements or documents, given that it introduces provisions concerning partici-

³¹ See e.g. Art. 22 para. 3 of the Regulation 2017/1939, referring to any other criminal offence that is inextricably linked to criminal conduct that falls within the scope of para. 1 of Art. 22, which has to do with the fraud against the EU's financial interests.

³² See Art. 4 of the EPPO Regulation: “The EPPO shall be responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment the perpetrators of, and accomplices to, criminal offenses affecting the financial interests of the Union which are provided for in Directive (EU) 2017/1371 [...]”.

³³ For a critical assessment on the proposal for a directive see *Kaiafa-Gbandi*, in: *Kaiafa-Gbandi* (fn. 26), p. 480.

pation in connection to all the offenses defined therein (Art. 5 [1]), including money laundering; in this respect, it broadens the scope of PIF and its protocols.

Contrary to participation, the Directive only asks for the criminalization of the attempt of fraud and misappropriation (Art. 5 [1]), just as the PIF Convention required only the criminalization of the attempted fraud. This approach is correct, because the above-mentioned offenses actually harm (not just endanger) the respective legal interests. Thus, punishing their attempt does not amount to excessive criminalization.

The Directive includes provisions on the liability of legal persons which are essentially the same (Art. 6 and 9) as in the PIF Convention; thus, Member States can still provide for administrative sanctions.

On the other hand, the Directive obliges Member States to extend their jurisdiction regarding fraud and fraud-related offenses committed outside their territory, compared to the PIF Convention. More specifically, Art. 11 calls for the establishment of jurisdiction based on the active personality principle, without allowing reservations or the introduction of the double criminality requirement or the provision of other conditions, i.e. that the victim file a complaint or that the government of the country where the offense was committed formally request prosecution (para. 4). Such extension of jurisdiction is understandable when it concerns offenses committed in the territory of third countries, where it may actually not be linked to the double criminality principle. However, it needs to be emphasized that – despite the broadening of jurisdiction to more Member States by virtue of the above provisions – the Directive makes no explicit reference to the need to safeguard the *ne bis in idem* principle when the same act falls within the scope of jurisdiction of more legal systems, once more marginalizing such an important reference in its preamble (para. 21).

6. Limitation periods

Art. 12, concerning the limitation periods for the criminal offenses and for the sanctions imposed, is one of the main novelties of the Directive. Apart from the open question whether the EU has competence to act in respect with the statute of limitations or not,³⁴ since the latter usually falls within the scope of the general part of national criminal codes, another important issue arises from the fact that not only does the Directive define a minimum limitation period (of at least 5 years from the time the offence was committed) for offenses punishable by a maximum sanction of at least 4 years of imprisonment, but it also intervenes with regard to the suspension of limitation periods that are shorter than five years (Art. 12 para. 4).³⁵

The predominance of achieving effectiveness in the protection of EU's financial interests is evident also with respect

³⁴ *Caeiro*, in: Klip (fn. 7), p. 124.

³⁵ According to it, Member States may establish a shorter limitation period, but not shorter than three years, provided that the period may be interrupted or suspended in the event of specified acts.

to this matter (Art. 12).³⁶ This intervention in Member States' criminal justice systems is incompatible with EU's primary law, which naturally foresees the obligation to provide *effective* protection of EU assets, but – referring in particular to criminal law – stipulates that Member States shall assume *the same measures* to counter EU fraud as they do to counter fraudulent acts against their own financial interests. Therefore, the obligation to envisage special relevant limitation periods may not be imposed by EU law.³⁷ In addition, this would constitute an unacceptable intervention in terms of the rule of law, given that the statute of limitations – to the extent that it is acceptable by a legal system – is subject to evaluations related to the comparative gravity of all individual offenses, as well as to other general assessments within a legal order.

As expressly stated in the Directive's preamble, the above-mentioned provision was selected for reasons of criminal repression *efficiency* (para. 22). However, one should also be familiar with the ECJ's *Taricco I*³⁸ and – especially – *Taricco II*³⁹ judgments. In the latter, the ECJ dealt with a preliminary question of the Italian Constitutional Court and, following extensive criticism on *Taricco I*, was forced to explicitly accept that the effective protection of the EU's financial interests imposed on Member States by virtue of Art. 325 TFEU may not take precedence over the protection of fundamental rights and principles enshrined in the EU Charter and acknowledged as such in the Member States' constitutional orders.⁴⁰ Thus, the implicitly holds that if the specific provision violates the principle of proportionality in the legal order of a Member State on the rules applicable on the statute of limitations as a whole, the Member State is not obliged to comply.

IV. Conclusion and the way forward

As a general conclusion concerning the Directive, one should keep in mind the broadening of the scope of the criminal law provisions on the fight against fraud to the EU's financial interests, promoted through the addition of fraud-related

³⁶ Specifically, consistent with Art. 12 (2): “Member States shall take the necessary measures to enable the investigation, prosecution, trial and judicial decision of criminal offences referred to in Art. 3, 4 and 5 which are punishable by a maximum sanction of at least four years of imprisonment, for a period of at least five years from the time when the offence was committed.”

³⁷ Of course, the EU obviously hovered towards a relatively low period that would not overturn the existing status in individual Member States, but this coincidental effect does not preclude the need to institutionally circumscribe a *special* statute of limitations for EU fraud.

³⁸ Case C-105/14, Judgment of the Court (Grand Chamber), 8.9.2015.

³⁹ Case C-42/17, Judgment of the Court (Grand Chamber), 5.12.2017.

⁴⁰ Case C-42/17, Judgment of the Court (Grand Chamber), 5.12.2017, para. 62.

offenses and the determination of minimum and maximum penalties, as well as through provisions regarding the statute of limitations, jurisdiction beyond the territoriality principle and confiscation, which follows an entirely new direction based on the respective EU Directive.

However, this broadening of the scope is accompanied by deficiencies of the new Directive, leading to violations against fundamental rights of the EU Charter, general principles of criminal law, and even primary EU law, which regulates aspects of the relationship between the Union and its Member States. Despite the constructive reference in paragraph 28 of the preamble, that “this Directive respects fundamental rights and observes the principles recognized in particular by the Charter [...]” and that “[it] seeks to ensure full respect for those rights and principles and must be implemented accordingly”, the Directive’s normative content leaves it short of achieving these goals, at least with respect to some of the issues involved. Perhaps that is why the EU legislator has not incorporated the relevant stipulation within the body of the Directive’s provisions, although this has been done in other EU legal instruments of the single area of freedom, security and justice.

These circumstances call for increased attention, primarily for national legislatures, as compliance with fundamental rights and principles of Union law is at any rate expressly binding according to the established ECJ case-law. Therefore, national legislatures should:

- regulate the relationship between administrative and criminal penalties for such fraudulent conduct into their national legal systems, with utmost respect to the *ne bis in idem* principle;
- be aware that any EU intervention to expand criminalization and incorporate VAT fraud should unambiguously describe the characteristics of serious cross-border criminality that could justify it (e.g. committed within a criminal organization, in a structured way, involving at least two membership States in a concrete way, etc.), and also define the method of calculation of the minimum damage exceeding EUR 10.000.000, which cannot include any other aspect beyond the damage incurred due to VAT evasion in Member States;
- restore respect for the principle of legality in proscribing the offenses under Art. 3 of the Directive, both by defining individual acts or omissions allegedly associated with the Directive’s provision and with the requirement of a special legal obligation for perpetration by omission;
- restore the principle of proportionality as regards the threatened penalties for individual acts of EU fraud (especially those relating to VAT fraud) and avoid the introduction of an aggravating circumstance when such acts are committed in the context of a criminal organization, if they already proscribe the participation in a criminal organization as a distinct offense with reference to fraudulent acts against the EU’s financial interests;
- verify whether the so-called “other crimes affecting the financial interests of the European Union” (Art. 4 of the Directive) are already punishable in their national legal

systems (e.g. money laundering, active and passive bribery of officials) and address issues of regulatory confluence with EU fraud, in order to further adhere to the principle of proportionality as regards punishing these offenses in view of the differentiation between the abused legally protected interests; and last but not least

- ensure that the limitation period for offenses against the Union’s interests adheres to the principle of assimilation of their safeguarding by means of criminal law with the corresponding protection they foresee for their own financial interests, simultaneously ensuring an effective protection for both categories, with compliance to fundamental rights and the principles of the rule of law.

These constraints are also to be observed by the EU legislature, which is required to respectively amend the recent Directive on the protection of the financial interests of the EU by means of criminal law. Its laxity apparently offers neither an excuse nor the possibility to deviate from the respect imposed by EU law for the above principles and fundamental rights, which the national legislators are called upon to restore in transposing the Directive in their domestic legal order. Moreover, this is the added value of a *collaborative* model of establishing criminal provisions within a supranational organization such as the EU, as both tiers participating in the production of legislation become “custodians” of *fundamental rights* and assume *full responsibility for their appreciation* and their *direct* applicability in the framework of both regulatory levels.

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Juez del Tribunal especial para el Kosovo, Göttingen/Den Haag*

En el presente artículo se realiza un análisis de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas transnacionales por crímenes internacionales, una cuestión altamente relevante del Derecho Penal Internacional Económico (I. 1.). Por un lado, el artículo muestra que la circunstancia de que las personas jurídicas actúan mediante sus miembros individuales no permite una fundamentación puramente colectiva – en el sentido del modelo organizacional – de esa responsabilidad, (I. 2.). Por otro lado, una fundamentación de la responsabilidad con base en el modelo de atribución hace surgir cuestiones complejas, como el riesgo de una acumulación de la responsabilidad penal, la definición del rango del individuo que desencadena la responsabilidad de la empresa, la identificación del trabajador o la necesidad de la comprobación del delito concreto. En última instancia, el modelo de atribución remite a las ya conocidas formas de intervención en el delito, en donde la responsabilidad por complicidad adquiere una relevancia especial. Así, mientras que en el ámbito objetivo se hace necesaria la distinción entre una participación jurídico-penalmente relevante y los denominados “comportamientos neutrales” (II. 2. a), en el ámbito subjetivo se requiere de un estándar idóneo, que no resulte disuasivo para la actividad empresarial (respetuosa de la ley), ni perjudicial para la persecución de los crímenes (II. 2. b). De cualquier modo, ha de evitarse colocar expectativas demasiado altas en una responsabilidad penal (internacional) de las empresas. Pues al igual que en otros ámbitos, el Derecho Penal, como mero componente de un enfoque global, solo puede desplegar aquí efectos preventivos (limitados).

I. Cuestiones sobre la responsabilidad jurídica (internacional)

1. Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal („corporate approach“)

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico¹ a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal especial para el Kosovo (Kosovo Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos; *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia. El autor agradece a Gustavo Urquiza, LL.M., doctorando y docente en la GAU por la adaptación del presente artículo para esta publicación desde una versión más extensa (Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas, 2018), donde además de los contenidos incluidos en este artículo son desarrolladas las cuestiones conceptuales preliminares

aquellos comportamientos de empresas o de sus responsables que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional². Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de productos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económico³ que aparecen a menudo como comportamientos lícitos („neutrales“) („ancillary/neu-tral business activities“, „actions neutres“). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los crímenes nucleares del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad;⁴ en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos así como de sus normas primarias de comportamiento.⁵

La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability*⁶ en el ámbito del Derecho Penal Internacional, está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos

relevantes (v. I.), la valoración de la intervención de las empresas desde una perspectiva de la praxis jurídica (v. II.), así como la praxis del Derecho Penal Internacional desde Núremberg (v. III.).

¹ Sobre la cuestión terminológica en diversos idiomas v. Ambos, Derecho Penal Internacional Económico, 2018, p. 27.

² Cfr. Jeßberger, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, p. 13 (13 ss.); también Wittig, en: *ibid.*, p. 241 (241 s.), „Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos [...]“; acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito International Commission of Jurists (ICJ), 2008, p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico Soyer, en: Kert/Lehner (eds.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext*, Festschrift für Frank Höpfel, 2018, p. 113 (113, 125).

³ Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica v. nota 36 y texto principal.

⁴ Respecto al crimen de agresión en este contexto v. Ambos (supra nota 1), p. 24.

⁵ Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos Thurner, *Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, 2012, p. 220 ss., 227 s., 277 s. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo en general se extiende más allá de ellos).

⁶ Referencialmente sobre el concepto de *accountability* y su relevancia para diversos actores, entre ellos las empresas v. Backer, *Unpacking Accountability in Business and Human Rights: The Multinational Enterprise, the State, and the International Community*, abril 2018, 1 (1 ss y passim), disponible en SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=3163242> (14.11.2018).

organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos.⁷ A menudo existe también una intervención estatal en los crímenes, de modo que una persecución penal está excluida de facto.⁸

Si bien en la discusión llevada a cabo en el ámbito del Derecho Penal Internacional se distingue entre la punibilidad de la empresa como tal y la del empleado de la empresa, sin embargo, su enfoque principal – en el sentido de un modelo de imputación holístico-colectivo⁹ – gira en torno a aquella.¹⁰ Las razones esgrimidas son las que ya se conocen de la discusión del Derecho Penal Económico nacional – en donde, desde hace años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas goza de una creciente preferencia,¹¹ como

⁷ *Abrantes*, RPCC 26 (2016), 78 (78); *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527 (527, 528).

⁸ Cfr. también *Adam*, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, 2015, p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como „ventaja“ económica).

⁹ Al respecto *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (129) con notas adicionales.

¹⁰ A favor por ejemplo *Stoitchkova*, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, 2010, p. 108 ss.; *Thurner* (supra nota 5), p. 251 ss., 278 ss.; *Engelhart*, en: *Burchard/Triffterer/Vogel* (eds.), *The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen*, 2010, p. 175, 185, 186, 188 („special set of rules for corporate criminal responsibility“, aunque sin desarrollo [186], y en todo caso una responsabilidad directa de personas jurídicas en cuanto a crímenes internacionales nucleares); *Adam* [supra nota 8] p. 225 ss. (quien ya al principio anuncia la fundamentación de un tal modelo de responsabilidad como objetivo de la investigación, p. 17 ss.); *Kathollnig*, *Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung: die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen im Rahmen internationaler Unternehmensaktivitäten*, 2016, p. 146, 251 s. (complemento ECPI o un propio código); *Velten*, *ÖstAnwbl* 2016, 599 (603), („derecho penal especial para colectivos“ respecto a violaciones de derechos humanos); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 1 (4).

¹¹ Cfr. ya *Dannecker*, GA 2001, 101 (101, 106 s., hablando de una „tendencia mundial“). V. como ejemplo de modificaciones legislativas en ese sentido: LO 5/2010 de 22.6.2010, modificada por la LO 1/2015 de 31.03.2015 (España, al respecto *Zugaldía Espinar* [2013], p. 59 ss.; v. también *Silva Sánchez*, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2º ed. 2016; p. 319 ss., y especialmente 356 ss.; sobre la reforma española de 2015, *ibid.*, p. 367 ss.); Ley n.º 20.393 de 2.12.2009 (Chile, v. al respecto *Hernández Basualto*, REJ 16 [2012], 75 ss.); Ley n.º 30424 de 21.4.2016, modificada mediante el Decreto Legislativo n.º 1352 de 7.1.2017 (Perú; aun cuando ambas leyes hacen referencia a la „responsabilidad administrativa de las personas jurídicas“, sin embargo, existen voces en la literatura peruana que consideran ello como la incorporación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. al

consecuencia de lo cual Alemania aparece cada vez más aislada –:¹²

- Surgimiento de una estructura empresarial („corporate culture“, „culture d’entreprise“) que facilita o incluso promueve la comisión de delitos („actitud criminal del colectivo“¹³, „irresponsabilidad organizada“¹⁴, „irresponsabilidad individual estructural“¹⁵) y encubre la identificación de los responsables („corporate veil“)¹⁶,

respecto *García Cavero*, en: *Ambos/Caro/Urquiza* [eds.], *Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales* [en publicación]; Ley n.º 27401 de 1.12.2017 (Argentina, v. al respecto *Lavia Heidempergher/de Artaza*, *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma*, en: *La Ley*, LXXXII, n.º 12, edición de 17.1.2018, p. 1–3, disponible en www.bomchil2.com.ar/Uploads/Documents/La_Ley_17-01-2018_20180119114345.pdf [14.11.2018]; v. también *Prado*, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos procesales*, a propósito de la Ley 27.401, p. 1 ss., disponible en www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf [14.11.2018]).

¹² Cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (124, „aldea gala“, internacionalmente „ubicuo“).

¹³ *Adam* (supra nota 8), p. 244 (*Schünemann*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* [eds.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. ed. 2007, citando el Vor §§ 25 ss. nm. 21); también *Velten*, *ÖstAnwbl* 2016, (599) 600; *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1019: „flaws in corporate culture“); crit. *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, *wistra* 2018, 27 (29).

¹⁴ Fundamentación del concepto en *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, p. 13 ss. (quien no solo lo ha utilizado para la fundamentación de una responsabilidad autónoma sino para la descripción de la, en su opinión, lamentable falta de responsabilidad de empresas); al respecto v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 287 ss., con notas 7 y 8.

¹⁵ *Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 198; asimismo *Dannecker*, GA 2001, 101 (104).

¹⁶ *Thurner* (supra nota 5), p. 247; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (56); diferenciadamente *Schmidt*, *Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the ICC*, 2015, p. 384 ss.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, GA 2001, 101 (102) („encubrimiento de responsabilidades“); U.S. Department of Justice – Office of the Deputy Attorney General, *Memorandum „Individual Accountability for Corporate Wrongdoing“*, en Washington D.C., 9.9.2015, (Yates Memorandum), disponible en www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download (14.11.2018). p. 2 („responsibility [...] diffuse [...]“);

debido a lo cual ella no puede ser modificada estructuralmente con el „reemplazo“ o la criminalización de responsables individuales que sirven de chivos expiatorios („scapegoating“ de directores individuales)¹⁷;

- Una mayor estigmatización a través del proceso penal y de la pena (reproche ético-social, censure)¹⁸ en comparación con el proceso y las sanciones civiles o administrativas y con ello un mejor efecto comunicativo (expressive), preventivo-especial¹⁹ y preventivo-general²⁰;

recientemente *Estellita*, Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão, 2018, p. 40, 47, 72.

¹⁷ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (247, trabajadores de la empresa como „chivos expiatorios y peones sacrificados“, pese a que ellos han actuado para y por medio de la empresa).

¹⁸ *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi (eds.), Liability of Multinational Corporations Under International Law, 2000, p. 139 (147); *Thurner* (supra nota 5), p. 237 s.; sin embargo, relativizando ello desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes (Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht, Henssler et al), publicado en NZWiSt 2018, 1 (22 s.), disponible en www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html (14.11.2018), (porque entre las consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas y las penales no existiría una diferencia sustancial, ético-socialmente justificable; por eso, el proyecto también utiliza el concepto „sanción“ en lugar de „pena“).

¹⁹ Al respecto desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico U.S. Department of Justice – The Deputy Attorney General, Memorandum „Bringing Criminal Charges against Corporations“, en Washington D.C., 16.6.1999 (Holder Memorandum), disponible en

www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF (14.11.2018), p. 1, 2 („change of corporate culture“); Yates Memorandum (supra nota 16), p. 1 („changes in corporate behaviour“); basándose en el enfoque de los EE.UU Kölner Entwurf (supra nota 18), p. 20, 21 s.

²⁰ V. al respecto por ejemplo *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 333 (361–364), quien se sirve de la teoría expresiva de la retribución – orientada preventivo-generalmente –; en general *Kuntz*, Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law, 2017, p. 32 („enhance the effectiveness.“); v. también *Clapham* (supra nota 18), p. 147; *Ramaswamy*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (153, „greater deterrent effect“); ICJ (eds.), Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, 2008, p. 6 („effective means of shaping corporate conduct“), 59 („effective impetus to improving business behaviour“); *Engelhart* (supra nota 10), p. 183; *Thurner* (supra nota 5), p. 69 s., 237; también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (83); *Kubicel*, ÖstAnwbl 2016, 574 (577); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 247; desde una perspectiva clásica del derecho penal económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (104); Yates Memorandum (supra nota 16) p. 1; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (129, 155);

- Asunción de una intimidación más efectiva respecto a agentes racionales („rational choice Modell“) („risk-benefit-calculation“)²¹ y
- Esperanza de una recuperación de activos más sencilla y sobre todo más fructífera en el caso de empresas con un patrimonio considerable (usualmente multinacionales) en comparación con personas individuales²².

Naturalmente, gran parte de esas suposiciones, especialmente en lo que respecta a la mayor capacidad de rendimiento del Derecho Penal, son empíricamente inciertas.²³ Adicionalmente a ello, parece contradictorio aducir a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las funciones y los fines del tradicional Derecho Penal de la culpabilidad orientado a personas naturales (estigmatización, efecto expresivo, intimidación, etc.), si aquellas solo se pueden fundamentar para las personas jurídicas por medio de su asimilación a través de las personas naturales – psíquicamente constituidas – (al respecto seguidamente I. 2.). Además, no puede pasarse por alto que un enfoque del Derecho Penal Internacional en el colectivo significa la inversión de su concepción original de un Derecho Penal individual proveniente de Núremberg. Finalmente, la sanción penal del colectivo como tal puede hacer desaparecer de la mira a los individuos responsables en la realidad.

Por otro lado, la jurisprudencia de Núremberg referida al Derecho Penal Internacional Económico y aún más la actual implicación de empresas en violaciones de derechos humanos muestra ya sin embargo que una exclusiva persecución (penal individual) de los miembros de la empresa no se ajusta a la dinámica colectiva del comportamiento criminal empresarial

Kölner Entwurf (supra nota 18) p. 13; crít. *Vogel*, en: Kempf (ed.), Unternehmensstrafrecht, 4. Symposium aus der Veranstaltungsreihe „Economy, Criminal Law, Ethics“, 2012, p. 205 (214 s.); *Schmidt* (supra nota 16), p. 374 ss.

²¹ ICJ (supra nota 20), p. 9; Discusión (distinguiendo entre personas jurídicas y naturales) en *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (824 ss.); crít. en ese sentido *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (82 s.); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum (supra nota 19), p. 2 („deterrence on a massive scale“); Yates Memorandum (supra nota 16), p. 1.

²² *Clapham* (supra nota 18), p. 147; *Schabas*, IRRC 83 (2001), 439 (453); ICJ (supra nota 20), p. 59 („enable victims’ redress and remedy“); *Thurner* (supra nota 5), p. 237, 240; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, por ejemplo, *Dannecker*, GA 2001, 101 (103).

²³ Respecto a las pocas investigaciones, las cuales no ofrecen una imagen clara *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (supra nota 2), p. 179 ss. (regulación no penal más efectiva); exigiendo más investigaciones *Schmidt* (supra nota 16), p. 388 s.; en ese sentido, sobre el ámbito español v. *Silva Sánchez* (supra nota 11); p. 325 („[...] la reforma legal no ha venido precedida de estudio empírico alguno que avalara las suposiciones de un sector de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas“).

– la empresa es precisamente más que la suma de sus miembros (sin pretender abogar con ello, sin embargo, por una aproximación fundada sistémicamente/en la sociología de la organización o, incluso, por una equiparación con las personas naturales, al respecto infra I. 2.) –²⁴ Adicionalmente a ello, desde una perspectiva político-criminal-normativa no puede existir ninguna duda de que los graves abusos del poder económico que culminan en la comisión de crímenes internacionales constituyen un injusto merecedor de pena, de modo que existe la necesidad de un Derecho Penal Internacional Económico – e incluso enfocado en la empresa como tal –;²⁵ en donde, no por último, la empresa aparece por eso como un destinatario idóneo de la imputación, sobre todo porque el mencionado „velo corporativo“ („corporate veil“) lleva a que la responsabilidad individual sea desfigurada hasta el punto de hacerla irreconocible.²⁶

En el caso de empresas que actúan de forma transnacional surge la cuestión respecto al destinatario de la imputación del injusto de Derecho Penal Internacional: ¿la empresa matriz o la filial que actúa cerca al lugar de los hechos? En tal sentido, *Kuntz* ha desarrollado un concepto autónomo y supranacional de empresas transnacionales – recurriendo al derecho internacional de inversiones²⁷, al derecho europeo de competencia („single economic entity doctrine“)²⁸ y al derecho de daños y de competencia de los EE.UU. („enterprise theory“)²⁹ –, como resultado de lo cual, el control definitivo de la matriz surge de su control efectivo sobre la(s) filial(es)³⁰. De ello se sigue que en caso la matriz permanezca

inactiva a pesar de un comportamiento relevante para el Derecho Penal Internacional por parte de la filial, aquella puede ser responsabilizada por omisión („parent liability“) – en caso de que se asuma una posición de garante de vigilancia frente a la fuente de peligro que representa la „filial“³¹ – en todo caso si en el resultado de injusto se ha realizado el peligro relacionado con el negocio.³² No obstante, aquí ha de considerarse que en tales casos los requisitos de la responsabilidad por omisión tienen que ser adecuados al contexto de comisión del Derecho Penal Internacional, es decir, tienen que ser *flexibilizados de acuerdo con el contexto específico*³³. En relación con la posición y el deber de garantía esto significa, por ejemplo, que existen deberes de supervisión más intensos para la matriz en caso de operaciones en zonas riesgosas con estructuras de gobierno deficitarias („weak governance zones“)³⁴. El criterio de la *relación con la actividad de la empresa* del comportamiento específicamente peligroso, como, por ejemplo, la represión violenta de un movimiento local de protesta, también tiene que ser adecuado de acuerdo con el contexto específico, de modo tal que ello ya ha de ser afirmado cuando el comportamiento relevante ha servido en un sentido amplio al interés empresarial de maximización de

mano de determinados criterios). Igualmente, en el resultado, aunque con una fundamentación menos elaborada *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 140 ss.; *Thurner* (supra nota 5), p. 254 s.; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 155 (por medio de autoría o complicidad en caso de un hacer activo).

³¹ *Wittig* (supra nota 2), p. 249; brevemente sobre la relación matriz-filial desde una perspectiva del Derecho Penal Económico clásico v. *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 233 („parece que la matriz debe intervenir si recibe la información relativa a un hecho ilícito [aunque sea en la forma de meras sospechas]).

³² Cfr. también *Zerbes* (supra nota 24), p. 205, 222 ss., 235 ss.; *Kubiciel*, *ÖstAnwbl* 2016, 574 (578); en ese sentido, respecto al derecho holandés (más bien restrictivo) *Ryngaert*, *CLF* 29 (2018), 1 (10 s.) (de acuerdo con lo cual para la imputación no sería suficiente el mero control de la matriz).

³³ *Zerbes* (supra nota 24) p. 236–238, 240 (Los criterios de imputación tendrían que „ser colmados con contenidos modificados“, de modo que una „corresponsabilidad“ por un injusto grave en la actividad empresarial puede ser comprendida adecuadamente en las regiones riesgosas); *Wittig* (supra nota 2), p. 249 s. (aseguramiento de un proceso no violento con la cooperación con las fuerzas de seguridad locales), 250 s. (competencia plena de la directiva), 257 („muestra de la imputación [...] caracterizado de otra manera [...]).

³⁴ Sobre este concepto OECD, *Weak Governance Zones – Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises*, 8.6.2006, disponible en www.oecd.org/daf/inv/mne/weakgovernancezones-riskawarenesstoolformultinationalenterprises-oecd.htm (14.11.2018). Respecto al contexto de la práctica jurídica en general *Karstedt* (supra nota 23), p. 159, 171 ss.

²⁴ Cfr. también *Engelhart* (supra nota 10), p. 184 („corporation as a special social system with its own rules and its own dynamics“); *Zerbes*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (supra nota 2), p. 214, 230 s., 234 („dinámica de un colectivo empresarial“).

²⁵ Igualmente *Zerbes* (supra nota 24), p. 234 (responsabilidad penal porque no constituye un simple injusto administrativo); *Singelstein*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (supra nota 2), p. 145, 146 („consenso“, de que determinados cursos de los acontecimientos „caen bajo la competencia del Derecho Penal [...]“); desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico y resaltando la proporcionalmente escasa sanción según el derecho alemán *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 13 (comparación con el hurto de bicicletas punible).

²⁶ Cfr. desde una perspectiva de la teoría de la organización *Ortmann*, *NZWiSt* 2017, 241 (243).

²⁷ *Kuntz* (supra nota 20), p. 72 ss., 328 (demostrando previamente que del Derecho Internacional general no puede derivarse ningún criterio, p. 62 ss.).

²⁸ *Kuntz* (supra nota 20), p. 111 ss. (160–162), 328 s.

²⁹ *Kuntz* (supra nota 20), p. 204 ss. (242 s.), 248 ss., 331 s. donde el derecho de los EEUU – como el del Reino Unido (Ibid, p. 163, 167 ss., 197 ss., 330 s.) – distingue en principio más estrictamente (recurriendo a criterios jurídicos) entre la matriz y las filiales („Salomon principle“, „separation of legal personalities“).

³⁰ *Kuntz* (supra nota 20), p. 253 ss., 332 s., 337 („parent’s power to control the subsidiary“ y „actual exercise of parental control“, siendo que estos controles se pueden fijar de la

las ganancias³⁵; pues dado que las empresas tienen que actuar para maximizar las ganancias, entonces, en todo comportamiento dirigido a ese fin existe también una relación interna con la actividad de la empresa.³⁶

2. Modelo de organización versus modelo de atribución

Las cuestiones fundamentales acerca de la capacidad de acción, de culpabilidad y de ser penadas,³⁷ de las empresas,

³⁵ *Zerbes* (supra nota 24) p. 237 s. En este sentido también *Momsen*, en: *Momsen/Grützner* (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 75 s. (suficiente „riesgo abstracto típico del negocio“, que puede realizarse a través de delitos económicos centrales y – podría añadirse – de crímenes internacionales según las circunstancias).

³⁶ Cfr. respecto al concepto – a veces entendido más estrictamente – de la relación con el negocio (*Betriebsbezogenheit*) en el marco del § 130 OWiG („Contravenciones de deberes [...] que conciernen al titular [...]“) *Rogall*, en: *Senge* (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5º ed. 2018, § 130 nm. 81 ss.; *Niesler*, en: *Graf/Jäger/Wittig* (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2º ed. 2017, § 130 OWiG nm. 62 (Relación con el campo de acción o con la administración del negocio); *Raum*, en: *Wabnitz/Janovsky* (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4º ed. 2014, p. 257, 302 (relación interna, persecución del fin de la empresa); *von Galen/Maas*, en: *Leitner/Rosenau* (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 130 OWiG nm. 56 ss. („Relación con la administración del negocio y empresa“).

³⁷ Conciso por ejemplo *Kuntz* (supra nota 20), p. 31 con referencias adicionales en nota 74 („pragmatic approach concerning moral blameworthiness.“); considera superables („not insurmountable“) los problemas conceptuales ICJ (supra nota 20), p. 58 (sin embargo, sin ofrecer explicaciones concretas); cfr. también *Long*, *ICLR* 17 (2017), 997 (1014 ss., quien quiere lidiar con la crítica – formulada también y precisamente en la discusión angloamericana (cfr. por todos *Hasnas*, *American Cr.L.Rev.* 46 [2009], 1329 [1329 ss.] con notas adicionales; resumidamente *Beale*, *ZStW* 126 [2014], 27 [36 ss.]) – respecto a la ausencia de responsabilidad moral de personas jurídicas por medio de un enfoque reactivo-normativo y consecuencialista radical en el sentido de Strawson, de acuerdo con la cual solo dependería de si „our lives will be better by projecting the norm of international criminal liability“ (1019). En la literatura jurídico penal nacional ya con anterioridad *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (107 ss., justificando una compatibilidad con las categorías fundamentales mencionadas en el texto principal); recientemente *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 17, 22 s. (ninguna contradicción con el principio de culpabilidad puesto que éste sería derivado de la dignidad humana, pero los colectivos „no tomarían parte [...] en la protección de la dignidad“; „sanción“ en lugar de „pena“; al respecto ya supra nota 18); sin embargo, crít. *Schünemann*, en: *Sieber/Dannecker/Kind-häuser/Vogel/Walter*, (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70.*

Geburtstag, 2008, p. 429, 430 ss.; rechazando ello recientemente *Greco*, *GA* 2015, 503 ss. (no existe una imputabilidad porque la culpabilidad sería personalísima, ni tampoco capacidad de ser penada porque la pena requeriría la culpabilidad – considerando la supresión de derechos congénitos causada con ella, por ejemplo, de la libertad –); v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 310, quien basado en la ausencia de libertad y autoconciencia en la persona jurídica niega que sus hechos „[puedan] mostrar las características mínimas de la acción humana tal como ésta se examina en los niveles sistemáticos de la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales“. Por eso, a los hechos de las personas jurídicas tampoco se las podría considerar culpables en un sentido clásico puesto que el reproche jurídico en sentido estricto estaría condicionado a un sujeto con conciencia y libertad, relación que precisamente estaría ausente en las propuestas alternativas al principio clásico de culpabilidad (p. 311); en definitiva, la falta de conciencia y libertad junto a otras dificultades (relativas al hecho) llevarían a tener que reconocer que no existiría un „hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena“ aunque sí una „base fáctica suficiente“ para otras consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (p. 317); *Cigüela Sola*, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, p. 381 ss. y *passim*; *el mismo*, *InDret* 1/2016, 1 (18 ss.), disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305704/395582 (14.11.2018); *el mismo*, *GA* 2016, 625 (625 ss., no existe una integración de una organización en el concepto de culpabilidad tradicional, orientado a un derecho penal individual, „puesto que ella como metasujeto colectivo no cumple con los requisitos de identidad, [...] para actuar frente a la norma de derecho penal como persona“ [GA [2016], 625; Culpabilidad, p. 383], al disponer únicamente de una „identidad narrativa“ o „temporal“ [GA [2016], 626 ss.; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 154 ss.] sin „capacidad de iniciativa propia“ [GA [2016], 630; más detalladamente, *el mismo* [supra nota 37], p. 166 ss.], sin „capacidad de comprender el sentido de la propia acción“ [GA [2016], 632; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 211 ss.] y sin „identidad política“ ni „ética“ [GA [2016], 633 ss.; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 243 ss. y 261 ss.], expresado brevemente, a ella le faltaría la capacidad de „causar autónomamente el hecho organizativo“ y ella „desarrolla la organización únicamente como aporte de sus miembros“, es decir, su organización depende de otros [GA [2016], 637, resaltado en el original]; *Mulch*, *Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen*, 2017, p. 43 ss., 199 ss. (quien rechaza una responsabilidad penal de personas jurídicas por falta de reprochabilidad personal y capacidad de ser penada); *Gracia Martín*, en: *Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou* (eds.), *Estudios de Derecho Penal.*

que en el ámbito de lengua alemana pueden rastrearse hasta el siglo XIX,³⁸ solo poseen una importancia reducida en la discusión del Derecho Penal Internacional, pues, especialmente en el círculo jurídico angloamericano, el extendido reconocimiento de una responsabilidad penal de la empresa es aceptado con cierta despreocupación pragmática como algo dado y además, por las razones mencionadas, existe el convencimiento de su necesidad político-criminal. De cualquier modo, la fragmentación de los enfoques presentes en los derechos nacionales, con sus modelos de responsabilidad configurados de un modo diverso, hace difícil hallar un modelo de responsabilidad universalmente aceptable. Por eso, la discusión del Derecho Penal Internacional también gira esencialmente en torno a los dos grandes modelos de responsabilidad, a saber, el de la responsabilidad colectiva de la persona jurídica en sí (modelo de organización) y el de la imputación individual, derivada (modelo de atribución)³⁹. El enfoque colectivo orientado a la

Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017, p. 115 ss. con notas adicionales (contra el Art. 31^{bis} Código Penal español); *Jahn/Schmitt-Leonardy /Schoop*, *wistra* 2018, 27 (28 s., culpabilidad personal, falta de auto-reflexión); igualmente en contra *Murmann*, en: Ambos/Bock (eds.), *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschafts-strafrechts*, 2018 (en publicación); también crít., pero en última instancia dejando la cuestión abierta *Estellita* (supra nota 16), p. 63 ss., 73.

³⁸ Cfr. por una parte *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, p. 312, 350–352 (denominada como teoría de la ficción, según la cual persona jurídica no sería un ser racional, sensible, sino „solo un ser que tiene un patrimonio“; por lo cual su „existencia real“ se basaría en „la voluntad representativa“ de su trabajador, „la cual, como consecuencia de una ficción, puede serle atribuida como su propia voluntad“ [312]; sin embargo, esto solo podría valer en el Derecho Civil) y por otra parte v. *Gierke*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 603, 607 s., 743 s., 754 s. (reconocimiento de la „personalidad colectiva real“ de las personas jurídicas y entonces la „capacidad de voluntad y de acción“ así como la capacidad penal de cometer delitos que se deriva de aquello).

³⁹ Cfr. *Meyer*, *ZStrR* 131 (2013), 56 (78 ss., quien en última instancia critica una „determinación arbitraria de los puntos definitivos de la imputación con base en consideraciones de utilidad“, 84); *Adam* (supra nota 8), p. 190 ss. (teorías de la atribución, en especial la doble atribución del comportamiento y culpabilidad, teoría de la identificación y vicarious liability), 197 ss. (teorías sistémicas: de la personalidad colectiva al sistema autónomo, responsabilidad por el estado, adelantamiento; en general, a favor, especialmente respecto a la imputabilidad, p. 207 ss.); desde una perspectiva del common law por ejemplo *Colvin*, *CLF* 6 (1995), 1 ss. (quien respecto al modelo de atribución habla de las „nominalist theories“ y respecto al modelo de responsabilidad colectiva – de forma absolutamente sorprendente – habla de „realist theories“); a favor del „modelo de organización“ *van den Herik*, en:

culpabilidad por organización de la empresa⁴⁰ („culpabilidad por la conducción del negocio“ a causa del manejo deficiente del riesgo y una realización del riesgo típico del negocio⁴¹, organización o ética empresarial deficitaria⁴², „policy“⁴³ criminal), incluso en el caso de un concepto jurídico de persona con contenido sistémico (sobre esto, seguidamente), no ignora el hecho de que *siempre se actúa mediante personas naturales*⁴⁴, si no se quiere ya fingir jurídicamente

Burchard/Triffterer/Vogel (supra nota 10), p. 171 s.; crít. *Weigend*, *JICJ* 6 (2008), 927 (936 ss., 944 s.)

⁴⁰ Fundamental *Tiedemann*, *NJW* 1988, 1169 (1172 ss.) („culpabilidad por organización“, „déficit de organización“); *el mismo*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5^o ed. 2017, p. 180 s. Explícitamente a favor de un traslado al Derecho Penal Internacional *Thurner* (supra nota 5), p. 264, 276.

⁴¹ *Heine* (supra nota 15), p. 253 s., 261 ss. (265 s.), 308 ss. (308, 310, 313); concretizando respecto a la gestión defectuosa del riesgo y a la realización del peligro típica del negocio *ibid*, p. 271 ss., 288 ss.; a favor *Thurner* (supra nota 5), p. 260.

⁴² *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (112 s., 117, estructura organizacional o ética empresarial deficitaria en el sentido de una ética social).

⁴³ En ese sentido, v. *ACJHPR*, Art. 46C Protocolo de Malabo.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo *Nerlich*, *JICJ* 8 (2010), 895 (895); *Zerbes* (supra nota 24) p. 232; también *Kuntz* (supra nota 20), p. 31 („acting through natural persons“); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (109 ss., persona natural como destinatario de la norma desde un punto de vista ontológico, sin embargo, con una fundamentación de deberes originales para la empresa), 118 s. (desencadenamiento de la responsabilidad a causa de un „comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan por el colectivo“ y adscripción a éste); *Greco*, *GA* 2015, 503 (508, por eso „modelo de atribución camuflado“); *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 303 („los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno“ y „cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo“); *Cigüela Sola* (supra nota 37), p. 182 s. y *el mismo*, *GA* 2016, 625 (629, actuación de la persona jurídica tiene su „origen en las acciones primarias de otros sujetos [...]“); *el mismo* (supra nota 37), p. 169 y *GA* 2016, 625 (631, el defecto de organización „aparece frecuentemente de modo acumulativo y difuso por parte de los miembros“ [resaltado en el original]); *el mismo* (supra nota 37), p. 204 s. y *GA* 2016, 625 (632, el conocimiento de la organización se compone „del de sus miembros“), *el mismo* (supra nota 37), p. 277 ss. y *GA* 2016, 625 (637) (condiciones de la identidad [temporal, organizativa, cognitiva, ética y política] de una persona jurídica se desarrolla solo como „aporte de sus miembros“ [resaltado en *GA*]); *Mulch* (supra nota 37), p. 192 con notas adicionales (comportamiento individual como desencadenante de la responsabilidad); *Estellita* (supra nota 16), p. 66 („decisões e

el elemento de comportamiento – recordando a *von Savigny*⁴⁵ –.⁴⁶

En ese sentido, también en el derecho angloamericano („common law“), favorable al modelo de organización, se reconoce que una empresa tendría que actuar „por medio de personas vivas“ („through living persons“⁴⁷). Según Colvin, el colectivo actuaría „como una entidad real“ („as real entity“) por medio del conjunto de sus trabajadores⁴⁸ (de lo cual también surgiría su imputabilidad así como su capacidad de ser sancionada penalmente)⁴⁹. En el marco de su investigación acerca de la responsabilidad de la empresa como consecuencia de la imputación del comportamiento (punible) de sus directivos en el derecho angloamericano (especialmente, australiano) Solaiman y Langsted parten de que una „corporación es incapaz de hacer algo, mucho menos cometer un delito, sin sus agentes humanos“⁵⁰; la empresa actuaría por medio de la suma de sus trabajadores, cuyo conocimiento agregado („aggregate“) representaría al mismo

comportamientos de pessoas naturais“). Sin embargo, los defensores de un enfoque meramente consecuencialista como, por ejemplo, *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1014 ss.), supra nota 37, no se plantean esa cuestión.

⁴⁵ Supra nota 38.

⁴⁶ En ese sentido la crítica en *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (81) respecto a la fundamentación sistémica de la responsabilidad, que en última instancia acabaría en una ficción jurídica („corporate knowledge“ o incluso „intent“ ficticia, inexistencia de una relación actual entre un conocimiento/voluntad colectivo agregado y la acción del injusto, inexistencia de una capacidad de reflexión sobre el injusto).

⁴⁷ Fundamental House of Lords, *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattras*, [1972] AC 153, 170 (Lord Reid): „A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must *act through living persons*, though not always one or the same person“. (Resaltado del autor); igualmente *Simester et al.*, *Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine*, 6^o ed. 2016, p. 288 („[...] gateway to corporate liability [...] through the conduct [...] of persons connected with the company“).

⁴⁸ Respecto a la correspondiente „theory of aggregation“ cfr. por ejemplo *Simester et al.* (supra nota 47), p. 285 s. („faults of any two or more persons associated with the company may be aggregated and attributed *in toto* to the company“; es decir se trata de la fundamentación subjetiva de la responsabilidad, de una „corporate guilt“ [Resaltado en el original]).

⁴⁹ *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (18 ss., 23 ss., el colectivo tendría un deber de configurar las estructuras organizacionales que eviten delitos; si omitiera ello, sería responsable a causa de su „organisational responsibility“ [al respecto y sobre la corporate negligence 25 ss.]; el ámbito subjetivo del hecho [„mental state“] se derivaría de la corporate culture o policy [31 ss.]; v. su propuesta de ley p. 40 s.).

⁵⁰ *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (129, 130, 137, 144). Texto original: „corporation is unable to do anything, let alone commit an offence, without its human agent [...]“.

tiempo el tipo subjetivo⁵¹. En un ámbito práctico los memorandos de los ex Fiscales Generales adjuntos de los Estados Unidos Eric Holder (2009–2015) y Sally Quillian Yates (2015–2017) resaltan el comportamiento de los miembros del colectivo⁵², y especialmente el Memorando de Yates contiene referencias prácticas sobre la persecución más eficiente del personal directivo.⁵³ En el caso de autores cercanos al círculo jurídico europeo-continental („civil law“) puede leerse algo similar. En el modelo holístico de Stoitchkova la imputación al colectivo como tal se produce como consecuencia de una „aggregation“ de los aportes al hecho de sus miembros⁵⁴. Adam se decide en el resultado por un modelo de atribución modificado, el cual es combinado con una responsabilidad por omisión y organización y con lo cual no deja mucho de su anteriormente defendido enfoque sistémico; no obstante, se renuncia a la condena de la persona natural.⁵⁵

Sin embargo, si esto es así, es decir, si los colectivos se componen de personas naturales y actúan mediante ellas, entonces, a pesar de una extrema normativización los teóricos de una „personalidad de la empresa“ („corporate personality“) independiente – es decir, el colectivo como una persona social (con capacidad de acción, de injusto y de ser penada) – tampoco ignoran el hecho naturalístico de que incluso la interacción más elaborada de personas en un

⁵¹ *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (130, con referencia a Denning L J en House of Lords, *H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd*, [1957] 1 QB 159, 172 tal como es citado en Supreme Court of South Australia, *The Queen v Goodall* (1975) 11 SASR 94, 112: la empresa „in many ways be likened to a human body“ con algunos trabajadores, quienes serían „nothing more than hands to do the work“ mientras que los directivos serían „who represent the directing mind and will of the company, and control what it does“) y 156 s. (con referencia a U.S. District Court for the District of Massachusetts, *US v Bank of New England* 821 s. 2d 844, 854 [1st Cir 1987]: conocimiento del banco como „sum of the knowledge of all of the employees“).

⁵² Holder Memorandum, p. 4 („corporation can only act through natural persons [...]“); Yates Memorandum, p. 1 ss. („individual accountability for corporate wrongdoing“ [p. 1], „[...] investigations should focus on individuals from the inception of the investigation“ [Punto 2, p. 4]).

⁵³ Yates Memorandum, p. 1 ss.; al respecto v. *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 424 („golpe de timón en el American Way de afrontar la delincuencia de empresa“).

⁵⁴ *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 113 ss. („combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient“ [114]), con lo que entiende los posibles aportes al hecho de una manera amplia en el plano objetivo [134–137] y exige subjetivamente una „constructive corporative fault“ [118–121] así como *dolus eventualis* e imprudencia [121–134]). Similar *Thurner* (supra nota 5), p. 259, 277 („Imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad propia“, culpabilidad de los „trabajadores“).

⁵⁵ *Adam* (supra nota 8), p. 225 ss. (225), 233 s.; respecto a su enfoque esencialmente sistémico teórico ya supra nota 39.

complejo colectivo e interpretada desde la perspectiva de la sociología de la organización no transforma a esas personas en máquinas ni al colectivo en una persona con todas las características específicas de la personalidad (así como la inteligencia artificial más desarrollada tampoco convierte una máquina en una persona).⁵⁶ Con ello no se niega la existencia de una específica cultura corporativa („corporate culture“) producto de la cooperación sistémica y la interacción de personas naturales organizadas en la forma de un colectivo, pero el colectivo es y sigue siendo „persona“ solo en un mero sentido jurídico, „sin una realidad trascendente más allá del ámbito meramente legal“.⁵⁷

Entre los teóricos de la personalidad autónoma del colectivo⁵⁸ Carlos Gómez-Jara⁵⁹ defiende la posición quizás más radical. Él sostiene – con base en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos – un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial⁶⁰, como resultado de lo cual se distingue⁶¹ entre personas jurídicas imputables e imputables y se hace depender la imputabilidad – tanto en el caso de personas naturales como jurídicas – de la „autorreferencialidad“⁶². La cuestión de si ésta se halla lo suficientemente desarrollada para la afirmación de la imputabilidad dependería de la complejidad interna de la persona jurídica⁶³. Esta complejidad sería el fundamento de la

capacidad de autoorganización, autodeterminación y autodirección, de lo cual se derivaría la „competencia sobre su ámbito de organización“⁶⁴ y la correspondiente responsabilidad por su aseguramiento⁶⁵; esto constituiría un equivalente funcional de la capacidad de acción propia de la persona natural.⁶⁶ Si bien Gómez-Jara reconoce las acciones de personas naturales en el marco de las personas jurídicas⁶⁷, considera que ello „no es lo propio de la persona jurídica“⁶⁸. En ese sentido, solo constituirían presupuestos no identificables con el injusto realizado por medio del defecto de organización.⁶⁹ Lo decisivo para la determinación del injusto de la persona jurídica sería únicamente el ejercicio deficitario de la libertad de autoorganización⁷⁰ y el

autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno“); *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (309) („autorreferencialidad como consecuencia de una suficiente complejidad interna“).

⁶⁴ Gómez-Jara Díez, Polít. crim. 10 (2010), 455 (461) („cierta competencia sobre su ámbito de organización“, [resaltado en el original]); *el mismo*, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez (eds.), Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 121 („una determinada competencia o posición de garante sobre su propio ámbito organizativo“, [resaltado en el original]).

⁶⁵ Gómez-Jara Díez, ZStW 119 (2007), 290 (324, 325 ss., libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias).

⁶⁶ Gómez-Jara Díez (supra nota 64 – Tratado), p. 122.

⁶⁷ Gómez-Jara Díez (supra nota 64 – Tratado), p. 109; con más detalle *el mismo* (supra nota 64 – Tratado), p. 135 ss.

⁶⁸ Gómez-Jara Díez (supra nota 64 – Tratado), p. 136 („no es lo propio de la persona jurídica“ [resaltado en el original]).

⁶⁹ Gómez-Jara Díez (supra nota 64 – Tratado), p. 109: „la persona jurídica [...] no responde por dichos presupuestos – es decir, acciones u omisiones de personas físicas – sino [...] por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)“; cfr. también (en el marco de la proscripción de una responsabilidad por hechos ajenos) *ibid.*, p. 135: „Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los comportamientos de personas físicas sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas pero no como su fundamento“ (resaltado en el original).

⁷⁰ Gómez-Jara Díez (supra nota 64 – Tratado), p. 140 „[...] la persona jurídica tiene una libertad de autoorganización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización, que desde la perspectiva jurídico-penal constituye su injusto propio. O expresado de otra manera, lo que una persona jurídica „hace“ es organizarse. Y dicha organización puede ser correcta o defectuosa. La persona física actúa, precisamente en el marco de esa organización correcta o defectuosa. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica. Sin embargo, cuando se produce dicha

⁵⁶ V. también Dandekar/Kunz, Bioinformatik. Ein einführendes Lehrbuch, 2017, p. 203 ss.

⁵⁷ *Simester et al.* (supra nota 47), p. 288 (con referencia a *Hart*). Texto original: „with no transcendent reality beyond the merely legal realm“. La opinión de Lord Hoffman que allí se cita y que se remonta al empirismo inglés referida a que „there is no such thing as the company itself“ queda sin embargo demasiado rezagada respecto a los conocimientos actuales de la sociología de la organización, a los cuales se hará referencia a continuación en el texto principal.

⁵⁸ Ya con anterioridad, sin embargo, con una menor elaboración desde una perspectiva de la sociología de la organización Dannecker, GA 2001, 101 (108 s., 111, 116 s., empresas como „sujetos sociales reales, autónomos“ con una capacidad de acción fundamentadora de un injusto, aunque con su constitución jurídica como condición de su imputabilidad penal).

⁵⁹ Cfr. en especial Gómez-Jara Díez, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; resumidamente en alemán *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290.

⁶⁰ Gómez-Jara Díez (supra nota 59), p. 201 ss.; *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (293 ss., 302 ss., la organización como sistema autopoietico que se reproduciría por sí misma). Crít. Cigüela Sola (supra nota 37), p. 189 ss., 382 s. (según el cual, la perspectiva de la sociología de la organización pasaría por alto la diferencia entre el „ser social“ y el „deber-ser normativo“).

⁶¹ Gómez-Jara Díez, Polít. crim. 10 (2010), 455 (455 ss.).

⁶² Gómez-Jara Díez, Polít. crim. 10 (2010), 455 (456 s.); *el mismo* (supra nota 59), p. 242 ss.

⁶³ Gómez-Jara Díez, Polít. crim. 10 (2010), 455, (457, „la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la

cuestionamiento subyacente de la norma penal.⁷¹ De manera similar, *Ortmann*⁷², desde una perspectiva de la teoría de la organización, se ha basado recientemente en el grado de autoorganización y la autonomización de las organizaciones para fundamentar la capacidad de acción de éstas, independiente de sus miembros – actuación que „*pasa a través* de la actuación de sus miembros individuales“ –.⁷³ El comportamiento organizacional podría ser entendido como una „causación imputable“ (socialmente relevante) en el sentido de *Jakobs*⁷⁴ – quien no obstante rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷⁵ –.⁷⁶ Las organizaciones, en especial las empresas, actuarían como „actores corporativos“; si bien el „surgimiento“ de su capacidad organizacional de acción y responsabilidad se construiría sobre la base de acciones individuales y la responsabilidad individual, sin embargo, no se reduciría a ello⁷⁷. La acción corporativa sería una realidad, y solo una ficción en el sentido de una producción de consecuencias

actuación delictiva en el seno de una organización defectuosa, entonces sí se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica“. (resaltado en el original). Cfr. también *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (330 ss.).

⁷¹ La capacidad para ese cuestionamiento se sigue de nuevo de la propia complejidad de la respectiva empresa, lo cual posibilitaría su capacidad para participar en el discurso público sobre normas en el sentido de un „good corporate citizen“; *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 (315 s., 327 ss.).

⁷² *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (241).

⁷³ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (241 s., resaltado en el original).

⁷⁴ *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992, 1992, p. 29 (respecto a la relevancia social del concepto de acción – como elemento conector entre sociedad y derecho penal, que consistiría en „hacer comprensible el mundo social“ – *ibid.*, 12, 27 ss., 45 s.).

⁷⁵ A favor del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2º ed. 1991, 6/44 s. („determinación valorativa del sujeto de imputación“, „Output“. „Conformidad constitucional de las actuaciones del órgano“ [de la persona jurídica] como sus propias acciones); la explícita finalidad de esa perspectiva con referencia a la „relatividad de la personalidad“ sin embargo *el mismo*, en: Prittwitz/Baurmann/Günther (eds.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, p. 559, 560 con nota 7, 561 ss. (donde él enfatiza especialmente la diferencia entre la persona jurídica y natural y rechaza una adscripción en el ámbito de la acción, así como una transferencia de la culpabilidad).

⁷⁶ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (243, „Organizaciones como los ‚colaboradores imputables‘ de los modernos [...] con lo cual es por mucho la mayor potencia.“, resaltado en el original).

⁷⁷ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (243 s.).

prácticas y reales, de la causación imputable como „interconexión cíclica de autodescripción y heterodescripción, por una parte, y de autoimputación y heteroimputación de la decisión, la actuación y la comunicación, por otra parte ...“⁷⁸. La culpabilidad de la acción organizacional radicaría en la decisión contraria al Derecho a pesar de la existencia de una „posibilidad de actuar de un modo distinto“; ello tendría que orientarse por la „capacidad de acción y por la responsabilidad“ específicas de la persona jurídica, es decir, una „responsabilidad empresarial“ („corporate responsibility“), y no por un concepto de culpabilidad derivado de la dignidad humana.⁷⁹ La culpabilidad por organización sería precisamente „la culpabilidad de la organización“⁸⁰. Por lo demás, tendría que distinguirse entre un defecto de organización – meramente imprudente – y una realización – dolosa – de fines u objetivos empresariales por medio de un comportamiento punible –“un objetivo organizacional“–.⁸¹

En el *modelo de la atribución*, la responsabilidad se vincula – de un modo igualmente derivado – al comportamiento (relacionado con el negocio)⁸² del miembro de la empresa. Aquí, sin embargo, la asunción de la subsistencia de una responsabilidad del correspondiente miembro⁸³ – más allá de la absolutamente controvertida cuestión sobre su fundamentación⁸⁴ (contingente a la organización interna de la empresa) y sobre la que aquí no se profundizará – conduce a una duplicación o acumulación de la responsabilidad – responsabilidad paralela del trabajador y de la empresa – difícilmente justificable desde una

⁷⁸ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (245 s.).

⁷⁹ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (246 s.).

⁸⁰ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (248, resaltado en el original).

⁸¹ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (248).

⁸² Sobre el concepto v. ya nota 36 y texto principal.

⁸³ A favor ya v. *Gierke* (supra nota 38 p. 769 „sanción simultánea de los titulares o cotitulares de los órganos culpables individualmente“); asimismo desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Turner* (supra nota 5), p. 263, 276 s., 282; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2; *Dannecker*, GA 2001, 101 (124); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 213 s.; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (142 ss., 148 ss., quienes, en contra de la jurisprudencia angloamericana dominante, quieren hacer responsables a los directivos como „principal“ y no solo como „accomplice“); asimismo Rat der Europäischen Union, Entwurf von Schlussfolgerungen des Rats über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rats im Bereich des Strafrechts, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, 27.11.2009, p. 10 así como Art. 121–122 párr. 3 CP (responsabilidad penal del respectivo trabajador permanece intacta).

⁸⁴ Sobre ello recientemente *Utz*, Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016; desde una perspectiva del derecho comparado *Estellita* (supra nota 16), p. 37 ss. y *passim* (especialmente la referencia a la discusión brasileña, alemana y española con amplias referencias).

perspectiva dogmática.⁸⁵ Si la imputación presupone el control o dominio, entonces surge el problema de que a menudo las empresas no dominan suficientemente a sus trabajadores (órganos)⁸⁶, aunque tanto las premisas como la configuración concreta del dominio exigen una discusión más detallada.

Desde una perspectiva práctica se discute ante todo si bastaría con el comportamiento punible de cualquier trabajador de la empresa (modelo del motivo, vicarious liability)⁸⁷ o si sería necesario que ese comportamiento haya sido realizado por un directivo („directing mind“⁸⁸, teoría de

la identificación o teoría del *alter-ego*)⁸⁹. En última instancia, se requiere de ambos enfoques (modelo dual), porque tanto un directivo⁹⁰ como cualquier otro trabajador pueden actuar⁹¹, pero ha de distinguirse las exigencias en caso de una imputación a la empresa o a cargo de ella: en el caso de un directivo, éste actúa como si se tratara del colectivo mismo y su comportamiento (punible) es al mismo tiempo el del colectivo⁹²; en el caso de otro trabajador, su comportamiento puede imputarse directamente al colectivo (cuando aquél ha actuado en el marco de su competencia) o como infracción del deber de vigilancia (en caso de un hecho excesivo)⁹³,

⁸⁵ Crít. sobre todo *Jakobs* (supra nota 75 – FS Lüderssen), 565, según el cual una adscripción del comportamiento del órgano (trabajador) a la empresa presupondría que dicho comportamiento le fuera excluido a aquél, puesto que quedaría consumido mediante la adscripción; igualmente crít. *Weigend*, JICJ 6 (2008), 927 (933, „split of personality“); *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 28; en contra ya *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1173), (culpabilidad de organización como „culpabilidad previa“ del colectivo); *el mismo* (supra nota 40), p. 181 (distintos sujetos de imputación); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 207 con nota 8 (según el cual en el ámbito de la participación una adscripción del autor principal al partícipe también tendría lugar sin la exclusión del comportamiento respecto de éste y que tendría que concederse primacía a los argumentos político criminales; con referencia a la exposición de motivos en el ámbito suizo); v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 298, para quien el modelo de atribución abonaría más bien a una responsabilidad alternativa y, por eso, no fundamentaría satisfactoriamente una sanción simultánea del órgano y de la persona jurídica (además, en el contexto de su análisis de la legislación española, señala que „el carácter acumulativo de la responsabilidad puede resultar especialmente criticable en los casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones“, p. 337, con nota al pie 30). El problema también es conocido en el derecho angloamericano, cfr. *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (142 s.) con referencia a la decisión contenida en Supreme Court of South Australia, *The Queen v Goodall* (v. nota 51), donde Bray CJ hablaba de „some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man“, „so that it is in law both the act of the company and the separate act of himself as an individual“, pero consideraba esto en el resultado como irrelevante ((1975) 11 SASR 94, 99 s.).

⁸⁶ *Schünemann* (supra nota 37), p. 431; a favor *Weigend*, JICJ 6 (2008), 927 (937).

⁸⁷ Al respecto *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (6 ss.); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 210.

⁸⁸ Respecto al origen en la jurisprudencia inglesa cfr. *Kuntz* (supra nota 20), p. 165 ss.; sobre el asunto igualmente el Model Penal Code (MPC) de los EE.UU, que hace depender la responsabilidad penal de que „the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment“. (§ 2.07 [1] [c]

Official Draft 1962); a favor también *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 22; igualmente en el ámbito de la Unión Europea, la posición del Consejo, según la cual la responsabilidad jurídico penal de una persona jurídica es posible cuando los delitos „fueron cometidos a su favor por una persona que ha actuado individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica y que [...] ostenta [...] una posición directiva [...]“ (Rat der Europäischen Union [supra nota 83], p. 9 s.). Respecto a la compleja definición abstracta de los directivos cfr. *Dannecker*, GA 2001, 101 (122 s.); para una definición v. *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 3 (§ 1 párr. 4).

⁸⁹ Sobre esto *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (8 ss.); *Adam* (supra nota 8), p. 192 ss.; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (131, así como ya las referencias de la jurisprudencia supra nota 51); crít. desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Thurner* (supra nota 5), p. 256 s.; crít. sobre la fundamentación de la imputación desde el punto de vista del derecho comparado *Heine* (supra nota 15), p. 221 s.

⁹⁰ Donde la definición del „level of authority“ tiene que manejarse de modo flexible y debería reflejar la „wide variety of decision-making systems in legal persons“, cfr. OECD, 2009, párr. 2 b.

⁹¹ Igualmente, *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (128, planteamiento de identificación para el ámbito directivo y la culpabilidad por organización para los niveles medio/inferior); igual en el resultado desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (118, „comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan para el colectivo“).

⁹² Cfr. House of Lords, *Tesco Supermarkets*, supra nota 47: „[...] the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company [...]. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the *persona* of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company“. Cfr. también *Zerbes* (supra nota 24), p. 232 s.

⁹³ *Zerbes* (supra nota 24), p. 233; en este sentido también UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, según el cual un colectivo es responsable de la muerte de una persona, cuando esto puede atribuirse a un „gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased“, cfr. sección 1, disponible en www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/section/1 (14.11.2018); igualmente *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 333

siempre que allí se manifieste la ya mencionada culpabilidad por organización como consecuencia de una organización deficiente o de una ética empresarial⁹⁴ ausente⁹⁵. Por un lado, el comportamiento criminal del trabajador constituye en cualquier caso un indicio de la responsabilidad de la empresa, por otro lado, ello depende de forma decisiva de la organización de la empresa, por lo cual el modelo de la atribución desemboca en un „modelo organizacional oculto“ („hidden organisational model“)⁹⁶ o resulta equiparable a un modelo de „responsabilidad estructural“⁹⁷. En ese sentido,

(365, „organisational model for the attribution of criminal fault to the corporation“). Respecto a la decisión de actuar en el marco de la competencia y excesivamente también *Dannecker*, GA 2001, 101 (118).

⁹⁴ Supra nota 40 ss. y texto principal.

⁹⁵ Cfr. desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (119, 121); *Tiedemann* (supra nota 40), p. 181 (imputación del comportamiento del órgano complementado con el elemento colectivo de la organización consistente en un defecto de organización y de vigilancia). Esto corresponde al § 130 OWiG, según el cual la infracción (dolosa o imprudente) del deber de vigilancia del empresario en caso de comisión simultánea de una „contravención“ (condición objetiva de la punibilidad) tiene un efecto fundamentador de la responsabilidad con base en su falta de vigilancia (omisión propia y peligro abstracto), cfr. más detalladamente *Rogall* (supra nota 36), § 130 nm. 17 ss., 38 ss.; *von Galen/Maas* (supra nota 36), § 130 nm. 54 ss. Cfr. también respecto a la punibilidad por corrupción OECD, 2009, B), párr. 2 b. tercer guión („A person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing [...]“).

⁹⁶ Debo esta idea a una acotación en la discusión realizada por *Carsten Momsen* en el marco del Simposio realizado en Berlín mencionado en la presentación. Similar también *Thurner* (supra nota 5), p. 277 cuando propone una „imputación penal combinada a la empresa“.

⁹⁷ A favor de ello, con base en su rechazo de una culpabilidad propia de la organización (nota 37) *Cigüela Sola* (supra nota 37), p. 291 ss., 384 ss. (según el cual „aquellas personas jurídicas de organización suficientemente compleja, en cuyo seno se haya cometido un delito que se coexplique, en mayor o menor medida, por la influencia de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, radicados en el contexto de interacción que la organización ofrece, y que constituirían un ‚injusto estructural/objetivo‘ valorado negativamente por el Derecho“, p. 384 s.). El modelo de „responsabilidad estructural“ constituiría un „nuevo ‚subsistema‘, análogo al ‚subsistema de medidas de seguridad‘ [...] diferenciado] del ‚Derecho penal nuclear‘, con sus propios principios y reglas“, p. 386). Similar *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 358 ss. cuando (al analizar la regulación española) señala que las „dinámicas de grupo internas“ conformarían una „realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos“, es decir un „estado de injusto“ entendido como „injusto sistémico“ (p. 359), en donde lo fundamental residiría en que el hecho antijurídico de la persona física manifieste „un

también es importante observar que la culpabilidad por organización – en correspondencia con la nueva situación legal francesa⁹⁸ – puede ser presumida cuando una empresa no ha instaurado un programa de compliance, en especial respecto a posibles riesgos para los derechos humanos^{99,100}. Sin embargo, esto significa a la inversa que en caso de un compliance perfecto habrá de reconocerse a la empresa una „defensa basada en una debida diligencia“ („due diligence defence“¹⁰¹); en otras palabras, el cumplimiento (casi) perfecto de los deberes de diligencia respecto a los derechos humanos actúa, es decir, algo así como una „distancia prudencial“ respecto a la responsabilidad penal de la empresa¹⁰².

Adicionalmente a ello, se discute si tiene que probarse el delito concreto e identificar al trabajador o si, en cambio, basta con que se haya cometido un delito desde la empresa – en el sentido de la mencionada „responsabilité diffuse“¹⁰³ del

estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido“ (p. 360). Dicho injusto no daría lugar a una culpabilidad habilitante de penas *stricto sensu*, pero sí representaría una base fáctica suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (de la mano de un „juicio de pasado“, „juicio de presente“ y „juicio de futuro“, p. 360 s.), las cuales serían entendidas como un caso de la „segunda velocidad del Derecho Penal“ (p. 364 s.). A favor de una regulación para-penal („parastrafrechtlich“) basada en el concepto de responsabilidad por las consecuencias („Folgenverantwortungsdialog“) *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 29 s.

⁹⁸ Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre (1).

⁹⁹ Ibid, Art. 1 párr. 4: „[...] mesure de vigilance [...] à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droit humains [...]“.

¹⁰⁰ En caso de que uno de ellos no hubiese sido creado luego de tres meses, la empresa puede ser obligada a ello, a pedido de cualquier persona con un interés justificado (ibid, Art. 1 penúltimo párr.).

¹⁰¹ Cfr. también *Simester et al.* (supra nota 47), p. 289 con referencias adicionales en nota 129; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 49 (exclusión de la responsabilidad penal con base en la existencia de compliance); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 1 (9); *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 29 s.; respecto a las posibles medidas (preventivas) de compliance con efectos excluyentes de la pena (de la mano del caso Nestlé) cfr. *Müller-Hoff/Schmidt*, juridikum 2012, 261 (265 s.).

¹⁰² *Kathollnig* (supra nota 10), p. 251.

¹⁰³ Cfr. Art. 121-2 Code Penal (CP) („responsables [...] des infractions commises [...] pour leur organs ou representants“; al respecto *Walther*, GA 2015, 682 [682, 683, 691], donde ésta, sin embargo, no se halla restringida de manera explícita a los directivos [“organs our representants”] y la jurisprudencia ha abogado por una „responsabilité diffuse“ renuncia a una persona natural identificable), Ibid, 692.

ámbito francés –.¹⁰⁴ A favor de esto habla no solo que toda necesidad de individualización o identificación conduce precisamente a problemas de comprobación („corporate veil“)¹⁰⁵, los cuales serían evitados mediante una responsabilidad autónoma de las empresas¹⁰⁶, sino también que la ausencia de identificación se debe a la organización defectuosa y por eso ha de ser soportada por la empresa.¹⁰⁷

Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional habla a favor del modelo de atribución que este sería más compatible con la orientación individual del ECPI. En ese sentido, el modelo propuesto por la delegación francesa de la CPI en 1998¹⁰⁸ también representa un estricto *modelo de*

¹⁰⁴ Así Engelhart, (supra nota 10), p. 186 s., que en general considera a la(s) persona(s) natural(es) y jurídica(s) como sujetos de imputación independientes entre sí, donde el comportamiento de aquellas tendría que evaluarse „in the corporate context“ pero no tendría que ser imputable a una persona determinada. Más bien bastaría con que se demostrara que algún empleado ha cometido el hecho y existiera una correspondiente infracción de la supervisión de la persona jurídica. Igualmente, Thurner (supra nota 5), p. 263 s. (basta la imputación objetiva del comportamiento descuidado a la empresa); igualmente desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 2001, 101 (118). Crít. por ejemplo, Weigend, JICJ 6 (2008), 927 (934, „[...] if an individual offender becomes a mere fiction, so does the model itself“).

¹⁰⁵ Cfr. ya supra nota 16 con el texto principal.

¹⁰⁶ Acertadamente Weigend, JICJ 6 (2008), 927 (933); crít. también Meyer, ZStrR 131 (2013), 56 (80), según el cual el modelo de la atribución compartiría los problemas de responsabilidad asociados a la responsabilidad individual como consecuencia de recurrir a la responsabilidad del trabajador.

¹⁰⁷ Cfr. también Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, Erwäg. [considerando] 3.4.3. („[...] l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise“).

¹⁰⁸ UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 251 s., „WORKING PAPER ON ARTICLE 23, PARAGRAPHS 5 AND 6.

5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute.

Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

(a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and

(b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national

law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and

atribución individual-accesorio, pues el comportamiento del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad del colectivo requeriría de la condena de aquél; es decir, la responsabilidad penal individual se convierte en el punto de partida de la imputación. Pero con ello, son reimportados al Derecho Penal Internacional Económico los problemas de la responsabilidad individual especialmente virulentos en el Derecho Penal Económico („corporate veil“)¹⁰⁹. Es decir, la responsabilidad podría fracasar debido a la imposibilidad de que el hecho cometido desde la empresa sea imputado concretamente a alguno de sus trabajadores. Por otro lado, el modelo francés – que sigue la denominada doctrina de la identificación – está limitado a los miembros del nivel directivo de la persona jurídica, es decir, a los „directing minds“¹¹⁰. Si bien esta limitación puede explicarse por el hecho de que solo los directivos de una empresa –a modo de un alter ego– son quienes la representan y, por eso, pueden fundamentar su injusto y culpabilidad¹¹¹; sin embargo, con ello se deja completamente de lado el comportamiento de otros trabajadores, relevante en el ámbito del Derecho Penal Internacional – a diferencia del enfoque dual que aquí se defiende –. De todos modos, a favor de una restricción a los directivos habla desde una perspectiva procesal penal internacional el que con ello se tendría en cuenta el principio de la persecución de los „más responsables“ („most

(c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of

that juridical person and in the course of its activities; and

(d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, “juridical person” means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization.

6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99” (nota al pie suprimida).

¹⁰⁹ Crít. en ese sentido también Clapham, JICJ 6 (2008), 899 (915 ss., 917: „difficulties connected to any supposed need to first find an individual perpetrator“, con referencia a Kyriakakis, JICJ 5 (2007), 809 (825); Engelhart (supra nota 10), p. 187; contra una persecución o condena de la persona natural también OECD, 2009, B) párr. 1.

¹¹⁰ Igualmente, Stoitchkova (supra nota 10), p. 110 s.

¹¹¹ Cfr. Colvin, CLF 6 (1995), 1 (8 ss.); Dannecker, GA 2001, 101 (122, reconocimiento de un propio injusto y de una propia culpabilidad de la organización, lo cual justifica la imposición de una pena solo en caso de un comportamiento de directivos).

responsable¹¹²); no obstante, esa consideración desatiende el hecho de que en última instancia se trata de la responsabilidad colectiva (de la empresa) y la persecución de los trabajadores (directivos) solo sirve como acceso („gateway“) para ello¹¹³.

II. Formas de intervención punible

La praxis jurídica distingue entre una intervención en calidad de autor y una intervención carente de esa condición.¹¹⁴ Ello puede traducirse en clave jurídico-penal, y siguiendo el modelo diferenciador (terminológico-funcional) del Art. 25 ECPI¹¹⁵, como una autoría (Art. 25 párr. 3 [a]) y una participación (Art. 25 párr. 3 [b]–[d]). A la complicidad le corresponde una especial importancia práctica.¹¹⁶ La responsabilidad del superior en el sentido del Art. 28 ECPI podría venir en consideración para la responsabilidad (*commission par omission*) por autoría (omisiva), en todo caso, siempre que se trate de la responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por los subordinados¹¹⁷.

1. Responsabilidad en calidad de autoría

Una responsabilidad en calidad de autoría por un hacer activo vendría en consideración en los – seguramente pocos – casos en los que trabajadores mismos de la empresa cometen crímenes internacionales – como autores que actúan directamente (Art. 25 [3] [a] Alt. 1 ECPI) –, conjuntamente (Art. 25 [3] [a] Alt. 2 ECPI) o por medio de otro (Art. 25 [3] [a] Alt. 3 ECPI). La última de las modalidades mencionadas, es decir, la *autoría mediata*, permite imputar al personal directivo los delitos de quienes actúan directamente, siempre que, con base en la *teoría del dominio de la organización*¹¹⁸, se considere admisible una autoría mediata respecto de

ejecutores del hecho plenamente responsables¹¹⁹. Si bien en el ámbito del Derecho Penal Internacional esta forma de imputación ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI¹²⁰, sin embargo, ello solo ha sucedido en relación con el comportamiento de actores estatales o no estatales (paramilitares) en el marco de conflictos armados y, precisamente, sin relación con la criminalidad de empresa. Incluso si, de acuerdo con la jurisprudencia alemana de la instancia más alta¹²¹, se quiere trasladar esa teoría –en contra de Roxin, su *spiritus rector*¹²² – a esta área, ello requiere de un esfuerzo considerable para fundamentar convincentemente un dominio de la dirección respecto de los hechos de los trabajadores de la empresa o de terceros que actúan como ejecutores directos. Aquí se trata menos de la comprobación del – de por sí prescindible¹²³ – criterio del apartamiento del derecho¹²⁴, que de la cuestión referida a si la respectiva empresa está organizada vertical y jerárquicamente, de forma tal que pueda partirse realmente de un dominio sobre el ejecutor del hecho plenamente responsable – por medio de la estructura organizacional –.

Pero en el caso de una eventual *responsabilidad en coautoría* también podría resultar difícil la comprobación de una autoría funcional¹²⁵. Una responsabilidad conjunta en sentido amplio –con base en la „common purpose liability“ reconocida en el Derecho Internacional y que ha adquirido una gran relevancia¹²⁶ en los Tribunales Ad Hoc de la ONU

¹¹² Al respecto ICC/OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15.9.2016, párr. 42 s.; al respecto también *Ambos*, en: Ackermann/Ambos/Sikirić, (eds.), *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*, 2016, p. 24, 44 s., 48 con notas adicionales (en español v. *el mismo*, en: Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castifeira Palou [eds.], *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 9 ss., 13).

¹¹³ Cfr. ya *Simester et al.* (supra nota 47), p. 188.

¹¹⁴ Cfr. *Ambos* (supra nota 1), p. 29 ss.

¹¹⁵ Cfr. *Ambos*, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5º ed. 2018, § 7 nm. 13, 17 ss.; *el mismo*, *Treatise on International Criminal Law Vol. I*, 2013, p. 144 ss.

¹¹⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 1), p. 30 ss.

¹¹⁷ Para una distinción entre una responsabilidad en calidad de autoría con base en una omisión impropia (comisión por omisión) y una responsabilidad en calidad de participación debido a la infracción de un deber de vigilancia y la omisión de denunciar un delito cfr. §§ 4, 14, 15 VStGB.

¹¹⁸ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9º ed. 2015, p. 242 ss., 736 ss.; *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2*, 2003, § 25 nm. 105 ss.

¹¹⁹ Para una discusión v. *Meini*, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus empresarios*, 2003, p. 181 ss. así como *Urquizo*, en: Pariona (ed.), *Veinte años de vigencia del Código Penal Peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2012, p. 245 ss.; recientemente *Caro*, en: *Ambos/Caro/Urquizo* (supra nota 11).

¹²⁰ Cfr. *Ambos* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*) § 7 nm. 25; *el mismo*, en: Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, 3º ed. 2016, Art. 25 nm. 13 s.

¹²¹ Así ya la „sentencia sobre los disparos en el muro“ BGHSt 40, 218 (236); posteriormente BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (163 s.); NSTZ 1998, 568; JR 2004, 245 (246).

¹²² *Roxin* (supra nota 118 – *Täterschaft*), p. 748 ss.; *el mismo* (supra nota 118 – *AT*), § 25 nm 129 ss.

¹²³ *Ambos*, GA 1998, 226 (241 s., 245); *el mismo*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2º ed. 2004, p. 606 ss. con notas adicionales (en español v. *el mismo*, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, 2005, p. 234 ss.).

¹²⁴ Insistiendo en ello también con respecto a las empresas económicas *Roxin* (supra nota 118 – *AT*), § 25 nm. 130.

¹²⁵ Cfr. también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (880); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (869).

¹²⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 115 – *Treatise*), p. 123 ss., 160 ss. 172 ss.; *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*), § 7 nm. 19, 30 ss. Sin embargo, en el Estatuto de la CPI, en especial en el Art. 25 (igualmente, § 7 nm. 31) no se encuentra un fundamento jurídico *explícito*, por lo cual la doctrina de la JCE no ha tenido relevancia hasta ahora en la jurisprudencia de la CPI (en contra *Lubanga*, *Decision on the*

particularmente en forma de la denominada empresa criminal conjunta („joint criminal enterprise“, jce) – viene en consideración en caso de una cooperación de la empresa con (otros) actores criminales, por ejemplo, para la expulsión de una población local¹²⁷. El propósito criminal o la empresa criminal consiste aquí en el comportamiento concretamente punible (planeamiento y ejecución); en tal sentido, resulta irrelevante el propósito general de la empresa¹²⁸. Sin embargo, surgen complejas cuestiones (de delimitación) respecto a la responsabilidad en calidad de participación del Art. 25 (3) (d) ECPI¹²⁹, pues allí se trata sobre todo de un (otro) aporte al crimen de un grupo, que –de acuerdo con la idea fundamental del jce– actúa con un „objetivo común“ („common purpose“)¹³⁰.

Una responsabilidad por omisión de los directivos de empresas podría fundamentarse en general en la figura de la *responsabilidad del superior* en virtud del Art. 28 (b) ECPI – en lo que respecta a los superiores civiles (no militares) –.¹³¹ Sin embargo, si se concibe la responsabilidad del superior civil en dependencia de la del superior militar, entonces resulta difícil divisar una semejanza estructural suficiente entre el directivo civil de una empresa y un comandante

militar.¹³² Adicionalmente a ello, en el caso de las empresas que actúan de modo transnacional faltará por lo regular, en todo caso respecto a la dirección de la empresa que se encuentra alejada del lugar de los hechos, su „control y autoridad efectivos“ („effective authority and control“) sobre los subordinados que cometen el hecho¹³³ o el „control y responsabilidad efectivos“ („effective responsibility and control“) sobre las actividades relacionadas con los crímenes.¹³⁴ Sin embargo, de ello se sigue a la inversa que un control efectivo podría ser aceptado si los directivos de la empresa en el lugar pueden coordinar o vigilar el comportamiento típicamente relevante; sin embargo, en caso de que ellos incluso hubieran emitido órdenes criminales, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad (privadas)¹³⁵, entonces viene en consideración, una responsabilidad por un hacer activo en virtud del Art. 25 (3) (b) ECPI¹³⁶. En el marco de la responsabilidad del superior resultaría difícil probar el conocimiento („knowledge“) o la imprudencia consciente („consciously disregarded information...“)¹³⁷ del personal directivo de la empresa respecto de los crímenes de sus subordinados.

2. Complicidad punible versus comportamientos „neutrales“

a) Ámbito objetivo

Las mencionadas formas de intervención carentes de la calidad de autoría, es decir, formas de complicidad, hacen surgir la cuestión sobre la delimitación entre la complicidad punible y otros comportamientos („neutrales“) que no alcanzan el umbral de punibilidad. Las exigencias objetivas de la complicidad no han sido aclaradas de modo suficiente en el Derecho Penal Internacional. En principio, el aporte al hecho tiene que ser *esencial* para la comisión del hecho

Confirmation of Charges, PTC I, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero 2007, párr. 335).

¹²⁷ Cfr. también ICJ (supra nota 20), p. 36; *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (879); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (868 s.).

¹²⁸ Orientándose por ello y confundiendo como consecuencia de esto la figura jurídica de la JCE *Thurner* (supra nota 5), p. 255 s.

¹²⁹ *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, Decision on the Confirmation of Charges, 16.12.2011, párr. 282 considera la jce y el Art. 25 (3) (d) como „not identical“, pero „similar“ y menciona cuatro diferencias (posibles) ([i] Forma de la intervención, [ii] pertenencia o no pertenencia al grupo, [iii] aporte al propósito común o al crimen cometido y [iv] criterio subjetivo).

¹³⁰ Cfr. más detalladamente *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm. 28 ss.; *el mismo*, en: Stahn (ed.), *Law and Practice of the ICC*, 2015, p. 592 ss. (en español v. *el mismo*, *Revista Penal*, 34 [2014], p. 5 ss.); brevemente *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*) § 7 nm. 43; crít. en nuestro contexto también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (941-45); más optimista *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (880 s.), „more likely to capture a broader range of culpability of corporate actors [...]“.

¹³¹ A favor de una responsabilidad general del superior en caso de hechos del subordinado (trabajador de la empresa) referidos a la organización como forma independiente de intervención (§ 25a StGB) – orientada a los §§ 4, 13, 14 VStGB – debido a la „relevancia para el sistema“ de estos hechos *Bülte*, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, 2015, p. 777 ss. (812 ss., 891), 917 ss., 921 ss. (925, 970 ss.); crít. *Hoyer*, GA 2018, 57 ss.; a favor desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Kelly*, *Emory Int'l L.Rev.* 24 (2010), 671.

¹³² Cfr. *Schmidt* (supra nota 16), p. 326 ss. (359 s., 364), para quien faltaría una „sufficient similitude [...] to military authority relationships“ y las „unilateral capabilities of (military) superiors“; sobre su modelo de tipos de autoría *ibid*, p. 75 ss.; crít. respecto del control efectivo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (870, 872). Similar al „limited value“ de la „command responsibility“ del Derecho Penal Internacional en cuanto a la posible responsabilidad por omisión de las organizaciones internacionales que no actúan de acuerdo con las obligaciones correspondientes a su mandato („role responsibility“) *Klabbers*, *EJIL* 28 (2017), 1133 (1152 s.), puesto que organizaciones internacionales „do not normally encounter the type of situations encountered by military leaders“.

¹³³ Art. 28 (b) oración 1 ECPI.

¹³⁴ Art. 28 (b) (ii) ECPI.

¹³⁵ Afirmando en este caso la responsabilidad del superior ICJ (supra nota 20), p. 39.

¹³⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm. 18 ss.; *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*), § 7 nm. 45.

¹³⁷ Respecto a este estándar cercano a la „wilful blindness“, *Ambos* (supra nota 115 – *Treatise*), p. 227 s.

principal¹³⁸, y el límite mínimo de ese requisito de esencialidad tiene que determinarse caso por caso. Como ya se ha señalado en otro lugar¹³⁹, es posible recurrir a los criterios de la imputación objetiva.¹⁴⁰ Entre ellos también se podría tener en cuenta el criterio (adicional) de la „dirección específica“ („specific direction“), el cual es considerado por distintos tribunales y en parte de modo distinto por estos¹⁴¹. Dejando de lado la determinación precisa de ese límite mínimo puede sostenerse en cualquier caso que las exigencias no son demasiado altas – únicamente han de excluirse los aportes „infinitesimales“¹⁴², los cuales de todos modos entrarían en conflicto con la exigencia de la causalidad¹⁴³ y el umbral de relevancia (gravity threshold)

¹³⁸ Cfr. *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 21 ss.; brevemente *el mismo* (supra nota 115 – Internationales Strafrecht) § 7 nm. 42; igualmente ICJ (supra nota 20), p. 36; CDH, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 17 („efectos relevantes“), disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (14.11.2018); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (857, 860); respecto a un estándar idéntico basado en el Alien Tort Statute (ATS) de los EE.UU. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (410 ss., 414: „inherently harmful or specifically designed to assist with the realization of harmful purposes [...]“).

¹³⁹ *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm 26; con respecto al Art. 25 (3) (d) *Ambos* (supra nota 130 – Law and Practice), p. 603, 606.

¹⁴⁰ A favor de la imputación objetiva, en especial el incremento del riesgo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (864); a favor de una mera limitación de la causalidad excesivamente amplia por medio de las „proximate causes“ *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (671).

¹⁴¹ Más detalladamente *Ambos* (supra nota 115 – Internationales Strafrecht), § 7 nm 42 con notas adicionales de la literatura y jurisprudencia; respecto a la aplicación en nuestro contexto *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (430 ss., 432: „assistance was specifically meant to further the human rights violations“), quien sin embargo rechaza la restricción del tipo de complicidad conectada con ello (457 s.); en contra también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (890).

¹⁴² ICC, Mbarushimana Confirmation Decision 16.12.2011, párr. 277; similar en nuestro contexto *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (858, Exclusión de una „absolute minimal assistance“); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (444, „more than a minimal effect“). Contra „a certain minimum degree“, sin embargo, ICC, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23.3.2016, párr. 44.

¹⁴³ Recientemente ICC, Prosecutor v. Bemba et al., ICC-01/05-01/13, Judgment 19 October 2016, párr. 90 („effect on the commission [...] general causal requirement“), 94 („causal requirement [...] furthered, advanced or facilitated the commission [...]“). Esto corresponde al primer y tercer criterio („enables“ y „facilitates“ violaciones de derechos humanos) de la ICJ, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate

como principio fundamental de competencia del ECPI (v. por ejemplo Art. 17 párr. 1 [d] ECPI) –.

Los criterios propuestos por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para la determinación del comportamiento empresarial relevante – desde „posibilitar“ („enabling“), pasando por „exacerbar“ („exacerbating“) y hasta „facilitar“ („facilitating“) crímenes internacionales¹⁴⁴ – ofrecen una buena base para la discusión de la determinación de los „crímenes nucleares político-empresariales“ („corporate-political core crimes“), siempre que se comparta el punto de partida normativo del merecimiento general de pena del comportamiento descrito;¹⁴⁵ sin embargo, ellos describen solo un comportamiento empresarial riesgoso („zone of legal risk“)¹⁴⁶, no punible *per se*. Aquí el criterio de „enabling“ – en el sentido de un aporte relevante („crucial“) y necesario¹⁴⁷ – se corresponde con la exigencia de esencialidad, mientras que el de „exacerbating“ recuerda al incremento del riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva¹⁴⁸ y el de „facilitating“ – como una facilitación del hecho principal¹⁴⁹ – a la exigencia mínima del Derecho Penal Internacional para la responsabilidad penal por complicidad.¹⁵⁰ En definitiva, la capacidad de rendimiento de estos y otros criterios recién

Complicity in International Crimes, Vol. 1: Facing the Facts and Charting the Legal Path, 2008, p. 8–9 (donde basta la existencia alternativa de los tres criterios –el segundo es la exacerbación [„exacerbates“] de la situación de los derechos humanos–); a favor de una exigencia de causalidad restringida *Kathollnig* (supra nota 10), p. 154; *Thurner* (supra nota 5), p. 269 considera sin embargo que esa „relación causal“ no es necesaria, aunque por lo demás sigue a la Comisión Internacional de Juristas.

¹⁴⁴ ICJ (supra nota 143), p. 9, 10 ss.

¹⁴⁵ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925 s.), quien – inspirado en los criterios de la ICJ – quiere abarcar con ello los crímenes de actores políticos apoyados por la empresa; a favor también *Thurner* (supra nota 5), p. 269 s.

¹⁴⁶ ICJ (supra nota 143), p. 13.

¹⁴⁷ ICJ (supra nota 143), p. 9, 11 s. („abuses would not occur without the contribution of the company“, „at least one such crucial ingredient“, „necessary [...] factor“ [resaltado en el original]).

¹⁴⁸ ICJ (supra nota 143), p. 9, 12 („company makes the situation worse [...] abuse would have occurred on a smaller scale, or with less frequency [...]“, „increased the range of [...] abuses [...], number of victims [...], severity of the harm [...]“, „substantial negative effect“). Respecto al riesgo o incremento del peligro y a la correspondiente exclusión de la imputación en caso de reducción del riesgo *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4º ed. 2006, § 11 nm. 53–57.

¹⁴⁹ ICJ (supra nota 143), p. 9, 12 s. („[...] company’s conduct makes it easier to carry out the abuses or changes the way the abuses are carried out, including [...] methods [...] timing or [...] efficiency“; „[...] crime would not have happened in the same way“).

¹⁵⁰ Cfr. Art. 25 (3) (c) ECPI („facilitating“) y *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm 21 ss. con notas adicionales especialmente respecto a la jurisprudencia.

puede manifestarse en la discusión y solución de casos concretos complejos („hard cases“). Así, por ejemplo, en casos de entrega de instrumentos directos del delito¹⁵¹ („tailor-made“), podría satisfacerse la exigencia de esencialidad y con ello, por lo regular, también un „enabling“, pues sin tal instrumento no hay un hecho o en todo caso solo en una forma sustancialmente/significativamente distinta. En cuanto a la ya mencionada „silent complicity“ una punibilidad solo vendría en consideración si pudiera verse en el silencio de la empresa una forma de cooperación psíquica que se presentara como una facilitación („facilitating“) del hecho principal.¹⁵²

También resulta útil el criterio – también propuesto inicialmente por la CIJ¹⁵³ – de la proximidad („proximity“) entre el comportamiento de la empresa/sus directivos y los crímenes/autores/víctimas. La CIJ entiende la „proximity“ – en un sentido geográfico-espacial y cualitativo (duración, frecuencia y/o intensidad) – como relación de cercanía entre la empresa y los hechos, autores o víctimas.¹⁵⁴ De ello se sigue que la responsabilidad penal de la empresa resulta más probable mientras más cercana se encuentre ella a los hechos, autores o víctimas.¹⁵⁵ A la inversa, de ello se sigue que con

un considerable alejamiento („remoteness“) entre el comportamiento empresarial y los crímenes ya no puede fundamentarse materialmente – por ausencia de una relación de imputación – una responsabilidad penal o en todo caso ella es difícilmente comprobable desde una perspectiva procesal.¹⁵⁶ En ese contexto, a los deberes de diligencia (intensificados) en materia de derechos humanos y en el marco de las cadenas de suministro („supply chain due diligence“) le corresponde una especial relevancia, pues a través de ello puede compensarse la creciente dilución de la relación de imputación.¹⁵⁷

Cuando la acción de participación no consiste ya *per se* en un comportamiento (antijurídico) prohibido, por ejemplo, debido a la infracción de normas permisivas o prohibitivas (¡embargo!)¹⁵⁸, surge, en cuanto a su relevancia penal, el problema discutido bajo el nombre de *acciones neutrales o cotidianas*¹⁵⁹. Ya en Núremberg, Telford Taylor, fiscal en el proceso contra Krupp, señaló, por ejemplo, que el tráfico de armas no sería „criminal por sí mismo“¹⁶⁰. De manera similar, en el proceso Wilhelmstraßen se rechazó una condena contra Rasche, miembro de la junta directiva del Dresdner Bank, por el otorgamiento de créditos bancarios a

¹⁵¹ Acerca de la especial relevancia jurídico-penal en el suministro de „goods and services“ „tailor-made“ – en lugar de solo „generic“ – ICJ (supra nota 143), p. 27 ss.; también ICJ (supra nota 20), p. 37.

¹⁵² Similar ICJ (supra nota 143), p. 14 s., cuando allí en el marco de una „silent presence“ – neutral en sí misma – debe exigirse la manifestación de „approval and moral encouragement to commit the gross human rights abuses“; igualmente ICJ (supra nota 20), p. 20; respecto a una „moral contribution“ en este sentido también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (672 s.).

¹⁵³ ICJ (supra nota 143), p. 8, 9, 23 ss.

¹⁵⁴ ICJ (supra nota 143), p. 8, 9, 23 ss. (8: „Was the company close or proximate [geographically, or in terms of the duration, frequency and/or intensity of interactions or relationship] to the principal perpetrator of the human rights abuses or the victims?“ [p. 8]; Proximidad „in time and space and relationship“, „certain level of closeness“ [p. 24]); resumidamente *Schmidt* (supra nota 16), p. 172 s.; a favor *Thurner* (supra nota 5), p. 273 s.; cfr. también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (118, „level, degree and duration“, donde el grado de complicidad pertenece a la esencialidad en el sentido arriba mencionado, pero ella supone una „substantial assistance“ por medio de una „duration“, 150).

¹⁵⁵ ICJ (supra nota 143), p. 9 („the closer in these respects that the company or its employees are to the situation or the actors involved the more likely it is that the company’s conduct will be found in law to have enabled, exacerbated or facilitated the abuses and the more likely it is that the law will hold that the company knew or should have known of the risk“), 24 („the closer – or more proximate – a company is, in time and space and relationship, to those who carry out the human rights abuses or those who suffer the abuses, the more likely it is that the company could be held legally responsible when it is complicit“); respecto a la „evidence of

proximity“ *ibid*, 25 s. En el resultado igualmente *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (853).

¹⁵⁶ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925, distinguiendo entre „causal“, „motivational“ y „organizational and structural remoteness“); similar en el resultado *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (672, respecto al alejamiento en el sentido de causalidad); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 157 s. (causalidad como problema central de la determinación de la responsabilidad en el marco de las cadenas de suministro).

¹⁵⁷ De otra opinión, sin embargo *Kathollnig* (supra nota 10), p. 157, cuando quiere negar que la mera infracción de la „due diligence“ sobre derechos humanos constituya aún una infracción del cuidado de índole jurídico-penal.

¹⁵⁸ Respecto a la persecución de infracciones a sanciones de la ONU ICJ (supra nota 20), p. 50 s.; sobre el significado de un embargo en este contexto también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (660).

¹⁵⁹ Cfr. por ejemplo *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (62, 65, „conducta económica neutral“). Una acción „neutral“ es *per se* atípica porque no es socialmente dañosa o porque no lesiona o pone en peligro un bien jurídico, cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (921) con nota 6. El problema es a menudo pasado por alto en la literatura. En ese sentido *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 104 señala, por ejemplo, que la „lawfulness of the conduct does not preclude liability“, es decir, priva a la legalidad del comportamiento de toda relevancia. Un comportamiento en calidad de autoría, esto es una „acción directamente dañosa para un bien jurídico“, no vale a limine como neutral, cfr. por ejemplo *Heyer*, Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht, 2013, p. 40, 478.

¹⁶⁰ TWC, Vol. IX, p. 60: „The armorer’s trade is no more inherently unlawful than that of the soldier or diplomat; all of these professions revolve around war and statecraft, but that does not make them criminal *per se*“.

empresas de las SS porque ello tendría que valorarse solo como un comportamiento económico habitual, el cual podría quizás ser considerado moralmente reprochable, pero no representaría una violación del Derecho Internacional.¹⁶¹ En el proceso contra IG Farben – aunque confundiendo el nivel objetivo y el subjetivo¹⁶² – se reconoció incluso la posibilidad de un uso neutral del gas venenoso Zyklon B entregado al campo de concentración.¹⁶³ Aunque estos puntos de vista deben ser considerados en el especial contexto histórico de los procesos penales económicos de Núremberg – en los que los fiscales y jueces estadounidenses también se ocuparon de distinguir¹⁶⁴ el capitalismo nacionalsocialista criminal del capitalismo estadounidense „limpio“ –, sin embargo, aquellos se encuentran paradigmáticamente al servicio de una jurisprudencia (estadounidense) favorable a la economía, que – dejando de lado el fuerte enfoque en el colectivo en el ámbito de la persecución previsto en el Memorando Holder¹⁶⁵

¹⁶¹ TWC, Vol. XIV, p. 622 („The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does he [Rasche] stand in any different position than one who sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchandiser of any other commodity. It does not become a partner in enterprise, and the interest charged is merely the gross profit, which the bank realizes from the transaction, out of which it must deduct its business costs, and from which it hopes to realize a net profit. Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime. Our duty is to try and punish those guilty of violating international law, and we are not prepared to state that such loans constitute a violation of that law, nor has our attention been drawn to any ruling to the contrary“. Crít. desde la perspectiva actual de la amplia criminalización de la financiación de crímenes transnacionales *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (931); también *Ramasastri*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (113, 118).

¹⁶² Crít. también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (938).

¹⁶³ TWC, Vol. VIII, p. 1169 („But neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put. Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities“).

¹⁶⁴ Cfr. *Priemel*, *The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence*, 2016, p. 196 ss. („Saving Capitalism“).

¹⁶⁵ Holder Memorandum; posteriormente Yates Memorandum.

– pretende excluir tendencialmente y ya en el nivel objetivo a las meras operaciones comerciales de una punibilidad por complicidad.¹⁶⁶ Incluso la CIJ – más bien favorable a la responsabilidad – concede que una práctica comercial orientada al lucro por sí sola no podría fundamentar la responsabilidad.¹⁶⁷ En todo caso, esto resulta convincente cuando – en el sentido de la ya citada teoría de la imputación objetiva¹⁶⁸ – los correspondientes actos de aportación no incrementan el riesgo¹⁶⁹ específico del hecho o éste no se ha realizado en el resultado concreto,¹⁷⁰ es decir, cuando ellos, dicho de modo general, no se han revelado específicamente como socialmente dañosos o concretamente peligrosos.¹⁷¹ De cualquier forma, concurre aquél caso – inexistencia de una fundamentación de un riesgo específico del hecho – cuando el mencionado umbral mínimo de relevancia no es superado o cuando el aporte resulta completamente irrelevante en el contexto del hecho.¹⁷² Sin embargo, se tendrá que distinguir entre productos peligrosos per se o incluso letales, especialmente armas, y productos no peligrosos;¹⁷³ en este último caso, el riesgo específico del hecho no se incrementa per se, pero sí eventualmente debido al uso incorrecto de

¹⁶⁶ Para un análisis crítico de la ATS y la jurisprudencia de los EE.UU. cfr. en ese sentido *Michalowski*, *Texas Int.L.J.* 50 (2015), 403 (409 ss., 435 ss., 444, „[...] activity that goes beyond making a mere commercial transaction“).

¹⁶⁷ ICJ (supra nota 143), p. 15 („[...] company will not be held *legally* responsible merely for commercial engagement with the perpetrator [...]“ [resaltado en el original]); similar *Reggio*, *ICLR* 5 (2005), 623 (655, 664, compra o venta no es criminal per se).

¹⁶⁸ Supra nota 140.

¹⁶⁹ Sobre la desaprobación normativa y la ausencia de „neutralidad“ resultante de tales riesgos específicos del hecho cfr. *Heyer* (supra nota 159), p. 487 ss., 555 s.; resumidamente *Schmidt* (supra nota 16), p. 293 ss. con notas adicionales, quien por lo demás rechaza también un riesgo especialmente permitido („risk permission“) para los superiores civiles en el sentido del Art. 28 (b) ECPI (ibid, p. 360 ss.).

¹⁷⁰ A favor de la aceptación de una justificación en casos correspondientes a „negocios comunes“ *Rackow*, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, p. 551 ss. Para un panorama exhaustivo sobre la „emergence of the risk standard“ en nuestro contexto *Schmidt* (supra nota 16), p. 201 ss., quien sin embargo incluso aboga por una restricción basada en los derechos humanos respecto al riesgo permitido (ponderación de libertad y seguridad en el contexto del Art. 21 párr. 3 ECPI, p. 212 ss.) y en el resultado rechaza su aceptación, entre otras cosas, como consecuencia del estándar subjetivo estricto del Art. 30 ECPI (296 s., 300).

¹⁷¹ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (921, „specific social harm or an unacceptable degree of social dangerousness“).

¹⁷² *Michalowski*, *Texas Int.L.J.* 50 (2015), 403 (461) habla en ese sentido de la „immateriality of the assistance“ y ofrece el ejemplo elocuente del zapatero de Hitler, cuyo comportamiento – confección de los zapatos – era penalmente irrelevante ya desde una perspectiva objetiva.

¹⁷³ Cfr. *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 699 (721).

estos productos de uso doble („dual use“, por ejemplo, equipos informáticos).

El *contexto comisivo* también puede ser relevante. Así podrá distinguirse de acuerdo a ello, si una empresa opera en un estado totalitario y le ayuda a realizar sus planes criminales – como en el mencionado caso de IG-Farben en relación con el Estado nacionalsocialista – o si ella se encuentra dentro de un estado democrático-liberal y hace sus negocios allí. En el primer caso resulta dudoso si el comportamiento de la empresa puede ya ser considerado „neutral“ o si el criterio de la neutralidad más bien „pierde [...] su poder diferenciador“ en un contexto totalitario¹⁷⁴.

Sin embargo, seguramente va demasiado lejos el dudar de modo general que el comportamiento efectuado en el marco de la actividad de empresas transnacionales pueda ser designado como „cotidiano“ y „normal“¹⁷⁵, aun cuando ha de admitirse que el merecimiento de pena de los aportes al hecho en el marco de un contexto macrocriminal relacionado con un conflicto parece más evidente que fuera de ese contexto.¹⁷⁶ En última instancia, la punibilidad y el merecimiento de pena solo pueden ser juzgadas en la mayoría de casos con base en una valoración global *objetiva-subjetiva*, en la cual solo el aspecto subjetivo del hecho dará a la conducta (objetiva) externamente neutral un significado delictivo. Aquí uno podría orientarse con base en la distinción, propuesta originalmente por Roxin, entre conocimiento (en general punible) y el mero tener-possible (en general no punible) de la resolución delictiva/del sentido delictivo.¹⁷⁷ Esto nos lleva al ámbito subjetivo del hecho.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Jeßberger, JZ 2009, 924 (931).

¹⁷⁵ Wittig (supra nota 2), p. 253.

¹⁷⁶ Vest, JICJ 8 (2010), 851 (855 s.); Kathollnig (supra nota 10), p. 159.

¹⁷⁷ Cfr. Roxin (supra nota 118 – AT), § 26 nm. 220 ss.; igualmente la tendencia de la jurisprudencia alemana, recientemente BGH, decisión del 21.12.2016, en NStZ 2017, 337 (338); decisión del 26.1.2017, en StV 2018, 19 (sin embargo, aceptación de una punibilidad, cuando el cómplice „con su cooperación, se interesa en ayudar a un autor reconociblemente dispuesto al hecho“); crít. Schörner/Bockemühl, StV 2018, 20.

¹⁷⁸ De todos modos una referencia a grupos de casos revela la escasa capacidad de rendimiento del concepto de las acciones neutrales y los límites derivados de ello para la valoración abstracta del injusto basada en criterios objetivo-subjetivos (igual en el resultado *Reggio*, ICLR 5 [2005], 623 [671, 693]; ICJ [supra nota 20], p. 37; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 [2015], 403 [445 ss., 460, 464]; *Adam* [supra nota 8], p. 32; igualmente la jurisprudencia alemana, cfr. BGH, Res. de 21.12.2016, en NStZ 2017, 338 [„consideración valorativa en el caso concreto“]). Es decir, ello confirma la suposición de que por regla depende de la valoración del caso concreto. Entre los grupos de casos que muestran esa dependencia contextual puede mencionarse a: i) la *entrega de instrumentos del delito*, por ejemplo, la venta de armas o vehículos (donde ha de distinguirse entre mercancías

b) *Ámbito subjetivo*

En el ámbito subjetivo, el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte respecto del hecho principal¹⁷⁹, sin embargo, sin tener que conocer sus detalles¹⁸⁰, es decir, tampoco el hecho (o los hechos) individual(es) específico(s) que subyace(n) al hecho global de Derecho Penal Internacional¹⁸¹. Ese conocimiento positivo parece ser adecuado a la luz del principio de culpabilidad y además plausible desde una perspectiva probatoria. Pues en el caso de la macrocriminalidad propia del Derecho Penal Internacional, las empresas que realizan actividades en zonas de crisis no podrán invocar de manera creíble el desconocimiento de las intenciones o actividades criminales de sus socios, si se tiene en cuenta la extensa cobertura que actualmente poseen los modernos medios de

claramente relacionadas con el hecho, especialmente armas, y aquellas que poseen un doble uso [„dual use“]), ii) la *financiación de crímenes internacionales o de grupos de criminales*, lo cual se lleva a cabo, por ejemplo, por medio de la concesión de créditos a favor de regímenes criminales, cuyo aparato de poder colapsaría sin los aportes financieros, iii) *empresas multinacionales que cooperan con un régimen en la persecución de disidentes*, por ejemplo, ayudando a vigilar a sus empleados o efectuando (o dejando que se efectúe) otra clase de medidas coercitivas contra ellas en sus instalaciones (más detalladamente sobre esas constelaciones y mostrando con preguntas sobre ejemplos y casos concretos esa escasa capacidad de rendimiento v. *Ambos* [supra nota 1], p. 126 ss.).

¹⁷⁹ Así también *Schabas*, IRRC 83 (2001), 439 (450); *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (143); *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (647, 681, según el análisis de la jurisprudencia nacional); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (859, „awareness“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (882, 889); *Huisman/van Sliedrecht*, JICJ 8 (2010), 803 (822); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (462 ss., conocimiento „actual“, „relevant“); *Olson*, IntHumRightsLawJ, Vol. 1, número 1, Article 5, 1 (10 s., rechazando la exigencia de una intención); CDH, Principios Rectores (supra nota 138), principio 17 („a sabiendas“), *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (348 s., 352); sobre la „evidence of knowledge“ (supra nota 143), p. 21 ss.

¹⁸⁰ ICJ (supra nota 143), p. 21 (no es necesario un conocimiento del „full extent“ de los crímenes, bastando el conocimiento de „some abuses“ o „one of a group of crimes“); ICJ (supra nota 20), p. 21; *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (681, „not of the specific crime“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (882); *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (463 s.). Esto corresponde a las exigencias generales del tipo subjetivo de la complicidad, *Roxin* (supra nota 118 – AT), § 26 nm. 272 ss.; *Ambos/Bock*, en: Reed/Bohlander (eds.), *Participation in Crime, Domestic, Comparative and International Perspectives*, 2013, p. 334. Poco claro *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (853, „[...] has to know specifically [...]“).

¹⁸¹ Sin embargo, a favor de tal conocimiento de la „sub-offence“ *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939).

comunicación¹⁸². Si bien no se podrá inferir sin más el conocimiento de la mera presencia en una zona de crisis¹⁸³, esto se seguirá a menudo de la información disponible o podrá ser asumida como consecuencia del comportamiento pasado o de la posición de la empresa/de sus trabajadores¹⁸⁴. En última instancia, el conocimiento positivo podrá ser derivado con frecuencia del contexto comisivo del hecho.¹⁸⁵

Sin embargo, *menores exigencias subjetivas*, ya sea en la forma del dolo eventual o de la *recklessness*¹⁸⁶, llevarían a que las empresas y sus trabajadores estuvieran expuestos a un riesgo más alto de punibilidad en caso de operaciones realizadas en zonas de crisis, lo cual solo podría ser eludido mediante una investigación minuciosa de sus socios. No obstante, tales deberes activos de investigación se dejarían derivar posiblemente de los deberes intensificados de diligencia en materia de derechos humanos¹⁸⁷, sin embargo,

¹⁸² *Schabas*, IRRIC 83 (2001), 439 (450 s.); *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (654, „extremely unlikely that an economic actor does not have knowledge [...]“); no obstante, crít. *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 699 (716, „difficult to prove [...]“).

¹⁸³ Igualmente ICJ (supra nota 20), p. 23.

¹⁸⁴ Cfr. ICJ (supra nota 20), p. 23 s.

¹⁸⁵ Igualmente *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (462 s.).

¹⁸⁶ A favor ICJ (supra nota 143), p. 19 („[...] even though it may not have wanted the abuses to occur, undertook the course of conduct anyway“ = *dolus eventualis*), 20 ss. („should have known“, „foreseeability“, „wilful blindness“); *Thurner* (supra nota 5), p. 272 s., 276; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 160, 162.

¹⁸⁷ Esos deberes de diligencia en materia de derechos humanos („human rights due diligence“) pueden hallarse, por ejemplo, en el contexto de los denominados principios Ruggie. Según aquellos, las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una “evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas” CDH, Principios Rectores (supra nota 138), principio 17 así como principios 18–21; crít. sobre la falta de una distinción entre el Management de “business risks” y el “standard of conduct required to discharge any obligation” *Bonnitcha/McCorquodale*, Concept, EJIL 28 (2017), 899 (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de *Ruggie/Sherman*, Reply, EJIL 28 (2017), 921 ss. (923 ss.); réplica de *Bonnitcha/McCorquodale*, Rejoinder, EJIL 28 (2017), 899 (929 ss.). Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos *Cantú Rivera*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli (ed.), *The Future of Business and Human Rights, Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, 2018, p. 180 ss. A favor (pero sin una fundamentación adicional) *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (463, „due diligence responsibilities“, „active inquiries“).

ello requiere con seguridad de obligaciones „más intensas“ y más precisas para la fundamentación de una responsabilidad penal. La responsabilidad por omisión en cuestión – omisión de una investigación activa – requiere de una especial posición de deber que sea similar a una garantía por custodia de la respectiva empresa con respecto a los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro, pues solo entonces se puede fundamentar deberes o mandatos de actuación que vayan más allá de meras prohibiciones de comportamientos (*neminem laedere*)¹⁸⁸. Independientemente de esas consideraciones, desde una perspectiva jurídica general la aceptación de tales deberes de investigación tendría en todo caso consecuencias perjudiciales para la disposición a las inversiones.

Por otro lado, un *requisito de intención* adicional, como surge por ejemplo del Art. 25 (3) (c) ECPI („for the purpose of facilitating“; „en vue de facilitar“) parece dar lugar a una situación desproporcionadamente restringida,¹⁸⁹ dado que una empresa no persigue a menudo el objetivo de cooperar con crímenes internacionales, sino únicamente la maximización de las ganancias¹⁹⁰. Una reinterpretación cognitiva del requisito de intención, tal como se discute en el marco de la intención de destruir propia del crimen de genocidio,¹⁹¹ no puede ser fundamentada convincentemente en nuestro

¹⁸⁸ En el fondo se trata de los deberes de actuación para la fundamentación de la punibilidad por omisión, cfr. originalmente *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagrafen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 2^o ed. 1803, § 24 p. 24 s. con referencia a *Winkler*, De Crimine Omissionis, 1776 (exigiendo un „especial argumento jurídico“ que fundamente la „vinculación respecto a la comisión“); recientemente con una perspectiva de derecho comparado (respecto al derecho alemán, inglés y francés) *Schräggle*, Das begehungsgleiche Unterlassungs-delikt, Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen, 2017, p. 13 ss., 51 ss.; específicamente sobre el common law *Ashworth*, Positive Obligations in Criminal Law, 2013.

¹⁸⁹ Sin embargo, a favor la jurisprudencia de la ATS desde U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, cfr. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (414 ss., 427); a favor también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939 s.); explícitamente en contra *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (885 ss.), concluyendo que el requisito de intención no es exigido en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario (889); en contra también *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (823).

¹⁹⁰ Cfr. también *Ramasastri/Thompson*, 2006, p. 18 s.; *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925, „motivational remoteness“ como expresión de diferentes fines de un actor político y una empresa); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 162.

¹⁹¹ Cfr. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law Vol. II, 2014, p. 27 ss. con notas adicionales.

contexto.¹⁹² Sin embargo, viene en consideración una interpretación restrictiva consistente en que la intención – como consecuencia de la exigencia de un doble dolo en la participación – solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal; respecto a este rige el requisito del dolo que allí se encuentra previsto.¹⁹³ A favor de esa interpretación restrictiva habla también desde una perspectiva político-criminal-consecuencialista el hecho de que la exigencia de un componente doloso voluntativo se convertiría fácilmente en un obstáculo para la persecución.¹⁹⁴ Es decir, un comportamiento orientado a un objetivo solo existirá cuando la empresa se hace cómplice criminal de un régimen o de un actor no estatal en el sentido de la mencionada intervención con calidad de autoría, es decir, cuando actúa al mismo tiempo con „animus auctoris“¹⁹⁵. En tal sentido, con base en un estándar de dolo incrementado voluntativamente no habría sido posible la condena contra van Anraat, puesto que a éste seguramente le era indiferente si Saddam Hussein quería utilizar los componentes del gas mostaza que le fueron entregados para un asesinato masivo de su propia población civil o solo para el blanqueo de textiles.¹⁹⁶

Sin embargo, se puede recurrir a ese requisito voluntativo consistente en la persecución de un objetivo criminal de un modo complementario o alternativo. En el ámbito del derecho positivo surge una *combinación cognitiva-voluntativa* del estándar general de dolo del Art. 30 ECPI en conexión con las exigencias cognitivo-volitivas alternativas del Art. 25 párr. 3 (d) (i) y (ii) ECPI: o el partícipe es consciente de que su aporte incrementa el riesgo o él persigue por sí mismo el objetivo criminal. De acuerdo con ello, la persecución del objetivo criminal no tiene que existir de forma adicional (cumulativa), sino que basta con su concurrencia alternativa.

¹⁹² Sin embargo, a favor *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (862).

¹⁹³ Cfr. *Stewart*, An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute?, 21.1.2015, disponible en www.jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/ (14.11.2018); también *van Sliedregt/Popova*, Interpreting „For the Purpose of Facilitating“ in Article 25 (3) (c)?, 22.12.2014, disponible en www.jamesgstewart.com/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/ (14.11.2018); a favor *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statue), Art. 25 nm. 27 con nota 194 s.; a favor *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (349).

¹⁹⁴ Cfr. también *Ramasastri/Thompson*, 2006, p. 19 („too high a threshold“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (889, „unnecessarily onerous“, „difficult to prosecute“); *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939, „difficult to establish“), 944 (respecto al Art. 25 [3] [d]); *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (828, „too high a threshold“); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (438, „in most cases of corporate complicity [...] difficult to satisfy this criterion [intent]“; para una derivación – poco aceptable – del elemento voluntativo desde el conocimiento ICJ (supra nota 20), p. 22.

¹⁹⁵ Acertadamente *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (941).

¹⁹⁶ En realidad, el Tribunal de distrito de La Haya sostuvo que un estándar de dolo eventual/previsibilidad era suficiente, cfr. *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (807 s., 821).

Desde una perspectiva político criminal y de persecución estratégica habla a favor de una exigencia volitiva para el dolo la idea de una restricción de la persecución penal a los „most responsible“, pues por lo regular son estos quienes precisamente persiguen el fin de cometer el hecho principal y por eso –dejando de lado el acceso total a la empresa representada por ellos– deberían caer primordialmente en la mira de una persecución internacional¹⁹⁷. Quien (tampoco) no quiere cooperar con el hecho principal es „menos responsable“ („less responsible“) y por ello – en el marco de una justicia penal internacional estructuralmente sobrecargada – solo posee una importancia subordinada.

El enfoque – aquí defendido – primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención descarta en todo caso la reducción (adicional) de las exigencias del dolo, ya sea mediante la creación de un tipo de complicidad específico de Derecho Penal Económico con dolo eventual¹⁹⁸ o en general con un aporte objetivo al hecho de especial peso (aquí denominado como modelo de la compensación) – en cierto modo, como una inversión del incremento usual de las exigencias subjetivas para la compensación de un escaso aporte objetivo al hecho –.

III. Conclusiones

En el contexto del Derecho Penal Internacional Económico, la discusión acerca de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas se remite esencialmente a los enfoques ya conocidos del Derecho Penal Económico clásico, es decir, los denominados modelos de organización (responsabilidad colectiva de la persona jurídica) y de atribución (de imputación individual, derivada). En principio, y sin negar con ello la existencia de una cultura corporativa („corporate culture“), la fundamentación de esa responsabilidad con base en el modelo de organización debe quedar descartada si, sobre todo, se tiene en cuenta el hecho difícilmente refutable de que la empresa actúa a través de sus miembros, una circunstancia que, por cierto, no es ignorada por los defensores mismos de ese modelo. Por otro lado, el modelo de atribución también ha de enfrentar diversas dificultades, como, por ejemplo, el riesgo de una eventual acumulación de las responsabilidades del empleado (competente) y de la empresa. Otras cuestiones son la de la determinación del estatus del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad de ésta, frente a la cual se adopta aquí un modelo dual (es decir, referida a los directivos y a otros trabajadores de menor jerarquía) aunque con exigencias diversas en cada caso), así como de la eventual necesidad de identificación del delito y del trabajador, lo cual tendría que rechazarse si precisamente se pretende evitar problemas de comprobación („corporate veil“) y, además, hacer justicia a la organización defectuosa de la empresa.

Una fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el modelo de la atribución

¹⁹⁷ Al respecto ya las referencias en supra nota 112. Considerando a los „senior executives“ de Caterpillar como „most responsible“ *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (356).

¹⁹⁸ *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 108 ss.

lleva sin embargo a otras cuestiones, entre ellas, las relativas a las formas de intervención, en donde desde una perspectiva práctica cobra particular relevancia la complicidad. En primer lugar, viene en consideración en el ámbito objetivo la necesidad de un umbral mínimo de punibilidad que permita distinguir entre un acto de participación y las así denominadas “conductas neutrales”. Respecto a esta cuestión resulta relevante la “esencialidad” del aporte, cuyo límite mínimo ha de ser determinado, sin embargo, caso por caso y para lo cual podrían en principio ser de utilidad, entre otros, los criterios de la imputación objetiva. En segundo lugar, en el ámbito subjetivo se precisa la definición de un estándar que resulte adecuado y que, al mismo tiempo, no termine desincentivando por completo la necesaria actividad empresarial (respetuosa de la ley) ni obstaculizando la persecución penal. Ambas condiciones parecen ser cumplidas por un enfoque primariamente cognitivo (conocimiento positivo del cómplice respecto del efecto incrementador del riesgo que tiene su aporte respecto del hecho principal, sin conocimiento de los detalles del hecho) aunque complementado con una interpretación restrictiva de la intención (intención referida únicamente a la acción de complicidad y no al hecho principal).

De cualquier modo, más allá de la posibilidad de una fundamentación de la responsabilidad penal internacional de las empresas, la búsqueda de una *accountability* de las personas jurídicas mediante el recurso al Derecho Penal Internacional no ha de pasar por alto que otras circunstancias – como las menores perspectivas intimidatorias del Derecho Penal Internacional Económico en comparación con el Derecho Penal Económico clásico o los objetivos modestos del Derecho Penal Internacional – pueden servir justamente para evitar que se depositen expectativas demasiado altas en la consecución de ese cometido.

Der Fall Puigdemont – Oder: Warum eine katalanische Rebellion kein deutscher Hochverrat sein soll

Von Wissenschaftlicher Mitarbeiter **Sascha Holznagel**, Berlin

I. Einführung

Am 25.3.2018 wurde der ehemalige Präsident der katalanischen Autonomieregierung, Carles Puigdemont, auf einer Autobahnraststätte nahe Schleswig auf seiner Durchreise von Finnland nach Belgien von der deutschen Polizei festgenommen. Grundlage war ein Europäischer Haftbefehl des „Tribunal Supremo“, des Obersten Gerichtshofes in Madrid, dem höchsten ordentlichen Gericht in Spanien (vergleichbar mit dem deutschen Bundesgerichtshof). Der dort zuständige Richter, Pablo LLarena, beschuldigt in der Anklage Carles Puigdemont der Delikte „rebelión“ (Art. 472 Código Penal Español) und „malversación“ (Art. 432 ff. Código Penal Español). Durch Beschluss vom 5.4.2018, der gem. § 13 Abs. 1 S. 2 IRG unanfechtbar ist, ordnete das OLG Schleswig die Auslieferungshaft gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 IRG (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen) an, setzte deren Vollzug jedoch gem. § 25 Abs. 2 IRG i.V.m. § 116 Abs. 1 StPO gegen Auflagen aus. Die Begründung dafür: Zwar bestehe Fluchtgefahr, aber diese sei „deutlich herabgemildert“, denn es stehe fest, dass „wegen des schwerer wiegenden Vorwurfs der ‚Rebellion‘ eine Auslieferung nicht in Betracht kommt“¹, sie erweise sich „von vornherein als unzulässig“².

Dogmatisch gesprochen handelt sich hierbei um eine „Teilzulässigkeitsklärung“³: Liegen dem Auslieferungsersuchen mehrere Taten⁴ zugrunde, sind aber die Voraussetzungen für eine Auslieferung nur bezüglich einzelner dieser Taten gegeben, so darf die Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung auch nur bezüglich dieser Taten für zulässig erklärt werden.⁵ Die Konsequenz ist, dass der die Auslieferung ersuchende Staat, also Spanien, seine Strafverfolgung nach jener Maßgabe zu beschränken hat, also Puigdemont nicht wegen „Rebellion“ verfolgen und verurteilen darf.⁶ Dahinter steht der Grundsatz der Spezialität, wie er in § 11 Abs. 1 IRG gesetzlich verankert ist: Die auszuliefernde Person darf nur wegen der Tat bestraft werden, derentwegen die Auslieferung bewilligt wurde.⁷

¹ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1703).

² OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1700).

³ *Kubiciel*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), *Rechtshilfe-recht in Strafsachen*, 2015, § 3 IRG Rn. 30.

⁴ Der rechtshilferechtliche entspricht dem strafprozessualen Tatbegriff, siehe dazu: *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 25; *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Auflage 2012, § 3 IRG Rn. 6.

⁵ BGHSt 27, 168; *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 30; *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 20.

⁶ *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 30.

⁷ Vgl. dazu *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5. Auflage 2018, § 12 Rn. 23, 48. Gesetzlich findet sich der Grundsatz

Und genau hierin liegt die juristische wie politische Brisanz. Denn nicht nur mischt sich damit ein deutsches Gericht in die juristische Aufarbeitung einer innerpolitischen Angelegenheit eines anderen europäischen Mitgliedsstaates ein, im dortigen Verfahren droht nun auch das widersprüchliche Ergebnis, dass den Mitstreitern Puigdemonts, die sich der spanischen Strafverfolgung nicht entzogen, eine im Gegensatz zu ihrem politischen Führer erheblich höhere Strafe droht, da sie weiterhin wegen Rebellion angeklagt werden. Puigdemont hat sich damit durch seine Flucht einen Vorteil verschafft, einen Vorteil, dem ihm das OLG Schleswig zugesprochen hat. Ganz allgemein stellt sich die Frage, inwieweit sich eine solche Einmischung in die innerstaatlichen Angelegenheiten eines anderen Mitgliedsstaates mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verträgt, dessen Umsetzung dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl zugrunde liegt.⁸ Dass die Entscheidung des OLG Schleswig in Spanien nicht als Ausdruck der Anerkennung, sondern als Bevormundung aufgenommen wird,⁹ verstärkt sich dadurch, dass sich auch noch die deutsche Justizministerin zu dem Verfahren äußerte: „Die Entscheidung der Richter in Schleswig ist absolut richtig. Ich habe sie so erwartet.“¹⁰

Eine Entscheidung von solch politischer Tragweite muss sich im Rahmen des Gesetzes bewegen und überzeugend begründet sein. Und so wenig wie der zuständige Senat angesichts der politischen Brisanz um seine Entscheidungssituation zu beneiden war, so wenig kann seine Entscheidung unter juristischen Gesichtspunkten überzeugen: Weder hat er seinen Prüfungsmaßstab zutreffend bestimmt, noch den Prüfungsgegenstand zutreffend umschrieben, noch die Prüfung selbst zutreffend vorgenommen.

II. Verfahrensrechtliche Einordnung

Zunächst ist der Beschluss des OLG Schleswig verfahrensrechtlich einzuordnen. Der Europäische Haftbefehl ist zwar

der Spezialität u.a. in Art. 14 des Europäischen Auslieferungübereinkommen vom 13.12.1957 und in Art. 27 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl vom 13.6.2002.

⁸ Vgl. zum Grundsatz der gegenseitiger Anerkennung *Ambos* (Fn. 7), § 12 Rn. 46.

⁹ Siehe dazu die Stellungnahmen spanischer Politiker, <https://www.berliner-zeitung.de/politik/kritik-an-barley-aeusserung-spanien-nach-puigdemont-auftritt-empoeert-ueber-deutschland-29983524> (17.7.2018).

¹⁰ <http://www.sueddeutsche.de/politik/freilassung-des-separatistenfuhrers-dann-ist-puigdemont-ein-freier-mann-in-einem-freien-land--1.3934108> (17.7.2018).

gängige Praxis,¹¹ doch kaum jemals zuvor von derart viel öffentlichem Interesse begleitet worden. Wichtig vorab ist, dass es sich um eine Auslieferung an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union handelt, weshalb der Vorrang des Achten Teils des IRG zu beachten ist. Nach § 78 Abs. 1 IRG finden daher die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes nur Anwendung, soweit dieser Teil keine besonderen Regelungen enthält. Eine für das Verfahren wichtige, aber in der öffentlichen Debatte nicht Erwähnung findende Regelung, ist die des § 82 IRG, die unter anderem § 6 IRG für nicht anwendbar erklärt, der in Abs. 1 S. 1 die Auslieferung wegen einer politischen Tat oder wegen einer mit einer solchen zusammenhängenden Tat für nicht zulässig erklärt. Der Argumentation, Puigdemont werde mit der „Rebellion“ wegen einer politischen Straftat verfolgt und eine Auslieferung wäre allein deshalb unzulässig, ist damit jede Grundlage entzogen, was auch das OLG Schleswig erkennt.¹²

Bemerkenswert ist, dass der Senat seinem Beschluss eine Vorbemerkung voranstellt. Aufgrund der „erheblichen öffentlichen Aufmerksamkeit“ sieht er es als notwendig an, darauf hinzuweisen, dass „sich alle Verfahrensbeteiligten an das Gesetz gehalten und die ihnen durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben erfüllt“ hätten.¹³ Das ist deshalb bemerkenswert, weil weder ersichtlich ist, dass einer der Verfahrensbeteiligten eine entsprechende Verletzung gerügt hätte, noch, dass eine solche Verletzung in Betracht käme. Nachdem gem. § 19 Abs. 1 IRG die Polizei Puigdemont vorläufig festnahm, führte man ihn gem. § 22 Abs. 1 IRG unverzüglich dem Richter des nächsten Amtsgerichts vor, der ihn gem. Abs. 2 richterlich vernahm; eine Freilassung hätte er gem. Abs. 3 S. 1 nur im Falle einer Personenverwechslung anordnen dürfen,¹⁴ so war aber Puigdemont bis zur Entscheidung des OLG, dessen sachliche und örtliche Zuständigkeit sich nach den §§ 13, 14 IRG bestimmt,¹⁵ festzuhalten.

Nach dem Eingang des Auslieferungsersuchens, vorliegend der Europäische Haftbefehl im Sinne von § 83a IRG, konnte gegen Puigdemont gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 IRG die Auslieferungshaft angeordnet werden, wenn die Gefahr bestand, dass er sich dem Auslieferungsverfahren oder der Durchführung der Auslieferung entziehen werde. Das gilt jedoch nach Abs. 2 dann nicht, wenn „die Auslieferung von vornherein unzulässig erscheint“. Zulässig ist die Auslieferung gem. § 3 Abs. 1 IRG nur, wenn „die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinnge-

mäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre“.

Der Regelungsgehalt des § 3 Abs. 1 IRG ist Ausfluss des „Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit“¹⁶, welches nicht dem Individualschutz dient, sondern dem Völkerrecht entstammt: Ein Staat gewährt Rechtshilfe nur insoweit als er sie selbst beanspruchen könnte.¹⁷ Das Erfordernis dieses Merkmals ist umstritten,¹⁸ zwingend ist es selbst völkerrechtlich nicht, wie auch die Gesetzesbegründung zum IRG eingesteht.¹⁹ Das Merkmal findet sich auch in Art. 2 Abs. 4 RbEuHB (Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl): Die Übergabe der verfolgten Person kann „davon abhängig gemacht werden, dass die Handlungen, derentwegen der Europäische Haftbefehl ausgestellt wurde, eine Straftat nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats darstellen, unabhängig von den Tatbestandsmerkmalen oder der Bezeichnung der Straftat“. Allerdings ist nach Art. 2 Abs. 2 RbEuHB – auf den § 81 Nr. 4 IRG verweist – auf eine Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit bei Vorliegen einer der aufgeführten Katalogtaten zu verzichten.²⁰ Da eine solche Katalogtat jedenfalls in Bezug auf die Rebellion nicht einschlägig war,²¹ musste das OLG Schleswig die beiderseitige Strafbarkeit prüfen.

Die für den Beschluss maßgebliche Frage liegt hier: Ist das Verhalten Puigdemonts, welches nach Auffassung des spanischen Obersten Gerichtshof das Delikt der „rebelión“ gem. Art. 472 Código Penal erfüllt, nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat? Das OLG Schleswig verneint diese Frage und stützt eben hierauf seine in Bezug auf eine Auslieferung wegen „rebelión“ ablehnende Entscheidung. Dass es die beiderseitige Strafbarkeit überhaupt prüft, ist rechtlich nicht zu beanstanden, zweifelhaft ist jedoch, wie es die Prü-

¹¹ Vgl. dazu *Ambos* (Fn. 7), § 12 Rn. 70: Die Zahl an Europäischen Haftbefehlen ist von 6.894 im Jahre 2005 auf 16.144 im Jahre 2015 angestiegen.

¹² OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1703).

¹³ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1700).

¹⁴ In der Kommentarliteratur wird daneben auch der Fall „evident unberechtigter Verfolgung“ genannt, *Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Fn. 4), Einführung Rn. 55.

¹⁵ Die Zuweisung zum OLG erfolgt aufgrund der „Schwierigkeit der Materie und Tragweite der Entscheidung“, *Hackner* (Fn. 14), Einführung Rn. 58.

¹⁶ Vgl. allgemein dazu die Monografie *Zeidlers*, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht*, 2008, S. 61 ff.

¹⁷ Vgl. dazu *Zeidler* (Fn. 16), S. 46 ff.

¹⁸ *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 2.

¹⁹ BT-Drs. 9/1338, S. 36. Für eine Aufgabe dieses Merkmals: *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 2. Zurückhaltender: *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 24 „nicht per se rechtsstaatswidrig“.

²⁰ Kritisch zu dieser Durchbrechung *Ambos* (Fn. 7), § 12 Rn. 49 f., 57 f.

²¹ Für den Vorwurf der „malversación“ stellt der spanische Oberste Gerichtshof auf die Katalogtat der „Korruption“ nach Art. 2 Abs. 2 UAbs. 7 RbEuHB ab. Für diese Zuordnung nimmt das OLG Schleswig eine Schlüssigkeitsprüfung vor und kommt zu dem Ergebnis, dass die „Sachdarstellung im Europäischen Haftbefehl [...] nicht den Anforderungen des § 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG“ genüge, denn sie enthalte „keine zureichende Beschreibung der Umstände, unter welchen die Straftat begangen wurde mit einer hierzu notwendigen Konkretisierung des Tatvorwurfs, die einen zureichenden Rückschluss auf das dem Verfolgten vorgeworfene Geschehen ermöglicht“; deshalb bittet der Senat um die Übersendung ergänzender Informationen, OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1702 f.).

fung vornimmt und ob es von einem zutreffenden Prüfungsmaßstab ausging.

Was verlangt eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit konkret? Es geht dabei nicht um eine (vergleichende) Prüfung beider Strafrechtsordnungen,²² sondern zu prüfen ist lediglich, ob der im Auslieferungersuchen mitgeteilte Sachverhalt nach deutschem Recht strafbar wäre.²³ Den Sachverhaltsangaben ist dabei grundsätzlich zu vertrauen, d.h. es wird nicht geprüft, ob sich der mitgeteilte Sachverhalt so ereignet hat und beweisbar ist, ein hinreichender Tatverdacht muss nicht geprüft werden.²⁴ Die Angaben müssen lediglich schlüssig und so konkret sein, dass eine materiell-rechtliche Prüfung möglich ist; anderenfalls sieht § 30 IRG die Einholung ergänzender Unterlagen oder eine Beweiserhebung durch das OLG vor.²⁵ Das kann dann relevant werden, wenn der Straftatbestand des ersuchenden Staates weniger oder andere Merkmale voraussetzt und infolgedessen weniger oder für das deutsche Recht unerhebliche Umstände angegeben werden.²⁶ Der zugrunde zu legende Sachverhalt muss zwar den objektiven und subjektiven Tatbestand einer deutschen Strafnorm erfüllen, aber eine Identität mit dem Auslieferungersuchen zugrunde liegenden Tatbestand ist nicht erforderlich, vielmehr genügt es, dass die Tat irgendeinen deutschen Straftatbestand erfüllt.²⁷

Eine weitere Ergänzung nimmt § 3 Abs. 1 IRG vor: Es genügt, dass die Tat „bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts“ auch nach deutschem Recht eine solche Tat, also eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige wäre. Eine solch „sinn-gemäße Umstellung“ kann z.B. dadurch erfolgen, dass man gedanklich den Tatort nach Deutschland verlegen oder Täter bzw. Opfer die deutsche Staatsangehörigkeit verleihen

muss.²⁸ Allgemeiner formuliert *Lagodny*: „Eine ‚sinn-gemäße Umstellung‘ des Sachverhalts [...] ist immer dann notwendig, wenn der ausländische Sachverhalt Elemente aufweist, die in ihrer konkreten Ausgestaltung nur nach dem Straf-, Staats- oder sonstigen Recht des ersuchenden Staates auftreten oder entscheidungsrelevant sind.“²⁹

III. Der Beschluss des OLG Schleswig

1. Umstellung bzw. Neuerfindung des Sachverhalts

Unter diesen rechtlichen Maßgaben hatte das OLG Schleswig zu entscheiden. Zutreffend stellt es zunächst fest, dass es kein deutsches Gesetz gibt, dass die Beteiligung an einer Rebellion in Spanien unter Strafe stellt. Weil es an einem deutschen Straftatbestand „Rebellion im Königreich Spanien“ fehlt, muss das OLG Schleswig in seiner Prüfung andere, gesetzlich vorgegebene Wege beschreiten:³⁰

„Eine eventuelle Strafbarkeit nach deutschen Vorschriften kann daher nur geprüft werden, wenn der Sachverhalt ‚sinn-gemäß umgestellt‘ wird. Dabei reicht es nicht aus, dass es ‚ähnliche‘ Strafvorschriften im deutschen Recht gibt, die ‚im Kern vergleichbare‘ Tathandlungen unter Strafe stellen. ‚Sinn-gemäße Umstellung des Sachverhalts‘ bedeutet vielmehr, dass man den gesamten Fall so denken muss, als habe sich die Tat in Deutschland ereignet, als sei der Täter deutscher Staatsangehöriger und als seien an dem Vorgang deutsche Institutionen beteiligt gewesen.“

Dieser Absatz ist für die nachfolgende Begründung entscheidend, bestimmt er doch den Prüfungsmaßstab des OLG. Woher es diesen Maßstab gewinnt, belegt es ausschließlich mit einem eigenen Beschluss³¹ aus dem Jahr 2009 und einer Fundstelle aus einem Kommentar,³² den mit *Wolfgang Schomburg* ausgerechnet einer der Anwälte von Carles Puigdemont herausgibt. Der Prüfungsmaßstab ist damit nicht nur oberflächlich dargelegt und belegt, sondern darüber hinaus überaus streng, da „im Kern vergleichbare Handlungen“ nicht genügen sollen. Gerade aber *Lagodny* trifft in dem vom Beschluss herangezogenen Kommentar die Aussage, Identität beider Strafnormen sei nicht erforderlich, es genüge die Erfüllung irgendeines Tatbestands.³³ Und auch Art. 2 Abs. 4 RbEuHb sagt aus, die Strafbarkeit ist „unabhängig von den Tatbestandsmerkmalen oder der Bezeichnung der Straftat“. Mit der Feststellung des Senats, vergleichbare Handlungen genügten nicht, verträgt sich das nicht, sodass der Senat insoweit von einem zu strengen Prüfungsmaßstab ausgeht. Auf die für den Prüfungsmaßstab eigentlich entscheidende Frage geht er sogar überhaupt nicht ein: Wie intensiv ist die Erfüllung des deutschen Tatbestands zu prüfen? Gerade wenn er Merkmale enthält, deren Anforderungen umstritten sind oder die erst im Sinne restriktiver Auslegung hineingelesen wer-

²² *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 21.

²³ *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 25 f., der zudem die Auffassung des Gesetzgebers und der ihm folgenden Literatur, als Gegenstand von § 3 Abs. 1 IRG den „Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit“ zu sehen, vielmehr stelle die Norm den „Grundsatz hypothetischer Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungstaat“ auf (*Kubiciel* [Fn. 3], § 3 IRG Rn. 21); *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 5, 11.

²⁴ BT-Drs. 9/1338, S. 27, 36; *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 25; *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 4; *Zeidler* (Fn. 166), S. 65.

²⁵ *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 25; *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 4. Hiervon macht das OLG Schleswig in Bezug auf den Vorwurf der „malversación“ Gebrauch, OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1702 f.).

²⁶ *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 3.

²⁷ So die herrschende Ansicht: *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 26 (aber kritisch zum Genügenlassen „irgendeiner Strafnorm“); *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 13. Dafür spricht auch Art. 2 Abs. 4 RbEuHb, wonach dem Haftbefehl zugrundeliegenden Handlungen eine Straftat nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats darstellen müssen, „unabhängig von den Tatbestandsmerkmalen oder der Bezeichnung der Straftat“.

²⁸ *Kubiciel* (Fn. 3), § 3 IRG Rn. 26; *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 7. Ausführlicher dazu: *Zeidler* (Fn. 166), S. 74 ff.

²⁹ *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 7.

³⁰ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1700 f.).

³¹ OLG Schleswig, Beschl. v. 15.9.2009 – 1 Ausl(A) 23/09 (24/09).

³² *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 7, 8.

³³ *Lagodny* (Fn. 4), § 3 IRG Rn. 13.

den, ist doch fraglich, ob solche Gesichtspunkte für die Entscheidung berücksichtigt werden können. Denn es ist sich vor Augen zu führen: Zieht das OLG eine von deutschen Gerichten favorisierte restriktive Auslegung heran, dann oktroyiert es diese auch der fremden Rechtsordnung des ersuchenden Staates auf. Dass es dazu legitimiert wäre, sagt das Gesetz nicht. Und der BGH hat zur Frage des Prüfungsumfanges bzw. der Prüfungsintensität folgende Feststellung getroffen:³⁴

„Bei der Prüfung, ob der in dem ausländischen Urteil dargestellte Sachverhalt den Tatbestand einer deutschen Strafvorschrift erfüllt, dürfen nicht die gleichen strengen Maßstäbe angelegt werden, wie im Revisionsverfahren bei der Überprüfung des Urteils auf die Sachbeschwerde. Das würde nämlich den Besonderheiten des Auslieferungsrechts, in welchem unterschiedliche Rechtsordnungen aufeinander treffen, nicht genügend Rechnung tragen.“

Auf diese Problematik geht das OLG jedoch nicht ein, sondern scheint davon auszugehen, den deutschen Tatbestand in voller Intensität prüfen zu dürfen. Die daraus erwachsenden Schwierigkeiten für den Beschluss verschärfen sich dadurch, dass der Senat noch dazu den zu prüfenden Sachverhalt „umstellen“ will. Tatsächlich handelt es sich dabei nicht mehr um eine Umstellung, sondern um das Erfinden eines neuen, die Komplexität der Katalonien-Krise und der Ereignisse vom 1.10.2017 auf ein hohes Maß an Banalität vereinfachenden Sachverhalts:³⁵

„Der vorliegende Fall muss also so gedacht werden, als habe etwa der Ministerpräsident eines deutschen Bundeslandes die Absicht, sein Bundesland in die Unabhängigkeit zu führen und habe hierfür mit weiteren Regierungsmitgliedern ein Referendum vorbereitet, in dem die Bürger des Bundeslandes über die Unabhängigkeit abstimmen sollen. Weiter ist der Fall so zu denken, dass der Ministerpräsident sowohl davon weiß, dass das Bundesverfassungsgericht das beabsichtigte Referendum für verfassungswidrig erklärt hat, als auch aufgrund von Warnungen der Polizei damit rechnen muss, dass es am Wahltag zwischen den Bürgern und aus dem ganzen Bundesgebiet entsandten Polizeibeamten zu gewalttätigen Auseinandersetzungen kommen werde.“

Die Untauglichkeit der Umstellung sticht im Beschluss allein dadurch ins Auge, dass in ihm kein einziges Wort über den im Europäischen Haftbefehl durch das spanische Gericht mitgeteilten Sachverhalt enthalten ist. Hätte der Senat wirklich umstellen wollen, dann hätte er zunächst sagen müssen, welche Umstände des Originalsachverhalts genau umzustellen sind. Ohne einen Bezug auf das, was umgestellt werden muss, liegt keine Umstellung, sondern eine Neuerfindung vor. So hätte der Senat nicht einfach irgendeinen anonymen Ministerpräsidenten für den umgestellten Sachverhalt nehmen dürfen, sondern er hätte Puigdemont als deutschen Staatsbürger und im Amte eines Ministerpräsidenten eines deutschen Bundeslandes zugrunde legen müssen. Es fehlt im umgestellten Sachverhalt zudem jeder Bezug auf konkrete Pläne, Strategien und Ziele des Ministerpräsidenten und Angaben dazu, wie die Durchführung des Referendums in die

Unabhängigkeitsbestrebung einzuordnen ist, und welche Rolle ihm dabei zukommen sollte. Schließlich ist nur allgemein die Rede davon, dass es zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Polizei und Bürgern kommt, aber der umgestellte Sachverhalt enthält keine Angaben zu den Dimensionen dieser Auseinandersetzung: Wie viele Polizisten standen wie vielen Bürgern gegenüber? Welche Aufgaben verfolgte die Polizei um das Referendum zu verhindern und wie weit reichten dabei ihre Befugnisse? Gerade wenn das OLG Schleswig zum Ergebnis kommt, die vorhandenen Gewalttätigkeiten genügen nicht für die Schwelle der Gewalt nach dem deutschen Tatbestand, so ist es doch von herausragender Bedeutung, alle tatsächlichen Umstände der gewalttätigen Auseinandersetzung bei der Durchführung des Referendums zu erfassen. Daran fehlt es aber im vom OLG Schleswig konstruierten Sachverhalt, der alleinige Grundlage seiner rechtlichen Prüfung ist. Das Problem liegt darin, dass der Senat nicht nur mit deutschen Maßstäben den entsprechenden Tatbestand prüfen will, sondern sich den zu prüfenden Sachverhalt passend zu seiner Prüfung selbst gebastelt hat. Der Beschluss ist damit der Sache nach zirkulär.

2. Der Bestandshochverrat nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der Senat sieht als einen der spanischen Rebellion vergleichbaren Tatbestand den (Bestands-)Hochverrat gegen den Bund gem. § 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB an, der denjenigen unter Strafe stellt, der es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen. Nach § 92 Abs. 1 Var. 3 StGB beeinträchtigt den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, wer ein zu ihr gehörendes Gebiet abtrennt. Eine solche Gebietsabtrennung liegt vor, wenn ein zur Bundesrepublik gehöriges Gebiet einem anderen Staat angegliedert bzw. ein solcher Anschluss erzwungen wird oder sich das Gebiet als ein eigenständiger Staat konstituiert.³⁶ Das OLG Schleswig bejaht zutreffend diese Voraussetzung:³⁷ „Im Sinne der §§ 81, 92 StGB verfolgt ein Referendum mit dem Ziel, eine Region eines Gesamtstaats in die Unabhängigkeit zu führen, fraglos diesen Zweck.“

Dennoch sieht es den § 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB als nicht erfüllt an: Denn es fehle am Tatbestandsmerkmal der Gewalt. Zur Begründung greift es auf die Startbahn-West-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1983 zurück.³⁸ Darin hätte der BGH „bereits über einen nicht nur vergleichbaren, sondern in etlichen Einzelheiten sogar gleichen Fall zu entscheiden“ gehabt.³⁹ Schon im Ansatz dieses Vorgehens sind drei Umstände zu kritisieren: Erstens hätte das OLG abstrakt die Voraussetzungen für Gewalt i.S.v. § 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB benennen sollen und – da das deutsche Strafrecht (noch) nicht auf dem case law-Prinzip beruht – nicht nur auf eine höchstrichterliche Entscheidung zurückgreifen dürfen,

³⁴ BGHSt 27, 168 (173).

³⁵ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1701).

³⁶ Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 81 Rn. 10.

³⁷ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1701).

³⁸ BGHSt 32, 165 = BGH NJW 1984, 931–935.

³⁹ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1701).

die zudem unmittelbar nur die Anforderungen an Gewalt für § 105 StGB zum Gegenstand hat. Zweitens hätte der Senat seinen konkreten Sachverhalt prüfen müssen und nicht die Vergleichbarkeit zu einem anderen Sachverhalt unterstellen und sich damit begnügen dürfen, die rechtliche Bewertung in diesem anderen Fall darzulegen. So widmet er in seinem Beschluss der „Rebellion“ etwas mehr als fünf Seiten, die ersten zwei betreffen den Prüfungsmaßstab und die Umstellung des Sachverhalts, die anschließenden drei Seiten stellen ausschließlich die Startbahn-West-Entscheidung dar und lediglich auf der letzten Viertelseite erfolgt eine rechtliche Beurteilung des umgestellten Sachverhalts. Das ist eine mutige Schwerpunktsetzung. Schließlich ist drittens der Fall Puigdemont mit dem des Frankfurter Flughafens aufgrund eines entscheidenden Sachverhalts umstands nicht vergleichbar: In der Startbahn-West-Entscheidung war der Angeklagte tätig im Rahmen einer privaten Bürgerinitiative, im Gegensatz zu Puigdemont, der als gewählter Regionalregierungschef mit Hilfe seines Regierungsapparats die territoriale Integrität Spaniens angriff.

a) Die Startbahn-West-Entscheidung des BGH

Aber lässt man diese Kritik beiseite und betrachtet die vom Senat aufgeführte Startbahn-West-Entscheidung des BGH, dann lassen sich Argumentationstopoi finden, die im Fall Puigdemont für eine Erfüllung des Tatbestands des Hochverrats sprechen. Zunächst einmal muss Klarheit darüber hergestellt werden, warum der Gewaltbegriff bei der Nötigung von Verfassungsorganen gem. § 105 StGB und beim Hochverrat gem. § 81 StGB gleich sein soll: Nach Ansicht des BGH sind die jeweils geschützten Rechtsgüter eng miteinander verwandt. Hochverrat liege vor, wenn das betreffende Verfassungsorgan vollständig, wenn auch nur vorübergehend aufgehoben sei. Eine Nötigung eines Verfassungsorgans bestehe, wenn dessen freie Entscheidungsmöglichkeit im Einzelfall ausgeschaltet werden solle.⁴⁰ Für den Tatbestand des § 105 StGB reiche es nicht aus, dass der Täter irgendeine mit körperlichen Einwirkungen verbundene Gewalt androhe oder Gewalt anwende, um das Verfassungsorgan zu dem erstrebten Handeln zu veranlassen. Die Schwelle zur Annahme von Gewalt gegenüber einem kollegialen Verfassungsorgan sei höher als in dem Individualrechtsschutz dienenden Strafbestimmungen anzusetzen. Wolle der Täter ein Verfassungsorgan dadurch nötigen, dass er Gewalt nicht unmittelbar gegenüber diesem, sondern gegenüber Dritten und Sachen ausübe, so sei sie nur dann tatbestandsmäßig, wenn der hiervon auf das Verfassungsorgan ausgehende „Druck unter Berücksichtigung sämtlicher die Nötigungslage kennzeichnender Umstände geeignet erscheint, den dem Täterverlangen entgegenstehenden Willen des Verfassungsorgans zu beugen“.⁴¹ Wann ist nun von einer solchen „Willensbeugungsgeeignetheit“ auszugehen und wann noch nicht? Diese Frage darf nach dem BGH nicht nur nach den jeweiligen tatsächlichen Gegebenheiten beantwortet werden. Es genüge etwa nicht, wenn die „amtierende Regierung [dem] Druck ohnehin keinen ange-

messenen Widerstand entgegengesetzt oder den gebotenen Widerstand aufgibt, weil ihr das Nötigungsziel relativ belanglos erscheint“. Maßgebend sei vielmehr „eine die Pflichtenstellung des Verfassungsorgans einbeziehende Bewertung der Zwangseignung“. Die Eignung des Nötigungsmittels, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren, sei „nicht nur faktische, sondern normative Tatbestandsvoraussetzung“; sie entfalle, wenn „von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, daß er der Bedrohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“.⁴² Auf dieser Grundlage kommt der BGH zum abschließenden Ergebnis:⁴³

„Die Zwangswirkung der Gewalt oder der Drohung mit Gewalt entfalle daher, wenn und soweit von den in § 105 StGB genannten Verfassungsorganen aufgrund ihrer besonderen Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit erwartet werden kann und muß, daß sie auch im Rahmen heftiger politischer Auseinandersetzungen Drucksituationen standhalten. Soll die Regierung eines Landes durch Gewalttätigkeiten gegen Dritte oder Sachen zur Erfüllung bestimmter politischer Forderungen genötigt werden, so sind diese Ausschreitungen somit nur dann Gewalt i.S.d. § 105 StGB, wenn der von ihnen ausgehende Druck einen solchen Grad erreicht, daß sich eine verantwortungsbewußte Regierung zur Kapitulation vor der Forderung der Gewalttäter gezwungen sehen kann, um schwerwiegende Schäden für das Gemeinwesen oder einzelne Bürger abzuwenden.“

b) Die Verneinung der erforderlichen Zwangswirkung durch das OLG Schleswig

Diese Auslegung durch den BGH hat in der Literatur durchweg Zustimmung erfahren.⁴⁴ Der Beschluss des OLG Schleswig erfüllt nun aber die vom BGH aufgestellten Anforderungen zur Prüfung einer Zwangswirkung aufgrund von Gewalt allein deshalb nicht, weil es dem Beschluss an der erforderlichen „Berücksichtigung sämtlicher die Nötigungslage kennzeichnender Umstände“ fehlt. Der vom Senat „umgestellte“ Sachverhalt banalisiert die Katalonien-Krise auf ein prüfungsuntaugliches Maß. Trotzdem bemüht sich das OLG Schleswig um eine Begründung:⁴⁵

„Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so wäre zunächst festzustellen, dass dem Verfolgten als Initiator und Verfechter der Umsetzung des Referendums zwar die am Wahltag stattgefundenen Gewalttätigkeiten zuzurechnen wären. Diese wären aber nach Art, Umfang und Wirkung jedenfalls nicht bedeutsamer als die damaligen

⁴² BGH NJW 1984, 931 (933).

⁴³ BGH NJW 1984, 931 (933).

⁴⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 81 Rn. 6a; Lampe/Hegmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 81 Rn. 5; Laufhütte/Kuschel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 81 Rn. 14; Paeffgen (Fn. 366), § 81 Rn. 18; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 81 Rn. 4.

⁴⁵ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1702).

⁴⁰ BGH NJW 1984, 931 (932).

⁴¹ BGH NJW 1984, 931 (932).

Ausschreitungen in Frankfurt anzusehen. Sie wären – wie auch der Lauf der Geschichte zeigt – nicht geeignet gewesen, die Regierung derart unter Druck zu setzen, dass sie sich ‚zur Kapitulation vor der Forderung der Gewalttäter‘ gezwungen gesehen hätte. Anders als dies nach spanischem Recht möglicherweise gesehen werden könnte, wäre in Deutschland die mit jeder größeren Ansammlung von Menschen einhergehende ‚Macht der Menge‘ allein nicht geeignet, das von § 81 StGB geforderte erhöhte Gewaltniveau zu erreichen. Mangels gegenseitiger Strafbarkeit kommt daher eine Auslieferung wegen des Vorwurfs der ‚Rebellion‘ daher von vornherein nicht in Betracht.“

Das ist alles, was das OLG Schleswig zur Begründung seiner Ablehnung einer gegenseitigen Strafbarkeit in Bezug auf den Vorwurf der „Rebellion“ vorträgt. Die Puigdemont und seiner Regierung zuzurechnenden Gewalttätigkeiten beim Referendum 2017 wären nicht bedeutsamer als die Ausschreitungen am Frankfurter Flughafen im Jahre 1981, sie wären nicht geeignet gewesen, die spanische Zentralregierung zur Kapitulation zu zwingen, die Macht der Menge würde nicht genügen. Erstens sind das keine Begründungen, sondern nur nicht begründete Behauptungen. Zweitens mangelt es selbst diesen Behauptungen an juristischer Substanz und Signifikanz. Das OLG Schleswig war berufen den Fall Puigdemont zu prüfen, nicht den Fall Frankfurter Flughafen zu referieren. Es prüft überhaupt nicht seinen eigenen, umgestellten Sachverhalt. Hätte es eine solche Prüfung vorgenommen, dann hätte es sich etwa dazu äußern müssen, warum eine privat organisierte Demonstration mit einem von einem Ministerpräsidenten initiierten, verfassungswidrigen Abspaltungsreferendum vergleichbar sein sollte. Die Geeignetheit der Zwangswirkung mit einem Hinweis auf den Lauf der Geschichte zu verneinen, zeigt, dass das OLG Schleswig Telos und Deliktsstruktur des Hochverrats verkennt. Geschütztes Rechtsgut ist die Existenz des Staates, es geht um dessen territoriale Integrität.⁴⁶ Der Deliktsstruktur nach ist die Norm ein Unternehmensdelikt im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB, die Tathandlung besteht also im Unternehmen, den geforderten Unrechtserfolg herbeizuführen, ohne dass der Erfolg eintreten müsste, Versuch und Vollendung sind damit gleichgesetzt.⁴⁷ Der Gedanke dahinter: Der vollendete „Verrat“ wird keinen Richter mehr finden, denn im neuen System gilt das alte, dessen Existenz schützende Recht nicht fort.⁴⁸ Nach Auffassung des OLG Schleswig würde der Tatbestand erst greifen, wenn es ohnehin zu spät ist: Ist der Hochverrat bzw. die Rebellion erfolgreich, kapituliert das System, welches die Verräter verraten bzw. gegen das die Rebellen rebellieren, dann sind deren Taten keine Straftaten mehr, sondern die Taten, die ein neues System begründeten. Wäre der Lauf der Geschichte also ein anderer gewesen, hätte also Puigde-

mont die Unabhängigkeit Kataloniens erreicht, dann wäre er auch nicht mehr der spanischen Strafgewalt unterlegen.

IV. Warum Puigdemont doch Hochverrat begangen hat

Nimmt man die vom BGH aufgestellten Anforderungen ernst und prüft, ob die sich am 1.10.2017 eskalierten Ereignisse der Katalonien-Krise diese Anforderungen erfüllen, so zeigt sich, dass selbst nach der restriktiv-deutschen Auslegung⁴⁹ der Tatbestand des Hochverrats nach § 81 StGB erfüllt ist. Die entscheidende Prüfungsfrage lautet: Haben die im Rahmen der Durchführung des verfassungswidrigen Referendums begangenen Gewalttätigkeiten einen solchen Grad an Druck erreicht, dass sich eine verantwortungsbewusste spanische Regierung zur Kapitulation vor der Forderung der katalanischen Unabhängigkeitsbewegung gezwungen sehen konnte, um schwerwiegende Schäden für das Gemeinwesen oder einzelne Bürger abzuwenden? Erschien also der Druck unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände geeignet, sich dem Verlangen Puigdemonts zu beugen? Wer die Frage so stellt, der muss beantworten, auf welche Forderung bzw. welches Verlangen abzustellen ist. Es kommen dafür zwei Möglichkeiten in Betracht: entweder die generelle Unabhängigkeit Kataloniens oder nur die konkrete Durchführung des Referendums in Vorbereitung der Unabhängigkeit. Wer die Chronologie der Katalonien-Krise berücksichtigt, der darf auf die erste nicht rekurren, denn bei den Ereignissen vom 1.10.2017 ging es Puigdemont nicht um die Unabhängigkeit Kataloniens, sondern nur um einen vorbereitenden Schritt in einem langwierigen Unabhängigkeitsprozess. Am 1. Oktober selbst ging es nur um die Durchführung eines Referendums über die Unabhängigkeit. Die Menschenmassen wurden im Hinblick auf die Durchsetzung dieses Referendums mobilisiert, indem sie einfach nur daran teilnahmen, aber auch indem sie die spanische Zentralregierung, konkret die von ihr eingesetzten Polizisten daran hinderten, Maßnahmen zur Unterbindung des Referendums zu vollziehen, Wahllokale zu schließen, Wahlunterlagen zu beschlagnahmen etc. Stellt man also nur auf das Referendum ab und fragt weiter, ob sich die spanische Zentralregierung dem „Druck der Menge“ beugen musste, dann kann die Antwort – „wie auch der Lauf der Geschichte zeigt“ – nur positiv ausfallen: Das Referendum konnte die Zentralregierung nicht verhindern und musste sich dem Druck der Masse auf der Straße beugen, die von Puigdemont und seinen Anhängern genau zu diesem Zweck mobilisiert wurden. Die entsandten 6.000 Polizisten, die Wahllokale schließen und Unterlagen beschlagnahmen sollten, konnten gegen die Masse von 600.000 Menschen ihre Einsatzaufgabe nicht erfüllen. Hätte die spanische Zentralregierung an ihrem Willen, das verfassungswidrige Referendum mit allen Mitteln zu unterbinden, ernsthaft festgehalten, dann hätte sie mehr Polizeikräfte mit weiterreichenden Einsatzbefugnissen entsenden müssen. Die Folgen eines solchen Einsatzes wären vorhersehbar gewesen: Mehr Konfrontation mit den Men-

⁴⁶ Lampe/Hegmann (Fn. 444), § 81 Rn. 1; Paeffgen (Fn. 36), § 81 Rn. 2.

⁴⁷ Fischer (Fn. 44), § 81 Rn. 2; Lampe/Hegmann (Fn. 444), § 81 Rn. 3; Laufhütte/Kuschel (Fn. 44), § 81 Rn. 1; Sternberg-Lieben (Fn. 44), § 81 Rn. 3.

⁴⁸ Lampe/Hegmann (Fn. 444), § 81 Rn. 3.

⁴⁹ Eine andere, hier nicht weiter zu vertiefende Frage ist, ob die „strengen“ deutschen Maßstäbe diese im vorliegenden internationalen Rechtshilfverfahren überhaupt zugrunde gelegt werden sollte.

schen auf der Straße, mehr Gewalt, mehr Verletzungen, mehr Sachbeschädigungen, mehr Kosten etc. Dass sie davon abgesehen hat, entspringt gerade einem Verantwortungsbewusstsein vor der Gesellschaft. Dass andererseits von ihr nicht erwartet werden durfte, dem Druck „in besonnener Selbstbehauptung“ standzuhalten, den Ereignissen tatenlos zuzusehen, versteht sich aus einem staatsrechtlichen Blickwinkel von selbst: Der Staat, der seinen eigenen territorialen Zerfall zulässt, hört auf, ein Staat zu sein. Wer das im konkreten Verfahren anders sehen will, der muss die Gründe klar vortragen und sich der konkret-tatsächlichen Konsequenzen daraus bewusst sein: Dann würde ein deutsches OLG dem spanischen Staat vorschreiben, wie es mit Separatisten in seinem Land umzugehen hat, nämlich in selbstzerstörerischer Besonnenheit zur Tatenlosigkeit verdammt zu sein. Dass das OLG Schleswig unausgesprochen, aber faktisch getan hat, sollte aber mit aller Deutlichkeit klargestellt werden.

Und noch eine Besonderheit im Falle Puigdemont ist zu ergänzen: Wer die Entscheidung des OLG Schleswig und die dafür relevante Rechtsprechung und Kommentarliteratur zur Kenntnis nimmt, dem fällt auf, dass in die deutsche Betrachtung nur die Fälle einbezogen sind, bei denen die Gewalt gegen Staatsorgane von Privatpersonen ausgeht.⁵⁰ Außen vor bleiben solche Fälle, in denen Staatsorgane gegeneinander Gewalt verüben, wenn der Verrat am Staat von einem Teil des Staates selber ausgeht. Diese Nichtberücksichtigung ist durchaus bemerkenswert, betrachtet man die historische Signifikanz von Militärputschen und anderen Staatsumbrüchen. Eine solche Konstellation der Gewaltausübung von Staatsorganen untereinander liegt aber dem Fall Puigdemont zugrunde, der sich als Regionalregierungschef gegen die Verfassung seines Gesamtstaates erhob. Dass das OLG Schleswig diesen Aspekt nicht ansatzweise erkennt, kommt bereits in dessen ungewöhnlicher wie überflüssiger Vorbemerkung zum Ausdruck, in welcher euphemistisch „von einer gewissen zeitgeschichtlichen Bedeutung der Person des Verfolgten“⁵¹ gesprochen wird. Wenn der Senat ernsthaft von einer nur „gewissen zeitgeschichtlichen Bedeutung“ Puigdemonts ausgeht, dann gibt er zu erkennen, dass er die Bedeutung des Falles auf Sachverhaltsebene nicht erfasst hat. Das bestätigt sich dann in seiner rechtlichen Bewertung des Falles, bei welcher die Funktion desjenigen, der gegen den Staat rebelliert bzw. Hochverrat begeht, überhaupt keine Rolle spielt. Ein Ministerpräsident, der sich gegen die Verfassung stellt, der ein Gebiet von der Bundesrepublik abspalten und darüber ein Referendum abhalten will, der zu diesen Zwecken hunderttausende von Menschen mobilisiert und seinen Regierungsapparat instrumentalisiert, der dabei gewalttätige Auseinandersetzungen in Kauf nimmt, der darauf hofft, die Bundesregierung werde tatenlos sein Vorgehen dulden und vor dem Druck der Masse kapitulieren, einen solchen Ministerpräsidenten kann man nicht ohne weiteres mit dem Vorsit-

zenden einer privaten Bürgerinitiative gleichsetzen, der einige zehntausende Menschen zur Demonstration gegen eine Flughafenerweiterung mobilisiert. Die für die deutsche Strafrechtsdogmatik interessante und nicht gestellte Frage ist, ob die restriktive Auslegung des Gewaltmerkmals bei Staatsschutzdelikten nicht eine Aufweichung erfahren muss, wenn die Gewalt von Personen ausgeht, die selbst Staatsgewalt in der Hand halten.

V. Ausblick

Der Knackpunkt im Fall Puigdemont ist der Grundsatz der Spezialität, der zur Folge hat, dass der spanischen Strafverfolgung die Verurteilungsmöglichkeit wegen Rebellion versperrt ist. Es gibt jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz: zum einen den Verzicht Puigdemonts nach Art. 27 Abs. 3 lit. e RbEuHb, zum anderen das Vorgehen nach Art. 27 Abs. 3 lit. a RbEuHb. Würde Puigdemont Spanien übergeben und verlasse er nach endgültigem Verfahrensabschluss entweder dessen Hoheitsgebiet nicht innerhalb von 45 Tagen⁵² oder würde er nach Verlassen dorthin zurückkehren, so könnte ihn Spanien wieder wegen „rebelión“ strafrechtlich verfolgen.⁵³ Die einfachste Möglichkeit besteht aber darin, auf eine Auslieferung Puigdemonts zu verzichten. Und davon hat die spanische Strafverfolgung tatsächlich Gebrauch gemacht.⁵⁴ Das ist zwar nicht Sinn des europäischen Übergabeverfahrens, aber faktisch die einzig verbleibende Möglichkeit, das Strafverfahren in der Weise durchzuführen, wie es das spanische Recht vorsieht. Der Vorteil hieran: Im Moment von Puigdemonts freiwilliger Rückkehr könnte ihn die spanische Strafverfolgung eigenhändig festnehmen. In gewisser Weise läge in dieser Drohung die politische Lösung eines politischen Konflikts. Gäbe es ein schlimmeres Übel für einen überzeugten Nationalisten, als den Rest seines Lebens seiner Nation den Rücken kehren zu müssen?

VI. Abschlussbemerkung

Es ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes darüber zu urteilen, inwieweit ein Strafverfahren sinnvoll sein kann, einen politischen Konflikt zu lösen. Das ist auch nicht Aufgabe deutscher PolitikerInnen und schon gar nicht deutscher RichterInnen. Beantwortet ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union diese Frage für sich positiv und hält sich dabei an die nationalen und europäischen rechtlichen Vorgaben, dann ist seine Entscheidung zu respektieren und ihm Rechtshilfe zu erweisen, sollen die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens nicht zu leeren Versprechen verkommen. Der Beschluss des OLG Schleswig ist insoweit kein Ruhmesblatt deutscher Justizgeschichte.

⁵⁰ Vgl. etwa *Lampe/Hegmann* (Fn. 44), § 81 Rn. 5, 8, die nur die Fälle von politischer Agitation und von Massen-/Generalstreiks diskutieren. Siehe auch die Beispiele bei *Paeffgen* (Fn. 36), § 81 Rn. 19 f.

⁵¹ OLG Schleswig NJW 2018, 1699 (1700).

⁵² § 11 Abs. 2 Nr. 2 IRG sieht sogar nur eine Monatsfrist vor.

⁵³ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelung in § 11 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 IRG übernommen.

⁵⁴ <http://www.spiegel.de/politik/ausland/carles-puigdemont-spanien-zieht-internationalen-haftbefehl-zurueck-a-1219232.html> (11.12.2018).

Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?

Von Wiss. Mitarbeiterin **Rita Vavra**, LL.M. (Columbia), Berlin

I. Einleitung

Die Reform des § 177 StGB im Jahr 2016 erweckte großes gesellschaftliches, mediales und wissenschaftliches Interesse. Insbesondere nach den Ereignissen in der Silvesternacht 2015/2016 in Köln und anderen deutschen Städten¹ wurde auch öffentlich über die Reichweite der Sexualdelikte und die Rolle des Strafrechts auf dem Gebiet der Sexualität diskutiert. Ihren (vorläufigen) Abschluss fand die Diskussion in der Neufassung des § 177 StGB.² Seit der Reform ist nun das sogenannte „Nein heißt Nein“-Modell Gesetz: Es macht sich gem. § 177 Abs. 1 StGB strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Mit der grundlegenden Neukonzeption des § 177 StGB wurde das Ziel einer stärkeren Beachtung des sexuellen Willens des Opfers erreicht.

1. Ein neues Problemfeld: Sexuelle Täuschungen

Insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird die Diskussion um den strafrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung allerdings bereits weitergeführt und konzentriert sich zunehmend auf die Frage, ob auch sexuelle Handlungen, denen eine Person nur aufgrund einer vorsätzlichen Täuschung zugestimmt hat, strafbar sein sollten. Im Vereinigten Königreich ist eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen unter dem Sexual Offences Act 2003 bereits möglich.³ In den Vereinigten Staaten ist die wissenschaftliche Diskussion über die Strafbarkeit erschlichener sexueller Handlungen dagegen noch im Gange.⁴ Internationale Be-

kanntheit erreichte zudem der israelische Fall *Kashur v. State of Israel*⁵, in dem ein verheirateter arabischer Mann sich gegenüber einer jüdischen Frau als alleinstehender Jude ausgab, der an einer Beziehung mit der Frau interessiert sei.⁶ Aufgrund dieser Täuschung kam es zwischen den beiden Personen zu sexuellen Handlungen. *Kashur* wurde vom Jerusalem District Court wegen Vergewaltigung verurteilt, da die Zustimmung zu den sexuellen Handlungen durch eine Täuschung erwirkt worden und deshalb unwirksam sei.⁷

Auch das deutsche Strafrecht beinhaltet einst eine Strafnorm für sexuelle Täuschungen: § 179 RStGB bestrafte die Erschleichung des außerehelichen Beischlafs durch einen Täter, der eine Frau zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitete, dass er eine Trauung vorspiegelte oder einen anderen Irrtum in ihr erregte oder benutzte, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt.⁸ Das Schutzgut der Vorschrift war die „weibliche Geschlechtsehre“.⁹ In der Praxis blieb § 179 RStGB aber unbedeutend und die Norm wurde durch das 1. StRG vom 25.6.1969 aufgehoben.¹⁰ Eine Wiedereinführung der Strafbarkeit wurde in der Folge nicht mehr ernsthaft erwogen. Auch im Rahmen der Reformdiskussion zur Neufassung des § 177 StGB wurde die Möglichkeit einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen nur am Rande thematisiert¹¹ oder als Warnung vor einer zu ausschweifenden und moralisierenden Strafbarkeit sexueller Handlungen erwähnt.¹²

Ausgehend vom Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ist die Straflosigkeit sexueller Täuschungen aber keinesfalls offensichtlich: Wahrhaft selbstbestimmtes bzw. autonomes Handeln, auch in Fragen der Sexualität, setzt – neben der Willensbildungsfähigkeit der Person und der Abwesenheit von willensbeugendem Zwang – voraus, dass die betroffene Person über die für ihre Willensentscheidung

¹ Siehe zu den Geschehnissen exemplarisch <http://www.sueddeutsche.de/politik/uebergrieffe-in-koeln-frauen-wurden-opfer-von-silvester-gewalt-1.3072064> (25.7.2018).

² Vgl. Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

³ Vgl. die unwiderlegliche Vermutung für das Fehlen von consent für Fälle, in denen der Täter das Opfer hinsichtlich der Natur oder des Zwecks der (sexuellen) Handlung täuscht oder sich als eine Person ausgibt, die dem Opfer persönlich bekannt ist, in Section 76 Sexual Offences Act 2003. Section 76 ist nicht abschließend: Consent gemäß Section 74 kann auch aufgrund anderer Täuschungen fehlen. Fälle sexueller Täuschungen werden auch in der Praxis strafrechtlich verfolgt: vgl. zu einer (angeblichen) Täuschung hinsichtlich des Geschlechts den Fall *Barker*, dargestellt in *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (13) und die Fälle bei *Sharpe*, *Crim. L. R.* 2014, 207.

⁴ Siehe exemplarisch *Green*, in: *Sarat* (Hrsg.), *Law and Lies. Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, S. 194; *Rubinfeld*, *Yale L. J.* 122 (2013), 1372; *Dougherty*, *Ethics* 123 2013, 717. Eine explizite Strafbarkeit

für erschlichene Sexualkontakte besteht in den Bundesstaaten Idaho und Tennessee (siehe *Green*, a.a.O., S. 194 [200]).

⁵ District Court of Jerusalem, Urt. v. 19.7.2010 – *CrimA 5734/10 (Kashur v. State of Israel)*, zitiert nach *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1.

⁶ Vgl. *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (15). Es ist allerdings fraglich, ob der im Urteil dargestellte Sachverhalt der tatsächliche Lebenssachverhalt war oder nur das Resultat eines *plea bargains* (vgl. 19 f.).

⁷ Vgl. *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (15 f.).

⁸ Vgl. § 179 RStGB in der Fassung des RGStB von 1871, *Deutsches Reichsgesetzblatt*, Bd. 1871, Nr. 24, S. 127 ff.

⁹ *Brüggemann*, *Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB*, 2013, S. 238.

¹⁰ Vgl. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG) vom 25.6.1969, BGBl. I 1969, S. 645, 654; *Brüggemann* (Fn. 9), S. 239, 247.

¹¹ Vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (880 f.).

¹² Vgl. *Fischer*, *Zeit v.* 28.6.2016, abrufbar unter <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht> (25.7.2018).

entscheidenden Informationen verfügt.¹³ Wird eine Person über grundlegende Bedingungen für ihr Handeln getäuscht, so könnte sich ihre Entscheidung nicht mehr als selbstbestimmt darstellen. Dass die Erschleichung einer Zustimmung zu sexuellen Handlungen einen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht darstellen kann, wird dabei vom deutschen Recht bereits in der – wenig beachteten – deliktsrechtlichen Norm des § 825 BGB anerkannt.¹⁴

2. Praktische Relevanz

Praktische Relevanz erhält die Problematik zudem dadurch, dass eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen bereits jetzt vom Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB erfasst sein könnte. Macht ein Sexualpartner seinen Willen, einem Sexualkontakt nur unter einer bestimmten Bedingung (z.B. der Benutzung eines Kondoms) zustimmen zu wollen, deutlich, und wird er über diese Bedingung getäuscht (der Sexualpartner hat nicht vor, ein Kondom zu benutzen, und tut dies auch nicht), so liegt ein objektiv¹⁵ erkennbar entgegenstehender Wille hinsichtlich des Sexualkontakts unter diesen Umständen vor.

Auch wenn eine entsprechende Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB vom Gesetzgeber (wohl?) nicht beabsichtigt wurde,¹⁶ könnten sich die Strafverfolgungsbehörden in Zukunft mit Fragen sexueller Täuschungen konfrontiert sehen. Nicht nur deshalb lohnt es sich, der Frage nachzugehen, wie das Strafrecht mit sexuellen Handlungen, denen nur aufgrund einer Täuschung zugestimmt wurde, umgehen sollte. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Schutz des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung eine Strafbarkeit auch von (bestimmten) Täuschungen verlangt. Dieser Artikel möchte der Problematik auf konzeptuelle Weise nachgehen und dabei insbesondere erörtern, ob Täuschungen grundsätzlich einen strafwürdigen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung

darstellen und ob entsprechende Eingriffe auch strafrechtlich geahndet werden sollten.

II. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht und Täuschungen

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist das Schutzgut des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs, welcher seit dem 4. StRG vom 23.11.1973¹⁷ die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ trägt. Durch die neue Abschnittsüberschrift stellte der Gesetzgeber klar, dass nunmehr nicht mehr die Erhaltung der allgemeinen Sittlichkeit, sondern die sexuelle Selbstbestimmung, das Schutzzanliegen des Sexualstrafrechts sein sollte.¹⁸ Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ist auch das Schutzzanliegen des § 177 StGB.¹⁹

1. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht

Schon der Begriff „sexuelle Selbstbestimmung“ macht deutlich, dass es sich um eine bestimmte Form der menschlichen Selbstbestimmung handelt – nämlich um die Selbstbestimmung gerade auf dem Gebiet der eigenen Sexualität. Die sexuelle Selbstbestimmung bezeichnet „die Möglichkeit, sich sexuell frei und unabhängig zu entfalten und sexuelle Beziehungen selbstständig und eigenverantwortlich zu gestalten, ohne Zwang und Determination“.²⁰ Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht umfasst sowohl die positive als auch die negative Sexualfreiheit,²¹ wobei für das Strafrecht die abwehrrechtliche Dimension entscheidend ist.²² Das Strafrecht soll Personen mithin vor sexueller Fremdbestimmung schützen²³ und ihr Recht, *selbst* über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie über den Partner sexueller Handlungen nach eigenem Willen entscheiden zu können,²⁴ absichern. Geschützt ist auch der Wille, gar keine sexuellen Handlungen zu wünschen.²⁵

¹³ Vgl. Archard, Sexual Consent, 1998, S. 44 ff.; Beauchamp, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent, 2010, S. 55 (68); Green (Fn. 4), S. 194 (212 f.).

¹⁴ § 825 BGB benennt eine Schadensersatzpflicht für Personen, die andere durch u.a. Hinterlist zur Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen bestimmen. Siehe zu § 825 BGB Strätz, JZ 2003, 448 und Kilian, JR 2004, 309.

¹⁵ Der entgegenstehende Wille muss objektiv erkennbar sein, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22; Renzikowski, NJW 2016, 3553; Hörnle, NStZ 2017, 13 (15).

¹⁶ Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/9097) geht nicht auf Täuschungen ein. Insbesondere wird bei der Diskussion des „erkennbar entgegenstehenden Willens“ (vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.) nicht diskutiert, dass ein erkennbar entgegenstehender Wille des Opfers auch vorliegen könnte, wenn dieses deutlich macht, einen Sexualkontakt nur unter bestimmten Umständen zu wünschen. Es ist daher unklar, ob der Gesetzgeber entsprechende Sachverhalte erfasst sehen möchte. Angesichts dessen, dass Sachverhaltskonstellationen der Täuschung in der Reformdiskussion keine Rolle spielten, erscheint dies aber unwahrscheinlich. Gegen eine entsprechende Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB sprechen sich Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158), aus.

¹⁷ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StRG) vom 23.11.1973, BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

¹⁸ Vgl. Hörnle, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor § 174 Rn. 6.

¹⁹ Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl., 2017, § 177 n.F. Rn. 1.

²⁰ Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 86.

²¹ Vgl. Sick (Fn. 20), S. 86; Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (859).

²² Vgl. Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (859). Zur positiven Sexualfreiheit kann das (Straf-)Recht hingegen außer der Übung von Toleranz gegenüber einvernehmlichen sexuellen Handlungen (von Erwachsenen) nichts beitragen.

²³ Vgl. Bottke, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 535 (536).

²⁴ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 177 Rn. 3; Renzikowski (Fn. 19), Vor § 174 Rn. 8.

²⁵ Vgl. Green (Fn. 4), S. 194 (208).

2. Die transformative Kraft der Zustimmung und die Bedeutung von Täuschungen

Von wesentlicher Bedeutung ist daher die Unterscheidung zwischen sexueller Selbst- und sexueller Fremdbestimmung. Die Trennlinie zwischen sexueller Selbst- und Fremdbestimmung ist in der wirksamen Zustimmung²⁶ aller beteiligten Personen zu den sexuellen Handlungen zu sehen. Grundsätzlich hat jede Person das Recht, dass ihre Körper- und Sexualsphäre von ihren Mitmenschen respektiert wird.²⁷ Damit korrespondiert die Verpflichtung anderer Personen, nicht in fremde Körper- und Sexualsphären einzudringen.²⁸ Wird zu einem Eindringen aber eine wirksame Zustimmung erteilt, so wird diese Verpflichtung aufgehoben: Die wirksame Zustimmung aller Sexualpartner transformiert²⁹ das grundsätzlich nicht erlaubte Eindringen in eine fremde Sexualsphäre in einen zulässigen Akt,³⁰ der dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht der Sexualpartner entspricht.

Wann aber liegt eine wirksame und somit transformative Zustimmung zu sexuellen Handlungen vor? Für eine wirksame Zustimmung kann nicht ausreichend sein, dass der Sexualpartner lediglich Worte, Laute oder Gesten von sich gibt, die faktisch Zustimmung kommunizieren:³¹ Es bedarf vielmehr eines vertieften Verständnisses von Zustimmung.³² Damit die gegebene Zustimmung tatsächlich als Ausfluss der sexuellen Selbstbestimmung angesehen werden kann, muss der Zustimmungsbildende willensbildungsfähig sein, frei von willensbeugendem Zwang handeln und die für seine Entscheidungsfindung entscheidenden Informationen besitzen.³³ Dabei ist aber nicht zu fordern, dass der Zustimmungsbildende stets alle Informationen richtig erfasst, die für seine Entscheidung in irgendeiner Weise bedeutsam sein könnten. Eine solche Bedingung würde – gerade im komplexen Bereich der zwi-

schenschlichen Beziehungen – die Anforderungen an selbstbestimmte Entscheidungen überspannen.³⁴

Eine transformative Zustimmung liegt allerdings dann nicht mehr vor, wenn eine Person über eine Tatsache getäuscht wird, die für diese Person eine notwendige Bedingung (Dealbreaker³⁵) für die sexuelle Handlung ist.³⁶ Täuschungen manipulieren die Entscheidungsfindung von Menschen: Die getäuschte Person geht aufgrund der falschen Tatsachengrundlage davon aus, ihre selbstgesetzten Werte³⁷ (z.B. sexuelle Kontakte nur bei Verwendung eines Kondoms) zu verwirklichen, obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall ist. Die auf falscher Tatsachengrundlage gefällte Entscheidung entspricht daher nicht dem wirklichen Willen und den tatsächlichen Werten der zustimmenden Person: Ebenso wie Zwang oder die Unfähigkeit zur Willensbildung verhindern Täuschungen daher wahrhaft selbstbestimmtes Handeln.³⁸ Da die Person unter den wirklichen Umständen einem Sexualkontakt nicht zugestimmt hätte, stellen sich die sexuellen Handlungen als gegen ihre Wertsetzung verstoßende Akte dar, die nicht als selbstbestimmt angesehen werden können.

Entscheidend ist dabei, ob die Tatsache, über die getäuscht wurde, tatsächlich eine notwendige Bedingung (Dealbreaker) für die sexuelle Handlung war.³⁹ Hätte die Person der sexuellen Handlung bei Kenntnis der wahren Fakten nicht zugestimmt, so ist ihre Zustimmung als unwirksam anzusehen. Eine wirksame Zustimmung ist hingegen anzunehmen, wenn die Täuschung für die Entscheidung der Person, den sexuellen Handlungen zuzustimmen, nicht kausal war und somit wirkungslos blieb.⁴⁰ Welche Tatsachen für die individuelle Person notwendige Bedingungen für die sexuellen Handlungen sind, ist dagegen nicht von Bedeutung: Es steht jeder Person frei, selbst zu entscheiden, welche Bedingungen sie für die Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen aufstellt (z.B. die Bezahlung von Geld).⁴¹ Die Gesellschaft und das Recht müssen sich einer (moralisierenden) Bewertung dieser Bedingungen enthalten.⁴²

3. Ist eine Differenzierung nach Art der Täuschung möglich?

Die Wertung, dass jeder Sexualkontakt, der kausal auf einer Täuschung beruht, nicht-einvernehmlich ist und damit einen potentiell strafwürdigen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung darstellen könnte, wird vielen Personen intuitiv als zu weitgehend erscheinen. Tatsächlich sehen auch nur wenige Rechtsordnungen eine Strafbarkeit für alle sexuellen Täuschungen vor.

²⁶ Der Begriff „Zustimmung“ wird hier gewählt, um sich der dogmatischen Debatte über die Rechtsfiguren des „Einverständnisses“ und der „Einwilligung“ zu enthalten.

²⁷ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (723).

²⁸ Vgl. *McGregor*, *Legal Theory* 2 (1996), 175 (192); *dies.*, in: *Coleman/Buchanan* (Hrsg.), *In harm's way*, 1994, S. 231 (242).

²⁹ Vgl. *Kleinig*, in: *Miller/Wertheimer* (Fn. 13), S. 3 (4): „morally transformative“; *Hurd*, *Legal Theory* 2 (1996), 121 (124): „moral transformative“.

³⁰ Vgl. *Kleinig* (Fn. 29), S. 3 (4); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (242); *dies.*, *Legal Theory* 2 (1996), 175 (192); *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 2003, S. 120; *Dougherty*, *Yale L. J. Online* 123 (2013), 321 (325); *Hurd*, *Legal Theory* 2 (1996), 121 (123).

³¹ Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (244). Als Beispiel: Die Person, die eine Pistole an den Kopf gehalten bekommt und unter dem Eindruck der Lage „Ja“ zu sexuellen Handlungen sagt, gibt keine transformative Zustimmung.

³² Siehe *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516): „Rather we must require consent in a rich sense of that term“.

³³ Vgl. *Archard* (Fn. 13), S. 44 ff.; *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (244).

³⁴ Vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (880).

³⁵ Siehe zum Begriff des Dealbreakers: *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (719, 731).

³⁶ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

³⁷ Vgl. *Amelung*, *GA* 1999, 182 (203).

³⁸ Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (515).

³⁹ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

⁴⁰ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

⁴¹ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (730); *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (523).

⁴² *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (730) warnt zurecht davor, dass die gesellschaftliche Einordnung „guter“ Gründe für sexuelle Handlungen stets moralisch aufgeladen wäre.

schungen vor.⁴³ Häufiger ist eine Unterscheidung nach Art der Täuschung, wie sie z.B. traditionell im anglo-amerikanischen Common Law vorgenommen wurde: Hier waren Täuschungen, die sich auf den Geschlechtsverkehr an sich bezogen (fraud in the factum) strafbar, während Täuschungen, die sich auf Umstände des Geschlechtsverkehrs oder die Motive der Sexualpartner bezogen (fraud in the inducement), straflos blieben.⁴⁴ Die Kategorie des fraud in the factum umfasste dabei Fälle der Identitätstäuschung, in denen sich der Täter als Ehemann des Opfers ausgab,⁴⁵ sowie Fälle, in denen eine medizinische Behandlung zur Verschleierung einer sexuellen Handlung vorgetäuscht wurde.⁴⁶ Auch im deutschen Strafrecht wäre es möglich, bestimmte sexuelle Täuschungen als strafbar anzusehen, während die Strafbarkeit anderer Täuschungen verneint wird.⁴⁷ Eine solche Unterscheidung könnte an Ansichten in der deutschen Strafrechtsdogmatik anknüpfen, die hinsichtlich der Wirksamkeit der Einwilligung bei Willensmängeln zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern unterscheiden.⁴⁸ Ein erheblicher, rechtsgutsbezogener Irrtum soll dabei

vorliegen, wenn sich der Einwilligende über Art, Ausmaß oder Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe irrt.⁴⁹ Nicht-rechtsgutsbezogene Irrtümer über eine erwartete Gegenleistung oder die Motive für die Einwilligung sollen die Wirksamkeit der Einwilligung hingegen nicht tangieren.⁵⁰ Eine Täuschung über die erwartete Gegenleistung für einen Sexualkontakt (z.B. Geld) ließe nach dieser Unterscheidung die Wirksamkeit der Zustimmung zu den sexuellen Handlungen unberührt.

Eine Unterscheidung nach Art der Täuschung kann allerdings nicht überzeugen. Zunächst ist die Abgrenzung zwischen rechtsgutsbezogenen Irrtümern bzw. Täuschungen über die Art, das Ausmaß oder die Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe⁵¹ und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern bzw. Täuschungen nicht immer trennscharf zu vollziehen:⁵² Betrifft z.B. die Identität des Sexualpartners stets das Wesen des Sexualakts an sich oder handelt es sich um ein reines Motiv für die physisch richtig erfasste sexuelle Handlung? Ist zwischen einer Identitätstäuschung über eine persönlich bekannte Person und der Identitätstäuschung über eine andere Person, z.B. einen Popstar, zu unterscheiden? Hat die Täuschung über die Benutzung eines Kondoms Rechtsgutsbezug, da sich die Benutzung auch sensorisch auf die Intensität der sexuellen Handlung auswirken könnte?⁵³ Wie ist die Täuschung über die Einnahme der Pille oder über das Nichtvorliegen einer Geschlechtskrankheit einzuordnen? Geht man in den letzteren Fällen – anders als im Fall der Kondombenutzung – von reinen Motivirrtümern aus, so ist erklärungsbedürftig, wieso drei Bedingungen für sexuelle Handlungen, die zumeist auf den gleichen Handlungsmotiven (Schutz vor ungewollter Elternschaft und vor Geschlechtskrankheiten) beruhen dürften, strafrechtlich unterschiedlich behandelt werden sollten.

Die Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern ist zudem für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in grundsätzlicher Weise unpassend: Die sexuelle Selbstbestimmung schützt gerade die Entscheidung der individuellen Person darüber, welche sexuellen Handlungen sie wann und mit wem unter welchen Bedingungen vornehmen oder dulden möchte. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist mithin stets betroffen, wenn über Tatsachen getäuscht wird, die für die betroffene Person notwendige Bedingungen für die konkreten sexuellen Handlungen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob z.B. über die Vornahme einer sexuellen Handlung, über die Identität

⁴³ Ein Beispiel wäre der US-Bundesstaat Tennessee, vgl. Tenn. Code Ann. § 39-13-503 (a) (4) und die Ausführungen bei *Green* (Fn. 4), S. 194 (200) sowie der Sexual Offenses Act 2003 (siehe Fn. 3).

⁴⁴ Siehe zur Unterscheidung von fraud in the factum und fraud in the inducement *Green* (Fn. 4), S. 194 (198 ff.) und *Falk*, Brook. L. Rev. 64 (1998), 39 (157 ff.). Eine ähnliche Unterteilung findet sich heute im Vereinigten Königreich in Section 76 Sexual Offences Act 2003, in der ausdrücklich stipuliert wird, dass die Nicht-Einvernehmlichkeit des Sexualkontakts bei einer Täuschung über die Natur und den Zweck der (sexuellen) Handlung oder bei einer Täuschung über die Identität einer Person, die dem Opfer persönlich bekannt ist, zwingend vermutet wird. Siehe auch oben Fn. 3.

⁴⁵ Der Geschlechtsverkehr mit dem Ehemann war vom außerehelichen Geschlechtsverkehr (adultery) strikt zu trennen: Wusste eine Frau nicht, dass sie außerehelichen Geschlechtsverkehr hatte, so wurde sie somit in fundamentaler Weise über die Art des Sexualkontakts getäuscht. Vgl. *Falk*, Brook. L. Rev. 64 (1998), 39 (66 f.); *Green* (Fn. 4), S. 194 (199).

⁴⁶ Erfasst waren z.B. Fälle, in denen ein Arzt vorgab, eine medizinische Untersuchung der Vagina vorzunehmen, und die Frau stattdessen sexuell penetrierte. Nicht erfasst waren hingegen Fälle, in denen das Opfer wusste, dass ein Geschlechtsverkehr erfolgen würde, der Arzt aber täuschend suggeriert hatte, dieser habe einen therapeutischen Nutzen, vgl. *Green* (Fn. 4), S. 194 (199).

⁴⁷ So z.B. der Vorschlag von *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (881): Strafbarkeit denkbar hinsichtlich Täuschungen über die Art des Aktes, der Identität des Sexualpartners und der Intensität der sexuellen Handlungen.

⁴⁸ Die Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern bei der Einwilligung geht auf *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, zurück. Vgl. auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 98; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-

van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 198.

⁴⁹ *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 110.

⁵⁰ *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Arzt* (Fn. 48), S. 22 f.

⁵¹ *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Mitsch* (Fn. 49), § 17 Rn. 110.

⁵² Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern wurden dabei bereits von *Arzt* (Fn. 48), S. 24, selbst eingeräumt.

⁵³ Vgl. *Brodsky*, Colum. J. Gender & L. 32 (2017), 183 (190).

des Sexualpartners oder über eine Gegenleistung für die sexuelle Handlung getäuscht wird. Da die sexuelle Selbstbestimmung an den individuellen Willen gebunden ist, kann nicht zwischen Täuschungskategorien differenziert werden.

4. Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung Personen vor fremdbestimmten sexuellen Handlungen schützen und sie dazu befähigen soll, nach eigenem Willen über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie über den Partner sexueller Handlungen zu entscheiden.⁵⁴ Die wirksame Zustimmung stellt dabei die Grenze zwischen selbst- und fremdbestimmten sexuellen Handlungen dar. Eine Zustimmung, die kausal auf einer Täuschung beruht, ist nicht wirksam:⁵⁵ Da eine solche Zustimmung auf verfälschten Informationen basiert und einen manipulierten, nicht autonomen Willen der Person widerspiegelt, ist ihre Wirksamkeit im Einklang mit einem Konzept der sexuellen Selbstbestimmung, welches die Frage der Selbstbestimmung ernst nimmt, zu verneinen. Die entsprechenden sexuellen Handlungen sind daher – trotz der faktisch geäußerten Zustimmung des Opfers – nicht-einvernehmlich.

III. Sind Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung durch Täuschungen prima facie strafwürdig?

Das Strafrecht schützt Menschen nicht vor jedem nicht-einvernehmlichen Eindringen in ihre Willens- und Körpersphäre. Dies gilt gerade bei Täuschungen: Gestattet eine Person einer anderen Person z.B. eine nicht-sexuelle körperliche Berührung (wie das Streicheln der Haare), wobei sie über die Tatsachengrundlage ihrer Entscheidungsfindung getäuscht wurde, so ist keine Strafbarkeit gegeben. Nicht jede nicht-einvernehmliche Handlung, die an einem Menschen vorgenommen wird, wird strafrechtlich geahndet. Wieso sollte auf dem Gebiet nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen eine Ausnahme gelten?⁵⁶

Tatsächlich wird bereits die grundsätzliche Strafwürdigkeit aller nicht-einvernehmlichen Sexualkontakte bezweifelt. Kritiker weisen darauf hin, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht generell wichtiger sei als der Schutz vor anderen Einwirkungen, die sich gegen die Willens- und Handlungsfreiheit des Menschen richten.⁵⁷ Zudem werden Bestrebungen, das Sexualstrafrecht zu verschärfen und unter anderem alle nicht-einvernehmlichen Sexualkontakte zu bestrafen, teils als „Angriff auf die Entmoralisierung des

Sexualstrafrechts und auf Grundprinzipien eines liberalrechtsstaatlichen Strafrechts“⁵⁸ angesehen. Der Einwand erscheint klar: Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind nicht immer besonders schlimm, sondern häufig bloß unmoralisch, und mithin kein Fall für das staatliche Strafrecht.⁵⁹ Es ist davon auszugehen, dass Kritiker den entsprechenden Einwand in besonderem Maße gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen erheben würden. Insbesondere könnte darauf hingewiesen werden, dass das Vorliegen von Opferschäden (harm⁶⁰) bei sexuellen Täuschungen fraglich sei, da die sexuelle Handlung zumindest im Moment des Sexualkontaktes sensorisch gewollt sei⁶¹ und als selbstbestimmt erlebt werde. Der Schaden für das Opfer könne hier nur in möglichen psychischen Folgen nach Aufdeckung der Täuschung bestehen. Dabei handle es sich aber nur um Gefühle der Enttäuschung, Wut oder Desillusionierung, die vom Strafrecht nicht zu schützen seien. Speziell auf den Fall sexueller Täuschungen bezogen, könnte zudem vorgebracht werden, dass eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen zu einer weitgehenden Kriminalisierung sozialadäquaten Verhaltens führen könne:⁶² Bei der Anbahnung und Vornahme von sexuellen Handlungen seien Täuschungen, Übertreibungen und Beschönigungen Alltag – eine Strafbarkeit entsprechender (Bagatel-)Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung sei daher nicht geboten.

Die Einwände können aber nicht überzeugen: Vorsätzliche, nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind prima facie strafwürdig.⁶³ Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind nicht nur moralisches Unrecht: Sie stellen vielmehr einen erheblichen Eingriff in ein schützenswertes Rechtsgut dar. Das Vorliegen eines messbaren Schadens physischer oder psychischer Art ist dabei keine Voraussetzung für die Strafwürdigkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen. Die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ist per se strafwürdig⁶⁴ – unabhängig davon, ob das Opfer einen Schaden erleidet oder die nicht-einvernehmliche sexuelle

⁵⁴ Eschelbach (Fn. 24), § 177 Rn. 3; Renzikowski (Fn. 19), Vor § 174 Rn. 8.

⁵⁵ So auch grundsätzlich zur Einwilligung Mitsch (Fn. 49), § 17 Rn. 111.

⁵⁶ Vgl. auch die Frage bei Gardner/Shute, in: Horder (Hrsg.), Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series, 2000, S. 193 (194): „Why should rape be regarded as a different wrong from, say, non-consensual handshaking?“. Gardner/Shute bejahen allerdings eine andere Qualität sexueller Eingriffe.

⁵⁷ Vgl. Fischer, StraFo 2014, 485 (487); ders., ZIS 2015, 312 (313).

⁵⁸ Herzog, vorgänge Nr. 209 (1/2015), 105, abrufbar unter <http://www.humanistische-union.de/themen/rechtspolitik/sexualrecht/detail/back/sexuals-trafrecht/article/moralische-kreuzzuege-auf-dem-gebiet-des-sexualstrafrechts/> (25.7.2018).

⁵⁹ Vgl. BGH NJW 1969, 1818 = BGHSt 23, 40. Der BGH lehnt eine rein moralbasierte Strafbarkeit sexueller Handlungen ab.

⁶⁰ Zum harm principle bei Kriminalisierungsentscheidungen siehe grundlegend Feinberg, Harm to Others, 1984; speziell auf den Fall nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen bezogen sind die Ausführungen bei Gardner/Shute (Fn. 56), S. 195 ff.

⁶¹ Siehe auch Schulhofer, Unwanted Sex, 1998, S. 156; Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (160).

⁶² Vgl. zu diesem Argument auch Herring, Crim. L. R. 2005, 511 (520).

⁶³ Vgl. Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (862, 867).

⁶⁴ Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (862).

Handlung überhaupt mitbekommt.⁶⁵ Die Strafwürdigkeit ergibt sich aus der Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers, dem im Bereich der Sexualität eine gesteigerte Bedeutung zukommt. Diese besondere Bedeutung ergibt sich zunächst aus der Verknüpfung der Sexualität mit der Intim-⁶⁶ und Körpersphäre⁶⁷ der Sexualpartner. In unserer Kultur wird die ausgeübte Sexualität noch immer der körperlichen Intimsphäre zugeordnet.⁶⁸ Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte werden auch deshalb als besonders schwerwiegend erlebt, weil die sexuelle Freiheit für den einzelnen Menschen als sehr bedeutend empfunden wird.⁶⁹ Nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen beinhalten zudem ein starkes Element der Instrumentalisierung:⁷⁰ Die nicht-einvernehmliche Benutzung eines fremden Körpers für sexuelle Zwecke stellt eine Objektifizierung⁷¹ der Person dar, die entmenschlichende Züge tragen kann.⁷² Die Subjektqualität aller an einem Sexualkontakt beteiligten Personen und die Integrität der sexuellen Selbstbestimmung bleiben daher nur bei einer wirksamen Zustimmung zu den sexuellen Handlungen gewahrt.⁷³ Letztere ist bei einer Täuschung des Sexualpartners über dessen notwendige Bedingungen für einen Sexualkontakt nicht gegeben. Selbst wenn sexuelle Täuschungen aller Art gegenwärtig noch häufig und somit nach Ansicht mancher Personen „sozialadäquat“ wären, so müsste das Recht diese Wertung angesichts des erheblichen Eingriffs in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht durch nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen nicht tolerieren.⁷⁴ Eine Strafbarkeit vorsätzlicher nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen ist daher auch für den Fall einer Täuschung *prima facie* geboten.

IV. Gibt es entscheidende Gründe, die gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen sprechen?

Ogleich nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen *prima facie* strafwürdig sind, könnten einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen überragend wichtige Gründe entgegenstehen. Selbst beim Vorliegen von grundsätzlich strafwürdigem Unrecht kann ein Eingreifen des Strafrechts aus Zweckmäßig-

keitserwägungen⁷⁵ oder aus anderen wichtigen Gründen nicht geboten sein. Anstatt entsprechende, einer Kriminalisierung entgegenstehende Gründe mit der Frage der grundsätzlichen Strafwürdigkeit zu vermengen, sollten diese besser offen dargelegt und diskutiert werden – auch wenn dies zu der vielleicht unbequemen Erkenntnis führt, dass eigentlich strafwürdiges Verhalten „nur“ aus Zweckmäßigkeitserwägungen oder Gründen des Allgemeininteresses nicht strafbar sein sollte.

1. Aufklärungspflichten und Kommunikationsobliegenheiten

Gegen eine Kriminalisierung könnte zunächst sprechen, dass die Dealbreaker des Sexualpartners nur schwer einschätzbar sein können, was zu einer erheblichen Unsicherheit in der Anbahnung sexueller Kontakte führen könnte. Diese Unsicherheit könnte ihrerseits zum Verzicht auf eigentlich erwünschte Sexualkontakte führen. Bestimmte Personengruppen, wie z.B. HIV-positive oder trans*idente Personen, könnten sich bei einer weitgehenden Kriminalisierung sexueller Täuschungen zudem dazu gezwungen sehen, ihre Sexualpartner stets umfassend über ihren Gesundheitszustand bzw. über ihre Geschlechtsidentität aufzuklären, um dem strafrechtlichen Vorwurf zu entgehen, sie hätten den Sexualpartner mit *dolus eventualis* durch Unterlassen über einen Dealbreaker getäuscht.⁷⁶ Entsprechende generelle Aufklärungspflichten würden aber gegen das Recht der betroffenen Personen auf Achtung ihrer Intim- bzw. Privatsphäre gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 EMRK verstoßen.

Für eine Strafbarkeit ist deshalb zu fordern, dass die notwendige Bedingung erkennbar kommuniziert worden ist. Eine Kommunikationsobliegenheit schützt vor pauschalen Aufklärungspflichten, die nicht nur eine Belastung für bestimmte, gefährdete Personengruppen darstellen, sondern auch grundsätzlich sexuelle Kontakte lähmen könnten. Es ist auch nicht unzumutbar, die eigenen notwendigen Bedingungen für sexuelle Handlungen zu äußern: Zum Konzept der sexuellen Selbstbestimmung gehört auch die Anerkennung von Eigenverantwortung.⁷⁷ In der Abwesenheit von willensbeugendem Zwang ist es einer Person zuzumuten, ihren sexuellen Willen deutlich zu machen. Dabei müssen die Dealbreaker nicht notwendigerweise verbalisiert werden, es reicht

⁶⁵ Siehe zu letzterem Fall *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 193 (196 f.); vgl. auch *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (726).

⁶⁶ *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (863).

⁶⁷ Vgl. *Schulhofer* (Fn. 61), S. 67; *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (862 f.).

⁶⁸ Daran ändern auch sexualisierte Werbung und die einfachen Zugriffsmöglichkeiten auf Pornographie nichts. Eigene sexuelle Handlungen werden vom größten Teil der Bevölkerung noch immer vorwiegend im Privaten vorgenommen, vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (866).

⁶⁹ Vgl. *Dannecker/Schorsch*, in: *Jäger/Schorsch* (Hrsg.), *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1987, S. 134 (142); *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (723).

⁷⁰ Vgl. *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 204.

⁷¹ Vgl. zur Objektifizierung *Nussbaum*, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 249 (257).

⁷² *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 205.

⁷³ Vgl. *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 206.

⁷⁴ Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (520).

⁷⁵ Vgl. *Hillenkamp*, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, S. 174.

⁷⁶ In einer noch weitgehend transphoben Gesellschaft müssen trans*idente Personen wohl damit rechnen, dass ihre Geschlechtsidentität als Dealbreaker angesehen wird. Dabei ist bei trans*identen Personen keine Täuschung gegeben, wenn diese als das Geschlecht auftreten, mit dem sie sich identifizieren. Rechtsprechung aus Israel und dem Vereinigten Königreich zeigt jedoch, dass die Strafgerichte an den Zustand der äußeren Geschlechtsorgane anknüpfen und das gelebte Geschlecht als „Täuschung“ auslegen können. Vgl. zur Rechtsprechung und zur allgemeinen Problematik *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (4 ff., 24 ff.); *Sharpe*, *Crim. L. R.* 2014, 207.

⁷⁷ Vgl. zur Verknüpfung von Eigenverantwortung und Autonomie *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (858).

aus, wenn der Wille in der sexuellen Interaktion konkludent deutlich wird. Dies ist z.B. auch dann gegeben, wenn der täuschende Sexualpartner die für das Opfer notwendige Bedingung (z.B. die Benutzung eines Kondoms) selbst in die sexuelle Kommunikation einbringt und die folgenden sexuellen Handlungen erkennbar nur auf dem vermeintlichen Vorliegen dieser Bedingung basieren.⁷⁸ Im Einklang mit § 177 Abs. 1 StGB ist nur zu fordern, dass das Opfer seinen entgegenstehenden Willen in objektiv⁷⁹ erkennbarer Weise kommuniziert hat und dass sich der Täter vorsätzlich über den Willen des Opfers hinwegsetzt.⁸⁰

2. Doppelte Strafbarkeit und diskriminierende Dealbreaker

Selbst bei erkennbar kommunizierten Dealbreakern könnten weitere Erwägungen gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen sprechen. Teils wird darauf verwiesen, dass eine Strafbarkeit zu dem verwunderlichen Ergebnis führen könnte, dass zwei Personen, die sich gegenseitig täuschen (z.B. Person A über die Benutzung eines Kondoms und Person B über die Bereitschaft, eine Beziehung einzugehen), gleichzeitig eine Sexualstraftat aneinander begehen würden.⁸¹ Allerdings ist dieses Ergebnis weniger verwunderlich als vielmehr folgerichtig: Es gibt keine Regel, die besagt, dass sexuelle Handlungen nicht für beide Partner nicht-einvernehmlich seien könnten. Auch Körperverletzungen und andere Straftaten können gleichzeitig von zwei (oder mehr) Personen aneinander begangen werden.⁸²

Schwieriger zu entkräften ist hingegen das Argument, das Rechtssystem dürfe rassistische oder anderweitig diskriminierende Bedingungen für sexuelle Handlungen (z.B. die Bedingung, der Sexualpartner dürfe kein Christ/Jude/Moslem sein) nicht in den Mitteln des Strafrechts unterstützen.⁸³ So sorgte die Verurteilung im oben genannten Fall *Kashur v. State of Israel* durchaus für Irritationen.⁸⁴ Allerdings handelt es sich nicht vorrangig um den Schutz diskriminierender Ansichten, sondern um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der individuellen Person. Auch wenn entsprechende diskriminierende Vorlieben gesellschaftlich nicht wünschenswert sind, so steht es jeder Privatperson frei, ihre Sexualpartner nach ihren persönlichen – auch diskriminierenden – Vorlieben auszuwählen. Sofern eine Person ihre Vorlieben erkennbar

kommuniziert hat, gibt es kein schützenswertes Interesse, sich über diese hinwegzusetzen.

3. Problematische Regulierung von Sexualität?

Gegen eine Strafbarkeit von sexuellen Täuschungen könnte weiterhin angeführt werden, dass die menschliche Sexualität auch von Fantasie-Szenarien, Halbwahrheiten und Storytelling profitiere⁸⁵ und nicht zu einem Raum der absoluten Korrektheit umgeformt werden dürfe. Damit verbunden ist häufig das Argument, dass sich das Strafrecht aus dem Bereich der Intimsphäre weitgehend heraushalten sollte.⁸⁶

Bei einer erkennbar kommunizierten, notwendigen Bedingung für sexuelle Handlungen können diese Einwände allerdings nicht überzeugen: Wurde eine entsprechende Bedingung kommuniziert, so macht die Person deutlich, dass sie insoweit keinen Wert auf Täuschungen, Storytelling oder Halbwahrheiten legt.⁸⁷ Zudem ist ein pauschaler Verweis auf den Schutz der sexuellen Intimsphäre nicht ausreichend, um eine Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zu verneinen: Nicht-schützenswerte Verhaltensweisen, wie die Manipulation des sexuellen Willens des Sexualpartners, verdienen nicht deshalb Schutz vor strafrechtlicher Sanktionierung, weil sie sich in der Intimsphäre abspielen.

4. Unlösbare Beweisschwierigkeiten

Zuletzt könnte eingewandt werden, dass eine Strafbarkeit von sexuellen Täuschungen zu unlösbaren Beweisproblemen führen könnte, so dass eine entsprechende Strafnorm in der Praxis wirkungslos sei.⁸⁸ Es sei nicht nur schwierig, festzustellen, was tatsächlich eine notwendige Bedingung für einen Sexualkontakt war⁸⁹ und ob diese Bedingung erkennbar kommuniziert wurde. Auch sei nur schwer zu klären, ob wirklich eine Täuschung vorlag.⁹⁰ So könne von den Strafverfolgungsbehörden nicht aufgeklärt werden, ob emotionale Aussagen wie „Ja, ich werde eine Beziehung zu dir eingehen!“ im Moment der Aussage wahr oder unwahr waren.⁹¹

Beweisschwierigkeiten sind den meisten Sexualdelikten immanent, da sexuelle Handlungen zumeist privat und ohne Zeugen stattfinden.⁹² Diese besondere Situation darf nicht dazu führen, dass nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen nur beim Vorliegen erheblicher objektiver Beweismittel

⁷⁸ Auch die Identität des Sexualpartners wird in den meisten Fällen konkludent erkennbar zur Bedingung für die sexuelle Handlung gemacht worden sein.

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22; *Renzikowski*, NJW 2016, 3553; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

⁸⁰ Zum Vorsatz bei § 177 Abs. 1 StGB siehe *Renzikowski* (Fn. 19), § 177 n.F. Rn. 56 ff.

⁸¹ Vgl. zu einem Fall möglicher doppelter Strafbarkeit *Rubinfeld*, Yale L. J. 122 (2013), 1372 (1414 f.).

⁸² Vgl. *Dougherty*, Ethics 123 (2013), 717 (739 Fn. 47).

⁸³ Vgl. zu diesem Grundgedanken *Sharpe*, Crim. L. R. 2014, 207 (222 f.); warnend auch *A. Gross*, Tulane J. Law Sex. 24 (2015), 1; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160).

⁸⁴ Vgl. die Nachweise bei *A. Gross*, Tulane J. Law Sex. 24 (2015), 1 (19).

⁸⁵ Vgl. zu diesem Argument *Herring*, Crim. L. R. 2005, 511 (521); *Schulhofer* (Fn. 61), S. 158.

⁸⁶ Vgl. *Green* (Fn. 4), S. 194 (220).

⁸⁷ *Herring*, Crim. L. R. 2005, 511 (521).

⁸⁸ In der Praxis wirkungslose Strafnormen können nicht nur Opfer enttäuschen, die sich auf den Schutz durch die Strafnorm verlassen haben, sondern auch die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden belasten.

⁸⁹ Siehe *Green* (Fn. 4), S. 194 (218 f.): problematische Kausalitätserwägungen; *H. Gross*, Crim. L. R. 2007, 220 (224).

⁹⁰ Vgl. *Schulhofer* (Fn. 61), S. 155, 158.

⁹¹ Vgl. *Sherwin*, Legal Theory 2 (1996), 209 (227); *H. Gross*, Crim. L. R. 2007, 220 (224).

⁹² Vgl. *Dripps/Fairstein/West/Denno*, Fordham L. Rev. 63 (1994), 125 (144).

stände wie massiver Verletzungen beim Überfall durch einen fremden Täter unter Strafe gestellt werden. Beweisprobleme hinsichtlich der Erregung eines Irrtums oder der Kausalität der Täuschung bestehen zudem (in geringerem Rahmen) auch bei anderen Normen wie § 263 StGB, so dass es sich für die Strafverfolgungsbehörden nicht um rechtliches Neuland handelt.⁹³ Dass es in manchen Fällen – insbesondere bei emotionalen Aussagen – große Schwierigkeiten hinsichtlich der Beweislage geben kann, rechtfertigt es nicht, alle sexuellen Täuschungen straflos zu stellen. Es sind auch Täuschungen denkbar, bei denen entsprechende Beweisproblematiken geringer sind als beim Regelfall des § 177 Abs. 1 StGB: Zu denken ist hier z.B. an die Täuschung eines Sexarbeiters über die eigene Zahlungsbereitschaft.

V. Fazit

Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung soll Personen vor sexueller Fremdbestimmung durch andere Personen schützen⁹⁴ und selbstbestimmte Sexualität ermöglichen. Eine sexuell selbstbestimmte Handlung liegt dann vor, wenn die betroffene Person ihre wirksame Zustimmung zu den konkreten sexuellen Handlungen erteilt hat. Eine faktisch erteilte Zustimmung ist dabei unwirksam, wenn die Person über eine für sie notwendige Bedingung für den Sexualkontakt getäuscht wurde,⁹⁵ da eine solche Täuschung verhindert, dass die Person ihre autonom gesetzten, sexuellen Wertentscheidungen selbstbestimmt umsetzen kann. Entsprechende Täuschungen führen daher zu nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen, die als solche prima facie strafwürdig sind. Sofern die getäuschte Person ihre subjektiv notwendigen Bedingungen erkennbar kommuniziert hat, stehen einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen auch keine Zweckmäßigkeitserwägungen oder wichtigen Gründe des Allgemeininteresses entgegen. Der Schutz vor sexueller Fremdbestimmung gebietet daher grundsätzlich auch eine Strafbarkeit vorsätzlicher sexueller Täuschungen.

Diese Wertung wird aber – selbst dort, wo die Strafbarkeit sexueller Täuschungen intensiv diskutiert wird – weithin nicht nachvollzogen. Obgleich anerkannt wird, dass die sexuelle Selbstbestimmung der getäuschten Person verletzt ist, wird eine Strafbarkeit verneint.⁹⁶ Dieser Artikel hat versucht, die ablehnende Haltung gegenüber einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen zu hinterfragen und das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in den Vordergrund zu stellen. Angesichts der Tatsache, dass sexuelle Täuschungen bereits jetzt

unter den Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB subsumiert werden können, ist eine weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Problematik sexueller Täuschungen geboten.

⁹³ Die Aufrichtigkeit von z.B. Heiratsabsichten kann auch bei einem Betrug (Heiratsschwindel) gem. § 263 StGB zu klären sein.

⁹⁴ Vgl. *Bottke* (Fn. 23), S. 536.

⁹⁵ Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

⁹⁶ Gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen oder nur für eine Strafbarkeit bestimmter, eng zu fassender Kategorien von sexuellen Täuschungen sprechen sich z.B. die folgenden Autoren aus: *Rubinfeld*, *Yale L. J.* 122 (2013), 1372; *H. Gross*, *Crim. L. R.* 2007, 220; *Feinberg*, *Ethics* 96 (1986), 330; *Schulhofer* (Fn. 61), S. 152 ff.; *Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2018, 156.

B u c h r e z e n s i o n

Sebastian Bauer, Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen, Duncker & Humblot, Berlin 2018, 406 S., € 89,90.

„Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen“ ist der Titel der Dissertation *Sebastian Bauers*, die 2018 als Band 281 der Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge“ erschienen ist.

Sie wurde bereits von *Plank*¹ und *Bär*² rezensiert.

Mit ca. 350 Seiten Haupttext handelt es sich um eine durchaus umfangreiche Dissertation. Sie wartet zudem neben Inhalts-, Literatur- und Internetadressenverzeichnis mit einem Stichwortverzeichnis auf.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von April 2016, was für ein offiziell 2018 (faktisch wohl: Ende 2017) erschienenen Werk schade ist. So finden sich keine Hinweise auf die seit 25.5.2016 in Kraft befindliche und seit 25.5.2018 wirksame Europäische Datenschutz-Reform oder das 2017 in Kraft getretene und allgemein kritisierte Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Auch § 100b StPO i.d.F. vom Gesetz vom 17.8.2017 (BGBl. I 2017, S. 3202) ist noch nicht berücksichtigt.

„Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen“ haben vielfältigste Berührungspunkte.

So kann gegen die Betreiber der Netzwerke selbst ermittelt werden. Anlass dafür könnten neben allen „herkömmlichen“ Taten, die auch jeder Andere verüben kann, netzwerk-spezifische Taten sein – vom Datenmissbrauch über die Beteiligung an Äußerungsdelikten im Netzwerk bis zum Vorwurf der Manipulation demokratischer Wahlen.³

Umgekehrt können die Mitglieder der „sozialen Gemeinschaft“ als Helfer in Ermittlungen einbezogen werden, indem etwa für bestimmte Mitwirkungshandlungen geworben wird (z.B. Öffentlichkeitsfahndung).⁴

Sicherlich können auch Opfer über „soziale Netzwerke“ identifiziert oder Zeugen gefunden werden.

Ermittlungen auslösen können ebenfalls Verhaltensweisen der Nutzer von sozialen Netzwerken. Hinsichtlich deren Online-Aktivitäten sind hier wiederum u.a. Äußerungsdelikte zu nennen.

Aber auch ungeachtet des Inhalts von Äußerungen können Informationen aus sozialen Netzwerken für Ermittler hoch interessant sein, etwa Kontakte, Standorte, zeitliche Zusammenhänge oder verwendete Geräte.

Bauer tut gut daran, sich nicht auf all diese Aspekte einzulassen. Er konzentriert sich auf die letztgenannte Konstellation, also auf Ermittlungen gegen Nutzer sozialer Netzwerke.

Auch die Konzentration auf die strafprozessuale Seite ist nachvollziehbar und dient einem spezifischen Erkenntnisinteresse. In der Praxis freilich dürfte oft eine Gemengelage von strafprozessualen, polizei- und verfassungsschutzrechtlichen Maßnahmen eine Rolle spielen, die dann ineinandergreifen und die Frage aufwerfen, inwieweit in welchem Stadium welche Maßnahmen zur Verfügung stehen und welche Ergebnisse wofür verwertbar sind.

Das Werk Bauers gliedert sich in sechs Kapitel (A–F).

Zunächst (A) wird neben funktionalen und technischen Grundlagen erörtert, in welchen Konstellationen Ermittlungen denkbar sind – etwa offene und heimliche Maßnahmen.

Kapitel B widmet sich den verfassungsrechtlichen Fragen. Spätestens seit dem 25.5.2018, als die Richtlinie (EU) 2016/680 (JI-RL) wirksam wurde, wird auch Unionsrecht zu berücksichtigen sein. Dies wird aber, weil „der Datenschutz“ in Deutschland schon auf hohem Niveau ist, voraussichtlich nicht zu gravierenden Änderungen führen.

In Kapitel B geht *Bauer* u.a. der Frage nach, ob es im Strafprozessrecht ein Analogieverbot gibt (S. 78 ff.). Er stellt die uneinheitliche Rechtsprechung und die Literaturmeinung (die ein Analogieverbot eher befürwortet) vor und begründet schließlich, weshalb auch er ein solches Analogieverbot vertritt (S. 81). Dessen eigentliche Stütze sei im Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu sehen.

In Kapitel C wird der Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten behandelt.

Teilweise missverständlich erscheinen einige Aussagen zu Art. 10 GG:

- Art. 10 GG schütze „das Abhörisiko“ (S. 100, 101). Natürlich schützt er nicht das Risiko, sondern die Freiheit vor Abhörmaßnahmen.
- Art. 10 GG schütze nicht die Vertraulichkeit der Kommunikation mit dem Staat (S. 149). Das mag mit Blick auf die „Online-Streife“ richtig sein. Der Aussage ist aber entgegenzuhalten, dass „der Staat“ sich in viele verschiedene Körperschaften, Behörden usw. aufteilt. Kommuniziert der Bürger (bewusst) mit einer davon, so schützt Art. 10 GG durchaus vor dem Abhören durch eine andere staatliche Stelle.

Kapitel C schließt mit der Feststellung, das Sammeln offen zugänglicher Daten greife in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wobei die Intensität des Eingriffs weniger von der Heimlichkeit als vom sammelnden Mittel abhängt: der Einsatz eines technischen Mittels wiege schwerer. Hier dürfte die Vorstellung eines „manuell suchenden“ Polizeibeamten im Gegensatz zu einem softwaregestützten „Social Media Monitoring“⁵ leitend sein. Dass letztere intensiver eingreift, ist tendenziell sicher richtig. Allerdings bedient sich die „manuelle Suche“ ebenfalls technischer Mittel, nämlich der plattforminternen Suchfunktion.

¹ Rezension abrufbar unter <http://polizei-newsletter.de/wordpress/?p=902> (18.6.2018).

² *Bär*, MMR-Aktuell 2018, 405095.

³ Siehe die Skandale um Facebook, <https://www.n-tv.de/politik/EU-will-gegen-Wahlmanipulation-kaempfen-article20463764.html> (18.6.2018).

⁴ Dazu *Bajmel*, Datenschutz in sozialen Netzwerken: Die Öffentlichkeitsfahndung im Rahmen der Nutzung des sozialen Netzwerkes Facebook, 2017.

⁵ Dazu *Ziebarth*, SchuR 2016, 9.

Weiter werden verdeckte Ermittlungen (D) und Zugriff auf nichtöffentlich zugängliche Daten (E) unterschieden. Dabei ist zu beachten, dass sowohl öffentlich als auch nicht öffentlich zugängliche Daten jeweils mit oder ohne Kenntnis des Betroffenen erhoben, gespeichert, ausgewertet oder weitergegeben werden können.

Die Verarbeitung kann zudem auch mit oder ohne Kenntnis des Portalbetreibers geschehen, wobei dessen mangelnde Kenntnis sich weniger auf den Verarbeitungsvorgang beziehen wird, als auf die amtliche Eigenschaft des Ermittlers.

Kapitel D endet mit einem Vorschlag eines § 110d StPO-E. Gesetzesvorschläge scheinen in Dissertationen beliebt zu sein. Das erscheint mäßig nützlich und macht angreifbar, weil Unstimmigkeiten in so komplexen Entwürfen kaum vermeidbar sind. Im Entwurf von § 110d Abs. 1 ist z.B. jedenfalls dem Rezensenten unklar, in welchem Verhältnis die Voraussetzungen für den Einsatz „virtueller verdeckter Ermittler“ im Hinblick auf die Katalogtaten nach Satz 1 gegenüber den Voraussetzungen im Hinblick auf alle (?) Verbrechen nach Satz 4 stehen sollen.

Auch Kapitel E endet mit einem Gesetzesvorschlag hinsichtlich eines neuen § 100k StPO-E. Auch dieser Entwurf erklärt „die Maßnahme“ für unzulässig, wenn sie kernbereichsrelevante Inhalte zutage zu fördern droht. Dies entspricht der Rechtslage u.a. gem. § 100d Abs. 1 StPO. Dennoch geht dieser Schutz zu weit: Es wäre ausreichend, eine einzelne Datenerhebung innerhalb der Maßnahme abzubrechen, wenn sich bei dieser Erhebung Anhaltspunkte für eine Kernbereichsrelevanz fänden.⁶ Dass Maschinen (Rechner, Software) kernbereichsrelevante Daten hinreichend sicher identifizieren könnten, erscheint unrealistisch.⁷

Abgeschlossen wird die Dissertation durch die Darstellung von Gesamtergebnis und Schlussbemerkung (F).

Die hier punktuell geübte Kritik soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Dissertation *Bauers* ihr aktuelles und wichtiges Thema grundlegend aufbereitet. *Bauer* geht auch dogmatisch in die Tiefe und stellt sich schwierigen verfassungsrechtlichen Fragen. Meinungsunterschiede im Detail sind nicht zu vermeiden.

Keine Meinungsverschiedenheiten sollte es in der Bewertung geben, dass die Dissertation *Bauers* ein gut gelungenes Werk ist, dessen Lektüre fachlich Interessierten in jedem Falle zu empfehlen ist.

Dr. Wolfgang Ziebarth, Mannheim

⁶ Ziebarth, Online-Durchsuchung, 2013, S. 103, 193 ff., 202.

⁷ Ziebarth (Fn. 6), S. 104 ff.

Conference Report: “Twenty Years of the ICC’s Rome Statute: Utopia – Reality – Crisis”, Liverpool, 7./8. September 2018

By Tobias Beinder and Swantje Maecker, LL.M. (King’s College/London), Hamburg

On 7 and 8 September 2018, a conference was held under the heading “Twenty Years of the ICC’s Rome Statute: Utopia – Reality – Crisis” in the Bluecoat Centre for Contemporary Arts in Liverpool. It was co-organized by Edge Hill University (Dr. *Triestino Mariniello*) and the University of Hamburg (Dr. *Julia Geneuss*). Rather than applauding the achievements of the Court, as the conference’s title might suggest, it aimed at taking stock of the work of the Court so far, addressing current challenges to the Court and focussing on its (hidden) potential.

Prof. *George Talbot*, Pro Vice-Chancellor and Dean of Arts & Sciences of Edge Hill University, opened the Conference, followed by Dr. *Mariniello* who explained the idea behind and the scope of the conference. He reflected upon the enthusiastic welcome to the Court and its idealistic mission to end impunity for international crimes, its gradual disillusionment when its mission had to face up to reality, up to the proclaimed crisis of the Court due to withdrawals of several member states from the Rome Statute, a lack of state cooperation and excessive length of proceedings. In the following, scholars as well as practitioners discussed their views on and visions for the International Criminal Court (ICC) in four panels.

Panel I, “Global Justice? Theoretical Approaches to International Criminal Law”, chaired by Prof. *Caroline Fournet* (University of Groningen), discussed theoretical foundations of the Court and included an interdisciplinary perspective.

Dr. *Antje du Bois-Pedain* (University of Cambridge) started off the discussion with a presentation on “A Solidarity-Based Justification of International Criminal Justice and the Jurisdiction of the ICC”. She argued that while a state’s criminal justice system is generally based on social solidarity, this conceptualization is not transposable to international criminal justice due to the lack of a close unit of people. In contrast, the exercise of universal jurisdiction can be based on an instantiation of a different sort of solidarity – namely political solidarity – with the victims of the international crime that is being investigated and prosecuted. This approach also justifies the selectivity of national prosecutions under the principle of universality but runs into difficulties with regard to the ICC as a meta-state institution enforcing international criminal law on behalf of the whole of humankind. Therefore, a different justificatory basis for selective universal jurisdiction is needed for the Court, which may, however, be similar to a solidarity-based justification.

Next, Dr. *Mikkel Jarle Christensen* (University of Copenhagen) explained under the heading of “From Symbolic Surge to Contentious Court: Towards a Sociology of ICC Developments” that research must stop focussing on the ICC in order to understand the underlying mechanisms, resource and power battles which structure the Court’s development and shape its activities. He pointed to the necessity to draw

up a sociological framework of international criminal justice and thereby sketched a map of different stakeholders and “sites of justice”. He highlighted the importance of redirecting the focus from the ICC to the other players in the field, like NGOs, law firms, diplomacy and academia.

Following these sociological insights, Prof. *Alette Smeulers* (University of Groningen) presented a track record of the ICC from a criminological point of view (“The Role of the ICC in the Global Fight against Impunity”). She compared the most common criticism of the ICC with empirical research (i.a. political bias, inefficiency, high costs) and concluded that many points of criticism are not justified on closer examination. For instance, the Court’s selectivity can be explained with a general lack of jurisdiction and the unwillingness of the Security Council to refer situations to the ICC, the most obvious example being the Syrian conflict. According to Prof. *Smeulers*, the related selectivity criticism stems from a communication problem of the Court.

After these presentations, a lively discussion ensued. Participants inquired what impact the innovative concept of “political solidarity” would have for the ICC’s practice, e.g. for the application of the complementarity principle, and how to accommodate the affected community’s interests. Who should decide whether and what to prosecute? In addition, referring to situations of mass atrocity not pending before the ICC, the importance of analyzing “sites of non-justice” was emphasized.

Panel II was devoted to the “Goals and Function of the ICC”; it was moderated by Prof. *William Schabas* (Middlesex University London).

Dr. *Silvia D’Ascoli* (Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor’s Office) brought a practitioner’s view to the panel with her presentation about “Balancing Competing Goals between Ideals and Reality – How the ICC has Interpreted its Role and Functions”. Recalling the aspirations set out in the Preamble to the Rome Statute to punish “the most serious crimes of concern to the international community” which “threaten the peace, security and well-being of the world”, Dr. *D’Ascoli* evaluated how the Court has implemented these formulated goals and how they have shaped and influenced its practice (e.g. initiation of proceedings, arrest warrants). For this purpose, she comprehensively examined the interpretation of the notion of gravity by the prosecution and the chambers of the Court.

Prof. *Larissa van den Herik* (Leiden University) approached international criminal law from an innovative perspective and introduced the notion of diaspora to the legal discourse (“The Goals and Functions of the ICC from a Diaspora Perspective”). Referring to *Edward Said*, she argues that diaspora communities can be particularly vulnerable and easy targets of international crimes. On the other hand, diaspora communities can also become perpetrators of international

crimes, and she also mentioned the role diaspora communities play in the funding of crimes in their home states which, more generally, hints at the underlying economic structures of international crimes. She used their example as a non-obvious test case to reflect upon the goals and functions of the ICC, since they raise more general questions regarding the definition of the Court's jurisdictional scope (territoriality, nationality), the determination of gravity, and the interrelatedness between international and transnational crimes.

The idea of peace in international and national criminal law played a prominent role in Prof. *Florian Jeßberger's* (Hamburg University) subsequent presentation "Peace through Punishment? On the Peace-Making Function of the ICC". Prof. *Jeßberger* observed that the ICC, more than other international criminal courts, is increasingly employed in conflict situations. As a consequence, the issue of the peace-making function of the ICC becomes more prevalent. Peace, however, is an ambiguous and therefore often misleading term, which has differing meanings on a national and international level. Its multiple meanings in the international legal sphere can lead to intra-institutional frictions at the ICC.

As last panellist, Prof. *Harmen van der Wilt* (University of Amsterdam) presented his "Reflections on the International Criminal Court's Legitimacy Crisis". He identified two deeper, underlying reasons for the often propounded legitimacy crisis of the ICC. On the one hand, the tension between individual guilt, which was transferred from domestic criminal theory to international criminal law, and system criminality, leads to the highly-controversial question how to distribute guilt for international crimes. On the other hand, the fact that states' initial support for the ICC is dwindling is based upon their fear for their sovereignty. In the end, however, he came to the conclusion that criticism of the ICC is fashionable, but grossly exaggerated.

The discussion following the presentations focused on the general question of goals and functions of the ICC and whether there is a need to rethink them. Regarding the never-ending discussion of gravity of international crimes and those most responsible for them, a discrepancy between what is stated in the OTP's policy papers and what the OTP actually does was detected. The ICC's activities, so it seems, are shaped by reality, not by complex theoretical statements and aspirations. In addition, the question was raised whether the ICC's mandate should be interpreted in a narrow or broader fashion. In interpreting the applicable law, should the ICC focus on or move beyond atrocity crimes? What projects demand "political solidarity"? And should the ICC keep pushing its jurisdictional boundaries, like it did in the Myanmar/Bangladesh situation? Could this be a manifestation of a "spotlight function" of the ICC, the aim to shed light on conflict situations even when there is no prospect of criminal proceedings proper?

The second day of the conference also featured two panels. Panel III dealt with the topic "Relationship Status: Complicated – States Parties, the UN Security Council and the ICC" and was chaired by Prof. *Christine Chinkin* (London School of Economics and Political Science).

Talita Dias (Oxford University) opened the panel with "The Retroactive Application of the Rome Statute in Cases of SC Referrals and Ad Hoc Declarations: Blessing and Curse?". She stated that the retroactive application of the Rome Statute is already a concrete possibility at the ICC but may cause frictions with regard to the international principle of legality and the principle of fair labelling. She proposed to replace provisions conflicting with the two principles with applicable national and customary international law rules.

Prof. *Phoebe Okowa* (Queen Mary University of London) addressed the perceived bias of the ICC towards Africa ("Unequal Treatment in the Administration of International Criminal Justice: What Next for the AU and the ICC?"). She emphasized that there was broad acceptance of the values of the ICC, and that the core question was rather who should have the last word on the decision of contentious issues. She argued that the tensions between the ICC and the African Union need to be viewed in the broader context of a crisis of key international institutions due to their inequality and subordination regarding African states. With respect to the response mode to mass atrocities, she questioned the legitimacy of current decision making processes and argued for a more inclusive/corporate mode of decision making to end the enforcement crisis of international criminal justice.

"State Behaviour in the Security Council: Does/Should ICC Membership Make a Difference?" formed the title of Prof. *Frédéric Mégret's* (McGill University) presentation. He pointed out that so far, the UN Security Council has been regarded as a "black box", but that there was a need to disaggregate its behaviour and have a closer look at its members. Thus, he examined the voting patterns of Security Council members in consideration of their ICC membership/non-membership. He concluded that even though ICC membership ought to be a significant vector from a normative point of view, it has not prevented states from supporting resolutions that were unhelpful to the Court, and that non-membership has not prevented some states from supporting referrals.

In the following discussion, many questions related to the propositions of *Dias* and Prof. *Okowa*. It was emphasized that there was a need for deeper understanding of the legal and political powers underlying the Court in particular and the international criminal justice system in general. For this purpose, participants called for more interdisciplinary research, in particular with international relations scholarship.

The organizers of the conference felt, that addressing the crisis of the ICC effectively also requires looking at practical problems of the proceedings of the ICC. Therefore, Panel IV, chaired by Dr. *Sergey Vasiliev* (Leiden University), engaged with "The Effectiveness of ICC Proceedings" introducing also practitioners' personal views into the discussion. Accordingly, Judge *Cuno Tarfusser* (ICC) opened the panel with his take on the "Effectiveness of the Trial Stage: A View from the Bench". Effectiveness for Judge *Tarfusser* means the fairness and expeditiousness of proceedings. Consequently, he provided an overview of the length of proceedings at the ICC and criticized their lack of expeditiousness. He identified various reasons for this situation, among them the non-

existence of deadlines and a trial preparation not focussed on the streamlining of the trial stage of the proceedings. He emphasized that the potential of the ICC has not yet been sufficiently exploited.

Following his colleague, Judge *Bertram Schmitt* (ICC) described the hybrid structure of the Rome Statute’s procedural law combining elements from civil and common law legal thinking (“Reflections on the Blending of Common Law and Civil Law in the ICC-Proceedings”). To his understanding, this legal framework provides the judges who also have disparate legal backgrounds with broad discretion which they must exercise with an open mind towards the unfamiliar to increase the effectiveness of the ICC procedure. Enumerating several examples of contentious procedural issues, he further elaborated his reasoning.

Dr. Yvone Mcdermott Rees (Swansea University) discussed in her presentation “Proving International Crimes” the evaluation of evidence in international criminal trials and argued that there is, up to now, no consistent approach as to how judges should weigh the evidence. In her view, the recent Bemba appeals chamber judgment of the ICC confirmed this finding. Looking ahead, she identified trends which might shape evidence gathering and proceedings at the Court, such as digital evidence, open sources and legal tech.

Looking at criminal courts in general, Prof. *Volker Nerlich* (Legal Advisor to the Appeals Division, ICC) identified different types of audiences (e.g. interpretative, implementing, consuming and secondary) and compared them with the situation at the ICC (“Bringing Justice to the People – Audiences of the ICC”). While he observed that principally the same types of audiences exist at the ICC, he pointed out that their number is even higher due to its specific nature as a “world court”. Prof. *Nerlich* maintained that it is important for the ICC to decide if and how to take these different audiences and their expectations into account, for instance in its communications.

A main topic of the subsequent discussion concerned the question of how to improve the way of writing judgments, for example their readability and accessibility to a non-legal audience (structure of judgments, easy language, outreach).

Dr. Geneuss summed up the feelings of many participants very well when she concluded with the John Lennon quote: “The more I see, the less I know for sure.” Despite many problems which were identified during the Conference, many voices were not too pessimistic regarding the future of the ICC and eager to contribute to the realization of its full potential. Overall opinion concluded that this requires a more nuanced and in-depth research with a closer look at the underlying mechanisms of the international criminal justice system including interdisciplinary perspectives.