

AUSGABE 12/2014

S. 610 - 666

9. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Internationales Strafrecht

Perfection of the Trends in Juvenile Justice Systems

**On the basis of comparison of German, Georgian
and the U.S. juvenile law**

By Prof. Dr. Bernd Heinrich, Berlin,
Prof. Dr. Irine Kherkheulidze, Tbilisi

610

Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel

Un homenaje tardío a Joachim Vogel

De Prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuna, Santiago de Chile

622

Nullum crimen sine lege praevia: Das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK vor dem EGMR im Fall Maktouf und Damjanovic gegen Bosnien und Herzegowina

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Vojislav Damnjanovic, LL.M., Erlangen

629

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Internationales Strafrecht

TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13

(Práctica de las llamadas “entregas extraordinarias”)

(Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen)

638

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 13/13, 14/13

**(Zur Auslegung des „Unterstützens“ einer terroristischen
Vereinigung durch Sympathiewerbung über ein Mitglied)**

(Wiss. Mitarbeiterin Monika Werndl, Augsburg,
Rechtsanwalt Andreas Lickleder, München)

644

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Anne-Gwendolin Geismar, Der Tatbestand der Aufsichts- pflichtverletzung bei der Ahndung von Wirtschafts- delikten, 2012

(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München)

656

Jörg Eisele, Compliance und Datenschutzstrafrecht, Straf- rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerüberwachung, 2012

(Privatdozent Jun.-Prof. Dr. Osman Isfen, Bochum)

658

VARIA

Internationales Strafrecht

Report on the 6th Summer School of the South African- German Centre for Transnational Criminal Justice

By Dr. Sosteness Materu, LL.M. (UWC), Dar es Salaam,
Fatuma Mninde-Silungwe, LL.M. (UWC), Berlin/Cape Town,
Marshet Tadesse Tessema, LL.M. (UWC), Berlin/Cape Town

660

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. Mark Deiters

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 Weißen

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhriinger

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Perfection of the Trends in Juvenile Justice Systems

On the basis of comparison of German, Georgian and the U.S. juvenile law

By Prof. Dr. Bernd Heinrich, Berlin, Prof. Dr. Irine Kherkheulidze, Tbilisi

I. Introduction

As it is broadly acknowledged, the crime and criminal justice management are recognized as a growing problem worldwide. There are a few places in the world that are not currently dealing with issues related to juvenile justice. A very practical issue that most countries face is how to manage youth crime through drafting, revising or rethinking the juvenile justice system, including the court system and legislation. Hence, examining the experiences of different jurisdictions allows for the identification of common problems and themes and contributes to the comprehension of the strengths and weaknesses of a particular juvenile justice system. Overall, this process contributes to improving trends in juvenile justice policy. From this perspective, this article focuses on the topics facing the Georgian juvenile justice reform through identifying solutions found in the German and the American juvenile justice settings.

Studying the German model of juvenile justice policy is especially important since the structures of legal systems in these two countries, Germany and Georgia, are quite similar. The Georgian legal system stems from the German framework, whereas the U.S. model of juvenile law recognizes some distinct features of the American juvenile justice system.

Consequently, this comparative research endeavors to describe, evaluate and summarize the advantages, benefits and best sides of the juvenile justice system in light of American and German trends in this regard. Reconsidering the juvenile justice in Georgia and the adoption of reasonable and non-discriminative regulations is almost unfeasible without finding and assessing the weaknesses and strengths of these systems found in the legislation of Western countries.

II. The system of juvenile justice and the authorities applying juvenile law

1. The United States of America

The United States of America do not have a national juvenile justice system. Juvenile justice systems vary substantially from state to state, though the U.S. Constitution, federal policies and legislation, – produce significant common features. These separate systems, which are controlled largely by state law, differ from each other in mission, scope and procedure. These inherent variations provide many opportunities to test different approaches and new programs and to learn from each other, but they make it difficult to describe the juvenile justice in the United States comprehensively.¹

Researching the origin of the juvenile justice system in the U.S. and examining the legal responses to minors who break the law could be achieved through a profound analysis. This analysis should consider jurisdictional issues – when

does the juvenile court have authority to act, and when and how do adult criminal courts assert jurisdiction instead?²

When the first juvenile court was created in Cook County, Illinois, in 1899, the court's jurisdiction clearly was distinct from its adult criminal court counterpart. The proceedings were confidential, informal, and non-adversarial. In terms of subject matter jurisdiction, the juvenile court had the responsibility for three kinds of cases: delinquency, dependency and neglect. Dependency and neglect cases did not deal with what the child had done but with the situation in which the child was found. In reality, these types of cases were directed more at parents and guardians than at youngsters. Children were not offenders in these circumstances; they were more often viewed as victims.³ As Judge Cabot of the Boston Juvenile Court observed: "Remember the fathers and mothers have failed, or a child has no business [in the court], and it is when they failed that the state opened this way to receive them, into the court, and said 'This is the way in which we want you to grow up'".⁴

Nearly all states had a juvenile court by the 1920s. These civil (i.e., non-criminal) courts were guided by the principle that their actions should be in the best interest of the child. Juvenile justice in the United States was molded by the concept of *parens patriae*, which saw the state in the role of a parent. As a parent, the state had a responsibility to intervene in the lives of children when the child was in need of care due to the inability of the natural parents to provide appropriate care or supervision. Within this framework, a child violating criminal law was considered to be a delinquent in need of the court's "benevolent intervention".⁵

Before juvenile courts were established, minors accused of a crime were treated much the same as adults. The procedural framework for determining the guilt of a child was the same as for an adult, and, if found capable of criminal intent, a minor defendant was in principle subject to the same range of penalties as an adult offender. The simplest way to see the juvenile court movement is as a reaction against the criminal court treatment of youthful offenders. Proponents of the juvenile court movement sharply criticized the treatment of young people as if they were "hardened" adult criminals, and especially the incarceration of youthful with seasoned offenders.⁶ Once the juvenile court establishes the scope, procedure, and sanctions, it differs greatly from those of the criminal court, and to mark these differences, even the vocabulary changed. Those subject to the juvenile court process were called "respondents" rather than "defendants". A re-

² Harris/Teitelbaum/Birckhead, Children, Parents, and the law, 3rd ed. 2012, p. 285.

³ "Status Offenders", see Mays, in: McShane/Williams (eds.), Encyclopedia of Juvenile Justice, 2002, p. 355 ff.

⁴ Cabot, in: Addams (ed.), The Child, the Clinic and the Court, 1925, p. 224.

⁵ Bala et al. (fn. 1), p. 43.

⁶ Harris/Teitelbaum/Birckhead (fn. 2), p. 285.

¹ Bala et al., Juvenile justice systems, an international comparison of problems and solutions, 2002, p. 43.

spondent found to have committed misconduct was “adjudicated” rather than “found guilty”, and labeled a “delinquent” rather than a “criminal” or “felon”. Upon adjudication, the child was subject to “disposition” rather than “sentence”.⁷

Beginning in the late 1960s, rulings by the United States Supreme Court substantively changed the character of the juvenile courts. The informality of the juvenile courts was greatly diminished when they were ordered to give accused delinquents many of the same legal rights adults had when charged with a criminal act. For instance: protection against self-incrimination, the right to receive notice of the charges, the right to present and question witnesses, the right of indigent youth to have an attorney provided by the state, and the right to have the charges against them proven beyond a reasonable doubt. These decisions reduced the procedural differences between the juvenile and criminal justice systems.⁸

Another important point while researching the U.S. juvenile justice system is the waiver of jurisdiction as it is a “critically important” action determining vitally important statutory rights of the juvenile, whereas this point is not the subject to serious consideration in Germany.

In two-thirds of the U.S. states, juvenile courts have original jurisdiction over most cases in which a person younger than 18 is charged with an offense. However, in New York and North Carolina, only youths of the age of 15 and younger are tried in juvenile court, and the upper age limit for juvenile court jurisdiction is 16 in ten states: Georgia, Illinois, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Missouri, New Hampshire, South Carolina, Texas, and Wisconsin.⁹ Connecticut’s legislature voted to raise the age of juvenile court jurisdiction from 16 to 18 in 2007, implementing it for 16-year-olds in 2010 with a plan to add 17-year-olds in 2012.¹⁰

All states have one or more means of transferring at least some cases involving minors younger than the maximum age limit from juvenile court to an adult criminal court. Until the 1960s, individual orders by the juvenile court judge were the means for transferring a case to the adult court. The Supreme Court’s first decision concerning juvenile court practices reviewed this process.¹¹ In such cases where the decision to transfer a juvenile to the adult criminal justice system was made by a juvenile court judge, the prosecutor would request a transfer hearing and attempt to prove that the youth was not amenable to rehabilitation within the juvenile justice system. If the judge believed the youth could not be rehabilitated, the

judge transferred the matter to the adult criminal court. Increasingly, in recent years, other system actors have been given the decision-making authority to transfer a juvenile to the adult criminal court. Prosecutors in many states now may file a juvenile case directly in the adult criminal court, a process labeled prosecutorial discretion. Legally, this is accomplished by the legislature classifying a set of crimes or offenders as being under the concurrent jurisdiction of both the juvenile and criminal justice systems and empowering the prosecutor to select the appropriate venue for the case.¹² In 15 states, where juvenile and adult courts have concurrent jurisdiction over some offenses for offenders older than prescribed ages, the prosecutor has discretion to choose where to file.¹³

As it was mentioned the correct application of the judicial waiver (transfer) in the U.S. performs a significant role in exercising impartial judgment and fair justice. In this relation, the threats confronting the juvenile’s rehabilitative interests in case of an inappropriate transfer should be evaluated and analyzed.

Besides facing the potential of much harsher sentences, one of the disadvantages of transfer is that minors tried as adults rather than juveniles receive little or no rehabilitative programming and have more difficulty expunging their criminal records. Minors transferred to an adult court may be held in adult jails and prisons, where they are at greater risk of victimization and death than in juvenile facilities.¹⁴

The legislatures’ choices regarding the type of waiver statutes and their specific terms have not been significantly limited by the courts. The courts have generally accepted the argument that, since juveniles have no constitutional right to be tried in a separate court system at all, the states may design their procedures for sorting minors into the adult and juvenile courts as they see fit, provided that the procedure comports with fundamental fairness.¹⁵

2. Germany

While the U.S. juvenile courts were formed as early as 1899, the juvenile justice system in Germany emerged much later, as late as the 1920s.

It was not until 1923 that the Youth Court Act (*Jugendgerichtsgesetz*) entered into force in Germany. The Youth Court Act signaled a profound change in dealing with young offenders. It provided for a different legal framework for criminal cases committed by juveniles (14 to 17 years old). Until then juvenile offenders (12 to 17 years) fell under the jurisdiction of the adult court system, although their minor age led to mitigated penalties.

The development of the idea of the “modem school of criminal law”, led by *Franz von Liszt*, coincided partially with the emergence of the “youth court movement” in Germany which stressed the rehabilitation of juvenile offenders. In addition, the movement stressed the need for a completely

⁷ Harris/Teitelbaum/Birckhead (fn. 2), p. 287.

⁸ Bala et al. (fn. 1), p. 44.

⁹ Puzzanchera/Adams/Sickmund, Juvenile Court Statistics 2006-2007, 2010, p. 105.

¹⁰ Campaign for Youth Justice, State Trends Report, 2011, p. 29 f.; available at: http://www.campaignforyouthjustice.org/documents/CFYJ_State_Trends_Report.pdf (21.10.2014); for an account of the legal history of the movement to raise the age in North Carolina, see Birckhead, North Carolina Law Review 86 (2008), 1443; for a discussion of New York’s history, see Sobie, Pace Law Review 30 (2010), 1061.

¹¹ Harris/Teitelbaum/Birckhead (fn. 2), p. 377.

¹² Bala et al. (fn. 1), p. 56.

¹³ Harris/Teitelbaum/Birckhead (fn. 2), p. 380.

¹⁴ Ray, Scholar 13 (2010), 317 (342 ff.).

¹⁵ Harris/Teitelbaum/Birckhead (fn. 2), p. 380.

different system of justice for juvenile offenders, which then was conceived as a system of education. The “youth court movement” relied heavily on the ideas of the North American child-saver movement as well as on North American experiences with juvenile courts. In 1908, Frankfurt became the first German city to establish a special department for juvenile offenders. The first juvenile prison opened in 1911.¹⁶

One year before the enactment of the Youth Court Law, another youth law, namely the Youth Welfare Act (Jugendwohlfahrtsgesetz, 1922), came into effect. The Youth Welfare Act was aimed at youths (under the age of civil responsibility, which then commenced at the age of 21 [today 18]), in need of care and education. The development of the German youth laws has been based on those basic beliefs that characterized the emergence of youth laws in virtually all Western juvenile justice systems.¹⁷

It could be argued that the commencement of juvenile justice-prone settings, attitudes and legislation was stipulated by the creation of the U.S. juvenile court movement. However, not all features of the U.S. juvenile courts were applied to the German system.

Particularly, contrary to the U.S. system of juvenile justice, in Germany no specific juvenile courts are provided, but the courts hearing juvenile cases function under the regular court system instead. Additionally, the German Youth Court Act does not provide for waivers of juvenile rights and the possibility of transferring juvenile offenders to adult criminal courts. On the contrary, young adults (18 to 20 years) may be transferred to the juvenile justice system instead of being tried in an ordinary criminal court.¹⁸

The amendments of Youth Court Act in the twentieth century (1943, 1953 and 1990)¹⁹ as already indicated, adhered to the principle of education, although in 1943, under the influence of German national-socialism,²⁰ a special amendment concerning juvenile felons introduced the possibility of the transfer of juvenile offenders at the age of sixteen years and older to adult criminal courts with adult criminal penalties. This law was abolished immediately after World War II. The amendment of 1953 brought important changes in terms of the opportunity to sentence young adults as juveniles.²¹

A comparative theoretical research of the U.S. and Germany shows considerable differences between these countries concerning the existence and criteria of transfer to adult courts. Nowadays the transfer issue is not the point of practical interest for the German juvenile justice system. The reason is that since juvenile justice is seen as a special branch of the criminal justice system in Germany, it is consequent that the procedure in juvenile justice cases follows the general

principles of the criminal procedure against adults with the trial as its central stage and the court as its main actor. Because Germany like most other states of continental Europe follows the inquisitorial – not the adversarial – system, the trial is governed by the court, especially by the presiding judge, and not by the public prosecutor and the defense counsel which are the main actors in the Anglo-American legal tradition. In the pre-trial stage, on the other hand, the process is directed by the public prosecutor, who is bound by law to take up a case, if there are sufficient factual indications (sec. 152 of the Code of Criminal Procedure), and who alone is in the position to terminate the proceedings.²² Without a formal indictment of the public prosecutor’s office, no juvenile case can be brought to the juvenile criminal court.²³ The Youth Court Act requires a specialization of the juvenile criminal court insofar as the judges should have a special (psychological and sociological) knowledge of youths and finally, as a general rule, judges in juvenile criminal courts should at the same time be appointed as a family judge (Vormundschaftsrichter) responsible for applying juvenile welfare law in the family court.²⁴

In Germany, the penal law can by no means be applied to young offenders, and juveniles can under no circumstances appear before the adult court. Juvenile offenders are always dealt with within the juvenile justice system and under the jurisdiction of the juvenile law. Despite this, within the European space (including countries like the Netherlands, Belgium or the United Kingdom) the possibility or obligation to sentence young offenders in an adult court (i.e. a police court) for petty offences or traffic violations exists in all countries except Germany.²⁵

3. Georgia

Georgia first addressed the issue of juvenile justice as late as 2009, when an explicit approach was assumed, implying the liberalization of criminal policy toward juvenile offenders. For this reason, no in-depth comparison of the Georgian juvenile court system or transfer issue to the U.S. and German experience is in place. It is reasonable to assume that the Georgian juvenile justice system is far from being fully formed or perfect, as it currently undergoes a long-term process of formation and completion. However, within the frames of this policy, a significant effort was directed toward amending and improving the juvenile justice system.

Remarkably, before 2009, Georgia did not even have a juvenile justice reform strategy that would ensure the adequate protection of the rights of juveniles in conflict with the law and would respond to their needs within the criminal justice system. It was adopted by The Criminal Justice Reform Inter-Agency Coordination Council only as late as 2009

¹⁶ Winterdyk, Juvenile Justice Systems, International Perspectives, 1997, p. 234.

¹⁷ Empey, American delinquency, Its meaning and construction, 2nd ed. 1982, *passim*; Klein (ed.), Western system of juvenile justice, 1984; Winterdyk (fn. 16), p. 234.

¹⁸ Winterdyk (fn. 16), p. 237.

¹⁹ Kerner, DVJJ-Journal 1990, 68.

²⁰ Kerner/Weitekamp, in: Klein (fn. 17), p. 147.

²¹ Winterdyk (fn. 16), p. 235.

²² Meier/Vasmakar, ZIS 2011, 584.

²³ Winterdyk (fn. 16), p. 250.

²⁴ Winterdyk (fn. 16), p. 237.

²⁵ Vandijk/Nuytiens, Objectives of Transferring Juvenile Offenders to Adult Court, available at: <http://www.fvv.uni-mb.si/conf2004/papers/dijk.pdf> (21.10.2014).

and was later revised in 2011 and 2013, followed by a relevant action plan. All of the strategy documents stress a need for adequate professional training and retraining for the court personnel. Despite the absence of juvenile courts within the Georgian court system, according to the amendment to the Criminal Procedure Code of Georgia, the adjudication of juveniles is carried out by properly trained judges, prosecutors and investigators.²⁶ Besides, the secession of a particular composition of judges, mainly focused on juvenile cases within the entire court system, is strongly recommended by the UNICEF policy paper and scheduled under the juvenile justice reform strategy.

According to the UNICEF policy paper, one of the specific recommendations on further reforming the juvenile justice system in Georgia is to ensure the comprehensive specialization of the justice professionals including sustainable capacity building. This can be done either: (a) through the creation of specialized units within the judiciary police and prosecution service, where a certain number of professionals will be designated to work solely on children's cases or (b) the identification and assignment of specialized professionals who will be entitled to work on cases involving juveniles, but will also be working on other cases.²⁷

Apparently, the transfer issue from adult to juvenile courts is not outlined within the Georgian juvenile justice system because of the non-existence of such courts and accordingly is not the point for consideration for the purposes of the comparative research below.

III. Construction of juvenile codes and related legislation

Disparities and differences among the U.S., Georgian and German juvenile justice could be found not only in relation to the systems, but also in the construction of the legislative acts regulating the point. The comparison of the juvenile codes or other juvenile-related laws in these countries aims to expose the necessity of how and why a particular approach to the designing of the law is applied in each country. Under this topic, one can learn that specific codes for juveniles are effective in each state of the U.S. In Georgia such a code is at the stage of drafting, whereas in the German legislative system the juvenile court law is the main act regulating the issue all through the country. If the structure of laws (codes and statutes) of these different countries is looked into, the basis of differential approaches to the topic becomes visible.

1. The United States of America

In the U.S., nearly every aspect of the juvenile justice system is controlled by state legislation²⁸ due to the federal structure of the country. Each state has the authority to adopt a juvenile

²⁶ The juvenile justice reform strategy of 2011 and 2013 adopted by The Criminal Justice Reform Inter-Agency Coordination Council of Georgia.

²⁷ Policy paper by UNICEF, Justice for children in Georgia, Recommendations for the government to reform the justice system for children in Georgia, 2013.

²⁸ Bala et al. (fn. 1), p. 56.

code or related statutes. For instance: The North Carolina juvenile code and related statutes involve all the substantive issues about juveniles should it have the nature of a civil character or bear the statements of criminal responsibility.

The North Carolina juvenile code covers abuse, neglect and dependency, definition and treatment of undisciplined and delinquent juveniles, the juvenile record and parental authority. All these chapters involve the rules of hearing procedures, law enforcement procedures in delinquency proceedings, venue and petition, dispositions, and many other points both for materialistic and procedural law.²⁹ Related statutes refer to evidence, criminal law, criminal procedure act and adoption, also to elementary and secondary education.³⁰

The U.S. philosophy of law drafting shows that all juvenile-related legislation is incorporated in the juvenile code and other related statutes covering a wide range of any aspect of the different fields of law if concerning juveniles. These could be the behavior, conduct, punishment, treatment, well-being, living conditions, family setting and even education.

2. Georgia

In Georgia, currently, provisions regulating juvenile-related legal proceeding are given in different codes and legislative acts. The criminal code involves the specific chapter defining the juvenile criminal liability in two terms: the peculiarities of juvenile criminal liability and the release of juveniles from criminal liability and punishment.

Since 2009 the Georgian legislative framework has significantly changed. Studies have confirmed the compliance of Georgian legislation with basic international standards. However, there are several issues that require the further improvement of legislation. Among them is the issue of protection of the right to privacy of minors as it is very important for avoiding his or her stigmatization and negative influence on his or her further development.³¹ The main challenges are related to the inability of the criminal justice system to provide the continuity of an individual, child friendly approach across the entire chain of the justice system. Currently, the issues concerning children in conflict with the law and child victims and witnesses in the criminal justice context are regulated by various laws and secondary legislative acts.

There is no comprehensive code that would combine norms defining the basis of criminal liability, sentencing principles and types of sanctions or other measures that cover due process guarantees for juveniles in conflict with the law and sentencing mechanisms. Considering the needs identified in the process of the on-going revision of criminal legislation, the development of a separate piece of legislation regulating the criminal justice system for juveniles has been deemed

²⁹ North Carolina Juvenile Code and Related Statutes Annotated, p. 6 ff.

³⁰ North Carolina Juvenile Code and Related Statutes Annotated, p. 281 ff.

³¹ The juvenile justice reform strategy of 2011 adopted by The Criminal Justice Reform Inter-Agency Coordination Council of Georgia.

appropriate.³² The government of Georgia is developing a separate code for juveniles covering all the aspects of criminal law, criminal procedure law and institutional treatment.

3. Germany

The case of Germany in terms of contraction of juvenile law differs from the others indicated above. Like the U.S., Germany is a federal republic. However, federal law in Germany contrasts greatly to the U.S. criminal law – just as the law of criminal procedure. The 16 German states (Bundesländer) do not have their own particular criminal codes or criminal procedural codes. Hence, it becomes clear that the adoption of specific juvenile codes for each of the “Bundesländer” is totally unrealistic for the German system. Accordingly, the Juvenile Court Act, which is a so-called supplementary criminal law, comprises substantive criminal law as well as law of criminal procedure applicable to juvenile offenders.³³ Consequently, the most important provisions regulating juvenile cases are contained in this act.

The Youth Court Law focuses on the educational and rehabilitative needs of juvenile offenders. But German juvenile justice was never dominated by a social welfare model; the prevailing idea is that both, punishment and education should be reconciled within the framework of juvenile justice. German juvenile criminal law never deviated far from general criminal law.³⁴

Another important juvenile-related law in Germany is the Youth Welfare Act. It regulates the cases where a child is in need of care and education as well as in need of help and protection. In severe cases, namely where the child's well-being is threatened, the state can take action against the parents via the guardianship court. Alongside the educational measures, the law on young people's welfare provides in the 8th Book of The Social Security Code (SGB VIII) for numerous types of help and protection. The possibilities range from counseling to separating the child from his or her parents if necessary.³⁵

In relation to German juvenile law, it could be concluded that despite the non-existence of specific juvenile codes for each state in Germany, the issue of dealing with juveniles – both offenders and those in need of protection – are explicitly regulated by the two major acts. These acts are: the Youth Court Act and the Juvenile Welfare Act. While analyzing these laws, it becomes clear that the educational approach is the main concept behind the designing and understanding of the German juvenile-related legislation.

³² Policy paper by UNICEF (fn. 27), p. 12.

³³ Krey, German Criminal Law, General Part, Vol. 1, 2002, p. 150 ff.

³⁴ Winterdyk (fn. 16), p. 236.

³⁵ Robbers, An Introduction to German Law, 5th ed. 2012, p. 135.

IV. Juvenile crimes and applicable criminal sanctions

1. Juvenile crimes/Delinquency

Delinquency or juvenile crime is an international phenomenon which is a subject of concern for all countries. However, as it is clear from the study of the juvenile legal systems in various countries of the world, none of these countries has managed to avoid such problems.³⁶

It is impossible to develop a general and common conception for juvenile crime as it depends on the social, legal and political order of the specific country. As there is no common understanding of the juvenile crime, for the purposes of research, we shall cover all components related to the nature of juvenile crime, adopted and implemented by juvenile legal systems in different countries.

a) Georgia

According to the Code of Criminal Proceedings of Georgia a juvenile is a person, who has not attained the age of 18 years; based on the Criminal Law Code a juvenile is a person who became 14 but was not 18 just before committing a crime. In Georgian criminal law, there are no specific juvenile crimes. The conception of the crime is defined in art. 7 of the Georgian Criminal Code and it is equally applicable both for adults and juvenile offenders. This article states: “The basis for the criminal liability shall be a crime, i.e. the illegal and culpable actions provided under this Code. Crime shall not be the action that, although formally carrying the signs of crime, has not produced, for minor importance, the prejudice that would necessitate the criminal liability of its perpetrator, or has not created the threat of such prejudice.”³⁷

b) The United States of America

Unlike Georgian criminal legislation, many countries with a common law system know the term juvenile criminals as well as juvenile delinquents and status offenders. In the U.S., youths can be charged with at least three different categories of offences.

First, they can be charged with a felony or misdemeanor by federal, state, and local statutes. Second, they are subject to relatively specific statutes applying exclusively to juvenile behavior: truancy, consumption of alcoholic beverages, and running away from home are examples. Third, juveniles can be prosecuted under general omnibus statutes that include such offences as acting beyond the control of parents, engaging in immoral conduct, and being ungovernable and incorrigible. Offences in both the second and third categories are status offenses,³⁸ which constitute the subject of interest for the purposes of the research below as they are not incorporated in Georgian or German juvenile law.

Violation of status was part of the U.S. juvenile legal system from its establishment. Such violations were considered as offences in the juvenile code for some periods (this is the

³⁶ Winterdyk (fn. 16), Introduction.

³⁷ Art. 7 of the Criminal Code of Georgia.

³⁸ Bartollas/Miller, Juvenile Justice in America, 2nd ed. 1998, p. 196.

part of the definition of delinquency) and in some periods the same violation was considered as a problem different from and less serious compared with delinquency. To clearly understand the essence of the status violation, we shall provide a brief definition and review the history of a role, which the status violation played for the juvenile legal justice system, as well as discuss the potential legal basis for the status violation.

In the broadest definition of the term, delinquency involved any offense that would be a crime (felony or misdemeanor) for an adult. However, the original juvenile court's definition of delinquency also included violations of the law that would not be an offense for adults. These are so-called status offenses. Status offenses are defined primarily in terms of the child's age status (a person under the legal age of majority), and they are any violation of the law by a child – in the majority of states someone under the age of 18 – that would not be a crime if committed by an adult. Specific examples, along with definitions, will give further clarification.

There are various forms of status violations. The most common status offenses have almost always been truancy, running away, curfew violations, alcohol-related offenses, tobacco use, underage gambling, and virtually any form of sexual intercourse. Once again, it is essential to remember that these activities are not law violations for adults under most circumstances.³⁹

Status offenders can be processed through the juvenile justice system along with youths who have committed criminal offenses, or they can be handled separately from felony and misdemeanor. States refer to status offenders as MINS (Minors in Need of Supervision), CINS (Children in Need of Supervision), PINS (Persons in Need of Supervision), FINS (Families in Need of Supervision) or JINS (Juveniles in Need of Supervision). Some jurisdictions handle these youths in a different court; others will not place them in detention with delinquents or send them to a juvenile correctional institution.

The handling of status offenders, one of the most controversial issues in juvenile justice, has focused on two questions: Should status offenders be placed with delinquents in correctional settings, and should the juvenile court retain jurisdiction over status offenders?⁴⁰

Status offense jurisdiction still is a part of many juvenile codes and juvenile court systems in the U.S. There seems to be virtually no way to eliminate status offenses because much of the behavior is endemic to the teenage years. Youngsters from a variety of backgrounds and socioeconomic statuses engage in these behaviors. Many of them will stop without detection and with no legal intervention. However, in quite a few cases, status offenses are important, not in themselves but because they are symptoms of more serious personal and family problems. Status offense jurisdiction is not likely to totally disappear from the U.S. juvenile justice system anytime soon. While most people involved in the system express frustration and dissatisfaction over status offense treatment, many of them still want to retain the option of legal interven-

tion with status offenses to provide children and their families with the services they need, but might not seek.⁴¹

c) Germany

As opposed to certain case created rules that are still alive in many doctrinal rules of criminal law and criminal procedural law in the U.S., case law is not a source of law in Germany.⁴² Accordingly, the conceptions similar to those vague and broad definitions of delinquency including the status offences introduced in the U.S. do not exist in German Law. There are no provisions defining specific "juvenile crimes" or "juvenile delinquency". All crimes are the same as those, committed by adult offenders.

Decisive for the definition of juvenile crime is the age of the perpetrator at the time of the offence. So criminal offenses as defined in the German Criminal Code apply to juveniles as well as to adults. As to the basic rules which must be followed when establishing criminal responsibility, the differences between juveniles and adults lie in the type and the range of penalties that can be imposed.⁴³

In general, simply expressing criminal behavior "which is recognized as a crime under German law" is sufficient for imposing criminal responsibility.⁴⁴ The crime is regarded to be committed, and the accused is liable to be punished regardless of being juvenile or adult, if his or her act fulfills the elements of the crime, was unlawful, and was done with a culpable state of mind (*schuldhaft*).⁴⁵ However, the criminal culpability is only possible if a person has criminal capacity (*Schuldfähigkeit*). Children under the age of 14 do not have such a criminal capacity. The capacity must specifically be proved in accordance with the Juvenile Courts Act in the case of youth (aged 14 to 17).⁴⁶ Contrary to North American systems of juvenile justice, German youth laws do not provide for so-called "status offences",⁴⁷ described above.

In summary, we can conclude that it is impossible to unify the definition of juvenile crime due to an existence of multi-aspect determining factors. However, when we deal with juvenile crime under the modern juvenile justice system, it considers criminals as well as juvenile delinquents and juveniles violating the status.

2. *Criminal sanctions and the measures of educational character assigned for juveniles*

Criminal sanctions for juveniles as well as the measure of a coercive character must be viewed in the light of the purpose of the punishment. In this regard, most authors discuss and

⁴¹ Mays (fn. 3), p. 355 ff.

⁴² Eidam, German Law Journal 2004, 1179; available at: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No09/PDF_Vol_05_No_09_1171-1185_Legal_Culture_Eidam.pdf (21.10.2014).

⁴³ Winterdyk (fn. 16), p. 237.

⁴⁴ Eidam, German Law Journal 2004, 1171 (1180).

⁴⁵ Robbers (fn. 35), p. 162.

⁴⁶ § 3 Jugendgerichtsgesetz (JGG).

⁴⁷ Winterdyk (fn. 16), p. 237.

³⁹ Mays (fn. 3), p. 355 ff.

⁴⁰ Bartollas/Miller (fn. 38), p. 196.

explain the theory of retribution as well as the prevention theories.⁴⁸ Establishment of criminal sanctions for juvenile offenders should consider the sense and purpose of the punishment. The questions which have been the subject of dispute regarding the sense and purpose of the punishment since antiquity are asked in the following order: Does punishment aim at retribution? Does it intend prevention of future criminal acts? Or does it serve both prevention as well as retribution?⁴⁹ Consequently, each country considers the legislator's approach towards the issue and its perception of the punishment theories while drafting and adopting criminal sanctions in their codes.

a) Georgia

Taking into account the existing theories of punishment, the Georgian legislator defines in art. 39 of the Georgian Criminal Code that "Punishment is aimed at the restoration of justice, prevention of new crimes and re-socialization of a criminal. The purpose of punishment shall not be a physical suffering of a human being or humiliation of his or her dignity". Accordingly, criminal sanctions in the Georgian Criminal Code are created on the basis of the described perception of punishment.

One of the peculiarities of juvenile punishment in Georgia is that, under Georgian legislation, juvenile offenders are the only group subjected to mandatory educational measures in place of criminal punishment. Under the Georgian Criminal Code, both criminal sanctions and educational measures proportionate to the nature and category of a crime committed may be imposed upon juvenile offenders. Art. 82 of the Georgian Criminal Code gives a list of types of criminal punishments that may be applied to juvenile offenders, such as fine; deprivation of the right to engage in a particular activity; community work; corrective labor; restriction of freedom; imprisonment for a particular term. Despite legal provisions which establish shortened terms of imprisonment for juveniles according to their age, the period a juvenile has to spend under detention is too long to achieve the re-socialization of the offender, which is one of the aims of the punishment. For instance, under the Georgian Criminal Code: "The term of imprisonment awarded against a juvenile from 14 to 16 years old shall be reduced by one-third and from 16 to 19 years old – by a quarter. However, in the first case the final sentence shall not exceed 10 years and in the second one – 15 years". Still, it can be argued that regardless of the reduction of the imprisonment terms, keeping juveniles in custody for 10 and 15 years could hardly consider bearing rehabilitative character. Hence, focusing on the evaluation of the length of the imprisonment is one of the important points the legislator should keep in mind. Apparently, it is a serious issue in Georgia, as there are sanctions as long as 15 years, which hinders the process of re-socialization and instead returns a real and incorrigible perpetrator to society.

This is why the juvenile justice reform strategy of 2011 outlines the imprisonment as the harshest measure of criminal

sanctions and calls for shifts on the application of non-custodial measures where it is possible. According to this strategy "deprivation of liberty, including arrest, detention and imprisonment shall be used against a minor as a last resort and for a minimum period. However, in exceptional cases, when the use of preliminary detention is inevitable, derived from the true interest of a child, his case must be considered by the court as soon as possible, so that he can be isolated from society for as short a period as possible. Due to the low age of a minor, special attention should be paid to the educational activities, which should not be blocked even during his imprisonment".

The rate of using detention, as a coercive measure, has significantly decreased over the past few years. However, it remains quite high as does the sentencing to imprisonment of children in conflict with the law. In this regard, Georgia must enhance the application of alternative sanctions with respect to minors in conflict with the law. In addition, alternative sanctions should be further developed and used appropriately taking into full consideration the emotional, mental and intellectual maturity of the child and the specifics of the case.⁵⁰

Another appropriate tool for substituting imprisonment as well as other criminal sanctions applicable for juveniles is the provisions incorporated in the Georgian Criminal Code enabling judges to release a juvenile from criminal liability by application of a coercive measure of educative effect. However, it depends on the crime category and the number of crimes already committed. First-offender juveniles may be released from criminal liability if the court holds that it is advisable to correct the juvenile by application of a coercive measure of educative effect. The Georgian Criminal Code considers the following types of coercive measure of educative effect awarded by the court: caution; transfer under supervision; assigning the obligation of restitution; restriction of conduct and placement into a special educative or medical-educative institution.⁵¹ However, unfortunately in court practice the application of such measures constitutes a very low percentage of all adjudicated cases. The courts in general avoid ordering these measures and mostly apply imprisonment in a considerable number of cases. The priority of ordering of the measure of educational characters versus imposing the punitive measures must be turned into a guiding principle for judges applying the law in juveniles' cases.

In such cases, the judges should take into account the principle of proportionality in the narrow sense which constitutes the requirement of punishment-worthiness. Not all illegal behavior that violates legal interests may be prohibited on pain of punishment. Criminal penalties are the sharpest instrument within the system of governmental protection of legal interests. This fact proves to be true, especially since next to the penalty there is the socio-ethical condemnation of the perpetrator by the state. With the conviction by a criminal court, the condemned person is "publicly stigmatized". Only

⁴⁸ Eidam, German Law Journal 2004, 1171 (1178).

⁴⁹ Krey (fn. 33), p. 118.

⁵⁰ The juvenile justice reform strategy of 2011 adopted by The Criminal Justice Reform Inter-Agency Coordination Council of Georgia.

⁵¹ Art. 91 of the Criminal Code of Georgia.

acts that might considerably harm society permit the use of this “sharp sword of criminal law” since such use must be adequate.⁵²

However, the advanced step in terms of avoiding criminal punishment and stigmatization of juvenile offenders assigned under the juvenile justice reform strategy of 2009 was the promotion of alternative measures to criminal prosecution by introducing and implementing the diversion and mediation programs. The broader implementation of restorative justice is articulated in the strategy.⁵³ Georgian prosecutors are free to exercise discretion and dismiss certain cases by diverting juvenile offenders and enlisting them in a range of diversion programs. Criminal prosecution shall not be commenced, or if already initiated, it shall be terminated if the prosecutor considers that diverting the juvenile from criminal responsibility serves to his best interest and is in compliance with the nature of the committed crime.⁵⁴

To sum it up, it should be outlined that criminal sanctions, especially imprisonment – as “ultima ratio” – should be applied only in cases where otherwise the effective protection of the legal interests would fail. Hence, giving application priority to educational measures over punitive measures in cases where such measures are applicable under the law is strongly recommended for the court personnel.

b) Germany

Under German legislation “the purpose of criminal law must never be to criminalize mere violations of moral, ethical or religious norms”. Krey therefore concludes that criminal law is not an all-round tool to deal with unpopular behavior. Thus, criminal sanctions may be used only where the idea of the protection of a legal interest justifies the use of criminal law towards people. On that basis, Krey explains the concept of the subsidiarity or in other words the “ultima ratio” character of criminal law. It means that criminal law may only be used by the legislature if the constitutional standard of proportionality allows it to do so.⁵⁵

The law on juvenile offenders differs from the ordinary criminal law primarily in terms of the applicable penalties. The dominant idea is correctional education.⁵⁶ Juvenile criminal law does not emphasize the criminal offence or the seriousness of the offence but the offender and his or her rehabilitative needs.⁵⁷ For this reason a distinction is made between three types of sanctions: educational measures for juvenile delinquents, disciplinary measures and juvenile detention. These measures show particularly clearly that the law on juvenile delinquency is by nature a special aspect of a comprehensive body of the law on young people’s welfare.⁵⁸

⁵² Krey (fn. 33), p. 17.

⁵³ The juvenile justice reform strategy of 2011 adopted by The Criminal Justice Reform Inter-Agency Coordination Council of Georgia.

⁵⁴ Art. 105 of the Code of Criminal Proceedings of Georgia.

⁵⁵ Eidam, German Law Journal 2004, 1171 (1175).

⁵⁶ Robbers (fn. 35), p. 184.

⁵⁷ Winterdyk (fn. 16), p. 238.

⁵⁸ Robbers (fn. 35), p. 184.

The corrective methods are regulated in sec. 9 et seq. JGG. They are imposed “on occasion” of an offence committed by a juvenile, and they should affect the life of a juvenile in a positive way. It is no actual punishment, and it has educational purposes. The orders under sec. 10 JGG regulate the lifestyle of juveniles and support their education. These orders are only legitimate if the general requirements of corrective methods are fulfilled. They should not serve the purpose of punishment and should not infringe fundamental rights.⁵⁹ The judge can issue orders on community service, participation in social training courses, participation in victim-offender mediation, participation in traffic education, supervision by a social worker, attendance at vocational training, etc. The assistance provided by the children and youth welfare laws may also include placement in a home or foster family.⁶⁰

Disciplinary measures (Zuchtmittel) are classified in three subcategories: these include warnings (Verwarnungen), the imposition of conditions (Auflagen) and the arrest of youthful offenders (Jugendarrest). In the scheme of the law on this subject, they are more severe sanctions than the educational measures. Their purpose is to make it clear to the youth in question that he or she must bear the responsibility for the wrong that they have done.

In contrast to the previous two categories of possible measures juvenile detention is regarded by the Juvenile Court Act as being penal in nature. It is imposed if other disciplinary measures have proved to be insufficient or if the seriousness of the crime demands it. Juvenile detention means detention for at least six months. The maximum period of juvenile arrest is ten years. A seventeen years old person who commits a murder can thus be sentenced to a maximum of ten years juvenile detention.⁶¹

In general, under German criminal law the primary types of punishment are imprisonment (Freiheitsstrafe) and the imposition of fines (Geldstrafe).⁶² With respect to the choice between these different types of measures for juvenile offenders, the focus lies on educational needs.⁶³ Despite the consistent construction of criminal sanctions established for juvenile offenders, problems in sentencing of juvenile offenders persist in the German law enforcement settings. It implies that like in Georgia the issue of the application of imprisonment in a big amount of cases is still observable in German practice.

Criminological studies reveal that juvenile judges make considerably more use of sanctions involving deprivation of liberty than their counterparts in the adult system. Juvenile offenders are thus treated more harshly than adults, which is explained by the prevailing belief that placement in secure

⁵⁹ Private source: Materials of the Course on Juvenile Justice by Professor Dr. Heinrich at Humboldt University Law Department; available at:

<http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/download/jstr> (21.10.2014).

⁶⁰ Winterdyk (fn. 16), p. 252 ff.

⁶¹ Robbers (fn. 35), p. 185.

⁶² Robbers (fn. 35), p. 169.

⁶³ Winterdyk (fn. 16), p. 255.

detention will lead to favorable rehabilitative outcomes.⁶⁴ Differential treatment can be observed with respect to the length of prison sentences. The average juvenile prison sentence is longer than the adult prison sentences in comparable offence categories.⁶⁵

As for the similarities and disparities between the criminal sanctions incorporated in the codes of Georgia and Germany, the coincidence in dividing measures in two categories – as bearing criminal character and educational character – should be outlined. However, in contrary to German juvenile law, where a fine and community work are considered to be the measures of a disciplinary nature under Georgian law they are statted as criminal penalties that will be indicated in the criminal records of a juvenile.

c) The United States of America

Modern philosophers make an important distinction between criminal justice and social justice. Because both involve notions of justice, they are each based on the existence of a fair set of rules for how people treat each other and how citizens are treated by the government. Criminal justice is a type of a negative justice. It is concerned with the way a society allocates undesirable experiences to its members. The study of criminal justice is the study of the rules, procedures and practices under which residents experience the application of a criminal label and the imposition of criminal sanctions. Criminal labels and criminal sanctions are considered just when they are imposed upon the guilty, but only when imposed within the rules of substantive and procedural due process. Criminal justice is a set of institutions and procedures for determining which people deserve to be sanctioned because of their wrongdoing and what kind of sanctions they deserve to receive.⁶⁶

Criminal responsibility for juveniles and appropriate sanctions depend as on the conduct committed by the juvenile as well as on the mental state (maturity) of a youthful offender. The point at which children become adults has varied from one period to another. Whether children are adults or not, in other words, depends partly on the socioeconomic conditions under which they live. In terms of wrongdoing, the elusive concept of responsibility has its roots in the notion that juveniles know right from wrong, have developed a social conscience, feel guilt or remorse over their actions, are mentally sharp enough to know the rules, do not have any disease that reduces their ability to get along in society, fully understand that their actions are harming others, and are emotionally mature.⁶⁷ "At common law, children below 7 years are incapable of committing a crime, and in 1933, the age was raised to 8 by statute. It does happen that children even of this early age enter upon serious mischief, and in that event the community is not helpless against them: they can be

brought before the juvenile court as in need of care or protection. In the next age-group, from the attainment of 8 until the attainment of 14, the rule is that a child cannot be convicted of crime – and must be held not to have committed a crime – unless the court is put in possession of certain evidence from which his mental state at the time of act may be deduced".⁶⁸ Accordingly, in the U.S. no unified framework is set for the age of criminal responsibility of juveniles and it varies from state to state as the age of criminal responsibility is established by state law. Simultaneously, the types of sanctions assigned for the juvenile offenders range from one state's jurisdiction to another under the U.S. juvenile justice system.

It is almost impossible to list and discuss all types of sanctions applicable to juveniles in the United States as there is a wide variety of sentencing options available for a judge to impose on an adjudicated juvenile, although these are generally not conceived of as "punishments" in the way that adult sentences are understood, but are instead seen as rehabilitative. Typically, juvenile courts have broad discretion in ordering any disposition that falls within their states' statutory scheme. However, they are constrained by the requirement that they base their decision on an evaluation of factors such as an individual's offense history and the severity of the current offense as well as his or her social history. At one end of the spectrum, many courts have the power to dismiss the case altogether after the juvenile has been adjudicated a delinquent if the judge finds that the juvenile does not need any services and that the dismissal is consistent with the best interests of the respondent and the community. On the other end, in a few states judges can go so far as to order incarceration of a juvenile in a state-run adult facility. Between these two extremes are a great number of alternatives and options. In North Carolina, for example, sentencing is guided by the philosophy that the court should impose the least restrictive dispositional alternative on the juvenile and should only resort to commitment to an institution when all other alternatives are found to be inappropriate. Under the North Carolina statute, there are twenty-four different dispositional alternatives. They include: ordering the juvenile to cooperate with certain programs (for example, substance abuse programs), requiring the juvenile to pay restitution or a fine or to complete a community service, placing the juvenile on probation, imposing a curfew, or committing the juvenile to a youth development center.⁶⁹

Dispositions vary according to whether children are adjudicated delinquents, children in need of supervision, abandoned or neglected, runaway or abused or victimized. The judge may decide that the child's family environment, particular circumstances or other factors are such that the child may be sent home with his or her parents. In other cases, the child is assessed a fine or ordered to pay restitution to the

⁶⁴ Heinz, Recht der Jugend und des Bildungswesens 40 (1992), 123.

⁶⁵ Winterdyk (fn. 16), p. 262 f.

⁶⁶ Clear/Hamilton/Cadora, Community Justice, 2nd ed. 2010, p. 3.

⁶⁷ Bartollas/Miller (fn. 38), p. 194 f.

⁶⁸ Williams, Criminal Law, The General Part, 2nd ed. 1961, p. 814.

⁶⁹ Private source: Materials of the Course on Juvenile Courts and Delinquency by Professor Birckhead at Duke University School of Law, U.S. Spring Term, 2012; reference: Bishop/Decker, in: Junger-Tas/Decker (eds.), International Handbook of Juvenile Justice, 2008, p. 3.

victim. Parents, of course, usually end up paying a fine or restitution, but juveniles are frequently required to work for the victim or do community service in order to pay back.

Children who are mentally restricted or mentally ill are sometimes required to undergo a special training or therapy. Probation is used when youths are found guilty of an offense or in need of supervision, but not secure confinement. For high-risk youths, some communities have intensive probation programs, in-house detention and even electronic monitoring devices.

A much more severe disposition is to take youths out of their natural homes. It most often occurs when parents neglect their children or are in some other way unable to provide the kids with adequate care. These youngsters are placed in foster homes for short or extended periods of time – depending on their problems. Youths are removed from their homes in community-based correctional programs as well. Some of these homes offer specialized services for drug addicts, alcoholics, and mentally ill and mentally disturbed youths. Another kind of new facilities constructed because of the inadequacy of older county jails and detention centers are county or city institutions. Youths who do not need placement in state training schools (the most secure juvenile facility) may be placed in these institutions for short periods of time. Finally, some states permit juvenile judges to place youths in adult institutions: This practice has been used when youths presented a danger to themselves, other residents, or the staff or were serious escape risks.⁷⁰

However, it should be mentioned that the dismissal of the case as well as the assigning of the different kinds of non-punitive sanctions is possible even before transferring the case to the court according to the discretion of the prosecutor or law enforcement officer. The court intake function is generally the responsibility of the juvenile probation department and/or the prosecutor's office. At this point, a decision is made to dismiss the case, handle the matter informally or request formal intervention by the juvenile court. To make this, and the charging decision, an intake officer or a prosecutor first reviews the facts of the case to determine if there is sufficient evidence to prove the allegation. If there is not, the case is dismissed. When there is sufficient evidence, intake decides if the case should be handled formally.

In informally processed cases, the juvenile voluntarily agrees to specific conditions for a specific term. These conditions are often outlined in a written agreement. Conditions may include such items as victim restitution, school attendance, drug counseling or a curfew. In most jurisdictions a juvenile may be offered an informal disposition only if she or he admits to having committed the act. In contrast to informally handled cases, where the youth "volunteers" to abide by sanctions recommended by intake, formally handled (i.e., petitioned) cases involve the prosecutor asking the court to assume control over the youth and force the youth to abide by the sanctions ordered by the court.⁷¹

The U.S. sentencing options have not been established in an easy way, but rather they have always been created after consideration of reasonable recommendations by some of the important authorities or institutions. One of such important projects was the Juvenile Justice Standards Project, jointly sponsored by the Institute of Judicial Administration and the ABA. Officially launched by a national planning committee in 1971 comprehensive guidelines for juvenile offenders were designed that would base sentences on the seriousness of the crime rather than on the "needs" of the youth. The proposed guidelines represented radical philosophical changes and still are used by proponents to attempt to standardize the handling of juvenile lawbreakers.

The belief that disparity in juvenile sentencing must end was one of the fundamental thrusts of the recommended standards. In order to accomplish this goal, the commission attempted to limit the discretion of juvenile judges and to make them accountable for their decisions.

There were twelve key points for the proposed juvenile justice system: Juvenile offenders must be divided into five classes; the criminal code for juvenile offenders would cover the ages from ten until the youngster's eighteenth birthday; the severity of sanctions for juvenile offenders would be based on the seriousness of the offence rather than on a court's view on "needs" of the juvenile; maximum terms for various classes of offenses would be prescribed by the legislature; sentences should be determinate and the practice of indeterminate sentences prevalent in the states should be abolished; the least drastic alternative should be utilized as a guide to intervention in the lives of juveniles and their families; non-criminal behavior "status offences" and private offences "victim-less crimes" should be removed from the juvenile court's jurisdiction; visibility and accountability of decision making should replace closed proceedings and restrain official discretion; there should be a right to counsel for all affected interests at all crucial stages of the proceeding; juveniles should have a right to decide on actions affecting their lives and freedom; the role of parents in juvenile proceedings should be redefined with particular interest to possible conflicts between the interest of parent and child; limitations should be imposed on detention, treatments and other interventions prior to adjudication and disposition; strict criteria should be established for the waiver of juvenile court jurisdiction to regulate transfer of juveniles to adult criminal court.

In the late 1990s, many juvenile court judges still were quite concerned about these proposed standards. Their fundamental concern was that these standards attack the underlying philosophy and structure of the juvenile court. Judges also were concerned about how these standards would limit their authority. They also challenged the idea that it is possible, much less feasible, to treat all children alike.

Nevertheless, the adoption of the standards has occurred in many states across the nation. New York was the first state to act on them through the Juvenile Justice Reform Act of 1976. This law orders a determinate sentence of five years for Class A felonies.

⁷⁰ Bartollas/Miller (fn. 38), p. 186 ff.

⁷¹ Bala et al. (fn. 1), p. 58.

In 1977, the state of Washington also created a determinate sentencing system for juveniles in line with the recommendations of the Juvenile Justice Standards. Moreover, throughout the 1980s and 1990s states continued to implement the standards; some stiffened juvenile court penalties for serious juvenile offenders, either by mandating minimum terms of incarceration (Colorado, Kentucky, and Idaho) or by enacting a comprehensive system of sentencing guidelines (Arizona, Georgia and Minnesota). States are continuing to implement the standards today.⁷²

In conclusion, it could be asserted that, despite more or less similar criminal and educative measures established in American juvenile law, the issue of indeterminate sentences is not a core issue in German and Georgian laws. But rather, each offence in the German and Georgian criminal codes is assigned its corresponding penalty with a minimum and maximum range. Georgia and Germany share almost similar relations and attitudes towards the juvenile sanctions, whereas in the U.S. vagueness and disparities still persist as to the juvenile delinquency conception, as well as to the age of criminal responsibility, juvenile court jurisdiction and sentencing options.

V. Conclusion

While comparative research has a great value, making international comparisons poses considerable challenges, especially if it is aimed at the exploration of the most advantageous components of juvenile justice. As many researchers engaging in cross-cultural studies have found, concepts do not always translate well across national borders. Even the countries sharing a common legal heritage have legal systems that differ significantly. This diversity is much more noticeable when comparing juvenile justice systems which are not founded on the same legal basis. It is especially true of the differences between the U.S. and the German juvenile law systems while Georgia takes a blanket approach to juvenile law that incorporates the features of both systems. Because of the partial incompatibility of concepts in the countries under research, the focus is more on the identification of broad themes and unique innovations rather than on details.

The first component typical solely for the U.S. juvenile justice system is the existence of the juvenile courts as separate units even since 1899. It was a court clearly distinct from the adult criminal court as the juvenile court was operated by the concept of *parens patriae*, and did not grant the juveniles with the due process rights available only for adult offenders. Besides the importance of the issue of the application of a judicial waiver (transfer) it is also the structural peculiarity of the U.S. juvenile court system. These characteristics and perspectives did not exist in the case of the German and Georgian juvenile justice systems. In contrast to the U.S. system of juvenile justice, in Germany no specific juvenile courts are provided. The courts hearing juvenile cases are functioning under the entire court system instead and are organized on three levels. Cases involving youthful offenders are tried by special juvenile courts at the first two levels of

courts, namely the (Amtsgericht) and the (Landgericht) and juveniles have procedural rights equal to those of adult offenders. The German Youth Court Act provides neither provisions for waivers of juvenile rights nor the possibility of transferring juvenile offenders to adult criminal courts. In Germany, juveniles can under no circumstances appear before an adult court. As for Georgia, its legislation is more or less similar to the German model and differs from the U.S. juvenile justice system in terms of functioning juvenile courts or encountering the transfer issue as in Georgia no separate branch of the juvenile court operates within the entire court system. However, under Georgian law specialized training is mandatory to serve as judges on juvenile cases. Moreover, specialized units within the judiciary system might be created, where a certain number of experts will be designated to work solely on children's cases, or specialized professionals will be identified, who will be entitled to work on juvenile cases as well as on other cases.

The construction of juvenile codes and related legislation is another important point for shedding light on the following issues: What is a particular country's attitude toward juvenile law? How does each country prescribe ways for dealing with juvenile offenses? Do their legislations build upon social, demographic, historical and cultural factors? In general, it should be said that comprehension of a particular country's juvenile-related legislation best describes the country's administrative policies. From this point of view the comparative research of the design of the U.S. German and Georgian law shows that American juvenile law considers the federal structure of the country as juvenile codes vary substantially from state to state, despite the common basis of the U.S. Constitution and federal policy. Inherent to the U.S. juvenile law is the unification of almost all aspects of the different fields of law regulating juvenile-related issues in one legislative act: the juvenile code. Albeit, some supplementary legislation related to the issue is still provided. Unlike the U.S., Germany disregards its federal structure as it has developed an act on juvenile law applicable in all states across the country. The youth court law does not advocate the use of the welfare model as punishment and education under consideration of the principle of proportionality are reconciled within German juvenile legislation. As for Georgia, up to now it has no particular act regarding juvenile delinquency. However, the criminal code makes special provisions for the sentencing of young offenders. Only recently has Georgia started developing the unified juvenile code incorporating the features and structure of both the U.S. and European juvenile related acts. The purpose of this code is to establish a juvenile justice legal framework in compliance with the Convention on the Rights of the Child and other international standards and norms aiming at safeguarding children's rights and promoting the reintegration of the child into the society.

The variation in the given systems of juvenile justice and a comparison of the U.S., German and Georgian juvenile law can serve as visible indicators of how different nations view the same phenomena like juvenile delinquency. The nature and status of delinquency are stipulated by social perception and legal definition of this phenomenon. As the comparative

⁷² Bartollas/Miller (fn. 38), p. 202 ff.

research of the U.S., German and Georgian juvenile law has shown, the patterns of delinquency can vary dramatically from one country to another. While the term “delinquency” is defined in a broad sense to include status offenses under the U.S. juvenile law, Germany has no direct equivalent in its language for the English language concept of the “juvenile delinquent”. Rather, they speak of juvenile criminality that does not include status offences. Neither does Georgian legislation provide for the concept of status offences and instead of delinquent applies the term of juvenile offender in its criminal code. However, the new Juvenile Code of Georgia, which is in the process of being drafted elaborates the new term “child in conflict with the law” – that is defined as “A child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the criminal law”.

Cross-cultural comparisons of juvenile justice put not only different crime phenomena, but also different social and legal reactions into perspective of treatment of the juvenile offender. Each of the countries in this study asks itself the question as to how to respond to youth crime, what its respective concerns are and what measures are being undertaken or being considered. Answering these questions stipulates the adoption of different policies for dealing with young offenders. However, despite these policy differences and a wide range of sentencing alternatives varying from punitive sanctions to educational measures, the common features of U.S., German and Georgian law are still detected. Common to each of these countries is the consideration of both approaches to the offence – punishment and education – according to where they better fit children’s needs in terms of their rehabilitation. The second common feature of these countries is quite a high percentage of the application of youth incarceration in the court practice. The difference among the above-mentioned countries is observed in terms of establishing criminal liability due to the fact that each country has its own legally prescribed lower and upper limits of criminal responsibility for youths. The main point isolating and differentiating the U.S. juvenile-related sanctions from their German and Georgian bis wohin und nicht weiter?

es, which cause disparity in juvenile sentencing. Although some of the U.S. states have abolished them and created a determinate sentencing system for juveniles according to recommended guidelines, they are still retained in some others, whereas in German and Georgian legislation only determinate sanctions with a minimum and maximum penalty limitation are prescribed in the codes.

Finally, comparing similarities and differences between the countries and juvenile justice models enables us to draw some conclusions. These inferences will further help us to understand the strengths and weaknesses of each system as well as to identify possible responses and new trends for the perfection of the juvenile justice system in our respective countries.

Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel

Un homenaje tardío a Joachim Vogel*

De Prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuna, Santiago de Chile**

I. Introducción

El inesperado y prematuro fallecimiento del Prof. Dr. Joachim Vogel el pasado año sirvió para que muchos recordásemos su enorme generosidad, capacidad de trabajo y entrega personal al estudio y enseñanza del Derecho penal. En ese contexto, también se recordó su interés por la internacionalización de nuestra disciplina, en el sentido de enfrentar las discusiones existentes más allá del ámbito de influencia de la doctrina escrita en alemán y cuestionarse con un espíritu abierto y libre su utilidad frente a los desafíos de las regulaciones de efectos transnacionales, incluyendo cuestiones fundamentales tales como la regulación penal de la economía y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y también, por cierto, su esfuerzo por recuperar la memoria del desarrollo de nuestra disciplina y, sobre todo, dilucidar la influencia en ella del nacionalsocialismo.

Como un homenaje póstumo y tardío a quien tuviera la delicadeza de revisar y corregir versiones preliminares de mi tesis doctoral mientras disfrutábamos de unas vacaciones de navidad del año 1994, me propongo exponer a la comunidad los antecedentes disponibles en los archivos y biblioteca de la Universidad de Göttingen y del Estado de Baja Sajonia (Hannover), que demuestran la compatibilidad de la teoría de la acción final con el derecho nacionalsocialista y el apoyo personal al régimen de *Welzel*, manifestado al comienzo de su establecimiento, durante el mismo y aún después de su caída.¹

* El presente texto es un extracto de mi libro “La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional” (2008), el cual fuera escrito durante mi estadía en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gottinga (Alemania), durante los meses de marzo y junio de 2008, y es producto de una investigación iniciada en agosto de 2007, como parte de una Beca Post-Doctoral financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a cuyos directivos, funcionarios y colaboradores agradezco profundamente. Mis agradecimientos se dirigen además al Sr. Rector y directivos de la Universidad de Talca, quienes me han permitido disfrutar esta larga estancia de investigación.

Especialmente quiero también agradecer a mi huésped, Prof. Dr. Kai Ambos, quien me facilitó todos los medios materiales y bibliográficos disponibles en la magnífica colección que ha formado sobre derecho penal internacional y comparado, los cuales hicieron posible desarrollar mi trabajo.

** Catedrático de Derecho penal de las Universidades de Chile y Finis Terrae.

¹ Hay que reconocer, con todo, que no es el de *Welzel* el único ni el peor de los ejemplos en la materia, como ha demostrado Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo, 2002, *passim*. Durante el nacionalsocialismo, Mezger, al igual que *Welzel*, aprobó la introducción de la

1. El punto de partida: el método dogmático carecía de herramientas para discutir la legitimidad democrática del ordenamiento penal nacionalsocialista

Es un lugar común entre nosotros afirmar que una de las principales características de la dogmática penal de raíz germana, por su carácter científico,² aunque explica el derecho penal vigente en un momento determinado, no estaría limitada “por el acuerdo de las mayorías” que origina ese derecho positivo,³ sino que sería también de “alcance universal”, como desde hace más de un siglo lo declarase *v. Liszt*.⁴

Es más, el fenómeno de la trasposición de la dogmática alemana a diversos países con legislaciones también diferentes en su formulación y origen habla en favor de la idea de que efectivamente, y a pesar de su indiferencia respecto a otros ordenamientos jurídicos, la dogmática penal alemana tendría en sí misma la capacidad de aplicarse con carácter universal. Si no sólo en los países iberoamericanos se le cita “disciplinadamente”.⁵ Así, también en el otro extremo del mundo, *Yamanaka* describe la historia de la dogmática japonesa como un proceso similar al vivido entre nosotros.⁶

Sin embargo, esta adaptabilidad de la dogmática alemana a otros sistemas jurídicos, si bien puede ser una confirmación empírica de que algunas de las teorías que sus cultores han desarrollado poseen un grado suficiente de abstracción como

cláusula de analogía como fuente de creación del derecho penal “conforme al sano sentimiento del Pueblo Alemán” e identificó la antijuridicidad material con la infracción al pacto que existía entre el Führer y la “comunidad del pueblo”; no limitándose a apoyar “dogmáticamente” el derecho penal nacionalsocialista, sino también participando activamente en su creación, como asesor ministerial en la elaboración de la Ley sobre “delincuente peligroso habitual” y del Proyecto “sobre tratamiento de extraños a la comunidad” (p. 136 ss., 233 ss., y 335 ss.).

² Véase, por ejemplo, el prólogo del Tratado de *Jakobs*, donde se declara el carácter “científico” del “desarrollo de una teoría” como la que propone (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. ed. 1993, p. vii). En el extremo, *Hirsch* llega a considerar, que sólo la dogmática alemana sería propiamente científica (*Hirsch*, ZStW 116 [2004], 835 [847]).

³ *Silva Sánchez*, GA 151 (2004), (684).

⁴ *v. Liszt*, en: *v. Liszt* (ed), Das Strafrecht der Staaten Europa, 1894, p. xi (p. xxiv): “La ciencia del derecho penal [...] como aclaración de los elementos generales del concepto del delito es necesariamente internacional”, pues “el concepto de responsabilidad penal es el mismo en Francia y en Suecia”.

⁵ *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2. ed. 2002, p. 56.

⁶ *Yamanaka*, en: *Jehle/Lipp/Yamanaka* (eds.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, 2008, p. 173; en:

http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap_symposium_GJS_2.pdf (22.10.2014).

para considerarse “universales” e independientes del derecho positivo alemán, al mismo tiempo presenta el problema de que ello supone que, con independencia de si se está ante un régimen dictatorial o uno democrático, si éste adopta en su legislación tales teorías, estaría en lo correcto, desde el punto de vista dogmático.

En palabras de *Welzel*, para el Strafrechtswissenschaftler

“sólo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito): todo lo demás se sigue forzosamente, aun cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten. Las cosas tienen su propio peso.”⁷

Es decir, lo que sería exigible a la actividad de crear teorías penales sería la capacidad de construir teorías que respondan a la idea de sistema, entendida en Alemania, desde *Kant*, como “la unidad de los variados conocimientos bajo una idea”;⁸ y a partir de esa unidad deducir las forzosas propuestas normativas que le siguen dentro de ese determinado sistema teórico, por definición no atado a las limitaciones de un concreto sistema jurídico y de su aplicación por parte de una concreta jurisprudencia.⁹

Luego, con total independencia de su origen y práctica real apartados de los cánones democráticos, si un sistema como el nacionalsocialista ofreciese al menos para los alemanes un derecho penal ajustado a los puntos de partida aceptados por una determinada teoría, este derecho no sería criticable teóricamente, sino, por el contrario, serviría de insumo y material para comprobar la operatividad de los puntos de partida elegidos.

Es por ello que *Joachim Vogel* insiste en que el régimen nacionalsocialista no habría significado realmente para el conjunto de la Strafrechtswissenschaft una ruptura, sino a lo más una “exacerbación” de ciertos rasgos que ya se habían manifestado durante la República de Weimar y que habrían continuado – junto con la continuidad personal de prácticamente todos los profesores de la época – presentes después de 1945, particularmente en lo que respecta a la pérdida de valor

⁷ *Welzel*, en: Bockelmann et al. (eds.), *Probleme der Strafrechtsrenerung*, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht, 1944, p. 101 (116).

⁸ La cita de *Kant* corresponde a un texto de la Crítica de la razón pura que se reproduce en *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, 4. ed. 2006, p. 194 s.

⁹ Esto podría explicar por qué a veces resulta tan difícil tolerar a un penalista, sobre todo en Latinoamérica. En efecto, dado que las premisas o puntos de partida dependen de una elección personal, al penalista se le puede escuchar, seguir, aplicar sus premisas a algún problema concreto no estudiado todavía, o declarar “incorrectas” las propuestas surgidas con base a otras premisas. Pero “discutir” con él acerca de la utilidad o practicabilidad de tales teorías en realidad no es posible: la elección de las premisas es indiscutible y las consecuencias, lógicamente necesarias. La idea de que sean posibles otros acercamientos a la cuestión debatida equivale a la idea de que las propias capacidades de elección o deducción lógicas son defectuosas, esto es, casi a una ofensa personal.

del “principio de legalidad”, y la sobrevaloración de la “etización” y la consiguiente “subjetivización” de la teoría del delito,¹⁰ características propias del finalismo.

Esto quiere decir que desde el punto de vista teórico, el Derecho penal nacionalsocialista, al menos el que se aplicaba a los alemanes, no aparecía como un sistema legislativo contradictorio con los puntos de partida (y el desarrollo) de la teoría de la acción final de *Welzel*, sino al contrario.

2. Los aspectos concretos de la compatibilidad de los planteamientos y conducta personal de *Welzel* con el derecho penal nacionalsocialista y el *Führerstaat*

No obstante lo dicho anteriormente, uno podría considerar que el miedo y el terror reinante en la época nacionalsocialista eran suficiente estímulo para no mostrarse abiertamente contrario al régimen ni a sus representantes en la vida universitaria; y que el hecho de que la legislación nacionalsocialista (al menos la aplicable a los alemanes) no contradijese los postulados de una teoría sin color político sería más bien una casualidad histórica no vinculada a las preferencias políticas del teórico.

Luego, en condiciones históricas diferentes, podría ser cierto que una teoría puramente científica pudiese presentarse como límite de la actividad política.

De allí que sería posible una afirmación como la de *Kai Ambos*, quien asegura que la sistemática tripartita tradicional alemana basada en el pensamiento finalista, ofrecería un muy buen punto de apoyo a la función ideal de mantenimiento del Estado de Derecho que le atribuye al pensamiento sistemático alemán, pues “ya el reconocimiento de las estructuras lógico-objetivas puede poner límites a la arbitrariedad del legislador autoritario”.¹¹

O como en similar sentido afirma *Schiinemann*, al plantear la idea de que la dogmática penal alemana cumpliría en general con una “función de mantenimiento del Estado de Derecho”, consistente en su supuesta capacidad crítica frente a la jurisprudencia, los proyectos y textos legales que se apartarían de las ideas de separación de poderes y respeto a las garantías y derechos mínimos de las personas.¹²

Sin embargo, como ya se dijo, parece que esta idea limitadora de la ciencia penal se encuentra a su vez limitada por la historicidad, pues como reconoce *Albin Eser*, dado el decidido apoyo que la inmensa mayoría de los profesores de derecho penal alemanes dieran en su momento al régimen nacionalsocialista y sus reformas penales, muchas de las cuales son parte de la doctrina dominante hasta hoy en día,¹³ se puede ser “escéptico” respecto a la idea de que la Strafre-

¹⁰ *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, p. 14 ss., 37, 74 y nota al pie nº 299 en p. 82.

¹¹ *Ambos*, ZIS 2006, 464 (470, nota 89) (hay versión en castellano: RECPG. 09-05 (2007), 05:01; en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>). En el mismo sentido, ver *Bacigalupo*, en: Arnold et al. (eds.), Menschen-gerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, p. 61 (63).

¹² *Schiinemann*, GA 1995, 201 (224).

¹³ *Wolf*, JuS 1996, 189.

chtrwissenschaft pueda considerarse a sí misma “un medio de protección contra las dictaduras”.¹⁴ Y lo mismo podría decirse del comportamiento de algunos juristas latinoamericanos frente a las dictaduras de la última mitad del siglo XX, que no veían incompatibilidades entre éstas y el sistema dogmático alamán adoptado acríticamente, como claramente demuestran *Politoft*¹⁵ y *Rivacoba*.¹⁶

En efecto, en general, la actitud complaciente con el régimen nacionalsocialista y su política criminal de la mayor parte de los cultores de la Rechtstheorie en dicha época, se derivaba, según *Rüping*, de que ella voluntariamente habría asumido la tarea de “apoyar al sistema” mediante la “legitimación del Führerstaat”.¹⁷

Y en el caso que analizamos, no parece que *Welzel* le haya dado a su teoría la función de oponerse al nacionalsocialismo cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, esto es, antes, durante y después del ascenso y caída del régimen nacionalsocialista. Es más, al contrario de *Mezger*, no parece que *Welzel* hubiese tenido que abjurar de ideas previas “liberales”, ni modificar sus pautas de comportamiento, sino que, como veremos, pudo desarrollar sus ideas en el período de auge del nacionalsocialismo, al mismo tiempo que apoyaba las ideas y políticas del Führerstaat.

En efecto, en cuanto a la conducta personal de *Welzel* frente a la dictadura nacionalsocialista, ésta puede resumirse en la frase de *Karl Siegert* (1937), “hombre de confianza de la Federación Alemana de Docentes Nacionalsocialistas en la facultad” de Göttingen, cuyo proyecto era establecer una Facultad con los mejores profesores nacionalsocialistas¹⁸; aunque a *Welzel* no podría considerársele “un activista” sus enseñanzas eran tenidas por completamente compatibles con la ideología nacionalsocialista.¹⁹ Así lo acreditan, además, los informes “políticos” de los estudiantes nacionalsocialistas de Bonn,²⁰ del Decano Niedermeyer al momento de llamarlo en

¹⁴ Eser, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Rückbesinnung und Ausblick, p. 437 (439).

¹⁵ *Politoft*, Derecho Penal y Criminología 7 (1984), 71.

¹⁶ *Rivacoba y Rivacoba*, Doctrina penal 1987, 713.

¹⁷ *Rüping*, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 36 (2007), 1007 (1009).

¹⁸ Una evaluación general de la implementación de este proyecto, que en cinco años supuso el cambio de más de la mitad de los doce profesores de la Facultad, puede verse en *Halfman*, en: Becker/Dahms/Wegeler (eds.), *Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus*, 2. ed 1998, p. 102.

¹⁹ Según *Siegert*, en: Universitäts Archiv Göttingen (UAG); R, 4130, p. 4: “Er ist allerdings kein Aktivist [...] arbeitet aber Loyal mit und vertritt nationalsozialistische Rechtsauffassungen”.

²⁰ La copia de la carta de la Studentenschaft de Köln (UAG, K, XVI.II.B.18.II, folio 51) retransmitida por su correspondiente en Göttingen con fecha 16.1.1936, dice así: “Dr. Welzel ist Führer der juristischen Dozentenschaft der Universität Köln. Er ist als Dozent bei seinen Hörern sehr beliebt. Auch als kameradschaftlicher und brauchbarer Mitarbeiter in Arbeitsgemeinschaften und lagern der Fachschaft hat er sich

1936 para asumir la cátedra en Göttingen.²¹ Dichos informes, así como su membresía en el NSDAP y en otras organizaciones “científicas” nacionalsocialistas, condujeron a que, en el primer proceso de desnazificación a que fue sometido con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, *Welzel* fuese considerado en la categoría de Mitläufel. Posteriormente, en el proceso escrito de revisión de dicha calificación, no se consideraron tales informes como “medios de prueba”, sino únicamente los “Persilscheine” (declaraciones juradas de amigos y colegas) que presentó *Welzel* en su defensa con el efecto de declarársele, en definitiva, como “entlastet”, esto es, sin cargos.²²

sehr schnell in unsere Arbeitsdenkweise eingefunden. Wissenschaftlich steht W. in derselben Richtung, wie sie von den beiden Kieler Strafrechtlern Dr. Dahm und Dr. Schaffstein vertreten wird. Heil Hitler! gez. Riechelmann, Leiter der Studentenschaft.”

²¹ El informe del Decano *Niedermeyer*, de 2.1.1936, p. 3, al momento de pedir al Ministerio de Educación el llamado de *Welzel* para la Cátedra (UAG XVI.II.B.18, Kur 808, folio 48), en la parte que corresponde, dice así: “Seine Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus ist aufgeschlossen und ehrlich, was auch seine Schriften bezeugen. Er ist nicht Parteimitglied, war aber in Köln Unterführer der Dozentenschaft in der Juristischen Fakultät Köln und ist Bannreferent der Hitlerjugend.”

²² El proceso de desnazificación de *Welzel*, que he consultado personalmente, consta de 43 fojas y se encuentra en el Staatsarchiv Hannover, bajo la firma H-VE/GÖ-ST, Nr. 3680 (Nds. 171 Hild. 10951). La resolución que desestima los informes nacionalsocialistas citados en la nota anterior se encuentra a fojas 22 vuelta. Una exposición detallada del proceso de desnazificación de *Welzel*, así como una crítica a la conocida falta de apego a la verdad de los mencionados “Persilscheine”, puede verse en *Sticht, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977)*, 2000, p. 25 ss., quien, además, “explica” el comportamiento de *Welzel* durante el régimen nacionalsocialista por su “interés personal en asegurar su existencia y la de su familia” (p. 20).

La afirmación de un discípulo de *Welzel* en Göttingen, *Loos*, ZStW 114 (2002), 674 (675), en el sentido de que *Welzel* habría compartido con *Smend* una “posición de rechazo al régimen” nacionalsocialista dentro de la Facultad de Derecho de Göttingen, según el “Persilschein” que el propio *Smend* le diera, omite el hecho de que *Smend* fue todo menos un “opositor” al régimen. En efecto, según me confirmara la Prof. Dr. Eva Schumann, Catedrática de Historia del Derecho en Göttingen, en entrevista personal de 7.4.2008, *Smend* fue obligado a incorporarse a la Facultad de Göttingen por el Ministerio Prusiano de educación, a petición del entonces Decano *Siegert*, precisamente en razón de su entonces conocida “lealtad” con el nacionalsocialismo (*Siegert* [nota 19]), lo que explica no sólo que haya sido delegado (Stellvertreter) del propio *Siegert* cuando éste se alistó en el ejército (1939) y su sucesor como Decano a partir de 1941, sino también que le diera a *Siegert* un “Persilschein” prácticamente idéntico al empleado por *Welzel*, contradiciendo así la historia construida, a poste-

Y en lo que respecta a la compatibilidad con el régimen de las propuestas sistemáticas y político criminales de *Welzel*, las “diferencias” que *Bacigalupo* detecta entre la teoría finalista y las propuestas de *Schaffstein* y *Dahm*,²³ los más reconocidos “ideólogos” del derecho penal nacionalsocialista o Escuela de Kiel,²⁴ no parecen tan radicales. Al contrario, bien pueden asimilarse a las diferencias que hoy existen entre la sistemática tradicional tripartita y la escuela holística de *Jakobs*,²⁵ pero sin que ello significase diferencias en los conceptos fundamentales de la ideología nacionalsocialista en materias penales.²⁶ Estas diferencias “intrasistémicas”, que no alcanzaban a servir de base para una crítica decidida de parte de *Welzel* a la Escuela de Kiel,²⁷ son atribuibles por

riori, donde se hace aparecer ese traslado obligatorio como una “degradación” por su supuesta posición contraria al régimen (véase especialmente *Schumann*, en: *Schumann* [ed.], *Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im “Dritten Reich” und in der Nachkriegszeit*, 2008, p. 65 [114], nota al pie nº 187). Anteriormente, *Loos*, JZ 2004, 1115, (1115 s.), omitía también toda referencia a las relaciones de su “maestro” con el nacionalsocialismo y, en cambio, destacaba su innegable éxito dogmático, tanto en la jurisprudencia alemana a partir del año 1952, como en la enseñanza del derecho penal en Alemania a través de su “Derecho penal alemán”, y finalmente como asesor ministerial en la Reforma del Código penal comenzada con el Proyecto de 1962, que cristalizó en 1975, con varios cambios en la parte general que reflejaban sus propuestas.

²³ *Bacigalupo* (nota 11), p. 61.

²⁴ Por todos, véase el detallado análisis de *Cattaneo*, *Strafrechts-totalitarismus, Terrorismus und Willkür*, 2001, p. 194 ss.

²⁵ Lo que se aprecia claramente en la propuesta de sistematización *Dahm/Schiffstein*, ZStW 57 (1938), 225 (315), donde se propone que “la tipicidad se amplíe más allá del tipo penal, abarcando en sí no sólo las causales de exclusión del injusto, sino también las causales de exclusión de la culpabilidad como elementos negativos de los comprendidos en el tipo penal”.

²⁶ Al respecto, véase especialmente *Dahm/Schiffstein*, ZStW 57 (1938), 225 (292 ss.), donde defienden su teoría del derecho penal como realización del “orden concreto” (del momento), útil para, sin llegar a “exagerar el pensamiento jurídico normativista”, “la determinación de los deberes de actuación”, decisiva en los “delitos de omisión” y, al mismo tiempo, los contornos de la parte especial; pero, sobre todo, para comprender la esencia del delito “en la comunidad del pueblo”, esto es, como un acto “contrario al orden” (“das Verbrechen eben ‘Unordnung’ ist”), esto es, como „una contradicción insoportable a la moral de la comunidad“.

²⁷ De hecho, *Dahm/Schiffstein*, ZStW 57 (1938), 225, presentan la obra como una respuesta a las críticas recibidas anteriormente por parte de los penalistas de Marburg, *Zimmerl* y *Schwinge*, citándose a *Welzel* únicamente en apoyo de sus propias tesis y no de las de sus críticos. Así, por ej., en nota 4, p. 227, se cita su *Naturalismus* (*Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935,

Frommel más bien al carácter “conservador” que, dentro del nacionalsocialismo, representaban las ideas “etizantes” de *Welzel* frente a las de *Schaffstein* y *Dahm*.²⁸

Y todo ello se puede demostrar con un análisis desprejuiciado de las obras de *Welzel* antes de que el régimen derivara en una dictadura completa, durante la misma y con posterioridad a su total derrota en la Segunda Guerra Mundial, parece apuntar también a que ellas no sólo tenían como propósito ofrecer un sistema de imputación compatible con el estado totalitario que se creaba, sino, además, justificar algunos de sus rasgos más destacables, en lo que a antiliberalismo, odio racial y operaciones eugenésicas se refiere.

Así, en su trabajo de habilitación, aparecido en 1935, dos años después del ascenso al poder de Hitler, *Welzel* afirmaba que “el prodigioso suceso de la revolución nacionalsocialista” lo había llevado a preguntarse por la historia y el futuro del derecho penal, rechazando con *Karl Schmitt* el “liberalismo” y el “positivismo naturalista” anteriormente imperantes, y afirmando que la “tarea política” que *Schaffstein* le asignaba a la “ciencia jurídica” del nacionalsocialismo era “comprender los valores de la época histórica concreta” que en ese entonces se vivía, por lo que la “dogmática” no debía ser más vista como un “dominio de lo puramente jurídico”, sino que debía permanecer “estrechamente” unida en su sentir con “la vida histórica, económica, sociológica, religiosa y política” de la comunidad “estado-pueblo”, “de cuyo destino depende”, pues “el concreto orden vital debe ser visto en la gran unidad [...] en la comunidad del pueblo, y en relación con la situación histórica concreta, la cual en el ámbito jurídico se condensa sobre todo en la voluntad expresada del Führer, esto es, en la ley”. En este contexto, no parece casualidad que en este trabajo *Welzel* llame a unir la dogmática con los valores del pueblo; cite profusamente a *Schmitt*, *Dahm*, *Schaffstein* y *Freisler*; califique al positivismo como como “cientificismo” incapaz de comprender “la realidad” de “la raza y el carácter nacional” (“Rasse und Volkstum”); y considere como una valiosa “aclaración” del pensamiento “fascista, bolchevique y nacionalsocialista” la denuncia del “relativismo” como una “cosmovisión cultural dominante” que debería cambiarse junto con “la idea del Estado”.²⁹

Por eso es consecuente con estas ideas la identificación que, suponemos en aplicación de este “programa” para el futuro Derecho penal, posteriormente hace *Welzel* entre el “desvalor de acto” y el abandono de los “valores ético-imperantes” en la dictadura nazi,³⁰ y en su concepto de delito

passim) como otra obra contraria a las tesis “naturalistas” de la “Escuela de Marburg”; en nota 63, p. 251, se lo trae a colación para fundamentar la idea de que la ley no crea artificialmente el “orden vital”, sino que éste emana de la “comunidad del pueblo”; y en nota 33, p. 312, para fundamentar la crítica a la distinción entre injusto y culpabilidad de la escuela “clásica” alemana.

²⁸ *Frommel*, ADPCP XLII (1989), 621.

²⁹ *Welzel* (nota 27), las citas literales, en el orden que aparecen en el texto, corresponden a las p. vii, 74, 75, 76, las notas al pie N°s 50, 51, 53, 56 y 57, la p. 72 y la nota al pie N° 48.

³⁰ *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (497).

como “una fractura o caída del orden real de las costumbres del pueblo”.³¹ Nótese que *Mezger*, supuesto contradictor de *Welzel*, suscribía este concepto en 1941, por estimar que correspondía plenamente a la realización del programa nacionalsocialista, reflejado en el punto 3 de los “Principios” elaborados por la oficina de asuntos jurídicos del NSDAP en 1935, a saber, que “el derecho penal nacionalsocialista debe ser construido sobre el deber de fidelidad al pueblo”.³² Lo mismo cabe decir del “descubrimiento” a posteriori de la filosofía de *Hartmann*, como fundamento para la teoría de la acción finalista, dado el carácter declaradamente nazi y anti-liberal de dicho autor.³³

En concreto, *Welzel* no sólo estimaba de “enorme significado” para “la nueva formación del Derecho penal” “las investigaciones sobre eugenésis y raza”,³⁴ sino también otorgó su aprobación “científica” a la disolución de la garantía del principio de legalidad para aplicar el derecho penal con fines políticos.

Así, aprobó categóricamente la introducción de la cláusula de aplicación analógica del derecho penal conforme “al sano sentimiento del pueblo alemán”, introducida por el régimen Nazi en el § 2 del entonces vigente StGB, pues ella permitiría aplicar el Derecho penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su “contenido material”, esto es, “los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas del Derecho penal”, entre los cuales menciona, en primer lugar, “la fidelidad al pueblo, al Reich, a la Führung” y “la obediencia al poder estatal”.³⁵

Por eso no extraña que *Welzel*, en vez de criticarlo, se haya dado el trabajo de buscar una fundamentación adecuada a su teoría de la acción final para la “delimitación” del concepto de Volkschädlings (“parásitos del pueblo”), título de la “ley” de 5.9.1939, cuyo § 4 castigaba con la pena de prisión de 15 años y hasta la de muerte, “cuando así lo exija el sano sentimiento del pueblo”, al que “aprovechándose de las cir-

³¹ *Welzel*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes in seinen Grundzügen, 1940, p. 2. La frase original de *Welzel* es: “ein Ausbrechen oder Abfallen von der wirklichen sittlichen Gemeinschaftsordnungen des Volkes”.

³² *Mezger*, Deutsches Strafrecht, 3. ed. 1943, p. 42 s. Es de destacar que, en esta época, *Mezger* tampoco veía diferencias con *Welzel* en cuanto a que “el concepto de la conducta”, “no pertenece al mundo del simple, naturalista y causalista ser, sino al mundo del ser valorado (mundo de los valores)”, y que en ese mundo la valoración sólo “se logra mediante un concepto finalista de conducta”, poniendo únicamente en duda la reducción de todo el concepto de conducta al “contenido de la voluntad” y la consecuente sistematización welzeliana (p. 47).

³³ Al respecto, *Cattaneo* (nota 24), p. 237 s., muestra como la idea de la “recta conciencia” de la voluntad en el pensamiento ético de *Hartmann*, se presenta como contraria con el liberalismo de la ilustración, al exigir la constatación de un contenido “positivo” de la voluntad, “superior” al mero comportamiento externo ajustado a la norma.

³⁴ *Welzel* (nota 27), p. 75.

³⁵ *Welzel* (nota 7), p. 101 (108).

cunstancias de la guerra”, “dolosamente” “cometa cualquier delito”. Según la interpretación del Tribunal Supremo del Reich, siguiendo las directrices del Secretario de Estado *Freisler*, la amplitud del texto se “limitaba” por el hecho de que sólo se aplicaba a los “parásitos del pueblo”.³⁶ En la interpretación “finalista” de *Welzel*, el “contenido de ilicitud” de estos delitos, esto es, lo que convertía a una persona en un “parásito del pueblo”, estaba constituido únicamente por los “elementos subjetivos de autor” que demostraban la existencia de “un ánimo que lleva el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo”, que debía castigarse con “todo el rigor del Derecho penal”, esto es, según la “ley” en que ellos se contenían, la pena de muerte.³⁷

Que este apoyo al derecho penal nacionalsocialista no se encontraba únicamente dirigido al público interesado en la literatura especializada y en las “notas al pie” de sus obras, queda claro cuando se revisan las ediciones de su Derecho penal alemán durante el régimen nacionalsocialista. Así, aparte de su ya citado concepto de delito aparecido en la primera de ellas (1940), en la tercera, aparecida un año antes del término de la guerra (1944), reproducía para sus estudiantes que lo que estaba detrás de la ley penal eran “los valores positivos de la recta conciencia”, esto es, la “lealtad al pueblo, al Reich, a la Führung, etc.”,³⁸ y agregaba, valorando positivamente las reformas nacionalsocialistas, lo siguiente:

“A pesar de que el StGB se ha mantenido inalterado en su gran parte, las modificaciones legales del Tercer Reich lo han llevado en un nuevo nivel. Entre ellas se cuentan: a) la eliminación de limitaciones liberales, especialmente de la estricta vinculación del juez a la ley, la reordenación y revaloración de los delitos de traición y el aumento de la penalidad en numerosos delitos; b) la complementación de las penas con medidas de seguridad y reeducación; c) el cambio del acento en el concepto de delito, pasando desde el resultado al lado de la voluntad y la conciencia, la derogación de la atenuación obligatoria en la tentativa y la complicidad (una exigencia del “derecho penal de la vo-

³⁶ Según *Werle*, JuS 1989, 952 (956), la doctrina de *Freisler* afirmaba que esta calidad se podría determinar cuando, según la clase de delito, la vida anterior del autor, sus condenas anteriores, su “ánimo” criminal contra la comunidad, o la forma y modo como ha cometido el delito, quede “demostrado” que “el autor corresponde al tipo del Volkschädling”. El texto de esta “ley” puede leerse en http://de.wikisource.org/wiki/Verordnung_gegen_Volksschädlinge (22.10.2014).

³⁷ *Welzel*, ZStW 60 (1941), 428 (461), nota al pie 61.

³⁸ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 3. ed. 1944, p. 1. La cita literal es: “stärker als jeder andere Teil der Rechtsordnung wurzelt das Strafrecht in den spezifisch sittlichen Grundwerten eines Volkes. Hinter seinen Normen, die überwiegend ein ‘Du sollst nicht’ gebieten, stehen die positiven Grundwerte der aus rechtlicher Gesinnung Fließenden Handlungen: die Treue gegenüber Volk, Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt, die Wehrbereitschaft, die Reinheit des Eides [...]”.

luntad”), la introducción de “momentos de la conciencia” en la construcción de delitos, como en el caso del § 211 StGB. Así, la valoración del autor se considera en primer plano frente a la del hecho externo (lo que se denomina muchas veces como derecho penal de autor).³⁹

Esta aprobación personal de *Welzel* al proyecto penal nacionalsocialista explica por qué, en la siguiente edición de su Derecho penal, un par de años después del término de la Segunda Guerra Mundial (1947), le atribuyese a dichas reformas un carácter “apolítico”⁴⁰ y, por tanto, compatible con el nuevo orden, tal como otros de sus colegas alemanes también lo sugirieron, permitiendo así, que no se produjese una verdadera “desnazificación” en el derecho penal de la posguerra.⁴¹

Pero, al igual que en el período anterior, una vez restaurada la democracia, *Welzel* no sólo se limitó a apoyar “en abstracto” las manifestaciones nacionalsocialistas del derecho penal, sino que también prestó, “en concreto”, apoyo “científico” con sus ideas a quienes, por su participación en los crímenes nacionalsocialistas y, en particular, respecto a la “operación eutanasia”, empezaron a ser juzgados penalmente.

Así, con base en su “teoría subjetiva” de la autoría, felicitó el fallo del OGH de 5.3.1949, en que se condenó como “cómplices” a un par de médicos que habían participado en la “operación eutanasia”, mediante la selección y transporte a su destino final de los extranjeros, incapaces para el trabajo o la guerra que padecieran determinadas enfermedades mentales.⁴²

³⁹ *Welzel* (nota 38), p. 11. Nuevamente, para evitar malos entendidos, reproduczo literalmente el texto traducido: “Die Gesetzgebung des Dritten Reiches stellte das StGB trotz unveränderter Beibehaltung der großen Stoffmasse in entscheidenden Punkten auf eine neue Ebene. Hiervon sei hervorgehoben: a) Beseitigung liberaler Einschläge, besonders der strengen Gesetzesgebundenheit des Richters, Neuordnung und Neubewertung der Verratsverbrechen, Straferschwerungen für zahlreiche Tatbestände, b) Ergänzung der Strafe durch sichernde und bessernde Maßnahmen, c) Akzentverlagerung im Verbrechensbegriff von der Erfolgs -auf die Willens- und Gesinnungsseite, Beseitigung der obligatorischen Milderbestrafung von Versuch und Beihilfe (Forderungen des ‘Willensstrafrechts’), Ausbau der Gesinnungsmodelle, vgl. § 211 StGB. Die Bewertung des Täters rückt in der Vordergrund gegenüber der Bewertung der äußeren Tat (vielfach Täterstrafrecht genannt).”

⁴⁰ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht in seinen Gründzügen, 4. ed. 1947, p. 10.

⁴¹ Al respecto, véase, con detalle, *Vogel* (nota 10), 22 ss.

⁴² Su resumen se encuentra en las p. 341 ss. de la Revista MDR 1949. Esta doctrina se ha mantenido incluso en el fallo más o menos reciente del BGH de 14.12.1988, donde, aplicando esta doctrina welzeliana, se calificó como mera complicidad la conducta de un médico que se habría encargado personalmente de “abrir el grifo” en la matanza de al menos 2.340 pacientes psiquiátricos mediante el sistema de “duchas” de gas ideado al efecto, condenándolo apenas a tres

Según *Welzel*, sólo Hitler, como el que dio la orden (Befehlgeber), sería “el autor” de la operación eutanasia, por lo que estima adecuado considerar a los médicos que materialmente dieron muerte a quienes consideraron a lo más como “cómplices”, para no caer en un “burdo” “objetivismo” (!); criticando, por “incorrecto”, otro fallo del OLG Frankfurt que consideró al que ejecutaba materialmente los hechos como autor.⁴³ Además, rechaza *Welzel* categóricamente que en dicho fallo no se haya aceptado para estos médicos como causa de exclusión de la penalidad el “estado de necesidad extralegal” (como sí lo había hecho el tribunal de instancia, liberando de cargos a los acusados). Según *Welzel*, ese estado de necesidad derivaba del “derecho natural” y operaba justamente en situaciones extraordinarias como las vividas bajo el régimen nazi, y, donde se debía elegir “el mal menor”. A ello agrega que los médicos “podían creer subjetivamente en la adecuación al derecho de la orden” de eliminar a las “vidas sin valor”, pues la prohibición de la eutanasia en esos casos no aparecía como una “regla evidente” del derecho natural, citando escolástica del siglo XVI (!) en ese sentido, por lo que “de ninguna manera” se les debió negar “la posibilidad” de alegar un “error de prohibición excluyente de la culpabilidad”.⁴⁴

II. Conclusión

Los hechos expuestos demuestran que la teoría de la acción final no se desarrolló en un ambiente político completamente aséptico y que el Prof. *Welzel* no se condujo durante el nacionalsocialismo de manera “apolítica”.

Sin embargo, todavía podría sostenerse que la coincidencia histórica entre la elaboración teórica de *Welzel* y el nacionalsocialismo no pasaría de ser eso, una mera coincidencia, tal como se demostraría por el hecho de su enorme influencia al término de la guerra, no sólo en Alemania sino también en Iberoamérica y Asia, incluso en profesores que se declaran abiertamente socialistas o de ideas afines a la izquierda política: la teoría (y sus derivaciones), despojada de la lamentable coincidencia histórica del momento de su surgimiento, sería suficientemente explicativa del Derecho penal, con independencia de las diferencias históricas y culturales entre Alemania y los países en los cuales se ha importado.

Pero si esto es así, habría que empezar por reconocer que nuestra forma de hacer Derecho penal no es, precisamente, una que fomente el respeto por el principio democrático y permita alzar la voz con cierta autoridad moral frente a las dictaduras pasadas, actuales o futuras. Y quizás también,

años de cárcel. *Vogel* (nota 10), nota nº 329 en p. 89, calificó este fallo como “escandaloso.” Una valoración crítica global de los procesos llevados adelante por los tribunales alemanes sobre la operación eutanasia, puede verse en *Benzler/Perels*, en: *Loewy/Winter* (eds.), “Euthanasie” vor Gericht, Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung, 1996, p. 15.

⁴³ *Welzel*, MDR 1949, 373.

⁴⁴ *Welzel*, MDR 1949, 373. Sobre la “operación eutanasia”, y la pretensión de *Welzel* de que sus autores materiales estaban amparados por un “error de prohibición”, véase, además, *Welzel*, SJZ 1948, 368 (371), nota al pie nº 8.

habría que repensar en qué medida nuestros actuales planteamientos siguen siendo compatibles con las ideas nacional-socialistas y, por lo mismo, en alguna medida contrarios al ideal democrático y más bien cercanos al de las verdades absolutas no sujetas a deliberación política de aquellos aciagos años.

Nullum crimen sine lege praevia: Das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK vor dem EGMR im Fall Maktouf und Damjanovic gegen Bosnien und Herzegowina*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Vojislav Damnjanovic, LL.M., Erlangen

In dem oben genannten Urteil vom 18.7.2013 befasste sich die Große Kammer des EGMR mit den Beschwerden von Abduldahim Maktouf und Goran Damjanovic. Die Beschwerden richten sich gegen ihre Verurteilungen durch Strafgerichte in Bosnien und Herzegowina wegen Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung, begangen in den Zeiten des jugoslawischen Bürgerkriegs in den Jahren 1992 bzw. 1993. Die Verurteilungen basierten jeweils auf einem erst im Jahr 2003 in Bosnien und Herzegowina in Kraft getretenen neuen Strafgesetzbuch. Die Beschwerdeführer rügten daher jeweils eine Verletzung von Art. 7 EMRK. Nicht die Bestimmungen des StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 hätten angewandt werden dürfen, sondern allein die Normen des StGB der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien¹ von 1976, das zum Zeitpunkt der Tatbegehung galt.

Die zentrale Frage der Abhandlung ist somit die nach der richtigen Anwendung des Prinzips der Meistbegünstigung (*lex mitior*). Die Lage wird dadurch zusätzlich kompliziert, dass die Gerichte in Bosnien und Herzegowina bei der *lex mitior*-Prüfung uneinheitlich vorgehen. Daher erscheint es erforderlich, klare Maßstäbe für eine *lex mitior*-Prüfung zu setzen.

Die Große Kammer stellt bei der *lex mitior*-Prüfung lediglich auf einen Vergleich der abstrakten Strafandrohungen in betreffenden Strafgesetzen ab. Diese stark vereinfachte Vorgehensweise der Großen Kammer wird hier kritisiert. Alternativ zum genannten Urteil des EGMR wird ein Überblick über die für eine *lex mitior*-Analyse relevanten Kriterien angeboten. Dabei wird allerdings betont, dass die aufgelisteten Kriterien nicht in abstracto, sondern je nach Relevanz für den konkreten Fall in Erwägung gezogen werden sollen.

Eine weitere Frage, die ebenfalls von der Großen Kammer behandelt wurde, betrifft das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 zu Art 7 Abs. 2 EMRK. Hier wird vertreten, dass Art. 7 Abs. 2 EMRK keine Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 EMRK darstellt (Spezialitätsverhältnis), sondern dass es sich dabei um ein Subsidiaritätsverhältnis handelt.

Das EGMR-Urteil in der Sache Maktouf und Damjanovic bietet reichlich Gründe für eine Auseinandersetzung mit dem *lex mitior*-Grundsatz in einer ausführlichen wissenschaftlichen Analyse. Darüber hinaus gibt die vorliegende Analyse Einblick in die juristische Aufarbeitung der Kriegsverbrechen und in die Konzepte von Rechtsstaatlichkeit und Rechtsicherheit in der immer noch jungen Republik Bosnien und Herzegowina, in der die schweren Folgen des Bürgerkriegs immer noch den Alltag bestimmen.

In the above-mentioned judgement from 18.7.2013, the Grand Chamber of the ECHR has examined the applications of Abduldahim Maktouf and Goran Damjanovic. These applications were disputing the convictions by the criminal courts in Bosnia and Herzegovina reached for war crimes against civilians charge, which have been committed during the civil war in former Yugoslavia in the years 1992 and 1993, respectively. The convictions were based on the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, which came into effect only in 2003. Both applicants alleged a breach of Art. 7 ECHR. According to the applications, the 2003 Criminal Code of Bosnia and Herzegovina could not have been applied, but solely the legal norms of the Criminal Code of the former Yugoslavia from 1976, which was in effect at the moment these crimes were committed.

The main issue of this treatise is thereby the correct application of the principle of applicability of more lenient criminal law (*lex mitior*). The case is further complicated by the fact that the courts of Bosnia and Herzegovina apply the principle of *lex mitior* inconsistently. Given the above, it appears necessary to set clear standards for the *lex mitior*-analysis.

The Grand Chamber has reduced the *lex mitior*-analysis in this particular case to a simple comparison of abstractly provided sanctions in both Criminal Codes. This highly simplified approach of the Grand Chamber has been criticised within the framework of this paper. Alternatively to the above mentioned judgement of the ECHR this treatise offers an overview of the relevant criteria for an accurate *lex mitior*-analysis. However it is particularly emphasised, that the listed criteria should not be taken under consideration in abstracto, but rather depending of their relevance in each individual case.

A further issue, also examined by the Grand Chamber, concerns the relation between Art. 7 § 1 and Art. 7 § 2 ECHR. In this respect, it is considered that Art. 7 § 2 ECHR is no exception to Art. 7 § 1 ECHR (relation of speciality) but is rather a matter of relation of subsidiarity.

The ECHR judgement in the case of Maktouf and Damjanovic provides plenty of reasons for the *lex mitior*-principle discussion, through a detailed scientific analysis. In addition, the present analysis provides an insight into legal proceedings of war crimes, as well as concepts of the rule of law and the legal certainty in still young Republic of Bosnia and Herzegovina, where the serious consequences of the civil war still determine everyday life.

I. Einleitung

* EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina). Das Urteil kann in voller Länge unter:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122716> abgerufen werden (17.7.2014).

¹ Im weiteren Text mit SFRJ abgekürzt.

Abduldahim Maktouf (ein irakischer Staatsbürger) und Goran Damjanovic (ein Staatsbürger Bosnien und Herzegowinas) wandten sich an den EGMR mit zwei Beschwerden (Nr. 2312/08 und Nr. 34179/08) gegen ihre Verurteilungen durch Strafgerichte Bosnien und Herzegowinas wegen Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung, begangen in

den Zeiten des jugoslawischen Bürgerkriegs in den Jahren 1992 bzw. 1993. Die Verurteilungen basierten jeweils auf dem erst im Jahr 2003 in Bosnien und Herzegowina in Kraft getretenen neuen Strafgesetzbuch. Die Beschwerdeführer rügten jeweils eine Verletzung von Art. 7 EMRK.² Nicht die Bestimmungen des StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 hätten angewandt werden dürfen, sondern allein die Normen des StGB der SFRJ von 1976, das zum Zeitpunkt der Tatbegehung galt.

1. Die Strafvorwürfe gegen Abduldahim Maktouf

Am 19.10.1993 hatte sich Abduldahim Maktouf in Travnik an der Entführung zweier Zivilisten beteiligt, die gegen zwei Soldaten der Armee Bosnien und Herzegowinas, die vorher durch die Angehörigen des HVO³ gefangen genommen worden waren, ausgetauscht werden sollten. Hierfür wurde er am 1.7.2005 durch die Strafkammer des Gerichts Bosnien und Herzegowinas⁴ wegen Beihilfe zur Geiselnahme als Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung schuldig gesprochen und gem. Art. 173 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Art. 31, Art. 49 lit. a) und Art. 50 Abs. 1 lit. a) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Das Urteil wurde zwar später von der Berufungskammer des Gerichts Bosnien und Herzegowinas aufgehoben, der Urteilsspruch und die verhängte Strafe wurden später jedoch bestätigt. Eine Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht Bosnien und Herzegowinas, das die von Abduldahim Maktouf geltend gemachte Verletzung des Rückwirkungsverbots auch im Lichte des Art. 7 EMRK⁵ überprüfte, hatte keinen Erfolg.⁶

2. Die Strafvorwürfe gegen Goran Damjanovic

Goran Damjanovic hatte sich am 2.6.1992 an mehrstündigen körperlichen Misshandlungen von gefangen genommenen Bosniaken in Sarajevo beteiligt. Die Opfer wurden anschließend in ein Gefangenentalager gebracht. Dafür wurde er am 18.6.2007 durch die Strafkammer des Gerichts Bosnien und Herzegowinas wegen Folter als Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung gem. Art. 173 Abs. 1 lit. c) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 schuldig gesprochen. Er erhielt

² Daneben wurde die Verletzung des Art. 14 i.V.m. Art. 7 EMRK und Art. 1 des Protokolls Nr. 12 geltend gemacht. Abduldahim Maktouf hat darüber hinaus auch noch eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend gemacht.

³ Hrvatsko Vijeće Obrane (Kroatischer Verteidigungsrat).

⁴ Laut Art. 3 Nr. 2 lit. c) der Verfassung Bosnien und Herzegowinas sind die Entitäten zuständig für den Aufbau der Gerichtsbarkeiten. Auf der Bundesebene bestehen das Verfassungsgericht Bosnien und Herzegowinas und das Gericht Bosnien und Herzegowinas, dessen Zuständigkeit in Strafsachen in Art. 13 Nr. 1 und 2 des Gesetzes über das Gericht Bosnien und Herzegowinas von 2002 definiert ist.

⁵ Das Verfassungsgericht befasste sich auch mit Art. 5, 6 und 14 EMRK.

⁶ Verfassungsgericht Bosnien und Herzegowinas, Entsch. v. 30.3.2007 – AP 1785/06; siehe auch die abw. Meinung des Richters Tadic.

eine elfjährige Freiheitsstrafe, die in der Berufungsinstanz am 19.11.2007 bestätigt wurde. Seine Verfassungsbeschwerde wurde aufgrund von Verfristung am 15.4.2009 ohne inhaltliche Prüfung verworfen.

II. Das StGB der SFRJ von 1976 und das StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003

Das heute in Bosnien und Herzegowina gültige StGB trat am 1.3.2003 in Kraft. Es enthält ausdrückliche Vorgaben zur Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips und zum intertemporalen Strafrecht. Art. 3 StGB Bosnien und Herzegowinas normiert den Grundsatz *nullum crimen nulla poena sine lege*:

- (1) Straftaten und strafrechtliche Sanktionen werden ausschließlich durch das Gesetz bestimmt.
- (2) Es kann weder eine Strafe noch eine andere strafrechtliche Sanktion wegen der Tat verhängt werden, die vor der Begehung nach dem nationalen Gesetz oder nach dem internationalen Recht nicht als Straftat und für die keine gesetzlich vorgeschriebene Strafe bestimmt war.

Art. 4 StGB Bosnien und Herzegowinas definiert die zeitliche Geltung des Gesetzes:

- (1) In persönlicher Hinsicht wird das Gesetz angewandt, das zur Zeit der Tat galt.
- (2) Wird nach der Tat das Gesetz, das zur Zeit der Tat galt, einmal oder mehrmals geändert, ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

Art. 4 Abs. 2 StGB Bosnien und Herzegowinas benennt ferner den sog. *lex mitior*-Grundsatz. Wenn sich das Gesetz zwischen Tat und Urteil ändert, so ist auf den Täter bzw. Teilnehmer das mildeste Gesetz anzuwenden.

Im Jahre 2005 wurde allerdings noch Art. 4a hinzugefügt:

„Artikel 3 und 4 des Gesetzes schließen nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“

1. StGB der SFRJ von 1976

Während des bewaffneten Konflikts in Bosnien und Herzegowina galt das StGB der SFRJ von 1976.⁷ Dieses Gesetz sah bei Kriegsverbrechen (Art. 142 ff.) eine Freiheitstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren und, in besonders schweren Fällen, sogar die Todesstrafe vor. Die Todesstrafe konnte allerdings durch eine langjährige Freiheitsstrafe von zwanzig Jahren ersetzt werden (Art. 37, 38 und 142). Ein Tatgehilfe wie z.B. Abduldahim Maktouf war wie ein Täter zu bestrafen. Es bestand allerdings die Möglichkeit einer Strafmilderung zu

⁷ Das StGB der SFRJ von 1976 galt in der Föderation Bosnien und Herzegowina bis 1998 und in der Republik Srpska bis 2000, bis es durch die sog. Entitätsgesetze außer Kraft gesetzt wurde.

einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr (Art. 24, 42 und 43):

Art. 24

(1) Wer vorsätzlich einem anderen bei der Begehung einer Straftat Hilfe leistet, wird nach der für diese Straftat vorgeschriebenen Strafe oder mit gemilderter Strafe bestraft. [...]

Art. 37

[...]

(2) Die Todesstrafe kann nur in besonders schweren Fällen der schweren Straftaten, bei denen sie ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist, verhängt werden. [...]

Art. 38

(1) Das Mindestmaß der Freiheitsstrafe ist fünfzehn Tage, ihr Höchstmaß fünfzehn Jahre.

(2) Bei den Straftaten, bei denen die Todesstrafe vorgesehen ist, kann alternativ eine Freiheitsstrafe von zwanzig Jahren verhängt werden.

Art. 42

Das Gericht kann die Strafe unter der gesetzlich vorgeschriebenen Grenze zumessen oder eine mildere strafrechtliche Sanktion verhängen:

1. wenn das Gesetz eine Milderung der Strafe vorsieht⁸;
2. wenn das Gericht feststellt, dass besondere Milderungsgründe vorhanden sind, die darauf schließen lassen, dass der Zweck der Strafe auch mit Strafmilderung erfüllt werden kann.

Art. 43

(1) Bei Vorliegen der Strafmilderungsgründe aus Art. 42 des Gesetzes, mildert das Gericht die Strafe wie folgt:

1. Im Falle des Mindestmaßes der Freiheitsstrafe von drei Jahren, kann die Freiheitsstrafe nicht unter ein Jahr ermäßigt werden; [...].

Art. 142

Wer unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht während des Krieges, eines bewaffneten Konflikts oder während der Okkupation anordnet [...] oder begeht [...] Folter, [...] Geiselnahme, [...] wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit Todesstrafe bestraft.

Nach dem Dayton-Abkommen⁹ konnte die Todesstrafe nicht mehr verhängt werden.¹⁰

⁸ Wie bei Art. 24 Abs. 1 des Gesetzes.

⁹ Annex 6 des Dayton-Abkommens sieht die Verbindlichkeit der EMRK samt ihrer Zusatzprotokolle vor. Für die Abschaffung der Todesstrafe ist vor allem das Zusatzprotokoll 6 von 1983 relevant.

¹⁰ Die Todesstrafe wurde in der Föderation Bosnien und Herzegowina im Jahre 1998 abgeschafft. Art. 11 der Verfassung der Republik Srpska sieht dagegen in besonders schweren Fällen schwerer Straftaten immer noch die Todesstrafe vor.

2. StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003

Das StGB Bosnien und Herzegowinas sieht für Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung ein Mindestmaß der Freiheitsstrafe von zehn Jahren und in besonders schweren Fällen eine langjährige Freiheitsstrafe von 21 bis 45 Jahren vor (Art. 42b und 173). Ein Gehilfe (siehe Abduldahim Maktouf) wird als Täter bestraft. Es besteht allerdings die Möglichkeit einer Strafmilderung (Art. 31, 49 und 50):

Art. 31

(1) Wer vorsätzlich einem anderen bei der Begehung einer Straftat Hilfe leistet, wird nach der für diese Straftat vorgeschriebenen Strafe oder mit gemilderter Strafe bestraft. [...]

Art. 42

(1) Das Mindestmaß der Freiheitsstrafe ist dreißig Tage, ihr Höchstmaß zwanzig Jahre. [...]

Art. 42b

(1) In besonders schweren Fällen vorsätzlicher Straftaten kann eine langjährige Freiheitsstrafe von einundzwanzig bis fünfundvierzig Jahren vorgeschrieben werden. [...]

Art. 49

Das Gericht kann die Strafe unter der gesetzlich vorgeschriebenen Grenze zumessen oder eine mildere strafrechtliche Sanktion verhängen:

- (a) wenn das Gesetz eine Milderung der Strafe vorsieht;¹¹
- (b) wenn das Gericht feststellt, dass besondere Milderungsgründe vorhanden sind, die darauf schließen lassen, dass der Zweck der Strafe auch mit Strafmilderung erfüllt werden kann.

Art. 50

(1) Bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Strafmilderung nach Art. 49 des Gesetzes wird die Strafe wie folgt ermäßigt:

(a) Im Falle des Mindestmaßes der Freiheitsstrafe von zehn Jahren kann die Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahre ermäßigt werden; [...]

Art. 173

(1) Wer unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht während des Krieges, eines bewaffneten Konflikts oder während der Okkupation anordnet [...] oder begeht [...] Folter, [...] Geiselnahme, [...] wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder mit langjähriger Freiheitsstrafe bestraft. [...]

Nach Inkrafttreten des StGB Bosnien und Herzegowinas im Jahr 2003 entwickelte sich eine sehr konfuse Rechtspraxis zu Kriegsverbrechenfällen, deren Komplexität vor allem darauf beruht, dass die einzelnen Strafgerichte in Bosnien und Herzegowina das *lex mitior*-Prinzip in den vor ihnen verhandelten Kriegsverbrechenverfahren sehr unterschiedlich anwand-

¹¹ Wie bei Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes.

ten. Je nach Rechtsüberzeugung des zuständigen Gerichts kam entweder das StGB der SFRJ von 1976 oder das StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 zur Anwendung. Während die Entitätgerichte¹² überwiegend das StGB der SFRJ von 1976 anwendeten, vertrat das Gericht Bosnien und Herzegowinas anfangs den Standpunkt, dass das StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 generell das mildere Gesetz sei. Ab März 2009 fingen die Berufungskammern des Gerichts Bosnien und Herzegowinas jedoch an, für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, welches Gesetz das mildere ist.¹³ Die Strafkammern desselben Gerichts hingegen setzten ihre bereits geübte Praxis fort, ausschließlich das StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 anzuwenden.¹⁴ Diese uneinheitliche Rechtsprechung wurde mehrfach von OSCE¹⁵, UN-Human Rights Committee¹⁶ und Venice Commission¹⁷ kritisiert.

III. Die Beschwerden zum EGMR

Die Beschwerdeführer Abduldahim Maktouf und Goran Damjanovic beriefen sich in ihren Beschwerden zentral auf die Verletzung von Art. 7 EMRK. Sie rügten, dass in ihren Verfahren jeweils ein strengeres Strafgesetz zur Anwendung kam als das, das zur Zeit der Tatbegehung galt. Insbesondere hätten nach altem Recht mildere Strafen gedroht.

1. Die Argumentation der Großen Kammer

Die Große Kammer entwickelte ihre Argumente zunächst unter Rückgriff auf eine frühere Entscheidung im Fall Ko-

nonov gegen Lettland.¹⁸ Art. 7 EMRK enthalte nicht nur ein Rückwirkungsverbot zu Lasten des Angeklagten, sondern darüber hinaus den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege in seiner Ganzheit*.¹⁹ Außerdem stellte sie fest, dass sich die Straftatbestände in Art. 142 StGB der SFRJ von 1976 und in Art. 173 Abs. 1 StGB Bosnien und Herzegowina von 2003, das vorliegend rückwirkend auf die Angeklagten angewendet worden war, inhaltlich decken.²⁰ Der Tatbestand der „Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung“ war also inhaltlich nicht verschärft worden. Die zwei Strafgesetze sahen aber unterschiedliche Strafmaße vor.

Das Gericht Bosnien und Herzegowinas hatte Abduldahim Maktouf wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung nach Art. 173 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Art. 31, Art. 49 lit. a) und Art. 50 Abs. 1 lit. a) StGB Bosnien und Herzegowina von 2003 zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Hätte das Gericht das StGB der SFRJ von 1976 angewandt, hätte Abduldahim Maktouf nach Art. 142 i.V.m. Art. 24, Art. 42 und Art. 43 Abs. 1 S. 1 zu einer Freiheitsstrafe von nur einem Jahr verurteilt werden können.²¹

Goran Damjanovic wiederum war als Täter eines Kriegsverbrechens nach Art. 173 Abs. 1 lit. c) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 zu elf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Hätte man das StGB der SFRJ von 1976 ange-

¹⁸ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.5.2010 – 36376/04 (Kononov v. Latvia), para. 185.

¹⁹ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 65. Der Grundsatz beruht auf vier Säulen: Gesetzmäßigkeitsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), Bestimmtheitsgebot (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), Analogieverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) und Rückwirkungsverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), vgl. EGMR NJW 2001, 3035; siehe auch EGMR (Chamber), Urt. v. 25.5.1993 – 14307/88 (Kokkinakis v. Greece), para. 52; EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 29.3.2006 – 67335/01 (Achour v. France), para. 41; EGMR (Chamber), Urt. v. 12.7.2007 – 74613/01 (Jorgic v. Germany), para. 100; EGMR (Chamber), Urt. v. 19.2.2008 – 74357/01, 26764/02, 27434/02 (Kuolelis, Bartosevicius & Burokevicius v. Latvia), para. 115; EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 19.9.2008 – 9174/02 (Korbely v. Hungary), para. 70; EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.9.2009 – 10249/03 (Scoppola v. Italy No. 2), para. 93 f.; EGMR (Chamber), Urt. v. 14.3.2013 – 26261/05, 26377/06 (Kasymakhunov & Saybatalov v. Russia), para. 77; *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissling-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 108 ff.; siehe auch *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 23 ff.

²⁰ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 67.

²¹ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 68.

wandt, hätte Goran Damjanovic nach Art. 142 nur zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt werden können.²²

Die Todesstrafe, die nach dem StGB der SFRJ von 1976 in Fällen der Kriegsverbrechen vorgesehen war, durfte nun nicht mehr verhängt werden. Dennoch gilt es, in einer vergleichenden Analyse zu prüfen, welches Gesetz im konkreten Fall das mildere ist.²³ Im Hinblick auf das Mindestmaß der angedrohten Strafe ist dies zweifellos das StGB der SFRJ von 1976.²⁴ Die Große Kammer betonte, dass sich hieraus nicht ableiten ließe, dass, hätte man das StGB der SFRJ von 1976 angewandt, die Beschwerdeführer unbedingt eine mildere Strafe bekommen hätten.²⁵ Dennoch liegt der Schluss nahe, dass die Beschwerdeführer, hätte man von Anfang an auf der Basis des StGB der SFRJ von 1976 entschieden, allein aufgrund der Anwendung dieses Gesetzes eine mildere Strafe bekommen hätten.²⁶ Es bestand damit eine reale Möglichkeit („real possibility“), dass die Beschwerdeführer durch die rückwirkende Anwendung des StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 im Hinblick auf die Strafzumessung benachteiligt worden sind.²⁷ Ein Schutz vor einer unzulässigen Sanktionierung zu Lasten der Beschwerdeführer sei nicht ausreichend gewährleistet gewesen.²⁸ Darin sah die Große Kammer einen Verstoß gegen Art. 7 EMRK.

Im Ergebnis hätten die Strafgerichte Bosnien und Herzegowinas in beiden Fällen zumindest für die Strafzumessung die Strafrahmen des StGB der SFRJ von 1976 anwenden müssen. Weil sie dies nicht taten, sondern rückwirkend und zu Ungunsten der Beschwerdeführer auf die Strafrahmenvorgaben aus Art. 173 Abs. 1 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 zurückgegriffen hatten, lag ein Verstoß gegen Art. 7 EMRK vor.²⁹

²² EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 68.

²³ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 69.

²⁴ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 69.

²⁵ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 70.

²⁶ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 70.

²⁷ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 70.

²⁸ „[...] it cannot be said that they were afforded effective safeguards against the imposition of a heavier penalty, in breach of Article 7 of the Convention“, EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 70.

²⁹ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), Conclusion (para. 76) und Disposition (nach para. 95).

2. Analyse und Kritik der Entscheidung der Großen Kammer

Der nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatz, den Art. 7 Abs. 1 EMRK formuliert, gilt uneingeschränkt.³⁰ Art. 15 Abs. 2 EMRK ist zu entnehmen, dass von der Schutzgarantie gegen willkürliche Strafverfolgung, Verurteilung und Bestrafung nicht abgewichen werden darf.³¹

Nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK darf niemals eine schwere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden (nulla poena sine lege praevia). Wird das Gesetz nach der Begehung der Tat zugunsten des Angeklagten geändert, so ist *a fortiori* das mildere Gesetz anzuwenden.³² Hierin liegt der Sinn des *lex mitior*-Grundsatzes (das Prinzip der Meistbegünstigung)³³, der zwar dem Wortlaut des Art. 7 EMRK nicht ausdrücklich zu entnehmen ist,³⁴ vom EGMR aber implizit als eine der Garantien des Gesetzlichkeitsprinzips im europäischen Recht anerkannt wird.³⁵ Eine rückwirkende Rechtsanwendung darf nur zu Gunsten des Angeklagten erfolgen.³⁶

Offen lässt Art. 7 EMRK allerdings, nach welchen konkreten Maßstäben das jeweils mildeste Gesetz zu ermitteln ist. Diese Frage kann immer nur für den konkreten Einzelfall

³⁰ Die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*, Conclusion unter Verweis auf *Anselm v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, § 24.

³¹ EGMR NJW 2001, 3035; EGMR NJW 2010, 2495; EGMR (Chamber), Urt. v. 21.1.2003 – 45771/99 (*Veeber v. Estonia No. 2*), para. 30; EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.5.2010 – 36376/04 (*Kononov v. Latvia*), para. 185; EGMR (Chamber), Urt. v. 22.1.2013 – 42931/10 (*Camilleri v. Malta*), para. 34; EGMR (Chamber), Urt. v. 10.7.2012 – 42750/09 (*Del Rio Prada v. Spain*), para. 45. Vgl. auch *Sinner*, in: *Karpenstein/Mayer (Hrsg.)*, EMRK, Kommentar, 2012, Art. 7 Rn. 1; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 1.

³² So die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*.

³³ Zur rechtshistorischen Entwicklung des *lex mitior*-Grundsatzes siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*.

³⁴ Eine ausdrückliche Regelung zum *lex mitior*-Grundsatz findet sich in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbpR.

³⁵ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.9.2009 – 10249/03 (*Scoppola v. Italy No. 2*), para. 108 f. Zu den weiteren Rechtsprechungshinweisen siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*; siehe auch *Kadelbach*, in: *Grote/Marauhn/Meljnik (Hrsg.)*, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 15 Rn. 31; *Meyer-Ladewig* (Fn. 31), Art. 7 Rn. 20.

³⁶ Siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*. Vgl. im deutschen Recht BVerfGE 8, 197 (201 f.); 95, 96 (137); *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 53; *Dannecker* (Fn. 19), § 1 Rn. 369; *Schmitz* (Fn. 19), § 1 Rn. 29; *Rudolphi*, in: *Wolter (Hrsg.)*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 140. Lfg., Stand: Oktober 2013, § 1 Rn. 6.

beantwortet werden. Bei der vergleichenden Normalanalyse sind sowohl der allgemeine als auch der besondere Teil der miteinander verglichenen Gesetzestexte zu berücksichtigen.³⁷ Außerdem müssen auch die sog. Zwischengesetze (die zur Zeit der Tat noch nicht galten und zur Zeit der Gerichtsentscheidung nicht mehr gelten) miteinbezogen werden.³⁸ Es müssen stets die konkrete Tat und der konkrete Tatbeteiligte (Täter, Anstifter, Gehilfe) im Vordergrund stehen.³⁹ Neben den Strafbarkeitsvoraussetzungen sind zudem die Rechtfolgen mit zu berücksichtigen.⁴⁰ Wird in der lex posterior die Strafbarkeit aufgehoben oder ein früherer Straftatbestand in eine Ordnungswidrigkeit umgewandelt,⁴¹ so enthält nun das Ordnungswidrigkeitenrecht die mildere Norm. Hauptstrafen gelten als gewichtiger als Nebenstrafen.⁴² Die Rechtslage des Angeklagten kann zudem durch die Einführung neuer Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe⁴³ oder durch eine Herabsetzung der Verjährungsfrist⁴⁴ begünstigt werden. Wichtige Vergleichskriterien sind ferner das Vorliegen von Milderungsgründen oder die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung.⁴⁵ Im Falle eines Versuchs ist zu berücksichtigen, ob ein Gesetz den Versuch milder bestraft als die Tatvollendung.

Für die richtige Anwendung des lex mitior-Prinzips sind sämtliche für den konkreten Fall relevante Vergleichspunkte zu berücksichtigen. So ist es vorstellbar, dass ein Gesetz, das ein niedrigeres Mindestmaß der angedrohten Strafe, gleichzeitig aber keine Strafaussetzung zur Bewährung (oder sehr

restiktive Bedingungen dafür) vorschreibt, im Vergleich zu einem Gesetz, das ein höheres Mindestmaß der angedrohten Strafe, zugleich aber günstigere Bedingungen zur Strafaussetzung zur Bewährung enthält, eine lex gravior darstellt.⁴⁶ In Einzelfällen kann auch ein Gesetz, das ein niedrigeres Höchstmaß der angedrohten Strafe vorsieht, dabei aber bestimmte Milderungsgründe nicht berücksichtigt, für einen Angeklagten ungünstiger sein als ein Gesetz, das zwar eigentlich ein höheres Höchstmaß der angedrohten Strafe vorsieht, zugleich aber günstigere Milderungsgründe beachtet. D.h. ein einfacher Vergleich des Mindestmaßes der angedrohten Strafen reicht für die Analyse nicht aus.

Die Große Kammer beschränkte sich aber im konkreten Fall auf eben diesen Vergleich der abstrakten Strafandrohungen beider Strafgesetze. Sie hat bei der lex mitior-Prüfung also einen stark vereinfachten Weg eingeschlagen, mit dem sie der Komplexität der geforderten Vergleichsprüfung nicht gerecht wird. Außerdem wirkt das Hauptargument des Gerichts, dass „hätte man von Anfang an das StGB der SFRJ von 1976 angewendet, hätten die Beschwerdeführer eine milder Strafe bekommen können“, spekulativ.⁴⁷ Richterin *Kalaydjieva* führt diesbezüglich in ihrer zustimmenden Meinung aus: „Würde man dieser Logik folgen, könnte man genauso hypothetisch behaupten, dass die nationalen Gerichte die Beschwerdeführer auch hätten freisprechen können, was eigentlich eine Fiktion wäre“.⁴⁸ Es ist schließlich den Richtern *Albuquerque* und *Vucinic* Recht zu geben, dass das Mindestmaß der angedrohten Strafe nicht das einzige Kriterium bei der Anwendung des lex mitior-Grundsatzes sein darf.⁴⁹

Im Folgenden soll das Versäumnis der Großen Kammer, die beiden relevanten Strafgesetze nach allen wichtigen Gesichtspunkten zu vergleichen, nachgeholt werden.

Ausgangspunkte hierfür sind die Vorgaben aus Art. 4 Abs. 2 StGB der SFRJ von 1976 und Art. 4 Abs. 2 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003.

3. Ausführliche vergleichende Gesetzesanalyse

Bei der lex mitior-Analyse sind folgende Anhaltspunkte zu berücksichtigen:

a) Zwischengesetze

Vor Inkrafttreten des StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 galten zwischenzeitlich zwei Entitätsgesetze: Das StGB der Föderation Bosnien und Herzegowina von 1998 und das StGB der Republik Srpska von 2000. In Bezug darauf, dass die Entitätsgesetze in Kriegsverbrechenfällen nur selten Anwendung finden, sollen diese nach Auffassung der Großen

³⁷ Siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*.

³⁸ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (*Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*), para. 70; siehe dazu die zust. Meinung der Richterin *Kalaydjieva*.

³⁹ Siehe die zust. Meinung der Richterin *Kalaydjieva*.

⁴⁰ Siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*.

³⁷ Siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*. Vgl. auch EGMR (Chamber), Urt. v. 7.2.2012 – 20134/05 (*Alimucaj v. Albania*), para. 154; siehe auch EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.9.2009 – 10249/03 (*Scoppola v. Italy No. 2*), para. 97; EGMR (Chamber), Urt. v. 28.11.2013 – 7345/12 (*Glien v. Germany*), para. 118 m.w.N.; vgl. *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 105; *Schmitz* (Fn. 19), § 2 Rn. 26.

³⁸ Vgl. *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 116; siehe auch *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 2 Rn. 3a; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 2 Rn. 27a; *Rudolphi* (Fn. 36), § 2 Rn. 6.

³⁹ RGSt 71, 42 f.; BGHSt 20, 22 (25); 20, 74 f.; 26, 167 (170 f.); *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 106; *Rudolphi* (Fn. 36), § 2 Rn. 9.

⁴⁰ *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 62.

⁴¹ BGHSt 20, 116 (119); 48, 374 (383); *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 62; *Schmitz* (Fn. 19), § 2 Rn. 27; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 62.

⁴² *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 109.

⁴³ BGHSt 20, 116 (119 f.); OLG Köln NStZ 1991, 498; Bay-ObLG NJW 1976, 527; *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 62; *Schmitz* (Fn. 19), § 2 Rn. 27.

⁴⁴ BGH NStZ 1999, 556 f.; *Dannecker* (Fn. 19), § 2 Rn. 62; *Schmitz* (Fn. 19), § 2 Rn. 27, 45; *Hassemer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 43.

⁴⁵ Siehe die zust. Meinung der Richter *Albuquerque* und *Vucinic*.

Kammer bei dem konkreten lex mitior-Vergleich unberücksichtigt bleiben.⁵⁰ Diese Ansicht der Großen Kammer kann nicht überzeugen, da das StGB der Föderation Bosnien und Herzegowina von 1998 sowohl nach dem Territorialprinzip, das in Art. 130⁵¹ verankert ist, als auch nach Art. 4⁵², der die zeitliche Geltung des Gesetzes regelt, als Zwischengesetz hätte mitberücksichtigt werden müssen. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum das StGB der Föderation Bosnien und Herzegowina von 1998 in dieser Hinsicht eine Ausnahme darstellen soll.

b) Aufhebung von Strafbarkeit oder Umwandlung des Straftatbestandes in eine Ordnungswidrigkeit

Die den Beschwerdeführern zur Last gelegten Straftatbestände (Geiselnahme bzw. Folter als Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung) wurden seit Tatbegehung weder aufgehoben noch in eine Ordnungswidrigkeit umgewandelt.

c) Modifizierung des Straftatbestandes

Bezüglich der Taten, die dem Beschwerdeführer Abduldahim Maktouf vorgeworfen wurden, ist es zwischenzeitlich zu keiner Modifizierung des Straftatbestandes gekommen (vgl. Art. 142 StGB der SFRJ von 1976 mit Art. 173 Abs. 1 lit. e) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003). Im Straftatbestand der Folter, den der Beschwerdeführer Goran Damjanovic erfüllt hatte, kam es zwischenzeitlich lediglich zu sprachlichen Redaktionsänderungen.⁵³

d) Verjährungsfrist

Die Länge der Verjährungsfrist spielt bei der lex mitior-Prüfung im konkreten Fall keine Rolle. Kriegsverbrechen unterliegen sowohl nach Art. 100 StGB der SFRJ von 1976 als auch nach Art. 19 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 keiner Verjährung.

e) Beihilfe⁵⁴

Die Beihilferegelung des Art. 24 StGB der SFRJ von 1976 und die des Art. 31 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 decken sich wörtlich.

f) Hauptstrafe und Nebenstrafe

Sowohl Art. 142 StGB der SFRJ von 1976 als auch Art. 173 Abs. 1 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 sehen als Hauptstrafe Freiheitsstrafe vor, wobei das Mindestmaß der Freiheitsstrafe nach Art. 142 StGB der SFRJ von 1976 fünf und nach Art. 173 Abs. 1 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 zehn Jahre beträgt. Art. 173 Abs. 1 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 sieht außerdem alternativ eine langjährige Freiheitsstrafe vor. Keines der Gesetze sieht bei der Sanktionierung der Kriegsverbrechen eine Nebenstrafe vor.

g) Strafaussetzung zur Bewährung

Beide Gesetze sehen die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung vor (vgl. Art. 52 StGB der SFRJ von 1976 und Art. 59 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003). Sowohl nach Art. 53 Abs. 3 StGB der SFRJ von 1976 als auch nach Art. 59 Abs. 4 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 ist die Strafaussetzung zur Bewährung bei den Straftaten ausgeschlossen, bei denen die Strafe nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe ermäßigt werden kann. Nach Art. 49 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 lit. a) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 kann die Freiheitsstrafe bis auf fünf Jahre ermäßigt werden. Nach Art. 42 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Nr. 1 StGB der SFRJ von 1976 konnte hingegen die Freiheitsstrafe bis auf ein Jahr ermäßigt werden. Daher wäre eine Strafaussetzung zur Bewährung weder nach dem StGB der SFRJ von 1976 noch nach dem StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 möglich gewesen.

h) Strafzumessung/Milderung der Strafe

Die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung sind für beide Gesetze identisch (vgl. Art. 41 StGB der SFRJ von 1976 und Art. 48 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003). Die allgemeinen Voraussetzungen für die Strafmilderung sind ebenfalls einheitlich geregelt (vgl. Art. 42 StGB der SFRJ von 1976 und Art. 49 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003). Differenzen ergeben sich bei den Regeln zur Ermäßigung der Strafe bei unterschiedlichen Mindestmaßgrenzen (vgl. oben unter g). Das StGB der SFRJ von 1976 ist in dieser Hinsicht eindeutig das mildere Gesetz.

i) Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe

Die persönlichen Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe kommen nach Art. 25 Abs. 3 StGB der SFRJ von 1976 bzw. Art. 32 Abs. 3 StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 nur demjenigen zugute, in dessen Person sie gegeben sind. Allerdings sind diese weder bei Abduldahim Maktouf

⁵⁰ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 25.

⁵¹ (1) Die Strafgesetzgebung der Föderation gilt für jeden, der auf dem Territorium der Föderation eine Straftat begeht. [...].

⁵² (1) In persönlicher Hinsicht wird das Gesetz angewandt, das zur Zeit der Tat galt.

(2) Wird nach der Tat das Gesetz, das zur Zeit der Tat galt, einmal oder mehrmals geändert, ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

⁵³ In Art. 142 StGB der SFRJ von 1976 heißt es „Zufügung großen Leides oder Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit“. Art. 173 Abs. 1 lit. c) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 enthält folgende Formulierung „Zufügung intensiven körperlichen oder seelischen Schmerzes oder Leides (Folter)“. Diese semantische Änderung stellt allerdings keine signifikante Tatbestandsmodifizierung dar.

⁵⁴ Dieser Prüfungspunkt betrifft lediglich den Beschwerdeführer Abduldahim Maktouf.

touf noch bei Goran Damjanovic ersichtlich und spielen daher für den konkreten lex mitior-Vergleich keine Rolle.

Damit ist dem Ergebnis der Großen Kammer zuzustimmen, dass die rückwirkende strafrechtliche Sanktionierung der Beschwerdeführer Abduldahim Maktouf und Goran Damjanovic nach dem StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 EMRK zu Ungunsten der Beschwerdeführer darstellt. Allerdings ist das vereinfachte Prüfungsverfahren des EGMR hier-bei scharf zu kritisieren. Es missachtet die Regeln einer vertieften vergleichenden Analyse nach dem lex mitior-Grundsatz.

IV. Konflikt mit den Grundsätzen aus Art. 7 Abs. 2 EMRK?

Die Große Kammer hat die Rechtsauffassung der Regierung Bosnien und Herzegowinas kritisiert, dass die Regel, nach der eine Tat, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war (Art. 7 Abs. 2 EMRK⁵⁵), als speziellere Regelung Art. 7 Abs. 1 EMRK verdrängt. Eine solche Ansicht sei nicht mit der Entstehungsgeschichte (travaux préparatoires) des Art. 7 EMRK in Einklang zu bringen, nach der Art. 7 Abs. 1 EMRK den Grundsatz des Rückwirkungsverbots enthält und Art. 7 Abs. 2 EMRK lediglich zusätzliche Erläuterungen zum Aspekt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus Art. 7 Abs. 1 EMRK darstelle.⁵⁶

Art. 7 Abs. 2 EMRK sei also nach Auffassung der Großen Kammer vorliegend nicht relevant.⁵⁷ Diese Vorschrift sei vor allem auf der Völkerstrafrechtlichen Ebene sowie in den Fällen von Bedeutung, in denen das nationale Recht im Hinblick

auf bestimmte Straftatbestände Lücken aufweist.⁵⁸ Im konkreten Fall gehe es um eine qualitativ andere Konstellation. Denn die Taten, die den Beschwerdeführern zur Last gelegt wurden, seien sowohl im StGB der SFRJ von 1976 als auch im StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 als Straftatbestände enthalten gewesen.⁵⁹

Gemäß Art. 7 Abs. 2 EMRK wird nicht ausgeschlossen, „dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war, verurteilt oder bestraft wird.“ Mit anderen Worten können Völkerrechtsverbrechen – zu denen auch der Tatbestand der Kriegsverbrechen zählt – selbst dann einer Verurteilung zugrunde gelegt werden, wenn das nationale Strafrecht einen solchen Straftatbestand zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht vorsah.

Die Große Kammer geht hier zutreffender Weise davon aus, dass es zwischen Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 EMRK kein Spezialitätsverhältnis gibt. Vielmehr geht es dabei um ein Subsidiaritätsverhältnis. Art. 7 Abs. 2 EMRK dient als Ergänzung der Regelung aus Art. 7 Abs. 1 EMRK. Er erklärt zugleich das Verhältnis zwischen dem innerstaatlichen und dem internationalen Recht. Dabei sind folgende Konstellationen vorstellbar:

a) Wenn es im nationalen Recht keinen bestimmten Straftatbestand gibt, gibt es auch keine entsprechende strafrechtliche Sanktion, denn diese knüpft gem. dem nulla poena sine lege-Grundsatz an den gesetzlichen Tatbestand an. In solchen Fällen greift Völkerstrafrecht (vgl. auch Art. 4 lit. a) StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 – Strafbarkeit nach „allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen“).

b) Wenn das nationale Strafrecht hingegen ein Völkerrechtsverbrechen zum Zeitpunkt der Tatbegehung vorsah, gibt es keine Tatbestandslücke, die nach Art. 7 Abs. 2 EMRK geschlossen werden müsste und somit auch keine Durchbrechung des Gesetzlichkeitsprinzips. Sollte das Strafgesetz nach der Tatbegehung geändert worden sein, müsste nur noch die Frage der lex mitior beantwortet werden.

c) Schließlich ist die Situation vorstellbar, in der ein Straftatbestand, der zur Zeit der Tatbegehung im nationalen Recht nicht vorgesehen war, nachträglich durch ein späteres Gesetz eingeführt wird. Die rückwirkende Anwendung eines solchen Gesetzes würde allerdings am Grundsatz des Rückwirkungsverbots scheitern.

Eine „kombinierte Anwendung“ des Völkerrechts und des nationalen Rechts im Rahmen ein und desselben Falles ist bereits aufgrund des Subsidiaritätsverhältnisses in Art. 7 Abs. 2 EMRK nicht möglich. Im konkreten Fall gab es zur Tatzeit im nationalen Recht keine Strafbarkeitslücken. Die Straftatbestände, die den Beschwerdeführern zur Last gelegt wurden, waren sowohl im StGB der SFRJ von 1976 als auch im StGB

⁵⁵ Vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut, der die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze ausdrücklich als Quelle des Völkerrechts vorsieht. Zu der normativen Reichweite des Art. 7 Abs. 2 EMRK siehe *Kadelbach* (Fn. 35), Kap. 15 Rn. 42.

⁵⁶ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 72 unter Verweis auf EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 17.5.2010 – 36376/04 (Kononov v. Latvia), para. 186. Die Bestimmung des Art. 7 Abs. 2 EMRK diente zur Legitimierung der nach dem zweiten Weltkrieg eingeleiteten Strafverfahren hinsichtlich der Kriegsverbrechen, die während des Krieges begangen wurden, EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 72; a.A. *Sinner*, der in Art. 7 Abs. 2 EMRK eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot sieht, *Sinner* (Fn. 31), Art. 7 Rn. 27; siehe auch *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2009, S. Art. 7 Rn. 11 ff. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 2 EMRK *Kadelbach* (Fn. 35), Kap. 15 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁷ EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 72.

⁵⁸ Siehe die abw. Meinung des Richters *Tadic*, EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 16.

⁵⁹ Siehe die abw. Meinung des Richters *Tadic*, EGMR (Grand Chamber), Urt. v. 18.7.2013 – 2312/08, 34179/08 (Maktouf/Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina), para. 16.

Bosnien und Herzegowinas von 2003 vorgesehen. Daher findet vorliegend Art. 7 Abs. 2 EMRK keine Anwendung.

V. Ergebnis

Die vorliegende Untersuchung hat mehrere Ergebnisse hervorgebracht. Vor allem hat sie eindeutig veranschaulicht, wie komplex und vielschichtig eine lex mitior-Analyse sein kann. Um die Frage beantworten zu können, welches Gesetz innerhalb des Zeitraumes zwischen Tatbegehung und Aburteilung für den Angeklagten das mildeste ist, ist eine umfassende Analyse der zu vergleichenden Gesetze erforderlich. Dabei sind stets die relevanten Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen. In dieser Hinsicht verdient die im konkreten Fall methodisch sehr vereinfachte Herangehensweise des EGMR Kritik, weil der EGMR sich bei der lex mitior-Prüfung lediglich auf einen abstrakten Vergleich der ange drohten Strafen beschränkte.

Es ist ferner feststellbar, dass die junge, von der ehemaligen SFRJ verselbstständigte Justiz des mehrvölkischen und multikonfessionellen Staates Bosnien und Herzegowina mit der Aufarbeitung der langjährigen Kriegsgeschehnisse oft überfordert und daher vor allem im Bereich der Kriegsverbrechen auf eine intensivere internationale Unterstützung angewiesen ist. Ein solcher Beistand könnte einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer dauerhaften Behauptung und Aufrechterhaltung des Rechtsstaatsprinzips und der mit ihm verbundenen Rechtssicherheit in Bosnien und Herzegowina darstellen.

Die vorausgehende Analyse hat schließlich ergeben, dass Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 7 Abs. 2 EMRK nicht in einem Spezialitätsverhältnis, sondern vielmehr in einem Subsidiaritätsverhältnis zueinander stehen.

Im Ergebnis ist der Großen Kammer des EGMR allerdings zuzustimmen. Das StGB der SFRJ von 1976 war vorliegend für beide Beschwerdeführer die lex mitior und das StGB Bosnien und Herzegowinas von 2003 die lex gravior. Daher lag ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK vor.

C o m e n t a r i o s e n t e n c i a T E D H *

Práctica de las llamadas “entregas extraordinarias” (“extraordinary renditions”, caso Husayn vs. Polonia)

1. Los Estados contratantes del Convenio están obligados “a proporcionar [al Tribunal] todas las facilidades necesarias para una eficaz realización de las investigaciones” (art. 38 CEDH), esto es, a entregar de manera completa e inmediata toda información relevante y que se encuentre a su disposición. Ello debe realizarse del modo en que lo exige el Tribunal. Un Estado contratante no puede invocar impedimentos de orden interno. En caso contrario, su comportamiento puede considerarse un obstáculo para el ejercicio del derecho a presentar demandas individuales previsto en el art. 34, 2^a oración CEDH, y pueden extraerse conclusiones en su perjuicio. Los intereses relativos a la seguridad nacional pueden ser tenidos en cuenta mediante salvaguardas procesales que se encuentran bajo exclusiva responsabilidad del Tribunal. Por ejemplo, pueden clasificarse algunos documentos como confidenciales o excluirse la publicidad (párr. 352-358).

2. Para la determinación de los hechos, el Tribunal se sirve de la libre valoración de la prueba mediante el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” (“beyond reasonable doubt”). Sin embargo, este estándar, que proviene de los ordenamientos jurídicos nacionales, debe considerarse en miras a la responsabilidad internacional de los Estados y no a responsabilidades penales o civiles. La prueba puede resultar de la coexistencia de indicios suficientemente convincentes, claros y concordantes o de presunciones similares irrefutables. La fuerza de convicción que ha de tener un medio de prueba efectivo y, en relación con ello, la distribución de la carga probatoria se encuentran estrechamente vinculadas a la especificidad de los hechos, la naturaleza de las alegaciones y los derechos del Convenio que se encuentran en juego (párr. 393 s.).

3. En principio, el demandante debe aportar la prueba correspondiente (“prima facie case”). Sin embargo, si el Estado demandado omite presentar documentos decisivos o colaborar de alguna manera con el esclarecimiento, ello puede ser valorado en su contra. En especial, en casos de posibles violaciones al derecho a la vida o a la prohibición de tortura (arts. 2 y 3 CEDH), en los que el afectado normalmente se encuentra bajo el poder de las autoridades estatales y, por ello, el conocimiento de las circunstancias es exclusivo de ellas, su muerte o lesión dan lugar a una “fuerte presunción” (“strong presumption”) a favor de la responsabilidad del Estado. Entonces le puede corresponder a las autoridades dar una explicación satisfactoria y convincente acerca de los resultados mencionados (párr. 395 s.).

4. Los Estados contratantes deben “reconocer” a “toda persona bajo su jurisdicción” los derechos y libertades previstos en el CEDH (art. 1 CEDH, párr. 445). Ello también es aplicable respecto de personas que son detenidas y tratadas en contra de lo establecido en el Convenio por órganos (aquí CIA) de un poder extranjero (aquí EE.UU.) en el territorio de un Estado parte (in casu Polonia) con su connivencia o consentimiento tácito (ex. párr. 401-445, 449). El Estado parte en cuestión no sólo es responsable por los actos realizados en su territorio en contra de estas personas (párr. 449), sino también por el traslado de éstas a un tercer Estado, en tanto ello implique exponerlas a lesiones previsibles a sus derechos contemplados en el Convenio (párr. 450).

5. En el caso de una “extraordinary rendition”, es decir, del traslado extrajudicial de una persona desde un Estado a otro a los fines de su detención e interrogatorio, fuera del sistema jurídico normal, bajo el peligro concreto de tortura o trato inhumano, entra en consideración en particular una violación a los arts. 3 y 5 CEDH, pero también una “flagrante denegación de justicia” (“flagrant denial of justice”) en el sentido del art. 6 CEDH (párr. 451-453). Si bien la determinación del peligro de una violación al Convenio en un tercer Estado implica una valoración de la situación de este país en función de los criterios del CEDH, no se trata de establecer la responsabilidad del tercer Estado en virtud del Convenio o del derecho internacional, sino exclusivamente la del Estado remitente (párr. 454). El Tribunal determina la existencia de un peligro mediante la (libre) valoración de la información que se encuentra a su disposición, considerando especialmente la situación del tercer Estado y las circunstancias personales del afectado (párr. 455).

6. La prohibición de tortura o de otros tratos inhumanos en el sentido del art. 3 CEDH tiene un aspecto procesal y uno material. Desde un punto de vista procesal, el Estado que tiene jurisdicción en relación con el art. 1 CEDH está obligado a llevar a cabo investigaciones efectivas (rápidas, profundas e independientes). Éstas deberían conducir a la determinación y castigo de los responsables. De otro modo, en la práctica, la prohibición de tortura no sería efectiva (párr. 479-480). Desde un punto de vista material, la prohibición vale de manera absoluta, especialmente en la lucha contra el terrorismo. Al respecto, debe diferenciarse entre tortura y otros tratos inhumanos. En su aspecto objetivo, la tortura exige un trato que ocasione un sufrimiento especialmente serio y cruel (de tipo físico o psíquico); desde el punto de vista subjetivo, debe perseguirse una finalidad especial, por ej. con miras a la obtención de información, a la imposición de un castigo, entre otros. Los Estados parte deben tomar las medidas correspondientes contra estas conductas. Si omiten hacerlo, con conocimiento o con un desconocimiento negligente de la infracción al art. 3 CEDH, la responsabilidad del Estado se ve comprometida (párr. 499-502, 510).

7. El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH) sirve a la protección frente a privaciones de la libertad

* Traducción de Noelia T. Núñez, LL.M. Georg-August Universität Göttingen y doctoranda de la Universidad de Buenos Aires. El original alemán se publicó en la revista Strafverteidiger (StV) 2014, 645.

arbitrarias y, en este sentido, tiene una relevancia fundamental en una comunidad democrática. Los motivos de la privación de la libertad (art. 5, inc. 1º CEDH) deben ser interpretados de manera restrictiva, la posibilidad de un control judicial sin dilación (art. 5, inc. 3º y 4º CEDH) tiene especial importancia con vistas a la desprotección (fáctica) de las personas detenidas. La detención de los sospechosos de terrorismo también debe ser valorada en relación con el art. 5 CEDH. La detención no reconocida de un individuo constituye una negación total de estas garantías y una de las violaciones más graves al art. 5 CEDH. Las autoridades estatales tienen el deber de informar sobre el paradero de los detenidos, así como de tomar medidas efectivas contra la desaparición de personas e iniciar las investigaciones necesarias (párr. 521-523).

8. El derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) ha de interpretarse de manera amplia. Protege el derecho al desarrollo personal, así como a relacionarse con otras personas y con el mundo externo en general. La vida privada abarca la integridad física y moral de la persona, incluida la protección frente a privaciones de la libertad. El derecho a una vida familiar incluye el libre contacto con los parientes y prohíbe con ello intromisiones arbitrarias por parte del Estado (párr. 532).

9. El derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) garantiza la existencia de recursos jurídicos a nivel nacional frente a violaciones al Convenio. Estos recursos deben ser efectivos, en particular, su ejercicio no debe ser obstaculizado injustamente por las autoridades estatales. Un “recurso efectivo” implica, además del pago de una indemnización, ante todo el derecho a investigaciones profundas y efectivas junto con la determinación y castigo de los responsables y el acceso a las investigaciones; ello va más allá de las investigaciones que se derivan de los arts. 3 y 5 CEDH. En relación con el art. 3 CEDH, el art. 13 exige un “examen riguroso e independiente” del recurso en cuestión y, por cierto, sin consideración al comportamiento de la persona afectada (párr. 540-543).

10. Una “flagrante denegación de justicia” en el sentido del art. 6 CEDH existe en el caso de violaciones graves y evidentes al derecho a un proceso justo, por ej. ante una condena in absentia sin comprobación posterior, frente a una completa inobservancia de los derechos de defensa, cuando falta un control judicial de la detención o también cuando el tribunal que juzga está integrado por miembros de las fuerzas armadas. La admisión de pruebas obtenidas mediante tortura constituiría igualmente una flagrante denegación de justicia. Estas pruebas lesionan de manera irreparable la integridad de un proceso penal conforme al Estado de derecho y, además, son inmanemente poco confiables (párr. 552-554).

11. En el caso de violaciones graves a los derechos humanos, el “derecho a la verdad” no sólo corresponde a la víctima directa y sus familiares, sino también a otras víctimas de crímenes similares y al público en general. Por ello, los resultados de las investigaciones deben darse

a conocer de la manera más amplia posible (párr. 488-489).

12. La protección de los derechos del CEDH requiere, además de investigaciones efectivas, salvaguardas apropiadas y controles democráticos sobre los servicios de inteligencia, para evitar que éstos cometan violaciones al Convenio, especialmente en el marco de sus operaciones secretas (párr. 492).¹

CEDH arts. 1, 3, 5, 6, 8, 13, 38 y 41.

TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia)²

I. Contexto

La decisión sigue el camino de la sentencia de la Gran Sala en el caso El-Masri (descripta de manera resumida y comentada en esta revista)³, sin embargo, se diferencia de ella en su considerable extensión (225 págs.). Ello se explica por la circunstancia de que en el marco de la determinación de los hechos,⁴ la Sala se vio obligada a describir de manera detallada, como fundamento de la posterior valoración de la prueba,⁵ el trasfondo y los conocimientos obtenidos hasta ese momento por el programa norteamericano para el llamado “High-Value Detainees” (HDV), esto es, para los sospechosos de terrorismo, especialmente de alto rango (entre los que se encuentra el demandante).⁶ Como parte de este programa, Husayn se encontraba detenido en la bahía de Guantánamo (a diferencia de El-Masri, como testigo), no estaba a disposición

¹ Los “principios rectores” pertenecen al *autor*. No contienen una traducción literal, sino una descripción resumida de los considerandos principales de la Sala, los que por razones sistemáticas en algunas partes se apartan de la descripción realizada en la sentencia (ver nota 5).

² Referencia completa: TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia). El texto completo de la sentencia está disponible en:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146047> (20.10.2014)

³ Ambos, ZIS 2013, 161; el original alemán fue publicado en la revista StV 2013, 129.

⁴ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), cf. párr. 41-332.

⁵ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 45-79, 207-332.

⁶ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 418 (“It is to be recalled that the applicant was the first High-Value Detainee for whom the EITs were specifically designed by the CIA and on whom they were tested before ever being applied to other captured terrorist suspects as from November 2002 [...]”), párr. 508 (“[...] first High-Value Detainee [...] He was reportedly the only one CIA detainee who was continually and systematically subjected to all those aggressive measures applied one by one or in combination.”).

y tampoco había otra forma de acceder a él.⁷ Por lo demás, el mismo problema se le presentó a la Sala en el procedimiento paralelo Al Nashiri,⁸ quien también se encontraba detenido en Guantánamo. En este sentido, la sentencia que se comenta desarrolla y concretiza la decisión El-Masri. Por ello, en lo siguiente podemos darnos por satisfechos con una breve explicación de los principios rectores [PR] formulados por el autor en vistas al caso en concreto.

II. Deber de cooperación

Con respecto al deber de cooperación de los Estados contratantes, expresado en el PR 1, la Sala es completamente consciente del carácter sensible de la información que se encuentra en juego y, por ello, prometió confidencialidad de conformidad con sus reglas procesales (art. 33, inc. 2º y 3º CEDH-Reglamento del Tribunal) y su larga práctica.⁹ Sin embargo, el gobierno polaco en ningún momento hizo valer un interés en la seguridad nacional, únicamente se remitió a disposiciones internas y planteó la confidencialidad (“*secrecy*”) del procedimiento de investigación realizado en Polonia.¹⁰ Finalmente, se manifestó dispuesto a presentar en la audiencia oral un extracto de los actos realizados en dicha investigación, preparado por el fiscal de apelaciones de Cracovia, para que sea examinado de manera inmediata “*in situ, here and now*”, pero sin entregar ese documento al Tribunal.¹¹ Con ello, se consideró que Polonia violó sus obligaciones en virtud del art. 38 CEDH. En vistas a las salvaguardas procesales ofrecidas por la Sala y a la práctica estable del Tribunal, de acuerdo con la sentencia, la negativa de Polonia respecto a la entrega de información relevante no puede justificarse por razones de carácter fáctico, ni mediante

la invocación de disposiciones internas contrarias.¹² Con su negativa, Polonia habría obstaculizado las investigaciones del Tribunal,¹³ y para la Sala ello puede ser valorado en su contra.¹⁴

III. Hechos

Con respecto a la determinación de los hechos (PR 2), la Sala se encontró frente al problema mencionado anteriormente de que no era posible acceder al demandante. Como agravante se sumó la aludida falta de cooperación del gobierno polaco.¹⁵ En esencia, la Sala debió apoyarse en una consideración global de los indicios, que resultaron de las investigaciones internacionales sobre la práctica de la CIA – que todavía existe¹⁶ – de las “entregas extraordinarias” (incluidos

¹² TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 365 s.

¹³ En algunas partes el Tribunal se refirió a las autoridades polacas con palabras duras, ver, por ej., TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 435 (“[...] Polish authorities displayed conduct that can be characterised as denial, lack of cooperation with the inquiry bodies and marked reluctance to disclose information of the CIA rendition activities in Poland.”); ver también párr. 396.

¹⁴ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 368.

¹⁵ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 400.

¹⁶ Si bien el 6.9.2006 el Presidente Bush (h) declaró concluido el Programa HDV y desde octubre de 2006 todos los detenidos debían encontrarse en la bahía de Guantánamo (TEDH [Sala Pequeña], Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 [Husayn, Abu Zubaydah, vs. Polonia], párr. 69), una “guerra contra el terror” a nivel mundial difícilmente pueda concebirse sin esta práctica, porque en general los sospechosos de terrorismo son detenidos fuera de la jurisdicción de los EE.UU. Por eso, no sorprende que si se investiga en internet no se encuentren indicios de una conclusión definitiva, sino únicamente se compruebe que la práctica fue adaptada a nuevas condiciones: “Obama administration’s use of foreign regimes to detain and interrogate terrorism suspects has avoided Bush-style renditions in favour of a different practice known as proxy detention [...]”, cf.

<http://truth-out.org/news/item/24030-bushs-fourth-term-continues-guantanamo-torture-secret-renditions-indefinite-detention> (20.10.2014);

<http://www.motherjones.com/mojo/2013/01/remix-rendition-proxy-detention> (20.10.2014). Ello se condice con el hecho de que el Presidente Obama mediante las Executive Orders 13491, 13492 y 13493 estableciera que la antigua práctica debía estar prohibida a más tardar en el 2009 (disponible en: <http://www.therenditionproject.org.uk/documents/us-white-house.html> [20.10.2014]), porque los métodos empleados infringían el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Por lo demás, la detención extraterritorial en el sentido de la “proxy detention” mencionada supra se mantiene intacta,

⁷ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 397.

⁸ TEDH, Sent. d. 24.7.2014 – 28761/11 (Al Nashiri vs. Polonia). Ambos procesos fueron tramitados simultáneamente (TEDH, (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 [Husayn, Abu Zubaydah, vs. Polonia], párr. 6, 29) y la Sala llegó a las mismas conclusiones (ver, por ej., TEDH, (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 [Husayn, Abu Zubaydah, vs. Polonia], párr. 15 y ss., 36, 86); en Al Nashiri, Polonia además fue condenada por violación a los arts. 2 y 3 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH N° 6 por su traslado a los EE.UU. bajo el peligro de pena de muerte (Al Nashiri era acusado por la comisión de delitos capitales con pena de muerte, TEDH, Sent. d. 24.7.2014 – 28761/11 (Al Nashiri vs. Polonia), párr. 570 ss. y tenor, párr. 10).

⁹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 359-369 (364), ver también párr. 349 s.

¹⁰ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 361 s.; ver también párr. 19, 25, 27 s., 31, 33, 340 y 343 s.

¹¹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 363; ver también párr. 34.

los centros de detención extraterritoriales y los métodos de interrogación “agresivos”),¹⁷ de los documentos norteamericanos dados a conocer,¹⁸ de fuentes públicas polacas¹⁹ y de otros orígenes,²⁰ así como del interrogatorio de quienes realizaron estudios relevantes (como peritos)²¹ y de unos testigos.^{22,23} Sobre esta base (vinculada a deducciones y presunciones), la Sala estableció mediante una libre valoración de la prueba la responsabilidad de Polonia en relación con los arts. 3, 5, 8, 13 y 6 CEDH (al respecto infra V) “más allá de toda duda razonable”. Al respecto, operó a favor del demandante un desplazamiento de la carga de la prueba y exposición, que ya había sido afirmado en la jurisprudencia anterior y en El-Masri.²⁴ Este desplazamiento tiene lugar excepcionalmente cuando el demandante presenta las infracciones al Convenio de manera suficientemente creíble (*prima facie case*). Si lo consigue, se genera la presunción de que efectivamente sufrió las violaciones expuestas (prueba de apariencias [*Anscheinbeweis*]).²⁵ Si

como lo demuestra por ej. el caso de Abu Anas al-Libi, detenido por autoridades norteamericanas en Libia en el año 2012 (<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindian/ocean/libya/10367191/Legal-row-over-Libyan-al-Libi-held-on-Guantanamo-at-sea-warship.html> [20.10.2014]; en un sentido crítico: <http://opiniojuris.org/2013/01/30/u-s-renditions-continuity-change-and-new-trends/> [20.10.2014]).

¹⁷ En este sentido, deben mencionarse especialmente las investigaciones del Consejo Europeo (“Marty Inquiry”), del Parlamento Europeo (“Fava Inquiry”), del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la ONU, cf. TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), pp. 67 s., 79 ss.

¹⁸ Cf. TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 47 ss. (CIA-Report) y párr. 76 ss. (US-Senate Intelligence Committee).

¹⁹ Cf. en especial la información de la Guardia de Frontera polaca y del control del tráfico aéreo, cf. TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), pp. 110 ss.

²⁰ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), pp. 68 ss.

²¹ El Sr. Fava, el senador Marty y su empleado, cf. TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), pp. 117 ss.

²² Se trata del senador polaco Pinior, cf. TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), pp. 115 ss., 132 ss.

²³ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 400.

²⁴ Cf. *Ambos*, StV 2013, 129 (130 s.) con información adicional; con anterioridad *Ambos*, StV 2009, 151 (160 s.).

²⁵ Desde un punto de vista procesal, “*prima facie case*” y “prueba de apariencias” deben diferenciarse. La denominación “*prima facie case*”, que proviene del common law, significa que el demandante en apoyo de su pretensión ha presentado suficiente material probatorio para que el jurado pueda decidir sobre ello según su libre convicción. Por el contrario,

bien desde un punto de vista lógico ello no conduce a un desplazamiento de la carga de la prueba y exposición,²⁶ la Sala aclara expresamente que en el presente caso se aparta de la regla general affirmanti incumbit probatio, de acuerdo con la cual la parte que afirma un derecho o una objeción tiene la carga de probarlo^{27,28} Por lo tanto, correspondía a Polonia, como Estado demandado, brindar una explicación convincente y satisfactoria (PR 3).

IV. Responsabilidad

Sobre esta base, la Sala llega a la conclusión (mediante numerosos paralelismos con el caso El-Masri)²⁹ de que el

la prueba de apariencias describe una reducción de las reglas sobre la carga de la prueba. Se aplica en casos “en los cuales existen hechos, de los cuales según la experiencia general se puede derivar una determinada causa o que el afectado actuó de manera culpable” (*Lüke*, Zivilprozessrecht, 10. ed. 2011, nm. 279). En el common law, para designar esta figura jurídica se emplea la locución “*res ipsa loquitur*”. A pesar de esta diferenciación, tanto en la literatura alemana como en la inglesa se impuso el empleo de “*prima facie case*” y “prueba de apariencias” como sinónimos (ver por todos *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. ed. 2011, § 50 nm. 19; *Barceló III*, Cornell ILJ 42 [2009], 23 [34 ss.]), lo que se debe a un error de traducción: En el caso “*Muschamp v. Lancaster und Preston Junction Railway Co.*” del año 1841 (8 M. & W. 421), el juez del jurado comunicó que desde su perspectiva y según su valoración de la prueba existía un “*prima facie case*”. Con ello, él sólo quería dar a entender que el caso ya podía decidirse. Sin embargo, los reporteros del Tribunal no resumieron este comentario con la expresión: “*Held, by the jury, that the company were liable*”, sino únicamente con la siguiente: “*Held, that [the defendants] were liable for the loss*”. Esto condujo a que equivocadamente se asumiera que ante la existencia de un “*prima facie case*” se genera una presunción a favor de la culpabilidad del demandado (“*as a matter of law*”) y la decisión del jurado debería limitarse a determinar si esa presunción puede ser refutada. Ver sobre todo lo expuesto *Herlitz*, Louisiana L. Rev. 55 (1994), 391 ss.; *Kraatz*, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung, 2011, pp. 69 ss.

²⁶ Cf. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, p. 389; *Lüke* (n. 26), nm. 281 con información adicional.

²⁷ Cf. *Schorkopf*, EuR 2009, 645 (654) con información adicional.

²⁸ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 396 (“Furthermore, the Convention proceedings do not in all cases lend themselves to a strict application of the principle affirmanti incumbit probatio.”).

²⁹ Ver, por ej., TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 409 (“strikingly similar account” del traslado de El-Masri bajo la custodia de la CIA), párr. 444 (respecto del conocimiento sobre los malos tratos que tenían lugar en los centros de detención de la CIA).

demandante se encontró desde el 5.12.2002 al 22.9.2003 en un centro de detención de la CIA en Polonia y que allí fue sometido a los “tratos habituales” (“standard treatment”) que tienen lugar en el marco del programa HDV mencionado, es decir, a los interrogatorios “agresivos” autorizados por el gobierno de Bush (“enhanced interrogation techniques”, EIT).³⁰ La responsabilidad de Polonia resulta del art. 1 CEDH (PR 4) y del hecho de que el gobierno polaco de ese momento no sólo había tenido conocimiento del “tipo y finalidad de las actividades realizadas bajo su jurisdicción”, sino también de que había participado activamente en las actividades de la CIA, esto es, en el “traslado ilegal, la detención secreta y los operativos de interrogación”.³¹ Si bien no hay indicios de que las autoridades polacas estuvieran presentes durante los interrogatorios (los centros de detención se encontraban bajo exclusiva responsabilidad de la CIA), teniendo en cuenta la información disponible, el gobierno de Polonia “debió haber sabido” que la detención de sospechosos de terrorismo llevada a cabo por la CIA en el territorio bajo su soberanía exponía a estas personas a “un riesgo grave de ser tratadas en contra de lo establecido en el Convenio”.³² El Estado que tiene jurisdicción también responde por las violaciones previsibles al CEDH en un tercer Estado (PR 4), al que es trasladado el afectado en el marco de las “extraordinary renditions”. Al ver en ello especialmente una violación a los arts. 3, 5 y 6 CEDH,³³ la

Sala aquí desarrolla el precedente El-Masri,³⁴ y pone de resalto con claridad que no se trata de establecer la responsabilidad del tercer Estado en virtud del CEDH, sino únicamente la del Estado que tiene jurisdicción, que interviene en estas actividades con conocimiento (PR 5). Con ello, se descarta la posibilidad de considerar la responsabilidad de un Estado que no es parte del Convenio (¡EE.UU.!), a pesar de que la Sala califica las actividades de la CIA como violaciones a este instrumento³⁵³⁶.

V. Derechos del Convenio

En cuanto a los derechos del Convenio que se encuentran en juego, lo esencial resulta de los PR 6-10, de modo que aquí podemos limitarnos a la aplicación de estos principios al caso en concreto. Con respecto al aspecto procesal del art. 3 CEDH (PR 6), la Sala establece que las investigaciones polacas, por un lado, comenzaron demasiado tarde – esto es, el 11.3.2008, es decir, casi tres años después de que Polonia fuera públicamente designada como país que albergaba centros de detención de la CIA (noviembre de 2005) – y, por otro, hasta el momento de la sentencia (más de seis años después) no arrojaron ningún resultado concreto.³⁷ Por eso, la Sala reprocha a Polonia una “falta de voluntad” y un “retraso extraordinario”.³⁸ En conclusión, Polonia no cumplió con su obligación de realizar investigaciones rápidas, independientes y profundas y lesionó con ello el deber procesal derivado del art. 3 CEDH.³⁹ En lo que respecta al aspecto material del art. 3 CEDH, la Sala encuentra en el mal trato, duradero y sistemático, del demandante – en tanto primer sospechoso de terrorismo de alto rango sobre el que fueron probados los nuevos métodos de interrogación⁴⁰ – una violación a la

³⁰ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 401-419 (419), especialmente párr. 418 (“Having regard to the fact that the CIA ‘legally sanctioned interrogation techniques’ encompassed a variety of measures, ranging from ‘standard’ to ‘enhanced’ and that the CIA applied to each and every detainee the same ‘standard procedures and treatment’ [...] the Court finds it established beyond reasonable doubt that the treatment to which the applicant was subjected in CIA custody in Poland must have included the elements defined in the CIA documents as those routinely used in respect of High-Value Detainees [...]”); ver también párr. 51-68, 98, 102-105.

³¹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 420-444, especialmente párr. 444 (“[...] Poland knew of the nature and purposes of the CIA’s activities on its territory at the material time [...] Poland cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory [...]”); ver también párr. 512 (“[...] Poland, for all practical purposes, facilitated the whole process, created the conditions for it to happen and made no attempt to prevent it from occurring.”).

³² TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 443 s., especialmente párr. 444 (“[...] Poland ought to have known that, by enabling the CIA to detain such persons on its territory, it was exposing them to a serious risk of treatment contrary to the Convention [...]”); ver también párr. 316 s., 324 s.

³³ En este sentido prosigue la Sala en Al Nashiri (TEDH, Sent. d. 24.7.2014 – 28761/11 [Al Nashiri vs. Polonia]), al considerar que, debido a la amenaza de pena de muerte que

existía para el demandante en los EE.UU., también se violaron los arts. 2 y 3 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH Nº 6.

³⁴ Cf. también Ambos, StV 2013, 129 (PR 1 y 4) (y p. 130).

³⁵ Ver, por ej., TEDH, Sent. d. 24.7.2014 – 28761/11 (Al Nashiri vs. Polonia); métodos de interrogación como tortura.

³⁶ Ver en este sentido las críticas respecto de un posible conflicto con la teoría de la “indispensable third party”, desarrollada por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Mone-tary Gold”, según la cual, la falta de intervención del tercero en el proceso puede conducir a su inadmisibilidad, cf. Scheinin, The ECtHR Finds the US Guilty of Torture – As an Indispensable Third Party?, julio 2014, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/the-ecthr-finds-the-us-guilty-of-torture-as-an-indispensable-third-party/> (20.10.2014).

³⁷ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 482-487.

³⁸ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 486 (“[...] perceptible lack of will to investigate at domestic level the allegations that they were denying. [...] delay must be considered inordinate [...]”); ver también párr. 363 y 34.

³⁹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. del 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 493.

⁴⁰ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Hu-sayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 418 (“It is to be

prohibición de tortura.⁴¹ Polonia es responsable de estas infracciones, porque, como se expuso anteriormente, tuvo conocimiento de las actividades e intervino en ellas.⁴² Además, mediante su participación en la “rendition” del demandante, lo expuso al peligro concreto de sufrir malos tratos adicionales en un tercer Estado.⁴³

En esencia, de estos mismos fundamentos fácticos, la Sala concluye que Polonia también es responsable por las violaciones a los arts. 5, 8, 13 y 6 CEDH. En lo que respecta al art. 5 CEDH (PR 7), ello deriva de manera innata de la práctica de las “extraordinary renditions”.⁴⁴ En relación con el art. 8 (PR 8), el Tribunal pone de resalto que las circunstancias de la detención del demandante de ningún modo pueden considerarse justificadas en virtud del art. 8, inc. 2º CEDH.⁴⁵ La Sala encuentra una violación al art. 13 (PR 9) en relación con los arts. 3, 5 y 8 CEDH en el hecho de que, como se expuso anteriormente, Polonia no realizó investigaciones efectivas.⁴⁶ Por último, considera que también existió una flagrante denegación de justicia en el sentido del art. 6 CEDH (PR 10),⁴⁷ porque el demandante se encontraba detenido desde hacía más de doce años (desde el 27.3.2002, en el momento de la decisión en Guantánamo), sin contar jamás con una acusación y sin que su detención haya sido controlada por más de siete años (esto es, desde el 27.3.2002, fecha en que habría tenido lugar el último control).⁴⁸ Además,

de acuerdo con la Sala, era de temer que el demandante fuese juzgado por comisiones militares (Military Commissions)⁴⁹ norteamericanas, lo cual habría conducido a una denegación de justicia en un doble sentido: Por un lado, porque era de esperar que en este tipo de procesos se utilizaran las pruebas obtenidas por medio de tortura durante su detención ilegítima;⁵⁰ por otro, porque estas mismas comisiones no constituyen un tribunal imparcial e independiente en el sentido prescripto por el CEDH.⁵¹

VI. Otras violaciones

En relación con el “derecho a la verdad” (ya analizado en detalle en el marco de El-Masri)⁵² y el deber de divulgación que de allí deriva (PR 11), la Sala establece que Polonia no cumplió con estas obligaciones.⁵³ En lo que concierne a la necesidad de controlar a los servicios de inteligencia para proteger de manera efectiva los derechos del Convenio (PR 12), el caso plantea la cuestión de si el ordenamiento jurídico polaco cumple satisfactoriamente con este requisito.⁵⁴ En virtud de “las violaciones extremadamente graves al Convenio” y del daño sufrido por el demandante, que “no puede repararse mediante la mera constatación de una infracción”,⁵⁵ la Sala finalmente considera “necesario” que se conceda una compensación económica en la suma de € 100.000 – el demandante había exigido €150.000⁵⁶ – (art. 41 CEDH).⁵⁷

Prof. Dr. Kai Ambos, Juez Tribunal Provincial, Göttingen

recalled that the applicant was the first High-Value Detainee for whom the EITs were specifically designed by the CIA and on whom they were tested before ever being applied to other captured terrorist suspects as from November 2002 [...]”), párr. 508 (“[...] first High-Value Detainee [...] He was reportedly the only one CIA detainee who was continually and systematically subjected to all those aggressive measures applied one by one or in combination.”).

⁴¹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 504-511 (511), ver especialmente párr. 508 (“[...] continually and systematically subjected to all those aggressive measures applied one by one or in combination [...]”), párr. 509 (“[...] permanent state of anxiety [...]”), párr. 510 (“[...] extremely harsh detention regime and permanent emotional and psychological distress caused by the past experience and fear of his future fate [...]”).

⁴² TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 512.

⁴³ Ver PR 4 y 5, así como TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 513.

⁴⁴ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 524-526 (526).

⁴⁵ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 533 s.

⁴⁶ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 544 s.

⁴⁷ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 555-561.

⁴⁸ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 559.

⁴⁹ Al respecto, Ambos/Poschadel, GA 2013, 675.

⁵⁰ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 555, 557.

⁵¹ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 556 s.

⁵² Ambos, StV 2013, 129 (131 s.).

⁵³ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 490 s.

⁵⁴ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 492.

⁵⁵ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 566 (“[...] cannot be made good by the mere finding of a violation.”).

⁵⁶ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 564.

⁵⁷ TEDH (Sala Pequeña), Sent. d. 24.7.2014 – 7511/13 (Husayn [Abu Zubaydah] vs. Polonia), párr. 567.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Zur Auslegung des „Unterstützens“ einer terroristischen Vereinigung durch Sympathiewerbung über ein Mitglied

Ein Außenstehender unterstützt eine Vereinigung auch mit Tätigkeiten, die sich der Sache nach als Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied darstellen.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 129 StGB, 129a Abs. 5

BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 13/13, 14/13

I. Einleitung

Der für Staatsschutzsachen zuständige *3. Strafsenat* des Bundesgerichtshofs hat am 11.7.2013 in zwei wortgleichen Beschlüssen¹ die Haftbeschwerden von zwei Beschuldigten², die den „Forces Démocratiques du Libération de Rwanda“ (im Folgenden „FDLR“) nahe stehen, verworfen und deren Haftdauer angeordnet. Der BGH sah den Tatbestand des „Unterstützens“ einer (hier: ausländischen) terroristischen Vereinigung i.S.v. § 129a Abs. 5 S.1 StGB als erfüllt an, wenn ein Nichtmitglied einem Mitglied der terroristischen Vereinigung bei dessen propagandistischer Werbungstätigkeit behilflich ist. Erstmals wurde damit das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung von der Hilfeleistung zu Gunsten eines beteiligten Mitglieds abgegrenzt. Die Einbeziehung werbenden Verhaltens in die Tatvariante des Unterstützens einer terroristischen Vereinigung gem. § 129a Abs. 5 S.1 StGB erweitert die bislang restriktive Strafbarkeit des „Werbens“ im Rahmen der §§ 129 ff. StGB.³

Diese Auslegung entspricht nicht ohne weiteres der Systematik von Beihilfehandlungen, die zu eigenständigen Formen täterschaftlicher Begehung aufgewertet worden sind. Der *Senat* berücksichtigt zudem in nicht ausreichender Weise die Einschränkungen der Strafbarkeit nach § 129a Abs. 5 S. 2 StGB. Die Stringenz des vom BGH formulierten Leitsatzes ist daher anzuzweifeln.

Im Folgenden wird die Argumentationsstruktur der beiden Beschlüsse dargestellt, analysiert und ein eigener Lösungsvorschlag unterbreitet.

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2013-7-11&nr=64943&pos=5&anz=18>

sowie abgedruckt in BGHSt 58, 318 = NJW 2013, 3257 = NStZ 2014, 210.

² Beschuldigt waren drei Personen, eine Person befand sich jedoch auf freiem Fuß.

³ Dieser Beitrag befasst sich allein mit den formalen Voraussetzungen der Strafbarkeit von „Werbung“ nach § 129a StGB. Ob z.B. auch das Bestreiten terroristischer Aktivitäten „Werbung“ für eine als terroristisch „anerkannte“ Vereinigung sein kann, bedürfte einer eigenen Untersuchung.

II. Die Beschlüsse des 3. Strafsenats: BGH AK 13/13 und 14/13 vom 11.7.2013

1. Zu Grunde liegender Sachverhalt

Die Beschlüsse beschreiben (Rz. 5-11) die Tätigkeit der FDLR, einer Rebellengruppe in den Provinzen Nord- und Süd-Kivu (eine Region im Grenzgebiet zwischen Kongo und Ruanda). Die Beschuldigten hatten, nachdem die in Deutschland ansässige (politische) Führung der FDLR im November 2009 inhaftiert worden war, bei deren Neuorganisation in Deutschland mitgewirkt. Zur Inhaftierung führte der Tatvorwurf, die Beschuldigten hätten diverse Kommuniqués redaktionell bearbeitet. Die Kommuniqués waren von einem der FDLR-Leitung nachgeordneten verantwortlichen „Kommissar für Informationswesen“ erstellt worden, um auf Berichte über die FDLR im Internet zu reagieren. Weiter wurden einem Beschuldigten zwei Überweisungen von 60 Euro und 100 Euro an den Präsidenten der FDLR vorgeworfen, die gegen das Verbot der Terrorismusfinanzierung und damit gegen § 34 Abs. 4 Nr. 2 AWG verstößen sollen.

Die redaktionelle Tätigkeit der Beschuldigten bestand in der Bearbeitung von Texten, in denen die der FDLR vorgeworfenen terroristischen Handlungen dementiert wurden. Die Texte wurden sprachlich und inhaltlich bearbeitet und ergänzt, anschließend – nachdem sie jeweils mit der eingescannten Unterschrift des Kommissars für Informationswesen versehen wurden – in Internetforen veröffentlicht.

2. Entwicklung der Tathandlungen „Werben“ und „Unterstützen“ in der Rspr. des BGH

a) Begriffserklärung

Die Tathandlungen des „Unterstützens“ und des „Werbens“ im Kontext der §§ 129, 129a, 129b StGB blicken auf eine wechselnde Auslegung zurück:

aa) „Unterstützen“ ist im Sinne des §§ 129a Abs. 5, 129b Abs. 1 StGB als „ein Tätigwerden zu verstehen, durch das ein Nichtmitglied der Vereinigung deren innere Organisation und ihren Zusammenhalt unmittelbar fördert, die Realisierung der von ihr geplanten Straftaten – wenn auch nicht unbedingt maßgebend – erleichtert oder sich sonst auf deren Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung in irgendeiner Weise positiv auswirkt und damit die ihr eigene Gefährlichkeit festigt.“⁴ Erfasst sind Handlungen, die jemand zu Gunsten einer kriminellen Vereinigung vornimmt, ohne Mitglied zu sein. Unterstützen ist eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfehandlung⁵, die nicht den vom Täter bezweckten

⁴ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 = NJW 2013, 3257; BGH, Beschl. v. 20.9.2012 – 3 StR 314/12 = NStZ-RR 2013, 171; BGH, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08 = BGHSt 54, 69 (116); Zöller, Terrorismusstrafrecht, 2009, S. 532; Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 129a Rn. 27 m.w.N; Fröba, Die Reichweite des § 129a StGB bei der Bekämpfung des transnationalen islamistischen Terrorismus, 2008, S. 192 ff. m.w.N.

⁵ BGH, Urt. v. 30.10.1964 – 3 StR 45/64 = BGHSt 20, 89 (90) = NJW 1965, 260 (261). Zu den erforderlichen Auswir-

Erfolg haben, aber für die Organisation objektiv nützlich sein muss.⁶

bb) Unter „Werben“⁷ ist eine mit Mitteln der Propaganda betriebene Tätigkeit zu verstehen, die nicht schon als mitgliedschaftliche Betätigung erfasst wird und auf Weckung oder Stärkung der Bereitschaft Dritter zur Förderung einer bestimmten existenten – oder zumindest anhand der Umstände konkretisierbaren – Vereinigung gerichtet ist, auch wenn diese nicht die konkrete Mitgliederwerbung oder die Herbeiführung bestimmter Unterstützungshandlungen zum Ziel hat.⁸ Als persönliches Äußerungsdelikt⁹ muss es sich dabei um die Werbung mit eigenen Ansichten handeln. Daran fehlt es, wenn der Betreffende lediglich fremde Äußerungen wiedergibt, ohne sich das damit verfolgte Ziel zu eigen zu machen oder ohne eine eigene affirmative Stellungnahme hierzu abzugeben.¹⁰ So genügt der pauschale Aufruf, ein anderer möge sich dem „Jihad“ anschließen, für ein tatbeständiges Werben nicht; vielmehr muss die Äußerung einen Organisationsbezug dergestalt aufweisen, dass konkrete oder zumindest konkretisierbare Vereinigungen genannt werden, unter denen der Adressat wählen kann.¹¹ Als unechtes Unternehmensdelikt ist es für die Verwirklichung dieser Tathandlung unerheblich, ob ein Werbeerfolg eintritt, was auch in der Formulierung „werben [...], um“ zum Ausdruck kommt.¹²

kungen BGH, Beschl. v. 20.9.2012 – 3 StR 314/12 = NStZ-RR 2013, 171.

⁶ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 = NJW 2013, 3257 (3258, Rn. 19) m.w.N.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönen/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 129 Rn. 15 m.w.N.

⁷ Eingeführt wurde „Werben“ erstmals in § 129 StGB durch das VereinsG vom 5.8.1964 (BGBI. I 1964, S. 593); zur Definition vgl. z.B. BGH, Urt. v. 3.5.1978 – 3 StR 91/78 = BGHSt 28, 26 = NJW 1978, 1536, wonach sich für eine enge Auslegung, „Werben“ sei nur Mitglieder- oder Anhängerwerbung, kein Anhalt findet; dazu auch Schmidt, MDR 1985, 183 (185).

⁸ Siehe dazu die Darstellungen in Krauß, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 116 ff.; Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 129 Rn. 19.

⁹ Zöller (Fn. 4), S. 536; Fröba (Fn. 4) S. 200.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 4.8.1995 – 2 BJs 183/91, 3 StB 31/95 = NJW 1995, 3395 (3396); Krauß (Fn. 8), § 129 Rn. 127; Rudolfi/Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 63. Lfg., Stand: März 2005, § 129 Rn. 18 m.w.N.

¹¹ Lohse (Fn. 4), § 129a Rn. 31 m.w.N.; Fröba (Fn. 4) S. 202 ff.

¹² BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 u. StB 3/07 = NStZ 2007, 635 (637); Altvater, NStZ 2003, 179; Ostendorf (Fn. 8), § 129 Rn. 19; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 129 Rn. 28.

Die weite Auslegung des „Werbens“, die jegliche Äußerung zu den Verhältnissen einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung unter Strafe stellt, ist mit der in Art. 5 Abs. 1 GG verbrieften Meinungsfreiheit allerdings nicht zu vereinbaren. Gleichwohl erfasste § 129a StGB, dessen Einführung im Jahre 1976¹³ im Lichte der Bedrohung des inneren Friedens und der inneren Sicherheit durch die Gewalttaten der Roten Armee Fraktion zu sehen ist, in seiner ursprünglichen Fassung jede Form der Werbung, weil die als Qualifikationstatbestand zu § 129 StGB ausgestaltete Norm bei ihrer Einführung sämtliche Tathandlungen seines Grunddeliktes übernahm. Damit blieb es vorerst Aufgabe der Gerichte, das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit einerseits und öffentlicher Sicherheit und Ordnung andererseits verfassungskonform auszugleichen.

Erst 2002¹⁴ wurde die Reichweite der strafbaren Werbung sowohl in § 129 StGB für kriminelle Vereinigungen als auch in § 129a StGB für terroristische Vereinigungen auf die Alternativen „Werben um Unterstützer“ und „Werben um Mitglieder“ beschränkt.¹⁵ Die bloße „Sympathiewerbung“ sollte vom Tatbestand des „Werbens“ nicht mehr erfasst sein.¹⁶ Eine rein werbende Meinungsausübung, die die Adressaten der Werbemaßnahme für die Ziele und Handlungen der Terrororganisation lediglich günstig beeinflussen will, ohne diese zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren, ist seither straflos.¹⁷ Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers¹⁸ fällt damit insbesondere die werbende Tätigkeit von „Solidaritätsbüros“ aus dem Anwendungsbereich von § 129a Abs. 5 S. 2 StGB. Dasselbe muss auch für die Herstellung

¹³ Sog. „Anti-Terroristengesetz“ – Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG vom 18.8.1976, das am 20.9.1976 in Kraft trat. Ob die Formulierung des § 129a StGB vom Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 getragen wird, bedürfte einer eigenen Untersuchung, vgl. dazu bereits Zöller (Fn. 4), S. 183 f., sowie S. 555 ff.; ders., StV 2012, 364 (367); ebenso Mansdörfer, HRRS 2007, 366 (369 f.).

¹⁴ 34. StÄndG vom 22.8.2002 (BGBI. I 2002, S. 3390), ergänzt durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Europäischen Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003 (BGBI. I 2003, S. 2836).

¹⁵ Zur abweichenden Rechtslage nach dem AufenthaltsG BVerwG, Urt. v. 25.10.2011 – 1 C 13/10 = NVwZ 2012, 701.

¹⁶ Ein zusätzliches, in diesem Rahmen nicht eingehender zu behandelndes Problem ist, wann eine Vereinigung als „terroristisch“ einzustufen ist, insbesondere dann, wenn die Werbung darauf abzielt, die Vereinigung als nicht-terroristisch darzustellen und die Erklärungen von Personen verbreitet werden, die die Vereinigung ebenfalls für nicht terroristisch halten, oder aber z.B. die Urheberschaft der Vereinigung für eine bestimmte Handlung bestritten werden soll.

¹⁷ Mansdörfer, HRRS 2007, 366 (367); zumindest aus den Gesamtumständen muss sich ergeben, dass der werbende Außenstehende Mitglieder oder Unterstützer gewinnen will, vgl. Krauß (Fn. 8), § 129, Rn. 125.

¹⁸ BT-Drs. 14/8893, S.8.

und Verbreitung von Propagandamaterial sowie für darauf bezogene Internetaktivitäten gelten, soweit diese nicht auf die Gewinnung von Mitgliedern oder Unterstützer abzielen.¹⁹

Das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung vom 22.12.2003 hat Differenzierungen hinsichtlich der Strafandrohungen bei den Tatvarianten des „Unterstützens“ und des „Werbens“ vorgenommen, so dass für die Tathandlungen des Abs. 5 kein uneingeschränkt einheitlicher Strafrahmen mehr gilt.²⁰

b) Aus der jüngeren Rechtsprechung des BGH

In Folge der gesetzgeberischen Beschränkung des Werbens hat der 3. Strafsenat²¹ die Unterscheidung zwischen „Werben“ und „Unterstützen“ stärker konturiert. Er hat dabei betont, dass eine klare Abgrenzung beider Tathandlungen zu einander unerlässlich sei und eine nach Abs. 5 S. 2 straflose (Sympathie-)Werbung nicht unter die Tathandlung des „Unterstützens“ subsumiert werden könne.²² Die Auffassung hat der Senat in einer neueren Entscheidung²³ vertieft:

„Nicht ausreichend ist [...] das befürwortende Eintreten für eine terroristische Vereinigung, die Rechtfertigung ihrer Ziele oder der aus ihr heraus begangenen Straftaten sowie die Verherrlichung der Ideologie, aus der verschiedene derartige Vereinigungen ihre Tätigkeit legitimieren und die gegebenenfalls auch Einzelpersonen zur Rechtfertigung für die Begehung von Straftaten dient, mag dies auch von der stillschweigenden Erwartung getragen sein, beim Adressaten Überlegungen hin zu einem Anschluss auch an eine bestimmte Vereinigung oder zu deren Unterstützung auszulösen.“

Die Strafbarkeit der verschiedenen Beteiligungsformen an einer terroristischen Vereinigung stellt sich demnach wie folgt dar:

Strafflos ist:

- „Sympathiewerbung“ eines Nichtmitglieds zu Gunsten einer terroristischen Vereinigung.

Strafbar sind:

- das Werben um Mitglieder für die Vereinigung, § 129a Abs. 5 S. 2 Alt. 1 StGB,
- das Werben um Unterstützer der Vereinigung, § 129a Abs. 5 S. 2 Alt. 2 StGB,
- das Unterstützen der terroristischen Vereinigung selbst, § 129a Abs. 5 S.1 StGB sowie
- die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung § 129a Abs. 1 StGB.

3. Fortführung durch BGH AK 13/13 und 14/13 vom 11.7.2013

An die in der Praxis bislang gefestigte Ansicht schließt nunmehr der 3. Strafsenat in dem zu besprechenden Beschluss an.

a) Tatvorwurf

Zunächst präzisiert der Beschluss den Tatvorwurf: Die FDLR sei nach ihrem Tätigkeitsfeld und ihren Zielen eine terroristische Vereinigung, die im Ausland agiert. Sie falle daher unter §§ 129a, 129b StGB (Rz. 14). Der 3. Strafsenat hat dabei jeweils offen gelassen, ob die Beschuldigten aufgrund ihrer Tätigkeit als Mitglieder der FDLR oder nur als Unterstützer der terroristischen Vereinigung zu qualifizieren sind,²⁴ weil bislang keine ausreichend gesicherten Erkenntnisse für deren organisatorische Einbindung in die FDLR vorlägen. Eine Beteiligung an der Vereinigung selbst setze einen Willen zum gemeinschaftlichen Agieren voraus. Dies scheide möglicherweise aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen seien.²⁵ Ob eine Beteiligung vorliege, könne dahin stehen, weil das Fertigen der Propagandamittel unabhängig von deren konkreter Einordnung als Werbemittel jedenfalls ein Unterstützen einer terroristischen Vereinigung darstelle.

Im weiteren Verfahren hat sich die Sichtweise des BGH allerdings geändert.²⁶ In einem späteren Beschluss gegen den von einem der Angeklagten nach Eröffnung der Hauptverhandlung durch das Oberlandesgericht zurückgewiesenen Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls geht der BGH nun sogar „auf Grundlage des bisherigen Ergebnisses der Beweisaufnahme von dem dringenden Verdacht der Mitgliedschaft

¹⁹ So auch Zöller, StV 2012, 364 (367).

²⁰ In Umsetzung des Rahmenbeschlusses wurde auch § 129a Abs. 3 StGB eingeführt; in Bezug auf Nicht-Mitglieder ist nur die Unterstützung solcher Vereinigungen strafbar, nicht aber das Werben.

²¹ BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 u. StB 3/07 = BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = HRRS 2007 Nr. 800.

²² BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 u. StB 3/07 = BGHSt 51, 345 (349 f.) = HRRS 2007 Nr. 800, Rn. 6 ff. = NStZ 2007, 635 (636); vertiefend Fröba (Fn. 4) S. 200 ff.

²³ BGH, Beschl. v. 20.9.2012 – 3 StR 314/12 = HRRS 2013 Nr. 101 Rn. 14 = NStZ-RR 2013, 171; mit Anm. Oehmichen, FD-StrafR 2013, 342540; BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – 3 StR 218/12 = NStZ-RR 2013, 171.

²⁴ Insoweit verweist der Senat auf besondere Schwierigkeiten des Nachweises der Beteiligung als Mitglied bei Aufenthalt des Mitglieds einer ausländischen Vereinigung im Inland, da sich das Mitglied nicht im unmittelbaren Betätigungsgebiet der (Kern-)Organisation aufhält. Denn die Beteiligung als Mitglied setzt eine Teilnahme am Verbandsleben und damit die Förderung von innen heraus voraus, dazu auch BGH, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08 = BGHSt 54, 69 (112), sowie Grube, NStZ-RR 2013, 233 (235).

²⁵ Unter Verweis auf BGH, Urt. 14.8.2009 – 3 StR 552/08 = BGHSt 54, 69 (112 f.); BGH NStZ-RR 2011, 372.

²⁶ BGH, Beschl. v. 28.8.2014 – StB 22/14 = BeckRS 2014, 18568.

aus.“ Die vom *Senat* dazu bemühte Begründung vermag jedoch im Tatsächlichen nicht zu überzeugen.²⁷

b) Abgrenzung der Tathandlungen des „Werbens“ und „Unterstützung“ zu einander

Anschließend befasst sich der *Senat*²⁸ mit dem Verhältnis zwischen der Tathandlung des Unterstützens zu der des Werbens.

Der *Senat* setzt dabei an der Einschränkung der Reichweite strafbarer Werbung an, erklärt die Straflosigkeit von bloßer Sympathiewerbung aber dann für hinfällig, wenn eine Handlung, die zu Gunsten eines Mitglieds der terroristischen Vereinigung in Erfüllung von dessen Aufgaben geleistet werde, als „Sympathiewerbung“ auch der Vereinigung zugutekomme und damit diese unterstütze. Das Hilfeleisten zu Gunsten eines Mitglieds bei dessen Werbung ist somit Unterstützung einer terroristischen Vereinigung. Die Privilegierung des § 129a Abs. 5 S. 2 StGB, der lediglich die Werbung um Mitglieder oder Unterstützer unter Strafe stellt, gelte nicht beim Handeln für Mitglieder. Damit lehnt der *Senat* eine vollumfängliche Privilegierung des Außenstehenden auf sämtliche Formen der Werbung bei § 129a Abs. 5 StGB ab:

Die Gesetzesänderungen 2002/2003²⁹ sollten nicht die eingeschränkte Strafbarkeit des Werbens auf jegliche Be-tätigung innerhalb einer terroristischen Vereinigung übertragen. Vielmehr könne ein tatbestandsmäßiges Unterstützen auch dann vorliegen, wenn sich eine an sich straflose propagandistische Werbung eines Nichtmitglieds zu Gunsten eines Mitglieds auswirke, indem sie über die propagandistische Wirkung hinaus einen objektiv nützlichen Effekt für die mitgliedschaftliche Betätigung eines Angehörigen der Organisation bewirke.³⁰ Lediglich die Tathandlungsalternative des „Werbens“ für Außenstehende sei eingeschränkt worden.

²⁷ Den dringenden Tatverdacht nicht nur der Unterstützung, sondern sogar der Mitgliedschaft rechtfertigt der *Senat* allein damit, „dass der Angeklagte nach dem vorläufigen Ergebnis der Beweisaufnahme bereits 2005 einen schriftlichen Treueid auf die FDLR leistete, in diesem Jahr auch wichtige Funktionen [...] inne hatte und im Tatzeitraum auch selbst mit dem Exekutivkommissar [...] in Verbindung stand.“ BGH, Beschl. v. 28.8.2014 – StB 22/14 = BeckRS 2014, 18568. Der *Senat* berücksichtigt dabei jedoch nicht, dass zwischen den Aktivitäten im Jahre 2005 und dem diesen Verfahren zu Grunde liegenden Tatzeitraum einige Zeit vergangen ist. Auch den Verweis auf den im Tatzeitraum bestehenden Kontakt mit dem Exekutivkommissar begründet der *Senat* nicht näher.

²⁸ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 und 13/13 = NJW 2013, 3257 (3258, insb. 3259).

²⁹ 34. StÄndG vom 22.8.2002 (BGBl. I 2002, S. 3390) und Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Europäischen Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003 (BGBl. I 2003, S. 2836).

³⁰ So bereits BGH, Beschl. v. 20.9.2012 – 3 StR 314/12 = HRRS 2013 Nr. 101, Rn. 10; BGH NStZ-RR 2013, 171.

Eine Unterstützungshandlung wirke sich schon dann zu Gunsten der Vereinigung aus, wenn sich die Handlung für das Mitglied als förderlich darstelle. Stelle sich etwas als Beihilfe zu einer mitgliedschaftlichen Beteiligung dar, liege zugeleich eine Unterstützung der Vereinigung vor, insbesondere dann, wenn es sich bei der Betätigung um eine von der Vereinigung übertragene Tätigkeit handele. Den zentralen Satz formuliert der *Senat* vage: Der Nutzen für die Vereinigung solle sich in „vergleichbarer Weise“ wie bei der Bestärkung des Tatentschlusses zur Begehung von Straftaten auswirken.³¹ Worin diese vergleichbare Weise liegt, erläutert der Beschluss nicht näher.

III. Kritik

Die Begründung des 3. *Strafsenat*s überzeugt nicht. Zutreffend ist zwar die Wertung des *Senats*, dass die Strafbarkeitsbeschränkungen der Jahre 2002/2003 für Außenstehende gewollt waren, während sich das Mitglied nicht auf diese Einschränkungen berufen kann.

Im Weiteren berücksichtigt die Annahme einer Strafbarkeit wegen Unterstützens einer terroristischen Vereinigung den Gesetzestext jedoch nur unzureichend: Der *Senat* ignoriert die sich aus Art. 5 Abs.1 GG ergebenden grundrechtlichen Wertungen, die als zentraler Aspekt der durch den Gesetzgeber ausdrücklich eingeschränkten Strafbarkeit des Werbens für eine terroristische Vereinigung insgesamt im Rahmen des § 129a Abs. 5 StGB zu beachten wären, und geht nicht in ausreichender Weise auf das Verhältnis zwischen Beihilfe und einer zu einer täterschaftlichen Begehung aufgewerteten Beihilfeshandlung ein. Ebenso hätte der *Senat* nicht offen lassen dürfen, welche Art der Tathandlung tatsächlich vorliegt. Im Einzelnen:

1. Mitgliedschaftliche Beteiligung als beihilfefähige Haupttat

Der *Strafsenat* geht ohne nähere Begründung davon aus, dass ein Hilfeleisten eines Außenstehenden zur Tathandlung der mitgliedschaftlichen Beteiligung nicht möglich ist. Schon dieser Punkt bedarf einer vertieften Betrachtung.

a) Verhältnis der Tathandlungen des § 129a Abs. 5 StGB zur mitgliedschaftlichen Beteiligung

Der Wortlaut von § 129a Abs. 5 StGB verdeutlicht, dass sich sowohl die Tathandlung des Werbens als auch die des Unterstützens auf die Vereinigung bezieht, nicht auf ihre Mitglieder.

aa) Die früheren Fassungen der §§ 129 ff. StGB zeigen, dass Bezugspunkt für die Tathandlung des Unterstützens ausschließlich die Vereinigung war. Die Tathandlung des „Unterstützens“ wurde erstmals 1951 im Zuge der Neugestaltung der Organisationsdelikte und des Staatsschutzstrafrechts in den §§ 129 ff. StGB a.F. normiert.³² Der Entwurf von

³¹ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 und 13/13 = NJW 2013, 3257 (3259).

³² 1. StrÄndG vom 30.8.1951 (BGBl. I 1951, S. 739).

1950³³ orientierte sich bei der Auslegung noch deutlicher an der Vereinigung, nicht aber an der Tätigkeit deren Mitglieder:

„Wer an einer Verbindung teilnimmt, [...], oder wer sie unterstützt [...].“

Auch die vom Bundestag dann letztlich verabschiedete Fassung stellte die Unterstützung einer Vereinigung der mitgliedschaftlichen Beteiligung gegenüber:³⁴

„Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, sie sonst unterstützt oder zu ihrer Gründung auffordert, wird mit Gefängnis bestraft.“

Der Wortlaut verweist auf den subsidiären Charakter gegenüber der Beteiligung „als Mitglied“ und bildet einen Auffangtatbestand. Mit dem Wort „sonst“ erweiterte das „Unterstützen“ die „Beteiligung“ auf Außenstehende.

bb) So wird auch im allgemeinen Sprachgebrauch „unterstützen“ verstandenen als jemanden „durch Zuwendungen zu helfen oder sich für jemandes Angelegenheiten oder Ähnliches einzusetzen und dazu beizutragen, dass jemand Fortschritte macht und/oder Erfolg hat“.³⁵ Um daher den gegenüber der Beteiligung als Mitglied eigenständigen Regelungsgehalt zu verdeutlichen, wurde 1964 die bis dahin subsidiär formulierte Unterstützung durch Streichung des Wortes „sonst“ neben die neue Handlungsalternative des „Werbens“ gestellt, die nun gemeinsam neben das „Sich-Beteiligen als Mitglied“ traten:³⁶

„Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu

³³ BT-Drs. 01/1307, S. 13 sowie die Begründung dazu auf S. 43.

³⁴ BT-Drs. 01/2414, S. 9.

³⁵ So auch Bader, NStZ 2007, 618 (619); vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011.

³⁶ VereinsG vom 3.8.1964, BGBl. I 1964, S. 598. Die Neufassung entstammt im Wesentlichen dem StGB-Entwurf von 1962. Vgl. dazu Alternativ-Entwurf Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1962, S. 465 f., IV 650. Begründung zu § 294: „Absatz 1 lehnt sich eng an § 129 Abs. 1 StGB an. Die Änderungen [...] haben überwiegend nur sprachliche oder gesetzestechnische Bedeutung. Daß [...] auch das ‚Werbens‘ [...] genannt wird und vor der Tathandlung des Unterstützens das Wort ‚sonst‘ wegfällt, dient der Anpassung an die Vereinigungsdelikte im Bereich der Staatsgefährdung; auf die Begründung zu § 374 wird verwiesen.“ Die Begründung zu § 374 StGB-E lautet (AE-StGB [a.a.O.], S. 565): „§ 374 Absatz 1 als auch der verwandte Tatbestand des § 375 Abs. 1 lehnen sich [...] an den Wortlaut des § 129a StGB an. Es ist lediglich noch das ‚Werbens‘ [...] eingefügt, da ein solches Verhalten als Ungehorsam gegen das Parteiverbot von der Strafdrohung auch dann erfaßt werden muß, wenn es nicht nachweisbar zu irgendeinem Erfolg führt und daher noch nicht als ‚Unterstützen‘ beurteilt werden kann.“

begehen oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie wirbt oder sie unterstützt, wird mit Gefängnis bestraft.“

Im Vordergrund der Gesetzesänderung von 1964 stand jedoch weniger das Verhältnis der unterschiedlichen Beteiligungshandlungen an der Vereinigung als vielmehr die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, politische Parteien aufgrund des Art. 21 GG aus der Strafbarkeit von Vereinigungen herauszunehmen.³⁷

cc) Die daraus resultierende Grundstruktur hat sich bis heute gehalten: „Werb“ und „Unterstützen“ sind Tathandlungen, die allein von Nichtmitgliedern – also Außenstehenden – einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung begangen werden können. Werden diese angesichts des subsidiären Charakters jedoch gegenüber der mitgliedschaftlichen Betätigung zurück, so dass jede Form des Werbens oder Unterstützens durch ein Mitglied eine „Beteiligung als Mitglied“ darstellt.³⁸

b) Die Dogmatik des tatbestandlichen Unterstützens

Ein tatbestandliches Unterstützen verwendet der Gesetzgeber regelmäßig bei solchen Tatbeständen, bei denen es sich um unterstützende Tätigkeiten zu Gunsten Dritter handelt, die für sich genommen keine teilnahmefähige Haupttat verwirklichen können, wenn also ein Hilfeleisten zu Gunsten einer nicht näher nach Einzelpersonen individualisierten Personengemeinschaft bestraft werden soll, so in §§ 85 Abs. 2, 84 Abs. 2 StGB (für Parteien), § 127 StGB³⁹ (Unterstützung bewaffneter Gruppen) oder §§ 109 f. StGB (Sicherheitsgefährdender Nachrichtendienst). Auch in der aktuellen Formulierung der §§ 129 ff. StGB bezieht sich – und das ausschließlich – das Unterstützen auf die Vereinigung selbst. Für ein tatbestandliches Unterstützen wird deshalb überwiegend auch zu Recht verlangt, dass die Aktivität des Nichtmitglieds die Förderung der Gesamtorganisation und dessen spezifischen Gefährdungspotentials bewirken muss und sich nicht nur in der Förderung der einzelnen Mitglieder erschöpft.⁴⁰ In

³⁷ BVerfG, Urt. v. 21.3.1961 – 2 BvR 27/60 = NJW 1961, 723: Verfassungswidrigkeit des § 90a StGB von 1953 wegen Art 21 GG für die Strafbarkeit des Gründens von Parteien; sowie BGH, Beschl. v. 5.5.1961 – 3 StR 1/61 = NJW 1961, 1315 und auf Vorlage des BGH: BVerfG, Beschl. v. 30.10.1963 – 2 BvL 7/61 = NJW 1964, 539: Parteien sind bei verfassungskonformer Auslegung auch keine Vereinigungen i.S.v. § 129 StGB, Art 21 Abs. 2 GG ist Sondervorschrift zu Art 9 Abs. 2 GG.

³⁸ Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 129 Rn. 14a; Krauß (Fn. 8), § 129 Rn. 120 m.w.N.; a.A. Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 129 Rn. 18.

³⁹ 6. StRG mit ausdrücklichem Verweis.

⁴⁰ vgl. Zöller (Fn. 4), S. 532; Fischer (Fn. 12), § 129 Rn. 30; Kuhli; in: Matt/Renzkowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 129 Rn. 26; Ostendorf (Fn. 8), § 129 Rn. 20 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zu § 90a f., BVerfGE 25, 86.

diesem Sinne existiert ein lediglich einer bestimmten Person zugutekommendes Unterstützen im StGB auch nicht. Förderndes Verhalten zu Gunsten einer Person ist als Beihilfe in § 27 StGB geregelt. Werben und Unterstützen i.S.d. §§ 129 ff. StGB sind somit als Handlungen zu Gunsten der Vereinigung, Anstiftung und Beihilfe als Handlungen zu Gunsten einer bestimmten Person zu verstehen. Systematisch ist es deshalb verfehlt, von der „Unterstützung“ einer Person zu sprechen. Nichtsdestotrotz kann sich eine Beihilfe (i.S.d. § 27 StGB) als Reflex positiv auf die hinter dem Haupttäter stehende Vereinigung auswirken. Das ändert jedoch nichts daran, dass aus Sicht des handelnden Nichtmitglieds zwischen Beihilfe (zu Gunsten einer Person, sprich einem Mitglied) einerseits und dem Unterstützen einer Vereinigung andererseits zu differenzieren ist, da es sich schließlich auch um zwei unterschiedliche Adressaten der Förderungen handelt. Für die Vorstellung des Nichtmitglieds macht es durchaus einen Unterschied, ob er durch seine Handlung in erster Linie eine bestimmte Person fördert oder ob er ganz allgemein für die dahinterstehende Vereinigung handelt.

2. Abgrenzung und Rangverhältnis zwischen bei Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung und täterschaftlichem Unterstützen

Damit stehen das Mitglied und die Vereinigung als zwei eigenständige und jeweils unabhängige Bezugsobjekte einer Förderungshandlung nebeneinander. Dieses Zusammentreffen macht es erforderlich, das Verhältnis zwischen der Tatshandlung des „Unterstützens“ und der nach allgemeinen Grundsätzen zu behandelnden Beihilfe zur Haupttat zu klären.

a) Ausschluss der Teilnahmeregelungen

Der 3. Strafseminat hält indes weiter am Vorrang der Tatshandlungen („Unterstützen und Werben“) des § 129a Abs. 5 StGB gegenüber einer Teilnahmehandlung fest⁴¹ und bestätigt damit die weitverbreitete Auffassung⁴², dass die Teilnahmeregeln

⁴¹ In diesem Sinne eine Beihilfe zum Unterstützen verneinend BGH, Beschl. v. 9.12.1983 – 3 StR 438/83; im Ergebnis auch die aktuelle Entscheidung BGH NJW 2013, 3257 (3258), Rn. 19; differenzierter indes BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = BGH NStZ 2007 635 (637).

⁴² So die wohl h.M.. Die Möglichkeit der Teilnahme an den einzelnen Tatvarianten ist äußerst umstritten und wird hinsichtlich der einzelnen Begehungsformen auch unterschiedlich gesehen, was zu einer recht unübersichtlichen Gesamtsituation führt. Gegen eine Beihilfe zur Mitgliedschaft u.a. Zöller (Fn. 4), S. 543; Fischer (Fn. 12), § 129 Rn. 38; Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 129 Rn. 103; Schmidt, MDR 1985, 183 (185); Sommer, JR 1981, 490 (495); ebenso hinsichtlich der Beihilfe zur Mitgliedschaft, jedoch hinsichtlich den Tatshandlungen der Gründung, der Unterstützung und der Werbung die Möglichkeit der Beihilfe bejahend Dahs, NJW 1976, 2146 (2148). In der Konsequenz soll auch eine Beihilfe zu den Tatshandlungen des Abs. 5 wegen dessen abschließenden Charakters ausgeschlossen

gelungen des Allgemeinen Teils neben den täterschaftlichen Aufwertungen des § 129 Abs. 5 StGB nicht anwendbar sein sollen. „Unterstützen“ und „Werben“ seien für Außenstehende eine abschließende Regelung.⁴³ Kritisch ist daran allerdings, dass sich diese Handlung, wie bereits dargestellt, auf unterschiedliche Objekte bezieht.⁴⁴ Der Vorrang wirkt auch nicht konsequent, weil sich der Senat bei der Auslegung des täterschaftlichen Unterstützens gerade an der Rechtsfigur der Beihilfe orientieren will:⁴⁵ Er verweist auf die Auslegung der Beihilfe zur Mitgliedschaft – die es nach dem Senat nicht gibt –, um das Tatbestandsmerkmal „Unterstützen“ zu konturieren.

Auch die vom Senat für die eigene Auffassung in Anspruch genommenen Entscheidungen⁴⁶ stützen diese nicht: Das Verhältnis zwischen dem Unterstützen einer verbotenen Organisation und der Förderung einzelner Personen wird nicht geprüft, sondern lediglich die Tatshandlung des Unterstützen durch die bloße Teilnahme an einer von der Vereinigung veranstalteten Diskussion bejaht.⁴⁷ BGHSt 31, 16 (17) verweist auf die Nachrangigkeit der Werbung gegenüber der mitgliedschaftlichen Betätigung. Inwieweit das Einschränken des Werbens im Jahre 2002 Auswirkungen auf die Strafbarkeit wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung hat, kann die Entscheidung aus dem Jahr 1982 nicht belegen.

b) Vorrang der Beihilfe

Ein Vergleich mit anderen zur Täterschaft aufgewerteten Teilnahmehandlungen zeigt, dass das StGB grundsätzlich vom Vorrang der Teilnahme an einer fremden Haupttat ge-

sein, so Fischer (Fn. 12), § 129 Rn. 38; Ostendorf (Fn. 8), § 129 Rn. 28; Schlothauer/Tscherch, StV 1981, 22 (23); Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 129 Rn. 27; zweifelnd auch Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 44 Rn. 16; a.A. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 23/43; Bader, NStZ 2007, 618 (621 f.); Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 129 Rn. 24 m.w.N; für eine Beihilfe zum Werben auch BGH NJW 1981, 61 (62 f.) sowie Zöller (Fn. 4), S. 543, der aber eine Beihilfe zum Unterstützen wiederum ablehnt.

⁴³ Vgl. Schäfer (Fn. 40), § 129a Rn. 65 f.; im Ergebnis auch Fischer (Fn. 12), § 129 Rn. 38 m.w.N. Ausführlich dagegen Bader, NStZ 2007, 638; differenzierter auch Krauß (Fn. 8), § 129 Rn. 163 sowie Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 129 Rn. 24.

⁴⁴ Bader, NStZ 2007, 618; vgl. auch Kuhli (Fn. 40), § 129 Rn. 38; Krauß (Fn. 8), § 129 Rn. 163; so im Ergebnis wohl auch Jakobs (Fn. 43), 23/43; Radtke, JR 1999, 84; differenzierter auch Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 129 Rn. 24; Beihilfeshandlungen zu mitgliedschaftlicher Beteiligung wohl nicht gänzlich ablehnend auch BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = BGHSt 51, 345 (351) = NStZ 2007, 635 = HRRS 2007 Nr. 800; sowie Lohse (Fn. 4), 129a Rn. 27.

⁴⁵ So auch BGH NJW 2013, 3257 (3259, Rn. 23).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 30.10.1964 – 3 StR 45/64 = BGHSt 20, 89; BGH, Urt. v. 3.10.1979 – 3 StR 264/79 = BGHSt 29, 99 (101).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 30.10.1964 – 3 StR 45/64 = BGHSt 20, 89 = NJW 1965, 260.

genüber der zur täterschaftlichen Begehung aufgewerteten Teilnahmehandlung ausgeht.

aa) Teilnahmehandlungen mit täterschaftlichem Charakter verzichten auf die tatbestandsimmanente Abhängigkeit von einer Haupttat. Sie finden ihre Berechtigung in Fällen, in denen eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an einer Haupttat nicht möglich ist, weil die Haupttat beendet ist (§§ 257, 258 StGB)⁴⁸, oder eine Haupttat aus rechtlichen Gründen nicht bestraft werden kann, weil

- die Handlung vorliegt, der Handelnde aber untauglicher (Haupt-)Täter ist (§§ 120, 259 StGB),
- die Haupttat im Ausland (möglicherweise) straflos ist (§ 19-20a KrWaffKG), oder aber
- ein Täter der Haupttat nicht existiert und strafbare Handlungen im Vorfeld erfasst werden sollen (§§ 129, 129a, 129b StGB).

bb) Daher ist auch vorliegend die Teilnahme neben der täterschaftlichen Begehung nicht ausgeschlossen, so dass das Verhältnis der Beihilfe zu anderen Fällen täterschaftlich formulierter Teilnahmehandlungen genauer zu betrachten ist. Regelmäßig prägt die Beihilfe zur Haupttat die Auslegung der täterschaftlichen Begehung, die schon wegen der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 StGB gegenüber der Teilnahmestrafbarkeit subsidiär ist.

(1) So kommt eine in § 259 Abs. 1 Alt. 4 StGB normierte Absatzhilfe in Betracht, wenn das unterstützende Verhalten nicht als Beihilfe zum Absetzen geahndet werden kann. Ausweislich des Wortlauts ist der Täter der Vortat kein tauglicher Täter der Hehlerei ([...], ein anderer gestohlen“[...]). Wenn der Vortäter die von ihm rechtswidrig erlangte Sache selbst absetzt und ihm dabei von ein Dritter behilflich ist, bliebe letzterer straflos.

Anders verhält es sich jedoch, wenn der Absetzende ein vom Vortäter verschiedener und damit selbstständig agierender Dritter ist. Der Helfer steht hier nicht „im Lager“ des Vortäters,⁴⁹ denn er wird mit seiner Handlung formal gesehen ausschließlich im Interesse des Absetzenden tätig und leistet damit diesem Hilfe. Mit der Strafbarkeit des Absetzenden gem. § 259 Abs. 1 Alt. 3 StGB liegt eine behilfliche Haupttat vor, so dass auch § 27 StGB anwendbar ist. Nach einhelliger Rechtsprechung⁵⁰ verdrängt das Hilfeleisten zum

⁴⁸ §§ 257 f. StGB zeigen damit, wenn auch inkonsequent, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von einer Akzessorietät solch verspäteter Teilnahmehandlungen ausgeht.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 11.6.2008 – 5 StR 145/08 = NStZ 2009, 161; *Stree-Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 259 Rn. 32; *Jahn*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 259 Rn. 34a m.w.N.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 11.6.2008 – 5 StR 145/08 – 5 StR 145/08 = NStZ 2009, 161; BGH NJW 1977, 205 hat nur die Frage des Erfordernisses einer Vollendung verneint; vgl. auch BGH, Beschl. v. 22.10.2013 – 3 StR 69/13 = NJW 2014, 951; *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 124.

Absetzen, §§ 259 Abs. 1 Alt. 3, 27 StGB, die täterschaftliche Begehungsform der Absatzhilfe, § 259 Abs. 1 Alt. 4 StGB.

(2) Auch in anderem Zusammenhang wird die zur täterschaftlichen Begehung angehobene Teilnahmeform von der Teilnahme an einer fremden Haupttat verdrängt, sofern diese vorliegt. So ist bereits nach dem Wortlaut des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB die Begünstigung gegenüber der Beihilfe zur Vortat subsidiär und nimmt die an der Vortat beteiligten Täter und Teilnehmer von der Strafbarkeit nach § 257 StGB aus. Ebenso verhält es sich gem. § 261 Abs. 9 S. 2 StGB bei der Geldwäsche. Der Sinn dieser Regelung liegt auf der Hand: Eine Bestrafung auf Grundlage eines Anschlussdeliktes ist dann nicht erforderlich, wenn eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Haupttat vorliegt; die täterschaftliche Anschlusstat tritt wegen der gesetzlich angeordneten Subsidiarität zurück.⁵¹

(3) Auch ein Blick auf die §§ 331 ff. StGB vermag den im StGB bislang ermittelten Vorrang der Teilnahme vor zu Täterschaft erhobenen Teilnahmeformen nicht zu erschüttern. Zwar bestimmt sich die Strafbarkeit des Vorteilsnehmers und die des Vorteilsgebers jeweils selbstständig und insbesondere abschließend nach den §§ 331, 332 bzw. §§ 333, 334 StGB, was zur Folge hat, dass Vorteilsnehmer ebenso wenig Teilnehmer an den Tathandlungen der Vorteilsgeber sein können, wie auch Vorteilsgeber Teilnehmer an den Tathandlungen der Vorteilsnehmer sein können.⁵² Das ist aber auch weder erforderlich noch angezeigt. Der Unrechtsgehalt der Tathandlung des Vorteilgebers liegt nämlich nicht nur in der Förderung einer fremden Tat – der Vorteilsgewährung bzw. Bestechlichkeit des Amtsträgers. In der (beabsichtigten) Korrumperung des Amtsträgers liegt ein eigenständiger Angriff auf die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes von außen. Deshalb besteht auch die Notwendigkeit, mit den §§ 333 f. StGB bereits die dem Amtsträger zugehörende Beeinflussung („anbieten“) als vollendetes täterschaftliches Delikt des Vorteilgebers unter Strafe zu stellen, ohne dass es tatsächlich zwischen Anbietendem und Amtsträger zum Abschluss einer Unrechtsvereinbarung kommen müsste. Zudem begründen Vorteilsnehmer und Vorteilgeber insoweit eine Einheit, als die Strafbarkeit des einen als spiegelbildliches Verhalten nicht losgelöst von der Einwirkung auf den anderen – erfolgreich oder nicht – entstehen kann. Dies macht deutlich, dass die §§ 331 ff. StGB in keiner der erfassten Tatvarianten originäre Teilnahmehandlungen erfasst, die lediglich zur Täterschaft erhoben wurden, sondern schon dem Grunde nach täterschaftliches Handeln sind. Eine Strafbarkeit wegen Teilnahme zur Tat des jeweils anderen wird damit überflüssig, so dass eine Strafbarkeit wegen Teilnahme an den §§ 331 ff. StGB nur für Außenstehende verbleibt. Damit offenbart sich dann auch ein weiterer wesentlicher Unterschied zu den §§ 129 Abs. 1 Alt. 4, 129a Abs. 5 S. 1 StGB: Hier betrifft die zur Täterschaft erhobene

⁵¹ BGH NStZ 2011, 399 (400); Tateinheit mit der Beihilfe zur Vortat ist ausnahmsweise dann möglich, wenn der Helfer das bisher Erlangte sichern und dem Haupttäter einen Mehrerwerb sichern will, *Fischer* (Fn. 12), § 257 Rn. 15.

⁵² *Fischer* (Fn. 12), § 331 Rn. 38.

Beihilfe in Form des Unterstützens immer einen Außenstehenden, nämlich ein Nicht-Mitglied. Die Strafbarkeit des Mitglieds wegen Beteiligung setzt jedoch keinen wie auch immer vollzogenen Kontakt zu einem außenstehenden Unterstützer voraus.

(4) Das Parteienprivileg aus Art. 21 Abs. 2 GG setzt besondere Anforderungen voraus. Bei für verfassungswidrig erklärten Parteien kann die Regelung des § 84 StGB in gleicher Weise ausgelegt werden, so dass sie nicht im Widerspruch zu den für §§ 129 ff. StGB bislang getroffenen Wertungen steht: Das täterschaftliche Unterstützen einer Partei durch Nichtmitglieder wird beschränkt auf die in § 84 Abs. 2 Alt. 2 StGB genannte Unterstützungshandlung. Ausweislich des Wortlauts muss sich die Unterstützungshandlung auf den organisatorischen Zusammenhang beziehen und diesen unmittelbar und wirksam fördern.⁵³ Im Vergleich zu den §§ 129 ff. StGB sieht damit der Tatbestand des § 84 StGB eine weitere Beschränkung des Unterstützungsverhaltens vor.⁵⁴ Nach der h.M. soll eine Beihilfe zu Taten der Räderführer oder Hintermänner nach Abs. 1 oder hinsichtlich der Beteiligung als Mitglied nach Abs. 2 Alt. 1 von vornherein ausgeschlossen sein,⁵⁵ weil der Gesetzgeber lediglich bestimmte Handlungen zu Gunsten einer Partei unter Strafe stellen wollte.⁵⁶ Nach a.A. soll die Förderung fremder Tatbegehung als Beihilfe sowohl zu Taten nach Abs. 1 wie auch nach Abs. 2 strafbar sein, da es sich um untergeordnete Nebentätigkeiten handelt, die nicht die Schwelle der Tatbestandsmäßigkeit überschreiten.⁵⁷ Eine Stütze findet die Auffassung – wie ja auch bei den §§ 129 ff. StGB – im Normtext selbst, der gerade keinen prinzipiellen Vorrang der täterschaftlichen Begehungsform erkennen lässt.

(5) Die bisherigen Ergebnisse zusammenfassend gilt für die §§ 129 Abs. 1 Alt. 4, 129a Abs. 5 S. 1 StGB: Das täterschaftliche Unterstützen geht nur dann vor, soweit sich das identische Verhalten nicht als Teilnahme an einer

fremden Haupttat darstellt und damit nach den allgemeinen Regeln als Beihilfe i.S.d. § 27 StGB bestraft werden kann.⁵⁸ Das ist immer dann der Fall, wenn die Unterstützungshandlung des Außenstehenden nicht unmittelbar gegenüber einem Mitglied geleistet wird, sondern die Vereinigung der Adressat der Unterstützung ist – entweder weil es keinen konkreten Adressaten gibt, an den sich die Werbung/Unterstützung richtet, oder weil der Nachweis einer konkreten Beziehung zwischen dem außenstehenden Unterstützer und einem bestimmten Mitglied als Adressat der Unterstützungshandlung nicht zu führen ist. Die Beteiligungsformen des Unterstützens und des Werbens in §§ 129 ff. StGB ersetzen in diesen Sachverhaltskonstellationen die fehlende Zuordnung einer Handlung zu einer bestimmten Person.

3. Konsequenz

In der Konsequenz kann neben der Beihilfe zur Haupttat einer mitgliedschaftlichen Betätigung nicht auch ein täterschaftliches Unterstützen der dahinter stehenden Vereinigung bestraft werden. Das in einem solchen Fall durch das Nichtmitglied verwirklichte Tatunrecht wird vollständig über die Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Haupttat der mitgliedschaftlichen Betätigung erfasst. Vermittelt über das Mitglied, weist auch die Beihilfestrafbarkeit einen Bezug zur Vereinigung auf.

Ausweislich des Wortlauts, wonach sich das Mitglied auch „als Mitglied“ beteiligen muss, erfordert eine Strafbarkeit wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung i.S.d. §§ 129 Abs. 1 oder 129a Abs. 1 StGB, dass die Tathandlung einen Bezug zur Gruppe selbst aufweisen und diese dadurch von innen heraus in irgendeiner Form begünstigt werden muss.⁵⁹ Nicht jede beliebige Handlung eines Mitglieds ist strafbar, sondern nur dann, wenn sie sich in den Gruppenkontext einordnet. Das rein passive Mitgliedsein als Dauerzustand ist hingegen straflos; bestraft wird die jeweils konkrete Beteiligungstätigkeit. Eine vergleichbare Formulierung („als“) enthalten auch die bandenmäßigen Begehungsformen im StGB (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2; 250 Abs. 1 Nr. 2; 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB usw.): Die Unterstützung eines Diebes genügt für eine bandenmäßige Begehung nicht, wenn dieser zwar Mitglied einer Bande ist, der konkrete Diebstahl aber keinen bandenmäßigen Bezug aufweist (§ 244 Abs. 1 Nr. 2: „als Mitglied einer Bande [...] stiehlt“).

Es genügt demnach auch nicht, ein Mitglied einer Vereinigung bei irgendeiner Handlung zu unterstützen. Vielmehr ist zwingende Voraussetzung, dass der Fördernde einem anderen dabei hilft, sich als Mitglied zu beteiligen.⁶⁰

⁵³ BVerfG NJW 1969, 737 (738); *Giintge* (Fn. 4), § 84 Rn. 9.

⁵⁴ Die Unterstützungshandlung bei §§ 129 ff. StGB muss sich nicht ausschließlich auf die organisatorische Struktur der Vereinigung beziehen, sondern muss allgemein der Erhöhung der Aktionsmöglichkeiten oder der Stärkung ihrer kriminel len Zielsetzung dienen und kann damit auch die Tätigkeit oder den Zweck der Vereinigung betreffen, vgl. *Krauß* (Fn. 8), § 129 Rn. 132; *Fischer* (Fn. 12), § 129 Rn 30.

⁵⁵ BGH NJW 1976, 575 (576); *Sommer*, JR 1981 490 (495); *Paeffgen* (Fn. 8), § 84 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 12), § 84 Rn. 6; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 84 Rn. 3; Für § 20 Abs. 2 Nr. 4 VereinsG hat der BGH hingegen die Anwendbarkeit von § 27 StGB bejaht, aber offengelassen, ob dies auf § 84 StGB zu übertragen ist BGH NJW 1997, 2248 (2251).

⁵⁶ BT-Drs. V/2860, S.6.

⁵⁷ So nun auch *Laufhütte/Kuschel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 84 Rn. 26; *Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 84 Rn. 26; mittlerweile sich der differenzierenden Betrachtung anschließend *Steinmetz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 42), § 84 Rn. 25.

⁵⁸ So auch *Bader*, NStZ 2007, 618; vgl. auch *Kuhli* (Fn. 40), § 129 Rn. 38; *Krauß* (Fn. 8), § 129, Rn. 163; *Jakobs* (Fn. 43), 23/43; *Radtke*, JR 1999, 84.

⁵⁹ *Ostendorf* (Fn. 8), § 129 Rn. 18; *Krauß* (Fn. 8), § 129 Rn. 10.

⁶⁰ Voraussetzung ist demnach zugleich, dass der Begünstigte dem Kreis der Vereinigung zugehört, also in irgendeiner Form Kontakt zur Gruppe haben muss; andernfalls handelt es sich ggf. um einen (straflosen) untauglichen Versuch der Beihilfe, da dann mangels mitgliedschaftlicher Beteiligung

Andernfalls fehlt es an einer Haupttat i.S.d. § 27 StGB, so dass die nicht gruppen- oder vereinigungsbezogene Unterstützung eines Mitglieds straflos bleibt. Dementsprechend wird der propagandistische Erfolg in solchen Konstellationen der Vereinigung nur über das Mitglied vermittelt, so dass – in Umkehrung des vom *Senat* angedeuteten Subsidiaritätsverhältnisses – die Beteiligung – und zwar in jeder Form – der täterschaftlichen Unterstützung vorgeht.

Nach dem der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt erfolgte die Förderungshandlung, die Übersetzung des Kommuniqués, für den Informationskommissar der FDLR und wurde damit unmittelbar zu Gunsten eines Mitglieds geleistet. Entsprechend der vorstehenden Ausführungen verdrängt die Beihilfe zu § 129a Abs. 1 StGB das täterschaftliche Unterstützen. Die Beihilfe zu Gunsten einer Person begründet eine Sperrwirkung für die Unterstützungsstrafbarkeit insoweit, als der Unwertgehalt der Unterstützungshandlung notwendigerweise bereits in der Beihilfe mit enthalten ist. Hat die Tätigkeit des Mitglieds keinen Bezug zur terroristischen Vereinigung, fehlt es an einer solchen Förderung der Beteiligung als Mitglied. Die mittelbare Auswirkung der Förderung eines Mitglieds auf die dahinter stehende Vereinigung ist begriffsnotwendiger Bestandteil der Hilfeleistung für das Mitglied. Der Strafvorwurf der §§ 129a Abs. 1, 27 StGB lautet eben nicht: wer ein Mitglied bei dessen Beteiligung unterstützt, sondern: wer fördert, dass sich ein anderer als Mitglied beteiligt.

4. Teleologische Reduktion der §§ 129a, 27 StGB bei Förderung durch Werben i.S.v. § 129a Abs. 5 S. 2 StGB

a) Konsequenzen von BGH – AK 13/13, 14/13

aa) Hält man den jüngsten BGH-Beschlüssen folgend eine Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung durch Förderung der werbenden Tätigkeit des Mitglieds für ausgeschlossen, würde jegliche Handlung, die sich unmittelbar an ein Mitglied richtet, dergestalt bemakelt, dass stets eine Strafbarkeit wegen täterschaftlicher Unterstützung gegeben wäre. Dadurch würde zum einen dem Außenstehenden die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 StGB entzogen. Zum anderen würde damit die gesetzgeberische Wertungsentscheidung, dass die reine Sympathiewerbung nach § 129a Abs. 5 S. 2 StGB straflos ist, unterlaufen, wenn allein über die Einbeziehung eines Mitglieds ein Unterstützen konstruiert werden könnte. BGHSt 51, 345 hatte demgegenüber noch eine übergreifende Wirkung der sich aus § 129a Abs. 5 S. 2 StGB ergebenden Wirkung formuliert:⁶¹

„Danach ist die in der Werbung um Mitglieder, Unterstützer oder Sympathie für eine terroristische Vereinigung

des Haupttäters keine teilnahmefähige Haupttat vorliegt. Eine Strafbarkeit wegen Unterstützens der Vereinigung gem. § 129a Abs. 5 S.1 StGB kommt in Betracht, wenn das Verhalten des Nichtmitglieds für die Vereinigung irgendwie vorteilhaft ist und die Gefährlichkeit dieser festigt.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = BGHSt 51, 345 (351) = NStZ 2007, 635 (637).

etwa liegende Beihilfe zu täterschaftlichen terroristischen Handlungen im Sinne des § 129a Abs. 1 bis 3 StGB durch § 129a Abs. 5 Satz 2 StGB strafrechtlich privilegiert, nämlich im Falle der Sympathiewerbung straflos [...].“

Indes differenziert der *Senat* neuerlich allein danach, ob der Außenstehende direkt, also unmittelbar selbst das werbende Verhalten betreibt – oder ob dies „über ein Mitglied“ erfolgt. Ein täterschaftliches Unterstützen und nicht nur ein (möglicherweise strafloses) Werben sei auch dann gegeben, wenn der Außenstehende Handlungen vornimmt, die sich der Sache nach als Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied darstellen.⁶² Diese Gesetzesinterpretation ist überraschend, da es nach bisherigem Verständnis gerade nicht darauf ankam, von wem die eigentliche werbende Äußerung stammt.⁶³

„Veröffentlicht oder verbreitet ein Dritter lediglich eine in diesem Sinne um Mitglieder oder Unterstützer werbende Äußerung eines anderen – sei dieser selbst Mitglied der beworbenen terroristischen Vereinigung oder nicht –, so macht er sich nur dann nach § 129a Abs. 5 Satz 2 StGB strafbar, wenn zumindest aus den Umständen erkennbar wird, dass er sie sich zu eigen macht und als eigenes werbendes Eintreten für die Vereinigung verstanden wissen will. Wer die Äußerung lediglich als fremde – gleichsam zu Informationszwecken – weitergibt, handelt hingegen nicht tatbestandsmäßig.“

Der *Senat* stellte für die Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Werben allein auf das äußere Erscheinungsbild der Tathandlung des Nichtmitglieds ab. Maßgeblich war danach, ob sich der Außenstehende den Inhalt der Werbung erkennbar zu eigen macht (dann Unterstützen) oder ob er lediglich – und dies auch nach außen erkennbar – fremde Äußerungen als „Sprachrohr“ weitergibt.

Der *Senat* hält nun aber die Differenzierung nach Werben und Unterstützen für hinfällig, wenn durch die Handlung des Außenstehenden ein Mitglied in seiner ureigensten Aufgabe gefördert wird, weil damit die Unterstützung unmittelbar auch der Vereinigung zu Gute komme. Terminologisch ließe sich hier also von einer „unterstützenden Werbung“ sprechen.⁶⁴ Dieser Konstellation war sich zwar der *Senat* auch schon in BGHSt 51, 345 bewusst, jedoch betonte er darin noch wohlweislich, dass der objektive Wille des Gesetzgebers, die reine Sympathiewerbung von Außenstehenden zu privilegieren, missachtet würde, wenn solche Verhaltensweisen, selbst wenn in ihnen zugleich eine Beihilfe zu täterschaftlichen Handlungen i.S.d. § 129a Abs. 1 bis 3 StGB läge, als täterschaftliches Unterstützen bestraft würden.⁶⁵

⁶² BGH Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 und 13/13 = NJW 2013, 3257 (3259).

⁶³ Vgl. BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = BGHSt 51, 345 (354); NStZ 2007, 635 (638)..

⁶⁴ So schon Mansdörfer, HRRS 2007, 366 (369).

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = HRRS 2007 Nr. 800 Rn. 13 ff.

bb) Die vom *Senat* nun als „Klarstellung“⁶⁶ bezeichneten Ausführungen stehen jedoch im Widerspruch zur gesetzgeberischen Grundentscheidung, wonach das Werben, ausgenommen die Fälle des § 129a Abs. 5 S. 2 StGB, als Ausfluss der Meinungsfreiheit zulässig ist. Er umgeht mit den in Rede stehenden Beschlüssen seine frühere Entscheidung, dass eine Handlung eines Außenstehenden keine Unterstützung sein kann,⁶⁷ wenn sie sich in einem Werben für die Ideologie und die Ziele einer terroristischen Vereinigung erschöpft. Der *Senat* bewertet jene Tätigkeit als täterschaftliches Unterstützen, obwohl die redaktionelle Bearbeitung der Kommuniqués schon aufgrund des inneren Zusammenhangs zu dem am Ende stehenden Werbemittel der Sache nach nur als Förderung der Werbung eines Mitglieds zu klassifizieren ist. Zur Begründung beruft sich der *Senat* dabei auf einen über die rein propagandistische Wirkung der Handlung des Außenstehenden hinausgehenden objektiv nützlichen Effekt für die mitgliedschaftliche Betätigung eines Angehörigen der Organisation, der weitergehende Feststellungen, ob es auch zu einem positiven Effekt für die Vereinigung selbst gekommen sei, entbehrlich mache:

„Da als Folge des Unterstützens ein irgendwie gearteter Vorteil für die Vereinigung ausreicht, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, regelmäßig bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Vereinigung zu sehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter ein Mitglied der Vereinigung bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützt, die diesem von der Vereinigung aufgetragen worden ist.“⁶⁸

cc) Mit seiner Interpretation der „unterstützenden Werbung“ setzt sich der *Senat* zu den Ausführungen in BGHSt 51, 345 in Widerspruch. Dort hatte er angedeutet, dass für eine solche im Einzelfall festgestellt werden müsse, dass die Werbemaßnahme der Organisation einen nachweisbaren Vorteil gebracht, etwa nachweislich zum Beitritt eines neuen Mitglieds geführt hat.⁶⁹

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 und 13/13, Rn. 21 = NJW 2013, 3257.

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = HRRS 2007 Nr. 800 Rn. 6; zustimmend u.a auch *Kuhli* (Fn. 40), § 129 Rn. 28; *Fischer* (Fn. 12), § 129 Rn. 30; zustimmend auch *Krauß* (Fn. 8), § 129 Rn. 138; ablehnend hingegen *Bader*, NStZ 2007, 618 (622 ff.), der eine privilegierende Spezialität des Werbens und Unterstützend zueinander verneint.

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – AK 14/13 und 13/13 = NJW 2013, 3257 (3259).

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 16.5.2007 – AK 6/07 = BGHSt 51, 345. In diese Richtung auch *Zöller*, StV 2012, 364 (367), sowie *ders.* (Fn. 4), S. 535 f., mit Verweis auf die schwierige Grenzziehung zwischen strafloser Werbung und strafbarer Unterstützungshandlung bei besonderer Handlungsqualität wie z.B. bei Spendenaufrufen für den Kampf gegen Ungläubige durch eine bestimmte Vereinigung; ebenso auch *Mansdörfer*, HRRS 2007, 366 (369); *Lohse* (Fn. 4), § 129a Rn. 29, der auf

Verkannt wird in den in Rede stehenden Beschlüssen, dass die fördernde Handlung des Außenstehenden der Vereinigung letztlich nicht mehr hilft als hätten die Nichtmitglieder die Kommuniqués selbst erstellt. Ein über reine Propagandatätigkeit hinausgehender, dem tatbeständlichen Unterstützen entsprechender Unwertgehalt ist nicht zu erkennen. Inwiefern nämlich durch das bloße Fördern der propagandistischen Werbung eines Mitglieds, hier in Form von Dementis der FDLR vorgeworfenen terroristischen Handlungen, der Nutzen für die Organisation mit der Situation, dass die Mitglieder in ihrer Entscheidung, Straftaten zu begehen, gestärkt werden, vergleichbar sein soll, ist als Begründung nicht nachvollziehbar.

Allein der Umstand, dass die Werbung vom Mitglied stammt – dass jenes Verhalten, unabhängig davon, ob es sich um rein propagandistische oder auf Mitglieder und Unterstützer abzielende Werbung handelt, als mitgliedschaftliche Beteiligung zu bewerten ist,⁷⁰ steht dabei außer Frage – und durch die Nichtmitglieder in dessen Auftrag veröffentlicht worden ist, ändert an dem situativen Kontext und dem lediglich um Sympathie werbenden Gehalt des Schriftwerkes nichts. Hilft ein Außenstehender einem Mitglied bei seiner Betätigung, liegt darin Beihilfe, die er zu Gunsten der Vereinigung (als straflose Werbung) machen durfte. Die Handlung wird auch nicht dadurch, dass der „Katalysator“ Mitglied mitwirkt, von einer (für den Außenstehenden straflosen) „Werbung“ zur „Unterstützung“. Nur weil die für das Mitglied immer strafbare Sympathiewerbung möglicherweise die Kampfbereitschaft und den Verbund der Organisation stärkt, sind dies unvermeidbare Nebenfolgen eines für den Außenstehenden erlaubten Verhaltens.⁷¹ Dies kann entgegen der Auffassung des 3. Strafsenats angesichts dieser täterschaftlichen Komponente nicht strafbarkeitsbegründend wirken.

b) Eigene Lösung

aa) Die Strafbarkeit wegen Beihilfe zu mitgliedschaftlichen Beteiligungshandlungen wird nicht durch § 129a Abs. 5 S. 1 StGB verdrängt; sie ist vielmehr gegenüber dem täterschaftlichen Unterstützen vorrangig und wird in ihrer Reichweite zugleich durch den Tatbestand des täterschaftlichen „Werbens“ beschränkt. Der Gesetzgeber hat mit der Änderung 2002 nicht nur die umfassende Strafbarkeit eines „Werbens“ durch ein Nichtmitglied beschränkt, sondern die Strafbarkeit für die Sympathiewerbung von Außenstehenden insgesamt aufgegeben.

bb) Beihilfe durch Tat ist jede Handlung, die die Haupttat in ihrer konkreten Gestalt objektiv fördert oder ihren rechtsgutsverletzenden Erfolg vergrößert, ohne dass aber eine

die hohen Anforderungen an den Nachweis einer Unterstützung durch Propagandatätigkeit verweist.

⁷⁰ BGH NJW 1982, 2508; *Zöller* (Fn. 4), S. 530; *Rudolphi/Stein* (Fn. 10), § 129 Rn. 16a; *Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 129 Rn. 13; *Rebmann*, NStZ 1989, 97 (100), *Schäfer* (Fn. 40), 129 Rn. 89.

⁷¹ *Mansdörfer*, HRRS 2007, 366 (368).

Kausalität für die Haupttat erforderlich ist.⁷² Erschöpft sich die Tätigkeit des Außenstehenden in der Förderung der Werbung eines Mitglieds, sind auf den ersten Blick die Voraussetzungen einer strafbaren Beihilfe gegeben. Gleichwohl ist eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Betätigung abzulehnen:

Die Teilnahme zu täterschaftlichen Handlungen i.S.d. §§ 129a Abs. 1 bis 3 StGB ist im Lichte der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auszulegen, die der strafrechtlichen Sanktionierung verfassungsrechtliche Grenzen setzt. Unter Beachtung der Privilegierung bloßer Sympathiewerbung zu Gunsten von Außenstehenden kann nicht mehr jedes objektiv fördernde Verhalten des Außenstehenden den Vorwurf einer strafbaren Beihilfe begründen. Verhalten, das nicht nach § 129 Abs. 5 S. 2 StGB strafbar ist, wird es nicht dadurch, weil die im Kontext der Werbung stehende Tätigkeit zugleich auch eine Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung darstellt.

Dagegen könnte zwar eingewendet werden, dass bei Mitgliedern jegliche Tätigkeit immer mit Förderung und Stabilisierung verbunden ist – dementsprechend bliebe für das Mitglied auch die bloße Sympathiewerbung als mitgliedschaftliche Beteiligung strafbar. Dies bedeutet aber nicht, dass die §§ 129, 129a StGB die Meinungsfreiheit des Mitglieds einer terroristischen Vereinigung in verfassungswidriger Weise beschränken würden. Der Strafvorwurf an das Mitglied richtet sich allein gegen dessen Beteiligung an einer solchen terroristischen Organisation und nicht gegen die Kundgabe seiner Meinung. Auch dem Mitglied wäre grundsätzlich aus Art. 5 GG die Äußerung der Sympathie erlaubt, nicht aber die Tätigkeit zu Gunsten der Organisation und die damit verbundene Stärkung des Zusammenhalts, die gerade in der Erfüllung seiner, ihm durch die Organisation zugewiesenen Aufgabe liegt. Die Werbung des Mitglieds erhält also deshalb eine täterstrafrechtliche Komponente, weil das Werben in dieser Person als mitgliedschaftliche Beteiligung besonders geahndet wird. Dass damit zugleich auch die Kundgabe einer Meinung geahndet wird, ist lediglich mittelbarer Reflex. Das Mitglied der terroristischen Vereinigung kann deshalb in seiner Meinungsfreiheit beschränkt werden, wenn diese zugleich der Stärkung der Vereinigung dient. Insofern ist dem BGH zuzustimmen, dass der Gesetzgeber 2002 nicht generell die Straflosigkeit der Sympathiewerbung auch auf § 129a Abs. 1 StGB erweitern wollte.

Anders verhält es sich jedoch beim Außenstehenden, bei dem die Meinungsausübung gegen das Risiko, dadurch möglicherweise eine bestimmte Person zu begünstigen, abzuwegen ist. Allein wegen der bloßen Möglichkeit einer Beihilfe kann dieses Recht aus Art. 5 GG nicht zurücktreten. Deshalb muss auch die Straflosigkeit der Sympathiewerbung nach § 129a Abs. 5 S. 2 StGB die Reichweite der Beihilfehandlung nach §§ 129a Abs. 1, 27 StGB limitieren; der Gesetzgeber will es gerade hinnehmen, dass der Außenstehende bei Sympathiewerbung jeglicher Art straflos bleibt.

cc) Die kriminelle Vereinigung mag zwar ihre spezifische Gefährlichkeit aus ihrer entpersonalisierten organschaftlichen Struktur ziehen. Diese kann aber nicht quasi als Hintergrundstrafbarkeit wieder auflieben, wenn sich eine die propagandistische Werbung eines Mitglieds fördernde Handlung des Außenstehenden lediglich mittelbar zu Gunsten der Vereinigung auswirkt, weil dann – sogar aus der Perspektive der Vereinigung – nur Sympathiewerbung vorliegt. Der Nachweis, dass ebendiese Sympathiewerbung der Vereinigung einen objektiv nützlichen Effekt – etwa den Beitritt eines neuen Mitglieds – gebracht hat, ist für die Annahme eines täterschaftlichen Unterstützens zwingende Voraussetzung, stellt zugleich aber eine kaum überwindbare Hürde dar.

dd) Im Ergebnis schränken die Entscheidungen BGH, Beschl. v. 11.7.2014 – AK 14/13, 14/14 die Entscheidung BGHSt 51, 345 nicht nur ein, sondern nehmen sie zurück: Es ist kein Fall denkbar, bei dem ein Engagement für eine Vereinigung sich nicht auf ein Mitglied und der ihm obliegenden Aufgaben auswirkt. Sobald sich eine solche Person nachweisen lässt, infiziert die bloße Existenz dieser Person das an sich straflose Verhalten des Außenstehenden und wird zu strafbarem Unterstützen einer kriminellen Vereinigung, da allein die Nützlichkeit für das Mitglied den Nachweis über die Nützlichkeit für die Vereinigung entbehrlich machen soll. Für das Grundrecht auf Meinungsausübung bliebe schon deshalb kein Raum, weil der Außenstehende ständig damit rechnen müsste, dass ein solcher Bezug zu einem Mitglied hergestellt werden könnte. Strafbegründend wirkt aber nicht die Äußerung als solche, sondern erst die Person, die sich das propagandistische Werbematerial zunutze macht. Bezugs punkt ist dann nicht mehr die Vereinigung. Bzgl. dieser soll das Werben – entsprechend der Privilegierung in § 129a Abs. 5 S. 2 StGB – straflos bleiben, was durch das Konstrukt der „unterstützenden Werbung“ umgangen wird.

ee) Ungeachtet der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten kann die Beihilfestrafbarkeit auch nicht – wie in den strittigen Fällen sozialadäquaten Verhaltens – über den subjektiven Tatbestand auf Konstellationen beschränkt werden, bei denen der Gehilfe hinsichtlich des inkriminierten Erfolgs mit direktem Vorsatz handelt.⁷³ Der Problemkreis des sozialadäquaten Verhaltens betrifft Konstellationen, bei denen die an sich neutrale Handlung des Gehilfen im Hinblick auf einen konkreten Erfolg – der Haupttat des Täters – ausnahmsweise so gefährlich ist, dass er diese zu unterlassen hat. Hier verhält es sich aber gerade anders, weil die Handlung des Außenstehenden Täters zunächst zwar auch neutral sein kann, aber dann nicht durch die Handlung des Haupttäters besonders gefährlich wird, sondern schon durch den Bezug zu einer bestimmten Person – dem Mitglied – rechtswidrig wird: Gefördert wird durch das neutrale Verhalten des Außenstehenden die (womöglich) nicht eindeutig deliktische Handlung des Haupttäters, deren Unwertgehalt wiederum allein von dessen Position als Mitglied, nicht aber von dessen

⁷² BGH NStZ 2008, 284 m.w.N.; Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 27 Rn. 3.

⁷³ BGH, Beschl. v. 20.9.1999 – 5 StR 729/98 = wistra 1999, 459 = NStZ 2000, 34.

Handlungen abhängt.⁷⁴ Dementsprechend würde die Strafbarkeit des Nichtmitglieds nur von der Mitgliedschaft und damit einer nach außen nicht zwingend erkennbaren, möglicherweise sogar nur konkludent bewirkten Eigenschaft begründet. Der Außenstehende vermag zwar die Handlung des Haupttäters zu erkennen, nicht aber dessen strafrechtliche Relevanz. Die praktische Bedeutung strafloser Sympathiewerbung wäre abermals auf Null reduziert, da der Außenstehende stets damit rechnen müsste, über ein Mitglied die Vereinigung zu unterstützen.

Die Beschränkung der Werbung in § 129a Abs. 5 S. 2 StGB schlägt also auf die Auslegung der Beihilfehandlung durch, so dass der Außenstehende straflos bleibt; das Mitglied der terroristischen Vereinigung erbringt hingegen seinen persönlichen Tatbeitrag, welcher die Vereinigung fördert.

IV. Zusammenfassung und Schluss

Entgegen der einst in BGHSt 51, 345 bewiesenen Besonnenheit⁷⁵ ist der Bundesgerichtshof nun dem rechtspolitischen Wunsch erlegen, den terroristischen Aktivitäten Einhalt zu gebieten. Gerade das Strafrecht ist an rechtsstaatliche Grundprinzipien gebunden und darf bei seiner Anwendung nicht in ein verfassungswidriges Gesinnungsstrafrecht abgleiten. Die vom 3. Strafsenat in beiden Beschlüssen angenommene Strafbarkeit wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung erweist sich als fragwürdig, weil zwischen den Täterfolgen Beihilfe zur Betätigung eines Mitglieds und dem dadurch mitverursachten mittelbaren Unterstützen der Vereinigung zu unterscheiden ist. Ist das Handeln zu Gunsten der Vereinigung straflos, weil es straflose Sympathiewerbung ist, wird es nicht dadurch zu einem Unterstützen, weil es über ein Mitglied geleistet wird. Zwischen den Adressaten der „Unterstützung“ oder „Hilfeleistung“, also zwischen der Vereinigung einerseits und dem Mitglied andererseits, ist strikt zu trennen.

Die Wertung des Gesetzgebers, Sympathiewerbung straflos zu stellen, schlägt auf die Strafbarkeit des Mitglieds insoweit durch, als diese nicht wegen der Sympathiekundgabe als solcher, sondern allenfalls wegen der Erbringung eines geschuldeten Vereinigungsbeitrages bestraft wird. Der Außenstehende, der dazu Hilfe leistet, hat mangels Mitgliedschaft in eben dieser Vereinigung nicht die erforderliche Täterqualität. Daher verbleibt es beim Außenstehenden bei einer Beihilfe zu eben dieser mitgliedschaftlichen Betätigung. Nach der hier vertretenen Lösung bleibt der Außenstehende infolge einer einschränkenden Auslegung des § 27 StGB jedoch straflos.

Die Vereinigung wird durch den Außenstehenden aber auch nicht unterstützt, weil insoweit ein nach der Rechtsordnung zulässiger Erfolg herbeigeführt wird: Das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung beschränkt sich auf

Handlungen, die kein Werben darstellen, nicht unmittelbar zu Gunsten eines Mitglieds erfolgen und die zu einem messbaren Vorteil für die Vereinigung geführt haben.

Wiss. Mitarbeiterin Monika Werndl, Augsburg, Rechtsanwalt Andreas Lickleder, München

⁷⁴ Vgl. dazu grundlegend BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99 = BGHSt 46, 107; zur Erkennbarkeit einer terroristischen Haupttat vgl. z.B. BGH, Urt. v. 16.11.2006 – 3 StR 103/06 – NJW 2007, 384, „Motassedeq“.

⁷⁵ Mansdörfer, HRRS 2007, 366 (370).

B u c h r e z e n s i o n

Anne-Gwendolin Geismar, Der Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung bei der Ahndung von Wirtschaftsdelikten, Eine Untersuchung zu § 130 OWiG unter Berücksichtigung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts, Nomos Verlagsellschaft, Baden-Baden 2012, 191 S., €49,-

Der Tatbestand der Organisations- und Aufsichtspflichtverletzung des § 130 OWiG ist einer der Treiber der Criminal Compliance, dienen Compliance Management Systeme doch zu einem wesentlichen Teil auch dazu, Haftungsrisiken für Unternehmensleiter zu minimieren. Das von dieser Vorschrift ausgehende Haftungsrisiko ist enorm. Werden in einem Unternehmen unter Verletzung von betriebsbezogenen Pflichten Straftaten oder auch nur Ordnungswidrigkeiten begangen, reicht schon die leicht fahrlässige Außerachtlassung von Organisations- und Aufsichtsmaßnahmen aus, um eine Ahndbarkeit des Unternehmensleiters auszulösen, selbst wenn durch die Pflichtverletzung die Tatbegehung nicht verhindert, aber erschwert worden wäre. Zudem kann die Aufsichtspflichtverletzung selbst Anknüpfungstat für die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG sein. Die von Heribert Ostendorf betreute Kieler Dissertation von *Geismar* aus dem Jahr 2011 will unter rechtlichen und empirischen Gesichtspunkten die Bedeutung von § 130 OWiG für die Ahndung von Wirtschaftskriminalität untersuchen.

Nach einer kurzen Einleitung untersucht *Geismar* die Bedeutung des § 130 OWiG. Die *Verf.* sieht in § 130 OWiG eine Auffangnorm für den Fall, dass eine aus den allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungsvorschriften ableitbare Verantwortlichkeit, sei es aus der Rechtsfigur der Garantenstellung bei Unterlassungsdelikten oder der mittelbaren Täterschaft, nicht eingreift. Dabei geht die *Verf.* davon aus, dass § 130 OWiG subsidiär ist und nur dann Anwendung findet, wenn entweder die tatbestandlichen Voraussetzungen einer unmittelbaren strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht erfüllt sind oder Beweisschwierigkeiten bestehen.

Die Frage, welches Rechtsgut § 130 OWiG schützt, lässt *Geismar* offen. Sie stellt zwar die in der Literatur vertretenen Auffassungen dar, dass § 130 OWiG eine reine Zurechnungsnorm sei bzw. sie dem Schutz der Ordnung im Betrieb oder aber dem Schutz der durch die Anlasstat verletzten Rechtsgüter diene, hält dies jedoch für eine „nur dogmatische Frage“ und betont, dass die durch eine Befragung verschiedener Staatsanwaltschaften empirisch gewonnene Praktikersicht überwiegend die von den Anlasstaten geschützten Rechtsgüter als das von § 130 OWiG geschützte Rechtsgut ansieht.

Im dritten Kapitel stellt die *Verf.* die Tatbestandsvoraussetzungen des § 130 OWiG dar. Sie betont, dass im Falle von Kollegialorganen sich die Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder nach den ihnen konkret übertragenen Aufgaben bestimme. Eine Gesamtverantwortung außerhalb einer Kritensituation des Unternehmens lehnt *Geismar* ab. Die gleichen Grundsätze gelten ihrer Auffassung nach im Wesentlichen für die Abgrenzung der Verantwortlichkeit von Betriebsleitern zu Teilbetriebsleitern. Indifferent bleibt die *Verf.* bei der Untersuchung der Frage, ob die Konzernspitze Be-

triebsinhaber im Verhältnis zu einem konzernangehörigen Unternehmen sein kann. Als einen wesentlichen Gesichtspunkt arbeitet die *Verf.* heraus, dass zunächst einmal wesentlich sei, ob tatsächlich eine Leitungsmacht ausgeübt wird bzw. ausgeübt werden kann. Aufgrund der Verpflichtung der Konzernspitze zur Einrichtung eines Risikokontrollsystems nach § 91 Abs. 2 AktG meint *Geismar*, dass hierdurch eine Haftungsregelung in Konzernkonstellationen gefunden sei, aufgrund derer es des Umwegs über § 130 OWiG nicht bedürfe.

Die *Verf.* beklagt zu Recht, dass die Rechtsprechung bislang nicht herausgearbeitet hat, welche Organisations- und Aufsichtspflichten ein Unternehmensleiter tatsächlich zu erfüllen habe. Vielmehr erfolge lediglich ein Rückschluss von einer Zu widerhandlung auf eine (nicht) gehörige Aufsicht. Bedenklich sei in diesem Zusammenhang auch, dass es auch keinerlei empirische Daten gebe, anhand derer die gebotenen Aufsichtsmaßnahmen nachvollziehbar begründet werden könnten. Für die Praxis lasse sich dadurch lediglich ableiten, dass die Aufsichtspflichten anhand der konkreten Risikosituation des jeweiligen Unternehmens und seiner Tätigkeit bestimmt werden müssten.

Geismar nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung an, dass die Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers sich grundsätzlich nur auf Zu widerhandlungen von betriebsangehörigen Personen erstrecke. Eine Verantwortlichkeit für Zu widerhandlungen Dritter bestehe allenfalls dann, wenn Dritte mit der Wahrnehmung von Aufgaben für das Unternehmen betraut seien, sich dem Betriebsinhaber die Pflichtverletzungen des Dritten aufdrängten bzw. er hiervon Kenntnis sowie die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit habe, den Zu widerhandlungen entgegenzuwirken. Neben der Kausalität zwischen der unterlassenen Aufsichtsmaßnahme und der Anlasstat fordert *Geismar* auch das Vorliegen eines Zurechnungszusammenhangs. Ein solcher soll stets dann bestehen, wenn ein Auswahlverschulden vorliege und die ausgewählte Person die Zu widerhandlung begangen habe. Bei anderen Überwachungs- und Leitungsmaßnahmen sei erforderlich, dass die Zu widerhandlung gerade auf dem Gebiet unterlassen wurde, auf dem es zur Verwirklichung der Anlasstat gekommen sei. Notwendig soll es allerdings sein, dass eine gesteigerte Gefahr für die Verwirklichung der Anlasstat durch die Zu widerhandlung gegen Aufsichts- und Leitungspflichten konkret festgestellt werde, die bloße Möglichkeit derartiger Zu widerhandlungen reiche nicht. Soweit der Unternehmensinhaber bei der konkreten Ausgestaltung seiner Aufsichts- und Leitungsmaßnahmen sich im Bereich des erlaubten Risikos bewege, könne von einer Verletzung von Aufsichtspflichten nicht die Rede sein. Welchen Umfang gebotene Aufsichtsmaßnahmen haben, lasse sich jedoch nur aus einer Abwägung der möglichen Aufsichtsmaßnahmen mit der Wahrscheinlichkeit des Verstoßes gegen Straf- und Bußgeldnormen ermitteln.

Kurz angerissen wird dann noch die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 130 OWiG, gefolgt von „Gedanken zur Einführung einer Unternehmensstrafe“. Tiefergehende Ausführungen zu beiden Problemkreisen folgen jedoch nicht.

Den Abschluss bilden die Ergebnisse einer von der *Verf.* durchgeführten Befragung von Vertretern von Schwerpunktstaatsanwaltschaften und des Bundeskartellamts zu verschiedenen Thesen zur Aufsichtspflichtverletzung. Allerdings räumt *Geismar* selbst ein, dass die Vorschrift des § 130 OWiG in der staatsanwaltlichen Praxis keine große Bedeutung spielt, so dass die erhobenen Antworten auf die Thesen in vielen Fällen eher die persönliche Einschätzung der Befragten darstellten als dass sie ein wirklich belastbares Bild zeichnen.

Insgesamt gibt die Dissertation allenfalls einen kurSORischen Überblick über den Tatbestand des § 130 OWiG. Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit den Tatbestandsvoraussetzungen und den Problemfeldern der Norm findet nicht statt. Auch das Kartellordnungswidrigkeitenrecht – obgleich prominent im Titel platziert – spielt in der Dissertation keine nennenswerte Rolle, was umso überraschender ist, als es gerade in diesem Rechtsbereich eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen gibt, die eine intensive Untersuchung ermöglicht hätten. Interessant ist der Versuch, empirische Daten zu gewinnen. Da allerdings die Staatsanwaltschaften nur ausnahmsweise zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufen sind, war der Ansatz, Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafaten zu befragen, etwas zu kurz gegriffen. Gleichwohl: das Thema bietet viele Ansatzpunkte für die weitere Forschung.

Dr. Christian Pelz, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht, München

B u c h r e z e n s i o n

Jörg Eisele, Compliance und Datenschutzstrafrecht, Strafrechtliche Grenzen der Arbeitnehmerüberwachung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, 116 S., €29,-

Die Enthüllungen des US-Whistleblowers Edward Snowden in der „NSA-Affäre“ machten nachhaltig deutlich, auf welchen brüchigen Fundamenten der Datenschutz in modernen Zeiten steht. Die Fortschritte der IT-Technologie haben dazu geführt, dass den fast grenzenlosen Möglichkeiten der Kommunikation ein ebenso fast grenzenloses Überwachungsinstrumentarium gegenüber steht. Dieses spannungsgeladene Verhältnis beschränkt sich dabei nicht allein auf die Beziehungen zwischen den staatlichen Behörden einerseits und den Grundrechtsträgern andererseits, sondern zeigt sich ebenso im wirtschaftlichen Alltag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Man denke an die öffentlichkeitswirksamen Fälle in der jüngeren Vergangenheit: Überwachung des E-Mail-Verkehrs bei der Deutschen Bahn (Logfile-Filterung), Videoüberwachung der Arbeitnehmer beim Lebensmittel-discounter Lidl durch externe Sicherheitsunternehmen oder Datenscreening und -abgleich bei der Deutschen Telekom (Telekommunikationsverbindungen, Bankdaten und Bewegungsprofile von Aufsichtsräten, Mitarbeitern und Journalisten).

Aus sanktionsrechtlicher Sicht werden Verstöße gegen das Datenschutzrecht häufig mit Geldbußen belegt, also einem Mittel des Ordnungswidrigkeitenrechts. Millionschwere Zahlungen wie bei Lidl oder der Deutschen Bahn bilden dabei in der Praxis eher die Ausnahme. Noch seltener begegnet man Kriminalstrafen wie im Fall der Deutschen Telekom, wo der verantwortliche Leiter der Konzernsicherheit gemäß § 206 StGB zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt wurde.¹ Dieser Tendenz entspricht es auch, dass sich die strafrechtswissenschaftliche Literatur bisher auf datenschutzrechtliche Tatbestände aus dem Bereich der Ordnungswidrigkeiten (§§ 43 BDSG², 149 TKG, 16 TMG) konzentriert hat, während Vorschriften des Strafgesetzbuches eher peripher behandelt wurden. Diese Lücke wird durch die verdienstvolle Untersuchung von *Eisele* über die „strafrechtlichen Grenzen der Arbeitnehmerüberwachung“ geschlossen.

Ausgehend von der Prämissen, dass „Überwachungsmaßnahmen nicht nur in Rechte von Arbeitnehmern greifen, sondern zugleich auch schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers dienen können“, betont der *Autor* am Anfang die Bedeutung der betreffenden Strafvorschriften für die „Compliance“, die er – im Einklang mit dem Gesetzgeber³ – als „Einhaltung aller relevanten Gesetze, Verordnungen, Richtli-

nien und Selbstverpflichtungen durch ein Unternehmen als Ganzes“ versteht (S. 13). Im Einzelnen untersucht *Eisele* anhand der jeweils einschlägigen Regelungen der §§ 201 ff. StGB die praxisrelevanten Aspekte der Überwachung des Telefon-, des Brief- und des E-Mail-Verkehrs, der Ausforschung gespeicherter Daten sowie der Bildaufnahmen. Dabei geht er nach klassischem Muster vor, indem er einzelne Tatbestandsmerkmale sowie Fragen der Rechtswidrigkeit nacheinander darlegt und unter gründlicher Auswertung der Literatur und Rechtsprechung auch eigene Ansätze entwickelt. Im Rahmen des § 201 StGB (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) vertritt er beispielsweise entgegen der herrschenden Ansicht die Auffassung, dass das Mithören von Telefongesprächen durch Zweithörer, Lautsprecher etc. nicht per se außerhalb des Schutzbereichs der Norm liege, sondern nur dann von einem Tatbestandsausschluss ausgegangen werden könnte, „wenn das gesprochene Wort zur Kenntnis des Abhörenden bestimmt ist, was regelmäßig nicht die bloße Kenntnis vom Mithören, sondern ein Einverständnis des Beschäftigten im Sinne einer Zustimmung voraussetzt“ (S. 21). Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um ein Dienst- oder Privatgespräch handele und ob Letzteres überhaupt erlaubt sei.

In der Frage der Überwachung des E-Mail-Verkehrs und der Ausforschung anderer Computer- und Internetdaten weist *Eisele* auf die umfänglichen Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers auf diesem Gebiet hin (S. 26 f.) und arbeitet zunächst den Begriff der Telekommunikation – auch in Abgrenzung zu Telemediendiensten – heraus. Anschließend widmet er sich einer der Hauptproblematiken der Verletzung des Fernmeldegeheimnisses, nämlich dem Unternehmensbegriff bei § 206 StGB: Ist ein Unternehmen, das keine typischen Telekommunikationsdienste anbietet, gleichwohl Adressat der Norm, wenn es über ein internes Telekommunikationssystem verfügt und dieses für seine Mitarbeiter auch zur privaten Nutzung zur Verfügung stellt? Hier positioniert sich der *Autor* ebenfalls gegen die herrschende Meinung und verneint die Anwendbarkeit des § 206 StGB auf Sachverhalte der Privatnutzung durch Arbeitnehmer (S. 31 f.). Auch wenn dadurch angesichts des § 303a StGB („Unterdrücken“) keine gravierende Strafbarkeitslücke entsteht, dürfte der entgegengesetzten Ansicht zu folgen sein, da die zulässige private Kommunikation des Arbeitnehmers, die über den Arbeitsplatz erfolgt, grundsätzlich nicht minder schutzbedürftig ist, wie *Eisele* selbst einräumt. Schließlich werden mögliche Rechtfertigungsgründe nach §§ 88 Abs. 3, 91 ff. TKG, 11 ff. TMG sowie nach den allgemeinen Grundsätzen der (mutmaßlichen) Einwilligung umfassend gewürdigt (S. 44 ff.); spätestens in diesem Kontext wird deutlich, dass das Verhältnis zwischen dem Datenschutz- und Telekommunikationsrecht einerseits und dem Strafrecht andererseits noch wenig geklärt und eine aufeinander bezogene Beschäftigung mit beiden Komplexen unumgänglich ist.

Beim Ausspähen von Daten nach § 202a StGB setzt sich *Eisele* ausführlich mit der Verfügungsbefugnis über Daten und der Zugangsverschaffung unter Überwindung der besonderen Sicherung (z.B. Passwort) auseinander (S. 52 ff.). Unter Compliance-Aspekten ist hier von besonderer Bedeutung, dass sich der Arbeitgeber im Bereich der dienstlichen

¹ LG Bonn, Urt. v. 30.11.2010 – 23 KLs 10/10.

² Eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 BDSG kann zu einer Straftat nach § 44 BDSG hochgestuft werden, wenn der Täter eine in § 43 Abs. 2 BDSG bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht begeht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, dazu S. 102 ff.

³ BT-Drs. 17/4230, S. 18.

Kommunikation den Zugriff auf die Passwörter vorbehalten sollte, um sich keinem strafrechtlichen Risiko auszusetzen (S. 55). Ähnliche Probleme kommen auch bei § 303a StGB (Datenveränderung) vor; diesbezüglich schildert der *Autor*, unter welchen Umständen eine Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers bei Datenspeicherungen und E-Mails angenommen werden kann (S. 64 ff.). Im Rahmen der Videoüberwachung von Arbeitnehmern gewinnt aus strafrechtlicher Sicht die Regelung des § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen) an Bedeutung; doch ebenfalls von Relevanz ist die datenschutzrechtliche Norm des § 6b BDSG (Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen), deren Nicht-Beachtung eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 BDSG begründet (S. 72 ff.).

Nach der Darstellung der jeweiligen Straftatbestände widmet *Eisele* den Einzelfragen der Rechtfertigung ein gesondertes Kapitel (S. 76 ff.). Angesichts des wenig geklärten Verhältnisses zwischen dem Datenschutzrecht und dem Strafrecht ist dieser Teil der Untersuchung ein äußerst verdienstvoller. Zu Beginn spricht sich der *Autor* grundsätzlich gegen die Anwendbarkeit der §§ 32, 34 StGB aus, wenn das BDSG hinsichtlich des konkreten Falles eine abschließende, vorrangige Regelung getroffen haben sollte, da diese nicht unterlaufen werden dürfe (S. 76). Anschließend setzt er sich mit den Vorschriften des BDSG auseinander und diskutiert, inwiefern diese als Rechtfertigungsgründe innerhalb des StGB herangezogen werden können. In diesem Kontext kommt der 2009 geschaffenen Regelung des § 32 BDSG (Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses) eine hervorgehobene Bedeutung zu (S. 78 ff.). Besonders instruktiv sind *Eiseles* ausführliche Stellungnahmen zu gesetzgeberischen Vorschlägen zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes⁴ (S. 81 ff.). Es bleibt abzuwarten, ob und in welcher Form der durch Ablauf der Legislaturperiode gegenstandslos gewordene Entwurf in der 18. Legislaturperiode wieder eingebbracht wird.⁵ Schlussendlich beschäftigt sich der *Autor* mit den einzelnen Anforde-

rungen an eine wirksame Einwilligung des Arbeitnehmers in die Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers (S. 89 ff.).

Die Untersuchung schließt mit der Analyse der gewonnenen Einzelergebnisse und den daraus zu entnehmenden Folgerungen (S. 96 ff.). Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um nicht zuletzt in verunsicherten Zeiten der „NSA-Affäre“ vorherzusagen, dass die Bedeutung sanktionsrechtlicher und in diesem Zusammenhang auch strafrechtlicher Dimensionen des Datenschutzes stark steigen wird. *Eisele* hat mit seinem Werk eine Grundlagenarbeit vorgelegt, die einen vogelperspektivischen Blick auf die strafbare Arbeitnehmerüberwachung ermöglicht und sicherlich als Ausgangspunkt weiterer Abhandlungen dienen wird.

Privatdozent Jun.-Prof. Dr. Osman Isfen, Bochum

⁴ BT-Drs. 17/4230.

⁵ Im Koalitionsvertrag kommt jedenfalls ein diesbezüglicher Wille explizit zum Ausdruck: „Die Verhandlungen zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung verfolgen wir mit dem Ziel, unser nationales Datenschutzniveau – auch bei der grenzüberschreitenden Datenverarbeitung – zu erhalten und über das Europäische Niveau hinausgehende Standards zu ermöglichen. Sollte mit einem Abschluss der Verhandlungen über die Europäische Datenschutzgrundverordnung nicht in angemessener Zeit gerechnet werden können, wollen wir hiernach eine nationale Regelung zum Beschäftigtendatenschutz schaffen“ (Nr. 2.2 „Gute Arbeit – Modernes Arbeitsrecht“ unter „Beschäftigtendatenschutz gesetzlich regeln“). Die Bemühungen um den Erlass der dort erwähnten Europäischen Datenschutzgrundverordnung waren übrigens bisher erfolglos; jüngst hat der Rat der Europäischen Union auf seiner Tagung am 10.10.2014 eine partielle allgemeine Ausrichtung zur Datenschutzgrundversorgung angenommen.

Report on the 6th Summer School of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice

By Dr. Sosteness Materu, LL.M. (UWC), Dar es Salaam, Fatuma Mninde-Silungwe, LL.M. (UWC), Berlin/Cape Town, Marshet Tadesse Tessema, LL.M. (UWC), Berlin/Cape Town*

From 23.6.-11.7.2014, the 6th Summer School of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice was held at Humboldt-Universität zu Berlin. The South African-German Centre for Transnational Criminal Justice (hereafter ‘Centre’) is one of six so-called Centres of Excellence established in Africa with the support of the German Academic Exchange Service (DAAD) and funding from the Federal Foreign Office of Germany.¹ The Centre is a result of a seasoned cooperation between the University of the Western Cape, Cape Town, South Africa, and Humboldt-Universität zu Berlin, Germany. It is hosted by the Law Faculty of the University of the Western Cape,² and offers an LL.M. and Ph.D. programme in Transnational Criminal Justice for students from different parts of the world, but mainly from Africa.³ Within a short period of time the Centre has successfully produced over 80 LL.M. and four Doctoral graduates. As part of the Centre’s programme, a summer school is held every year at Humboldt-Universität zu Berlin. The summer school provides an opportunity for the students of the Centre to meet experts in the field of their studies and to attend lectures, talks and presentations held by acclaimed practitioners, academics, representatives of different organizations and many others.

The summer school was opened by Prof. Gerhard Werle and Prof. Jan-Hendrik Olbertz (President of Humboldt-Universität zu Berlin) on 23.6.2014. Welcoming speeches were held by Ulrich Grothus, Deputy Secretary General of DAAD and H.E. Reverend Dr. Makhenkesi Stofile, the Ambassador of South Africa to Germany. The Ambassador welcomed the participants and expressed his government’s satisfaction with the fruitful cooperation between the two universities, and commended the contribution the Centre is making to ensure good governance in Africa. He urged the African students to impart the knowledge they acquire and also make use of it to

help solving the problems their respective countries are facing in the criminal justice arena.

The keynote speech was delivered by Judge Sanji Mmase-nono Monageng, First Vice-President of the International Criminal Court (ICC). But before the keynote speaker delivered her lecture, Prof. Werle put it into context. He started by stating that “there was once a marriage and honeymoon between the ICC and the African states.” To explain this, he noted that African countries actively participated and played a key role in the establishment of the Court, and that Africa forms the largest regional bloc currently represented in the ICC’s Assembly of States Parties (ASP).⁴ He indicated, however, that while the relationship between the Court and Africa started so promisingly, it seems now that the “honeymoon” is over and the marriage itself is highly overwrought, although the current controversy has not yet resulted in an absolute divorce of the marriage. By this metaphor, Prof. Werle was making reference to the current hostile stand that the African states (through the African Union) have adopted towards the ICC. The keynote speaker was, therefore, invited to speak on this vexing issue. Her lecture was entitled “Africa and the International Criminal Court – Present Situation and the Future Development”.

She started off by indicating that the establishment of the Court is “a gift of hope to the future generations, and a giant step forward in the march towards universal human rights and the rule of law”.⁵ She then underscored the fact that at the outset an overwhelming number of African states supported the ICC. Africa being the largest regional bloc represented in the ICC system was instrumental in the coming into force of the court by ratifying the Rome Statute at the earliest stage. The first and the most recent countries to ratify the Rome Statute were African countries, namely Senegal and Ivory Coast, respectively.

However, she regretted that as the time went by the support of the African countries started dwindling. She noted that following the indictment of the Sudanese President, Al-Bashir, and later with the issuance of summonses against Kenya’s President Kenyatta and Deputy President Ruto (who, notably, were not holding their current positions at the time the summonses were issued), the promising relationship between the Court and many African countries started to suddenly deteriorate. The judge stated that all of the situations

* Dr. Sosteness Materu, LL.M. (UWC) is a lecturer at the University of Dar es Salaam, Tanzania, and Researcher at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice. Fatuma Mninde-Silungwe, LL.M. (UWC) and Marshet Tadesse Tessema, LL.M. (UWC) are both Ph.D. candidates and researchers at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice.

¹ See Makoni, AFRICA, Centres of excellence develop future leaders

(<http://www.universityworldnews.com/article.php?story=20110211211807593> [21.10.2014]).

² For more details about the Centre:

<http://www.transcrim.org>.

³ The Centre is directed by Prof. Gerhard Werle (Humboldt Universität zu Berlin) and Prof. Lovell Fernandez (University of the Western Cape); it is coordinated by Dr. Moritz Vormbaum.

⁴ 34 out of the 54 African countries are States Parties to the Rome Statute. 23 % of the States Parties to the ICC are from Africa. The first country to refer its own situation to the ICC is from Africa. And also the first country to ratify the founding document of the Court is also from the same continent.

⁵ A quote from a statement by Kofi Annan, former Secretary-General of the United Nations, at the opening of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, New York, 16.2.1999.

before the Court thus far are from Africa, but the majority of these situations were voluntarily referred to the Court by the concerned States Parties themselves. Therefore, she argued, the criticisms against the Court and the attempt to politicize the Court are based on a misunderstanding of the Court's legal foundation or regime which was created by the States Parties themselves, not by the Court. As regards the situations which were referred to the Court by the United Nations Security Council (UNSC), she pointed out that such referrals were made on the basis of the legal framework that the ASP has legislated. She first stated clearly that it was the ASP that gave the UNSC (a political organ) the power to activate the jurisdiction of the Court over states such as Libya and Sudan as well, which are not parties to the Rome Statute.⁶ In addition, she argued that the criticism of bias that has been leveled against the Court does not refer to an inherent problem of the Court, but rather of the UNSC. The AU and other African countries, she further stated, are blaming the Court for the problems of the UNSC and, therefore, for problems that the Court could not rectify. Hence, in her view, it is fallacious and legally unsound to blame the Court for not exercising jurisdiction over, for example, the ongoing Syrian crisis, in which, in fact, the UNSC failed to adopt a resolution that would have referred the situation to the Court. She admitted, however, the fact that all the cases currently before the Court are from Africa, but noted that criticizing the Court for doing what it was created for and is supposed to do is unfounded. Judge *Monageng* added that Africa and most importantly the ordinary Africans need the Court, for it plays a significant role in ensuring human rights protection. For her, the Court is a unique mechanism for the victims to air their voices by way of participation in the Court's proceedings, indicating that so far about 7,000 victims have been participating in the proceeding of the Court. Trying to politicize the Court and attempting to divert it from its main judicial function, she said, is not only inappropriate, but it is tantamount to ignoring the victims' cry for justice. In conclusion, she stated that given the relevance of the ICC to the majority of Africans, there is a need to mend the deteriorating relationship between Africa and the Court. She opined that this can only be achieved if a constructive dialogue is carried out, and that the African States Parties to the Court have a special role to play in this regard. She insisted that opening a Court liaison office at the Headquarters of the AU in Addis Ababa, Ethiopia, is one of the ways which could help to repair the souring relationship between the AU and the Court, despite the fact the AU has so far rejected the idea.

In the afternoon of the same day, Prof. *David Scheffer* (Northwestern University, Chicago, USA) gave an intriguing presentation on where the United States of America stands in its relationship with the Court. He himself led the US delegation in the negotiation process at the Rome Conference leading to the establishment of the Court and, therefore, gave the participants enlightening first-hand information about the role that his country played in that process and since the inception of the Court. He stated that although the USA played a signif-

icant role in the negotiation and creation of the ICC, it was not satisfied with some of the provisions which were proposed and adopted in the legal framework of the Court; hence, it voted against the adoption of the Statute and has not ratified it yet.⁷ However, he refuted any thinking that the USA was opposed to the creation of an independent international criminal court noting that the only debate or issue which became of concern to the USA was the kind of a court the ICC should be, particularly in terms of the legal framework on which it would operate. Explaining further why the USA failed to join the ICC, he stated that Washington wanted first to see how the Court operates before accepting the applicability of the Statute to US citizens. *Scheffer* refuted the narrative that the USA signed and then "unsigned" the Rome Statute, arguing passionately that the signature "is still there". He argued that what happened was not "unsigning" per se, but rather that the Bush administration "suspended its obligations" as a signatory state and that the suspension was later ended by the subsequent administration. His argument notwithstanding, some of the participants were of the opinion that what the USA did is practically tantamount to "unsigning" of the Statute.

Moreover *Scheffer* claimed that the USA "is a de facto State Party" of the ICC. In support of this claim, he outlined a number of reasons as to why he believes that this is the state of affairs, including that:

- (1) there are now "positive statements" by the Obama administration about the Court;⁸
- (2) the USA has been actively participating in all ASP meetings, including the recent Kampala Review Conference;
- (3) the USA also supported referrals of different situations by the UNSC to the ICC;⁹
- (4) the USA has availed its military and intelligence in the ongoing efforts to track and capture Joseph Kony and other leaders of the Lord's Resistance Army in respect of whom there are pending arrest warrants by the ICC;
- (5) the USA, being a permanent member of the UNSC, did not support deferral requests in respect of the Kenya and Sudan situations; and
- (6) more importantly, the USA has recently surrendered Bosco Ntaganda to the Court from its embassy in Kigali.

During the discussion round, some participants claimed that the USA has been protecting its citizens from facing the Court by using different mechanisms like "The Hague Inva-

⁷ The power entrusted on the Office of the Prosecutor (OTP) is one of the areas the USA opposed.

⁸ Interestingly, he stated that the USA administration under Bush used to be very reluctant to mention the ICC in their official documents and public speeches but under Obama it has relatively changed.

⁹ In the referrals of the Libyan and Sudan situations USA made affirmative votes for the referrals.

⁶ See Art. 12 of the Rome Statute.

sion Clause”¹⁰ and bilateral agreements it has signed with many countries to shield US citizens from the reach of the Court. Therefore, some participants were of the view that the USA is preaching water and drinking wine, and for that reason, it is a misnomer to regard her as a ‘friend’ of the Court. When asked to prophesy as to when the USA will ratify the ICC Statute, Prof. Scheffer replied that ratifying the Statute does not seem to be a priority for the USA in the foreseeable future, given that there are many other conventions that the country has not ratified or acceded to.¹¹ However, he said that his country will probably ratify the Rome Statute “within the coming 15 to 20 years”.

Prof. Christian Waldhoff, Dean of the Law Faculty of Humboldt-Universität zu Berlin, opened the second day of the summer school. He expressed his warm welcome to the participants and introduced the guest-speaker Prof. Shizhou Wang (Peking University, China). Wang delivered an insightful presentation on how China is trying to fight the disastrous “cancer of corruption”. He started his presentation titled “The Fight of Corruption in China” by unraveling the structure of criminal law and the anti-corruption system in China. He spoke on the various forms of corruption under the China’s legal framework. He outlined the notion of “corruption below the guilty line”, also known as moral corruption. This is a form of corruption peculiar to China’s criminal law. He stated that this unique form of corruption has been mocked and highly criticized by different actors. Prof. Wang concluded his presentation by highlighting high profile corruption cases before Chinese courts in which several senior officials are being prosecuted.

Prof. Sam Rugege, Chief Justice of the Supreme Court of Rwanda, delivered a sagacious presentation on the topic “Prosecution of International Crimes by Domestic Courts – the Rwandan Experience”. He commenced by unraveling the episodes of mass killings that Rwanda has experienced since the 1950s, thereby painting a clear picture that there had been cycles of mass massacres in Rwanda even prior to the 1994 genocide. He stated that the divide-and-rule approach of the Belgian colonizer was the root cause of the atrocities which ensued in Rwanda, including the 1994 genocide against the Tutsi. He illuminated on how the post-genocide Rwanda arrived at the road map it took in confronting its past. He rightly stated that the United Nations Ad hoc Tribunal for Rwanda (ICTR), created by the UNSC to deal with the most responsible perpetrators of the genocide in Rwanda, could deal with only a handful of perpetrators, a fact which inevitably necessitated the development of domestic mechanisms to deal with the remaining huge number of perpetrators. Taking into account the peculiar constraints of Rwanda in the aftermath of the genocide, gacaca courts, being quasi-judicial organs, were employed to deal with the genocide and to start the process of healing the wounds inflicted upon Rwandans

by fellow Rwandans. He outlined that in Rwanda, via the approaches adopted to deal with the genocide, reconciliation and criminal accountability has been achieved to some extent, and that the country is moving forward from the horrific past. He also commented passionately on the recent “unpleasant” trend in the judgments of the ICTR’s Appeals Chamber, which has raised eyebrows not only in Rwanda but also internationally amongst scholars. He noted that there are many standards that have been set by important decisions of the ICTR which have been applauded for having contributed tremendously to the international criminal justice jurisprudence regarding the crime of genocide. He noted, however, that recently there has been “a change of course” – a reversal of the previous reasoning – by the Appeals Chamber which has now adopted a different standard that has resulted in letting the persons accused for having committed the genocide go scot-free or get unjustifiably reduced sentences. He referred to this trend as “back-peddling” by the Appeals Chamber, and accordingly, in his view, it not only undermines the contribution the Court has made so far, but also is disturbing for the victims and international community. He insisted that it is worth investigating as to why the Appeals Chamber would make such a move – (almost a U-turn) 15 years after developing a stable jurisprudence, and more so at the time the Tribunal is finalizing its work.¹²

Another insightful talk was given by Prof. Ademola Abass (Professor at the United Nations University, Bruges, Belgium) who delivered a mind-boggling lecture on the topic “A Regional Criminal Court for Africa?”¹³ His talk focused on the ongoing efforts of the African Union to create an “African Criminal Court Division” within the African Court of Human and Peoples Rights. He stated that the idea of establishing an African regional criminal court is not new as it was conceived for the first time already in the 1970s, although it did not materialize. As he further explained, the idea then was that a court of that nature was needed to prosecute the crime of apartheid in South Africa, given that the conduct was already criminalized and declared as a crime against humanity by the United Nations.¹⁴ As to what has rejuvenat-

¹² Allegations are made specifically against Judge Theodor Meron, President of the Appeals Chamber, for having unjustifiably influenced the change of course in bad faith. See Wallis, Al Jazeera of 18.4.2014 (<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/04/international-justice-rwanda-u-2014417153532217202.html> [21.10.2014]); Musoni, New Times Rwanda of 20.6.2013 (<http://allafrica.com/stories/201306200232.html> [21.10.2014]); Bideri, New Times Rwanda of 14.5.2014 (<http://allafrica.com/stories/201405140618.html> [21.10.2014]); Gallimore, New Times Rwanda of 8.4.2014 (<http://allafrica.com/stories/201404080280.html> [21.10.2014]).

¹³ See his article related to the topic, Abass, Netherlands International Law Review 60 (2013), 27.

¹⁴ See International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid = G.A. res. 3068 (XXVIII), 28 U.N. GAOR Supp. (No. 30) at 75, U.N. Doc.

¹⁰ This is the name given to the American Service Members Protection Act of 2002.

¹¹ He cited, for example, the Genocide Convention and others which took very long for the USA to ratify despite being less contentious than the ICC Statute.

ed the idea recently, he noted that perhaps it is because of the grievances that the AU and other African countries have towards the ICC following the issuance of warrants of arrest against President Al-Bashir of Sudan as well as the refusal by the UNSC to defer the Sudan and Kenya situations.

Abass stated that there is no legal barrier or any prohibition whatsoever for establishing a regional criminal court in Africa or in another region. But he raised his serious doubts on the motive of the recent move by the AU on this issue. First, he noted that there would not be a possibility of prosecuting African heads of state and government in the envisioned African Criminal Division even if they committed crimes within the jurisdiction of the court. In fact, he noted, indictment of such leaders is the very aspect against which the AU leaders are fighting in relation to the ICC. Second, he also raised his concern on the list of crimes included in the draft protocol for the proposed division. He referred to the list as a “laundry basket”, among other things, to allude to the high number and the mishmash of crimes over which the envisioned division will prosecute. Commenting further on the proposed Protocol for the African Criminal Division, *Abass* doubted it would ever be approved by the African heads of state meeting in Malabo. He added that even if the protocol was approved,¹⁵ he was almost certain that it would never become operational for different reasons, the main one being that corruption, which in the African context is first and foremost a “leadership crime”, would not be prosecuted before the division. He also commented on the way the UNSC has handled the deferral requests of the AU and other African states on which he stated that it could have been dealt with in a better way, so as to avoid the AU’s blame that the concerns raised by Africa are not being taken seriously.

Prof. *Najma Moosa*, former Dean of the Law Faculty of University of the Western Cape, spoke on “Bridging the Gulf between Competing Perspectives on Abortion in South Africa”. She enlightened the participants on the issue of right of unborn child vis-a-vis how abortion is treated under the laws of several states. While talking about decriminalization of abortion in some countries, including South Africa, she pointed out the health of the mother and socio-economic factors as one of the reasons which necessitated decriminalization of abortion. Further, she stated that there are some religions which are strongly against the idea of decriminalization of abortion. To bridge the competing interests at stake in relation to the idea of decriminalization of abortion, the laws have to refrain from allowing unrestrained abortion. She concluded her presentation by emphasizing on the need to put in place measures for effective implementation of the law on abortion.

Prof. *Bernard Martin* (Dean of the Law Faculty of the University of the Western Cape, Cape Town, South Africa) through his topic “The Framework of Agreements for the

A/9030 (1974), 1015 U.N.T.S. 243, entered into force 18.7.1976.

¹⁵ The Protocol was approved during the 23rd Ordinary Session of the Assembly of the AU Summit which was held from 20.-27.6.2014 in Malabo, Equatorial Guinea.

Prosecution of Intellectual Property Infringements” provided a novel perspective of dealing with intellectual property infringements. He considered prospects of applying criminal law in the area of intellectual property and took a historical approach by analyzing the criminal sanctions provided under several treaties on intellectual property rights, including the Paris Convention¹⁶, the Bern Convention¹⁷, the Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights, and the Anti-Counterfeiting Trade Agreement. Prof. *Martin* enlightened the participants on the notion of parallel importation. He outlined how difficult it is to effectively protect the “brain child of individuals” in this digital era where dynamic and constantly changing means of violating intellectual property rights are easily available. His presentation was eye opening on the possibility of applying criminal sanctions as a means to protect intellectual property rights.

Dr. *Chantal Meloni* (University of Milan, Italy) gave a lecture on “Targeted Killings under International Law”. This lecture could not have been more topical, given that it touched on the very important and controversial area of contemporary international law, namely the modern responses to terrorism and asymmetric warfare. She stated that few states have already adopted policies on targeted killings in international law, although these killings per se are not yet a legal concept. She unpacked the notion of targeted killings by identifying its common elements, which include the deliberate and intentional use of force by governments against specified individuals who are identified in advance and who are not under detention of that government. She pointed out that targeted killings can be analyzed by using different lenses: international criminal law, international human rights law, or international humanitarian law. She emphasized the fact that under human rights law, targeted killings could be viewed as a violation of the right to life, but it is unclear whether, for example, such killings would amount to war crimes under humanitarian law. Further, she identified some problems relating to targeted killings operations, especially in relation to so-called “war on terror”, such as (i) the lack of transparency in such operations; and (ii) the challenge of differentiating civilians from combatants. She indicated that one common method for conducting the targeted killings is through the use of drones (unmanned aircrafts), and that although in a positive sense, drones offer a military advantage – as they are cheaper and do not put life of the military at risk –, they have made it easier for states to kill without accountability. Put differently, she viewed a “playstation-like mentality” as one of the biggest repercussions of the use of drones.

Moreover, *Meloni* distinguished targeted killings carried out as a method of law enforcement, e.g. by the police at the domestic level of a state, and those carried out as a method of conducting hostilities. She said it is not always possible to distinguish between the two situations. She argued that there are different rules for these two regimes in that, on the one

¹⁶ The Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883.

¹⁷ The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886.

hand, targeted killings as a method of law enforcement requires that states protect the right to life, whereas on the other hand, targeted killings as an integral part of hostilities requires observance of principles of international humanitarian law, such as proportionality, distinction and necessity. However, she argued that it is difficult to apply the classic rules of international humanitarian law in contemporary asymmetric conflicts. There are conflicting obligations of states namely protecting citizens and respecting individual's right to life. She concluded by putting down some questions, *inter alia*, on how to differentiate civilians from combatants in asymmetric warfare. Similar questions have also been raised in the Report of the United Nation's Special Rapporteur on extra-judicial, summary or arbitrary executions of 2010.¹⁸

Advocate Wolfgang Kaleck, Founder and General Secretary of the European Centre for Constitutional and Human Rights (ECCHR, Berlin, Germany),¹⁹ gave a lecture entitled "Torture of Iraqi Detainees by the British Military before the International Criminal Court". He brought in the practitioner's perspectives to international criminal law as he narrated the process that the ECCHR has taken in order to push for accountability for torture allegedly committed by the British Military in Iraq. He provided the historical background to the case against the UK military by referring to the fact that in 2006, the ICC's Prosecutor concluded the first review on the matter. At that stage, he explained, the OTP decided not to initiate any investigation on the basis of a quantitative criterion since the number of victims was less than 20, so in the view of the OTP the cases did not meet the gravity test under the ICC Statute. He further highlighted how the ECCHR and other partners worked to compile information that was later submitted to the ICC on the basis of which the ICC was called upon to open an investigation into the situation in Iraq.²⁰ In their view, the situation in Iraq could satisfy the admissibility criteria under Art. 17 of the ICC Statute. In particular, he stated that although there have been efforts at the domestic level in the UK to address accountability for torture, this has been limited only to lower-level officials. Accordingly, he said that the ECCHR is pushing for command responsibility to be used as a basis for holding accountable senior officials in the British Army and in the British Government. The positive report emerging from these efforts is that after the ECCHR presented their request to the prosecutor, the OTP decided to open a preliminary investigation

into the situation.²¹ His prognosis in this situation is that the OTP must put resources in order to have deeper investigations into the matter. In addition, in his view, this might act as a way of entrenching positive complementarity by 'forcing' the British Government to expand the scope of its investigation, given that it will want to avoid the ICC jurisdiction. This lecture demonstrated vividly the significant role which non-state actors could play in pushing for accountability for international crimes.

Prof. Lawrence Douglas (Amherst College, USA) engaged the participants in his lecture given in the context of "Kosmos Dialog" at Humboldt-Universität zu Berlin.²² The topic of the dialogue was "The Wages of Legitimacy: Trials before Military Commission at Guantanamo Bay". He explained the processes of providing justice in US military commissions for persons accused of committing certain terrorist acts. As Douglas set forth, the *Bush* and *Obama* administrations gave different labels to the detainees; they were castigated as "unlawful enemy combatants" under the *Bush* administration, whereas they are now denominated "unprivileged enemy belligerents" under the *Obama* administration. He delved into the politics behind the use of military commissions as opposed to civilian courts (so-called Article III Courts), highlighting the fact that military commissions were considered more flexible in terms of the applicable rules of evidence as opposed to civilian courts, e.g. proceedings carried out under military commissions not only entail a less strict criminal procedure but also admit hearsay evidence (giving advantage to the prosecution). He highlighted some progress made in cases before the military commissions in Guantanamo, and also noted that the US military commissions were declared as a violation of the Geneva laws. However the difference between military commissions and regular courts is dwindling after the *Bush* administration. Nevertheless, hearsay is still admissible before such commissions. Before finalizing his presentation, he highlighted the fact that there is a continued detention of individuals without any charges against most of them. Out of hundreds of detainees currently held, there are only six individuals who are charged and their cases being heard by the military commissions.²³ He concluded that the military commissions are in an appeal battle to construct their legitimacy; hence, it could be said that the military commission model itself is on trial.

Prof. Florian Jeßberger (Hamburg University, Germany) presented on "The Modern Doctrinal Debate on the Crime of

¹⁸ UN General Assembly (*Philip Alston*), Report of 28.5.2010 – A/HRC/14/24/Add. 6 (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions); UN General Assembly, Report of 13.9.2013 – A/68/382 (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions); UN General Assembly (*Ben Emmerson*), Report of 11.3.2014 – A/HRC/25/59 (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism).

¹⁹ On this Centre see <http://www.ecchr.de>.

²⁰ The report is available at:

<http://www.ecchr.de/united-kingdom.html> (21.10.2014).

²¹ The decision of the Prosecutor to reopen the investigation is available at:

http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-ongoing/iraq/pages/iraq.aspx (21.10.2014).

²² The "KOSMOS Dialogues" are specific research and teaching projects funded by Humboldt-Universität zu Berlin in order to develop and advance international scientific exchange.

²³ Court, Jud. of date – reference (United States v. Abd al-Rahim al-Nashiri and United States v. Khalid Shaikh Mohammad et al).

Aggression". His presentation was an in-depth historical analysis of scholarly works on the doctrine of the crime of aggression. He demarcated his analysis into some historical phases, analyzing the doctrine in the 1920s, 1930s, 1940s, 1990s and the current debates. In summary, he argued that in each of the historical phases under analysis, the doctrine had developed through the influence of external factors, for example, the World War I in the 1920s, the World War II in the 1940s, the Cold War and the internationalization of international criminal law in the 1990s and thereafter. He highlighted proposals by different scholars within the periods under his study. Some interesting proposals include the double-sided concept of responsibility for the crime of aggression by Pella in the 1920s, individual liability for aggression and the crime being regarded as *ex post facto* in the 1940s, and the shifting of the crime to the UN trigger mechanism under the current framework of the Court. He argued that although there were many proposals on how the crime could be defined, some of them, if not many, did not form part of the definition of the crime of aggression. He concluded that the crime of aggression has remained under-theorized to date.

Shamila Batohi, Senior Legal Advisor to the Prosecutor of the ICC, delivered a presentation on "The International Criminal Court: A Legal Entity in a Political World". She highlighted the history of the creation of the ICC, pointing to the fact that African states made a significant contribution in the establishing of the Court. She acknowledged the difficult relationship that currently exists between Africa and the ICC. She argued that in accusing the ICC of being biased against Africa, it is important to consider some empirical evidence that is often ignored, namely that over five million people have been displaced in Africa, that over 40,000 people have been killed, that hundreds and thousands of child soldiers have been recruited, that women, children and men have been sexually abused as a tool of war, and that countless communities have been destroyed. She argued that it is the voice of these victims that the Court exists to serve.

She also highlighted the fact that most allegations and criticisms against the ICC fail to consider how the court got to be involved in the situations under investigation. As an example, she noted, that four situations under investigation, namely Uganda, Mali, the Democratic Republic of the Congo, and the Central African Republic, are self-referrals. Only in relation to Kenya and Côte d'Ivoire, the situations are a result of *proprio motu* investigations. But she also noted the unique circumstances of these two situations. As far as Kenya is concerned, she stated, the ICC intervened mainly as a result of Kenya's unwillingness to prosecute the crimes at the domestic level as it had promised to do, while for Côte d'Ivoire, the *proprio motu* intervention was a legally convenient procedure in a non-state party to the Rome Statute which voluntarily accepted the jurisdiction of the Court. In trying to answer the question as to why the Court is seen as ignoring atrocities committed in some parts of the world, especially by the West, she stated that the ICC does not have universal jurisdiction, a fact which makes its operations restricted to its States Parties, save for cases that may arise as a result of Security Council referrals, such as Sudan and Libya. She said

that the States Parties created an "imperfect system" by allowing the UNSC to use the Court, but that the OTP as a legal entity works within the rules laid down in the Rome Statute by the States Parties themselves.

On the issue of complementarity, she emphasized the role of domestic courts to exercise primary jurisdiction over international crimes, and the importance of the cooperation pillar of the Court. She identified the challenges that the Court faces in cooperation, especially where the accused persons before it are powerful individuals or protected by militias. She pointed out that the strength of the ICC system depends on shared responsibilities and emphasized that the role of a preliminary examination, which is conducted by the Prosecutor, regardless of the type of trigger mechanism, is to help the Court determine independently and objectively whether it should investigate into a situation. She rightly indicated that the preliminary examination is part of positive complementarity in that it puts pressure on states to conduct investigations.

The next speaker was *Matthias Korte* who tackled "Combating Corruption – International Legal Instruments". His presentation highlighted and illuminated some pertinent provisions in anti-corruption treaties covering Europe, Africa, Americas, and Asia as well as under international organizations such as the UN, OECD, G20 and the ICC. Some of the conventions covered were the Convention on the Protection of the Financial Interests of the European Community, the Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption and its Additional Protocol, the Council of Europe's Civil Law Convention on Corruption, the AU's Convention on Preventing and Combating Corruption, the Inter-American Convention against Corruption, the United Nations Convention Against Corruption amongst others. He stated that most of the conventions on corruption but the AU's Convention on Preventing and Combating Corruption do not provide for a definition of corruption. He pointed out that the AU's convention on corruption lags behind in monitoring compliance and review mechanisms as compared to other similar conventions. He concluded his presentation by drawing the attention of the participants to the lack of comprehensive legal framework on private sector corruption.

The last presentation was given by Prof. *Martin Heger* (Humboldt-Universität zu Berlin) on "Rape, Espionage and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters in the EU and abroad – The cases of Assange and Snowden". He mainly focused on the Council of Europe's Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States of 13.6.2002. He highlighted on the scope of the arrest warrant, illustrated how the arrest warrant could be filed,²⁴ and the grounds for mandatory non-execution of the European Arrest Warrant.²⁵ In relation to Edward Snowden he analyzed as to whether on the basis of the Extra-

²⁴ Art. 2 of the Framework Decision on European arrest warrant and the surrender procedures between Member States of 13.6.2002.

²⁵ Art. 3 of the Framework Decision on European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States of 13.6.2002.

dition Treaty between Germany and the USA, Germany would have to extradite Snowden to the USA (in case Snowden travels to Germany). He emphasized that under the Extradition Treaty, Art. 1 para. 1, Germany would indeed have an obligation to extradite him to the USA. He highlighted the political crime exception provisions in the treaty and argued that it would be a matter for interpretation if the Snowden Espionage case in the USA would qualify as a political crime. In the case it qualifies as political crime then legally speaking Snowden cannot be extradited. In the case of Julian Assange, he analyzed the provisions under the Framework Decision on European Arrest Warrant, highlighting some salient issues to be considered if Julian Assange is to be extradited from the UK to Sweden on a charge of rape. He highlighted that despite the differences in the definition of the crime of rape in the UK and Sweden, the Framework Decision on the European Arrest Warrant requires adherence to the principle of mutual recognition whereby the law of the state issuing the arrest warrant is the one to be applied.

In summation, the 6th Summer School, which lasted for three weeks, brought together experts in the field of international criminal justice and beyond. It exposed the participants to various contemporary vexing issues in the areas of international criminal justice. Akin to the previous summer school programmes, this year's programme again offered successful and fruitful scholarly and practical legal debates.