

AUSGABE 13/2014

S. 667 - 744

9. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr
Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog.
Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB**
Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln 667

- Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als
Argumentationsfigur**
Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für
eine Verbandsstrafbarkeit
Von Wiss. Mitarbeiter Tobias Oliver Kulhanek,
Erlangen-Nürnberg 674

Völkerstrafrecht

- Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung im
Völkerstrafverfahren**
Von Dr. Elisa Hoven, Köln 679

Europäisches Strafrecht

- Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe
ohne Aussetzungsmöglichkeit**
Von Wiss. Mitarbeiter Hans Kromrey,
Wiss. Mitarbeiterin Dr. Christine Morgenstern, Greifswald 704

Internationales Strafrecht

- The 2014 Reform of Universal Jurisdiction in Spain
From All to Nothing**
By Dr. Rosa Ana Alija Fernández, Barcelona 717

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Einfache Erklärungen von Amokläufen sind gefährlich
Eine Buchbesprechung von Jonathan Fasts „Ceremonial
Violence – Understanding Columbine and other School
Rampage Shootings“**
Von Wiss. Mitarbeiter Felix Diehl, Gießen 728

- Peter Graeff/Jürgen Grieger (Hrsg.), Was ist
Korruption?, 2012**
(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München) 737

- Stefan Petermann, Die Bedeutung von Compliance-
Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung
im Vertragskonzern, 2013**
(Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy, Saarbrücken) 739

VARIA

Strafrecht

- „Perspektiven eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts“
Symposium am 10. und 11. Oktober 2014 an der Freien
Universität Berlin**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Moritz Vormbaum, Berlin 742

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 Weißer
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
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

Deutschland steht vor der größten Reform seiner Korruptionsstrafatbestände seit 1997. Herzstück des im Frühsommer 2014 vorgestellten Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption ist die Neuregelung des § 299 StGB.¹ Der Entwurf entspricht zwar einem 2007 gescheiterten Vorhaben und folgt einer seit Jahren heftig kritisierten Konzeption: dem sog. Geschäftsherrnmodell. Doch lässt sich dieser Ansatz in einer Weise interpretieren, die eine unionsrechtskonforme, systematisch stimmige und restriktive Ausgestaltung des § 299 StGB ermöglicht. Fruchtbar machen lässt sich diese Deutung auch für die gegenwärtig diskutierte Regelung über die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen.

I. Hintergrund der Neuregelung

Innerhalb der Europäischen Union zählt die Bundesrepublik Deutschland zu den Staaten mit den erfolgreichsten institutionellen Vorkehrungen gegen die Korruption.² Auch Transparency International bezeichnet die Leistungsfähigkeit der nationalen Integritätssysteme als insgesamt „gut bis sehr gut“.³ Gleichwohl nimmt Deutschland im „Transparency International Corruption Perception Index“ seit Jahren nur einen Platz im oberen Mittelfeld der EU-Staaten ein.⁴ Auch andere Studien belegen das nach wie vor bestehende Verbesserungspotenzial.⁵ Will die Bundesrepublik Deutschland ihre wirtschaftlichen, sozialen und demokratischen Errungenschaften nicht gefährden, darf sie in ihren Anstrengungen zur Korruptionsbekämpfung nicht nachlassen. In den letzten Jahren ist überdies deutlich geworden, dass die Korruption

eine wesentliche Ursache für die wirtschaftlich-institutionelle Krise in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist.⁶ Die Folgen dieser Krise hat die Bundesrepublik Deutschland gespürt und sie wird sie auch weiterhin spüren. Soll die Korruption innerhalb der politisch, wirtschaftlich und sozial integrierten EU wirksam zurückgedrängt werden, ist ein kohärentes Handeln in allen Mitgliedsstaaten von Nöten.⁷ Daher muss sich auch die Bundesrepublik Deutschland an jenen internationalen Vorgaben messen lassen, deren Einhaltung sie von anderen Staaten einfordert.

Es ist daher zu begrüßen, dass die Bundesregierung die Bekämpfung der Korruption auf allen Ebenen forciert. Nach der am 1.9.2014 in Kraft tretenden Neufassung des § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern)⁸ ist der im Frühsommer vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption ein zweiter wichtiger Beleg kriminalpolitischer Handlungswillens. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Entwurf jenem Umsetzungsbedarf Rechnung tragen, der von dem Strafrechtsübereinkommen des Europarates vom 27.1.1999 über Korruption, dem dazugehörigen Zusatzprotokoll vom 15.5.2003, dem EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor sowie der VN Konvention gegen Korruption ausgeht.⁹ Von geringfügigen redaktionellen Änderungen abgesehen, wählt der Referentenentwurf jenen Weg, den bereits ein Entwurf der letzten Großen Koalition aus dem Jahr 2007 eingeschlagen hatte.¹⁰ Dieser ist seinerzeit überwiegend kritisch aufgenommen worden.¹¹ Er scheiterte schließlich aufgrund des Fehlens eines hinreichenden politi-

¹ Der vorliegende Beitrag ist Teil einer umfassenden Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, die Verf. am 28.8.2014 beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingereicht hat. S. dazu *Kubiciel/Spörl*, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 3/2014, unter <http://kubiciel.jura.uni-koeln.de/8209.html>. Zum Entwurf siehe auch *Kubiciel*, *Juris PraxisReport Compliance & Internal Investigation* 2/2014; *Wolf*, *CCZ* 2014, 29.

² Siehe Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, COM (2014) 38final, S. 9; zum Inhalt *Kubiciel/Spörl*, *Journal of Business Compliance* 2014, 5.

³ Transparency International Deutschland, Nationaler Integritätsbericht Deutschland, 2012, S. 5.

⁴ Transparency International, *Corruption Perception Index* 2013.

⁵ Zuletzt Bundeskriminalamt, *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2013, 2014, S. 301; Ernst & Young, *Fraud Survey 2014 – Ergebnisse für Deutschland*, Zusammenfassung online unter: <http://www.ey.com/DE/de/Newsroom/News-releases/20140617-EY-News-Jedes-vierte-deutsche-Unternehmen-Opfer-von-Wirtschaftskriminalitaet> (8.12.2014); ferner *Bannenber*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, 12. Kapitel Rn. 11 f.

⁶ EU Anti-Corruption Report Annex Germany (Fn. 2), S. 8. Vgl. ferner *Kaiser*, in: *Sieber u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatistiken*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1583 (1587).

⁷ *Kubiciel*, *HRRS* 2013, 213 (218 f.).

⁸ Dazu *Francuski*, *HRRS* 2014, 220; *Michalke*, *Compliance Berater* 2014, 215.

⁹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 1; zu den Europaratsübereinkommen und GRECO *Eser/Kubiciel*, *Institutions against Corruption*, 2005, S. 13 ff.; zu den Rechtsakten der EU *Dannecker*, in: *Böse* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, Bd. 9, 2013, § 8 Rn. 91 ff.; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl. 2012, § 11 Rn. 63 ff.; zur UN Konvention: v. *Aaken*, *ZaöRV* 65 (2005), 407; *Kubiciel*, *International Criminal Law Review* 9 (2009), 137.

¹⁰ BT-Drs. 16/6558; hierzu *Möhrenschlager*, *wistra* 2007, R XXXII.

¹¹ *Wolf*, *ZRP* 2007, 44. Krit. zu § 335a des Entwurfes *C. Nestler*, *StV* 2009, 313; krit. zu § 299 *Rönnau/Golombek*, *ZRP* 2007, 193; *Schuster/Rübenstahl*, *wistra* 2008, 201 (206).

schen Umsetzungswillens,¹² aber auch an der bis 2010 gültigen Beschränkung der Wirksamkeit des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr.¹³ Diese Beschränkung ist inzwischen entfallen, so dass die Bundesrepublik zur Anpassung der Vorschrift über die Bestechung im geschäftlichen Verkehr verpflichtet ist (II. 1.). Schon aus diesem Grund verdient der Referentenentwurf eine vorurteilsfreie Analyse. Diese offenbart zwar eine kleinere, leicht zu schließende Strafbarkeitslücke (II. 2). Das seinerzeit scharf kritisierte Geschäftsherrnmodell des EU-Rahmenbeschlusses lässt sich aber teleologisch so auf den Wettbewerbsschutz ausrichten, dass die neuen Tatvarianten unionsrechtskonform, systematisch kohärent und restriktiv interpretiert werden können.

Am Referentenentwurf fällt auf, dass er einerseits Vorschriften des Daten- und Umweltschutzstrafrechts ändert, die keinen thematischen Zusammenhang mit der Korruptionsbekämpfung aufweisen, er aber andererseits keinen Vorschlag zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen unterbreitet. Dabei sollte diese vom BGH und der EU-Kommission betonte Regelungslücke¹⁴ im (systematischen und zeitlichen) Zusammenhang mit der Neufassung des § 299 StGB geschlossen werden. Sowohl der im Juli 2013 von Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern in den Bundesrat eingebrachte Vorschlag als auch der Diskussionsentwurf des bayerischen Staatsministeriums der Justiz (StMJ)¹⁵ orientieren sich an der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Neufassung des § 299 StGB, teilen damit aber auch dessen Schwäche (III.).

II. Änderung des § 299 StGB

Die geplante Neufassung des § 299 StGB ist ohne Zweifel das Kernstück des Referentenentwurfes und zugleich von erheblicher praktischer Bedeutung. Sie trägt einer seit langem von internationalen Organisationen geübten Kritik an der deutschen Rechtslage Rechnung. Zuletzt hat der EU Anti-Corruption Report zwar betont, dass Deutschland einen „strong track record on fighting foreign bribery“ vorzuweisen habe,¹⁶ und lobend anerkennt, dass die Mehrzahl großer deutscher Unternehmen inzwischen über Compliance Programme verfüge.¹⁷ Zugleich hat der Bericht aber darauf hingewiesen, dass der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht weit genug gehe, weil er eine „Bevorzugung im Wettbewerb“ verlange, die nicht immer

nachzuweisen sei. Daher sei die Kriminalisierung der Korruption im geschäftlichen Verkehr auszuweiten.¹⁸ Die Richtung der Ausweitung weist Art. 2 Abs. 1 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor.¹⁹ Danach sind auch korruptive Handlungen zu kriminalisieren, die den Zweck verfolgen, dass eine Person „unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.“

1. Verbindlichkeit des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI

Nach Auslaufen der von Art. 2 Abs. 4 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI vorgesehenen fünfjährigen Geltungsdauer für Vorbehaltserklärungen ist der Rahmenbeschluss nunmehr verbindlich und daher auch von der Bundesrepublik Deutschland umzusetzen.²⁰ Gegen die unionsrechtliche Verbindlichkeit hat Gaede kürzlich zwei Einwände erhoben,²¹ die indes beide nicht durchschlagen: Zum einen wird bemängelt, dass der Rat keinen förmlichen Beschluss über die Fortdauer der Vorbehalte gefasst habe.²² Indes sieht Art. 2 Abs. 5 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI keinen solchen Beschluss, sondern lediglich eine „Überprüfung“ vor, „ob die Geltungsdauer der nach Absatz 3 abgegebenen Erklärungen verlängert werden kann.“ Eine solche Überprüfung hat im Wege von Konsultationen stattgefunden und zu dem Ergebnis geführt, dass eine Fristverlängerung überwiegend nicht gewünscht wird. Mit dem Ablauf der Gültigkeitsfrist am 22.7.2010 ist folglich jene Rechtswirkung eingetreten, auf welche sich die Mitgliedsstaaten mit Annahme des Rahmenbeschlusses im Jahr 2003 verbindlich verständigt hatten: die uneingeschränkte Geltung der Vorgaben des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI. Aus diesen Gründen kann keine Rede davon sein, es habe an der Durchführung eines Verfahrens gefehlt, das für die Rechtsverbindlichkeit von konstitutiver Bedeutung sei.

Zum zweiten wird es als „befremdlich“ empfunden, dass weder ein nationales noch das Europäische Parlament in dem Überprüfungsverfahren eingebunden waren.²³ Unabhängig

¹² Rönna, StV 2009, 302, verweist auf die Verknüpfung des Vorhabens mit der Neuregelung des § 108e StGB.

¹³ Vgl. Zöller, GA 2009, 137 (147), der auf eine Verlängerung dieser Vorbehaltsmöglichkeit hoffte, die indes ausblieb.

¹⁴ BGHSt 57, 202 (204 ff., 217 f.); dazu Kölbl, StV 2012, 592; EU Anti-Corruption Report Annex Germany (Fn. 2), S. 7.

¹⁵ Siehe den Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/diskussion_gesundheit.pdf (zuletzt abgerufen am 8.12.2014).

¹⁶ EU Anti-Corruption Report Annex Germany (Fn. 2), S. 7 f.

¹⁷ EU Anti-Corruption Report Annex Germany (Fn. 2), S. 8.

¹⁸ EU Anti-Corruption Report Annex Germany (Fn. 2), S. 6 f.; aus der Lit. etwa v. Tippelskirch, GA 2012, 575 (577).

¹⁹ Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates v. 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. EU 2003 Nr. L 192, S. 54 ff.

²⁰ Hellmann, AL 2014, 16 (20); Wolf, CCZ 2014, 29 (32 f.); Walther, Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung 2012, 236 (238 ff.).

²¹ Gaede, NZWiSt 2014, 280 (284 ff.). Siehe bereits Schünemann, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 509 (513 f.), der die Verbindlichkeit einer „gubernativen“ Strafrechtssetzung durch ministerielle Rahmenbeschlüsse per se bestreitet. So auch im Zusammenhang mit dem Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, vgl. Schünemann/Roger, ZIS 2010, 515 (516); dagegen Böse, ZIS 2010, 607.

²² Gaede, NZWiSt 2014, 280 (285).

²³ Dazu und zum Folgenden Gaede, NZWiSt 2014, 280 (285 f.). Ähnlich Schünemann (Fn. 21), S. 513 f.: Eine „gubernative“ Strafrechtssetzung spreche den Grundsätzen des

von der Anfechtbarkeit der hinter dieser Kritik stehenden demokratietheoretischen Prämissen,²⁴ sieht die *lex lata* eine solche Einbindung nicht vor. Daran ändert auch die zeitliche Zufälligkeit nichts, dass die Frist für die Geltung der Vorbehaltserklärungen nicht einige Monate vor, sondern einige Monate *nach* Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon abgelaufen ist. Im Gegenteil ordnet Art. 9 des Protokolls 36 zum Lissabon-Vertrag an, dass sämtliche „Rechtsakte“ ihre Gültigkeit behalten, die vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages „angenommen“ worden sind: Angenommen war der hier in Rede stehende Rechtsakt bereits im Jahr 2003. Auch strafrechtsrelevante Rahmenbeschlüsse gelten in unveränderter Form fort.²⁵ Dass Art. 9 Protokoll Nr. 36 „nicht speziell erkennen (lässt), dass er auch Befugnisse zu zukünftigen, konstitutiven Gestaltungsentscheidungen vor den heute geltenden Gestaltungsbedingungen des Art. 83 AEUV abschirmen will“,²⁶ ändere daran nichts. Da die Fortgeltung der Rechtsakte die von Art. 9 Protokoll Nr. 36 ausgesprochene Regel ist, müsste nur eine Ausnahme von der Regel ausdrücklich betont werden; die Geltung der Regel zeigen Wortlaut und Telos hingegen in großer Klarheit. Aus diesem Grund finden die Vorgaben des Art. 83 AEUV über das Rechtsetzungsverfahren und die materiellen Voraussetzungen einer Strafrechtsangleichung keine rückwirkende Anwendung auf den Rahmenbeschlusses 2003/568/JI.²⁷

2. Bewertung des Regelungsvorschlages

a) Unionsrechtskonforme Umsetzung des Anwendungsbereiches – „Im Rahmen von Geschäftsvorgängen“

Der Referentenentwurf setzt den Rahmenbeschluss größtenteils, aber nicht vollständig um. Denn die europarechtliche Vorgabe „im Rahmen von Geschäftsvorgängen“ ist weiter als die in § 299 StGB enthaltene Wendung „bei dem Bezug von Waren und Dienstleistungen“, so dass der Referentenentwurf selbst die Notwendigkeit einer einschränkenden (Protokoll-) Erklärung sieht. Eine solche Notlösung ließe sich nach hiesiger Auffassung durch eine Änderung des Entwurfs vermeiden, die nicht zu einer drastischen Ausweitung der Strafbarkeit führt, sondern den Tatbestand im Gegenteil präzisiert. Danach sollte der Tatbestand an der hier relevanten Stelle die folgende Fassung haben:

„[...] dass er

1. bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
2. im Rahmen von Geschäftsvorgängen seine [...]“

Diese Lösung ist unionsrechtskonform. Denn während die spezielle Vorschrift in Nr. 1 – wie bisher – die unlautere Bevorzugung bei einem Bezug von Waren oder Dienstleistungen pönalisiert, erfasst die neue Tatvariante als Auffangtatbestand sämtliche pflichtwidrigen Handlungen im Rahmen von Geschäftsvorgängen, die sich nicht im Bezug von Waren oder Dienstleistungen erschöpfen. Damit erreicht die hier vorgeschlagene Lösung das vom Rahmenbeschluss verlangte Kriminalisierungsniveau. Die Tatvariante der Nr. 2 stellt nach der hier vorgeschlagenen Fassung zwar klar, dass nicht die Verletzung jedweder Pflicht tatbestandsmäßig ist, sondern nur die Verletzung einer Pflicht, die das Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei Geschäftsvorgängen regelt. Ein zweiter Präzisierungsschritt ist jedoch, wie nun zu zeigen sein wird, notwendig und unschwer möglich.

b) Unionsrechtskonforme Präzisierung der tatbestandsspezifischen Pflichtwidrigkeit

Der Referentenentwurf will ausweislich seiner Begründung die „strafbedürftigen“ Fälle der mit Schmiergeldzahlung erkaufte Pflichtverletzungen durch Angestellte und Beauftragte außerhalb von Wettbewerbslagen erfassen.²⁸ Ob ein Verhalten strafbedürftig ist, hängt davon ab, ob es als strafwürdig anzusehen ist und von anderen Straftatbeständen nicht pönalisiert wird. Gewichtige Stimmen in der Literatur bezweifeln, dass der Entwurf nur strafwürdige Fälle kriminalisiert. Vielmehr beziehe die vorgeschlagene Regelung derart unterschiedliche und vielfältige Pflichten ein, dass der Tatbestand auch auf eindeutig strafunwürdige Fälle anwendbar sei.²⁹

In der Tat lassen sich Beispiele bilden, deren Subsumtion unter den § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB die Regelung ad absurdum führt.³⁰ Jedoch ist eine überschießende Kriminalisierungstendenz Folge der unvermeidbaren Auslegungsbedürftigkeit sämtlicher Straftatbestände und der von ihnen verwendeten Begriffe. Dieser Tendenz kann mittels einer sachgerechten Interpretation entgegengewirkt werden. Letztere verlangt indes nach einem teleologischen Bezugspunkt. Bei der Bestimmung des Zwecks bzw. Strafgrundes des § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB gehen vor allem die Kritiker des Entwurfes davon aus, die neue Vor-

Lissabonner Vertrages und der zu diesem ergangenen Entscheidung des BVerfG Hohn.

²⁴ Kubiciel, NStZ 2007, 136 (139 f.).

²⁵ So Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 27.

²⁶ Gaede, NZWiSt 2014, 280 (285 f.).

²⁷ Ob einer Verlängerung der Vorbehaltserklärungen nur im Wege eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens möglich gewesen wäre, ist hingegen eine andere (meines Erachtens ebenfalls zu verneinende) Frage, siehe dazu Walther, Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung 2012, 237 (238).

²⁸ Referentenentwurf (Fn. 9), S. 21.

²⁹ So insbesondere Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193 (194 f.). Ebenso Brand/Wostry, WRP 2008, 637 (644); Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 116; Lüderssen, in: Sieber u.a. (Fn. 6), S. 889 (891 f.). Konstruktive Verteidigung des Ansatzes bei Wolf, CCZ 2014, 29 (33 f.).

³⁰ Vgl. Rönnau, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2012, 3. Teil, 2. Kap. Rn. 80; Zöller, GA 2012, 137.

schrift übernehme das sog. Prinzipal Agent-Modell, das auch arbeits(straf)rechtliches Modell genannt wird.³¹ Danach flankiert der Tatbestand Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, um damit die Vermögensinteressen des Arbeitgebers im Vorfeld des Untreuetatbestandes zu schützen, wie es in einer untreueanalogen Spezifizierung des Prinzipal Agent-Ansatzes heißt.³² Diese Interpretation ist Ausgangspunkt für weitere Kritikpunkte:³³ Zum einen wird eingewandt, § 299 StGB mutiere in seiner neuen Fassung vollends zu einem „Hybridtatbestand“, weil er neben dem überindividuellen Rechtsgut Wettbewerb auch individuelle Rechtsgüter des Geschäftsherrn, namentlich dessen Vermögen, schütze. Letzteres passe nicht zur systematischen Stellung des Gesamttatbestandes. Zudem sei ein derart in das Vorfeld des § 266 StGB verlagertes Schutz der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn mit der Systematik des Vermögensstrafrechts und dem Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts unvereinbar. Denn die neuen Tatbestände kriminalisierten u.a. das Vorteilsversprechen und damit die (grundsätzlich straflose) versuchte Anstiftung zu einem Verhalten im Bereich des ebenfalls straflosen Versuchs einer Untreue.³⁴ Ein Grund für eine derartige Ausdehnung des Schutzes der (Vermögens-)Interessen des Geschäftsherrn ist in der Tat nicht zu finden. Schließlich wird moniert, es sei nicht verständlich, warum § 299 Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB den aktiv bestechenden Vorteilsgeber als Täter bestrafe. Den Vorteilsgeber treffe schließlich keine eigene arbeitsrechtliche Pflicht, daher könne er sich nach allgemeingültigen dogmatischen Maßstäben lediglich an der Pflichtverletzung des Angestellten beteiligen.³⁵ Ein Grund für die Hochstufung zum Täter ist gerade auf Grundlage des arbeitsrechtlichen Modells nicht zu finden: Zuständig für die Integrität dieser Rechtsbeziehung sind lediglich die Parteien des Arbeitsvertrages.

Jedoch heißt den genannten Kritikpunkten zuzustimmen nicht zugleich, dem Gesetzgeber von der Implementierung des EU-Rahmenbeschlusses abzuraten. Denn die Tragweite der Kritik hängt von der Überzeugungskraft der ihr zugrundeliegenden Interpretation des § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB ab. Anders gewendet: Nur *wenn* diese Tatvarianten tatsächlich arbeitsrechtlich bzw. untreueähnlich zu interpretieren sind, erfassen sie eine unbestimmte Vielzahl arbeitsrechtlicher Pflichten, hybridisieren den Tatbestand und bauen

so eine systematische Spannung zu § 266 StGB auf. Für diese Deutung spricht die Begründung des Referentenentwurfes, der zufolge der „Schutz der Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten“ bezweckt werde.³⁶ Diese Absicht des Gesetzgebers kommt freilich in dem von ihm eingeschlagenen Weg – Ergänzung einer Straftat gegen den Wettbewerb – nicht zum Ausdruck.³⁷ Hätte der Gesetzgeber seine Absicht systematisch konsequent in die Tat umsetzen wollen, dürfte die neue Verbotsnorm nicht den § 299 StGB ergänzen, sondern müsste im Umfeld individualschützender Tatbestände wie § 266 StGB ihren Ort finden.³⁸ Widersprechen sich Absicht und Tun des Gesetzgebers, konkurrieren mit der subjektiv-historischen und der objektiv-systematischen Auslegung zwei Interpretationsmethoden, die grundsätzlich gleichwertig sind.³⁹ Dieses Patt kann nur durch einen dritten Auslegungstopos aufgelöst werden.

Da § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB einen EU-Rahmenbeschluss umsetzen sollen, bietet sich die unionsrechtskonforme Auslegung an. Gemäß den Grundsätzen der „Pupino“-Entscheidung sind nationale Gerichte bei der Gesetzesinterpretation gehalten, sich so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck eines Rahmenbeschlusses zu orientieren.⁴⁰ In den Erwägungsgründen des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI heißt es, das Verbot der Bestechung im privaten Sektor solle Gefahren für die „Rechtstreue der Gesellschaft“ sowie der Verzerrung des Wettbewerbs im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen bzw. der Hemmung einer gesunden wirtschaftlichen Entwicklung entgegenwirken.⁴¹ Sieht man von dem unspezifischen, weil jeden Tatbestand rechtfertigenden Rechtstreuegedanken ab, bleibt ein klar konturiertes Ziel: der Schutz des Wettbewerbs. Diese Zielsetzung des EU-Rahmenbeschlusses deckt sich mit der systematischen Stellung der neuen Tatbestandsalternative. § 299 StGB schützt – wie bereits die Überschrift des 26. Abschnitts zeigt – primär den funktionierenden Leistungswettbewerb als Institution bzw.

³¹ Näher dazu *Heine*, ZBJV 2002, 533 (540 ff.); *Wolf*, CCZ 2014, 29 (30); *Vogel*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber, 18. September 2004, 2004, S. 395 (402 ff.).

³² *Krack*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 377 (380); *Rönnau* (Fn. 30), Rn. 79 ff.; *Zöller*, GA 2012, 137 (144 ff.).

³³ Dazu und zum Folgenden *Kneisel*, NK 2014, 324 (332 ff.); *Krack* (Fn. 32), S. 380 ff.; *Lüderssen* (Fn. 29), S. 890 ff.; *Rönnau* (Fn. 30), Rn. 79 ff.; *ders.*, StV 2009, 303 (305 ff.); *Sahan*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 299 Rn. 3; *Zöller*, GA 2012, 137, 144 ff.

³⁴ Zutreffend *Schünemann* (Fn. 21), S. 517 f.

³⁵ *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461 (467).

³⁶ Referentenentwurf (Fn. 9), S. 21.

³⁷ Scharfe Kritik an der widersprüchlichen Gesetzesbegründung übt *Krack* (Fn. 32), S. 379.

³⁸ *Lüderssen* (Fn. 29), S. 891. Siehe bereits den Vorschlag von *Lampe*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. 11, 1976, Anlage 1, S. 69.

³⁹ Zum Fehlen eines Rangverhältnisses *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 345; für das Strafrecht *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 50 m.w.N.

⁴⁰ EuGH JZ 2005, 838 (840), mit im Ergebnis zustimmender Anm. *Hillgruber*, JZ 2005, 841 (843). Siehe ferner *Hecker* (Fn. 9), § 10 Rn. 77 ff.; *Satzger* (Fn. 25), § 9 Rn. 115.

⁴¹ ABl. EU 2003 Nr. L 192, S. 55, Erwägungsgrund 9. Darauf mit Recht ebenfalls hinweisend *Gaede*, NZWiSt 2014, 280 (288).

Ordnungsverfahren der Marktwirtschaft⁴², während das Vermögen der Wettbewerber oder des Geschäftsherrn lediglich ein sekundäres Rechtsgut ist, das durch die Sicherung des Wettbewerbs reflexartig mitgeschützt wird.⁴³

Nicht anders verhält es sich nach hiesiger Auffassung mit den neuen Tatvarianten in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB. Bei ihnen handelt es sich um primär wettbewerbs-schützende Vorschriften. Sie verlagern nicht die Garantie des Vermögens in das Vorfeld des § 266 StGB, sondern den Schutz des Wettbewerbs in das Um- und Vorfeld konkreter Wettbewerbslagen.⁴⁴ Während die tradierte Tatvariante Verletzungen des Leistungswettbewerbs pönalisiert,⁴⁵ enthalten die neuen Tatvarianten abstrakte Gefährdungsdelikte. Diese Interpretation setzt nicht nur die Zielsetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI in unionsrechtskonformer Weise um. Sie ermöglicht auch eine kohärente Teleologie des § 299 StGB und vermeidet umgekehrt jene innertatbestandlichen Friktionen, die das arbeitsstrafrechtliche Modell hervorruft. Auch systematische Spannungen zu § 266 StGB werden vermieden. Vor allem aber bietet der hier unterbreitete Ansatz einen Anknüpfungspunkt für eine Präzisierung des Tatbestandes im Wege einer teleologischen Auslegung, indem er Kriterien für eine Unterscheidung von strafrechtlich relevanten und strafrechtlich irrelevanten Pflichtverletzungen zur

Verfügung stellt.⁴⁶ Tatbestandsmäßig ist nach hiesiger Auffassung nicht die Verletzung jeder arbeitsrechtlichen Pflicht oder eines Vermögens- oder Loyalitätsinteresses.⁴⁷ Tatbestandsmäßig kann lediglich die Verletzung solcher Compliance-Pflichten sein, die ausschließlich oder jedenfalls primär dem Ziel dienen, den Leistungswettbewerb zu schützen. Denn nur eine Pflichtwidrigkeit, die das Potenzial zur Schädigung des Leistungswettbewerbs als Institution hat, wird vom Regelungszweck des EU-Rahmenbeschlusses erfasst. Daher kann bei teleologischer Auslegung des den Rahmenbeschluss umsetzenden § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB auch nur eine solche Pflichtwidrigkeit tatbestandsmäßig sein.⁴⁸ Im Unterschied zu Ansätzen, die Untreue- und Wettbewerbsmodelle kombinieren, erhalten die neuen Tatvarianten durch den hier unterbreiteten Vorschlag einen Anwendungsbereich, der systematisch-teleologisch zu § 299 StGB passt und bestehende Regelungslücken schließt.⁴⁹ Wer etwa zur Anbahnung eines Geschäftskontakts mit einer pflichtwidrigen Vorteilsgewährung dafür sorgt, dass das eigene Unternehmen in die Liste potenzieller Geschäftspartner aufgenommen wird, kann sich mit dieser Form der „Klimapflege“ – anders als bisher⁵⁰ – nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB strafbar machen.⁵¹ Vor der Schutzrichtung des § 299 StGB ist dies sachgerecht: Dass eine Geschäftsbeziehung durch die Gewährung von Vorteilen für den Angestellten und nicht durch ein Werben mit den Vorteilen für das

⁴² Zum Wettbewerbsbegriff *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 298 ff. Rn. 5; *Kubiciel*, Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender Unternehmen durch § 19 GWB, 2003, S. 73 ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 197. A.A.: *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 49 Rn. 52; *Ransiek*, StV 1996, 446 (453): Wettbewerbschutz als vorverlagerter Vermögensschutz.

⁴³ *Rönnau*, StV 2009, 302 (303): Hauptrechtsgut. Siehe ferner *Heine/Eisele* (Fn. 42), § 299 Rn. 2; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; *Gercke/Wollschläger*, wistra 2008, 5; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 417; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 299 Rn. 4; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 4. A.A.: *Pragal*, ZIS 2006, 63 (65 ff.); *ders.*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 129 ff.

⁴⁴ Gegen diese Bestimmung der Schutzrichtung wird häufig die Straflosigkeit des Betriebsinhabers geltend gemacht, vgl. *Rönnau*, StV 2009, 302 (303) m.w.N. Jedoch fallen im Wesentlichen nur Einzelkaufleute durch das strafrechtliche Raster, vgl. *Zöller*, GA 2010, 137 (148), die i.d.R. nur eine geringe Wettbewerbsrelevanz aufweisen, so dass die Tatbestandsfassung kriminalpolitisch vertretbar ist.

⁴⁵ Zu letzterem *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 760; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 7 m.w.N., auch zur h.M., die von einem abstrakten Gefährdungsdelikte ausgeht.

⁴⁶ Lediglich im Ausgangspunkt wie hier *Gaede*, NZWiSt 2014, 280 (289): Tatbestandsmäßig sei nicht die Verletzung bloß „ideeller“ Pflichten, sondern nur die „wirtschaftlich bedeutsamer“ Pflichten. Siehe auch *Tiedemann*, in: Bub/Mehle/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Peter Gauweiler zum 60. Geburtstag, 2009, S. 533 (536): Interpretatorische Beschränkung auf „gravierende und eindeutige Verletzungen gesetzlicher oder vertraglicher (arbeitsvertraglicher) Pflichten.“

⁴⁷ Siehe aber *Kneisel*, NK 2014, 324, 333; *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (194 f.). Ferner *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 3 (bedenklich weite Ausdehnung); *Lüderssen* (Fn. 29), S. 895 ff.

⁴⁸ Die „Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Unternehmen (muss) ein Potenzial enthalten, mit dem nicht nur der Geschäftsherr gefährdet wird“ sondern der Wettbewerb, so im Ansatz auch *Lüderssen* (Fn. 29), S. 893.

⁴⁹ *Gaede*, NZWiSt 2014, 280 (289 f.), schlägt hingegen ein untreueähnliches Geschäftsherrmodell vor, das die Verletzung „wirtschaftlich bedeutsamer“ Pflichten unabhängig vom Eintritt eines Vermögensschadens kriminalisiert. Dieser Vorschlag ist zwar tatbestandlich enger als der Referentenentwurf. Jedoch bezweifelt *Gaede* selbst die „nötige Dringlichkeit“ einer Kriminalisierung bloßer Pflichtverletzungen im Vorfeld von § 266 StGB (a.a.O., S. 289); zudem bleibt die Spannung zu § 266 StGB bestehen. Eine Kombination von Untreue und Wirtschaftsdelikt präferiert bereits *Schünemann* (Fn. 21), S. 522 f.

⁵⁰ *Rönnau*, JZ 2007, 1084 (1086).

⁵¹ Siehe aber *Kienle/Kappel*, NJW 2007, 3530 (3534).

Unternehmen vorbereitet wird, widerspricht den Prinzipien des Leistungswettbewerbs.⁵²

Eine solche schutzzweckbezogene, eingrenzende Auslegung eines Straftatbestandes durch eine Filterung der außerstrafrechtlichen Bezugsnormen ist als methodisches Vorgehen innerhalb der objektiven Zurechnung anerkannt.⁵³ Deren Grundsätze prägen zunehmend auch die Auslegung des Wirtschaftsstrafrechts.⁵⁴ Da die betrieblichen Compliance-Pflichten den Filter der strafrechtlichen Zurechnungslehre passieren müssen (asymmetrisch-ingeschränkte Akzessorietät), kann auch keine Rede davon sein, dass der Geschäftsinhaber nach seinem Belieben die Reichweite der strafrechtlichen Verbotszone bestimmen könne.⁵⁵ Hat die Pflicht keinen Bezug zum Wettbewerbsschutz oder ist sie zur Erreichung dieses Zwecks unverhältnismäßig streng, ist ihre Verletzung nicht tatbestandsmäßig. Die schutzzweckbezogene Auslegung der in Bezug genommenen Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Unternehmen ist schließlich auch praktikabel. Denn anders als noch vor fünf oder zehn Jahren existieren in der Mehrzahl großer und mittlerer Unternehmen heute schriftlich fixierte Compliance-Pflichten.⁵⁶ Dort, wo solche Codes of Ethics noch fehlen, kann der Inhalt der Compliance-Norm im Wege der Auslegung bestimmt werden. Orientierungspunkt ist dabei die Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers den objektiven Sorgfaltsanforderungen gerecht wird, die ein Unternehmen an seine Mitarbeiter richtet, damit diese Entscheidungen nach Maßgabe wettbewerblicher Kriterien treffen.⁵⁷

Um deutlich zu machen, dass nach § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB nicht die Verletzung jedweder Pflicht tatbestandsmäßig ist, bietet sich folgende Formulierung an:

„2. im Rahmen von Geschäftsvorgängen seine wettbewerbsbezogenen Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt.“

⁵² Im Ansatz auch *Zöller*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), *Gemeinwohl im Strafrecht*, 2013, S. 217 (223).

⁵³ Statt aller *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 84 ff.

⁵⁴ Für § 266 StGB: *Kubiciel*, *NStZ* 2005, 353 (357 ff.); *ders.*, *StV* 2014, 91 (92); ähnlich: *Kratz*, *ZStW* 123 (2011), 477; *Rönnau*, *ZStW* 119 (2007), 887; *Saliger*, *HRRS* 2006, 10 (18). Vgl. zur Bedeutung der objektiven Zurechnung für § 263 StGB *Gaede*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, *Strafrecht als Scientia Universalis*, S. 967.

⁵⁵ Siehe aber *Rönnau* (Fn. 30), Rn. 81; *Zöller*, *GA* 2010, 137 (145).

⁵⁶ Vgl. zu dieser Form der Kodifizierung *Zimmermann*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, 9. Kap. A. Rn. 12 ff.

⁵⁷ Vgl. auch *Krick*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2, der zutreffend betont, dass auch der Geschäftsherr ein Interesse daran habe, dass die Angestellten Entscheidungen nach Maßgabe wettbewerblicher Kriterien treffen.

3. Änderung des § 301 StGB

Der Referentenentwurf greift den Vorschlag, die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Offizialdelikte umzuwandeln,⁵⁸ nicht auf. Auch fortan wird die Tat daher nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, wenn nicht die Strafverfolgungsbehörden ein besonderes öffentliches Interesse geltend machen. Dies passt freilich nicht zu der auch vom Gesetzgeber geteilten Erkenntnis, dass § 299 StGB primär den Wettbewerb und damit eine wesentliche Institution unseres Gemeinwesens schützt und nicht etwa individuelle Interessen. Diese Verfolgungsbeschränkung wird teilweise dadurch ausgeglichen, dass § 301 Abs. 2 StGB die Strafantragsbefugnis auf Verbände und Kammern ausdehnt, allerdings – wie die Neuregelung klarstellt – nur für die Fälle des § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB. Mit dem hiesigen Ansatz, die neue Tatvariante der Nr. 2 auf das Wettbewerbsmodell zu stützen, ist diese eingeschränkte Antragsbefugnis indes vereinbar.⁵⁹ Denn die neuen Tatvarianten erfassen nur jene spezifische Gefährdung des Wettbewerbs, die von der Verletzung von gegenüber dem Unternehmen bestehenden Compliance-Pflichten ausgeht.

III. Ausblick: Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a StGB)

In sachlichem und systematischem Zusammenhang mit der Änderung des § 299 StGB steht ein anderes Vorhaben, das seit einigen Jahren intensiv diskutiert wird: die Einführung einer Strafvorschrift gegen Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen.⁶⁰ Angesichts der enormen ökonomischen und sozialen Bedeutung des Gesundheitssektors und der Vielfalt strafwürdiger korruptiver Kooperationsformen ist die Einführung eines Straftatbestandes kriminalpolitisch sachgerecht und verfassungsrechtlich unbedenklich.⁶¹ Der Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung kündigt an, dass der Gesetzgeber einen „neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen“ werde.⁶² Inzwischen liegen zwei Gesetzentwürfe vor. Ein im letzten Jahr vom Bundesrat beschlossener Gesetzesvorschlag enthält eine Regelung, die sich an § 299 StGB anlehnt. Als Tathandlung verbietet die Vorschrift zum einen die Bevorzugung eines anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb und zum anderen eine „sonstige unlautere Beeinflussung“ einer Verord-

⁵⁸ *Müller/Wabnitz/Janovsky*, *Wirtschaftskriminalität*, 4. Aufl. 1997, S. 249.

⁵⁹ Siehe aber *Vogel* (Fn. 31), S. 405.

⁶⁰ Siehe die Beiträge von *Duttge* und *Murmann*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2011, S. 3 ff.; 113 ff.; sowie *Köbel*, *StV* 2012, 592; *ders.*, *NStZ* 2011, 195

⁶¹ Näher dazu *Kubiciel/Tsambikakis*, *medstra* 2015 Heft 1. Tendenziell a.A.: *Geiger*, *NK* 2013, 136; *Lindemann*, in: *Lindemann/Ratzel* (Hrsg.), *Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen*, 2013, S. 225; *H. Schneider*, *HRRS* 2013, 473.

⁶² „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12.2013, S. 55.

nungsentscheidung.⁶³ Letzteres ist problematisch, weil die entscheidende Frage nach den Kriterien für die Bestimmung der Unlauterkeit offen bleibt. Ein zweiter Entwurf – der des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz⁶⁴ – trägt dem Rechnung, indem er nicht von einer unlauteren Beeinflussung spricht, sondern auf eine Pflichtverletzung abstellt. Zudem nimmt er – anders als der Referentenentwurf des Bundes zu § 299 StGB – eine Spezifizierung der in Bezug genommenen Pflichten vor: Straftatbestandsmäßig soll nur die Verletzung von „Berufsausübungspflichten“ sein. Indes zeigt die Spezifizierung, dass der Diskussionsentwurf des StMJ die – nach hiesiger Überzeugung – ungünstigste Konzeptualisierung der Korruption im geschäftlichen Verkehr heranzieht: das Prinzipal Agent-Modell. Damit ist der bayerische Vorschlag sämtlichen Einwänden ausgesetzt, die gegen eine weit reichende und undifferenzierte Übernahme (arbeitsrechtlicher) Pflichten durch den Referentenentwurf zu § 299 StGB vorgebracht werden. Ausräumen lassen sich diese nur durch eine Präzisierung der in Bezug genommenen Pflichten.⁶⁵

Insofern steht der Gesetzgeber bei der Kriminalisierung der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen vor ähnlichen Schwierigkeiten wie die Verfasser eines unionsrechtskonformen § 299 StGB. Die vorstehenden Ausführungen zu § 299 StGB sollten aber gezeigt haben, dass diese Probleme lösbar sind. Folglich kann die Große Koalition im Jahr 2015 nicht nur den Anwendungsbereich des § 299 StGB an europäische Vorgaben anpassen, sondern auch eine – politisch wie rechtlich nicht vermittelbare – Strafbarkeitslücke bei der Korruption von Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe schließen. Dogmatische Hindernisse stehen dem nicht im Wege. Vielmehr zeigt die im Februar 2014 beschlossene Umgestaltung des § 108e StGB, wie leicht und schnell der Gesetzgeber verfassungsrechtliche und dogmatische Hürden zu nehmen vermag, die seit Jahrzehnten als unüberwindlich dargestellt worden sind – wenn der politische Wille zu handeln vorhanden ist.⁶⁶ So gesehen sind die – seit Jahren debattierten und von der Bundesregierung angekündigten – Reformen der Bestechungstatbestände ein Lackmustrtest für die Bedeutung, welche die Bundesregierung der Korruptionsbekämpfung tatsächlich beimisst.

⁶³ BR-Drs. 451/13.

⁶⁴ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, vgl. Fn. 15.

⁶⁵ Dazu *Kubicziel/Tsambikakis*, *medstra* 2015, Heft 1.

⁶⁶ Dazu *Kubicziel/Hoven*, *NK* 2014, 340.

Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit

Von Wiss. Mitarbeiter Tobias Oliver Kulhanek, Erlangen-Nürnberg*

I. Einleitung

Das Strafrecht schützt nicht alle Rechtsgüter und auch die geschützten nicht umfassend, sondern nur gegen einzelne Angriffsarten. Jenseits dieser tatsächlichen Beschreibung ist jedoch vieles umstritten. So etwa die Frage, ob dieser fragmentarische Charakter des Strafrechts einen Mangel des Gesetzes darstellt, welchen es durch Auslegung zu mindern gilt,¹ ob es sich hierbei um ein „kriminalpolitisches Postulat“ des Gesetzgebers handelt,² oder ob er gleichsam ein aus dem Verfassungsrecht erwachsendes Prinzip darstellt.³ Auch die Terminologie ist teilweise unklar. Neben bzw. zusammen mit der fragmentarischen Natur werden noch die Subsidiarität und die ultima ratio-Funktion genannt, wobei die Begriffe zum einen fließend sind und zum anderen auch ineinander greifen.⁴

II. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur

Vorliegend soll es weniger um die allgemeine Subsidiarität des Strafrechts i.S.v. Nachrangigkeit strafrechtlicher Sanktionen gegenüber anderen Eingriffen auf verwaltungsrechtlicher bzw. ordnungsrechtlicher Ebene gehen. Vielmehr ist die (bewusste) Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes bzw. der strafrechtlichen Drohung als ultima ratio im Hinblick auf die Wirksamkeit desselben in den Vordergrund zu rücken. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts ist dabei nicht etwa bloße Folge von bestimmten Auslegungsentscheidungen, sondern ein Grundprinzip,⁵ an welchem sich die Auslegung (auch) zu orientieren hat.⁶ Dabei ist der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationstopos keinesfalls unbestritten. So wird etwa vorgebracht, dass nur ein systematisches Strafrecht den zentralen Begründungsaspekt zur Einschränkung der menschlichen Freiheit durch Strafe liefern und daher dem Begriff des „Rechts“ bzw. des rechtsstaatlichen Handelns Genüge tun könne.⁷ Ein Fragment sei demgegenüber entsprechend seiner Definition stets nur ein

Bruchstück ohne systematischen Anspruch,⁸ so dass eine Fragmentarität auch nicht als ein gedankenleitender Aspekt anzusehen sei. Das Strafrecht verfolgt nun aber – abgesehen vom Anspruch des Rechtsgüterschutzes als Legitimationsmodell⁹ – gerade kein so verstandenes ganzheitliches System im Sinne eines allumfassenden Prinzips, bei dem das Prinzip aus seinen Teilelementen und diese wiederum unmittelbar aus dem Prinzip selbst verständlich werden.¹⁰ Es beschränkt sich vielmehr bewusst auf bestimmte (weil sozialetisch in besonderem Maße als strafbedürftig und strafwürdig empfundene) Akzentuierungen, um einen größtmöglichen Rechtsgüterschutz ohne übermäßigen Verlust der persönlichen Freiheit des Einzelnen, aber auch von Kollektiven, zu ermöglichen. Auf diese Weise ist der fragmentarische Charakter jedoch sehr wohl Teil eines Gesamtkonzepts, indem er präzisierend den Randbereich strafbaren Handelns eingrenzt, um so diejenigen Prozesse in Gang zu setzen, die man gemeinhin als Inbegriff der (positiven wie negativen) Generalprävention ansieht und dem Legitimationsmodell Rechtsgüterschutz erst zu umfassender Wirkkraft zu verhelfen.¹¹ Ohne einen gewissen Fragmentcharakter in Kauf zu nehmen, lässt sich letztlich ein hinreichend bestimmter Rechtsgüterschutz, der seinerseits positiv integrativ sowie negativ abschreckend präventiv wirkt, gar nicht realisieren. Die in diesem Sinne verstandene Systematik und Fragmentarität sind somit keine sich ausschließenden Gegenparts, sondern letzteres dient nicht zuletzt auch der nachhaltigen Verwirklichung des „Systems“ eines rechtssicheren, bestimmten und wirkungsvollen Rechtsgüterschutzstrafrechts. Gerade im Wirtschaftsstrafrecht, welches immer wieder als Stein des Anstoßes der Empörung insbesondere auch über als kriminell empfundenes Unternehmenshandeln fungiert und damit ein zentraler Teil etwaiger Verbandsstraftaten sein dürfte, ist zwar eine gewisse expansorische Tendenz des Strafrechts nicht in Abrede zu stellen.¹² Dies steht einer Argumentation mit Hilfe des fragmentarischen Charakters auch auf diesem Gebiet jedoch nicht entgegen.¹³ Die massive Kritik an dieser expansiven Praxis¹⁴ zeigt

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, § 6 S. 20.

² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 101.

³ *Hefendehl*, JA 2011, 401 (403 ff.).

⁴ Vgl. *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660 (668 f.).

⁵ *Peters*, ZStW 77 (1965), 470 (475).

⁶ Vgl. zur Unterscheidung von rein deskriptiver Fragmentarität als Folge des nullum crimen-Satzes und präskriptiver Fragmentarität als Postulat eines Ausnahmecharakters der Strafnorm in einem freiheitlichen Rechtsstaat *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660 (665 ff.).

⁷ Vgl. zur Notwendigkeit eines systematischen Strafrechts eingehend *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (692 ff.).

⁸ *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (696).

⁹ Siehe *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor. § 1 Rn. 109 ff.

¹⁰ Siehe hierzu umfassend *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (696 ff. m.w.N.).

¹¹ Dazu, dass eine gewisse Fragmentarität in einem freiheitlichen Strafrecht auch unter der Prämisse eines notwendig systematischen Strafrechts im Hinblick auf Fragen der Rechtssicherheit notwendig bzw. sogar unausweichlich ist, vgl. *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (707 f.).

¹² *Prittwitz*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 53 (56).

¹³ *Kühl*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik,

vielmehr eindrucksvoll, wie wichtig es ist, sich in Gesetzgebungs- ebenso wie in Auslegungsfragen darauf zu besinnen, dem Rechtsgüterschutz durch „die Klugheit der Beschränkung“¹⁵ besondere Wirkkraft zu verleihen. Die strafrechtliche Regulierung muss in Abwägung mit dem Allgemeininteresse nach einer bestimmbaren, vorhersehbaren und effektiven Strafverfolgung auf ein angemessenes Maß beschränkt werden. Rechtssicherheit als das gewährleistete Vertrauen in das Bestehen des Rechts und in seine gerechte Handhabung¹⁶ setzt als Strukturelemente Erkennbarkeit, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit voraus. Erkennbarkeit dahingehend, dass das Recht durch Reduktion von Komplexität klar und übersichtlich sein muss.¹⁷ Berechenbarkeit als Garantie gleichmäßigen und vorhersehbaren staatlichen Handelns.¹⁸ Und Verlässlichkeit in dem Sinne, dass trotz der aufgrund des Erfordernisses sozialer Effektivität notwendigen Anpassungen eine gewisse Kontinuität des Rechts vorherrscht.¹⁹ In diesem Zusammenhang steht es nun freilich dem Gesetzgeber frei, durch die Schaffung neuer Straftatbestände eine Ausweitung des Rechtsgüterschutzes herbeizuführen. Problematisch ist jedoch, wenn „altbewährte“ Tatbestände herangezogen werden, um neue Phänomene, die etwa von der Öffentlichkeit als vermeintlich strafbedürftig und strafwürdig ausgemacht wurden,²⁰ unter Strafe zu stellen. Zwar ist zuzugeben, dass ein ausnahmsloser Schutz keine Lücke belässt, welche einen möglichen Anreiz für moralisch fragwürdiges Verhalten bietet.²¹ Allerdings darf man auf diese Weise nicht zu einer Verabsolutierung des vermeintlichen strafrechtlichen Schutzes gegenüber jedwem als ungerecht empfundenen Ergebnis gelangen. Straftatbestände müssen gem. Art. 103 Abs. 2 GG sowohl in ihrer wörtlichen Fassung als auch in der ihnen widerfahrenden Auslegung hinreichend bestimmt sein.²² Subsumiert man sämtliche moralisch anstößigen Verhaltens-

weisen unter bestehende Tatbestände, die teilweise mit völlig anderen Gedanken geschaffen wurden, so verschwimmt die erforderliche Grenze und eine abschreckende oder normbestätigende Wirkung ist ausgeschlossen.²³ Beschränkt man den strafrechtlichen Schutz/die strafrechtliche Drohung dagegen bewusst und bestimmt auf die Bereiche, in denen der gesellschaftlichen Sozialmoral am stärksten zuwidergehandelt wird, hebt man zugleich den moralischen Mindeststandard plakativ und demonstrativ hervor,²⁴ wodurch die besondere Wirkkraft des Strafrechts als ultimativer Drohung i.S.d. Theorie von der (positiven wie negativen) Generalprävention²⁵ besonders effektiv zur Geltung gelangt.²⁶

III. Die Frage nach einem Deliktskatalog für ein etwaiges Verbandsstrafrecht

Zur Exemplifikation sei eine Nuance der immer wieder aktuellen Frage der Unternehmens- bzw. Verbandsstrafbarkeit genannt. Es kann hierbei vorliegend dahinstehen, ob diese über ein Zurechnungsmodell oder über eine originäre Verbandschuld (mittels Organisationsverschulden, als streng systemtheoretischer Ansatz oder Modell ausschließlich kollektiver Sinnbestimmung) konstruiert wird.²⁷ Denn macht man sich klar, dass der Schuldgrundsatz in seiner konkreten Ausformung nicht etwa starr, sondern wandelbar ist, so erscheint die Definition einer Verbandsschuld durchaus möglich, denn Verbände sind reale, eigenständige Ziele verfolgende und lernfähige soziale Subjekte.²⁸ Jedenfalls sind definitorische Ansätze wie der Schuldbegriff immer auch Ausdruck einer rechtspolitischen Wertentscheidung.²⁹ Und das Strafrecht hat sich längst von den unverrückbaren Kategorien klassischer Strafrechtslehre gelöst, um so insbesondere den Anforderungen der modernen Wirtschaftsdelinquenz effektiv begegnen zu können.³⁰ Insofern ist die gesetzliche Normierung eines auch auf Kollektive anwendbaren Schuldbegriffs unschwer vorstellbar.³¹ Weitgehend unbeachtet von der allgemeinen Diskussion um die Einführung einer Verbandsstrafbarkeit ist jedoch, inwieweit diese als allgemeiner Verweis oder mittels

Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 29 (36); *Jahn*, wistra 2013, 41.

¹⁴ Vgl. bspw. *Prittitz* (Fn. 12), S. 53 ff. und *Hamm*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Fn. 12), S. 44 sowie *ders.*, NJW 1998, 662.

¹⁵ *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (692).

¹⁶ *Scholz*, Die Rechtssicherheit, 1955, S. 4.

¹⁷ v. *Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, S. 104 f.

¹⁸ *Rümelin*, Rechtssicherheit, 1924, S. 9.

¹⁹ v. *Arnauld* (Fn. 17), S. 105; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660 (665 f.).

²⁰ Vgl. zu der Erscheinung, dass es heutzutage scheinbar keine Naturkatastrophe, kein Eisenbahnunglück o.Ä. gibt, ohne dass reflexhaft nach einem Verantwortlichen gerufen würde, der das hätte vorhersehen und verhindern müssen und dafür dann auch einzustehen hat, *Bloy*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung*, für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, 2003, S. 9 (20).

²¹ *Maiwald*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 9 (17).

²² BVerfG NSTz 2010, 626 (627): Präziserungsgebot.

²³ Für die negative Generalprävention ebenso *Hefendehl*, JA 2011, 401 (403).

²⁴ *Maiwald* (Fn. 21), S. 16: sittenbildende Kraft des Strafrechts.

²⁵ Vgl. hierzu *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Einl. Rn. 64 ff. m.w.N.

²⁶ A.A. *Maiwald* (Fn. 21), S. 15 ff., der jedoch zu einem ähnlichen Ergebnis unter Rückgriff auf den Schuldgedanken kommt, S. 19 ff.

²⁷ Vgl. hierzu insgesamt *Kirch-Heim*, *Sanktionen gegen Unternehmen*, 2007, passim; *Kindler*, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2008, passim, jeweils m.w.N.

²⁸ *Dannecker*, GA 2001, 101 (108).

²⁹ *Kudlich/Oglakcioglu*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 89.

³⁰ *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (265).

³¹ *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 18 Rn. 27.

eines abschließenden Deliktskatalogs erfolgen soll.³² Im Rahmen dieser Frage kann der fragmentarische Charakter des Strafrechts herangezogen werden.

1. Stärkere Autorität des Verbandsstrafrechts aufgrund Criminal Compliance-Bemühungen

Nun lässt es sich nicht leugnen, dass das Strafrecht in der heutigen Rechtspolitik reflexartig als Wundermittel gegen nahezu alle gesellschaftlichen Exzesse gepriesen wird und als solches auch fungieren soll.³³ Daher mag es zunächst vielleicht etwas altmodisch anmuten, wenn auf die fragmentarische Natur rekuriert wird, um damit die Ausdehnung der Verbandsstrafbarkeit zu eruieren. Ein solcher Gedankengang führt jedoch fehl. Das Strafrecht bedarf ob seiner einschneidenden Wirkungen und seiner sozialetischen Konnotation einer besonderen Rechtfertigung sowie eines zurückhaltenden Einsatzes. Hat man sich nun schließlich einmal durchgerungen, trotz der geltend gemachten Bedenken eine Strafbarkeit von Kollektiven einzuführen, so hat man sich dafür entschieden, dass eine kriminalrechtliche Regulierung gerade unerlässlich ist, um den Problemen einer um sich greifenden Verbandsdelinquenz Herr zu werden. Die strafrechtliche Kontrolle darf jedoch auch innerhalb eines eingeführten Verbandsstrafrechts nur so weit reichen, wie nicht verwaltungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen ausreichend sind (ultima ratio-Gedanke). Es sollten somit nur solche Tatbestände Teil einer Verbandsstrafbarkeit sein, in welchen sich typischerweise der einem Kollektiv zukommende, insoweit über den Machtbereich seiner Mitglieder hinausgehende, Einfluss realisiert. Allein dort ist eine Verbandsstrafe sinnvoll. Dies verhilft dem Verbandsstrafrecht im Ergebnis sogar zu stärkerer Autorität, da es auf größere Akzeptanz stößt, und zu besserer Wirkkraft, weil die Criminal Compliance-Abteilungen sich so auf die relevanten Bereiche konzentrieren können. Eine genaue Codierung Recht/Unrecht führt dazu, dass den Verbänden (respektive deren Criminal Compliance-Beauftragten) ihr kriminogenes Machtpotenzial in den wesentlichen Bereichen genau vor Augen geführt wird, sodass eine fein justierte Behebung oder zumindest Abmilderung der auf diesem Gebiet bestehenden Defizite möglich ist. Dies gestattet ein optimales Zusammenwirken zwischen internem und staatlichem Regelungssystem zur Verhinderung von Verbandsdelinquenz.³⁴ Wird ein bestimmtes Delikt in auffällig häufiger Zahl von Mitgliedern eines Verbands im Rahmen des typischen Verbandshandelns begangen, so folgt darauf die Überlegung, ob dem betreffenden Verband nicht die Aufgabe zukommt, seine Organisationsstrukturen dahingehend zu überprüfen, ob sich

die Rechtsgutsverletzungen durch seine Mitglieder bei veränderter Verbandsphilosophie oder durch verbesserte Kontrollmechanismen verringern lassen. Wird ein Delikt dagegen nahezu nur von Tätern, die nicht Teil eines Verbands sind, oder außerhalb ihrer Verbandstätigkeit verübt, erübrigt sich diese Fragestellung für die Criminal Compliance-Abteilungen und durch die Strafdrohung wäre keine zusätzliche Prävention erreicht.

2. Genaue Erfassung der systemischen Dimension

Zugegeben, eine möglichst umfassende Bekämpfung verbandsdelinquenten Verhaltens gestattet ein allgemeiner Verweis. Aus Perspektive der Organisationssoziologie ergeben sich mannigfaltige Neutralisationsmechanismen, welche die Bereitschaft des handelnden Individuums zur Begehung einer Straftat erhöhen,³⁵ und zwar unabhängig von der Art des Delikts. Durch die Statuierung eines wie auch immer gestalteten Katalogs besteht stets die Gefahr, dass als misslich empfundene Strafbarkeitslücken entstehen. Dies gilt umso mehr, als man eigentlich für jeden Verband einen eigenen Katalog entwerfen müsste, da jeder Verband in verschiedenen Gebieten tätig ist und daher unterschiedliche Gefahrenpotenziale besitzt. Dies ist aus Gründen der Gleichheit jedoch nicht möglich.³⁶ Einen Deliktskatalog, welcher stärker auf bestimmte kriminogene Bereiche abstellt, kann man als verhaltensbezogene Differenzierung insbesondere im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter rechtfertigen. Einen Verband aber für ein Delikt zu bestrafen, für welches ein anderer Verband nicht einzustehen hätte, nur weil sie zu Gruppen mit unterschiedlichem Verbandszweck gehören, ließe sich mit Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG nicht vereinbaren. In rechtspolitischer und kriminologischer Hinsicht bestehen erhebliche Unterschiede zwischen bspw. Wirtschaftsunternehmen und politischen Verbänden.³⁷ Ein Katalog, der zu einseitig auf bestimmten gesetzgeberischen Motiven aufgebaut ist, läuft daher leicht Gefahr, dass er bestimmte Formen von Verbandsdelinquenz versehentlich vernachlässigt oder gar ausspart. Ein allgemeiner Verweis unter Hinzuziehung eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals des verbandstypischen Handelns und eine damit einhergehende Verschiebung auf die Ebene der Auslegung scheint dieses Problem zu lösen. Gegen die Befürchtung, dass eine solche Auslegung in der Praxis nicht restriktiv genug gehandhabt würde, sondern vielmehr jedes Delikt konstruierbar sei und damit im Ergebnis auch konstruiert würde, ließe sich z.B. einwenden, dass nach nahezu einhelliger Ansicht³⁸ keine mittelbare Täterschaft bei eigenhändigen Delikten möglich ist und sich dies eben durch Auslegung und nicht etwa mit Hilfe eines Negativkatalogs ergibt.³⁹

³² Vgl. hierzu *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933, passim; *Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958, passim; *Kudlich*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 217 ff.

³³ *Hamm*, NJW 1998, 662.

³⁴ *Sieber*, in: *Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter* (Fn. 13), S. 449 (459); *Kudlich*, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013, S. 209 (220, 225).

³⁵ *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (261).

³⁶ *Schmitt* (Fn. 32), S. 191.

³⁷ *Kirch-Heim* (Fn. 27), S. 17.

³⁸ *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.7.2014, § 25 Rn. 30; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 3 jeweils m.w.N.

³⁹ *Kudlich* (Fn. 32), S. 219 f.

Allerdings verkennt eine solche Argumentation die Dimension der Fragestellung. Es geht bei der Frage danach, welche Straftaten sinnvollerweise von Verbänden begangen werden können, um eine viel weitreichendere Fragestellung, als bei jener, welche (wenigen) Delikte nicht „durch ein menschliches Werkzeug“ begangen werden können. Außerdem ist an dieser Stelle auch auf die dogmatischen Einwände gegen eine Verbandsstrafbarkeit als solche zurückzukommen. Wenn man sich aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten bzw. aus Gründen praktischen Erfordernisses für die Einführung entscheidet, so streiten diese in jedem Falle für die Statuierung eines abschließend und möglichst restriktiv gefassten Deliktskatalogs.⁴⁰ Es lassen sich etwa die Friktionen mit dem Schuldprinzip nur dann glaubwürdig lösen, wenn die Verbandsstrafbarkeit auf jene Bereiche beschränkt wird, in welchen den Verband auch wirklich ein Vorwurf treffen kann und in denen die Phänomene der organisierten und strukturierten Unverantwortlichkeit gehäuft vorkommen. Kriminologisch betrachtet kann die Verbandskultur in vielfacher Hinsicht als Neutralisationstechnik fungieren, so z.B. als nachträgliche Selbstentlastung hinsichtlich des begangenen Unrechts oder als dem kriminellen Verhalten vorausgehendes Denkmuster, welches selbigem überhaupt erst den Weg bereitet.⁴¹ Auch diese Erscheinungen werden für manche Delikte jedoch eher Geltung beanspruchen als für andere. Man darf durch unbestimmte Tatbestandsmerkmale keine uferlosen Interpretationsspielräume schaffen und so Gefahr laufen, dass Schuldmomente jenseits der bloßen Rechtsschuld Berücksichtigung finden.⁴²

Das bloße Ausnutzen der Mittel des Verbands durch den Individualtäter kann ebenso wenig genügen, wie dass sich ein Delikt denkbar in den Ablauf einer Verbandstätigkeit einpassen kann; dies verleiht keine systemische Dimension.⁴³ Es geht darum, die Delikte zu erhalten, bei denen sich in der Großflächigkeit systembedingter Vorgänge die Einmaligkeit der tatbestandlichen Verletzung verliert.⁴⁴ Um eine originäre Verbandsschuld glaubwürdig zu begründen, darf sich ein Verbandsdelikt nicht in irgendeiner strafbaren Handlung eines Organs oder Vertreters im Tätigkeitbereich des Verbands erschöpfen, sondern muss stets auch Ausdruck rechtswidriger Ausübung von Verbandsmacht sein.⁴⁵ Es geht schließlich um die Bestrafung der qualitativ eigenen Dimension des nicht mehr allein durch Einzelverhalten erklärbaren kriminellen Kollektivverhaltens. Das auf Rechtsgüterschutz angelegte deutsche Strafrecht hat demnach auch darauf zu achten, inwieweit ein bestimmtes Rechtsgut besonders anfällig und damit schützenswert gegenüber einem Angriff durch

Verbandshandeln ist. Hierfür kann etwa eine außergewöhnliche Intensität der verursachten Schäden⁴⁶ oder eine möglicherweise besondere Sozialschädlichkeit bei Handeln mit Verbandsbezug sprechen.⁴⁷

3. Exakte Abbildung der Straffähigkeit von Verbänden

Die nicht unproblematische Frage der Straffähigkeit von Verbänden kann ebenfalls nur dort bejaht werden, wo Sanktionen auch wirklich zu Verbesserungen führen können.

a) Grundsätzliche Verwirklichung der Strafzwecke im Hinblick auf Verbände

Nach der Theorie von der Spezialprävention ist der konkrete, besserungsfähige Täter zu bessern, der nicht besserungsbedürftige Gelegenheitstäter abzuschrecken und der nicht besserungsfähige Täter unschädlich zu machen.⁴⁸ Die maßgeblichen Entscheidungsträger eines Verbands werden gewillt sein, nach einer Bestrafung künftige Straftaten (auch aufgrund der negativen Publizitätswirkung einer Verurteilung) zu verhindern. Der abschreckende Aspekt trägt somit. Die diversen Gestaltungsmöglichkeiten einer Verbandssanktion ermöglichen es auch, durch erzwungene Umstrukturierungsmaßnahmen dem Gedanken der Besserung ebenso Rechnung zu tragen wie ein partielles Betätigungsverbot bis hin zu einer Auflösung der Sicherungsfunktion entspräche.⁴⁹

Der psychologische Zwang, den die negative Generalprävention auf potentielle Täter ausüben soll, damit diese sich rechtstreu verhalten,⁵⁰ lässt sich durch denkbare Sanktionen wie Transparenzvorschriften, Tätigkeitsbeschränkungen oder Zwangsverwaltung erreichen, so dass eine abschreckende Wirkung erzielt werden kann.⁵¹ Durch die Bestrafung wird der Allgemeinheit ferner demonstriert, dass delinquentes Ver-

⁴⁶ Busch (Fn. 32), S. 209.

⁴⁷ Gerade im Wirtschaftsstrafrecht etwa, welches häufig auch überindividuelle Rechtsgüter schützt, ist das Rechtsgut gegenüber Verbandshandeln in besonderem Maße schutzbedürftig. Großdimensionierte, kriminelle Verbandstätigkeiten beschädigen das Vertrauen der Bevölkerung in die Funktionsfähigkeit und die Integrität des Wirtschaftslebens nämlich in erheblich stärkerem Maße als dies bei einem Einzeltäter der Fall ist. Die Bedrohung scheint greifbarer und der Einzelne wirkt stärker ausgeliefert. Zumal bei Großorganisationen regelmäßig das Ausmaß der in Frage stehenden Tätigkeit bedeutender ist.

⁴⁸ v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126 ff., insb. S. 166.

⁴⁹ Kirch-Heim (Fn. 27), S. 173.

⁵⁰ Joecks (Fn. 25), Einl. Rn. 65; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 35 m.w.N.

⁵¹ Schünemann, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Fn. 13), S. 429 (446); Hefendehl, MschrKrim 86 (2003), 27 (42); Wohlers, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 32) S. 231 (242 f.), welcher wegen der Friktionen mit dem Schuldgrundsatz die Tauglichkeit einer Kriminalstrafe im Ergebnis jedoch verneint, S. 245 ff.

⁴⁰ A.A. Kudlich (Fn. 32), S. 219; ders. (Fn. 34), S. 218 f.

⁴¹ Hefendehl, MschrKrim 86 (2003), 27 (32).

⁴² Kaufmann, in: Henkel/Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 89 (104).

⁴³ Lampe, ZStW 106 (1994), 683 (708).

⁴⁴ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 290.

⁴⁵ Busch (Fn. 32), S. 206.

bandshandeln nicht geduldet wird,⁵² womit auch die positive Integrationsfunktion erfüllt wird.⁵³ Auf diese Weise wird auch dem wirtschaftsstrafrechtlichen Teufelskreis (Sogwirkung und Spiralwirkung von delinquentem Verhalten)⁵⁴ entgegengewirkt.⁵⁵

Prävention kann sich aber nur im Rücken stetiger und gleichmäßiger, gerechter Tatvergeltung vollziehen.⁵⁶ Dass die Bestrafung von Verbänden mit der Vergeltungstheorie vereinbar ist, wird jedoch zahlreich bestritten. Hierzu wird angeführt, dass zwar eine objektive Rechtsgutseinbuße erfolgen könne, Strafe ihrem Wesen nach aber auch als Übel empfunden werden müsse, was bei einem Verband nicht möglich sei.⁵⁷ Eine Sühneleistung sei dem Verband ohnehin nicht möglich.⁵⁸ Das ist richtig und schliesse eine Verbandsstrafbarkeit aus, soweit man tatsächlich verlangt, dass der Täter den Sinn der Strafe als verdientes Leiden für schuldhaftes Tun geistig verstehen kann.⁵⁹ Nun sind Einsicht, Buße und Läuterung zwar sicherlich wünschenswert, aber es handelt sich hierbei schon im Individualstrafrecht um einen nicht erzwingbaren autonomen Akt.⁶⁰ Zur Legitimation staatlichen Strafens taugt die Sühnefähigkeit daher nicht.⁶¹ Was die Vergeltungsfunktion angeht, so ist eine objektive Rechtsgutminderung zweifellos möglich. Eine Geldstrafe mindert das Vermögen, ein Betätigungsverbot schränkt die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ein.⁶² Hinzu kommt, dass der Verband als sinnkonstituiertes System durch seine Mitglieder zur Aufnahme der Sanktionsfolgen in der Lage ist. Strafe bedeutet nach dem Talionsgedanken Schuldausgleich. Erkennt man nun die Schuldfähigkeit von Verbänden an, so sind diese auch taugliche Empfänger des ausgesprochenen Tadels, die auferlegte Strafe ist als gerechte Ahndung des Normbruchs anzusehen.

b) Folgerungen für die Vorzugswürdigkeit eines Deliktskatalogs

Verbände sind somit mittels Strafe ansprechbar, da es sich um durch den Mitgliederbestand und die Organe mit Leben

erfüllte sinnkonstituierte Systeme handelt, bei denen verhängte Sanktionen zu Reaktionen innerhalb des Verbands führen können⁶³ (inwieweit die ausgeführten Präventionserwägungen kriminologisch tatsächlich tragen, ist vergleichbar dem Individualstrafrecht freilich nicht unumstritten; ebenso wenig wie die fragliche Präventionswirkung aber nicht zur Abschaffung der Individualstrafe geführt hat, können diese Zweifel allein auch nicht gegen die Einführung einer Verbandsstrafe sprechen⁶⁴). Organisatorische Präventionsmaßnahmen benötigen aber klare Referenzpunkte.⁶⁵ Diese können nur in eindeutig festgelegten Normen bestehen. Zudem gilt, dass repressive Verbandssanktionen nur in der richtigen Kombination präventive Wirkung entfalten.⁶⁶ Die Verbandsstrafen müssen somit abweichend von den Individualstrafen konzipiert werden. Man muss daher genau überlegen, für welches Delikt sich welche Strafe mit den herkömmlichen Strafzwecken verträgt. Eine solche Betrachtung erfolgt am sinnvollsten durch die Aufstellung eines Deliktskatalogs.⁶⁷

Die Kriterien für einen solchen Katalog können vorliegend nur angerissen werden. Sie lassen sich, auch unter Beachtung des eben Gesagten, grob folgendermaßen einteilen:

- Täterbezogenes Kriterium⁶⁸ (Wird das Delikt häufig von Mitgliedern eines Verbands im Rahmen üblicher Verbandstätigkeit begangen?)
- Systemisches Kriterium⁶⁹ (Besitzt die Tatbegehung eine systemische Dimension?)
- Angriffsbezogenes Kriterium⁷⁰ (Ist das Rechtsgut besonders anfällig/schützenswert gegenüber verbandsbezogenem Handeln?)
- Präventionsbezogenes Kriterium (Besteht eine besondere Aussicht auf Prävention⁷¹ bei Einführung einer Verbandsstrafe?)

IV. Fazit

Es bleibt somit festzuhalten, dass der fragmentarische Charakter des Strafrechts keine leere Hülse ist, sondern in vielerlei Hinsicht für die strafrechtliche Diskussion fruchtbar gemacht werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass sich nicht nur der Gesetzgeber, sondern häufiger auch die subsumierenden Organe der Rechtspflege dieses Prinzips besinnen. Die dargestellte Frage nach einem abschließenden Deliktskatalog für ein etwaiges Verbandsstrafrecht ist ein geeignetes Beispiel, um möglicherweise in naher Zukunft die aufgestellte Forderung in augenfälliger Weise zu erfüllen.

⁵² Böse, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 15 (16).

⁵³ Hefendehl, MschrKrim 86 (2003), 27 (42).

⁵⁴ Im Wettbewerb entsteht durch eine erste rentable Straftat auf die Mitbewerber eine Sogwirkung, welche im Ergebnis zum Anknüpfungspunkt für weitere, in ihrem kriminellen Gewicht gesteigerte Delikte werden kann, da der durch die erste Straftat erhaltene Wettbewerbsvorteil gesichert werden soll (Spiralwirkung).

⁵⁵ Kohlhoff, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, 2003, S. 352.

⁵⁶ Hassemer, ZIS 2006, 266 (272).

⁵⁷ Peglau, ZRP 2001, 406 (408).

⁵⁸ Leipold, NJW-Spezial 2008, 216 (217).

⁵⁹ Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, S. 116.

⁶⁰ Quante, Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen, 2005, S. 165.

⁶¹ Kirch-Heim (Fn. 27), S. 176.

⁶² Haeusermann, Der Verband als Straftäter, 2003, S. 156.

⁶³ Dannecker, GA 2001, 101 (115); a.A. Kudlich/Oglakcioglu (Fn. 29), Rn. 90.

⁶⁴ Kindler (Fn. 27), S. 293; Wohlers (Fn. 51), S. 242.

⁶⁵ Bock, wistra 2011, 201 (206).

⁶⁶ Kohlhoff (Fn. 55), S. 352; Wohlers (Fn. 51), S. 242 f.

⁶⁷ Busch (Fn. 32), S. 218.

⁶⁸ Kudlich (Fn. 32), S. 224.

⁶⁹ Kudlich (Fn. 32), S. 225.

⁷⁰ Kudlich (Fn. 32), S. 225 f.

⁷¹ Dazu, dass die Akzeptanz des Strafrechts heute im Wesentlichen auf Prävention beruhe Hassemer, ZIS 2006, 266 (269 f.): „Siegeszug der Prävention“.

Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung im Völkerstrafverfahren

Von Dr. Elisa Hoven, Köln*

„It is the victims and affected communities who are the ones to determine whether or not justice has been done. Victims are the Court's *raison d'être*.“

*Silvana Arbia, Registrar of the International Criminal Court*¹

I. Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung

In den vergangenen Jahren ist das „Opfer“ zunehmend in das Zentrum des Diskurses über die Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren gerückt.² Internationale und hybride Gerichte³ bedienen sich des Opfers, um die Bedeutung der eigenen Arbeit nicht nur für die Staatengemeinschaft, sondern auch für die Menschen in den Konfliktländern zu betonen. Auf der Website des Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) ist an prominenter Stelle zu lesen, der Auftrag des Tribunals sei Gerechtigkeit für die Opfer („bringing war criminals to justice, bringing justice to the victims“⁴). Eine ähnliche Rhetorik findet sich am Internationalen Strafgerichtshof (IStGH); im Fall Katanga and Chui erklärte der Ankläger: „our mandate is justice; justice for the

victims“⁵. Auch in der völkerstrafrechtlichen Literatur wird die Integration der Opfer in das Strafverfahren vielfach als unabdingbare Legitimationsvoraussetzung internationaler Tribunale verstanden: „International criminal justice has no choice but to move towards a victim constituency if its legitimacy and functional relevance are to be confirmed beyond the authority of legislative instruments and sponsor agencies.“⁶

Es werden jedoch zunehmend Gegenstimmen laut, die ein durch umfangreiche Partizipationsrechte geschaffenes „Zeitalter der Opfer“ nicht ausschließlich als Fortschritt bewerten.⁷ So sieht *Safferling* völkerstrafrechtliche Tribunale durch die Erwartungen an eine Überwindung von Opfertraumata überfordert und mahnt einen realistischen Blick auf ihre Möglichkeiten an.⁸ Die jüngere Praxis der internationalen Strafgerichte scheint die Zweifel am uneingeschränkten Nutzen einer Opferbeteiligung zu bestätigen. An den Tribunalen lässt sich eine Tendenz zur restriktiveren Handhabung der Opferrechte beobachten.⁹ Angesichts der großen Anzahl von Verletzten bestehen Bedenken an der Wahrung prozessualer Fairness und beschleunigter Verfahrensführung;¹⁰ die Mitwirkung von Opfern am internationalen Strafverfahren wird in der Literatur als zeit- und ressourcenintensiv¹¹ sowie als Gefahr für die Rechte des Angeklagten kritisiert.¹²

Die offenbar wachsende Diskrepanz zwischen dem formulierten Ideal einer Opferpartizipation als „*raison d'être*“ der internationalen Strafgerichtsbarkeit und ihrer Realität an völkerstrafrechtlichen Tribunalen wirft die Frage auf, in welchem Umfang eine Beteiligung der Verletzten am Verfahren zum einen theoretisch gerechtfertigt und zum anderen praktisch handhabbar ist. Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen Fragestellungen auf Grundlage einer kriminologischen Betrachtung. Dabei werden zunächst die Ergebnisse einer an den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

* Dr. Elisa Hoven ist Habilitandin bei Professor Dr. Claus Kreß am Institute for International Peace and Security Law der Universität zu Köln. Die dem Beitrag zugrunde liegende empirische Studie wurde in Zusammenarbeit mit der Universität Marburg sowie der Harvard Humanitarian Initiative, Harvard University, durchgeführt und vom DAAD sowie der Fritz Thyssen Stiftung unterstützt. Besonderer Dank gebührt Herrn Professor Dr. Thomas Weigend und Herrn Professor Dr. Claus Kreß für die kritische Durchsicht des Textes, Herrn Professor Dr. Christoph Safferling für die Begleitung der Studie sowie Tran Quoc Kim Vu für die Hilfe bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ *Arbia*, Remarks to the 11th session of the Assembly of States Parties, 2012, online unter: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E2BCA9-4F55-4C1C-938B-2107233D0A98/0/ASPI1OpeningREGSAIENG.pdf> (18.11.2014).

² *McCarthy*, *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 351 (353); *Elander*, *The International Journal of Transitional Justice* 7 (2013), 95; *Van Boven*, in: von Hebel/Lammers/Schukking (Hrsg.), *Reflections on the International Criminal Court, Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, S. 77 (87); *Bitti/Friman*, in: Lee (Hrsg.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, S. 456; *Bitti*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2 (2011), 293; *Baumgartner*, *International Review of the Red Cross* 90 (2008), 409; *Van den Wyngaert*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 44 (2011), 475.

³ Fortan wird der Begriff des internationalen Strafgerichts oder Tribunals einheitlich sowohl für rein internationale Gerichte (wie den ad hoc Tribunalen oder dem IStGH) als auch für hybride Gerichte verwendet.

⁴ Vgl. <http://www.icty.org> (18.11.2014).

⁵ Coalition for the ICC, Latest ICC Press Releases and Media Coverage on the opening of the confirmation hearing against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui v. 27.6.2008, online unter:

<http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=newsdetail&news=2731> (18.11.2014).

⁶ *Findlay*, *International Journal of Transitional Justice* 3 (2009), 183 (189).

⁷ *Safferling*, *ZStW* 122 (2010), 87; ähnlich auch *Turner*, *American Journal of International Law* 103 (2009), 116.

⁸ *Safferling*, *ZStW* 122 (2010), 87.

⁹ Ausführlicher zu den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia siehe II. 2.

¹⁰ War Crimes Research Office, *Victims' Participation before the International Criminal Court*, 2007, S. 8, online unter: <http://www.wcl.american.edu/warcrimes/documents/12-2007-Victim-Participation-Before-the-ICC.pdf> (18.11.2014).

¹¹ *De Hemptinne*, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 165 (168); *Bitti/Friman* (Fn. 2), S. 485.

¹² War Crimes Research Office (Fn. 10), S. 9; *Bitti/Friman* (Fn. 2), S. 486.

(ECCC) durchgeführten empirischen Studie zur prozessualen Mitwirkung der Verletzten präsentiert und diskutiert (II.); durch eine Befragung sowohl von Opfern als auch von Verfahrensbeteiligten wurden die Gründe für das Auseinanderfallen von Ideal und Wirklichkeit der Opferpartizipation multiperspektivisch beleuchtet. Ausgehend von den Befunden der Untersuchung werden unter III. allgemeine Überlegungen zur möglichen Rolle des Opfers im internationalen Strafprozess angestellt. Hierbei wird insbesondere erörtert, inwieweit sich nationale Konzepte von Opferpartizipation – wie die Privatklage, das Klageerzwingungsverfahren oder die Nebenklage – auf das Völkerstrafrecht übertragen lassen.¹³ Am Ende der Überlegungen steht der Versuch, neue Wege für eine sinnvolle Einbindung der Verletzten in das internationale Strafverfahren aufzuzeigen.

II. Empirische Erkenntnisse an den ECCC

1. Die historischen Hintergründe der ECCC

Am 17.4.1975 nahmen die Truppen Pol Pots die kambodschanische Hauptstadt Phnom Penh ein. Unter dem Regime der Roten Khmer, das bis zum 7.1.1979 dauern sollte, wurde das Land in einen kommunistischen Agrarstaat verwandelt, der Bildung, Kultur und Religion verbot. Banken, Krankenhäuser, Schulen wurden abgeschafft,¹⁴ Städte evakuiert und die Bevölkerung in Arbeitslager gezwungen. Intellektuelle und Angehörige des alten Regimes galten als Gefahr für die Ideen der Khmer Rouge; Tausende von ihnen wurden verhaftet, und getötet.¹⁵ Während der Herrschaft der Roten Khmer starben nach Schätzungen der Vereinten Nationen ca. 1,7 Millionen Kambodschaner an den Folgen von Gewalt, Unterernährung oder Zwangsarbeit.¹⁶ Angaben des Khmer Institute of Democracy zufolge verloren über 90 % der Kambodschaner in dieser Zeit mindestens ein Familienmitglied.¹⁷

Nach jahrelangen Verhandlungen zwischen der Staatengemeinschaft und der Regierung Kambodschas konnte im

Juni 2003 die Gründung der ECCC zur Aufarbeitung des Pol Pot-Regimes beschlossen werden. Durch einen bilateralen Vertrag wurden die Kammern als hybrides Gericht (das in Bezug auf die personelle Besetzung sowie das anwendbare Recht nationale und internationale Elemente verbindet) geschaffen und nahmen im Jahr 2006 ihre Arbeit in Phnom Penh auf.

Im ersten Verfahren der ECCC („Case 001“) hatte sich Kaing Guek Eav alias Duch zu verantworten, unter dessen Leitung im berüchtigten Gefängnis S-21 und den Killing Fields über 12.000 Menschen gefoltert und ermordet worden waren. Am 26.7.2010 verurteilte die Hauptverfahrenskammer den Angeklagten wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und schweren Verstößen gegen die Genfer Konvention von 1949 zu einer Freiheitsstrafe von 35 Jahren.¹⁸ Die Berufungskammer des Gerichts hob das Urteil am 3.2.2012 auf und verhängte gegen Duch eine lebenslange Freiheitsstrafe.¹⁹

Mit dem zweiten Verfahren („Case 002“) sollten zunächst Vorwürfe gegen vier hochrangige Funktionsträger der Roten Khmer; Ieng Sary (Außenminister unter Pol Pot), Ieng Thirith (damalige Sozialministerin), Nuon Chea (ehemaliger Präsident der Nationalversammlung und „Bruder Nr. 2“ in der Partei) sowie Khieu Samphan (Staatsoberhaupt Kambodschas von 1976 bis 1979) verhandelt werden. Das Verfahren gegen Ieng Sary wurde nach seinem Ableben am 14.3.2013 eingestellt; seine Ehefrau, Ieng Thirith, wegen ihrer Demenzerkrankung für verhandlungsunfähig erklärt und aus der Untersuchungshaft entlassen. Nach der ersten Anhörung im Juni 2011 wurde Case 002 durch eine „severance order“ des Gerichts in separate Verfahren untergliedert. Gegenstand des ersten Teilverfahrens, das am 7.8.2014 mit lebenslanger Freiheitsstrafe für beide Angeklagte endete, war die Zwangsumsiedlung der Bevölkerung; andere Verbrechen, wie Zwangsverheiratungen und Völkermord an Minderheiten, sollen anschließend verhandelt werden.

2. Die Opferbeteiligung an den ECCC

Die eigentlichen Rechtsgrundlagen des Gerichts erhalten keine selbstständige Regelung der Opferbeteiligung.²⁰ Erst

¹³ Mit dem Rückgriff auf das deutsche Verfahrensrecht soll nicht der Anspruch erhoben werden, nationale Modelle zum Maßstab des internationalen Strafprozesses zu erheben. Es kann jedoch sinnvoll sein, die sich in der – vergleichbaren – deutschen Diskussion herauskristallisierten Gedanken und Konzepte auch bei der Lösung ähnlicher Probleme im internationalen Verfahrensrecht in den Blick zu nehmen.

¹⁴ *Gottesman*, Cambodia After the Khmer Rouge, Inside the Politics of Nation Building, 2002, S. 25.

¹⁵ *Chandler*, A History of Cambodia, 1983, S. 213 ff., insb. S. 218-219.

¹⁶ Die Schätzungen schwanken zwischen 1,3 und 3,3 Millionen, da keine verlässlichen Zahlen über die Bevölkerungsgröße Kambodschas im Jahr 1975 vorhanden sind; siehe hierzu *Fawthrop/Jarvis*, Getting Away with Genocide? Elusive Justice and the Khmer Rouge Tribunal, 2005, passim.

¹⁷ Khmer Institute of Democracy, Survey on the Khmer Rouge Regime and the Khmer Rouge Tribunal 2004, 2004, online unter:

<http://www.bigpond.com.kh/users/kid/KRG-Tribunal.htm> (18.11.2014).

¹⁸ Das Strafmaß wurde jedoch wegen unzulässiger Inhaftierung durch den Cambodian Military Court (zwischen Mai 1999 und Juli 2007) um 5 Jahre auf 30 Jahre reduziert. Nach Anrechnung der Untersuchungshaft wäre zum Zeitpunkt des Urteilspruchs eine Freiheitsstrafe von 19 Jahren zu verbüßen gewesen, ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 26.7.2010 – 001/18-07-2007/ECCC/TC (Kaing Guek Eav).

¹⁹ ECCC (Appeals Chamber), Urt. v. 3.2.2012 – 001/18-07-2007/ECCC/SC (Kaing Guek Eav).

²⁰ Die Gründung der ECCC erfolgte durch bilaterales Abkommen zwischen Kambodscha und den Vereinten Nationen. Die Inhalte des Vertrags wurden durch das Gründungsgesetz des Gerichts (ECCC-Gesetz) in die nationale Rechtsordnung implementiert: Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea, 2003, online unter:

der Rückgriff auf die kambodschanische Verfahrensordnung, die nach der Intention der Vertragsparteien auf prozessuale Fragen Anwendung finden sollte,²¹ begründet die Möglichkeit einer Intervention als Nebenkläger.²² In seinen Internal Rules (IR) gestaltete das Gericht den Status der „Civil Party“²³ als grundlegende Form prozessualer Opferbeteiligung näher aus.

Um vor Gericht als Civil Party anerkannt zu werden, muss das Opfer einen physischen, materiellen oder psychologischen Schaden als direkte Folge eines von den ECCC verfolgten Verbrechens nachweisen. In Case 001 konnte eine Zulassung als Civil Party sowohl im Vorverfahren durch den Ermittlungsrichter (Regel 23 Abs. 3 IR) als auch im Hauptverfahren durch die Kammer (Regel 83 IR) erfolgen. Zur Beschleunigung des Verfahrensbeginns hatte die Hauptverfahrenskammer auf eine Entscheidung verzichtet und die Parteien vorläufig als Nebenkläger zugelassen. Angesichts fehlender Register und öffentlicher Dokumente gestaltete sich insbesondere der Nachweis familiärer Bindungen als Voraussetzung eines persönlichen Schadens durch den Verlust eines Angehörigen als schwierig. In seinem Schlussurteil sprach die Hauptverfahrenskammer 24 Opfern – nachträglich – den Status als Civil Party ab; die Berufungskammer hielt 10 der Ablehnungsentscheidungen aufrecht. In Case 002 wurden die Zulassungsentscheidungen über die 3988 Anträge bereits im Vorverfahren getroffen; derzeit nehmen 3850 Nebenkläger am Verfahren teil.²⁴

Die Ziele einer Beteiligung von Civil Parties werden in Regel 23 Abs. 1 IR festgelegt:

„The purpose of Civil Party action before the ECCC is to:

[http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement between UN and RGC.pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement%20between%20UN%20and%20RGC.pdf) (18.11.2014). Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea, 2004, online unter: <https://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/lawestablishmentkr.pdf> (18.11.2014). In Art. 23, 33 und 36 ECCC-Gesetz findet sich jedoch eine Erwähnung der Opferbeteiligung (nach Art. 23 können Opfer im Vorverfahren vom Ermittlungsrichter befragt werden; Art. 33 gewährleistet Schutzmaßnahmen für Opfer und Art. 36 berechtigt die Opfer zur Einlegung von Rechtsmitteln).

²¹ Dies ergibt sich bspw. aus Art. 12 Abs. 1 Agreement: „The procedure shall be in accordance with Cambodian law.“

²² Art. 5 der kambodschanischen Verfahrensordnung normiert das Recht des Opfers, als Civil Party am Verfahren teilzunehmen.

²³ Im nachfolgenden Abschnitt sollen (1) die Begriffe „Civil Party“, „Opfer“ (wenn im Kontext einer prozessualen Beteiligung genannt) und „Nebenkläger“ sowie (2) „Civil Party Lawyer“, Nebenklägervertreter und Opferanwälte synonym verwandt werden.

²⁴ 2122 wurden von den Ermittlungsrichtern, 1750 von der Vorverfahrenskammer zugelassen (die numerische Diskrepanz ergibt sich vermutlich aus dem Ableben oder späteren Verzicht zugelassener Nebenkläger).

a) Participate in criminal proceedings against those responsible for crimes within the jurisdiction of the ECCC by supporting the prosecution and

b) Seek collective and moral reparations, as provided in Rule 23quinquies“

Regel 23 Abs. 1 lit. a IR garantiert den Opfern die Möglichkeit einer aktiven Verfahrenspartizipation; sie haben – unter anderem – das Recht auf Akteneinsicht (Regel 86), das Recht schriftliche Stellungnahmen abzugeben (Regel 92) sowie Angeklagte oder Zeugen zu befragen (Regel 90, 91).

Im Vorverfahren wurde den Nebenklägern zunächst die Gelegenheit gegeben, sich selbst mündlich im Gerichtssaal zu äußern.²⁵ Die Civil Parties nahmen ihr Rederecht intensiv in Anspruch und gingen weit über die zu erörternden Rechtsfragen hinaus²⁶ – allen voran die US-amerikanische Nebenklägerin Theary Seng, die in ihrer ausführlichen persönlichen Stellungnahme nicht zuletzt ein von ihrer NGO publiziertes Buch bewarb.²⁷ Als Reaktion auf die hierdurch verursachten Verzögerungen des Verfahrens entschied die Kammer, dass fortan allein den Anwälten der Civil Parties ein Rederecht zustehe.²⁸ Die faktische Einführung eines Anwaltszwangs wurde von einigen Prozessbeobachtern als Fehlinterpretation der Verfahrensstellung einer Civil Party und „Rückschlag für die Opferrechte“²⁹ kritisiert. Die Entscheidung der Kammer beruhte jedoch auf der offenbar gewordenen Notwendigkeit, einer Zweckentfremdung des Gerichtssaals als Bühne für individuelle Anliegen außerhalb des eigentlichen Prozessgeschehens (auch im Interesse der übrigen Civil Parties) entgegenzuwirken.

Im Hauptverfahren von Case 001 wurden die Rechte der Civil Parties von vier verschiedenen Teams mit je einem kambodschanischen und einem internationalen Opferanwalt wahrgenommen. Somit waren bis zu acht Nebenklägeranwälte befugt, im Gerichtssaal Fragen zu stellen. Dies hatte eine Verzögerung der Verfahren sowie – da zwischen den Gruppen in der Regel keine Absprache der Befragungsstrategie er-

²⁵ Erstmals im Haftprüfungsverfahren gegen Nuon Chea.

²⁶ Kroker, Zivilparteien in Völkerstrafverfahren – Eine Analyse der Opferbeteiligung an den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 2012, S. 233.

²⁷ Mohan, International Criminal Law Review 9 (2009), 733 (752).

²⁸ ECCC (Pre-Trial Chamber), Entsch. v. 3.7.2008 – 002/19-09-2007/ECCC-OCIJ (PTC03, I. Sary, Written Version of Oral Decision of July 1 2008 on the Civil Party’s Request to address the Court in Person), Rn. 3.

²⁹ Bair, University of Hawaii Law Review 31 (2008-2009), 550; McGonigle, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 127 (143); Mohan, International Criminal Law Review 9 (2009), 733 (755); Thomas, Civil Party’s Repeated Attempts to Address Bench and Poor Management of Proceedings Force Worrying Precedent for Victim Participation Before the ECCC, 2008, S. 2.

folgte – unnötige Wiederholungen und interne Widersprüche zur Folge.³⁰

Die Unzufriedenheit mit einer als lähmend empfundenen Opferbeteiligung mag ein Grund für die zunehmend restriktive Rechtsprechung der Hauptverfahrenskammer in Case 001 gewesen sein.³¹ Einen besonderen Einschnitt in die Rechte der Nebenklage bedeutete die Entscheidung der Kammer vom 9.10.2009, mit der das Gericht die Civil Parties von der Befragung sogenannter „Charakterzeugen“ ausschloss und Stellungnahmen zur Strafzumessung untersagte.³² Da Aspekte der Strafzumessung für die Entschädigung der Opfer nicht relevant seien, verneinte die Kammer ein Partizipationsinteresse der Civil Parties in diesem Stadium des Verfahrens. In ihrer Entscheidung betonten die Richter, dass den Nebenklägern kein „allgemeines Recht zur – gegenüber den Anklägern – gleichberechtigten Verfahrensteilnahme“³³ zukomme und ihre Rolle nicht als die „eines zweiten Anklägers“ missverstanden werden dürfe.³⁴ Diese Beschränkung der Nebenklagerechte traf im Schrifttum zu Recht auf erhebliche Kritik³⁵ und führte zu einem Boykott der letzten Verfahrenswochen durch die Civil Parties.

In Case 002 erfuhr das Modell der individuellen Nebenklage eine grundlegende Veränderung. Die Civil Parties werden nunmehr als „consolidated group“ zusammengefasst, die im Gerichtssaal von einem kambodschanischen und einem internationalen Opferanwalt, den sogenannten „Lead Co-Lawyers“, zu vertreten ist.³⁶ Nach Rule 12 ter Nr. 3 IR obliegt den Lead Co-Lawyers die Aufgabe, Stellungnahmen der Civil Party Lawyer einzuholen und die Vertretung der Opfer im Konsens zu koordinieren. Durch die Einsetzung der Lead Co-Lawyer wurden die Rechte der einzelnen Civil Party

³⁰ Siehe beispielhaft ECCC, Protokoll v. 10.6.2009 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Transcript of Trial Proceedings, Kaing Guek Eav „Duch“, Trial Day 26), S. 70, online unter: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/E1_30.1_TR001_20090610_Final_EN_Pub.pdf (18.11.2014).

³¹ Zur restriktiven Rechtsprechung des Gerichts siehe *Werner/Rudy*, *Northwestern Journal of International Human Rights* 8 (2010), 301 (302).

³² ECCC, Entsch. v. 9.10.2009 – 001/18-07-2007/ECCC/TC (Decision on Civil Party Co-Lawyers’ Joint Request for a Ruling on the Standing of Civil Party lawyers to Make Submissions on Sentencing and Directions Concerning the Questioning of the Accused, Experts and Witnesses Testifying on Character), Rn. 28 f.; nachfolgend: ECCC, Submission on Sentencing.

³³ ECCC, Submission on Sentencing, Rn. 25 (no „general right of equal participation with the Co-Prosecutors“).

³⁴ ECCC, Submission on Sentencing, Rn. 42 (their role must not „transfer them into additional prosecutors“).

³⁵ Statt aller *Hoven*, *ZStW* 122 (2010), 706 (720 f.); *Kroker* (Fn. 26), S. 300.

³⁶ ECCC, Pressemitteilung v. 9.2.2010 (Press Release, 7th Plenary Session of the ECCC concludes), S. 1, online unter: http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/reports/7th_plenary_session_eng.pdf (18.11.2014).

Lawyers erheblich beschränkt. Waren sie in Case 001 noch unmittelbar zur Vertretung der Interessen ihrer Mandanten vor Gericht befugt, können sie sich in Case 002 nur mit Zustimmung der Lead Co-Lawyer an die Kammer wenden. Ziel der Reform war es, die Civil Parties mit einer einheitlichen Stimme im Verfahren zu repräsentieren und dem Gericht einen konstanten Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen.³⁷

Neben dem Recht auf Mitwirkung am Verfahren statuiert Regel 23 IR die Befugnis der Civil Parties, kollektive und ideelle („collective and moral“) Entschädigungen zu beantragen; individuelle finanzielle Leistungen sind hierdurch ausgeschlossen. In Absprache mit den Civil Parties hatten die Nebenklägervertreter in Case 001 den Bau von Pagoden, Bildungsprogramme sowie psychologische und medizinische Unterstützung für die Opfer des Khmer Rouge Regimes gefordert. Die Kammer lehnte die empfohlenen Maßnahmen jedoch insbesondere mit Blick auf ihre mangelnde Spezifizierung sowie die fehlende Finanzierbarkeit ab. Gewährt wurde den Civil Parties in Case 001 letztlich die Veröffentlichung ihrer Namen im Urteil des Gerichtes sowie eine Zusammenstellung der öffentlichen Entschuldigungen des Angeklagten; Reparationen, die von Kommentatoren als „nothing of real value for civil parties“³⁸ bezeichnet wurden.

3. Methodik der Studie

a) Bisherige Studien

Eine Vielzahl von Studien haben sich mit den Bedürfnissen von Opfern in Konfliktgebieten (wie dem Sudan, dem Kosovo oder der Zentralafrikanischen Republik) auseinandergesetzt.³⁹ Im Fokus der Befragungen stand die Beschäftigung mit den Erlebnissen und Wünschen der Opfer außerhalb von Gerichtsverfahren. Studien, die sich mit dem Opfer im internationalen Strafprozess auseinandergesetzt haben, konzentrierten sich zumeist auf die Erfahrungen der Betroffenen als Zeugen im Verfahren.⁴⁰

Seit Gründung der ECCC wurden eine Reihe empirischer Untersuchungen zur Situation der Opfer in Kambodscha durchgeführt. Im Jahr 2008 befragten Forscher landesweit 1000 Kambodschaner – unabhängig von einer Opfereigenschaft – zu ihrem Wissen über das Khmer Rouge Tribunal

³⁷ Kritisch hierzu *Stegmiller*, *Leiden Journal of International Law* 2014, 465 (472).

³⁸ *Ryan*, *What Makes for Justice in Cambodia?*, 2010, online unter: <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/what-makes-justice-cambodia> (18.11.2014).

³⁹ *Kizal/Rathgeber/Rohne*, *Victims of War, An Empirical Study on War-Victimization and Victim’s Attitudes towards addressing Atrocities*, 2006, passim; *Lambourne*, *The International Journal of Transitional Justice* 3 (2009), 28; *Vinck/Pham*, *Building Peace Seeking Justice, A population-based Survey on Attitudes about Accountability and Social Reconstruction in the Central African Republic*, 2010, passim.

⁴⁰ *Stover*, *The Witnesses, War-Crimes and the Promise of Justice in The Hague*, 2003, passim.

und ihren Erwartungen an die Verfahren.⁴¹ Nach Abschluss der Hauptverhandlungen in Case 001 wurde im Jahr 2010 eine Folgestudie nach entsprechenden Parametern umgesetzt.⁴² Beide Studien zeigten, dass die Befragten der Arbeit des Gerichts positiv gegenüberstanden:

„[A]bout two-thirds (67%) believed the ECCC judges would be fair and the court was neutral and sixty-eight per cent believed the ECCC would have a positive effect on the victims of the Khmer Rouge and their families.“

Eine Untersuchung aus dem Jahr 2011 stellte den Ergebnissen der bevölkerungsbasierten Studien eine quantitative Befragung von 75 Nebenklägern aus Case 001 gegenüber.⁴³ Trotz einer grundsätzlich positiven Einstellung der Civil Parties zu den Verfahren war das Ergebnis ernüchternd:

„[N]one of the Cambodian civil parties described a catharsis or healing effect. In fact, in many ways civil parties were more negative than the overall population who lived under the Khmer Rouge regime about the impact of the trial on their acceptance of loss and reaching closure, on their forgiveness of the perpetrators, or whether the trial had improved the rule of law. Furthermore, many civil parties remained uncertain and lacked understanding about key aspects of the trials, including sentencing. In addition, civil parties who attended the trial more frequently and had more knowledge of the trial were more critical of the process.“⁴⁴

Angesichts dieser erkennbaren Defizite überrascht es, dass die Verfasser der Studie keinen Anlass für eine Reform der Opferbeteiligung sehen und lediglich – ohne weitere Begründung – formulieren: „these results do not imply that victim participation should be abandoned“⁴⁵.

In einer qualitativen Studie von 2011 wurden Nebenkläger befragt, die im Verfahren als Zeugen vernommen worden waren.⁴⁶ Die Aussage im Gerichtssaal bewerteten die meisten der Interviewten als positive Erfahrung. 2012 führt die Cambodian Human Rights and Development Association (ADHOC) – eine Nichtregierungsorganisation, die sich der Betreuung und Vertretung der Civil Parties widmet – eine

weitere (quantitative) Befragung der Nebenkläger durch, die sich maßgeblich mit dem von ADHOC eingesetzten „Civil Party Representative“-System beschäftigte.⁴⁷

Die bisherigen Studien enthalten allgemeine Erkenntnisse über die Haltung der Opfer zu den ECCC, erlauben jedoch keinen näheren Einblick in die Bedeutung der prozessualen Nebenklägerbeteiligung. Die Frage nach einer generellen Zufriedenheit mit der Partizipation vermag nicht zwischen Elementen außerhalb des Strafverfahrens (z.B. Einladungen durch NGOs) und der eigentlichen Prozessbeteiligung (Rechte im Verfahren) zu unterscheiden. Somit blieb unklar, welche Erwartungen der Opfer gerade durch die Nebenklägerbeteiligung erfüllt werden konnten. Die vorliegende Studie hatte es sich zur Aufgabe gemacht, diese Lücke zu schließen. Da die Ergebnisse der Nebenklägerbefragung von *Pham u.a.* erhebliche Zweifel an dem Nutzen einer Prozessbeteiligung für die Opfer aufwarfen, sollten weitere Erkenntnisse zur Wahrnehmung der Nebenklage generiert werden.

Eine weitere Einschränkung in der bisherigen Forschung besteht in ihrer Fokussierung auf die Opfer unter Ausblendung der übrigen Verfahrensbeteiligten. Eine differenzierte Bewertung des Nebenklagemodells setzt jedoch die Einbeziehung der Sichtweisen von Richtern, Anklägern oder Nebenklägervertretern (fortan als „legal professionals“ zusammengefasst) voraus. Ob und in welcher Weise eine Opferbeteiligung im internationalen Strafverfahren sinnvoll ist, kann nicht einseitig durch eine Evaluation auf Opferseite bestimmt werden. Da sich ein Partizipationsmodell in das Gerichtssystem einfügen und mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens in Einklang gebracht werden muss, bedarf es des kritischen (Außen-)Blicks durch die weiteren Akteure des Strafprozesses. Mit der vorliegenden Studie wird diese bislang fehlende Perspektive ergänzt.

b) Methode

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um eine multiperspektivische, qualitative Untersuchung, die auf leitfadengestützten, semi-strukturierten Interviews basiert. Im Rahmen der Studie wurden zwischen Juni und November 2012 insgesamt 30 Interviews geführt.

Mit der qualitativen empirischen Forschung können Kontexte und Hintergründe komplexer sozialer Phänomene beleuchtet werden. Gegenüber der quantitativen Fragebogenstudie hat die qualitative Forschung den Vorteil, nicht allein isolierte Indikatoren abzubilden, sondern subjektive Deutungsmuster zu verstehen und zu rekonstruieren.⁴⁸ Der gegenüber qualitativen Studien früher erhobene Vorwurf subjektiver Evidenzbasierung⁴⁹ wird durch ihre Überlegenheit in der

⁴¹ *Pham u.a.*, So We Will Never Forget, A Population-Based Survey on Attitudes about Social Reconstruction and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 2009, passim.

⁴² *Pham u.a.*, After the First Trial, A population-based Survey on the Knowledge and Perception of Justice and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 2011, passim.

⁴³ *Pham u.a.*, Journal of Human Rights Practice 3 (2011), 264.

⁴⁴ *Pham u.a.*, Journal of Human Rights Practice 3 (2011), 264 (284).

⁴⁵ *Pham u.a.*, Journal of Human Rights Practice 3 (2011), 264 (284).

⁴⁶ *Stover u.a.*, International Review of the Red Cross 93 (2011), 1.

⁴⁷ *Kirchenbauer u.a.*, Victims' participation before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Baseline Study of the Cambodian Human Rights and Development Association's Civil Party Scheme for Case 002, 2013, passim.

⁴⁸ *Kuckartz u.a.*, Qualitative Evaluation, Der Einstieg in die Praxis, 2007, S. 66 ff.

⁴⁹ *Esser*, in: Voges (Hrsg.), Methoden der Biographie und Lebenslaufforschung, 1987, S. 87.

Vermeidung von Fehlschlüssen durch dekontextualisierte Befragung ausgeräumt. Ziel qualitativer Forschungsergebnisse kann nicht die statistische Repräsentativität, sondern allein eine qualitative Repräsentation sein. Auch der qualitativen Sozialforschung ist es jedoch ein Anliegen, einen gewissen Grad der Verallgemeinerung ihrer typologischen Analysen zu erreichen.⁵⁰ Soll die Rekonstruktion eines Falltypes über die konkret untersuchten Fälle hinausgehen, muss die Fallauswahl (das sampling) die Heterogenität des Untersuchungsfeldes repräsentieren. Das sampling folgt daher dem Prinzip der maximalen strukturellen Variation,⁵¹ bei dem eine Spanne unterschiedlicher Feldtypen durch die Selektion nach bestimmten Varianzmerkmalen aufgebaut wird. Hierzu wurde für die Befragung der 12 NebenklägerInnen⁵² eine theoretisch begründete Vorabfestlegung des Samples gewählt, die sich an einer möglichst gleichmäßigen Verteilung sowohl standard-demographischer Aspekte – Geschlecht, Alter, Wohnort – als auch forschungsthematisch spezifischer Kriterien – Civil Party Status (abgelehnt – angenommen), Zuordnung zum Opferanwalt und Anzahl der Besuche bei Gericht – orientierte. Gemeinsam war allen Befragten, dass sie an Case 001 beteiligt waren und (mit nur einer als Korrektiv eingesetzten Ausnahme) nicht im Verfahren ausgesagt hatten.⁵³

Experteninterviews wurden mit sieben Opfervertretern (fünf Civil Party Lawyers aus Case 001 sowie 2 Vertretern der Lead Co-Lawyers), vier Richtern, drei Anklägern, drei Vertretern verfahrensbeteiligter NGOs und einem Verteidiger⁵⁴ geführt. Die Anzahl der Befragten richtete sich zum einen nach der Größe der jeweiligen Grundgesamtheit und zum anderen nach dem Eintritt eines Sättigungseffektes im Laufe der Interviews. Während demographische Faktoren wie das Geschlecht bei Experteninterviews keine entscheidende Rolle spielen, wurde insbesondere der rechtliche Hintergrund der Gesprächspartner (common law oder civil law) berücksichtigt. Eine Beschränkung der Studie muss in der Tatsache gesehen werden, dass aufgrund politischer Anweisungen mit keinem kambodschanischen Richter oder Ankläger (wohl

aber mit NGO-Mitarbeitern und Opfervertretern) gesprochen werden konnte.

Die Konstruktion der Forschungsinstrumente erfolgte nach dem von *Helfferich* entwickelten methodisierten „SPSS“-Verfahren durch eine interdisziplinäre Projektgruppe.⁵⁵ Da die Studie explorativ (und nicht hypothesengeleitet) ausgerichtet war, diente der Gesprächsleitfaden der Vorgabe eines Themenweges unter Einbeziehung teil-narrativer Elemente. In den Experteninterviews kam dem Leitfaden eine stärkere Steuerungs- und Strukturierungsfunktion zu; neben fachspezifischen und problemzentrierten Fragestellungen erfasste er jedoch auch narrative Elemente, um insbesondere Verfahrensabläufe im Erzählzusammenhang zu rekonstruieren. Die Leitfäden wurden in zwei Pre-Tests (mit einer Civil Party und einem Opferanwalt) überprüft.

Die Interviews mit den Civil Parties fanden teilweise in Phnom Penh, teilweise in den Dörfern der Befragten statt. Auf diese Weise konnten auch solche Nebenkläger einbezogen werden, denen eine Reise in die Hauptstadt gesundheitlich nicht möglich war. Die Interviews wurden durch einen mit der Thematik vertrauten kambodschanischen Wissenschaftler und Übersetzer begleitet, um Verzerrungen durch sprachliche Barrieren gering zu halten. Die Gespräche mit den übrigen Verfahrensbeteiligten erfolgten in englischer, deutscher oder französischer Sprache und wurden nach Möglichkeit außerhalb des Gerichtes durchgeführt, um Effekte sozialer Erwünschtheit zu minimieren und eine freie Gesprächsatmosphäre zu schaffen.⁵⁶

Die Auswertung der Interviews folgte der Methode des axialen und später selektiven Codierens in der Grounded Theory nach *Strauss/Corbin*.⁵⁷ Als wesentliche Bedingung des rekonstruktiven Forschungsprozesses wurde hierbei das Prinzip der Offenheit angesehen, nach dem keine Hypothesen an das Datenmaterial herangetragen werden dürfen; vielmehr sind die Erkenntnisse aus den Texten selbst – unter Zurückstellung von Hintergrundwissen – herauszuarbeiten.⁵⁸

Bei der Würdigung der Ergebnisse ist zu berücksichtigen, dass die Studie lediglich die Einstellungen der Interviewten zu dem konkreten Zeitpunkt der Befragung – nach Abschluss des Berufungsverfahrens in Case 001 und nach Verfahrensbeginn von Case 002 – festhalten konnte. Erwartungen an die Prozesse mussten daher retrospektiv erfragt werden, was stets die Gefahr einer Überschreibung der einstigen Motive durch nachfolgende Erfahrungen birgt.⁵⁹

⁵⁰ *Helfferich*, Qualität qualitativer Daten – Manual zur Durchführung qualitativer Einzelinterviews, 2005, S. 151 ff.

⁵¹ *Kleining*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1982, 224.

⁵² Aus Gründen der Vereinfachung und zur Wahrung der Anonymität wird nachfolgend die männliche Form verwendet. Personen weiblichen wie männlichen Geschlechts sind darin gleichermaßen eingeschlossen. Zudem bedeutet die Verwendung der Bezeichnungen als „Ankläger“ oder „Lead Co-Lawyer“ nicht notwendig, dass es sich um den offiziellen Vertreter der Behörde handelt; die Mitarbeiter der jeweiligen section sind ebenfalls erfasst.

⁵³ Erwartungsgemäß war die Aussage im Gerichtssaal das dominante Erlebnis der Verfahrensbeteiligung und ließ keine davon unabhängige Reflexion der eigenen Verfahrensrolle zu.

⁵⁴ Dass mit nur einem Verteidiger gesprochen werden konnte, stellt eine Limitation der Studie dar. Diese erscheint jedoch wenig gravierend, da die Rechte des Angeklagten auch von den befragten Richtern berücksichtigt wurden.

⁵⁵ *Helfferich* (Fn. 50), S. 182.

⁵⁶ Einige der Interviews mussten aufgrund räumlicher Distanz – so waren viele Civil Party Lawyer nach Case 001 in ihr Heimatland zurückgekehrt – telefonisch geführt werden.

⁵⁷ *Strauss/Corbin*, Grounded Theory, Grundlagen Qualitativer Sozialforschung, 1996, passim.

⁵⁸ *Lucius-Hoene/Deppermann*, Rekonstruktion narrativer Identität, Ein Arbeitsbuch zur Analyse narrativer Interviews, 2002, S. 96; *Hoffmann-Riem*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1980, 325.

⁵⁹ Zu weiteren Einzelheiten der Methode – insbesondere den Abläufen der Auswertung sowie möglicher Limitationen – sei

4. Erkenntnisse der Studie

Nachfolgend sollen einige Erkenntnisse der Studie zur Wahrnehmung der Nebenklagebeteiligung durch die Civil Parties sowie der übrigen Verfahrensbeteiligten vorgestellt werden. Zur Illustration werden einige aussagekräftige Zitate exemplarisch ausgewählt; für eine ausführliche Darstellung der Forschungsergebnisse sei auf die Publikation der Studie verwiesen.

a) Ideal und Wirklichkeit aus Sicht der Nebenkläger

In den Gesprächen äußerten sich viele der befragten Nebenkläger enttäuscht vom Prozessgeschehen in Case 001.

„I expected that we can have a better life after the trial. But this has not happened.“

Die Untersuchung bestätigte somit die bereits von *Pham u.a.* generierten Erkenntnisse, die eine gegenüber dem Bevölkerungsdurchschnitt größere Unzufriedenheit der Civil Parties mit den Verfahren feststellten. Anders als es *Pham u.a.* jedoch nahelegen, wirft dieser Befund erhebliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Nebenklagemodells an den ECCC auf. Wenn eine Verfahrensbeteiligung (in der an den ECCC arrangierten Form) denjenigen, denen sie helfen soll, letztlich mehr schadet als nützt, hat sie ihren Zweck nicht erfüllt.

Die von den Nebenklägern formulierte Enttäuschung ist Ausdruck einer Diskrepanz zwischen ihren Erwartungen an eine Beteiligung und der Wirklichkeit des internationalen Strafverfahrens. Um die Hintergründe ihrer Unzufriedenheit zu verstehen, müssen die Erwartungen der Civil Parties an das Verfahren eruiert und den tatsächlichen Möglichkeiten der ECCC gegenübergestellt werden.

aa) Erwartungen an das Verfahren

In den bisherigen Studien wurden die Opfer im Rahmen einer Fragebogenuntersuchung nach ihren Erwartungen, Hoffnungen und Motivationen für eine Verfahrensteilnahme gefragt. Die Studien kamen hierbei zu ähnlichen Ergebnissen: die große Mehrheit der Civil Parties formulierte den Wunsch nach „justice“ als wesentlichen Beweggrund für eine Partizipation.⁶⁰ Exemplarisch sei erneut die Studie *Pham u.a.* herangezogen, in der 68 % der Befragten „justice“, hingegen lediglich 9 % individuelle Reparationen und 4 % lebenslange Freiheitsstrafe für Duch forderten.

Diese Ergebnisse legen ein abstrakt-prozessuales Verständnis von Gerechtigkeit nahe, das sich bereits in der Durchführung rechtsstaatlicher Verfahren und der Zuerkennung eines Nebenklägerstatus zu realisieren scheint. Die beobachtete Enttäuschung der Civil Parties wäre mit einer solchen Verengung ihrer Erwartungen auf eine nach der Form bestimmte, jedoch nicht mit ergebnisbezogenen Wünschen konturierte Teilhabe indes nicht zu erklären.

auf die Publikation der Studie verwiesen; *Hoven/Feiler/Scheibel*, *Victims in Trials of Mass Crimes*, 2014, passim.

⁶⁰ *Pham u.a.*, *Journal of Human Rights Practice* 3 (2011), 264 (273); *Pham u.a.* (Fn. 42), S. 29.

Die vorliegende Studie konfrontierte die Nebenkläger nicht mit vorgegebenen Antwortoptionen, sondern fragte offen nach ihren Erwartungen an das Verfahren. Der Wunsch nach „justice“ zeigte sich auch hier als dominantes Motiv.⁶¹

„I was extremely glad since I thought that I will be given justice to myself and my lost family members.“

„Justice“ ist als Begriff jedoch unbestimmt und bietet vielfältige Interpretationsmöglichkeiten. Im Wege der qualitativen Forschung war es nun möglich, die Nebenkläger in einem nächsten Schritt nach ihrem jeweiligen Verständnis von „justice“ zu fragen. Hierbei zeigte sich, dass die Civil Parties mit der Hoffnung auf „justice“ kein abstraktes Konzept prozessual vermittelter Gerechtigkeit, sondern sehr konkrete Erwartungen an ihre Verfahrensteilnahme verbanden. Als wesentliche Konzepte kristallisierten sich die folgenden Dimensionen heraus:

- (1) Entschädigung,
- (2) Bestrafung des Angeklagten,
- (3) Wahrheitsfindung und
- (4) Anerkennung.

(1) Entschädigung

Die wichtigste Voraussetzung für „justice“ sahen die befragten Civil Parties in der Gewährung von Reparationen für die Opfer.

„I think this court should be able to finally provide and support [...] people who are sick – For example people like me, because of forced labour during that regime I became ill. I became sick since that period of time, and I started hard labour when I had a very young baby.“

Während die vom Gericht vorgesehenen kollektiven und ideellen Reparationen kaum Erwähnung fanden,⁶² betonten die Befragten die Bedeutung von individueller, finanzieller Kompensation für das unter den Khmer Rouge erlittene Leid.

„Individual reparation to me is more important, I also want [...] collective reparation but I want more individual reparation.“

Der Wunsch nach monetärer Entschädigung verlor auch durch Informationen über die Grenzen des gerichtlichen Reparationsmandats kaum an Gewicht.

„I understood what he [Civil Party Lawyer] explained to me, but I lost it all after that. I only care about the individual compensation that I wish for.“

⁶¹ Die Hoffnung auf „justice“ wurde während eines Interviews durchschnittlich zehn Mal formuliert; in einem Gespräch sogar 24 Mal.

⁶² Auf Nachfrage nannten die Befragten insbesondere Gedenkstätten („stupas or memorials“) als gewünschte kollektive und ideelle Reparationen.

(2) Bestrafung des Täters

Aus Sicht aller befragten Civil Parties verlangte „justice“ nach einer Bestrafung des Angeklagten für seine Taten. Bestrafung wurde hierbei zunächst in einem rechtlichen Sinne als Verurteilung zur Höchststrafe verstanden.

„We were expecting that Duch would [...] receive a life imprisonment because we just don't care how long or how many more years he lives, but we just want to make sure that he will die in prison.“

Das Bedürfnis nach Bestrafung des Täters hatte für mehr als die Hälfte der Befragten noch eine weitere Konnotation. Ihrem Bild von Gerechtigkeit entsprach es, dass der Angeklagte ebenso leiden müsse wie seine einstigen Opfer.

„The court should do something to make sure that Duch experiences, if not the same, it should be similar to what they did to us victims at that time.“

Forderungen reichten vom Tragen verdreckter Kleidung („wearing very dirty clothes just like we did in the past“) und der Verpflichtung zur Zwangsarbeit („punished into forced labour“) bis hin zu Folter („we want to see him punished and tortured“).

(3) Wahrheitsfindung

Nahezu die Hälfte der befragten Nebenkläger erwartete von den Kammern eine Aufklärung der begangenen Taten. Hierbei stand für die Civil Parties eine individuelle Wahrheitsfindung im Vordergrund, die ihnen konkrete Informationen über das Schicksal ihrer Angehörigen liefern sollte.

„I want justice [...], if I can find truth and the real reason why my husband was killed and how and then I think this is justice.“

Nur vereinzelt assoziierten die Befragten ihr Konzept von „justice“ (auch) mit einer historischen Aufarbeitung des Khmer Rouge Regimes.

„I want to find justice for not only the family, but also to give justice to the country and find the fact that this is what happened in the regime.“

Verbunden mit dem Anliegen einer umfassenden Ermittlung des Konfliktgeschehens war teilweise die Hoffnung auf eine wirksame Verhinderung erneuter Verbrechen („history should not repeat itself“). Dieser Präventionsgedanke spielte indes nur für wenige der befragten Civil Parties eine erkennbare Rolle.

(4) Anerkennung

Ein weiteres Konzept der Civil Parties von „justice“ bestand in der Anerkennung ihrer Viktimisierung. Dieses Bedürfnis wurde als solches selten explizit formuliert, offenbarte sich jedoch in der Rückschau der Nebenkläger auf das Verfahren.

Für die meisten der Befragten manifestierte sich der Wunsch nach Anerkennung maßgeblich in ihrer Hoffnung auf finanzielle Kompensation. Neben den materiellen Aspekten sahen die Nebenkläger im Empfang von Zuwendungen zugleich eine Achtung ihres Leidens. Wenngleich dem Anliegen nach individueller Wiedergutmachung durch das Gericht nicht entsprochen wurde, verstanden die befragten Civil Parties auch indirekte Formen materieller Unterstützung als Ausdruck der Wertschätzung durch die internationale Staatengemeinschaft. Einladungen zum Gericht – verbunden mit den finanziellen Mitteln für eine Reise in die Hauptstadt – gaben den befragten Nebenklägern das Gefühl, als Opfer des Regimes ernst genommen zu werden.

Question: „What would you tell a friend to expect from Civil Party Participation?“

Answer: „An NGO will invite us to Phnom Penh to the meeting, to the court and then we can get some money back so that we can have nice ritual religious ceremony for the, our relative who passed away during Khmer Rouge.“

„Basically I think the information is sufficient. But another thing is about accommodation and about meal – that is important.“

Als ähnlich bedeutsam erwies sich der Wunsch, die eigene Geschichte zu erzählen. Nach den Jahren des Schweigens über das Pol Pot Regime⁶³ war es vielen Opfern ein Anliegen, ihre Erfahrungen zu teilen. Einer der befragten Nebenklägeranwälte äußerte:

„I think some of them were [...] waiting for a very long time to tell their stories. I know that from civil parties, but also from many [...] people in Cambodia [who] were just waiting to have some kind of internationalized procedure, institution where they could come forward and tell what happened to them; I think many, many people were waiting for that.“

Wie die Studie von *Stover u.a.* zeigt, erlebten die Opfer, die im Verfahren als Zeugen vernommen worden waren, ihre Aussage im Gerichtssaal überwiegend als positiv.

„The most important moment in the whole process was being able to testify, to be able to be there in the courtroom and to tell my story. It was a privilege that I was allowed to testify and that I was able to express the feelings of other victims of the Khmer Rouge time.“⁶⁴

Die Aussage vor Gericht erwies sich für die Nebenkläger jedoch nur als ein denkbarer Weg, das Erlebte zu kommunizieren. Gespräche mit Anwälten, den NGOs und nicht zuletzt

⁶³ Kroker, ZStW 122 (2010), 685 (689).

⁶⁴ Zitat von *Hav Sophea* nach *Stover u.a.*, *International Review of the Red Cross* 93 (2011), 1 (33).

mit Forscherteams wurden als weitere, wichtige Foren für ein „storytelling“⁶⁵ angesehen.

Interessanterweise nannte keiner der Befragten den prozessuale Status des „Nebenklägers“ als Form erlebter Wertschätzung. Die Ergebnisse legen nahe, dass die Wirkungen einer symbolischen Anerkennung auf die Opfer geringer sind als vielfach angenommen.⁶⁶ Hingegen stellt sich die Gewährleistung der viel beschworenen „Stimme“ der Opfer inner- und außerhalb des Strafverfahrens als wesentlich dar, um ein Gefühl der Anerkennung zu vermitteln.

(5) Fazit

Die Studie konnte zeigen, dass der Wunsch der Opfer nach „justice“ keinesfalls primär in einer Forderung nach prozessuale Teilhabe besteht. Vielmehr verbinden die befragten Nebenkläger mit ihrer Hoffnung auf Gerechtigkeit konkrete Anliegen wie die Gewährleistung von Entschädigung, eine harte Bestrafung der Täter, individuelle Wahrheitsfindung sowie Möglichkeiten, die eigene Geschichte zu erzählen. Primär quantitativ ausgerichtete Befragungen bergen – insbesondere bei Verwendung stark interpretationsbedürftiger Begriffe wie „justice“ – die Gefahr von Fehldeutungen. So zeichnen die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung ein gegenüber der Studie von *Pham u.a.* erheblich abweichendes Bild von der Bedeutung individueller Entschädigungsleistungen.⁶⁷

Hingegen decken sich die gewonnenen Erkenntnisse in weiten Teilen mit Befunden sowohl der internationalen Opferforschung⁶⁸ als auch der kriminologischen Untersuchungen zur deutschen Nebenklagebeteiligung.⁶⁹ So schreibt *Weigend*:

„Aus zahlreichen empirischen Untersuchungen ist bekannt, dass die meisten Verletzten weniger an einer aktiven Einwirkung auf den Ablauf des Verfahrens interessiert sind als an drei relativ simplen Dingen: über den Ablauf des Prozesses kontinuierlich informiert zu werden,

ihren Schaden ersetzt zu bekommen und als Zeugen respektvolle Behandlung zu erfahren.“⁷⁰

Eine Überbetonung des Gewichts formaler Prozessbeteiligung scheint folglich weniger den wahren Interessen der Civil Parties als vielmehr einem vermeintlichen Idealbild des Opfers zu entsprechen. Das Wissen um die tatsächlichen Erwartungen der Opfer ist jedoch entscheidend, um spätere Enttäuschungen zu verhindern: a) indem den Bedürfnissen durch sinnvolle Partizipationsmaßnahmen innerhalb und außerhalb des Strafverfahrens Rechnung getragen („meeting expectations“) und b) indem der Entstehung nicht zu erfüllender Anliegen durch Aufklärung („managing expectations“) entgegengewirkt wird.

bb) Die Realitäten des Verfahrens

In Anbetracht der identifizierten Erwartungen der Nebenkläger stellt sich die Frage, welche ihrer Anliegen durch die Verfahren vor den ECCC erfüllt werden konnten.

(1) Entschädigung

Eine erhebliche Enttäuschung für die Opfer stellte die Reparationsentscheidung der Kammer dar, mit der den Nebenklägern weder individuelle⁷¹ noch substantielle kollektive Entschädigung zugesprochen wurden.

„When I listened to the judge announcing his decision which is without any collective or individual compensation, I felt very disappointed and hopeless. Currently, I don't have any feelings from the court because there is no compensation granted. I agree with the court's judgment, but I have no feeling and confidence over the court when it hasn't rewarded any reparation.“

„I'm so hopeless. I know that the accused is sentenced to life imprisonment, but I do not get compensated.“

Internationale Strafgerichte können den – berechtigten – Wunsch der Opfer nach finanzieller Kompensation der erlittenen Schäden aus praktischen wie rechtspolitischen Gründen nicht erfüllen. Völkerstrafrechtliche Verbrechen enthalten Elemente kollektiver Viktimisierung und generieren daher ihrer Natur entsprechend regelmäßig eine große Vielzahl von zu entschädigenden Opfern.⁷² Die Täter sind zumeist mittellos und nicht selbst in der Lage, einen Beitrag zur finanziellen Wiedergutmachung zu leisten. Internationale und hybride Tribunale leiden unter knappen Budgets (der Fall der ECCC, die den kambodschanischen Angestellten über Monate kein Gehalt zahlen konnten, gibt hierfür ein besonders drastisches

⁶⁵ Wie *Safferling* (ZStW 122 [2010], 87 [102]) mit Recht anmerkt, lässt sich der Wunsch der Opfer nach „storytelling“ in der deutschen Sprache kaum angemessen ausdrücken. Daher soll die englische Terminologie beibehalten werden.

⁶⁶ *Bock*, Das Opfer vor dem internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 172.

⁶⁷ Eine herausragende Bedeutung der Wiedergutmachung nehmen auch an *Ambos* (in: *Ambos/Large/Wierda* [Hrsg.], *Building a Future on Peace and Justice – Studies on Transitional Justice Peace and Development*, 2009, S. 19 Rn. 11), *Youssef* (Die Stellung des Opfers im Völkerstrafrecht, 2008, S. 39) und *Safferling* (ZStW 122 [2010], 87 [102]).

⁶⁸ Siehe insbesondere die ausführliche Studie des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, *Kiza/Rathgeber/Rohne* (Fn. 39), passim.

⁶⁹ *Hertle*, Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie, 1994, S. 224; *Richter*, Opfer krimineller Gewalttaten, 1997, S. 84 ff.; *Tampe*, Verbrechensopfer, 1992, S. 94.

⁷⁰ *Weigend*, Rechtswissenschaft 1 (2010), 39 (55).

⁷¹ Wie dargelegt war dies bereits durch das Regelwerk der ECCC ausgeschlossen (Regel 23 Abs. 1 IR).

⁷² Eine Ausnahme bildet das Special Tribunal for Lebanon, das sich mit der Strafverfolgung der Verantwortlichen eines einzelnen Attentats beschäftigt und durch sein eng gefasstes Mandat ein völkerstrafrechtliches Novum darstellt.

Beispiel)⁷³ und werden Entschädigungen an die viktimisierten Bevölkerungsgruppen⁷⁴ schlicht nicht leisten können.

Neben finanzielle Erwägungen treten grundlegende Bedenken im Hinblick auf die notwendige Verteilungsgerechtigkeit bei individuellen Reparationen.⁷⁵ Monetäre Wiedergutmachung an verfahrensbeteiligte Opfer beruhen auf der – höchst selektiven – Entscheidung über die Reichweite der Anklage (werden bspw. Fälle der sexuellen Gewalt nicht angeklagt, sind an die Geschädigten auch keine Reparationen zu leisten) sowie dem praktischen Zugang der Opfer zum Gericht (die Landbevölkerung wird gegenüber der Stadtbevölkerung regelmäßig weniger über Beteiligungsmöglichkeiten informiert sein). Die unvermeidbare Ungleichbehandlung von Opfern durch Modelle individueller Entschädigung im Kontext makrokriminellen Unrechts birgt die Gefahr sekundärer Viktimisierung und steht dem Ziel einer Befriedung der Gesellschaft entgegen.

Kann den Erwartungen auf finanzielle Wiedergutmachung durch das internationale Strafgericht nicht entsprochen werden, müssen die Opfer hierüber von Beginn an unmissverständlich informiert werden. Dies hat insbesondere Konsequenzen für die Gestaltung eines individuellen Zulassungsverfahrens, das Fehlvorstellungen über die Reichweite des gerichtlichen Reparationsmandats weckt.⁷⁶

(2) Bestrafung des Täters

Auf die Verurteilung des Angeklagten Duch zu einer zeitigen Freiheitsstrafe im Hauptverfahren reagierten die Nebenkläger mit Unverständnis, Entsetzen und Empörung.⁷⁷ *Yesberg* beschrieb die Urteilsverkündung als „moment [...] of perfect irony which captured every aspect of the horror, hope, skepticism, and disbelief surrounding this concept of justice“.⁷⁸ Der Hoffnung der Opfer auf eine harte Bestrafung des Täters wurde schließlich durch die Berufungskammer entsprochen, die der Revision der Anklage stattgab und lebenslange Frei-

heitsstrafe verhängte. Das Urteil der Berufungsinstanz wurde von den befragten Civil Parties erwartungsgemäß als große Erleichterung beschrieben:

„I am very relieved and happy to learn about life imprisonment. The trial judgment just made me mad.“

Diese Eindrücke zeichnen ein gemischtes Bild von den Möglichkeiten internationaler Strafverfahren, den Opfern durch die Verurteilung der Täter Gerechtigkeit zu vermitteln. Solange das Empfinden der Opfer primär ergebnisabhängig ist, werden ihre Erwartungen allein bei Verhängung der Höchststrafe erfüllt.

„The victims, they want the maximum. They just want him to die in jail.“ (Civil Party Lawyer)

Um Enttäuschungen auf Seiten der Opfer vorzubeugen, müssen internationale Strafgerichte auf eine grundsätzliche Akzeptanz ihrer Urteile unabhängig vom verhängten Strafmaß hinwirken. Dies erfordert – der *Luhmannschen* Idee von der Legitimation durch Verfahren folgend⁷⁹ – eine Akzeptanz des Strafprozesses durch transparente und nachvollziehbar begründete Verfahrensschritte. Mit der Einbindung der Opfer als Nebenkläger scheint es dabei, so lassen die Erkenntnisse der Studie vermuten, indes nicht getan. Zwar überzeugt das Konzept, durch die Möglichkeit individueller Partizipation am Prozess die Zufriedenheit mit dem Verfahrensergebnis zu erhöhen. Doch setzt dies voraus, dass die eigene Verfahrensrolle tatsächlich als Chance zur effektiven Teilhabe erlebt wird. Erfahren die Nebenkläger – wie an den ECCC – eine zunehmende (und für sie weitenteils unverständliche) Marginalisierung der Opfervertretung, wird ein Urteil mit geringem Strafausspruch den Eindruck einer Geringschätzung der Nebenklage nur verstärken.

Während das Bedürfnis nach einer rechtlichen Bestrafung des Täters durch ein internationales Gericht grundsätzlich befriedigt werden kann, muss der Wunsch, den Angeklagten psychisch oder physisch leiden zu sehen, in einem rechtsstaatlichen Verfahren unerfüllt bleiben. Internationale Straftribunale mit Sitz im Tatortstaat stehen oftmals vor einem Dilemma; sie müssen internationalen Verfahrensstandards entsprechen und operieren zugleich in einem Umfeld, dem diese Prozessgarantien vielfach fremd sind. Der Anspruch an ein faires Verfahren tritt hier in Konflikt zu den Realitäten, wie sie die Opfer in Ländern mit geringer rechtsstaatlicher Tradition alltäglich erleben. So überrascht es nicht, dass die Behandlung des Angeklagten während des Verfahrens von den befragten Nebenklägern als „ungerecht“ empfunden wurde:

„There is still lack of justice. Of course, the accused had medical care when he was sick or had fever during the hearing, but the victims got not paid attention when they were sick.“

⁷³ *Donaldson*, Khmer Rouge Tribunal Unable to Pay Cambodian Employees, 2012, online unter:

<http://impunitywatch.com/khmer-rouge-tribunal-unable-to-pay-cambodian-employees/> (18.11.2014).

⁷⁴ In Kambodscha versteht sich eine große Mehrheit der Bevölkerung als Opfer des Khmer Rouge Regimes, *Elander*, *The International Journal of Transitional Justice* 7 (2013), 95 (96).

⁷⁵ *Baldo/Magarrell*, *Reparation and the Darfur Peace Process, Ensuring Victims' Rights*, 2007, S. 28; *Walley*, *Incorporating victims' views in reparation cases*, S. 6, online unter: <http://www.redress.org/downloads/events/IncorporatingVictimsLW.pdf>, (18.11.2014).

⁷⁶ Siehe III. 1. e).

⁷⁷ *Ciorciari*, *The Duch Verdict*, *Cambodian Trial Monitor*, 2010, online unter:

http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/the_duch_verdict.pdf (18.11.2014); diese Beobachtung teilt *Stegmiller*, *Leiden Journal of International Law* 2014, 465 (476).

⁷⁸ *Yesberg*, *Victoria University Wellington Law Review* 40 (2009), 555 (575).

⁷⁹ *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1975, S. 82.

Das Zitat offenbart einen weiteren Grund für die Unzufriedenheit der Civil Parties. In den wirtschaftlich schwachen Konfliktgebieten leben viele der Opfer in ärmsten Verhältnissen. Ist ihnen die Anschaffung neuer Kleidung oder der Zugang zu medizinischer Versorgung selbst verwehrt, wird die Behandlung des Angeklagten in der Untersuchungshaft nicht primär als belastender Freiheitsentzug sondern als ungerechtfertigte Privilegierung erlebt.

(3) Wahrheitsfindung

Die Erwartung der befragten Civil Parties, im Wege der unmittelbaren Konfrontation mit dem Angeklagten mehr über das individuelle Schicksal ihrer in S-21 ermordeten Verwandten zu erfahren, konnte Case 001 nicht erfüllen.

„I wanted Duch to tell me what happened to my husband. But he said he could not remember.“

Internationale Strafverfahren werden dem Wunsch der Opfer nach individueller Wahrheitsfindung nur selten entsprechen können.⁸⁰ In den Verhandlungen makrokrimineller Verbrechen liegt die Bedeutung der Einzeltat maßgeblich in ihrer Funktion als exemplarischer Beleg für das Gesamtgeschehen. Im Fokus der Beweisführung steht daher nicht allein (und nicht primär) eine individuelle Tat, sondern weitergehende Fragen der Zurechnung sowie des Nachweises des Kontextelementes.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Verbindung des Angeklagten zur Einzeltat im Völkerstrafverfahren oftmals gering ist. Entsprechend der Zielsetzung, die Hauptverantwortlichen für völkerrechtliche Verbrechen zu bestrafen, sind die Angeklagten vor internationalen Strafgerichten zumeist hochrangige Führungspersonen aus Militär und Politik.⁸¹ Als Entscheidungsträger auf höchster Hierarchiestufe waren sie regelmäßig nicht an der unmittelbaren Tatausführung beteiligt und verfügen folglich nur sehr begrenzt über Kenntnisse zu den Einzelschicksalen der Betroffenen. Selbst Duch, der als Leiter des Foltergefängnisses einen vergleichsweise direkten Bezug zur Tatausführung aufwies, konnte aufgrund der großen Anzahl der Opfer kaum konkrete Auskünfte zum Verbleib einzelner Personen geben. Unter diesen Prämissen stellt sich die Gewährleistung individueller Fragerechte für die Nebenkläger als wenig hilfreich dar, um ihre Hoffnungen auf persönliche Wahrheit zu erfüllen.

Was ein internationales Straftribunal hingegen leisten kann, ist eine historische Wahrheitsfindung zur Aufarbeitung des gesamtgesellschaftlichen Konfliktes. Die gerichtliche

⁸⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Lambourne* (The International Journal of Transitional Justice 3 [2009], 28 [40]) in einer Untersuchung; die Opfer waren mit den Verfahren unzufrieden, „because they most likely will not find out the factual truth of what happened to their loved ones“.

⁸¹ Während am ICTY noch eine Vielzahl von Tätern auf niedrigerer Rangebene verurteilt wurde, zeichnet sich – wie auch die jüngsten Anklagen vor dem IStGH belegen – zunehmend eine Tendenz zur Konzentration der Anklage auf hochrangige Hauptverantwortliche ab.

Auseinandersetzung mit den Geschehnissen mag zum Verständnis von Ursprung und Folgen der Verbrechen beizutragen und durch die Verurteilung der Schuldigen den nationalen Versöhnungsprozess zu begünstigen. So haben die Verfahren in Kambodscha – und die Aktivitäten von NGOs in ihrem Windschatten – erstmals zu einer breiten öffentlichen Diskussion über die Verbrechen der Khmer Rouge geführt.⁸² Eine Beteiligung der Opfer als verfahrensbeteiligte Nebenkläger bedurfte es zu diesem Zweck indes nicht.

(4) Anerkennung

Im Hinblick auf den Wunsch der Opfer nach Anerkennung zeigt die Studie ein zwiespältiges Bild. Je stärker die Befragten die Hoffnung auf Anerkennung mit einer Bestätigung ihrer Rolle durch das Gericht identifizierten, desto enttäuschter waren sie von der Beschränkung ihrer prozessualen Rechte sowie der restriktiven Reparationsentscheidung. Ein Gefühl der Wertschätzung vermittelte den Opfern hingegen die Aufmerksamkeit durch die Civil Party Lawyers sowie das verfahrensbegleitende Engagement der NGOs und der Victims Support Section. Persönliche Gespräche, Einladungen zu Diskussionsforen und Besuche beim Gericht wurden von den Opfern als Ausdruck von Akzeptanz und Ernstnahme ihrer Bedürfnisse empfunden.

Der Aussicht, die eigene Geschichte zu erzählen („storytelling“), kam hierbei für viele der Befragten eine besondere Bedeutung zu. Das internationale Strafverfahren selbst bietet naturgemäß nur einer Minderheit der Opfer die Chance, vor Gericht auszusagen. Hier zeigen sich erneut die Grenzen völkerstrafrechtlicher Prozesse; angesichts der Vielzahl von Opfern im Bereich makrokriminellen Unrechts bleibt außerhalb notwendiger Zeugenaussagen wenig Raum für individuelle Berichte über erfahrenes Unrecht. Als effektive Möglichkeit, den Betroffenen über einen Zeugenstatus hinaus eine „Stimme“ im Gerichtssaal zu geben, erwies sich das in Case 002 praktizierte Verfahren der victim impact statements.⁸³ Ohne an den fallorientierten Fragenkatalog von Anklage oder Verteidigung gebunden zu sein, konnten die Opfer ihre persönlichen Erlebnisse vor einem breiten Publikum mitteilen. Gericht und Öffentlichkeit erhielten auf diese Weise einen unmittelbaren Eindruck von der Zeit unter dem Khmer Rouge Regime und den Auswirkungen der Verbrechen noch Jahrzehnte nach ihrer Begehung. So nahmen die befragten legal professionals das Instrument der victim impact statements überwiegend⁸⁴ als positiv wahr.

⁸² *Scully*, Asian-Pacific Law & Policy Journal 13 (2011), 302 (338).

⁸³ Victim impact statements wurden bspw. auch am ICTY zugelassen, siehe ICTY, Urt. v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Delalic u.a.), Rn. 1263.

⁸⁴ Kritik wurde vereinzelt – insbesondere von Vertretern aus dem common law – im Hinblick auf die fehlende unmittelbare Verfahrensrelevanz geäußert: „I think for me they are most interesting when it comes to presenting the suffering, but that’s not necessarily something you need as a criminal court in the narrow sense.“ (Richter).

„You could hear a pin drop in the courtroom, in terms of the amount of attention that everyone was giving to the Civil Parties giving their testimony – because they were speaking from their heart, and they explained how that loss of a husband, son, or family members [...] how that affected their whole life for the last thirty years. So they really brought out the impact of the crimes [...] that was brilliant.“(Ankläger)

Eine Anhörung von Opfern außerhalb der zeugenschaftlichen Vernehmung würde sich indes dem Vorwurf einer Verfahrensführung ausgesetzt sehen, die aus „rein dramaturgischen Gründen [...] mit dem eigentlichen Thema eines Strafprozesses, die Unschuldsvermutung, die für den Angeklagten streitet, zu widerlegen, nicht vereinbar“ ist.⁸⁵

Im Interesse einer angemessenen Verfahrensdauer könnten auch im Rahmen von victim impact statements nur wenige Geschädigte gehört werden. Das Anliegen, die eigene Geschichte zu erzählen, ist durch internationale Strafgerichte daher allenfalls eingeschränkt erfüllbar. In den Interviews wurde jedoch deutlich, dass sich der Wunsch nach storytelling für die meisten der Befragten auch außerhalb des Strafprozesses durch Gespräche mit Anwälten und NGO-Mitarbeitern realisieren lässt. Die Erwartungen der Opfer müssen daher nicht nur bei der Gestaltung des Strafverfahrens, sondern maßgeblich auch bei der Entscheidung über prozessbegleitende Partizipationsformen – wie Opferforen oder Dokumentationsprojekte – berücksichtigt werden.

(5) Fazit

Internationale Strafgerichte können den Erwartungen der Opfer an die Herstellung von „justice“ nur teilweise entsprechen. Die dargelegten Probleme in der Befriedigung der Opferinteressen stellen keine Besonderheit Kambodschas dar, sondern sind dem internationalen Strafverfahren – mit seinen begrenzten Ressourcen und der großen Anzahl von Geschädigten im makrokriminellen Kontext – inhärent.

Die Annahme, mit einer Nebenklagebeteiligung könnten die Bedürfnisse der Opfer nach Entschädigung, Bestrafung, individueller Wahrheitsfindung und Anerkennung erfüllt werden, hat sich an den ECCC nicht bestätigt. Auch die befragten legal professionals formulierten erhebliche Zweifel am Nutzen einer Verfahrensmitwirkung für die Civil Parties:

„For a very large number of reasons, I don't think that it provides justice for victims to participate in a trial of mass crimes.“ (Richter)

Da in Verfahren mit hunderten oder tausenden von Opfern substantielle individuelle Partizipationsmöglichkeiten schlicht nicht realisierbar sind, erweist sich der Status des Nebenklägers als weitgehend symbolisch. Wie die Ergebnisse der Studie zeigen, ist der Wert einer solchen Symbolik für die Betroffenen jedoch gering. Konzepte, die „justice“ bereits durch die Zuerkennung einer formalen Parteistellung als erfüllt ansehen, vernachlässigen die legitimen Bedürfnisse der

Opfer nach greifbarer, individueller Unterstützung und Kompensation in den sozioökonomischen Realitäten einer Postkonfliktgesellschaft.

b) Einschätzungen der legal professionals

Zu Beginn des Verfahrens standen die interviewten legal professionals⁸⁶ dem Konzept einer Opferbeteiligung unterschiedlich gegenüber; während einige der Befragten mit Blick auf die besonderen Herausforderungen des internationalen Strafprozesses skeptisch waren, berichteten andere, das Modell einer Nebenklage zunächst als Chance zur Einbindung der Bevölkerung in die Verhandlungen begrüßt zu haben. Im Laufe des Verfahrens entwickelten Richter und Ankläger einen zunehmend kritischen Blick auf die Beteiligung der Civil Parties. In den Gesprächen bewerteten schließlich ausnahmslos alle Befragten die Nebenklage in Case 001 als hochgradig problematisch.

„At the beginning of the trials, I welcomed the notion of the novel concept of victims having a formal status in the trial. I welcomed that in theory, but in practice – in my view – it was not particularly successful as a way of providing justice for victims.“ (Richter)

„I don't think you will find now anybody at the court any longer who says ‚yes it has to get louder voices for victims who are willing to extend proceedings until I don't know when‘. I think some of them say well ‚why did we do it?‘“ (Richter)

Als Ursachen für die Unzufriedenheit der legal professionals mit der Nebenklage konnten durch die Studie drei wesentliche Aspekte identifiziert werden:

- aa) die fehlende Koordination der Civil Party Lawyer und die hiermit verbundene lange Verfahrensdauer,
- bb) Sorgen um die Wahrung von Waffengleichheit und
- cc) die Unsicherheit über das Rollenverständnis der Nebenkläger.

aa) Fehlende Koordination und lange Verfahrensdauer

Wie bereits erwähnt, erfolgte in den Hauptverhandlungen von Case 001 die Vertretung der Nebenkläger durch vier Teams mit jeweils zwei Opferanwälten. Nachdem ein Zeuge von den Anklägern und der Verteidigung vernommen worden war, durften also bis zu acht Civil Party Lawyer weitere Fragen an die Person richten.⁸⁷ Diese Form der Verfahrensgestaltung war ein Zugeständnis an das – ansonsten weitgehend eingeschränkte – Konzept individueller Nebenklage. Richter und Ankläger beschrieben die Befragungen durch die verschiedenen Civil Party Lawyer als mühsam und repetitiv.

⁸⁶ In diesem Abschnitt werden ausschließlich Richter, Ankläger und Verteidiger als legal professionals erfasst, nicht aber Opfervertreter.

⁸⁷ Siehe oben II. 2.

⁸⁵ Zitate nach Safferling, ZStW 122 (2010), 87 (115).

„On each team, there was a kind of tradition that at least one national, one international lawyer should talk. So you had eight lawyers talking to each request. Very often things were repetitive and perhaps not extremely relevant to the case.“ (Richter)

„Sort of a dozen Civil Party lawyers were asking questions and I think it’s a waste of time and I think it duplicates the examination and it makes an already very long trial even longer.“ (Ankläger)

Zugleich sahen die Interviewten den zusätzlichen Aufwand einer Vernehmung durch die Nebenkläger als prozessual wenig gewinnbringend an.

„[T]he questioning by the Civil Party lawyers tended to slow the trial for no particularly useful purpose, because it didn’t add much, frankly, to the material that we needed to decide on guilt or innocence, reparations, admission of Civil Parties.“ (Richter)

Um den Blick erneut auf den deutschen Strafprozess zu richten: interessanterweise werden dieselben Bedenken auch für den deutschen Strafprozess formuliert, wenn die Nebenklägebeteiligung ähnliche Dimensionen annimmt wie an internationalen Tribunalen (so geschehen im NSU- oder Demjanjuk-Verfahren).

„Wenn man einen weiteren Ankläger hinzufügt, warum dann nicht gleich mehrere, vielleicht auch Dutzende, wie vielfach in der heutigen Realität der Nebenklage? Dass dadurch eine nach Funktionen gegliederte Prozessstruktur dem Bonmot geopfert wird, ‚es ist zwar schon alles gesagt, aber nicht von jedem‘ liegt auf der Hand.“⁸⁸

Diese Ausführungen *Schünemanns* zeigen, dass die Gefahr einer Verlängerung der Verfahrensdauer durch wiederholende und unkoordinierte Befragung keine Eigenheit der ECCC, sondern grundsätzliches Problem einer individuell ausgerichteten Partizipation in Massenverfahren ist.

bb) Waffengleichheit

Einige der befragten legal professionals rügten die Rechtsstellung der Nebenkläger in Case 001 als Verletzung einer „Waffengleichheit“ zwischen den Parteien. Das Konzept der Waffengleichheit entstammt dem angloamerikanischen Rechtssystem und gilt im Parteiprozess als wesentliche Voraussetzung eines fairen Verfahrens.⁸⁹ In der Rechtsprechung internationaler Strafgerichte wird die Wahrung von Waffengleichheit maßgeblich als Vermeidung ungerechtfertigter Nachteile in der Beweispräsentation verstanden („ensure that

⁸⁸ *Schünemann*, Strafverteidigung und Opferinteressen (Beitrag noch nicht veröffentlicht, liegt *Autorin* vor).

⁸⁹ Das kontinentaleuropäische Recht erkennt das Prinzip der Waffengleichheit mittlerweile ebenfalls als Ausprägung des rechtsstaatlichen fair trial-Gebotes an; BVerfGE 110, 226 (253 f.); statt aller *Jahn*, in: Prittowitz u.a. (Hrsg.), *Rationalität und Empathie*, 2014, S. 159.

neither party is put at a disadvantage when presenting its case“⁹⁰).

Angesichts der historischen Verankerung der Waffengleichheit im adversatorischen Prozessmodell überrascht es nicht, dass Vertreter aus dem common law der Beteiligung von Opfern als dritte Verfahrenspartei grundsätzlich kritisch gegenüberstanden. Charakteristisches Strukturelement des angloamerikanischen Verfahrens ist der gleichberechtigte „Wettstreit“ zwischen Anklage und Verteidigung. Das Modell beruht auf der Prämisse, dass Wahrheitsfindung in der kontradiktorischen Auseinandersetzung zweier – gleich starker – Akteure entsteht.⁹¹ Die Einbindung einer weiteren Prozesspartei, die ebenso wie die Anklage eine Verurteilung des Angeklagten fordert, führte aus Sicht vieler Befragter zu einer unfairen Verschiebung der Machtverhältnisse im Verfahren. Durch die zahlenmäßig starke Präsenz der Civil Parties in Case 001 wurde das Gleichgewicht zwischen den Kontrahenten weiter ins Wanken gebracht. Richter und Ankläger aus dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis zeigten sich zwar zurückhaltender mit dem Vorwurf einer Verletzung von Waffengleichheit. Gleichwohl konstatierten auch sie ein „feeling of unfairness“, das sich auf die erlebte „dominance“ der Civil Parties im Gerichtssaal gründete.⁹²

„I had the feeling that the accused must have felt he had a pack of wolves looking at him [...] all these lawyers and the prosecutors glaring at him [...] It just didn’t feel fair.“ (Richter)

cc) Unklarheit über die Rolle der Nebenklage

Nach Regel 23 Abs. 1 lit. a IR nehmen die Civil Parties an den Verfahren durch Unterstützung der Anklage („by supporting the Prosecution“) teil. Der Wortlaut lässt Raum für Interpretation. Die Festlegung der Civil Parties auf eine Unterstützung der Anklage könnte zum einen strategieorientiert zu verstehen sein und die Nebenkläger auf die Linie der Staatsanwaltschaft verpflichten. Eigene Anträge dürften dann nicht im Widerspruch zum Vorgehen der Anklagebehörde stehen oder über deren Vorgaben hinausgehen. Eine solche Auslegung der Verfahrensbeteiligung wirft jedoch die Frage auf, welcher eigenständige Aufgabenbereich den Civil Parties im Prozess verbliebe. Bei Annahme einer bloßen „Zuarbeit“ für

⁹⁰ ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 17.12.2004 – IT-95-14/2-A, Rn. 175 (Kordic and Cerkez).

⁹¹ Zum adversatorischen Verfahren siehe *Robinson*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 1037 (1039).

⁹² Auch aus der Perspektive des kontinentaleuropäischen Strafprozessrechtsverständnisses bewertet *Safferling* (ZStW 122 [2010], 87 [113]) die Nebenklägebeteiligung als Problem für die Waffengleichheit. Durch die zunehmende Quantität der gegen den Angeklagten vorgebrachten Anträge würde der Verteidigungsaufwand erheblich erhöht. *Jahn* ([Fn. 89], S. 161) weist darauf hin, dass der Grundsatz der Waffengleichheit den Normsetzer verpflichte, keine Asymmetrie zu Lasten der Beschuldigtenrechte zu schaffen. Dieses Gebot würde durch eine Verschiebung der Machtbalance einseitig zu Gunsten der Rechtsposition des Geschädigten verletzt.

die Anklagevertretung verliert sich die Bedeutung der Civil Parties als autonome Prozesspartei. Nach einer anderen Lesart könnte „prosecution“ weniger als Institution denn als Zweckrichtung zu begreifen sein – womit den Civil Parties eine aktive Rolle bei der Führung des Tatnachweises zugestanden würde. Gegen dieses Verständnis wandte sich die Verteidigung, die das Auftreten der Civil Parties als „zusätzliche Ankläger“ kritisierte⁹³ und eine inhaltliche Beschränkung des Fragerechts auf die spezifischen Interessen der Nebenkläger forderte.⁹⁴ Nach Ansicht eines im Rahmen der vorliegenden Studie interviewten Verteidigers hatten die Civil Party Lawyers ihre Rolle in den Verfahren fehlinterpretiert und kein Recht, die Aufgaben der Anklagebehörde zu übernehmen („they had not fully understood their role in the proceedings [...] and had no right to do the work of the prosecutor“). Diese Bedenken der Verteidiger gegen eine aktive Rolle der Civil Parties bei der Überführung des Angeklagten wurde von den interviewten Staatsanwälten geteilt. Die Befragten äußerten sich kritisch zur Tendenz der Civil Party Lawyers, im Verfahren als „second prosecutor“ zu agieren.

„Asking them [the Civil Party Lawyer] now to understand and reflect on the total picture, that’s not where their strength is, that’s the Prosecutions job.“
„We have a vision of Civil Party lawyers being you’re not the prosecutor, you’re here to speak for your clients, to express what they went through but you’re not a prosecutor.“

Eine aktive Beteiligung der Nebenkläger an der Tatnachweiserführung wurde als hinderlich für die Strategie der Anklage und einen erfolgreichen Verfahrensausgang bewertet.

„When you’re proving a case, you usually have one theory for the case. And when you have a lot of people arguing the case in terms of the liability, people may have different theories of that case, and so it can be quite undermining if you have a lot of people, sort of, arguing a Prosecution from different angles. And it can defeat the purpose, and it can undermine the work of the Prosecution if everybody is not adopting a similar theory.“

Auf die Frage, welchen Beitrag die Civil Parties sinnvollerweise zum Verfahren leisten können, verwiesen die Befragten auf die Sichtbarmachung einer „menschlichen Seite“ der Prozesse.

„The greatest value that the Civil Party lawyer can bring, is by communicating the perspective of their clients in as real and as human way possible.“

⁹³ Kroker (Fn. 26), S. 260.

⁹⁴ ECCC, Protokoll v. 22.6.2009 – 001/18-07-2007-ECCC/TC (Transcript E1/35.1, Verteidiger F. Roux), S. 91-92, 94-96; Gibson/Rudy, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), 1005 (1015).

Welche konkreten Verfahrensbefugnisse hiermit jedoch verbunden sein sollten, wussten die Interviewten nicht näher zu bestimmen. Befragt nach ihrem Verständnis von Regel 23 IR („support the prosecution“) äußerten sich die Ankläger ebenfalls zurückhaltend. Die in den Internal Rules vorgesehene „Unterstützung“ wurde nicht als Form aktiver Mitwirkung, sondern rein passiv als Verpflichtungen zur Konfliktvermeidung verstanden.

Question: „Civil Parties are supposed to support the Prosecution. How would you define that support?“

Answer: „Certainly not to approach the case in a way that would interfere with the Prosecution’s strategy or obstruct the Prosecution and theory or approach to the case.“ (Ankläger)

Interessant an der zitierten Aussage ist die gewählte Negativformulierung: Der befragte Ankläger sagte nicht, was die Rolle der Civil Parties sein soll, sondern lediglich, was sie *nicht* sein soll. Ein alternatives Rollenverständnis mit substantieller eigener Bedeutung der Nebenkläger wird hierdurch nicht formuliert.

Auch die Rechtsprechung der Hauptverfahrenskammer trug nur begrenzt zur Konturierung der Nebenklägerbeteiligung bei. Das Gericht kam – ohne sich jedoch mit den Argumenten im Detail auseinanderzusetzen – dem Antrag der Verteidigung nicht nach, das Fragerecht der Civil Parties auf spezifische Aspekte der Opferrepräsentation zu beschränken.⁹⁵ Prozessbeobachter zogen hieraus zunächst den Schluss, dass die Kammer den Civil Parties weitgehende Beteiligungsrechte und eine vollkommen eigenständige Rolle in der Beweisführung zuerkennen wollte.⁹⁶ Diese Annahme wurde indes durch die spätere Entscheidung des Gerichts zur Partizipation in der Strafzumessung widerlegt.⁹⁷ Ausgehend von der Prämisse, die Civil Parties dürften nicht als „zusätzlicher Ankläger“ im Prozess auftreten, wurden ihre Rechte im letzten Stadium des Hauptverfahrens erheblich begrenzt.⁹⁸

Die widerstreitenden Tendenzen in der Rechtsprechung des Gerichts erhöhten die Unsicherheit im Hinblick auf die Auslegung von Regel 23 IR und die Bedeutung der Nebenkläger für die Verfahren.⁹⁹

⁹⁵ Kroker (Fn. 26), S. 261; The Asian International Justice Initiative, The Khmer Rouge Tribunal Trial Monitor, Prosecutor v Kaing Guek Eav alias “Duch”, Report Issue No. 10, Week Ending 28 June 2009, 2009, S. 6, online unter: http://krttrialmonitor.files.wordpress.com/2012/07/aiji_eccc_case1_no10_28june09_en.pdf (18.11.2014); Gibson/Rudy, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), 1005 (1015).

⁹⁶ The Asian International Justice Initiative (Fn. 95), S. 6.

⁹⁷ Siehe oben II. 2.

⁹⁸ ECCC, Submission on Sentencing, Rn. 25 (no „general right of equal participation with the Co-Prosecutors“).

⁹⁹ Kelsall u.a., Lessons Learned From The ‘Duch’ Trial – A Comprehensive Review of the First Case Before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 2009, S. 27, online unter:

„There is a lot of confusion about the role of Civil Parties in the trial.“ (Verteidiger)

„There was a lot of confusion, no one really knew what [...] you know, what the internal rules meant.“ (Civil Party Lawyer)

Die fehlende Gewissheit über die Rolle der Civil Parties und ihr Verhältnis zu den Anklägern führte zu Spannungen zwischen den Parteien und zu grundlegenden Diskussionen – noch im laufenden Verfahren – über die Reichweite ihrer Beteiligungrechte.

dd) Zwischenfazit

Die Kritik der legal professionals an der Opferbeteiligung in Case 001 kann maßgeblich auf zwei Faktoren zurückgeführt werden: die unklaren rechtlichen Vorgaben zur Nebenklage sowie ihre grundsätzliche Gestaltung als individuelle Partizipation.

Eine Nebenklagebeteiligung findet in der „Vereinbarung der Vereinten Nationen und Kambodschas zur Gründung der ECCC“¹⁰⁰ keine Erwähnung. Lediglich in Art. 36 des Gründungsgesetzes wird auf eine Befugnis der Opfer zur Einlegung von Berufungen Bezug genommen. Die selektive Nennung der Opfer und die mangelnde grundsätzliche Ausgestaltung ihrer Verfahrensbeteiligung in den Rechtsquellen der ECCC legen die Vermutung nahe, dass die Verfasser eine Nebenklage nicht vorgesehen hatten. Für diese Sichtweise spricht auch die Stellungnahme *David Scheffers*, der die Verhandlungen über die Einsetzung eines Khmer Rouge Tribunals von Seiten der USA leitete:

„The ECCC was never conceived by those who negotiated its creation as an instrument of direct relief for the victims, although the protection and use of victims as witnesses in the investigations and trials is addressed in detail.“¹⁰¹

Die Annahme eines Redaktionsfehlers vermag zu erklären, weshalb weder eine Definition der Civil Party noch ihre Befugnisse vor den ECCC selbständig geregelt waren. Für die besonderen Herausforderungen einer Opferpartizipation in den Massenverfahren des Völkerstrafrechts konnten die be-

stehenden Normen des kambodschanischen Prozessrechts keine sinnvolle Lösung bieten.¹⁰² Um die Beteiligung der Nebenkläger für die Verfahren praktikabel zu gestalten, mussten die Richter in einem selbst geschaffenen Prozessrecht – den Internal Rules – Voraussetzungen und Befugnisse vollständig neu formulieren.¹⁰³ Im Laufe der Verfahren wurden die Mitwirkungsrechte der Civil Parties durch die Rechtsprechung der Kammern und Änderungen der Internal Rules zunehmend eingeschränkt.¹⁰⁴ Einen wesentlichen Einschnitt stellte zuletzt die Revision der Internal Rules vom 5. Februar 2010 dar, die das Modell der individuellen Nebenkläger faktisch in ein System kollektiver Beteiligung durch Lead Co-Lawyers transformierte.¹⁰⁵

Die Nachteile eines solchen „trial and error“-Prozesses liegen auf der Hand: Die beteiligten Civil Parties empfanden die kontinuierliche Rücknahme ihrer Rechte als Zeichen einer Missachtung durch das Gericht. Zugleich entstanden Unsicherheiten über die prozessuale Rolle der Nebenkläger und das Verhältnis ihrer Befugnisse zu den Kompetenzen der Ankläger. Mit der in Regel 23 IR gewählten Formulierung einer „Unterstützung“ der Anklage als Vorgabe für die Opferbeteiligung wurden mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. So bleibt unklar, worin die eigenständige Bedeutung der Civil Parties bestehen soll, wenn sie auf die Funktion eines – unerwünschten! – Gehilfen der Anklage beschränkt wird.

Nicht zuletzt litt die Nebenklägerbeteiligung in Case 001 an der Übernahme des individualistischen Partizipationsansatzes aus dem kambodschanischen Prozessrecht. Sowohl die Unzufriedenheit der legal professionals mit der Zeugenbefragung im Gerichtssaal als auch die Sorgen um einer Verletzung der Waffengleichheit lassen sich auf die Präsenz mehrerer Civil Party Lawyers als Vertreter individueller Parteien zurückführen. Erst durch die Einführung des Lead Co-Lawyer Modells wurde die Kritik an der Nebenklagebeteiligung leiser:

„[I]t’s much more focused than it was in Case 001 – and I really appreciate that because we are moving along more professionally with the trial.“ (Richter)

Wenngleich eine grundlegende Änderung der Internal Rules zur Vermeidung weiterer Verfahrensverzögerungen notwendig geworden war, erwies sich die Einführung eines neuen Beteiligungsverfahrens während der laufenden Prozesse als schwierig. Die Civil Party Lawyers, die bereits über längere Zeiträume mit ihren Klienten gearbeitet hatten, erlebten die Umstrukturierung der Opfervertretung wie einen Mandatsentzug.

http://krttrialmonitor.files.wordpress.com/2012/07/aiji_eccc_case1_lessons-learned-from-the- Duch-trial_dec09_en.pdf (18.11.2014).

¹⁰⁰ Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea. Auch im Gründungsgesetz – dem 2001 Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, as amended in 2004 – wird eine Nebenklage nicht ausgestaltet. Allein in Art. 36 wird allgemein auf die Möglichkeit der Opfer, in Berufung zu gehen, Bezug genommen.

¹⁰¹ *Scheffer*, in: Bassiouni (Hrsg.), *International Criminal Law*, Volume 3 – International Enforcement, 2008, S. 253.

¹⁰² *Kroker* (Fn. 26), S. 132.

¹⁰³ Zur Kritik an einer solch weitreichenden Normsetzung durch die Richter siehe *Hoven*, *Rechtsstaatliche Anforderungen an völkerstrafrechtliche Verfahren*, 2012, S. 159 f.

¹⁰⁴ Siehe hierzu *Kroker* (Fn. 26), S. 136.

¹⁰⁵ Siehe oben II. 2.

„It's very difficult for a lawyer to accept in the middle of the trial [...] that they can't speak when they want, but they have to wait and if they speak, they are supposed to speak in the interest of the consolidated group.“ (Lead Co-Lawyer)

Die Erfahrungen an den ECCC offenbaren die Notwendigkeit eines einheitlichen und umfassend durchdachten Konzepts der Opferbeteiligung für das völkerstrafrechtliche Verfahren. Künftige internationale Gerichte sollten auf ähnliche Experimente verzichten und von Beginn an eindeutige Regeln für die Partizipation von Opfern festlegen. Lediglich am Rande sei angemerkt, dass diese Empfehlung in gleicher Weise für die mit der Opferbeteiligung einhergehenden Budgetfragen gilt. Eine Nebenklage vorzusehen ohne die notwendigen Gelder für eine anwaltliche Vertretung oder – aber dies ist ein anderes Feld – kollektive Entschädigungen bereitzuhalten,¹⁰⁶ erscheint wenig konsequent. Zentrale Aufgabe bei der Gestaltung eines Beteiligungsmodells (sowohl für künftige Tribunale als auch für den IStGH) wird es sein, die Rolle der Opfer im Verfahren und ihr Verhältnis zu den Anklägern klar zu definieren.

Die an den ECCC durchgeführte Studie bildet nur einen kleinen Ausschnitt der Opferbeteiligung ab. Sie kann daher nicht für sich beanspruchen, allgemeingültige, auf jede Art der Völkerstrafgerichtsbarkeit anwendbare Erkenntnisse generiert zu haben. Indes sind die beobachteten Zusammenhänge und Phänomene nur zum Teil auf den konkreten Kontext der ECCC zurückzuführen. Erwartungen und Enttäuschungen im Hinblick auf die Opferbeteiligung sind vielmehr Konsequenz der grundsätzlichen Herausforderungen und Limitationen eines internationalen Strafverfahrens als Antwort auf makrokriminelles Unrecht. Die in der Untersuchung ermittelten Gründe für eine Diskrepanz zwischen Ideal und Realität der prozessualen Partizipation bieten sich daher über die Prozesse an den ECCC hinaus als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen an.

III. Zur Rolle des Opfers im internationalen Strafverfahren

Die Mitwirkung von Opfern an internationalen Strafprozessen ist Gegenstand anhaltender Diskussionen in Theorie und Praxis. Künftige Tribunale werden sich mit der Frage einer Opferbeteiligung vermutlich ebenso auseinandersetzen haben wie die Revisionskonferenz des Internationalen Strafgerichtshofs.

Ein Ausschluss der Verletzten aus dem internationalen Strafprozess wird sich nach dem heutigen Stand der Entwicklung weder rechtfertigen noch durchsetzen lassen. Einem solchen Versuch stünde nicht nur der beträchtliche politische Einfluss von Opferverbänden und NGOs entgegen; er würde auch mit einem gewissen Recht als eine kollektive Abwertung der Opfer und damit als eine „Entfremdung“ des internationalen Strafverfahrens von den gesellschaftlichen Erwartungen und Bedürfnissen interpretiert werden. Vor diesem

¹⁰⁶ Elander, *The International Journal of Transitional Justice* 7 (2013), 95 (107).

Hintergrund stellt sich nicht mehr ernsthaft die Frage, *ob* die Opfer an internationalen Strafverfahren zu beteiligen sind, sondern *wie* diese Beteiligung sinnvoll auszugestalten ist. Als mögliche Lösung bietet sich die Stärkung kollektiver Opferbeteiligung – unter Verzicht auf ein individuelles Zulassungsverfahren – durch Zuerkennung tatsächlich bedeutsamer Prozessrechte an.

1. Zur Entindividualisierung der Opferbeteiligung – Gründe für die Abschaffung individueller Zulassungsverfahren

Sowohl an den ECCC als auch am IStGH machen die Verfahrensordnungen eine prozessuale Mitwirkung bislang von einem gerichtlich überprüften Nachweis der Opfereigenschaft abhängig.¹⁰⁷ Wer als Opfer am Verfahren teilnehmen möchte, muss dargetun, dass er durch eine angeklagte Straftat einen Schaden erlitten hat. Dies erscheint auf den ersten Blick als sinnvoll, um die Zahl der Prozessbeteiligten auf diejenigen Personen einzugrenzen, die ein tatsächliches nachweisbares Interesse an dem konkreten Verfahren haben. Andererseits ist mit dem Zulassungsverfahren jedoch nicht nur erheblicher bürokratischer Aufwand verbunden, sondern es widerspricht auch dem kollektiven Wesen des Völkerstrafrechts und birgt die Gefahr enttäuschter Erwartungen und einer erneuten Viktimisierung der Opfer im Falle der Ablehnung ihrer Anträge.

a) Das kollektive Wesen des Völkerstrafrechts

Wie dargelegt, werden völkerstrafrechtliche Verbrechen oftmals von einer gesamtgesellschaftlichen Krise begleitet, deren Aufarbeitung ein Ziel des Strafverfahrens sein kann. Vor diesem Hintergrund richtet sich der Strafprozess an übergeordneten Fragen der Konfliktbeilegung aus und orientiert sich daher maßgeblich an den viktimisierten Bevölkerungsgruppen als Kollektiv.

Eine weitere Besonderheit des internationalen Strafprozesses gegenüber dem nationalen Verfahren besteht in der kollektiven Natur der verhandelten Verbrechen. In der deutschen Strafprozessrechtslehre wird die Schaffung von Rechtsfrieden – in einer zweiten Ausprägung – teilweise auch als individuelle Konfliktbeilegung zwischen Täter und Opfer verstanden.¹⁰⁸ Demgegenüber steht im materiellen Völkerstrafrecht weniger der einzelne Geschädigte als vielmehr das Kollektiv der Opfer im Mittelpunkt.¹⁰⁹ Individuelle Rechtsgüter – wie Leib oder Leben des Verletzten – werden von internationalen Verbrechenstatbeständen nicht per se, sondern allein als Folgen eines überindividuellen Konfliktes (wie dem „ausgedehnten oder systematischen Angriff“ bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. der „Zerstörung einer Gruppe“ als Voraussetzung eines Völkermordes) geschützt. Eine Fokussierung auf das individuelle Opfer ginge über die Legi-

¹⁰⁷ Rule 85 ICC-RPE; Rule 23 Nr. 2 lit. b ECCC-IR.

¹⁰⁸ Statt aller Schneider, *Kriminologie*, 1986, S. 780.

¹⁰⁹ Anders Safferling (ZStW 122 [2010], 87 [115]), der als wesentlichen Rechtsgutsträger weder den einzelnen Verletzten noch das Kollektiv der Opfer, sondern allein die Internationale Gemeinschaft gelten lassen möchte.

timierung internationaler Strafgerichte hinaus, deren Jurisdiktion nach der Idee des Weltrechtsfriedens¹¹⁰ allein für Fälle einer Erschütterung der internationalen Staatengemeinschaft durch systematisches, interpersonales Unrecht begründbar ist.

Dem kollektiven Wesen völkerstrafrechtlicher Verbrechen entspricht eine Akzentverschiebung im Verständnis der prozessualen Friedenssicherung; während das individuelle Opfer für die Zielsetzungen internationaler Strafgerichte weitgehend in den Hintergrund treten muss, gewinnen gesamtgesellschaftliche Versöhnung und Aufarbeitung an Gewicht. Ist das Ziel der Friedenssicherung ein kollektives, sollte – konsequenterweise – auch im Hinblick auf die prozessuale Einbindung der Opfer von der Idee einer individuellen Partizipation Abstand genommen werden. Gleichzeitig bedeutet eine kollektive Opferbeteiligung nicht, dass die Interessen einzelner Opfergruppen unberücksichtigt bleiben müssen.¹¹¹ Aufgabe eines Opfervertreters sollte es sein, den verschiedenen Formen von Viktimisierung und den hiermit verbundenen Bedürfnissen der betroffenen Gruppen Rechnung zu tragen.

b) Die Gefahr sekundärer Viktimisierung

Die Notwendigkeit eines Nachweises der Opfereigenschaft birgt die erhebliche Gefahr einer sekundären Viktimisierung im Falle der Ablehnung eines Antrages. In den Interviews mit Opfern, deren Status als Nebenkläger von der Hauptverfahrenskammer der ECCC aufgehoben wurde, zeigen sich die gravierenden Folgen einer Zurückweisung:

„It feels like a kick on my head“
„I was in shock and disappointed.“

Eine Ablehnungsentscheidung des Gerichts kann vielerlei Gründe haben; sie mag auf den Grenzen der Opferdefinition – die bei indirekten Opfern nur bestimmte Verwandtschaftsverhältnisse erfasst – oder auf den strengen Anforderungen an den Nachweis von Identität und der Schäden beruhen. Die Betroffenen erleben die Abweisung ihres Antrages jedoch zumeist als Demütigung und Missachtung ihres Leidens. Die internationale Strafgerichtsbarkeit steht dabei vor einem Dilemma. Legt sie zu strenge Anforderungen an den Nachweis der Opfereigenschaft an, erhöht sich die Gefahr sekundärer Viktimisierung durch eine materiell unberechtigte Versagung des Status. Stellt sie indes zu niedrige Hürden auf, wird die Rolle des „Opfers“ beliebig und kann das oft proklamierte Ziel einer symbolischen Anerkennung der Geschädigten nicht mehr erreichen.

Neben das Risiko einer erneuten Opferwerdung tritt die Selektivität individueller Partizipation, wenn die Beteiligung an die jeweils angeklagte Tat gebunden ist.¹¹² Opfer von

¹¹⁰ Hierzu ausführlich *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 248 ff.

¹¹¹ Auf diese Gefahr weist *Stegmiller* hin; *Stegmiller*, Leiden Journal of International Law 2014, 465 (472 f.).

¹¹² An den ECCC wird eine Verletzung des Opfers als „direct consequence of the offence“ vorausgesetzt, Rule 23 Nr. 2

Verbrechen, die nicht Gegenstand der Anklage sind, werden durch ein auf persönliche Beteiligung angelegtes Modell von der Mitwirkung ausgeschlossen. Dabei kann die Reichweite des Anklagevorwurfs zufällig sein. Angesichts der finanziellen und zeitlichen Restriktionen internationaler Strafgerichte ist es nicht möglich, durch das Strafverfahren jede Facette der Konfliktsituation juristisch aufzuarbeiten. Um das geschehene Unrecht in den Grenzen gebotener Praktikabilität abzubilden, muss der Staatsanwalt eine Auswahl im Hinblick auf Täter, Tatorte und Tatgeschehen treffen. Hierdurch wird der Kreis zulässiger Opfer bereits durch die Formulierung der Anklageschrift maßgeblich limitiert. Demgemäß hätte die Beschränkung des Verfahrensgegenstandes durch die „severance order“ der ECCC – mit der während des laufenden Verfahrens Teile der Anklage zur späteren Verhandlung abgetrennt wurden¹¹³ – den Ausschluss derjenigen Opfer zur Folge haben müssen, die durch ebendiese Taten geschädigt wurden. Um Enttäuschungen auf Seiten der Civil Parties zu vermeiden, wählte man den Weg einer fortgesetzten Mitwirkung als gemeinsame Gruppe (sogenannte „consolidated group“) und transformierte das Nebenklageverfahren somit letztlich in eine Form faktischer Kollektivbeteiligung. Unabhängig davon, dass mit der „consolidated group“ – einer nach individuellem Antragsverfahren kollektiv und vom Verfahrensgegenstand unabhängig geführten Nebenklage – eine systematisch schlüssige Prozessgestaltung endgültig aufgegeben wurde, bestätigen die Entwicklungen an den ECCC die Notwendigkeit einer Entindividualisierung der Verfahrens-beteiligung zur Vermeidung sekundärer Viktimisierung.

c) Prozessökonomische Erwägungen

Für den Verzicht auf ein individuelles Zulassungs- und Nebenklageverfahren sprechen auch erhebliche prozessökonomische Erwägungen. Nach dem bisherigen Modell hat das Gericht den Antrag eines jeden Opfers einzeln zu prüfen. Der Nachweis konkreter Schäden sowie die – insbesondere in Konfliktregionen oftmals schwierige – Dokumentation der Identität des Opfers stellen die Kammern vor bedeutende Herausforderungen. Es verwundert nicht, dass sich am IStGH eine umfangreiche und teils widersprüchliche Judikatur zu den Anforderungen an die Zulassungsanträge entwickelt

lit. b ECCC-IR. Am IStGH kann hingegen auch das Opfer einer „Situation“ zugelassen werden, so dass sich die Opfereigenschaft nicht zwingend durch das angeklagte Verbrechen begründen muss (Rule 85 ICC-RPE verlangt lediglich einen Schaden in Folge eines beliebigen Verbrechens im Rahmen der gerichtlichen Jurisdiktion [„have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction.“]) Allerdings zeigt sich die Differenzierung zwischen Opfern „der Situation“ und Opfern der konkreten Tat („des Falles“) in ihrer Verfahrensbeteiligung. So dürfen sich nach Art. 68 Abs. 3 ICC-Statut nur diejenigen Opfer im Verfahren beteiligen, deren persönlichen Interessen betroffen sind. Hierzu ausführlich *Bock* (Fn. 66), S. 451 f.

¹¹³ ECCC, Entsch. v. 22.9.2011 – 002/19-09-2007-ECCC/TC (Severance order pursuant to internal rule 89 ter).

hat.¹¹⁴ Angesichts der stets knappen Ressourcen internationaler Straftribunale muss gefragt werden, zu welchem Zweck die Gerichte das zeitlich und personell aufwendige Zulassungsverfahren betreiben. An den erlangten Status eines förmlich anerkannten „Opfers“ knüpfen sich für den Einzelnen in der Praxis der Gerichte kaum substantielle individuelle Partizipationsmöglichkeiten. Die Mitwirkung im Prozessgeschehen erfolgt nicht etwa unmittelbar durch das zugelassene Opfer, sondern wird – und dies ist mit Blick auf die Wahrung von Waffengleichheit und Verfahrensbeschleunigung zwingend¹¹⁵ – über gemeinsame Vertreter ausgeübt. Auch die Zuerkennung von Reparationen bedarf im Ergebnis keiner individualisierten Beteiligung. An den ECCC sind Entschädigungen bereits durch das geltende Recht auf ideelle und kollektive Kompensation beschränkt. Der IStGH hat für die konkrete Handhabung von Reparationen zwar auf den Treuhandfonds verwiesen; doch zeichnet sich auch hier ab, dass aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit keine individuelle finanzielle Wiedergutmachung geleistet werden kann.¹¹⁶ Hat die Zulassung des einzelnen Opfers weder für den Betroffenen noch für den Angeklagten konkrete Folgen, so ist die zusätzliche Arbeitsbelastung des Gerichts durch eine individuelle Überprüfung der Antragsvoraussetzungen unnötig. Zugleich – und dies ist vielleicht noch entscheidender – wird durch die Ablehnung eines Opfers das Risiko der sekundären Viktimisierung ohne Not – denn seine Teilnahme hat keine prozessualen Auswirkungen – begründet.

d) Die Bedeutung von Symbolik

Was bleibt ist der symbolische Akt einer Anerkennung des Betroffenen als „Opfer“ durch das Gericht. Die Völkerstraftraft richtet sich zumeist nicht gegen das Opfer als Person, sondern ist Mittel zum Zweck der Kriegsführung, des systematischen Angriffs oder des Völkermordes. Der Betroffene erlebt die Viktimisierung daher – womöglich – auch als Negation seiner Individualität. *Bock* weist daher darauf hin, dass mit der Gewährleistung eines individuellen Status der erfahrenen Entpersonalisierung des Opfers begegnet werden kann.¹¹⁷ Eine eigene, aktive Verfahrensteilnahme soll es dem Opfer erlauben, die durch Passivität geprägte Viktimisierung aufzulösen und sich als selbstbestimmtes Individuum zu erleben. Während einige Stimmen in der Literatur die Bedeutung einer Prozessmitwirkung als vorteilhaft für den Heilungsprozess traumatisierter Opfer beschreiben,¹¹⁸ sehen andere die

¹¹⁴ Siehe die Rechtsprechung der Vorverfahrenskammer zu den Anforderungen an den Identitätsnachweis: ICC (Pre-Trial-Chamber II), *Entsch. v. 10.8.2007 – ICC-02/04-101 (Situation in Uganda, Decision on victim’s applications for participation)*, Rn. 16; ICC (Pre-Trial-Chamber I), *Entsch. v. 17.8.2007 – ICC-01/04-374 (Situation in DRC, Decision in process for victims’ participation an legal representation)*, Rn. 5.

¹¹⁵ *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87 (113).

¹¹⁶ *Bock*, ZIS 2013, 297 (320).

¹¹⁷ *Bock* (Fn. 66), S. 175.

¹¹⁸ *Kritz*, *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 1995, *passim*.

therapeutische Wirkung strafrechtlicher Verfahren als gering an.¹¹⁹

Selbst wenn positive Effekte einer Nebenklagebeteiligung grundsätzlich angenommen würden, lassen sie sich in den Massenverfahren internationaler Strafgerichte jedenfalls nicht in annähernd gleichem Maße realisieren wie im nationalen Strafprozess. Vor internationalen Strafgerichten kann es – auch bei individueller Nebenklage – nicht zu einer Auseinandersetzung des einzelnen Opfers mit „seinem“ Täter kommen; vielmehr sieht sich das Opfer weiterhin als Teil einer Gruppe (in der seine individuelle Rolle eine bescheidene bleiben muss) mit einem in der Regel nicht unmittelbar erlebten Täter konfrontiert.

Wenngleich eine individuelle Anerkennung des einzelnen Opfers bedeutsam erscheint, ist sie nicht notwendig durch das Gericht im Wege eines förmlichen Prüfungsverfahrens zu leisten. Die Erkenntnisse der Studie legen nahe, dass sich Akzeptanz für die Betroffenen nicht maßgeblich – geschweige denn ausschließlich – in Form eines prozessualen Status realisiert. Diese Einschätzung kann in Abhängigkeit vom politischen Kontext des Konfliktes variieren; werden die Opfer in der Gesellschaft nicht (unbestritten) als solche anerkannt, mag einer förmlichen Dokumentation der Opfereigenschaft eine größeres Gewicht beigemessen werden. In jedem Fall sollte die Bedeutung rein symbolischer Maßnahmen, wie auch die Reaktion der Opfer auf die Reparationsentscheidung in Case 001 zeigt, nicht überschätzt werden. So wurde die namentliche Nennung der Nebenkläger im Urteil von den Betroffenen keineswegs als die erhoffte Würdigung ihres Leidens angenommen. Im Vergleich zu einem bloßen Label als „zugelassenes Opfer“ stellen sich „storytelling“, Opferforen oder Besuche bei Gericht als geeignetere Instrumente dar, um Respekt gegenüber den individuellen Erlebnissen des Opfers auszudrücken.

e) Die Gefahr enttäuschter Erwartungen

Die Kehrseite individueller Anerkennung ist stets das Generieren von Erwartungen, denen ein internationales Strafgericht nicht gerecht werden kann. Durch ein Zulassungsverfahren, in dem die Opfer den erlittenen Schaden spezifizieren sollen (um ihre Opferstellung zu belegen), erweckt das Gericht unvermeidlich den Eindruck, monetäre Kompensationen bieten zu können. Sind erst einmal förmlich konkrete Schadensposten benannt, scheint die Möglichkeit einer Entschädigung für die Opfer greifbar nah. Obwohl die befragten Nebenkläger an den ECCC nach eigenen Angaben von ihren Anwälten über den Ausschluss individueller Reparationen informiert wurden, blieb die Hoffnung für viele bis zuletzt bestehen.

Ebenso lässt die Zusage, als Nebenkläger umfangreiche Verfahrensrechte ausüben zu dürfen, jede prozessuale Einschränkung als Verletzung des eigenen Status erscheinen. So verwundert es kaum, dass die Nebenkläger an den ECCC nach ihrem Ausschluss von einer Befragung der „Charakter-

¹¹⁹ *Henry*, *International Journal of Transitional Justice* 3 (2009), 114 (133); *Reisman*, *Law and Contemporary Problems* 59 (1996), 75.

zeugen“ den Gerichtssaal boykottierten. Wenngleich sich nur wenige der Interviewten an den konkreten Anlass der Proteste erinnern konnten, blieb der Eindruck bestehen, von der Kammer unerwünscht zu sein:

„Yes, it was a demonstration that, in a way, you are not so welcome.“

In Ländern mit geringer rechtsstaatlicher Tradition wird den Opfern die Einhaltung fairer Verfahrensstandards zum Schutz des Angeklagten nicht immer überzeugend vermittelbar sein.¹²⁰ Die Restriktion von Verfahrensrechten der Nebenkläger aus Gründen der prozessualen Fairness kann zu Unverständnis, Enttäuschung und einer Emotionalisierung der Verhandlungen führen. Der Verzicht auf einen individuellen Parteistatus sowie eine durch Repräsentanten vermittelte Distanz der Geschädigten zu den Details der prozessualen Abläufe verringert die Gefahr, dass die Opfer verfahrensrechtliche Einschränkungen als Geringschätzung ihrer Person fehldeuten.

f) Zwischenfazit

Im Ergebnis besteht im internationalen Strafprozess keine Notwendigkeit für eine individuelle Opferbeteiligung auf Grundlage eines persönlichen Antragsverfahrens. Demgegenüber entspricht eine kollektive Beteiligung der Verletzten über einen gemeinsamen Vertreter (fortan: Opferbeauftragter) dem Wesen völkerstrafrechtlicher Verbrechen und ist konsequente Folge der natürlichen Grenzen eines Massenverfahrens. Auf der Ebene der Makrokriminalität kann eine personalisierte Verfahrensbeteiligung lediglich den – trügerischen – Anschein individueller Partizipation erwecken. Bereits aus Praktikabilitätsabwägungen ist es nicht möglich, dem Einzelnen substantielle Rechte zuzugestehen; so ließe sich ein individuelles Fragerecht bei knapp 4000 Nebenklägern in Case 002 schlicht nicht realisieren. Zugleich scheint der Preis für eine reine Symbolik durch Zuerkennung eines formalen Opferstatus angesichts der erheblichen Ressourcenbindung und der Gefahr einer sekundären Viktimisierung zu hoch.

In der Gesamtschau stellt sich eine ausschließlich kollektive Interessensvertretung der Opfer damit als vorzugswürdige Alternative gegenüber den bisherigen Verfahrensmodellen dar. Dies bedeutet nicht, dass die Bedürfnisse des individuellen Opfers bei der Durchführung internationaler Strafprozesse keine Berücksichtigung finden sollten. Es ist vielmehr die vorrangige Aufgabe des Opferbeauftragten, über seine Repräsentanten den Kontakt mit den individuellen Betroffenen herzustellen, ihre Geschichten zu hören, ihre Anliegen zu erfragen und sie vor Gericht zur Geltung zu bringen.

¹²⁰ Dass, wie vielfach erhofft, ein hybrides Gericht auf nationaler Ebene eine Vorbildwirkung für die inländische Justiz entfalten kann, dürfte angesichts der Erfahrungen in Kambodscha bezweifelt werden.

2. Die Rolle eines „Opferbeauftragten“ im internationalen Strafverfahren

a) Die Stellung des „Opferbeauftragten“

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie die Position des „Opferbeauftragten“ im Einzelnen auszugestaltet wäre. Als institutionalisierte Behörde erhielte der Opferbeauftragte sein Mandat nicht von einzelnen Opfern,¹²¹ sondern unmittelbar durch das Gericht. Auf diese Weise würden die Interessen der Verletzten über einen gemeinsamen Vertreter in das Verfahren eingebracht, ohne dass es weiterhin eines individuellen Zulassungsverfahrens bedürfte. Als praktisches Beispiel für die Schaffung einer solchen Position kann auf eine Entscheidung der 5. Hauptverfahungskammer des IStGH hingewiesen werden: In Abkehr von der bisherigen Praxis des IStGH verzichtete die 5. Hauptverfahungskammer des IStGH mit ihrer Entscheidung vom 3.10.2012¹²² auf das Erfordernis individueller Anträge von Opfern, die ihre Interessen über einen Repräsentanten (den common legal representatives) in das Verfahren einbringen wollen. Die Geschädigten brauchen sich nach dieser Entscheidung lediglich bei der Kanzlei des Gerichtshofes registrieren zu lassen.¹²³

Institutionell muss ein Opferbeauftragter von einer am Gericht verankerten Opferabteilung – wie der Victims Participation and Reparations Section (VPRS) und das Office of Public Counsel for Victims (OPCV) am IStGH – unterstützt werden. Im Unterschied zum Modell der Lead Co-Lawyers an den ECCC würden die einzelnen Opferanwälte nicht selbstständig, sondern als angestellte Anwälte der Behörde tätig werden. Ihre Aufgabe wäre es, die Kommunikation mit Opfern und Opferverbänden zu gewährleisten, um auf diese Weise den Interessen der individuellen Betroffenen Gehör zu geben. Auch hier setzt die 5. Hauptverfahungskammer des IStGH wichtige Standards. Um tatsächlich für die Opfer sprechen zu können, fordern die Richter von den Repräsentanten eine unmittelbare Kommunikation mit den Geschädigten:

„[R]equirements include in particular (a) the need to ensure that the participation of victims, through their legal

¹²¹ Am IStGH können die Opfer einen „legal representative“ frei wählen, Rule 90 Abs. 1 ICC-RPE. Dem Gericht obliegt es jedoch, die Opfer in Gruppen zusammenzufassen und durch einen common legal representative vertreten zu lassen.

¹²² ICC, Entsch. v. 3.10.2012 – ICC-01/09-02/11-498 (Situations of Kenya, Decision on victims' representation and participation).

¹²³ ICC, Entsch. v. 3.10.2012 – ICC-01/09-02/11-498 (Situations of Kenya, Decision on victims' representation and participation), Rn. 48. Diese Entscheidung der 5. Kammer stieß gerichtsintern auf – formal berechnete – Kritik. Mit der partiellen Aufgabe des Zulassungsverfahrens wurden die Grenzen der Regel 89 ICC-RPE, die einen schriftlichen Antrag ausdrücklich voraussetzt, verlassen. Um den von der Kammer beschrittenen Weg konsequent umzusetzen, bedürfte es beim IStGH einer grundlegenden rechtlichen Reform des Antragsverfahrens.

representative, is as meaningful as possible, as opposed to purely symbolic; (b) the purpose of common legal representation, which is not only to represent the views and concerns of the victims, but also to allow victims to follow and understand the development of the trial [...]. In the present case, the Chamber is of the view that the abovementioned requirements may best be achieved with a Common Legal Representative based in Kenya. The Chamber believes that greater geographic proximity between victims and the Common Legal Representative is important to ensure that victims can communicate easily and personally with their representative and thus ensure meaningful representation.¹²⁴

Zu beantworten bleibt indes die Frage nach dem Rollenverständnis des Opferbeauftragten. Die Studie hat erhebliche Unsicherheiten über das Verhältnis der Opfervertretung zu den Aufgaben der Anklagebehörde offenbart. Da in den Grenzen des vorliegenden Beitrages kein umfassendes Beteiligungsmodell entworfen werden kann, sollen nachfolgend lediglich einige allgemeine Gedanken zur Reichweite einer Beteiligung von Opfern innerhalb und außerhalb des Strafverfahrens skizziert werden.

b) Die Befugnisse des „Opferbeauftragten“

aa) Befugnisse im Ermittlungs- und Zwischenverfahren

Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens obliegt in der internationalen Strafgerichtsbarkeit ausschließlich dem Ankläger.¹²⁵ Zwar können die Opfer im Wege der Anzeige auf begangene Straftaten aufmerksam machen; die Entscheidung über eine Prüfung der Tatvorwürfe steht jedoch im Ermessen der Anklagebehörde. An den ECCC ist durch die Beteiligung von Ermittlungsrichtern nach französischem Vorbild eine besondere Prozesssituation geschaffen worden. Sehen die Ankläger nach Durchführung von Vorermittlungen den Verdacht einer Straftat als gegeben an, eröffnen sie das Untersuchungsverfahren durch Zuleitung der „Introductory Submission“ an die Ermittlungsrichter (Co-Investigative Judges, CIJ).¹²⁶ Die CIJ führen die Untersuchungen selbständig durch, sind jedoch in der Reichweite ihrer Ermittlungen an die Schranken der Introductory Submission gebunden.¹²⁷ Im Untersuchungsverfahren haben die Opfer das Recht, bestimmte Ermittlungsmaßnahmen (wie die Vernehmung eines konkreten Zeugen) zu beantragen und persönliche Anliegen vorzubringen.¹²⁸ Von diesen Möglichkeiten haben die Nebenklägeranwälte in Case 002 nachdrücklich Gebrauch gemacht, um die Verfolgung von Zwangsverheiratungen durchzusetzen. Auf Initiative der Nebenkläger erließen die Anklä-

ger letztlich eine Supplementary Submission, mit der die Ermittlungen auf Fälle der Zwangsverheiratung ausgeweitet werden konnten.¹²⁹

Nach den Erkenntnissen der Studie sahen die Ankläger in einer Unterstützung durch die Civil Parties keinen prozessualen Mehrwert. Wird die Opfervertretung also darauf beschränkt, die Anklage – weitgehend kritiklos und ohne eigene Initiativrechte – zu unterstützen, verliert sich ihre eigenständige Bedeutung für das Verfahren. Das Beispiel der Zwangsverheiratungen zeigt jedoch, wo die Stärken einer Opferbeteiligung im internationalen Strafverfahren liegen können. Einen wichtigen Beitrag können die Nebenkläger durch eine Kontrolle der Reichweite von Ermittlungen und Anklage leisten. Angesichts der schwierigeren Beweislage werden im Völkerstrafrecht bestimmte Deliktgruppen, insbesondere Sexualverbrechen, oftmals ausgeklammert.¹³⁰ An den überlasteten Gerichten besteht folglich die Gefahr, aus Praktikabilitätsabwägungen auf leicht nachweisbare Tatbegehungsvarianten auszuweichen und damit das begangene Unrecht nur bruchstückhaft aufzuarbeiten. Im Interesse einer umfassenden historischen Wahrheitsfindung (so diese als ein Ziel des internationalen Strafverfahrens verstanden wird)¹³¹ sowie der Schaffung von Rechtsfrieden für alle Bevölkerungsteile müsste es Aufgabe eines Opferbeauftragten sein, die Belange solcher Opfergruppen zu vertreten, die von der Anklage nicht hinreichend berücksichtigt werden.

(1) Klageerzwingungsverfahren

Wie könnten die Befugnisse des Opferbeauftragten ausgestaltet sein? Zunächst wäre die Einführung eines Klageerzwingungsverfahrens denkbar, wie es unter anderem aus dem deutschen Prozessrecht bekannt ist.¹³² In Deutschland versinkt das Klageerzwingungsverfahren weitgehend in statistischer Bedeutungslosigkeit.¹³³ Sein Ziel ist in der strafprozessualen Literatur umstritten. Teilweise wird das Klageerzwingungs-

¹²⁴ ICC, Entsch. v. 3.10.2012 – ICC-01/09-02/11-498 (Situations of Kenya, Decision on victims’ representation and participation), Rn. 58 f.

¹²⁵ Siehe bspw. Rule 49 Nr. 1 ECCC-IR und Art. 53 IStGH-Statut.

¹²⁶ Rule 53 Nr. 1 S. 1 ECCC-IR.

¹²⁷ Rule 55 Nr. 2 ECCC-IR.

¹²⁸ Rule 55 Nr. 10 S. 1 ECCC-IR.

¹²⁹ ECCC (Office of the Co-Prosecutors), Antrag v. 30.4.2009 – 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ, (Co-Prosecutors’s Response to the Forwarding Order of the Co-Investigating Judges and Supplementary Submissions, K. Samphan/N. Chea/I. Sary/I. Tirith/K. G. Eav [Duch]); ECCC (Office of the Co-Investigating Judges), Beschl. v. 18.12.2009 – 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (Order on Request for Investigative Action Concerning Forced Marriage and Forced Sexual Relations).

¹³⁰ Sehr instruktiv hierzu ICC (The Office of the Prosecutor), DRAFT Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes, 2014, online unter:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-draft-policy-paper-february2014-eng.pdf> (18.11.2014).

¹³¹ Hierfür bspw. Bock (Fn. 66), S. 203.

¹³² Hierfür bereits Sanders, in: Arbour u.a. (Hrsg.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, 2000, S. 619.

¹³³ Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 492; Rieß, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Bd. 1 – Gutachten, 1984, S. C 27 Rn. 29.

verfahren als Ausdruck eines „berechtigten Strafverfolgungsinteresses des Verletzten“¹³⁴ verstanden. Hingegen lehnt beispielsweise *Weigend* die Anerkennung eines Rechts des Verletzten auf Anklageerhebung aus dem Genugtuungsgedanken ab und begründet das Klageerzwingungsverfahren allein mit dessen präventiver Funktion.¹³⁵ Durch das Inaussichtstellen gerichtlicher Kontrolle könne eine gewissenhafte Prüfung staatsanwaltschaftlicher Einstellungsentscheidungen gewährleistet werden. Das Opfer agiert hiernach nicht in seiner Rolle als Tatbetroffener, sondern als Vertreter der Allgemeinheit bei der Überwachung der Einhaltung des Legalitätsprinzips.¹³⁶ Nach einer weiteren Auffassung dient die Überprüfung des Anklageumfangs durch die Opfer einerseits dem Ziel umfassender Wahrheitsfindung, und zwar gerade „in den Fällen, in denen die Strafverfolgung für die Staatsanwaltschaft mühsam und arbeitsreich ist“, da hier „für den Staatsanwalt eine große Versuchung [besteht], sich weitere Mühe durch eine Einstellung des Verfahrens zu ersparen.“¹³⁷

Im internationalen Strafprozess kann der Zweck des Klageerzwingungsverfahrens – zumindest im Hinblick auf eine Ergänzung der Anklage – durchaus in der Wahrnehmung von Opferinteressen gesehen werden, ohne – wie es im deutschen Recht erforderlich scheint – aus einem Genugtuungswunsch ein Recht auf Strafverfolgung konstruieren zu müssen. Den Bedürfnissen des Opfers Rechnung zu tragen bedeutet im internationalen Strafverfahren oftmals zugleich, den Boden für Aussöhnung und Konfliktbeilegung zu ebnen. Ein Klageerzwingungsverfahren, das eine angemessene Abbildung begangenen Unrechts fordert, legitimiert sich somit letztlich (auch) durch das im Völkerstrafprozess wesentliche Ziel der Schaffung von Rechtsfrieden.

Bislang ist in der internationalen Strafgerichtsbarkeit eine Form der Klageerzwingung durch die Verletzten nicht vorgesehen. Am IStGH haben die Opfer zwar die Möglichkeit, den Ankläger über mutmaßliche Verbrechen zu informieren; einen Anspruch auf Einleitung von Ermittlungen wird ihnen indes – auch mit Blick auf die beschränkten Kapazitäten des Gerichtes¹³⁸ – nicht gewährt.¹³⁹ Stellt der Ankläger nach

Abschluss der Ermittlungen das Verfahren mangels hinreichender Verdachtsgrundlage ein oder beschränkt er die Anklage auf einzelne Tatkomplexe, so steht nur den Mitgliedstaaten, dem Sicherheitsrat oder der Vorverfahrenskammer proprio motu das Recht zu, diese Entscheidung gerichtlich zu überprüfen (Art. 53 Abs. 3 IStGH-Statut).

Ein Klageerzwingungsverfahren wäre am IStGH wie folgt zu erreichen: Zunächst sollten die Opfer in den Kreis derjenigen aufgenommen werden, die dem Gerichtshof unmittelbar – und nicht lediglich durch die Möglichkeit, Ermittlungen des Anklägers proprio motu anzuregen – eine Situation unterbreiten können (Art. 13, 14 IStGH-Statut). Der Ankläger wäre dann verpflichtet, die Informationen des Opferbeauftragten im Rahmen von Vorermittlungen zu prüfen. Lehnt der Ankläger die Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens nach Art. 53 Abs. 2 IStGH-Statut schließlich ab, müsste dem Opferbeauftragten ferner – spiegelbildlich zu seiner Befugnis nach Art. 13 IStGH-Statut – das Recht zur Anrufung der Vorverfahrenskammer im Wege einer Erweiterung des Art. 53 Abs. 3 IStGH-Statut zugestanden werden. Die Vorverfahrenskammer kann den Ankläger indes allein zu einer Überprüfung seiner Einstellungsentscheidung verpflichten, nicht hingegen selbst die Anklage zulassen oder erweitern.¹⁴⁰

Gegen die Einführung eines Klageerzwingungsverfahrens am IStGH könnte die Besonderheiten des Ermittlungsverfahrens im internationalen Strafrecht sprechen. Die Aufnahme von Untersuchungen durch den IStGH ist nicht nur in ihrer Selektivität durch politische Erwägungen determiniert, sondern hat auch weitreichende Folgen für die Machtverhältnisse in den betroffenen Staaten.¹⁴¹ Angesichts ihrer politischen Implikationen liegt der Gedanke nahe, die Entscheidung über eine Verfahrenseinleitung allein einer auf objektive Wahrheitsfindung¹⁴² verpflichteten Anklagebehörde zu überantworten – und somit die Opfer von einer Einflussnahme auszuschließen. Dieser – durchaus denkbare – Weg einer möglichst neutralen Selektion wird jedoch bereits durch die Einbindung von Mitgliedstaaten und Sicherheitsrat in den Entscheidungsprozess (über Art. 13 und 53 IStGH-Statut) nicht konsequent gegangen. Die notwendige Kontrolle zur Vermeidung einer Politisierung der Verfahren erfolgt am IStGH durch die Entscheidung der Vorverfahrenskammer über die Einleitung (Art. 15 Abs. 3 IStGH-Statut)¹⁴³ und Einstellung von Ermittlungen (Art. 53 IStGH-Statut) sowie die abschließende Bestätigung der Anklage (Art. 61 IStGH-Statut). Da die Entscheidungsbefugnis stets bei der Vorverfahrenskammer verbleibt, sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, weshalb der Opferbeauftragte nicht als gleichberechtigter

¹³⁴ *Krey*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Bd. 1, 2006, Rn. 400; *Weber*, Zum Genugtuungsinteresse des Verletzten als Strafzweck, 1997, S. 122. Für die Einbeziehung des Genugtuungsinteresses wohl auch *Moldenhauer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 172 Rn. 1.

¹³⁵ *Weigend* (Fn. 133), S. 492 f.

¹³⁶ *Weigend* (Fn. 133), S. 493 f. So auch *Schöch*, in: Evangelische Akademie von Kurhessen-Waldeck (Hrsg.), Die Behandlung des Opfers von Straftaten im Strafverfahren, 1985, S. 3 (16).

¹³⁷ *Schünemann* (Fn. 88), S. 22 f.

¹³⁸ *Bock* (Fn. 66), S. 521 f.

¹³⁹ Die Opfer haben lediglich die Möglichkeit, im Wege von Art. 15 Abs. 3 IStGH über Hinweise gegenüber der Vorverfahrenskammer Einfluss auf die Ermittlungen zu nehmen; *Eser*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 111 (120 Fn. 58).

¹⁴⁰ Eine Ausdehnung der Kompetenzen der Vorverfahrenskammer auf die Befugnis zur selbständigen Ergänzung und Zulassung der Anklage auf Antrag des Opferbeauftragten erscheint vor diesem Hintergrund überlegenswert, ist mit dem Akkusationsprinzip jedoch schwer vereinbar.

¹⁴¹ *Bock* (Fn. 66), S. 282.

¹⁴² Art. 54 Nr. 1 lit. b IStGH-Statut.

¹⁴³ Im Falle von Ermittlungen durch den Ankläger selbst muss die Vorverfahrenskammer die Einleitung von Untersuchungen genehmigen.

Akteur im Ermittlungsverfahren neben Mitgliedstaaten und Sicherheitsrat treten könnte.

Mit dem Verweis auf die Notwendigkeit solcher Selektionsprozesse rechtfertigt *Bock* die Versagung eines Klageerzwingungsverfahrens am IStGH.¹⁴⁴ Die Beschränkung der Anklage auf ausgewählte Tatvorwürfe ist angesichts der Natur völkerstrafrechtlicher Massenverbrechen zweifellos unvermeidlich. Aufgabe des Opferbeauftragten in einem Klageerzwingungsverfahren dürfte es daher nicht sein, die Einbeziehung sämtlicher Ereignisse in die Anklage zu verlangen. Ihm obläge vielmehr die Kontrolle darüber, dass die Selektion nach – auch für die Opfer – nachvollziehbaren Kriterien erfolgt, einzelne Opfergruppen nicht systematisch ausgeschlossen werden und die Anklage das geschehene Unrecht adäquat abbildet. An hybriden Tribunalen ist das Problem einer politischen Prägung der Ermittlungen weniger schwerwiegend. Mit der Einsetzung eines Gerichts wird die zentrale Entscheidung über die Auswahl der Situation bereits getroffen, so dass sich Fragen der Selektion allein im engeren Rahmen konkreter Tatvorwürfe stellen.

(2) *Privatklage*

Eine gegenüber der Klageerzwingung noch weitergehende Möglichkeit der Durchsetzung von Opferinteressen wäre die Einführung einer Form der Privatklage, über die der Opferbeauftragte der Vorverfahrenskammer selbst eine Situation unterbreiten könnte. Zwar wird die Privatklage im deutschen Recht lediglich für Delikte von geringer Bedeutung für die Allgemeinheit zugelassen. Doch ließe sich das Konzept im internationalen Strafverfahren – insbesondere vor dem Hintergrund der notwendigen und möglicherweise unterschiedlich motivierten Selektionsentscheidungen – auch als gleichberechtigte Alternative zur Anklage durch die Staatsanwaltschaft denken. Ob die mit Blick auf das deutsche Strafverfahren geäußerten, grundsätzlichen Bedenken an der Vereinbarkeit des Instituts mit dem Charakter des öffentlichen Strafverfahrens¹⁴⁵ auf den Völkerstrafprozess zu übertragen sind, erscheint vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Legitimationsansätze nicht zwingend. Eine aktive Rolle der Opfer auch in der Verfahrenseinleitung müsste sich im internationalen Strafverfahren nicht allein auf ein (möglicherweise problematisches) Genugtuungsinteresse stützen, sondern könnte sich durch die Rechtsfriedensidee als Erklärungsmodell für die Ahndung völkerstrafrechtlicher Unrechts begründen lassen. Allerdings erscheint eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Privatklage in Anbetracht ihrer fehlenden praktischen Umsetzbarkeit im internationalen Strafverfahren müßig. Im Privatklageverfahren müsste der Opferbeauftragte auch in der Hauptverhandlung an die Stelle des Anklägers treten und die vollständige Beweisführung liefern. Eine solch eigenständige Ermittlungsarbeit wird der Opferbeauftragte jedoch ohne eine ganz erhebliche Ressourcenzuweisung, die in Anbetracht der notorisch angespannten

Finanzlage an den Gerichten wenig realistisch ist, nicht leisten können.

Als am besten geeigneter Weg zur aktiven Einbindung der Verletzten in das Ermittlungs- und Zwischenverfahren stellt sich daher ein Ermittlungsantragsrecht des Opferbeauftragten (durch Einbeziehung in Art. 13, 14 IStGH-Statut) sowie eine (gegenüber dem Art. 53 IStGH-Statut erweiterte) Form der Klageerzwingung dar, durch die der Opferbeauftragte die Überprüfung einer Einstellungsentscheidung verlangen kann.

bb) Befugnisse im Hauptverfahren

Die Beteiligung der Opfer am Hauptverfahren wirft eine Vielzahl interessanter Fragen auf: Soll es den Opfern gestattet sein, selbst Beweise beizubringen – oder werden sie hierdurch zu dem gefürchteten „zweiten Ankläger“¹⁴⁶, der das Gleichgewicht des Strafverfahrens ins Wanken bringt?¹⁴⁷ Sollen die Verletzten zur Strafzumessung Stellung nehmen dürfen – oder gewinnt auf diese Weise der Vergeltungsgedanke zu sehr an Bedeutung?¹⁴⁸ Diese Fragen können hier nicht im Detail behandelt werden; daher sollen an dieser Stelle lediglich einige allgemeine Überlegungen zu einer umfassenden Beteiligung der Opfer als Nebenkläger angestellt werden.

An den ECCC besitzen die Civil Parties prinzipiell eine starke Stellung mit weitreichenden Mitwirkungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung. Im ersten Verfahren gegen Duch erwies sich die Nebenklage angesichts der fehlenden Absprachen zwischen den Opfervertretern und der hiermit verbundenen Verzögerung der Verfahren durch repetitive Fragestellungen als problematisch. Mit Einführung der Lead Co-Lawyers, die als „Opferbeauftragte“ sämtliche Civil Parties im Prozess vertreten, wurde die Kritik an der Nebenklage deutlich leiser.

„They still have to work on not asking repetitive questions because they follow the prosecutors, but it’s much more focused than it was in Case 001 – and I really appreciate that because we are moving along more professionally with the trial.“ (Richter)

„I think that it [the new system] only really has advantages because it ensures coordination and cooperation between a group of people who really didn’t cooperate over anything previously from what I can see.“ (Ankläger)

Die Erfahrungen an den ECCC schließen das Modell einer Nebenklage für künftige Verfahren internationaler Strafgerichte daher nicht notwendig aus. Erfolgt die Nebenklage

¹⁴⁴ *Bock* (Fn. 66), S. 521.

¹⁴⁵ So vor allem *Weigend* (Fn. 133), S. 479 f.; *Grebing*, GA 1984, 1 (14).

¹⁴⁶ ICC, Entsch. v. 28.1.2008 – ICC-01/04-01/06-1135 (Lubanga, Requête de la Défense sollicitant l’autorisation d’interjeter appel de la „Decision on Victims’ Participation“), Rn. 42. Hiervor warnt auch *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87 (115).

¹⁴⁷ *Bung*, StV 2009, 430 (432).

¹⁴⁸ So *de Hemptinne*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 165 (178).

koordiniert durch einen Opferbeauftragten, sprechen keine zwingenden Gründe gegen die Zuerkennung eines Parteistatus für das Kollektiv der Opfer.

Im deutschen Strafverfahrensrecht wird die wachsende Bedeutung der Nebenklage mit Befürchtungen um den Verlust der „historischen Errungenschaft einer Entemotionalisierung und Rationalisierung der Strafrechtspflege“¹⁴⁹ begleitet. Den Kritikern ist zuzugeben, dass die Verdrängung des Opfers aus dem Strafprozess zugunsten der Staatsanwaltschaft als neutraler Ermittlungsinstanz ein wesentlicher Fortschritt in der Entwicklung rechtsstaatlicher Strafgerichtsbarkeit war. Es wäre indes zu weitgehend, unter Verweis auf die notwendige staatliche Monopolisierung der Strafverfolgung dem Verletzten jede ergänzende Zuständigkeit zu versagen. Dies gilt insbesondere, wenn mit dem Konzept des Opferbeauftragten als institutionalisierter Instanz – die zwar den Interessen der Opfer verpflichtet ist, jedoch nicht aus persönlicher Betroffenheit heraus agiert – den Sorgen um eine Emotionalisierung des Verfahrens begegnet werden kann.

Die Anerkennung eines Nebenklägerstatus mit weitgehenden Verfahrensrechten erscheint auch gegenüber der bisherigen Regelung der Prozessbeteiligung am IStGH vorzugswürdig. Nach Art. 68 Abs. 3 IStGH-Statut muss bei jedem einzelnen Verfahrensschritt oder -antrag eines Verletztenvertreters geprüft (und unter Umständen kontrovers verhandelt und entschieden) werden, ob von dem fraglichen Punkt gerade die „persönlichen Interessen“ des jeweiligen Verletzten betroffen sind.¹⁵⁰ Wie zeitaufwendig sich eine aktive Beteiligung der Opfer am IStGH gestalten kann, zeigt das Beispiel der Zeugenbefragung. Möchte ein Opfervertreter Fragen an einen Zeugen richten, so muss er zunächst einen entsprechenden Antrag bei der Kammer stellen. Die Kammer kann dann eine Liste der vorgesehenen Fragen verlangen, die sie an die Anklage und – wenn sie es für angemessen erachtet – an die Verteidigung weitergibt; beide Parteien können der Kammer in einer von ihr gesetzten Frist Stellungnahmen unterbreiten, der Verletztenvertreter darf hierauf antworten, und die übrigen Parteien sodann replizieren, bevor die Kammer schließlich über die Zulassung der Fragen entscheidet (Regel 91 Abs. 1 und 2 IStGH-RPE).

In der Praxis ist der erforderliche Nachweis des besonderen „Interesses“ für die jeweilige Verfahrenshandlung nicht nur lähmend,¹⁵¹ sondern auch irreführend – steht dahinter doch die anfechtbare Grundvorstellung, dass der Verletzte kein generell berechtigtes Interesse an der Mitwirkung habe. Einen ähnlichen Weg beschritt die Hauptverfahrenskammer der ECCC als sie die Nebenkläger von Fragen der Strafzumessung ausschloss und ihnen somit – direkt oder indirekt – ein über die Entschädigungsfrage hinausgehendes Verfahrensinteresse aberkannte.¹⁵² Das grundsätzliche Bedürfnis der

Opfer nach einer Partizipation an Wahrheitsfindung und einer Verurteilung des schuldigen Täters zu verneinen, ist jedoch – das haben auch die Erkenntnisse dieser Studie gezeigt – realitätsfern.¹⁵³ Richtigerweise ist daher allein die Frage zu beantworten, in welcher Weise dieses Interesse einerseits effektiv und andererseits ohne unzumutbare Behinderung des Verfahrensverlaufs ausgestaltet werden kann. Zu diesem Zweck sollten die jeweiligen Prozessordnungen klar regeln, welche Einzelrechte dem Opferbeauftragten in der Hauptverhandlung zustehen – und sie nicht durch Verwendung interpretationsoffener Begriffe in das Ermessen der jeweiligen Kammern stellen. Die Ausgestaltung der prozessualen Befugnisse kann sich dabei durchaus an den Rechten des Nebenklägers nach dem deutschen Strafverfahrensrecht orientieren.

3. Verfahrensbegleitende Partizipationsmodelle und Wiedergutmachung

Im völkerstrafrechtlichen Verfahren stehen die Opfer als Kollektiv im Vordergrund; den Bedürfnissen des einzelnen Verletzten kann ein internationales Straftribunal hingegen nicht ausreichend Rechnung tragen. Möchte man die Gerichte nicht mit falschen Erwartungen überfordern, dürfen sie nicht alleiniges Instrument zur Bewältigung der Herausforderungen eines transitional justice Prozesses sein.¹⁵⁴ Wenngleich insbesondere hybride Tribunale aufgrund ihrer räumlichen Nähe zu den Konfliktgebieten einen wichtigen Beitrag zur gesamtgesellschaftlichen Aufarbeitung des Konflikts leisten können, sind ihre Mittel zur Befriedigung des einzelnen Opfers begrenzt. Am IStGH, dessen Verfahren fernab der Lebenswirklichkeit der Opfer stattfinden, verliert sich die Bedeutung einer prozessualen Beteiligung noch weiter. Daher müssen Partizipationsmodelle außerhalb des klassischen Strafprozesses geschaffen werden, die den Bedürfnissen des einzelnen Opfers nach Gerechtigkeit Raum geben.¹⁵⁵ Die Behörde des Opferbeauftragten kann die Aufgabe übernehmen, solche Projekte zu finanzieren, zu initiieren und zu koordinieren; wie dies bereits teilweise von VPRS am IStGH und der VSS an den ECCC praktiziert wird.

Um sinnvolle Programme zu schaffen, müssen zunächst die konkreten Erwartungen der Opfer eruiert werden. Andernfalls besteht die Gefahr, nicht die tatsächlichen Interessen der Opfer, sondern eine bloße (möglicherweise „westliche“ oder „idealisierte“) Vorstellung von ihnen zur Grundlage von Projekten und Maßnahmen zu machen. Um Partizipations-

¹⁵³ So auch *Bock* ([Fn. 66], S. 449 f.), die ein Interesse der Opfer an Wahrheitsfindung und Ermittlung der Schuldfrage anerkennen will.

¹⁵⁴ *Mohan*, *International Criminal Law Review* 9 (2009), 733 (775): „Without entertaining a new, inter-disciplinary victimology that recognizes that restorative justice can be meted outside the courtroom at a spiritual ceremony, on a dramatic stage or through the arts, the civil party process may be nothing more than, in the erudite words of one Cambodian victim, a „circus““.

¹⁵⁵ So auch *Stegmiller*, *Leiden Journal of International Law* 2014, 465 (475).

¹⁴⁹ Zitat nach *Weigend*, *Rechtswissenschaft* 1 (2010), 39 (40); in diese Richtung gehend *Bung*, *StV* 2009, 430.

¹⁵⁰ Hierzu ausführlich *Bock* (Fn. 66), S. 448 ff.

¹⁵¹ Dies gilt insbesondere, da Anklage und Verteidigung das Recht haben, auf alle Stellungnahmen der Opfer zu antworten, Regel 91 Abs. 1 IStGH-RPE.

¹⁵² ECCC, *Submission on Sentencing*, Rn. 28 ff.

programme nach den Bedürfnissen der Opfer zu implementieren, bedarf es der Präsenz des Opferbeauftragten in den betroffenen Ländern und eines unmittelbaren Kontaktes mit den Betroffenen vor Ort. Nach den Erkenntnissen der hier präsentierten Studie waren für die Opfer in Kambodscha neben der Bestrafung des Täters ihre Anerkennung insbesondere durch „storytelling“ und Besuche bei Gericht, außerdem individuelle Wahrheitsfindung sowie Kompensation bedeutsam.

Die einzelnen Verletzten haben oftmals das Bedürfnis, „ihre Geschichte“ zu berichten. Dieses Bedürfnis ist nicht nur verständlich, sondern seine Befriedigung kann auch einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, die inneren Wunden aus der Verletzung besser und rascher zu heilen. Dem Wunsch der Opfer nach „storytelling“ muss allerdings nicht durch eine Aussage vor Gericht entsprochen werden, sondern kann durch Dokumentationsprogramme erfüllt werden, in denen die Erlebnisse der Opfer schriftlich oder als Video-Interviews festgehalten werden.¹⁵⁶ Individuelle Wahrheitsfindung ließe sich über truth and reconciliation committees erreichen, die flankierend (nicht alternativ) zu den Strafverfahren gegen Täter auf unterer Befehlsebene eingesetzt werden könnten. Die Organisation von Besuchen bei Gericht ist an im Lande selbst tagenden Tribunalen möglich und sollte nach dem Vorbild Kambodschas umgesetzt werden. Am ISTGH lässt sich hingegen bereits aus finanziellen Erwägungen eine Reise zu den Verhandlungen nicht für eine Vielzahl von Opfern verwirklichen. Informationen über den Stand der Prozesse können zwar durch Outreach Aktivitäten im Situationsland kommuniziert werden. Hiervon nicht abgedeckt ist jedoch die Komponente der Anerkennung und Wertschätzung, die für die Opfer mit dem Besuch bei Gericht, der Bezahlung von Transport und Unterkunft verbunden war. Diskussionsforen und Informationstage in der Hauptstadt, zu denen die Opfer eingeladen werden, könnten ein denkbares Äquivalent darstellen. Solche Outreach Maßnahmen, die neben dem Gang der Verfahren auch die historischen Erkenntnisse vermitteln, tragen zugleich dem Wunsch nach Prävention durch Aufklärung Rechnung. Ergänzend können weitergehende Maßnahmen wie Schulbuchprojekte¹⁵⁷ oder öffentliche Theaterinszenierungen gefördert werden.

Die größte Herausforderung stellt das Interesse der Opfer an einer Kompensation des erlittenen Schadens dar. Wie dargelegt, bleibt der – verständliche – Wunsch nach individueller Entschädigung in den Massenverfahren internationaler Strafgerichte regelmäßig unerfüllt. Kollektive Wiedergutmachung

muss sich, soll sie nicht „selektiv und damit nahezu zwangsläufig diskriminierend“¹⁵⁸ sein, von den durch die Verurteilung gezogenen räumlichen, zeitlichen und personellen Grenzen lösen. Durch die Abkoppelung der Wiedergutmachung von der angeklagten Tat – und damit von einem bestimmten Empfängerkreis – verliert sie jedoch ihren eigentlichen Entschädigungscharakter; eine Unterscheidung zwischen Entwicklungshilfe und gerichtlicher Wiedergutmachung lässt sich kaum mehr treffen. Ob internationale Strafgerichte gleichwohl Reparationen gewähren und welcher Natur diese sein sollen, kann im Rahmen dieses Beitrages nicht diskutiert werden. Das Beispiel der ECCC hat indes gezeigt, dass sich Entschädigungen – möchte das Gericht den Bedürfnissen der Opfer gerecht werden – nicht in symbolischen Gesten erschöpfen dürfen, sondern einen greifbaren Mehrwert für die Opfer darstellen müssen. Die Veröffentlichung der Namen der Opfer mag – in der Theorie und aus der Perspektive „westlicher“ Beobachter – einen hohen symbolischen Wert haben; doch sollte die Bedeutung von Symbolik für die Opfer, denen es oftmals am Notwendigsten fehlt, nicht überschätzt werden.

IV. Fazit

Trotz der Bedeutung des „Opfers“ in der Rhetorik internationaler Strafgerichte zeigt die jüngere Entwicklung in Praxis und Literatur eine zunehmende Abkehr von den bisherigen Modellen der Verletztenbeteiligung. Die Untersuchung an den ECCC hat erhebliche Diskrepanzen zwischen Ideal und Wirklichkeit der Opferpartizipation offenbart. Die Enttäuschungen der Geschädigten sind Ausdruck und Folge der Grenzen des völkerstrafrechtlichen Verfahrens, das dem individuellen Opfer strukturell nur wenig Raum geben kann. Durch die Möglichkeit einer individuellen Beteiligung als Civil Party wurde das Opfer nur scheinbar ins Zentrum des Strafprozesses gerückt; die tatsächliche Rolle des Einzelnen blieb symbolisch. Gerade die Gewährung einer theoretisch starken Rechtsstellung für die Zivilpartei generierte zu hohe Erwartungen in Bezug auf Partizipation und Kompensation und führte dadurch vielfach zu Enttäuschung auf Seiten der Geschädigten. Auch die Kritik von Richtern, Verteidigern und Anklägern in Case 001 bezog sich vor allem auf das Konzept einer individuellen Beteiligung einer Vielzahl von Opfern am Verfahren. Die nationale Idee einer Nebenklage – das hat die Erfahrung in Kambodscha bereits deutlich gemacht – lässt sich auf den internationalen Strafprozess nicht sinnvoll übertragen; sie eignet sich nicht für Verfahren in Fällen der Makrokriminalität.

Es bedarf folglich eines grundlegenden Diskurses darüber, welche Rolle das Opfer im internationalen Strafverfahren spielen soll und welche Befugnisse ihm zur Wahrnehmung seiner Interessen zugestanden werden müssen. Die Diskussion über die prozessuale Beteiligung von Verbrechenopfern leidet jedoch oftmals unter zwei Schwächen: das Fehlen einer positiven Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten der Partizipation sowie einer zu starken Emotionalisierung der Debatte. In der Rhetorik um die internationale Straf-

¹⁵⁶ Man denke an die Projekte der Shoa Foundation zum Nationalsozialismus oder von DC-Cam in Kambodscha.

¹⁵⁷ In Kambodscha wurde die Zeit der Khmer Rouge nach 1990 aus dem Curriculum des Geschichtsunterrichts gestrichen. Erst im Zuge der Verfahren vor den ECCC konnten Schulbücher gedruckt werden, die sich mit dem Pol Pot-Regime auseinandersetzen. Siehe hierzu Voice of America News, *Cambodian Schools Reopen History's Wounds*, 2010, online unter:

<http://www.voanews.com/english/news/Cambodian-Schools-Reopen-Historys-Wounds-91541324.html> (18.11.2014).

¹⁵⁸ Bock, ZIS 2013, 297 (320).

gerichtsbarkeit fehlt es nicht an Lobreden auf die Bedeutung der Opferbeteiligung für Frieden, Gerechtigkeit und Menschenrechte. Die Bemühung der großen Ideen des Rechts verschleiert indes den Blick auf die Frage, was die Verfahren für die Opfer und die Opfer für die Verfahren tatsächlich leisten können. Der floskelhaften Affirmation setzt die Literatur nicht selten detaillierte Kritik an den Beteiligungsrechten der Verletzten entgegen.¹⁵⁹ Im Fokus der Betrachtungen steht regelmäßig nicht, was das Opfer sein kann, sondern was es *nicht* sein darf.

Als erster Schritt zu einer neuen Form der Opferbeteiligung im internationalen Strafverfahren wird hier vorgeschlagen, ihre Partizipation durch die Einsetzung eines „Opferbeauftragten“ zu institutionalisieren und zu entindividualisieren. Allerdings darf die Forderung nach einer Abkehr vom persönlichen Zulassungs- und Beteiligungsverfahren nicht als Plädoyer für eine Abschaffung der Opferpartizipation missverstanden werden. Die besondere Bedeutung der Friedenssicherung durch gesellschaftliche Aufarbeitung und Versöhnung für die Legitimation internationaler Strafgerichte macht eine Einbindung der Geschädigten in die Verfahren notwendig. Die Integration der Opfer ist zugleich Ausdruck eines menschenrechtlichen Anspruchs internationaler Tribunale, die das völkerrechtliche Verbrechen nicht allein als Normbruch, sondern zugleich als Verletzung realer Personen verstehen.

Soll sich eine Opferbeteiligung nicht in Symbolik erschöpfen, muss in einem zweiten Schritt die prozessuale Rolle der Verletzten klar definiert und mit – insbesondere gegenüber der Anklage – eigenem Bedeutungsgehalt ausgestattet werden. Nationale Verfahrensmodelle können hierbei als Anstoß für Überlegungen auf internationaler Ebene dienen; Konzepte wie die Nebenklage, die Klageerzwingung oder eine Privatklage müssen dabei stets vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Völkerstrafrechts (in Bezug auf Strafziele, Natur der Verbrechen und praktische Grenzen) betrachtet werden. Wenngleich sich die Idee einer Überprüfungsbeschwerde für Opfer auf der Staatenkonferenz in Rom nicht durchsetzen konnte,¹⁶⁰ erfordern die nunmehr gemachten Erfahrungen am IStGH und den ECCC eine Neubewertung und Weiterentwicklung von Partizipationsmodellen.

Zu einer offenen Diskussion über sinnvolle Wege der Verfahrensmitwirkung gehört auch ein rationaler Blick auf die Möglichkeiten und Grenzen des internationalen Strafprozesses. Die Rechte des Angeklagten sowie eine effiziente Verfahrensführung sind wichtige und legitime Aspekte, die bei der Gestaltung einer Opferpartizipation ebenfalls zu berücksichtigen sind. Einschränkungen der Beteiligungsrechte können als Folge einer notwendigen Abwägung mit den Geboten prozessualer Fairness erforderlich sein. Forderungen nach schrankenloser Teilnahme und individuellen, finanziellen Entschädigungen verkennen die Realitäten der Völkerstrafgerichtsbarkeit und nützen den Opfern damit wenig. Bei Überlegungen zu künftigen Reformen müssen unmittelbar

involvierte NGOs und Opferanwälte eine wichtige Stimme erhalten, doch zugleich als Interessenvertreter (legitimerweise auch der eigenen Interessen) wahrgenommen werden.¹⁶¹ Die Wissenschaft sollte weder einer „Verletzten euphorie“¹⁶² huldigen noch jedwede Beteiligung von Opfern am Verfahren grundsätzlich verwerfen. Ihr Anliegen muss es sein, den bestehenden Widerspruch zwischen Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung ernst zu nehmen und Modelle zu entwickeln, die sowohl den berechtigten (und tatsächlichen) Interessen als auch den natürlichen Grenzen eines internationalen Strafverfahrens Rechnung tragen.

¹⁵⁹ Siehe exemplarisch *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87 (114).

¹⁶⁰ *Eser* (Fn. 139), S. 120 Fn. 58.

¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unproblematisch, wenn Studien zur Opferbeteiligung von den NGOs durchgeführt oder in Auftrag gegeben werden, die sich über ihr Engagement in der Opferbeteiligung finanzieren.

¹⁶² *Hirsch*, in: Burgstaller u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 699.

Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit

Von Wiss. Mitarbeiter **Hans Kromrey**, Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Christine Morgenstern**, Greifswald

Der Beitrag nimmt das jüngst ergangene Urteil des EGMR im Fall Trabelsi vs. Belgien zum Anlass, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Auslieferungen bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe kritisch zu würdigen. Vor dem Hintergrund aktueller Fortschritte im Menschenrechtsschutz durch den EGMR scheint die bisherige Linie des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Zu fragen ist aber auch, welche Konsequenzen die Haltung des EGMR in anderen Art. 3 EMRK berührenden Fällen der Auslieferung haben wird; insbesondere, wie die Prüfungsinintensität der entscheidenden Gerichte ausfallen muss.

The recent decision by the European Court of Human Rights in Trabelsi v. Belgium gives reason to analyse the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court (FCC) in extradition cases where suspects face life sentence without the possibility of parole. Given the progress made in the protection of Human Rights in that matter the line of reasoning of the FCC cannot be upheld. Further thoughts, however, are necessary to reflect on the consequences for other cases of extraditions that touch upon Art. 3 ECHR and which tests the competent courts will have to apply.

I. Einleitung

Ein als Terrorist gesuchter Verdächtiger soll an die USA ausgeliefert werden. Dort droht ihm eine lebenslange Freiheitsstrafe, die nicht zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Diese Fallkonstellation, mit der sich jüngst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu befassen hatte,¹ wirft zwei grundlegende Fragen auf: Wie ist eine solche Freiheitsstrafe vor dem Hintergrund der Menschenwürdegarantie bzw. dem Verbot der Folter, der unmenschlichen und der erniedrigenden Behandlung gem. Art. 3 EMRK zu beurteilen? Und wie wirkt sich eine solche Beurteilung auf den zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr in Gestalt von Auslieferungsverfahren aus?

Während das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sein grundlegendes Urteil zur ersten Frage bereits 1977 fällte,² reicht die Rechtsprechungsgeschichte des EGMR diesbezüglich weniger weit zurück. Umgekehrt hat der EGMR zur zweiten Frage mit dem Söring-Urteil³ bereits 1989 deutlich gemacht, dass auch die Entscheidung eines Mitgliedstaates über eine Auslieferung prinzipiell Anlass für eine Überprüfung der Einhaltung der Konventionsgarantien geben kann, während das BVerfG in Bezug auf die Überprüfung verfassungsrechtlicher Garantien nach dem Grundgesetz zurückhaltend war. Der vorliegende Beitrag zeichnet die Entwicklung der beiden Rechtsprechungslinien nach und analysiert, wie

¹ EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien).

² BVerfGE 45, 187 (187 ff.).

³ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (Söring vs. Vereinigtes Königreich) = EuGRZ 1989, 315 = NJW 1990, 2183.

sie nunmehr für einen umfassenden Schutz der Menschenwürdegarantie zu verbinden sind.

II. Das Bundesverfassungsgericht, die lebenslange Freiheitsstrafe und die Auslieferung

1. Das Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe von 1977

Für das nationale Sanktionenrecht hat das BVerfG 1977 eine bahnbrechende Entscheidung⁴ getroffen, indem es eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf Entlassung aus dem Vollzug als mit der Würde des Menschen unvereinbar erklärte. Dem Verurteilten dürfe nicht jegliche Hoffnung auf Wiedererlangung seiner Freiheit ohne Rücksicht auf eine eventuelle Entwicklung seiner Persönlichkeit genommen werden; andernfalls würde er zum bloßen Objekt staatlicher Verbrechensbekämpfung gemacht, was eine mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbare grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafe darstelle.⁵

Bemerkenswert für die weiteren hier anzustellenden Überlegungen ist die Tatsachengrundlage, von der ausgehend das BVerfG zu seiner Überzeugung gelangte. Die bis dato angewandte Gnadenpraxis als einzige Möglichkeit der Haftverkürzung produzierte erstaunlich hohe Entlassungszahlen: Bis zum 31.12.1975 waren 1.915 Personen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden, von denen mit 702 Personen zum Urteilszeitpunkt immerhin bereits knapp 37 %⁶ begnadigt worden waren.⁷ Das Gericht sah daher gerade keinen Grund, das Bestehen eines Hoffnungsschimmers in der damals in Deutschland herrschenden Entlassungspraxis zu verneinen. Ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG lag vor dem Hintergrund der großzügigen Entlassungspraxis also nicht vor, da die tatsächlich lebenslange Strafdauer eine „seltene Ausnahme“ sei.⁸

Um die Aussicht auf Entlassung abzusichern, leitete das Gericht allerdings aus Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechts-

⁴ BVerfGE 45, 187. Das Urteil wurde u.a. aufgrund seiner herausragenden Stellung von *Menzel* und *Müller-Terpitz* in deren Sammlung der 127 hervorzuhebenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aufgenommen, vgl. *Stuckenberg*, in: *Menzel/Müller-Terpitz* (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung*, 2. Aufl. 2011, S. 297.

⁵ Zum Zusammenspiel spezial- und generalpräventiver Faktoren bei der Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe vgl. *Morgenstern*, RW 2014, 153 (160-162).

⁶ Das BVerfG (BVerfGE 45, 187 [242]) weist selbst darauf hin, dass lebenslang Inhaftierte erst nach geraumer Zeit für eine Begnadigung in Frage kommen, so dass für die ersten zehn Jahre nach Kriegsende deutlich weniger Begnadigungen zu verzeichnen sind als in den zehn Jahren vor diesem Urteil.

⁷ Zusammenführung der Zahlen bei *Stuckenberg* (Fn. 4), S. 298.

⁸ BVerfGE 45, 187 (241). Das streicht auch *Stuckenberg* ([Fn. 4], S. 302) heraus.

staatsprinzip ein Gebot zur gesetzlichen Ausgestaltung der Aussetzungsvoraussetzungen und des -verfahrens ab. Es müsse eine „konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance“⁹ zur Wiedererlangung der Freiheit bestehen: „Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der *Würde der Person* überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht.“ (Hervorhebung der *Verf.*)¹⁰ Eine gesetzliche Ausgestaltung sollte daher die Justiziabilität der Entlassungsentscheidung mit sich bringen, deren Fehlen das Gericht gerade als einen der Hauptkritikpunkte an der seinerzeitigen Gnadenpraxis herausgearbeitet hatte. Der Gesetzgeber folgte dieser Rechtsprechung durch die Einfügung des § 57a StGB.

2. Zuständigkeit und Prüfungsmaßstab in Auslieferungssachverhalten

Lange Jahre gab es für das Bundesverfassungsgericht keinen Anlass, diese Überlegungen mit Auslieferungsproblemen in Zusammenhang zu bringen. 2005 jedoch hatte das Gericht in einem Fall zu entscheiden, in dem der Beschwerdeführer, der ausgeliefert werden sollte, sich auf das Lebenslang-Urteil berief. Bevor auf den Fall eingegangen wird, soll kurz die Stellung des BVerfG im deutschen Auslieferungsverfahren skizziert werden.

Auf das Ersuchen zur Auslieferung eines anderen Staates hin (und damit auf Abschluss eines den einzelnen Verfolgten betreffenden völkerrechtlichen Auslieferungsvertrages) reagieren Behörden der Bundesrepublik Deutschland¹¹ mit einer Ablehnung oder Bewilligung.¹² Dieser sog. Bewilligungsentscheidung voraus geht die Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung. Die Zulässigkeitsentscheidung wird gem. § 12 IRG vom örtlich zuständigen Oberlandesgericht getroffen. Individualrechte des Verfolgten sollten nach bisher herrschender Meinung nur in dieser vorab erfolgenden Zulässigkeitsentscheidung Gewicht bekommen, also insbesondere auch die Überprüfung möglicher drohender (Grund-)Rechtsverletzung des Verfolgten im ersuchenden Staat. In der anschließenden Bewilligungsentscheidung sollten zwar „huma-

nitäre Erwägungen“¹³ ebenfalls angestellt werden können, aber kein eigener, über den Inhalt der Zulässigkeitsentscheidung hinausgehender „Rechtsrest“¹⁴ mit subjektiv-rechtlichem Gehalt verbleiben. Nur allgemeine, insbesondere außen- und kriminalpolitische Belange sollen zusätzlich berücksichtigt werden.¹⁵ Folglich sollte dagegen weder fach- noch verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz möglich sein,¹⁶ so dass bislang auch nur gegen die Zulässigkeitsentscheidung eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht erhoben werden konnte. Im Zuge einer jüngeren Novellierung des IRG wurde es jedoch auch vom Gesetzgeber nicht mehr als ausgeschlossen angesehen, dass mit der Bewilligungsentscheidung zusätzliche subjektiv-rechtliche Positionen beeinträchtigt werden,¹⁷ woraufhin das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2010 nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 4 GG dafür eine Rechtsschutzmöglichkeit zu den OLG bestätigte.¹⁸ In Zukunft sind also auch Verfassungsbeschwerden gegen die Bewilligungsentscheidung bzw. diese bestätigende OLG-Entscheidungen denkbar.

Bei der Beurteilung der Entscheidung des Oberlandesgerichts und damit der Frage, ob die Auslieferungsvoraussetzungen vorliegen, bedient sich das Bundesverfassungsgericht eines in ständiger Rechtsprechung gefestigten Maßstabes: Es sei (nur) zu überprüfen, ob die der Auslieferung zugrunde liegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung vereinbar seien.¹⁹ Das Gericht beurteilt das Handeln der Oberlandesgerichte also nicht nach dem gem. Art. 1 Abs. 3 GG angezeigten Maßstab der Grundrechte. Damit geht es davon aus, dass auf Sachverhalte mit Auslandsberührung der inhaltliche Maßstab der Grundrechte nicht in demselben Umfang wie auf rein inländische Sachverhalte angewendet werden muss, sondern insofern eine Reduktion der Gewährleistungen zulässig ist. Begründet wird dies mit dem überwiegenden Interesse an einer funktionsfähigen grenzüberschreitenden Strafverfolgung, der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und letztlich dem Respekt vor anderen Rechtsordnungen.²⁰ Die untere

⁹ BVerfGE 45, 187 (245).

¹⁰ BVerfGE 45, 187 (245).

¹¹ Die Bewilligung müssen gem. § 74 Abs. 1, 2 IRG das Bundesjustiz- und das Außenministerium bzw. von diesen ermächtigte nachrangige Behörden erteilen. Für den vertragsgebundenen Auslieferungsverkehr wurden die Länderjustizministerien ermächtigt (Zuständigkeitsvereinbarung 2004 v. 28.4.2004, abgedruckt in: Schomburg u.a., Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 5. Aufl. 2012, Anhang 8 [S. 2965 f.]), von denen wiederum einige die Zuständigkeit an die Generalstaatsanwaltschaft weiterdelegiert haben (*Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 15).

¹² So die herrschende Vertragstheorie zur dogmatischen Einordnung der verschiedenen Verfahrensschritte, die der eigentlichen Übergabe des Verfolgten vorausgehen; vgl. dazu *Vogler*, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, 1970, S. 33-36.

¹³ *Böhm*, NJW 2006, 2592 (2596).

¹⁴ *Lagodny*, NJW 1988, 2146 (2149).

¹⁵ *Böhm*, NJW 2006, 2592 (2596).

¹⁶ BVerfGE 63, 215 (226); 113, 273 (301). Ausführlich *Kromrey*, Haftbedingungen als Auslieferungshindernis, 2015 (im Erscheinen), Kap. 2.4.

¹⁷ BT-Drs. 16/2015, S. 12.

¹⁸ BVerwGE 137, 52.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 59, 280 (283); 63, 332 (337 f.); 75, 1 (19); 108, 129 (136 f.); BVerfGK 3, 159 (163); BVerfG NJW 1984, 1293 (1295); 1987, 830.

²⁰ H.M., vgl. *Vogel*, in: Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Die für die Rechtsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland in Strafsachen maßgeblichen Bestimmungen, 1. Lfg., Stand: September 2007, § 73 Rn. 30; kritisch zum Argument, andere Rechtsordnung respektieren zu müssen, *Herdegen*, in:

Grenze zieht das Gericht bei den genannten Gewährleistungen eines völkerrechtlichen Minimalstandards und unabdingbarer verfassungsrechtlicher Grundsätze. Mit dieser Reduktion des Gewährleistungsumfangs der Grundrechte befindet es sich im Einklang mit dem einfachrechtlich von § 73 S. 1 IRG für die Oberlandesgerichte etablierten Maßstab, der die reduzierte Grundrechtsgeltung für die Beurteilung der Zulässigkeit von Auslieferungssachverhalten in demselben Maße konkretisiert.²¹ Bestandteil des sowohl vom BVerfG als auch vom IRG vorgesehenen reduzierten Katalogs von Grundrechten ist aber jedenfalls das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe als Ausfluss der Menschenwürdegarantie, wie es sich auch in Art. 3 EMRK wiederfindet.²² Selbst bei der Beurteilung von Auslieferungssachverhalten müssen also die für den Verfolgten im ersuchenden Staat in Aussicht stehenden Strafvollzugsumstände dem von Art. 3 EMRK geforderten Standard genügen.

3. Die Rechtsprechung zur Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe

a) USA: Auslieferung trotz Ausnahmecharakters der Entlassung

Zwar ist dieser rechtliche Maßstab für Auslieferungssachverhalte in der Rechtsprechung etabliert, aus seiner Anwendung folgen hingegen nicht die einheitlichen Ergebnisse, die zu erwarten wären. In einem Beschluss²³ vom 6.7.2005 hatte das BVerfG Gelegenheit, die Zulässigkeitserklärung einer Auslieferung an die USA zu überprüfen. Dem Verfolgten drohte eine Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Strafrestaussetzung zur Bewährung (*life sentence without the possibility of parole*, in Abgrenzung zu *life sentence with the possibility of parole*, also mit der Möglichkeit einer Strafrestaussetzung). In einem solchen Fall ist der Verurteilte auf die Möglichkeiten der Begnadigung (durch den Gouverneur oder den US-Präsidenten) oder einer Strafumwandlung in eine zeitige Freiheitsstrafe verwiesen. Die Entscheidungen darüber sind nach US-amerikanischem Recht keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich. Im Ergebnis nahm das Bundesverfassungsgericht daran keinen Anstoß. Im Lichte seiner Rechtsprechung von 1977 betonte das Gericht zwar einerseits, dass es einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellte, müsste der Verfolgte seine Freiheitshoffnung ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit aufgeben. Diese Hoffnung auf Wiedererlangung der Freiheit wäre im Geltungsbereich des Grundgesetzes durch die Möglichkeit einer Begnadigung nur unzureichend abgesichert und müsse als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips daher auch gerichtlicher Kontrolle offenstehen. Die konkrete Ausgestal-

tung sei andererseits aber nicht Teil der im Auslieferungsverfahren zu beachtenden unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze der deutschen öffentlichen Ordnung. Die „praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit“ (Hervorhebung der *Verf.*) sei ausreichend, und eine solche im konkreten Fall im US-Bundesstaat Kalifornien gegeben, selbst wenn der Verfolgte zu *life without parole* verurteilt würde.

b) Die Sachlage zu *life-without-parole*-Urteilen in den USA: Mehr „Entlassungstheorie“ als Entlassungspraxis

Inwieweit eine solche Chance jedoch tatsächlich eine praktische – und nicht nur eine theoretische – ist, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht geprüft. Es verzichtete darauf, sich ähnlich eingehend mit der Tatsachengrundlage der Entlassungspraxis in den USA auseinanderzusetzen, wie es dies 1977 für die BRD noch getan hatte. Zuzugeben ist, dass es ausländische Forschungserkenntnisse hätte heranziehen müssen und dass das Problem der *life without parole* zu diesem Zeitpunkt erst langsam von der kriminologischen bzw. strafrechtswissenschaftlichen Forschung wie auch Menschenrechtsorganisationen in den Blick genommen wurde. Dennoch hätte es unproblematisch eine bereits 2002 erschienene Studie zur Realität lebenslanger Freiheitsstrafen im Rechtsvergleich gefunden.²⁴ Sie legt dar, wie sehr die Praxis der *life without parole* dadurch dominiert ist, dass sie häufig Todesstrafen ersetzen soll und deshalb nicht zuletzt von Gegnern der Todesstrafe hervorgehoben wird, dass die solchermaßen Verurteilten nie wieder in Freiheit gelangen können. Außerdem weist die Studie darauf hin, dass diese Form der lebenslangen Freiheitsstrafe gerade als symbolischer Akt gedacht sei, Opfern bzw. den Angehörigen von Mordopfern zu verdeutlichen, dass es sich um eine härtere Variante der lebenslangen Freiheitsstrafe handelt; das politische Statement, es handele sich um „death by incarceration“ werde dabei als zusätzliches Argument gebraucht.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hätte auch die in *Tabelle 1* (vgl. S. 716) für das Jahr 2003 enthaltenen Statistiken und weiteren Analysen zur Praxis der *life without parole* in einer 2004 erschienenen Studie gefunden.²⁶ Danach ist die Anzahl der entsprechend Verurteilten in den USA unabhängig von der Verbrechensrate rapide angestiegen, zwischen 1992 und 2003 von gut 12.000 auf fast 34.000. In Kalifornien betraf dies im Jahr 2003 fast

²⁴ van Zyl Smit, *Taking life imprisonment seriously*, 2002, passim. Eine Besprechung findet sich bei Morgenstern, *Neue Kriminalpolitik* 2004, 52.

²⁵ van Zyl Smit (Fn. 24), S. 54 ff. Ähnlich argumentieren in neueren Beiträgen Appleton/Grøver, *British Journal of Criminology* 2007, 597 (598 f.), sowie Zimring/Johnson, in: Petersilia/Reitz (Hrsg.), *The Oxford Handbook on Sentencing and Corrections*, 2012, S. 737 (745).

²⁶ Mauer/King/Young, *The meaning of „life“, Long prison sentences in context*, 2004, passim. Die Auftraggeberin der Studie, „The Sentencing Project“, eine Organisation für Menschenrechte und Strafrechtsreform, unterhält seit langem eine Internetseite, über die die genannte Studie und die Nachfolgeuntersuchung zugänglich sind (www.sentencingproject.org).

Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, 71. Lfg., Stand: März 2014, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 78.

²¹ BVerfGE 75, 1 (19). Näher Kromrey (Fn. 16), Kap. 3.6.

²² Für das BVerfG BVerfGE 75, 1 (16 f., 19); für das IRG BT-Drs. 9/1338, S. 93; zur Frage der Vergleichbarkeit von Art. 1 GG und Art. 3 EMRK Morgenstern, *RW* 2014, 153 (179 ff.).

²³ BVerfGE 113, 154.

2.000 Menschen.²⁷ Der Trend ist ungebrochen, im November 2013 verbüßten über 49.000 Menschen in amerikanischen Gefängnissen eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit.²⁸

Nicht gefunden hätte das Bundesverfassungsgericht in der Tat Angaben zur Begnadigungspraxis bei life without parole, sondern nur den Hinweis, dass eine Begnadigung oder eine Umwandlung der Strafe allenfalls „unter ungewöhnlichen Umständen“ möglich sei – ebenso übrigens wie bei verhängten Todesstrafen.²⁹ Die fehlenden Berichte über eine Begnadigungspraxis hätten aber schon den Schluss nahegelegt, dass es nicht viel zu berichten gibt. Abgesehen davon gibt es Daten zur Praxis bei lebenslanger Freiheitsstrafe mit Aussetzungsmöglichkeit. Hier unterscheidet sich die Rechtslage in den amerikanischen Bundesstaaten. In Kalifornien – und dies wiederum wäre leicht zu recherchieren gewesen, weil die amerikanische Bürgerrechtsorganisation American Civil Liberties Union (ACLU) eine entsprechende und vielfach diskutierte Verfassungsklage beim Obersten Kalifornischen Gerichtshof eingereicht hatte – empfiehlt eine Parole Commission dem Gouverneur nach entsprechender Prüfung des Falles die Entlassung.³⁰ Der bis 2003 amtierende Gouverneur hatte sich eine „No-Parole-Policy“ bei Morden und anderen schweren Straftaten auf die Fahnen geschrieben. Ob sich das Bundesverfassungsgericht auf den 2005 im Amt befindlichen Gouverneur Schwarzenegger hätte verlassen wollen, der zu Beginn seiner Amtszeit liberaler war und in den ersten zwei Monaten seiner Amtszeit acht Mörder nach Empfehlung der Kommission auf Bewährung entließ, muss offen bleiben. Soweit ersichtlich, hat es diese Überlegung nicht angestellt, sie hätte auch nicht weit getragen: Es ging, wie gesagt, nicht um life-without-parole-Fälle, und Schwarzenegger wurde für seine Praxis massiv angefeindet. Selbst diese Entlassungspraxis wurde daraufhin nicht aufrechterhalten.³¹

Kalifornien ist hier gewählt worden, weil es im beschriebenen Fall der Zielbundesstaat der ersuchten Auslieferung war. Eine ähnliche Praxis ist aber in vielen amerikanischen Bundesstaaten zu finden, und vielfach profilieren sich die Gnadenträger mit einer entsprechenden Blockadehaltung.³² Die Entscheidungen über die Aussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe, und umso mehr Gnadenentscheidungen über die Strafe der life without parole, die ja gerade „mehr“ sein soll, gelten daher als zunehmend politisiert. Der politische Druck lässt es nach Einschätzung vieler Autoren auch der jüngeren Zeit als nicht ratsam für die Entscheidungsträger – die Gouverneure oder auch den Präsidenten – erscheinen,

²⁷ Mauer/King/Young (Fn. 26), S. 3 und 10.

²⁸ American Civil Liberties Union, A Living Death, Life without Parole for Nonviolent Offenses, 2013, passim.

²⁹ Mauer/King/Young (Fn. 26), S. 4; van Zyl Smit (Fn. 24), S. 54.

³⁰ Mauer/King/Young (Fn. 26), S. 5.

³¹ Nellis/King, No exit, The Expanding Use of Life Sentences in America, 2009, S. 26.

³² In Pennsylvania wurde zwischen 1994 und 2009 in genau drei Fällen eine lebenslange Freiheitsstrafe in eine zeitige Freiheitsstrafe umgewandelt, Nellis/King (Fn. 31), S. 26.

eine Strafrestaussatzung zu gewähren oder gar Gnade walten zu lassen. An diesen Befunden hat sich, wie auch in den vom EGMR entschiedenen und unten noch zu erörternden Fällen Babar Ahmad und Trabelsi vorgetragen und wie jüngst wieder durch zwei Studien bestätigt,³³ wenig geändert.

c) Die Handhabung US-amerikanischer Auslieferungersuchen in anderen Staaten

Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht hatten auch höchste Gerichte anderer Staaten in vergleichbaren Fällen zu entscheiden, die eine Auslieferung an die Vereinigten Staaten betrafen. Zwei Beispiele sollen genannt werden. Ausführlich begründet war die Entscheidung in Großbritannien im Fall Wellington aus dem Jahr 2007. Die Queens Bench Division des High Court als für Beschwerden in Auslieferungssachen zuständiges englisches Gericht musste über eine Auslieferung nach Missouri entscheiden. Der Mord, der dem Beschwerdeführer vorgeworfen wurde, war nach dem Recht des Staates Missouri zwingend mit life without parole zu bestrafen, nachdem der Generalstaatsanwalt von Missouri zugesichert hatte, eine Todesstrafe werde nicht verhängt werden. Das englische Gericht prüfte einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK. Es erkannte auch an, dass „allenfalls eine fernliegende [remote] Möglichkeit der Begnadigung“ durch den Gouverneur gegeben sei, das Urteil nahm insofern auf den zugestandenen Vortrag des Beschwerdeführers Bezug, es seien überhaupt nur zwei Fälle bekannt, in denen ein Gouverneur von Missouri von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht habe.³⁴ Dennoch ließ das Gericht die Auslieferung mit der Argumentation zu, bei allem Unbehagen über diese Ausgestaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe seien nationale Maßstäbe auf das Auslieferungsrecht nicht zu übertragen.

Um eine Auslieferung nach Florida ging es im österreichischen Fall Sholam W. Hier hatte das OLG Wien als Vorinstanz noch aus prozessualen Gründen eine Auslieferung zunächst abgelehnt,³⁵ der österreichische Oberste Gerichtshof später jedoch zumindest materielle Auslieferungshindernisse verneint, die sich auf Art. 3 EMRK stützen könnten.³⁶ Ohne weitere Ausführungen, insbesondere zur faktischen Aussetzbarkeit einer solchen Freiheitsstrafe, ging er bei der im Kumulationsprinzip verhängten Freiheitsstrafe von 845 Jahren wegen schweren Betrugs mit immenser Schadenssumme nicht von einer grob unverhältnismäßigen Strafe aus. Freiheitsstrafen könnten, so der Leitsatz, „nur dann in ein Spannungsverhältnis zu Art. 3 MRK treten, wenn sie in keiner Relation zur Schuld des Täters und zum Unrechtsgehalt der Tat stehen.“ Diese Einschätzung verwundert angesichts des Um-

³³ Ogletree/Sarat (Hrsg.), Life without parole, America's new Death Penalty? 2013, passim; hier insbesondere in den Beiträgen von Dolovich und Capers; American Civil Liberties Union (Fn. 28), S. 192 f.

³⁴ High Court (Queen's Bench Division), Entsch. v. 18.5.2007 –EWHC 1109 (R [Wellington] v. Secretary of State for the Home Department), Rn. 4 und Rn. 41.

³⁵ OLG Wien NSTZ 2002, 669 m. Anm. Böse.

³⁶ Österreichischer OGH, Entsch. v. 9.9.2003 – Ge14 Os30/03; abrufbar in der Datenbank RIS (www.ris.bka.gv.at).

standes, dass nach einem vorgelegten und insoweit ebenfalls unbestrittenen Rechtsgutachten nur eine Reduzierung der Strafe um ca. 15 % in Betracht kommen sollte, mithin gut 700 Jahre der Strafe hätten verbüßt werden müssen.

d) Türkei: Entlassung zum „Sterben in Freiheit“ nicht ausreichend

Es begehren aber auch andere Staaten Auslieferungen in Fällen, in denen lebenslange Freiheitsstrafen drohen. In einer Entscheidung des BVerfG vom 16.10.2010³⁷ ging es um die Zulässigkeitsentscheidung betreffend einer Auslieferung an die Türkei. Auch hier drohte dem Verfolgten eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf eine Strafrestaussatzung zur Bewährung. Die einzige sich bietende Möglichkeit zur Wiedererlangung der Freiheit bestand nach türkischem Recht darin, aus „humanitären Gründen“ – präzisiert für Fälle tödlicher Erkrankungen, Krankheit im Endstadium bzw. altersbedingt oder bei einer dauernden Behinderung – entlassen zu werden. Und selbst dieser Ausweg aus dem Vollzug setzte eine entsprechende Begnadigungsentscheidung des türkischen Präsidenten voraus, die keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich war. Trotz ausdrücklicher Anknüpfung an den Beschluss vom 6.7.2005 stellte das Gericht hier eine Grundrechtsverletzung des Verfolgten durch die zustimmende Zulässigkeitsentscheidung des OLG fest. Zwar wollte es dem deutschen Rechtsstaatsprinzip auch für die türkische Ausgestaltung der Entlassungsmöglichkeiten keine genaueren Anforderungen entnehmen, schon gar nicht an eine denkbare Justiziabilität. Einen ausschlaggebenden Unterschied gegenüber dem USA-Sachverhalt sah es allerdings darin, dass in den Vereinigten Staaten die Gnadenpraxis keinen tatbestandlichen Einschränkungen unterlag, wie es nun in der Türkei der Fall sei: Wer (nur noch) freikomme, um nach einem „unumkehrbare[n] physische[n] Verfallsprozess [...] in Freiheit zu sterben“³⁸, wie vom türkischen Recht vorgesehen, der könne gerade nicht auf ein selbstbestimmtes Leben in Freiheit bei positiver Entwicklung seiner Persönlichkeit hoffen. Die praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit sei also „von vornherein in hoffnungsloser Weise versperrt“³⁹, so dass der Beschwerdeführer durch die vorangegangene Zulässigkeitsentscheidung des OLG in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sei. Nachforschungen zur Zahl der tatsächlich erfolgten Begnadigungen stellte es nicht an.

III. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, die lebenslange Freiheitsstrafe und die Auslieferung

1. Von der „begrenzten Möglichkeit einer Freilassung“ zum „Recht auf Hoffnung“ – die Rechtsprechung zu drohender lebenslanger Freiheitsstrafe

Die Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung zur nicht aussetzbaren lebenslangen Freiheitsstrafe hat in den letzten Jah-

ren eine entscheidende Wendung genommen.⁴⁰ Die Weichen wurden im Jahr 2008 mit der Entscheidung *Kafkaris vs. Zypern* gestellt.⁴¹ Der Betroffene war zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Während seiner Inhaftierung wurde die Entlassungspraxis geändert, so dass er nunmehr auf eine Gnadenentscheidung des zyprischen Präsidenten angewiesen war. Er stützt seine Beschwerde auf Art. 3 EMRK: Ihm sei alle Hoffnung genommen, jemals entlassen zu werden, damit sei starkes physisches und psychisches Leid verbunden.

Art. 3 EMRK bestimmt, dass niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden darf. Sein Schutzbereich ist durch die Rechtsprechung des EGMR dergestalt konturiert, dass die physische und die psychische Integrität der Grundrechtsträger geschützt sind, und eine Verletzung sich in der „Missachtung der Person in ihrem Menschsein“ manifestiert.⁴² Art. 3 EMRK gilt prinzipiell schrankenlos, gleichzeitig ist aber (wie für Art. 1 GG) anerkannt, dass nur solche Eingriffe, die eine bestimmte Schwelle überschreiten, relevant sind. Anerkannt ist für den Vollzug der Strafe, dass eine Kumulation von schlechten Haftbedingungen (vor allem Überfüllung und mangelhafte hygienische Bedingungen) zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen kann, auch wenn die unmenschliche Behandlung nicht intentional erfolgt. Für die Verhängung der Strafe wird angenommen, dass eine grob unverhältnismäßige (grossly disproportionate) Strafe zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen kann, bislang aber gibt es keinen Fall, in dem der Gerichtshof davon ausgegangen ist, dass sich die Strafzumessung nicht mehr in dem den Mitgliedstaaten zugestandenem Spielraum bewegt hätte. Er begründete dies stets damit, dass die Erheblichkeitsschwelle für Art. 3 EMRK nicht erreicht gewesen sei.⁴³

Bei der Prüfung des Falles *Kafkaris* wurden wichtige Kriterien entwickelt, die die weitere Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf Art. 3 EMRK und die lebenslange Freiheitsstrafe prägten. In früheren Entscheidungen war schon der Begriff der „nicht reduzierbaren Freiheitsstrafe“ (irreducible life sentence) eingeführt und im Hinblick auf Art. 3 EMRK problematisiert worden.⁴⁴ Er wurde nun im *Kafkaris*-Fall dahingehend konkretisiert, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe dann als „nicht reduzierbar“ gelten muss, wenn de-

⁴⁰ Ausführlich *Morgenstern*, RW 2014, 153 (176 ff.).

⁴¹ EGMR (GK), Urt. v. 12.2.2008 – 21906/04 (*Kafkaris vs. Zypern*).

⁴² *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 163. Zum Verhältnis der einzelnen Tatbestandsalternativen des Art. 3 EMRK zueinander vgl. *Evans*, International and Comparative Law Quarterly (51) 2002, 365 (373); *Bank*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, Kap. 11 Rn. 6.

⁴³ *Evans*, International and Comparative Law Quarterly (51) 2002, 365 (370); *Bank* (Fn. 42), Kap. 11 Rn. 39 ff., jeweils m.w.N.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 16.10.2001 – 71555/01 (*Einhorn vs. Frankreich*), Rn. 27.

³⁷ BVerfGK 16, 491.

³⁸ BVerfGK 16, 491 Rn. 28.

³⁹ BVerfGK 16, 491 Rn. 29.

jure oder de facto eine Entlassung ausgeschlossen sei.⁴⁵ Letztlich wurde wegen der Begnadigungsmöglichkeit in Zypern angenommen, dass eine faktische Möglichkeit der Entlassung – wenngleich vage – gegeben sei und deshalb kein Verstoß gegen Art. 3 EMRK vorliege. Ein ausführliches Minderheitsvotum distanzierte sich von diesem Schluss, weil die Gnadenpraxis völlig unvorhersehbar sei.⁴⁶

Im Fall *Vinter u.a. vs. Vereinigtes Königreich* wurden zunächst in einer Kammerentscheidung und letztlich in der Entscheidung der Großen Kammer im Sommer 2013⁴⁷ die Anforderungen an eine mit Art. 3 EMRK kompatible Ausgestaltung lebenslanger Freiheitsstrafen weiter konkretisiert. Es ging um drei englische Beschwerdeführer, gegen die wegen jeweils mehrfacher Morde sog. *whole life orders* verhängt worden waren. Hier handelt es sich ebenfalls um lebenslange Freiheitsstrafen, die nicht ausgesetzt werden können.⁴⁸ Der Innenminister hat das Recht, einen solchermaßen Verurteilten zu begnadigen, wenn „außergewöhnliche Gründe existieren, die seine Entlassung aus humanitären Gründen rechtfertigen“ (*Crime Sentences Act 1997*). Eine Verordnung hat dabei das Ermessen faktisch erheblich reduziert – nur lebensbedrohlich erkrankte Gefangene (wobei für die verbleibende Lebenserwartung sogar ein Richtwert von drei Monaten angegeben wird!) oder solche, die dauerhaft bettlägerig oder gelähmt sind, sollen in Frage kommen. Nachdem im Kammerurteil zum *Vinter-Fall* ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK noch abgelehnt worden war, bejahte ihn die Große Kammer mit einer Mehrheit von 16:1.

Wichtig ist zunächst, dass der Gerichtshof auch jetzt nicht davon ausgeht, dass eine tatsächlich bis ans Lebensende vollstreckte Freiheitsstrafe *per se* einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK darstellt. Bestehen können vor Art. 3 EMRK aber nur solche lebenslangen Freiheitsstrafen, die eine Möglichkeit der Überprüfung und damit eine Aussicht auf eine Entlassung beinhalten. Entscheidend sind vier Gesichtspunkte: Zunächst muss danach berücksichtigt werden, dass sich die Strafzweckgewichtung während der Strafvollstreckung verschieben könne. Um hierüber Klarheit zu gewinnen, muss auch tatsächlich eine Überprüfung der Vollstreckungsfortsetzung erfolgen. Hier finden sich die Kriterien der *de facto* und *de jure* bestehenden Aussicht auf Entlassung wieder, die der Gerichtshof im *Kafkaris-Fall* vorgenommen hatte: Das Gesetz muss eine entsprechende Prüfungsmöglichkeit vorsehen

und die Prüfung muss auch tatsächlich, und zwar vom Betroffenen vorhersehbar, erfolgen. Das zweite Argument hat kriminologische und rechtstheoretische Untertöne: Ohne Überprüfung und ohne irgendeine Aussicht auf Entlassung habe der Betroffene letztlich keine Chance, seine Tat tatsächlich „abzubüßen“ (*atone for*), da völlig unabhängig von seinen Bemühungen und der Entwicklung seiner Persönlichkeit die Strafe unveränderlich bleibe. Das dritte Argument bezieht sich ausdrücklich auf die oben skizzierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1977, wonach eine Freiheitsentziehung ohne eine Chance auf Entlassung mit dem Gedanken der Menschenwürde, wie sie auch in der Konvention zum Ausdruck komme, nicht zu vereinbaren sei – unabhängig von der Schwere des Delikts. Viertens beschreibt der Gerichtshof schließlich eine Entwicklung, die sich grob als europäisches Bekenntnis zum Resozialisierungsgedanken zusammenfassen lässt. Anerkannt wird, dass sowohl die meisten nationalen Rechtsordnungen in Europa als auch die Instrumente des Europarats und das Europäische Anti-Folter-Komitee neben der Vergeltung zunehmend das Resozialisierungsanliegen des Strafvollzugs betonen. Wichtig ist die Feststellung, dass Gefangene, die eine lebenslange Freiheitsstrafe erhalten haben, diesbezüglich nicht anders behandelt werden dürfen. Entscheidend für die stattgebende Entscheidung der Großen Kammer ist – in Abkehr von der Kammerentscheidung –, dass eine nicht reduzierbare lebenslange Freiheitsstrafe schon zum Zeitpunkt ihrer Verhängung konventionswidrig ist, weil es „unberechenbar wäre, vom Gefangenen zu erwarten, dass er an seiner Resozialisierung arbeitet, ohne zu wissen, ob es zu einem unbestimmten zukünftigen Zeitpunkt einen Mechanismus geben wird, der es aufgrund dieser Resozialisierung ermöglichen würde, dass seine Entlassung erwogen wird“.

Zu betonen ist, dass der EGMR wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes von einer genaueren Festschreibung des Verfahrens zur Überprüfung lebenslanger Freiheitsstrafen absieht; er nimmt also gerade nicht Stellung dazu, ob ein Gnadenverfahren prinzipiell untauglich ist. Stattdessen hat er auf die Doktrin vom Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) verwiesen,⁴⁹ die anhand von inzwischen recht umfangreicher Kasuistik über die Kontrolldichte entscheidet.⁵⁰ Nach dem Selbstverständnis des Gerichtshofs liegt eine Überprüfung des Strafrechtssystems, einschließlich der Strafzumessung und Entlassungsvorkehrungen, außerhalb seiner Kompetenz. Er hat daher auch im *Vinter-Urteil* erklärt, dass es nicht seine Sache sei, die Verfahrensgarantien festzulegen.⁵¹

⁴⁵ EGMR, Urt. v. 12.2.2008 (GK) – 21906/04 (*Kafkaris vs. Zypern*), Rn. 98.

⁴⁶ Teilweise abweichendes Votum von *Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann* und *Jebens* zur *Kafkaris-Entscheidung*.

⁴⁷ EGMR (GK), Urt. v. 9.7.2013 – 66069/09, 130/10 und 3896/10 (*Vinter u.a. vs. Vereinigtes Königreich*).

⁴⁸ Inzwischen ist auch gegen Ungarn bezüglich einer vergleichbaren Praxis ein entsprechendes Urteil ergangen (EGMR, Urt. v. 20.5.2014 – 73594/10 [*László Magyar vs. Ungarn*]); ebenso gegen Bulgarien, wobei der Fall eine mittlerweile abgeschaffte Praxis betrifft (EGMR, Urt. v. 8.7.2014 – 15018/11 und 61199/12 [*Harakchiev und Tolumov vs. Bulgarien*]).

⁴⁹ EGMR (GK), Urt. v. 9.7.2013 – 66069/09, 130/10 und 3896/10 (*Vinter u.a. vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 120.

⁵⁰ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 42), Rn. 20 ff. Einen Beurteilungsspielraum gesteht der EGMR den Konventionsstaaten allerdings nicht durchweg zu, insbesondere nicht bei deren Einschätzung drohender Menschenrechtsverletzungen in anderen Staaten, siehe dazu unten III. 3. a.E.

⁵¹ EGMR (GK), Urt. v. 9.7.2013 – 66069/09, 130/10 und 3896/10 (*Vinter u.a. vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 119 f.; kritisch *Morgenstern*, RW 2014, 153 (182 ff.).

2. Zuständigkeit und Prüfungsmaßstab in Auslieferungssachverhalten

Der EGMR urteilt als zusätzliche Instanz in allen Menschenrechtsfragen bei Sachverhalten,⁵² die in einzelnen Konventionsstaaten ihren Ursprung haben. Soll ein Individuum von einem EMRK-Staat ausgeliefert werden, so kann dementsprechend auch hier der EGMR – in der Regel nach vollständiger Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten⁵³ – von dem Verfolgten angerufen werden.

Spätestens seit seinem wegweisenden Urteil im Fall *Söring vs. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 1989⁵⁴ geht der EGMR von einer EMRK-Geltung in Auslieferungssachverhalten aus, wie sie auch nach der herrschenden Meinung in der deutschen Dogmatik für die Anwendbarkeit der Grundrechte inzwischen zu beobachten ist:⁵⁵ Dem Deutschen Jens Söring drohte die Auslieferung aus Großbritannien an die USA, wo ihm die Todesstrafe drohte. Da das die Todesstrafe verbietende 13. Zusatzprotokoll⁵⁶ zur EMRK noch nicht in Kraft getreten war, sah sich der EGMR nicht in der Lage, angesichts der Todesstrafe als solcher die Auslieferung zu verweigern. Der EGMR sah aber eine Verletzung des Art. 3 EMRK als gegeben an, wenn der Beschwerdeführer nach Verurteilung und vor Vollstreckung der Todesstrafe ein mehrjähriges angstvolles Warten – als „Todeszellensyndrom“ bezeichnet – durchzustehen habe, wie es in der US-amerikanischen Vollstreckungspraxis üblich ist.

Damit kann zwar nicht diese Praxis selbst, wohl aber „die Entscheidung eines Mitgliedstaates, einen Flüchtigen auszuliefern, Anlass für eine Überprüfung anhand von Art. 3 [EMRK] geben und danach die Verantwortlichkeit dieses Staates aufgrund der Konvention auslösen, wenn begründete Tatsachen dafür vorliegen, dass der betroffene Mensch nach seiner Auslieferung einem tatsächlichen Risiko von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen ist. Mit der Begründung einer solchen Verantwortlichkeit ist unvermeidlich eine Bestandsaufnahme der Bedingungen des ersuchenden Staates verbunden, ob die dortigen Verhältnisse den Anforderungen des Art. 3

⁵² *Vofßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (2): „auf die Menschenrechte bezogenes Verfassungsgericht“.

⁵³ Als Grundsatz niedergelegt in Art. 35 Abs. 1 EMRK; der EGMR legt jedoch im Einzelfall Flexibilität bei dessen Anwendung an den Tag, vgl. nur EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (*Trabelsi vs. Belgien*), Rn. 84-92.

⁵⁴ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring vs. Vereinigtes Königreich*) = EuGRZ 1989, 315 = NJW 1990, 2183 m. Anm. *Lagodny*, der bereits auf die grundsätzliche Bedeutung für die deutsche (Verfassungs-)Rechtspraxis verweist.

⁵⁵ Vgl. statt vieler *Vogel* (Fn. 20), 53. Lfg., Stand: November 2001, Vor § 1 Rn. 38; *Gärditz*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2013, § 6 Rn. 68; *Schomburg u.a.*, in: *Schomburg u.a.* (Fn. 11), Einleitung Rn. 2 ff., mit zahlreichen Nachweisen zur Entwicklung in der Rechtsprechung in Rn. 11.

⁵⁶ BGBI. II 2004, S. 983.

[EMRK] entsprechen“⁵⁷. Nach den Ausführungen des EGMR stellt sich daher nicht die Frage, dass „über eine Verantwortlichkeit des ersuchenden Staates entschieden wird oder eine solche begründet wird – gleich ob nach Völkerrecht, nach der Konvention oder auf sonstige Weise. Soweit eine Konventionspflicht tatsächlich oder potentiell verletzt wird, handelt es sich um eine Pflichtverletzung des ausliefernden Mitgliedstaates, die durch die Auslieferungsmaßnahme bewirkt wurde“⁵⁸. Prinzipiell hat der EGMR damit dennoch nicht eine uneingeschränkte Hinzuziehung aller in der EMRK garantierten Rechte zur Beurteilung des Strafverfahrens des ersuchenden Staates bejaht, sondern ausdrücklich auf die „vorteilhafte[n] Wirkung einer Auslieferung für die Strafrechtspflege“⁵⁹ hingewiesen. Art. 3 EMRK als schrankenlose Garantie jedoch bilde „einen der grundlegendsten Werte der demokratischen Gesellschaften [...], die sich im Europarat zusammengeschlossen haben. Die gleiche Regelung kann heute in ähnlichen Bestimmungen anderer internationaler Übereinkünfte gefunden werden, wie im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention von 1969. Dies ist heute der international anerkannte Standard“⁶⁰.

3. Auslieferungsfälle bei drohender lebenslanger Verbüßungszeit vor dem EGMR

Mehrfach war das Problem einer Auslieferung in die USA, wo *life without parole* drohte, Gegenstand der Prüfung durch den EGMR; bislang waren die Beschwerdeführer stets gescheitert. Bevor der Fall *Trabelsi vs. Belgien*, der hier die Wende brachte, erörtert wird, soll auch diese Entwicklung kurz geschildert werden.

Oben bereits angesprochen wurde der im Jahr 2001 entschiedene Fall *Einhorn vs. Frankreich*, in dem der EGMR nicht reduzierbare Freiheitsstrafen in Bezug auf Art. 3 problematisierte.⁶¹ Auch damals ging es um einen Auslieferungsfall: *Einhorn* wurde wegen Mordes in den USA gesucht und sah einer lebenslangen Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit im Staat Pennsylvania entgegen. Der Gerichtshof hatte eine Reihe von prozessualen Fragen in Bezug auf Abwesenheitsurteile zu prüfen, setzte sich aber auch mit der Frage auseinander, wie die Chancen auf eine Begnadigung des Beschwerdeführers zu bewerten seien. Dazu prüfte er diverse Stellungnahmen, die von den Parteien eingeholt worden

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 91.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 91.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 86.

⁶⁰ EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 88.

⁶¹ EGMR, Urt. v. 16.10.2001 – 71555/01 (*Einhorn vs. Frankreich*). Ein ähnlicher Fall ist *Nivette vs. Frankreich* (EGMR, Urt. v. 3.7.2001 – 44190/98), in dem der Beschwerdeführer ebenfalls unter Mordverdacht in die USA ausgeliefert werden sollte, hier stand aber nur eine einfache lebenslange, prinzipiell also aussetzungsfähige Freiheitsstrafe in Rede.

waren. Letztlich lehnte er eine Verletzung von Art. 3 EMRK ab, weil diese Stellungnahmen kein klares Bild ergeben hätten und der Beschwerdeführer „keinen Beweis erbringen konnte“, mit dem aus dem Vorgebrachten (d.h. die sehr niedrigen bzw. bestrittenen Begnadigungszahlen) „ein entsprechender Schluss gezogen werden kann“, d.h. dass er tatsächlich nie entlassen werden würde.⁶² Diese Linie verfolgte der EGMR weiter, so etwa in der Entscheidung *Harkins und Edwards vs. Vereinigtes Königreich* vom Januar 2012,⁶³ in dem es um zwei wegen Mordverdachts nach Florida und nach Maryland Auszuliefernde ging.

Einen politisch ungleich brisanteren Fall hatte der Gerichtshof wenig später zu entscheiden, wieder ging es um eine Auslieferung aus Großbritannien in die USA. Diesmal waren die Beschwerdeführer jedoch Terrorverdächtige, die u.a. als aktive Unterstützer der Taliban und Al Qaida, wegen einer Geiselnahme im Jemen und teilweise wegen der Bombenanschläge auf US-Botschaften mit 270 Toten gesucht wurden.⁶⁴ Der Gerichtshof sah sich genötigt, auf die Absolutheit des Folterverbots und des Verbots der unmenschlichen Behandlung hinzuweisen. Trotz terroristischer Bedrohung sei eine Art. 3 EMRK-widrige Auslieferung nicht gerechtfertigt.⁶⁵ Babar Ahmad und die anderen Beschwerdeführer hatten vorgetragen, dass die Haftbedingungen, die die Betroffenen im Hochsicherheitsgefängnis zu erwarten hätten, gegen Art. 3 EMRK verstoßen würde. Im Ergebnis folgte der EGMR diesem Vortrag nicht, auf diesen Teil der Entscheidung soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden. Wieder argumentierten die Beschwerdeführer aber auch mit der Tatsache, dass sie, da die US-Behörden eine Zusicherung gegeben hatten, die Todesstrafe nicht zu verhängen, mit life without parole zu rechnen hätten. Der EGMR folgte jedoch auch dieser Argumentation nicht. Zum einen sei nicht sicher, dass die Beschwerdeführer tatsächlich eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit erhielten. Wenn dies der Fall sein sollte, sei sie nicht *per se* grob unangemessen (grossly disproportionate). Prinzipiell gebe es eine Begnadigungsmöglichkeit (de-jure-argument) und es sei auch nicht ausgeschlossen, dass die US-Behörden (in diesem Fall der Präsident) sich nach langer Verbüßungszeit für eine Begnadigung aufgeschlossen zeigen (de-facto-Argument). Insgesamt hätten die Beschwerdeführer nicht dargetan, dass die

Schwelle des Art. 3 EMRK erreicht worden sei. Auf ein Rechtsgutachten zur überaus restriktiven Entlassungspraxis im Hinblick auf als Terroristen Verurteilte durch den Präsidenten, das die Beschwerdeführer vorlegten,⁶⁶ ging der EGMR in der Sache nicht ein.

Die Trendwende auch für die Auslieferungsfälle folgte im September 2014 als Konsequenz aus dem *Vinter-Urteil* im Fall *Trabelsi*. Der Tunesier *Trabelsi* hatte in Belgien eine zehnjährige Haftstrafe wegen geplanter Anschläge auf einen Militärstützpunkt verbüßt. Schon während der Verbüßungszeit, seit 2007, hatten die USA bei den belgischen Behörden um Auslieferung wegen mutmaßlicher Al-Qaida-Mitgliedschaft und der konkreten Vorbereitung von Anschlägen auf US-Einrichtungen ersucht. Obwohl der Vortrag der US-Behörden, welche Strafe konkret zu erwarten sei, nicht ganz eindeutig war, stellte sich für den EGMR die Situation im Ergebnis so dar, als sei eine Verurteilung zu life without parole die wahrscheinlichste Variante.⁶⁷ Die Parteien – *Trabelsi* selbst und die belgische Regierung, die sich hierbei auf die Angaben der amerikanischen Behörden stützte – hatten Zahlenmaterial zur Entlassungspraxis vorgelegt, um einem entsprechend antizipierten Fokus des Gerichts gerecht zu werden.⁶⁸ Unbestritten war dabei, dass de jure eine Begnadigungsmöglichkeit durch den Präsidenten der Vereinigten Staaten existiert, der völlig ungebundenes Ermessen hierüber hat. Wie hiervon de facto Gebrauch gemacht wird, darüber gehen die Darstellungen der Parteien auseinander: Die belgische Regierung (bzw. die US-Behörden) verwenden ein Rechtsgutachten, das darlegt, dass es durchaus Begnadigungen gegeben hätte – so habe Präsident Clinton 13 Mitglieder einer Terrororganisation aus Puerto Rico, die in den 1970er und 1980er Jahren für blutige Bombenanschläge auf US-Einrichtungen verantwortlich gewesen sei, begnadigt. Die Gegenseite führte hingegen aus, dass solche Begnadigungen, auch aufgrund verschärfter Bedingungen für die Strafzumessung insgesamt, nach dem 11.9.2001 nicht mehr ausgesprochen worden und auch zukünftig nicht zu erwarten seien.⁶⁹

Zwar hat der Gerichtshof diese Darstellungen der Parteien in seine Verfahrensschilderung des Urteils aufgenommen, eine inhaltliche Würdigung oder gar selbstständige Nachforschung hinsichtlich des status quo der Entlassungspraxis in den USA unterließ die Kammer aber. Stattdessen stellt sie fest, dass „keine langatmigen Erörterungen notwendig“ seien,

⁶² EGMR, Urt. v. 16.10.2001 – 71555/01 (*Einhorn vs. Frankreich*), Rn. 28.

⁶³ EGMR, Urt. v. 17.1.2012 – 9146/07 und 32650/07 (*Harkins und Edwards vs. Vereinigtes Königreich*).

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 10.4.2012 – 24027/07 u.a. (*Babar Ahmad u.a. vs. Vereinigtes Königreich*).

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 10.4.2012 – 24027/07 u.a. (*Babar Ahmad u.a. vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 114. Wenig später im Fall *Rafaa vs. Frankreich* wies er darauf hin, dass dies selbst dann gelte, wenn der Betroffene im Sinne der Genfer Konvention gegen die „Ziele der Vereinten Nationen agiere“, so *Nußberger* (NVwZ 2013, 1305 [1308] mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 30.5.2013 – 25393/10 [*Rafaa vs. Frankreich*]) im Rahmen ihres Überblicks zur EGMR-Rechtsprechung in Ausländersachen.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 10.4.2012 – 24027/07 u.a. (*Babar Ahmad u.a. vs. Vereinigtes Königreich*), Rn. 133.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (*Trabelsi vs. Belgien*), Rn. 138.

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (*Trabelsi vs. Belgien*), Rn. 29 einerseits, Rn. 96 f. andererseits.

⁶⁹ In den letzten 20 Jahren hat lediglich ein einziger zu life without parole verurteilter Bundesgefangener eine Umwandlung der Strafe erhalten; Präsident Obama nimmt dabei in Bezug auf Begnadigungen die schärfste Haltung aller amerikanischen Präsidenten in der jüngeren Vergangenheit ein; *American Civil Liberties Union* (Fn. 28), S. 192 f., und *Gill*, *Federal Sentencing Reporter* 2010, 21 (23).

um die Vereinbarkeit mit Art. 3 EMRK zu verneinen.⁷⁰ Dazu seien die seit der Entscheidung der Großen Kammer in Fall Vinter maßgeblichen Kriterien heranzuziehen: Es mangle trotz einzelner bestehender Kodifizierungen des US-Begnädigungssystems an einem Überprüfungsmechanismus, der die Behörden verpflichtet, anhand objektiver, vorab festgelegter Kriterien festzustellen, ob der Verurteilte eine derartige Persönlichkeitsentwicklung durchlebt hat, dass sein fortdauernder Freiheitsentzug nicht mehr gerechtfertigt werden könne. Dabei müsse dieser Mechanismus dem Verurteilten schon bei Verhängung seiner Strafe bekannt sein, um dieser Verhaltenserwartung auch entsprechen zu können. Dass es eine rein theoretische, jedoch an keinen zeitlichen und prozessualen Ankerpunkten festzumachende „Hoffnung auf Freiheit“ gebe, sei hingegen nicht ausreichend.

Dass der EGMR von seiner bisherigen Haltung nun im Gefolge der Vinter-Entscheidung auch in Auslieferungsfällen abweicht, begründet er – insoweit der Söring-Linie folgend – vor allem damit, dass der „Schutz gegen eine Behandlung, die nach Art. 3 EMRK verboten ist, *absolut* ist, und als Konsequenz die Auslieferung einer Person durch einen Konventionsstaat Probleme aufgrund dieser Vorschrift aufwerfen kann“⁷¹ (Hervorhebung der *Verf.*). Daher, so der Gerichtshof weiter, sei es nicht möglich, „die Aktivitäten der betreffenden Person, wie verabscheuungswürdig oder gefährlich sie auch immer sein mögen, zu einer materiellen Überlegung zu machen oder das Risiko der unangemessenen Behandlung gegen die Gründe, die für eine Auslieferung sprechen, abzuwägen.“⁷²

Damit nimmt der EGMR die Konventionsstaaten in die Pflicht, für etwaige Verletzungen dieser EMRK-Gewährleistung durch andere Staaten prospektiv einzustehen. Die EMRK dient dem EGMR also als Maßstab für die Beurteilung der Vorgänge und Zustände in Nicht-Unterzeichnerstaaten. Er rechnet diese Vorgänge und Zustände jedoch dem Unterzeichnerstaat zu, der es mit seinem Handeln ermöglichen würde, das Individuum diesen konventionswidrigen Umständen auszusetzen.⁷³ Drohen derartige EMRK-Verletzungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, untersagt der EGMR dem ersuchten Konventionsstaat die Auslieferung. Beachtenswert ist bei der Einschätzung über die dem Verfolgten im ersuchenden Staat drohende Behandlung, dass der EGMR dem ersuchten Konventionsstaaten keinen Beurteilungsspielraum zugesteht, sondern in seinem Urteil seine

Prognose an die Stelle der Prognose des ersuchten Staates setzt.⁷⁴

IV. Würdigung und mögliche Folgen für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Gleicht man nun die einschlägigen EGMR-Urteile der jüngeren Vergangenheit hin zum Urteil im Fall Trabelsi mit der Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere betreffend die USA, ab, so fällt zunächst einmal der offenkundige Widerspruch der Konsequenzen auf, die beide Gerichte aus der Beurteilung des US-Entlassungssystems ziehen: Während das BVerfG 2005 schlicht befand, nach dem *law in the books* sei eine Entlassungsmöglichkeit gegeben, die dem in der Menschenwürdegarantie wurzelnden Recht auf Hoffnung genüge, stellt der EGMR 2014 nicht minder schlicht fest, diese Entlassungsmöglichkeit genüge *de facto* jenem Recht auf Hoffnung gerade nicht.

Dabei entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass die Einschätzung des EGMR auf der geschilderten Entwicklung seiner Rechtsprechung fußt, die sich ausdrücklich auf die wegweisende Entscheidung des BVerfG von 1977 in dessen Vorreitereigenschaft bezieht. Just als der EGMR sich also die Haltung des BVerfG zu eigen macht, kommt er bei der Beurteilung des US-Entlassungssystems zu einer deutlicher menschenrechtsorientierten Einschätzung, aus der er eine viel strengere Handhabung von Auslieferungssachverhalten ableitet.

Betrachtet man den erörterten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2005, ist zu fragen, ob das Gericht hinsichtlich des Menschenwürdeschutzes vom EGMR inzwischen mit Hilfe der eigenen Argumentationslinien „überholt“ worden ist. Der Beschluss lädt jedenfalls in zweierlei Hinsicht zur Kritik ein:

Zum einen wurde das Gebot der Justiziabilität der Entlassungspraxis 1977 aus einer Zusammenschau von Rechtsstaatsprinzip und *vor allem* der Menschenwürdegarantie abgeleitet. Die Garantie der Menschenwürde ist nun aber – bei aller Unsicherheit über deren sonstigen Begriffsinhalt – auf jeden Fall Kernbestandteil des Besitzstandes an Grundrechten, deren Schutz nicht nur im innerstaatlichen Recht, sondern auch bei Sachverhalten mit Auslandsberührung gegenüber anderen Staaten geboten ist.⁷⁵ Auch wenn das BVerfG in Auslieferungsfällen nun also (neben dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard) nur die *unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze der öffentlichen Ordnung* heranzieht, so muss Bestandteil dessen jedenfalls auch der Schutz der Menschenwürde des Verfolgten sein. Denn es ist

⁷⁰ EGMR, Urte. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien), Rn. 137.

⁷¹ EGMR, Urte. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien), Rn. 116.

⁷² EGMR, Urte. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien), Rn. 118.

⁷³ Vgl. z.B. *Kälin*, in: Hailbronner/Klein (Hrsg.), *Einwanderungskontrolle und Menschenrechte – Immigration Control and Human Rights*, 1999, S. 51 (64); dahingehend Söring-Rechtsprechung aktualisiert in EGMR, Urte. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien), Rn. 119.

⁷⁴ *Alleweldt*, *Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe*, 1996, S. 86-88; *Lorz/Sauer*, *EuGRZ* 2010, 389 (395).

⁷⁵ Die Einordnung in die umstrittenen und in der Literatur uneinheitlich verwendeten Begriffskategorien rund um einen „*ordre public*“ ist hier bewusst vermieden worden, da nähere Ausführungen dazu den Rahmen dieses Beitrages sprengen würden; vgl. zum Überblick *Vogel* (Fn. 20), § 73 Rn. 26, 30; eingehend *Kromrey* (Fn. 16), Kap. 3.

zwar grundsätzlich zulässig, gegenüber dem Ausland geringere Maßstäbe als den für rein inländische Sachverhalte anzulegen. Sobald es sich aber um Positionen handelt, die den unverletzlichen Bestandteil der Menschenwürdegarantie⁷⁶ betreffen – hier in Gestalt des ebenfalls von Art. 3 EMRK abgesicherten Schutzes vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe –, ist eine Verkürzung unzulässig.⁷⁷ Und seit 1977 zählt zu diesem Gewährleistungsgehalt das Gebot der Nachprüfbarkeit der Entlassungspraxis.

Dies scheint das BVerfG wohl selbst erkannt zu haben. Wie anders ist es sonst zu erklären, dass sich die Forderung nach Justiziabilität 2005⁷⁸ (bzw. auch 2010 betreffend des Türkei-Sachverhalts)⁷⁹ plötzlich nicht mehr aus der Menschenwürdegarantie und dem Rechtsstaatsprinzip herleiten lassen soll, sondern nur noch aus dem Rechtsstaatsprinzip? Hier sollte – so scheint es – vorsichtshalber die abwägungsfeste Menschenwürdegarantie aus dem Begründungskanon herausgenommen werden, um anschließend darauf verweisen zu können, dass gleichsam „nur“ das Rechtsstaatsprinzip die Justizförmigkeit gebiete, und die Justizförmigkeit daher nicht der ausländischen Entlassungspraxis abverlangt werden müsse. Allein, wieso sollte das Rechtsstaatsprinzip – das immerhin, wie die Menschenwürdegarantie, durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG sogar dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen ist – nicht zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung zählen, die auch dem Ausland gegenüber zu behaupten sind? Eine Antwort darauf ergibt sich jedenfalls auch nicht zwingend aus der vom BVerfG bemühten Völkerrechtsfreundlichkeit und der Eingliederung der BRD in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft.

Sieht man einmal von diesen Ungereimtheiten ab, die den im Ausgangspunkt eigentlich zustimmungswürdigen rechtlichen Maßstab betreffen, so gebührt Kritik zum anderen der mangelhaften Tatsachenwürdigung des vorab befassten OLG, die das BVerfG duldet und seiner Entscheidung zugrunde legt. Hier stehen sich zwei Aspekte gegenüber:

1977 hat das BVerfG eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG durch das Institut der lebenslangen Freiheitsstrafen abgelehnt und dabei ganz wesentlich darauf abgehoben, dass angesichts der damaligen Entlassungspraxis die volle Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe eine „seltene Ausnahme“ darstelle. Dazu befasste es sich eingehend mit den Fallzahlen der tatsächlich erfolgten Entlassungen nach Gnadenakt. Die vorzeitige Entlassung stellte mittlerweile die Regel, nicht mehr die Ausnahme dar. Nur dieser Umstand sicherte das Fortbestehen der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktionsform vor dem Achtungsanspruch, der der Würde des Menschen gem. Art. 1 Abs. 1 GG zukommt.⁸⁰

2005 hingegen begnügte sich das Gericht mit der Feststellung, es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, dass in Kalifornien die vorzeitige Entlassung die Ausnahme, der tatsäch-

lich lebenslange Vollzug der Freiheitsstrafe hingegen die Regel sei. Hätte das BVerfG die oben bereits ausgeführten Fallzahlen zu den tatsächlich erfolgenden vorzeitigen Entlassungen (ausdrücklich) zur Kenntnis genommen, hätte es jedoch größte Schwierigkeiten gehabt, die Auslieferung nach Kalifornien angesichts seines Urteils von 1977 weiterhin für unbedenklich zu halten. Es mutet jedenfalls seltsam an, wenn das Gericht anmerkt, der Verfolgte habe „eine – wenn auch gemessen an der deutschen Rechtslage *möglicherweise geringere* – Chance darauf, eine gegen ihn verhängte lebenslange Freiheitsstrafe tatsächlich bis zum Ende verbüßen zu müssen“ (Hervorhebung der *Verf.*). Warum es allerdings die auch 2005 bereits für das Gericht zugänglichen Zahlen nicht (ausdrücklich) zur Kenntnis genommen und seinen eigenen Erwägungen von 1977 gegenübergestellt hat, bleibt angesichts des Eingehens auf quantitative Aspekte in Gestalt der „geringeren Chance“ unklar.

Selbst wenn man nicht auf einem justizförmigen Entlassungsverfahren nach deutschen Maßstäben beharren und sich stattdessen mit dem per Gnadenakt erreichten, äußerlich identischen Endprodukt – dem vorzeitig entlassenen Straftäter – zufrieden geben möchte, so entspricht es spätestens seit den Überlegungen von *Zweigert* und *Kötz* nicht mehr dem Stand der Rechtsvergleichung,⁸¹ wenn das BVerfG allein auf das law in the books abstellt, indem es den Verfolgten auf die „grundsätzliche Möglichkeit“ einer Strafumwandlung oder Begnadigung durch den Gouverneur verweist. Insbesondere wenn man sich nochmals vor Augen hält, dass überhaupt nur die großzügige Handhabung des Instruments der Begnadigung 1977 die Verneinung einer Menschenwürdeverletzung durch das Institut der lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht hat, so kann es bei der Einschätzung des ausländischen Sanktionensystems nicht (nur) darauf ankommen, ob ein formal-juristisches Äquivalent besteht. Dies entspräche dem Vorgehen reiner Auslandsrechtskunde. In der Rechtsvergleichung ist es jedoch anerkannt, über die synoptische Beschreibung von Rechtsnormen und -instituten hinaus das law in action, also die konkreten Verhältnisse der Rechtswirklichkeit in den Blick zu nehmen.⁸² Das formal-juristische Äquivalent (hier: die Begnadigungsmöglichkeit im US-Bundesstaates Kalifornien) muss auch faktisch vergleichbare Ergebnisse mit sich bringen. „Vergleichbarkeit“ meint dabei sicherlich nicht unbedingt exakte Übereinstimmung in der Quantität, aber zumindest eine Vergleichbarkeit insoweit, wie sie nach den wegweisenden Postulaten des Gerichts von 1977 den Menschenwürdeschutz absichert.

Vor diesem Hintergrund wirft die Entscheidung des BVerfG betreffend das türkische Begnadigungssystem von 2010 mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Menschenrechtlich im Ergebnis sicherlich erfreulich, bleibt angesichts der fehlenden Fallzahlen offen, wie das Gericht zu der Überzeu-

⁷⁶ Vgl. nur *Herdegen* (Fn. 20), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 73.

⁷⁷ Siehe oben Kap. II. 2. a.E.

⁷⁸ BVerfGE 113, 154 (162 f.).

⁷⁹ BVerfGK 16, 491 Rn. 22.

⁸⁰ BVerfGE 45, 187 (241).

⁸¹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 11 f., 33 ff.; grundlegend schon *Pound*, *American Law Review* 44 (1910), 12; anschaulich *Piek*, *GreifRecht* 2009, 84 f.

⁸² Vgl. dazu die Darstellung bei *Piek*, *GreifRecht* 2009, 84 (91 f. m.w.N.).

gung gelangen konnte, die tatbestandlichen Einschränkungen des türkischen Rechts würden die Hoffnung des Verurteilten auf Entlassung „von vornherein in hoffnungsloser Weise versperr[en]“, nicht aber die Sanktionspraxis von US-Bundesstaaten.

Angesichts dieser Gemengelage bietet es sich für das BVerfG an, künftig⁸³ der durch die Trabelsi-Entscheidung fortgeführten Linie des EGMR zu folgen und die gegenwärtige Gnadenpraxis der Vereinigten Staaten als unvereinbar mit dem aus der Menschenwürde rührenden „Recht auf Hoffnung“ zu beurteilen. Einen solchen Schritt indiziert nicht nur die Völkerrechtsoffenheit der deutschen Rechtsordnung, derentwegen das BVerfG selbst die EMRK zum mittelbaren verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab erhoben hat,⁸⁴ er würde zudem das BVerfG zurück zu einem Menschenwürdeverständnis führen, das es sich bereits vor 37 Jahren erarbeitet hatte, und dem der EGMR mit Vinter und Trabelsi lediglich gefolgt ist.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Abgesehen von der zunehmend geächteten Todesstrafe ist die lebenslange Freiheitsstrafe die härteste mögliche Sanktion. Aus dem Kernbereich der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 EMRK folgt der Abwehranspruch des Einzelnen vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Einen Teil dessen bildet das Recht auf die begründete Hoffnung, wieder aus dem Strafvollzug entlassen zu werden, um ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Für die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe bedeutet dies, dass dem Einzelnen diese Hoffnung nicht von vornherein ungeachtet der künftigen Entwicklung seiner Persönlichkeit versagt sein darf. Ein menschenwürdiger Strafvollzug beinhaltet also die Absicherung dieses Rechts auf Hoffnung durch entsprechende Überprüfungs- und Entlassungsmechanismen.

In diesem Ausgangspunkt stimmen BVerfG und EGMR überein. Während der EGMR mittlerweile bemüht ist, daraus für inländische wie Sachverhalte mit Auslandsberührung einheitliche Maßstäbe zu entwickeln und jedenfalls rein formal bestehende Begnadigungsoptionen nicht ausreichen zu lassen, verfolgt das BVerfG hingegen eine eher uneinheitliche Linie, bei der es hinter das bereits vor vier Jahrzehnten menschenrechtlich Erreichte zwischenzeitlich zurückzufallen droht und sich dem Vorwurf einer ergebnisorientierten Handhabung⁸⁵ aussetzt.

⁸³ Im Beschl. v. 20.11.2014 – 2 BvR 1820/14 (Findikoglu) nimmt das BVerfG immerhin zutreffend an, dass eine in den USA drohende Freiheitsstrafe von bis zu 247,5 Jahren „untraglich hart“ und als solche nicht mehr mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Problem unterbleibt jedoch auch hier.

⁸⁴ BVerfGE 111, 307 (Görgülü); dazu *Vofkuhle*, NVwZ 2010, 1 (4 f.).

⁸⁵ Vgl. dazu nur die oben erwähnte zweifelhafte Unterscheidung zwischen der Chance auf Freilassung in den USA und in der Türkei.

Dass das Trabelsi-Urteil im Ergebnis überzeugt, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es unvollständig wirkt. Anders als das BVerfG im Jahr 2005 legt der EGMR in Trabelsi zwar nun Kriterien für das ausländische Strafverfahren anhand der EMRK fest,⁸⁶ allerdings ohne ausdrücklich eine gerichtliche Überprüfbarkeit einzufordern. Seinem eigenen Kriterium aus der Kafkaris-Entscheidung, auch de facto müsse eine Möglichkeit zur vorzeitigen Entlassung gegeben sein, entspricht der EGMR damit aber nicht, da auch anhand seines umfangreicheren, in Trabelsi geforderten Maßstabs letztlich nicht zwingend eine mehr als nur theoretische Hoffnung auf Freiheit verbleibt. Hier fehlt eine Würdigung der tatsächlichen Entlassungspraxis zur argumentativen Unterfütterung. Zu den Gründen, warum dieser Punkt offengelassen wird, kann hier nur spekuliert werden. Denkbar ist es zumindest, dass der Gerichtshof sich selbst nicht festlegen wollte, bei welchem prozentualen Anteil oder welchen absoluten Zahlen von Entlassungsfällen er das „Recht auf Hoffnung“ (noch) gewahrt sieht, um kein Urteil über die US-Entlassungspraxis fällen zu müssen.

Hervorzuheben ist, dass nicht nur der konkrete rechtliche Beurteilungsmaßstab umstritten ist, sondern sowohl auf landesrechtlich-deutscher als auch auf EMRK-Ebene gerade hinsichtlich der Verteilung von Darlegungs- und Beweispflichten Klärungsbedarf besteht.

Ob der im Auslieferungsverfahren bestehende Amtsermittlungsprinzip⁸⁷ von den befassten deutschen Gerichten hinreichend ernst genommen wird, ist zweifelhaft.⁸⁸ Problematisch wäre es, sollte der Verfolgte stattdessen zum Nachweis über die ihm drohende unmenschliche Behandlung verpflichtet werden.⁸⁹ Neben einem Verstoß gegen diesen Prozessrechtsgrundsatz stehen dem im Einzelfall zudem rein faktische Schwierigkeiten des Einzelnen entgegen, über die Umstände im ersuchenden Staat Nachforschungen anzustellen.⁹⁰ Letztlich sind die Pflichten der OLG im Auslieferungsverfahren zu Sachverhaltsprüfung und -ermittlung nach wie vor zumindest umstritten, wenn nicht gar ungeklärt. Dieses Problem stellt sich nicht nur bei der Frage einer Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe, sondern gerade hinsichtlich der in Aussicht stehenden Haftbedingungen im ersuchenden Staat,⁹¹ weil hier oftmals rechtliche Vorgaben als

⁸⁶ Kritisch dazu die Richterin *Yudkivska* in ihrem Sondervotum in EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (Trabelsi vs. Belgien).

⁸⁷ *Lagodny*, in: Schomburg u.a. (Fn. 11), § 30 Rn. 5.

⁸⁸ Vgl. auch die mehr als zweifelhafte Entscheidung des BVerfG v. 24.6.2003 betreffend einer Auslieferung an Indien (BVerfGE 108, 129); kritisch dazu insbesondere das Sondervotum der Richter *Sommer* und *Lübbe-Wolff*.

⁸⁹ Vgl. unter anderen *Lagodny* (Fn. 86), § 73 Rn. 8 ff.

⁹⁰ *Vogel* (JZ 2004, 144 [145]) spricht von „auslieferungsspezifische[r] Beweisnot des Verfolgten“.

⁹¹ U.a. an dieser Frage entzündete sich der Konflikt um die vom BVerfG zu beurteilende Auslieferung an Indien (s.o. Fn. 87); auf die ungeklärten Fragen weist auch *Vogel* in seiner Anmerkung in JZ 2004, 144 (145 f.), hin.

Maßstab für das law in the books fehlen, mithin empirische Fragen an Bedeutung gewinnen.

Der EGMR hat sich unterdessen in den letzten Jahren bei der Ausdifferenzierung seiner Haltung zu möglichen Beweiserleichterungen für noch bevorstehende Art. 3 EMRK-Verletzungen – abseits der Frage nach der Straflänge – vorangetastet.⁹² Mit Trabelsi ist er nun zwar einen ebenso mutigen wie konsequenten Schritt vorangegangen, allerdings schließt sich dem eine Reihe von Fragen an: Wie wird bei drohenden zeitigen, de facto aber lebenslänglichen Strafen (z.B. 60 Jahre Mindestverbüßungszeit) zu entscheiden sein? Kann es aus Sicht des EGMR ein nicht-justiziables Verfahren über die Haftfortdauerentscheidung geben, dass trotzdem Art. 3 EMRK genügt? Wie sieht es mit völkerrechtlich, unter dem Stichwort des Gegenseitigkeitsprinzips, und außenpolitisch gebotenen Rücksichtnahmen aus?

Mit Blick auf die zunehmende Kritik an der verfolgtenfreundlichen EGMR-Rechtsprechung, und der Annahme, sie sei zu forsch bzw. lasse steigenden Aktivismus erkennen,⁹³ eignet sich der Fall Trabelsi besonders gut als Kristallisationspunkt der einander gegenüberstehenden Haltungen: Der belgische Conseil d'État hatte als letzte belgische Instanz die Auslieferung prinzipiell gebilligt. Der EGMR hatte daraufhin bis zu seiner eigenen Entscheidung eine einstweilige Anordnung nach Art. 39 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs⁹⁴ getroffen, Trabelsi nicht auszuliefern und diese mehrfach verlängert, obwohl die belgischen Behörden massiv auf ihre Aufhebung drängten. Letztlich setzten sie sich auch über sie hinweg und Trabelsi in ein Flugzeug, die Eilanordnung eines belgischen Gerichts hiergegen kam zu spät.⁹⁵ Damit vereitelte die belgische Regierung eine wohl befürchtete Ablehnung der Auslieferung durch den mittlerweile als verfolgtenfreundlich bekannten Gerichtshof.

Eine überzogen interventionistische Rechtsprechung des EGMR ist dennoch einer Auswertung seiner Entscheidungen zu Aufenthaltsbeendigungen im Lichte von Art. 3 EMRK nicht zu entnehmen.⁹⁶ Nicht, dass sich der Gerichtshof von den menschenrechtsfreundlichen Überlieferungen der Mitgliedstaaten entfernt oder eine eigene Menschenrechtspolitik betreibt, ist zu konstatieren, sondern „lediglich“, dass er die

Garantie des Art. 3 EMRK ernst nimmt und an seiner am Schutz der Menschenwürde orientierenden Linie auch ungeachtet von Veränderungen des politischen Zeitgeistes festhält.⁹⁷ Diese Entwicklung ist vor allem auch deswegen zu begrüßen, weil sie dazu geeignet ist, die Entscheidungen der Mitgliedstaaten und ihrer vorab befassten Gerichten jenseits nationaler Befindlichkeiten wirksam zu hinterfragen.

⁹² *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389 (395 ff.).

⁹³ So u.a. die Analyse von *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389 (390) mit Nachweisen.

⁹⁴ Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, mit Stand 1.6.2010 abgedruckt bei *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage IX.

⁹⁵ Die Entrüstung des EGMR ist zu spüren, wenn man die Zeilen liest, dass Belgien „deliberately and irreversibly lowered the level of protection of the rights set out in Article 3 [...]“. It was not for the Belgian State, in the wake of the judgment of the Conseil d'Etat, to substitute its own appraisal for the Court's assessment of these assurances and the merits of the application and decide to override the interim measure indicated by the Court.“ (EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 [Trabelsi vs. Belgien], Rn. 150).

⁹⁶ *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389.

⁹⁷ So auch *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389 (407).

Tabelle 1: Insassen mit lebenslanger Freiheitsstrafe und solche mit life without parole, Daten des Bundes, ausgewählter Staaten und US-Daten insgesamt für 2003 und 2008. Die vollständigen Angaben für alle Bundesstaaten finden sich bei *Mauer/King/Young* (Fn. 26) sowie *Nellis/King* (Fn. 31), S. 7 f. Um das Spektrum abzubilden, wurden die Staaten, die in den hier besprochenen Fällen um Auslieferung nachgesucht hatten, sowie diejenigen mit den niedrigsten und den höchsten Werten ausgewählt. Die Daten für Louisiana und Pennsylvania enthalten keine Druckfehler – dort sind alle lebenslangen Freiheitsstrafen solche vom Typ life without parole. Dies galt früher auch für nach Bundesrecht Abgeurteilte.

Staat	„Lebenslängliche“		% aller Gefangenen		davon life without parole		% aller Gefangenen	
	2003	2008	2003	2008	2003	2008	2003	2008
Alabama	4.837	5.087	17,3	17,3	1.334	1.413	4,8	4,8
Kalifornien	28.807	34.164	18,1	20	2.984	3.679	1,9	2,2
Florida	8.643	10.784	11,2	11,3	4.478	6.424	5,8	6,7
Louisiana	3.822	4.161	10,6	10,9	3.822	4.161	10,6	10,9
Missouri	2.452	2.582	8	8,7	938	712	2,3	3,1
New York	12.985	11.147	19,4	18	110	190	0,1	0,3
Pennsylvania	3.865	4.349	9,7	9,4	3.865	4.349	9,7	9,4
Texas	7.698	8.558	6,1	6,1	0	71	-	0,1
In Bundesgefängnissen	5.062	5.400	3,4	2,7	5.062	4.514	3,4	2,2
Gesamt (in allen 50 Bundesstaaten und Bundesgefängnissen)	127.677	140.610	9,4	9,5	33.633	41.095	2,5	2,8

The 2014 Reform of Universal Jurisdiction in Spain

From All to Nothing

By Dr. Rosa Ana Alija Fernández, Barcelona*

In March 2014, a law reforming universal jurisdiction was passed in Spain. It was the second legal reform undertaken to restrict universal jurisdiction in Spain after a first attempt in 2009. Due to the limited impact of the 2009 reform to put a stop to politically troublesome claims, the one accomplished in 2014 is straightforward: universal jurisdiction is replaced by other jurisdictional bases in order for Spanish criminal courts to prosecute internationally-defined offences committed abroad. International legal obligations undertaken by Spain are alleged to establish jurisdiction. Here it is contended, though, that two different trends can be observed depending on who is behind the commission of the offence: a state or a non-state actor. Access to Spanish criminal courts is further blocked by additional restrictions, such as the configuration of their jurisdiction as subsidiary and the limitation of those entitled to file a claim. The result is the removal of universal jurisdiction from the Spanish legal system, intended not only for the future but also retrospectively concerning past claims currently being under examination, a worrying trend that can endanger the fight against impunity if followed by other states.

I. Tailoring universal jurisdiction in Spain to prevent diplomatic pressure

According to the Ley Orgánica del Poder Judicial (Organic Law 6/1985 on the Judiciary, hereinafter “LOPJ”),¹ the jurisdiction of Spanish criminal courts is mainly based on the principle of territoriality (art. 23 § 1, including the flag principle)². Additionally, they may also have jurisdiction on the basis of the principle of active personality, when the alleged perpetrator is Spanish (art. 23 § 2), although this principle operates only under certain conditions.³ On the other hand,

* Lecturer in Public International Law at the Universitat de Barcelona. Visiting researcher at the Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Forschungsstelle für lateinamerikanisches Straf- und Strafprozessrecht), Georg-August-Universität Göttingen. The author would like to thank Eneas Romero, José Luis González, Sarah Deery and the anonymous reviewers of ZIS for their very valuable comments and suggestions, and José Ricardo de Prada for his helpful guidance with documentation.

¹ Boletín Oficial del Estado 157, 2.7.1985, 20632 ff.

² Art. 23 § 1 LOPJ reads: “Spanish courts are competent to try cases involving serious and lesser offences committed on Spanish territory or on board Spanish ships or aircrafts, without prejudice to the provisions of the international treaties to which Spain is a party” (unofficial translation at *Reydams*, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, 2003, p. 183, fn. 2).

³ (a) Double incrimination of the offence (unless not required by virtue of an international treaty or a normative act by an international Organisation to which Spain is member), (b)

passive personality is not included as a jurisdictional basis in the law. The LOPJ also allows domestic courts to have jurisdiction over a number of offences committed either by Spaniards or by foreigners outside the Spanish territory. Here, two different groups of offences should be distinguished:

- (i) those entailing an attack against Spanish direct interests, such as treason, rebellion, offences against the Crown or forgery (art. 23 § 3, establishing jurisdiction based on the protective principle), and
- (ii) offences of an international nature or with an international dimension (art. 23 § 4).

Whereas jurisdiction over the first group was already envisaged in the 1870 law on the judiciary,⁴ jurisdiction over internationally defined offences was incorporated in the Spanish legal system in 1985. Broadly conceived in the beginning (as an absolute jurisdiction, no links with Spain were required and no criteria of subsidiarity applied; furthermore, anybody could file a claim), its scope has been progressively limited through two legal reforms in 2009 and in 2014.

Both reforms were arguably motivated by diplomatic pressure from states with nationals involved in investigations of core international crimes before Spanish courts. Complaints by China, Israel, the United States or lower profile countries such as Rwanda or Morocco pushed the first attempt to limit universal jurisdiction in Spain in 2009. The reform legislation, Organic Law 1/2009, introduced a set of limitations at different levels. Firstly, it subjected the exercise of universal jurisdiction by the Spanish courts to the verification of any of the following conditions:

- (i) the alleged perpetrator was in Spain,
- (ii) there were Spanish victims, or
- (iii) any other relevant link connecting the offence with Spain could be confirmed.⁵

legal action taken by the victim or the Prosecutor before Spanish courts, and (c) double jeopardy. This provision has also been modified by the last legal reform of art. 23 LOPJ. On its implications, see *Chinchón Álvarez*, *Derecho Penal y Criminología* 5 (2014), 161 (166 f.).

⁴ Gaceta de Madrid of 15.-20.9.1870, p. 258 ff. On the historical precedents, see *Ollé Sesé*, *Justicia universal para crímenes internacionales*, 2008, p. 355 ff.

⁵ Such relevant link has been (vaguely) described as historical, social, cultural, legal, political, and other similar relations (belonging in the past to the same political unit, sharing a common language with relevant cultural nexus, participating in political international organisations) that must be analysed on a case-by-case basis (Juzgado Central de Instrucción [JCI] No. 1, Decision of 26.2.2010 – AAN 128/2010, legal ground 2).

Secondly, subsidiarity of the Spanish jurisdiction was brought in: a case would not be admitted if proceedings involving an investigation and an effective prosecution had been initiated in another competent country or before an international court. The law required the provisional dismissal of any proceedings before Spanish courts on the basis of universal jurisdiction upon a showing that proceedings on the same facts had been initiated before any other domestic or international court.

Technically rather imperfect,⁶ Organic Law 1/2009 did not achieve the expected results. Although one of the most controversial cases was closed (i.e., the case for crimes against humanity in Tibet – Tibet 2 –, as no link with Spain could be established⁷), many were kept open.⁸ Among them, the case for genocide in Tibet – Tibet 1 –, which was presumably the ultimate reason to undertake a new legal reform in 2014. The decision in November 2013 to issue international arrest warrants against several former Chinese officers (among whom former President Jiang Zemin and former Prime Minister Li Peng)⁹ provoked new diplomatic tensions. Responding to the pressure exerted by China, the Spanish government managed to drive an express legal reform of art. 23 § 4 LOPJ. On 21.1.2014, a draft bill presented to Congress (Spanish lower chamber) by the parliamentary group of the ruling Popular Party was given leave to proceed. Less than two months later, on 13.3.2014, Organic Law 1/2014 (hereinafter LO 1/2014),¹⁰ reforming universal jurisdiction, was passed by the Congress and the Senate. Together with it universal jurisdiction virtually disappeared from the Spanish legal system.

Although the diplomatic motivations lying beneath the reform are hard to hide, the preamble of LO 1/2014 tries to justify the reform under technical needs. Indeed, its declared purpose is “to clearly delimit – with full application of the principle of legality and strengthening legal security – the occasions where the Spanish jurisdiction can investigate and try offences committed outside the sovereign territory of Spain”.¹¹ That is allegedly done by adapting the jurisdiction of Spanish criminal courts to international treaty provisions binding Spain, according to the Preamble of the law. The result is a stunningly detailed art. 23 § 4 LOPJ within which up to sixteen paragraphs specifically provide the conditions

for Spanish courts to retain jurisdiction over each particular offence.¹²

Notwithstanding the declared goal to adapt Spanish jurisdiction to treaty provisions, a careful analysis of the law shows that it does not really meet it in a consistent way. Two trends can be clearly identified. One concerns jurisdiction over core international crimes and serious human rights violations, usually committed through state structures or tolerated by the state. Concerning these offences, the approach to universal jurisdiction is extremely restrictive, to the extent of de facto ruling out any potential application of the principle, as it will be argued in Section II. The other trend, discussed in Section III, regards offences committed by individuals or organized criminal groups, which the law addresses in a more flexible fashion. On the other hand, a set of additional limitations to the jurisdiction of Spanish criminal courts over offences committed abroad is established. Although these limitations are generally forward-looking, some provisions in the law also intend to have an impact on already filed claims, as commented on in Section IV. Section V will provide some conclusions.

II. Core international crimes and serious human rights violations: restricting universal jurisdiction to avoid diplomatic complaints

Without a doubt, the most diplomatically controversial offences in art. 23 § 4 LOPJ are genocide, crimes against humanity, war crimes, torture and enforced disappearances. As far as they are normally committed through state structures or tolerated by the state, criminal liability usually targets public officers, including high-ranking members of the government and the army. To invoke universal jurisdiction in these cases is often said to be an intervention into the domestic jurisdic-

⁶ See the criticism expressed, among others, by *Pigrau Solé*, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, 2009, p. 121 ff., and *Chinchón Álvarez*, *Revista de Derecho de Extremadura* 6 (2009), 13 (29 ff.).

⁷ Juzgado Central de Instrucción (JCI) No. 1, Decision of 26.2.2010 – AAN 128/2010, legal ground 2 and decision.

⁸ In fact, new complaints were actually filed, such as the one against some members of the Israeli government and army for the attack against the Gaza Freedom Flotilla in 2010.

⁹ See Audiencia Nacional (AN) (Sala de lo Penal), Decision of 18.11.2013 – AAN 270/13, sole legal ground and decision.

¹⁰ Boletín Oficial del Estado 63, 14.3.2014, 23026 ff.

¹¹ Preamble of LO 1/2014 (*author's* translation).

¹² The offences expressly mentioned in art. 23 § 4 LOPJ are: genocide, crimes against humanity, war crimes, torture, enforced disappearances, piracy, terrorism, illicit traffic in toxic drugs, narcotic drugs or psychotropic substances, trafficking in human beings, offences against foreign citizens' rights, and offences against the safety of maritime navigation committed in ocean space, terrorism, offences included in The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, the Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, and the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, illicit drug traffic, offences of constitution, financing or integration in a criminal group or organization, or the offences committed within them, as far as such group or organization acts with a view to the commission in Spain of a serious offence, offences against children's sexual freedom and indemnity, offences included in the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, trafficking in human beings, corruption among private individuals or in international business transactions, and counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health.

tion of the state where the offences were committed.¹³ However, given the great seriousness of the abovementioned practices, they should not go unpunished. To avoid impunity has become an issue beyond the state's borders and the international community has articulated a system of international criminal justice mainly grounded on the repression of core crimes by domestic courts, complemented by the work of the International Criminal Court. Consequently, enabling universal jurisdiction at the domestic level is of the utmost importance.

LO 1/2014 implicitly assumes that universal jurisdiction is an intervention in domestic matters when it states that "the extension of the Spanish jurisdiction beyond the Spanish territorial limits must be legitimated and justified by the existence of an international treaty that provides for or authorizes it".¹⁴ However, universal jurisdiction, namely, criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction,¹⁵ is not imposed by international treaties. Furthermore, while the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) and the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (CPED) do expressly allow for it,¹⁶ there are no treaty provisions concerning universal jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes. The only exception would be the four Geneva Conventions (GC) of 1949 (arts. 49 GCI, 50 GCII, 129 GCIII and 146 GCIV respectively) – together with Additional Protocol I thereto (art. 85) –, mandating each Party "to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed" grave breaches of the Conventions,

and to "bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts".¹⁷

What the Spanish reform legislation omits, though, is that international law also allows the prosecution and repression of core international crimes on the basis of customary law (which also expresses the international consensus on the issue). Actually, LO 1/2014 is inconsistent as far as it states that the regulation of universal jurisdiction must adjust to the commitments resulting from the ratification of the Statute of the International Criminal Court (ICC) as an essential instrument in the fight for a more just international order based on the protection of human rights.¹⁸ In fact, the preamble of the ICC Statute declares that "the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation". It further recalls that "it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes", a duty that the ICC Statute itself does not impose and therefore could only be based on international customary law (which is disputable, though, as argued below). This is a duty, on the other hand, that Spain will arguably only partially fulfil from now on.

The law takes advantage of the facultative character of universal jurisdiction¹⁹ to reduce its applicability over genocide, crimes against humanity and war crimes to its minimum expression. According to art. 23 § 4 para. a), jurisdiction of Spanish courts will only be allowed in three circumstances: when the alleged perpetrator is a Spanish citizen, when the alleged perpetrator is a foreigner with habitual residence in Spain, or when the alleged perpetrator is a foreigner that happens to be in Spain and his/her extradition has been denied by the Spanish authorities. Furthermore, there will be no jurisdiction if there are Spanish victims. Considering that the first hypothesis is based on the principle of active personality

¹³ *Sammons*, Berkeley Journal of International Law 21 (2003), 111 (125). But cfr. *Henzelin*, Le principe d'universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, 2000, p. 162 ff.; *Inazumi*, Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law, 2005, p. 134 ff. and 198; *Kuwali*, The Responsibility to Protect: Implementation of Article 4(h) Intervention, 2011, p. 265 f. *Ryngaert* suggests the use of an interest-balancing test to determine when the exercise of universal jurisdiction becomes an intervention (*Ryngaert*, Jurisdiction in International Law, 2008, p. 144 f.).

¹⁴ Preamble of LO 1/2014 (*author's translation*).

¹⁵ Princeton Principles on Universal Jurisdiction, principle 1.1. See also § 1 of the resolution adopted by the Institute of International Law on 26.8.2005 (Krakow Session) and UN doc. A/65/181, The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, Report of the Secretary General Prepared on the Basis of Comments and Observations of Government, 29.7.2010, para. 12.

¹⁶ Arts. 5 § 3 CAT and 9 § 3 CPED.

¹⁷ *Cassese*, International Criminal Law, 3rd ed. 2013, p. 286. However, these provisions go on saying that the Party "may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a 'prima facie' case". It is discussed whether this provision must be interpreted as a reference to the *aut judicare aut dedere* principle – *Sánchez Legido*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales 27 (2014), 1 (32 f.) – or as an absolute mandate to prosecute, not subsidiary to extradition – *Henzelin* (fn. 13), p. 353; *Cassese* (fn. 17), p. 286; on this discussion, *Inazumi* (fn. 13), pp. 57 ff. The fact is that, according to *Pictet*, the formula used in these provisions "s'inspirait du principe aut dedere aut punire" (*Pictet*, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, III. La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 1958, p. 653).

¹⁸ Statute of the ICC, Preamble, para. 4.

¹⁹ On the facultative nature of the principle of universal jurisdiction, see *Sánchez Legido*, Jurisdicción universal penal y derecho internacional, 2004, p. 66 ff. and 253 ff.; *Inazumi* (fn. 13), p. 139 f.

and that the latter is an application of the principle *aut iudicare aut dedere*, the only assumption to invoke universal jurisdiction in Spain regards foreigners with their habitual residence in Spain, what is actually an extended application of the principle of active personality.²⁰ Furthermore, the habitual residence is a rather mobile jurisdictional basis insofar as a simple change of residence would be enough to avoid criminal liability.²¹ On the other hand, the principle of passive nationality could also be affected by fraudulent changes of nationality before a claim is filed. In the absence of further legal specifications and given the purpose of the legal reform to limit universal jurisdiction, this principle might hypothetically be interpreted in a restrictive way to exclude jurisdiction when the person no longer has Spanish nationality at the time of prosecution. Such an approach, although highly undesirable,²² is not completely outlandish when compared to the cautious way the law limits jurisdiction based on passive personality regarding other offences (e.g. torture or enforced disappearances), as it excludes any possible forum shopping by specifically requiring that the victim was a Spanish national at the time the offence was committed.

Regarding torture – art. 23 § 4 para. b) – and enforced disappearances²³ – art. 23 § 4 para. c) –, although both the CAT and the CPED allow states to extend their jurisdiction on the basis of universal justice,²⁴ the Spanish reform legislation only establishes jurisdiction on the basis of both active and passive personality, although this second hypothesis is doubly limited: the victim must have been a Spanish national at the time the offence was committed and the alleged perpetrator must be in Spanish territory. Both treaties also impose jurisdiction on the basis of the *aut iudicare aut dedere* principle,²⁵ a mandate covered in the Spanish law by the final clause in art. 23 § 4 para. p) LOPJ, which provides for the general application of such principle whenever it is compulsory according to an international treaty.²⁶ Worryingly enough, the combination of paras. c) and p) can lead to the

absurdity that an alleged perpetrator present in Spanish territory cannot be prosecuted if the victims were not Spanish at the time the offence was committed and Spain has not rejected his/her extradition to a third state, as *Sánchez Legido* has warned.²⁷

Concerning such crimes, the exclusion of universal jurisdiction based on a strict compliance with treaty obligations is an approach that may have undesirable effects on the consolidation of a customary norm in this field if other states adopt it too. Indeed, the divergences and variations in current state practice make it difficult to affirm the existence of a general practice accepted as law, thus, an international custom regulating the scope and application of universal jurisdiction.²⁸ In this context, Spain would somehow position itself as a persistent objector to universal jurisdiction under customary law. However, the inclusion of crimes in LO 1/2014 over which jurisdiction is not conventionally set when committed abroad (together with the references to the ICC Statute) would imply the acknowledgement and acceptance that they must be prosecuted at the domestic level.

III. Offences usually committed by non-state actors: broadening the jurisdictional basis

LO 1/2014 also includes detailed references to other international treaties regulating offences usually committed by non-state actors, organized criminal groups comprised – paras. d) to o) of art. 23 § 4. Compared to the offences analysed in Section II, the reforming law appears to be more flexible when it comes to establish jurisdiction over this second set of offences.

Para. d) sets jurisdiction over a number of offences (piracy, terrorism, illicit trafficking in toxic drugs, narcotic drugs or psychotropic substances, trafficking in human beings, offences against foreign citizens' rights, and offences against the safety of maritime navigation) when committed in ocean space. Broadly, jurisdiction will be exercised whenever an international treaty ratified by Spain or a normative act by an international organization of which Spain is a member provides for it. Some of the offences in this paragraph (terrorism, illicit drug trafficking and trafficking in human beings) are also included elsewhere in the law. Therefore, art. 23 § 4 para. d) LOPJ is to be seen as *lex specialis*, whereas the jurisdictional basis in other paragraphs should be taken into consideration only when the conditions in para. d) cannot be fulfilled.

Terrorism is actually the offence given the broadest jurisdictional basis in LO 1/2014 – although there is no international treaty providing for a general definition of the offence and consequently establishing jurisdiction, which again contradicts the rigid statements made in its preamble. Actually, the law is giving legal force to the provisions on jurisdiction of the Council Framework Decision 2002/475/JHA of

²⁰ See *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3rd ed. 2011, § 3 mn. 42 (*Domizilprinzip*); *Cassese* (fn. 17), p. 276; *Dinstein*, in: Schmitt/Green (eds), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, 1998, p. 17 (18); European Convention of the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (ETS No. 073), Explanatory Report, § B (a); *O'Connor/Rausch*, *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice: Model Criminal Code* (Volume I), 2007, p. 44 f. (considering it a “functional” nationality).

²¹ *Deen-Racsmány*, *American Journal of International Law* 95 (2001), 606 (617).

²² In practice, however, states seem to accept that nationality may be possessed at either moment – *Cassese* (fn. 17), p. 276; *Ryngaert* (fn. 13), p. 88.

²³ As *Chinchón Álvarez* reminds, the Spanish Criminal Code does not include the offence of enforced disappearances as such – *Chinchón Álvarez*, *Derecho Penal y Criminología* 5 (2014), 161 (167 f.).

²⁴ Arts. 5 § 3 CAT and 9 § 3 CPED.

²⁵ Arts. 5 § 2 CAT and 9 § 2 CPED.

²⁶ See Section III.

²⁷ *Sánchez Legido*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27 (2014), 1 (36).

²⁸ See in particular the latest debates at the Sixth Commission of the UN General Assembly (UN doc. A/C.6/68/SR.23, paras. 93 ff.).

13.6.2002 on combating terrorism²⁹ – thus secondary EU legislation. On its basis, the law establishes up to eight jurisdictional grounds. Three of them are different versions of the active personality principle (prosecutions directed against a Spanish national, prosecutions directed against a foreigner with his/her habitual residence in Spain and commission of the offence for the benefit of a legal person established in Spain)³⁰. All three are compulsory according to the Framework Decision, and so is passive personality, although LO 1/2014 requires that the victim had Spanish nationality at the time the offence was committed. Territoriality and the flag principle are also mandatory jurisdictional grounds in the Framework Decision. Concerning the latter, though, LO 1/2014 sets jurisdiction when the offence is committed against a vessel flying the Spanish flag or an aircraft registered in Spain. If this provision is intended as an expression of the flag principle (already covered by art. 23 § 1), then it is completely unnecessary. Otherwise, if the legislator is thinking of the vessel or aircraft as the actual target, that would mean the establishment of an additional ground for jurisdiction not included in the Framework Decision – although its art. 9 § 5 does not exclude the exercise of jurisdiction in criminal matters as laid down by a Member State in accordance with its national legislation.

The protective principle underlies the establishment of jurisdiction over terrorist attacks committed against Spanish official facilities, including its embassies and consulates.³¹ Regarding the latter, although these offences are subject to prosecution in the state where they were committed, any act that needs to be done by the receiving state at the diplomatic and/or consular premises will require the consent of the head of the diplomatic mission/consular post, due to their inviolability.³² Halfway between the protective principle and the effects principle,³³ jurisdiction is also set over terrorist attacks committed in order to influence or condition in an illicit manner any Spanish authority's actions. Again, this jurisdictional ground is not included in the Framework Decision.

Finally, only over-zealousness can explain the odd provision that sets jurisdiction over terrorist attacks against an EU institution or body based in Spain. These are basically limited to two: the European Agency for Safety and Health at Work and the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs). While the rationale of this (compulsory) jurisdictional ground³⁴ would be merely to facilitate

and guarantee the prosecution of offences committed against facilities of the EU that enjoy diplomatic privileges according to headquarters agreements,³⁵ its inclusion in art. 23 § 4 LOPJ implies that Spain assumes jurisdiction over attacks against these bodies committed abroad. "But where?", one may well ask. The European Agency for Safety and Health at Work, for instance, operates with focal points in each Member State as well as in European Free Trade Association States and candidate and potential candidate countries.³⁶ Is Spain assuming jurisdiction over attacks committed against them? Another thorny question concerns the representations of the European Commission: can they be labelled as EU institutions or bodies too?³⁷ If so, will an attack against a European Commission delegation anywhere else in the world fall under Spanish jurisdiction? Given the general limiting spirit of the law, this would seem to confer too broad a jurisdiction to Spanish criminal courts. On the other hand, considering the law's generous approach to jurisdiction over terrorist attacks, such an interpretation cannot be excluded.

Three international conventions on terrorist acts are also mentioned in LO 1/2014: the 1970 The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft; the 1971 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, and the 1980 Convention on the Physical Protection of Nuclear Material. Concerning the first convention, art. 23 § 4 para. f) LOPJ sets jurisdiction when the offence has been committed either by a Spanish citizen or against an aircraft flying the Spanish flag. None of them are compulsory jurisdictional grounds according to art. 4 § 1 of the Convention, which, on the other hand, does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law (art. 4 § 3). Para. g) states in exceptionally broad terms that jurisdiction will be exercised in the cases authorized by the 1971 Montreal Convention.³⁸ Finally, regarding the Convention on the Physical Protection of Nuclear

³⁵ See for instance art. 2 § 2 common to both headquarter agreements between Spain and the EU.

³⁶ Focal points have been established in the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Albania, Bosnia and Herzegovina, Kosovo under United Nations Security Council Resolution 1244/99, Montenegro and Serbia.

³⁷ They would be an expression of the EU right to active legation (*Sobrino Heredia*, La reforma del Servicio Exterior de la Unión Europea, 2003, § 3 [available at: <http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/10.asp>; 3.7.2014]).

³⁸ Namely, "(a) when the offence is committed in the territory of the State; (b) when the offence is committed against or on board an aircraft registered in the State; (c) when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board; (d) when the offence is committed against or on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence, in the State", according to art. 5 § 1, as well as in application of the *aut judicare aut dedere* principle, in conformity with art. 5 § 2.

²⁹ Official Journal of the EU L 164/3, 22.6.2002, 3 ff.

³⁰ On the *Sitzprinzip* as an extension of active personality, see *Ambos* (fn. 20), § 3 mn. 43.

³¹ On this particular, art. 9 § 1 para. e) of the Framework Decision simply mandates to establish jurisdiction over the institutions of the Member State in question.

³² Arts. 22 of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and 31 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, respectively.

³³ The effects principle – *Auswirkungsgrundsatz*, see *Ambos* (fn. 20), § 3 mn. 6 – has also been seen as a corollary of the principle of territoriality – *Cassese* (fn. 17), p. 274.

³⁴ Art. 9 § 1 para. e) of the Framework Decision.

Material, para. h) just includes the active nationality principle, thus complementing the territoriality principle in art. 23 § 1 in order to comply with art. 8 § 1 of the Convention.

As with terrorism, the law establishes two different jurisdictional grounds over illicit drug trafficking (toxic drugs, narcotic drugs or psychotropic substances). Besides specific jurisdiction when the offence is committed in ocean space (discussed above), art. 23 § 4 para. i) additionally sets jurisdiction in two situations: one is active personality, the other one concerns the carrying out of acts of execution of these offences or of constitution of a criminal group or organization with a view to their commission within Spanish territory. None of them are mandatory jurisdictional grounds in view of art. 5 § 1 para. a) of the United Nations (UN) Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988).³⁹ Despite the duplication of jurisdictional grounds, the decisions adopted so far by the tribunals regarding drug trafficking show that the regulation is technically deficient and has remarkable black spots where jurisdiction can be excluded, as commented in Section IV below.

The third offence with a twofold jurisdictional ground (whether committed in ocean space or elsewhere) is trafficking in human beings, in art. 23 § 4 para. m), which shows little deviation from the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings.⁴⁰ Still, once again jurisdiction is somehow extended when established over offences committed by foreigners having their habitual residence in Spain (and not only by stateless persons, as the Convention states) as well as over offences committed by a legal person, company, organization, group or any other sort of entity or association legally established in Spain (a ground not provided for by the Convention).⁴¹ The third hypothesis in the law – the victim was a Spanish citizen or had his/her habitual residence in Spain by the time the offence was committed – does not strictly follow the letter of the treaty either, as far as LO 1/2014 requires the presence of the offender in Spain (the Convention does not), but instead does not subject jurisdiction to any of the conditions in the conventional text,⁴² namely, double incrimination regarding the place of commission or commission outside the territorial jurisdiction of any state. The latter condition would partially be covered, though, by para. d) as far as offences committed in ocean space are concerned.

The inclusion of trafficking in human beings can be seen as an improvement compared to the silence in the previous version of the law. Instead, it is somehow (negatively) surprising that smuggling of migrants has disappeared from art. 23 § 4 LOPJ, except when the offence is committed in ocean

space. However, given that Spain is Party to the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementary to the UN Convention on Transnational Organized Crime,⁴³ jurisdiction over this offence could nevertheless be retained in application of para. i) of the law. Organized criminality is comprehensively addressed there, setting jurisdiction over the offences of constitution, financing or integration in a criminal group or organization, or the offences committed within it. As an expression of the effects principle, a condition must nonetheless be fulfilled, i.e., that such group or organization acts with a view to the commission in Spain of an offence punished with a maximum deprivation of liberty of at least three years or more. This provision is linked to art. 5 of the UN Convention on Transnational Organized Crime (2000), where States Parties are mandated to make all the necessary legal arrangements to define as a criminal offence the constitution of and other forms of participation in an organized criminal group. However, jurisdiction is established in LO 1/2014 in broader terms than provided by art. 15 § 2 para. c) subpara. i) of the Convention, where, besides compulsory jurisdiction based on territoriality – art. 15 § 1 of the Convention –, a State Party is further allowed to establish its jurisdiction when the offence is committed “outside its territory with a view to the commission of a *serious crime* within its territory” (emphasis added by *author*). Art. 2 para. b) of the Convention defines a serious crime as “conduct constituting an offence punishable with a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty”, whereas the Spanish law extends jurisdiction to offences punishable with deprivation of liberty of three years or more, thus a penalty below the conventional threshold. This extension can be problematic and breach art. 4 of the Convention (an express limit in art. 15 § 2 to the establishment of facultative jurisdiction), which states in its para. 2 that nothing in the Convention “entitles a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law”. Therefore, despite the good intentions declared in its Preamble, LO 1/2014 not only does not adjust to treaty provisions concerning organized criminality but might be actually allowing a potential intervention in other states’ domestic issues expressly forbidden by an international convention.

Jurisdiction is also slightly broadened regarding offences against children’s sexual freedom and indemnity – art. 23 § 4 para. k) LOPJ –, compared to the provisions of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13.12.2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography⁴⁴ (which, once again, is not an international treaty). Thus, it will reach not only prosecutions where the alleged offender is a Spanish citizen – a compulsory ground of jurisdiction according to art. 17 § 1 para. b) of the Directive –, but also those against foreigners with habitual residence in Spain, those against legal persons, companies, organizations, groups or any other

³⁹ Only jurisdiction based on territoriality is compulsory. The grounds in LO 1/2014 are facultative according to art. 5 § 1 para. b) subparas. i) and iii).

⁴⁰ CETS No. 197, signed at Warsaw the 16.5.2005, in force since 1.2.2008.

⁴¹ Although the Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with internal law (art. 31 § 5).

⁴² Art. 31 § 1 para. d).

⁴³ UN General Assembly resolution 55/25 of 15.11.2000.

⁴⁴ Official Journal of the EU L335, 17.2.2011, 1-14.

sort of entities or associations established in Spain, and those where the victim is a Spanish citizen (on condition that the alleged perpetrator is in Spanish territory); all three being facultative jurisdictional grounds (art. 17 § 2 of the Directive). Another change that deserves criticism is that the law no longer sets jurisdiction over these offences when committed against disabled persons, as it did in its previous version. Given that it is not imposed by an international treaty (or EU law), the legislator feels at ease with leaving a vulnerable group unprotected.

A similar flexibility can be observed regarding the offences included in the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence⁴⁵ – art. 23 § 4 para. l) LOPJ –. Three jurisdictional grounds are established, two of them compulsory according to art. 44 § 1 of the Convention (the offence has been committed by a Spanish national, or by a foreigner who has her/his habitual residence in Spanish territory). The third one would partially extend jurisdiction⁴⁶ when the offence has been committed against a victim having Spanish citizenship or habitual residence in Spain, under two limiting conditions, though: these requirements must be fulfilled by the time the offence is committed and the alleged offender must be in Spanish territory.

Art. 21 of the UN Convention against Corruption,⁴⁷ together with the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997), are at the basis of para. n) on corruption⁴⁸ among private individuals or in international business transactions. But again LO 1/2014 is not strictly attached to the letter of the international treaties on the subject. Jurisdiction is established when the offender is a Spanish citizen, a foreigner having habitual residence in Spain, the executive director, administrator, worker or contributor of a trading company, or of a society, association, foundation or organization legally established in Spain, or a legal person, company, organization, group or any other entity or association legally established in Spain. Regarding corruption among private

individuals, the UN Convention only directs to establish jurisdiction on the basis of territoriality.⁴⁹ The four grounds in the Spanish law are then facultative extensions of jurisdiction, either partially allowed by art. 42 § 2 of the Convention⁵⁰ or at least possible to subsume in its art. 42 § 6, which does not exclude the exercise of any criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its domestic law. Concerning the OECD Convention, jurisdiction is only compulsory when it comes to territoriality and active personality.⁵¹ However, art. 4 § 4 of the Convention opens the door to other jurisdictional grounds if the current ones are not effective in the fight against the bribery of foreign public officials.

The last international treaty expressly mentioned in LO 1/2014 is the Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health⁵² – art. 23 § 4 para. o) LOPJ –, although no international obligations stem from it as it is not yet in force. Such cautious anticipation by the legislator is in some way striking, particularly because it goes beyond the goal stated in the preamble to adjust jurisdiction to Spain's international conventional commitments. Five grounds are established, strictly following the Convention⁵³ when it comes to active and passive⁵⁴ personality (both extended to habitual residents in Spain). The only variation would be the establishment of jurisdiction over proceedings against a legal person, company, organization, group or any other sort of entity or association legally established in Spain, covered by the Convention inasmuch as it can be considered a further extension of the active personality principle, or at least a ground in accordance with its art. 10 § 6 – allowing for any other criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law.

Finally, art. 23 § 4 para. p) operates as a twofold residual clause. On one hand, it sets jurisdiction of Spanish criminal courts over any other offence whose prosecution is compulsory pursuant to an international treaty in force for Spain or by a normative act stemming from an international organization of which Spain is a member, in the cases and terms therein determined. On the other hand, it incorporates the

⁴⁵ CETS No. 210, opened for signature the 11.5.2011 at Istanbul, in force since 1.8.2014. Offences included are psychological and physical violence (arts. 33 and 35); stalking (art. 34); sexual violence, including rape (art. 36); forced marriage (art. 37); female genital mutilation (art. 38); forced abortion and forced sterilisation (art. 39), and sexual harassment (art. 40).

⁴⁶ Partial insofar as, according to art. 44 § 2, “Parties *shall endeavour* to take the necessary legislative or other measures to establish jurisdiction over any offence established in accordance with this Convention where the offence is committed against one of their nationals or a person who has her or his habitual residence in their territory” (emphasis added by author).

⁴⁷ UN General Assembly resolution 58/4 of 31.10.2003.

⁴⁸ As the law expressly speaks of “*corrupción*”, here the literal translation “*corruption*” will be preferred, as bribery could also be translated in Spanish as a different concept (“*soborno*”).

⁴⁹ Art. 42 § 1.

⁵⁰ A State Party may also establish its jurisdiction over the offences in the Convention when: (a) the offence is committed against a national of that State Party; or (b) the offence is committed by a national of that State Party or a stateless person who has his or her habitual residence in its territory; or (c) the offence is one of those established in accordance with art. 23 para. 1 (b) (ii), of this Convention and is committed outside its territory with a view to the commission of an offence established in accordance with art. 23 para. 1 subparas. a) (i) or (ii) or b) (i), of this Convention within its territory; or (d) the offence is committed against the State Party.

⁵¹ Art. 4 § 1 and § 2.

⁵² CETS No. 211, adopted in Moscow on 28.10.2011.

⁵³ Art. 10 § 1 and § 2.

⁵⁴ Again, the law requires that the victim had Spanish nationality by the time the offence was committed.

principle *aut judicare aut dedere* as a general jurisdictional ground, as far as an international treaty provides for it.

IV. Further limitations: subsidiarity, restrictions to active legal standing and a controversial transitional provision

Besides the variety of conditions imposed by LO 1/2014 concerning each specific offence in order for Spanish criminal courts to have extraterritorial jurisdiction, two new paragraphs 5 and 6 are added to art. 23 LOPJ introducing further restrictions intended not only to limit potential claims in the future, but also to get on-going cases dismissed.

To begin with, new art. 23 § 5 again takes up subsidiarity, already introduced by LO 1/2009 but now technically improved⁵⁵ by indicating both the relevant states of connection with the offence and the limits to their jurisdiction. Concerning the fora with priority over the offence, the law excludes the prosecution in Spain of the offences in art. 23 § 4 when the case is being investigated or prosecuted:

- (a) by an international court established in accordance with the treaties and conventions signed by Spain, or
- (b) by either the State where the offence was committed or the alleged offender's State of nationality.

This second hypothesis has not an absolute scope, though. For it to operate, the law introduces two alternative conditions. Spain will not retain jurisdiction when the case is being investigated or prosecuted by the State where the offence was committed or the alleged offender's State of nationality inasmuch as the alleged offender is not in Spain. The same will happen if an extradition procedure has been initiated to render the alleged offender to the State where the offence was committed or to the victims' state of nationality, as well as to an international tribunal, unless the extradition is not authorized. As *Sánchez Legido* points out, this is a rather bewildering way of expressing that subsidiarity does not exclude the exercise of jurisdiction when the alleged offender cannot be extradited.⁵⁶ Furthermore, it poses some questions on its scope. First, the extradition procedure shall presumably have been initiated in Spain, but the law does not specify so and merely refers to an extradition procedure. This lack of precision could mean that Spain declines jurisdiction as soon as a procedure is opened in a third state. Moreover, it is hard to understand why if, according to the law, the two states having a relevant connection with the offence are the locus commissi delicti and the alleged offender's state of nationality, an extradition to the victims' state of nationality can indeed interfere with the exercise of jurisdiction in Spain.

Limits to this declination of jurisdiction are established following the letter of art. 17 of the ICC Statute. Consequently, there will be no transfer of jurisdiction if the state exercising jurisdiction is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution. Clearly improving the previ-

ous version of the law, a thorough explanation on how to determine the unwillingness or inability of the state follows, transposing letter by letter art. 17 § 2 and § 3 of the ICC Statute. However, LO 1/2014 takes away such determination from the judge examining the case, who must refer the question to the Criminal Chamber of the Supreme Court, constituting a restriction of the examining judge's competences that has already been criticised.⁵⁷

On the other hand, the new para. 6 gives active legal standing regarding the offences in art. 23 § 4 LOPJ only to victims and the Prosecutor, excluding the *actio popularis* – provided for in art. 125 of the Spanish Constitution (CE) – to activate cases involving universal jurisdiction. Although such limitation follows what seems to be the general trend in the international practice,⁵⁸ the constitutionality of this provision is debatable. The Constitutional Court has repeatedly considered the *actio popularis* a fundamental right due to its connection with art. 24 CE on the right to effective judicial protection. It has even stated that when a member of the society defends a common interest he or she is simultaneously holding a personal interest.⁵⁹ This is particularly appropriate for core international crimes, whose prosecution and punishment concern the international community as a whole.

When it comes to constitutionality, though, the most controversial part of LO 1/2014 is its sole transitional provision, imposing the dismissal of the cases that do not fulfil the legal requirements imposed by the law by the time of its entry into force. Its potential violation of art. 24 CE, both regarding the right to equality when accessing justice and the right to due process (in connection with art. 117 § 1 CE, proclaiming the independence of the judiciary) has been immediately evidenced not only by the victims, but also by several judges of the Audiencia Nacional (i.e. the Spanish court with jurisdiction under art. 23 4 LOPJ, hereinafter AN)⁶⁰ and the General Prosecutor. The transitional provision was meant to have an immediate impact on the on-going cases. Notwithstanding, the judicial decisions already adopted in application of the law have led to outcomes different from the ones arguably sought by the government and the parliament when passing the law.

Concerning the block of offences mentioned in Section II (core crimes and serious human rights violations), few cases have actually been dismissed, the Tibet 1 case being the most recent one⁶¹ (still, the path is opened for the victims to file individual appeals for protection before the Constitutional Court). Earlier, the case against several former SS Totenkopf

⁵⁷ *Sánchez Legido*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27 (2014), 1 (4).

⁵⁸ *Sánchez Legido*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27 (2014), 1 (14 ff.); *Alija Fernández*, *Tiempo de Paz* 112 (2014), 13 (16).

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Judgment of 11.7.1983 – STC 62/1983, legal ground 2

⁶⁰ See for instance JCI No. 1, Decision of 20.5.2014 – Auto, Diligencias Previas 331/99, legal ground 2

⁶¹ AN (Sala de lo Penal-Pleno), Decision of 2.7.2014 – AAN 38/2014, decision

⁵⁵ See above Section I. See *Chinchón Álvarez*, *Derecho Penal y Criminología* 5 (2014), 161 (168 f.).

⁵⁶ *Sánchez Legido*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27 (2014), 1 (4).

for complicity in the commission of genocide and crimes against humanity against Spaniards in concentration camps Mauthausen, Sachsenhausen and Flossenbürg was declared concluded and referred to the Criminal Chamber in the AN in order for it to decide whether the requirements now imposed by art. 23 § 4 para. a) are met.⁶² In most of the causes, though, the investigating judges have retained jurisdiction (in whole or in part), under a number of arguments.

In the cases concerning offences committed in El Salvador⁶³ and in Guatemala,⁶⁴ and the kidnapping, tortures and murder of the Spanish Diplomat Carmelo Soria in Chile⁶⁵, the investigating judges have relied on the fact that some of the alleged events had been provisionally charged as terrorism and there were Spanish victims. Yet, in all three a decision on subsidiarity has still to be taken. Another argument used to retain jurisdiction is the application of the GC. In the Couso⁶⁶ and Gaza Freedom Flotilla cases, jurisdiction has been retained on the basis that the offences at stake constitute a grave breach of art. 147 IV GC that shall be prosecuted by any Contracting Party pursuant to art. 146.⁶⁷ Consequently, the residual clause in art. 23 § 4 para. p) LOPJ shall apply, instead of para. a).⁶⁸ As for subsidiarity, in the Couso case the judge affirmed that art. 23 § 5 LOPJ is in breach of art. 146 of the IV GC and therefore must not be applied.⁶⁹ Instead, in the Gaza Freedom Flotilla case the concurrence of several jurisdictions – i.e. Israel, Turkey and the ICC (where the Prosecutor is currently conducting a preliminary examination into the events) caused the judge not to dismiss the case yet and refer it to the Supreme Court so it can decide on Spain's jurisdiction. Both the investigating judge and the Spanish

prosecutor have expressed that the referral of the case to the ICC should be preferred.⁷⁰ However, doing so once an investigation is already opened before Spanish courts, following what could be a "supervened unwillingness" would alter the spirit of the principle of complementarity governing the jurisdiction of the ICC according to art. 17 of its Statute.⁷¹ Finally, a very specific reason, namely, territoriality has been used in the two cases concerning Western Sahara (one about offences committed by members of the Polisario Front, the other about offences committed by Morocco), under the argument that part of the events took place in a territory that was to be considered Spanish at the time of their commission.⁷² In other cases where no decision on jurisdiction has been taken yet (crimes committed in refugee camps in Rwanda/Democratic Republic of Congo and in Camp Ashraf – Iraq –), the investigating judge is considering to refer the cases to the Constitutional Court for a preliminary ruling on the constitutionality of the law. It should be noted too that in June 2014 the Socialist Party already filed a complaint of unconstitutionality on the grounds of non-compliance of LO 1/2014 with art. 24 CE on the right to effective judicial protection, violation of the interdiction of arbitrariness (art. 9 § 3 CE), violation of the principle of exclusivity of the judicial power (art. 117 CE), and violation of the right to exercise the action popularis (art. 125 CE).

Regarding the application of LO 1/2014 over the second set of offences, a number of decisions have been adopted dismissing several cases of illicit drug trafficking by non-Spanish vessels carrying drugs (with no Spaniards in their crew) that had been intercepted in international waters, and ordering the alleged perpetrators to be released. Under the new version of the law, jurisdiction must be established following the terms of art. 23 § 4 para. d), that requires an international treaty ratified by Spain or a normative act by an international organization of which Spain is a member provides for it. Whereas both the investigating judges and the

⁶² JCI No. 2, Decision of 14.4.2014 – Auto, Sumario 56/2009-C, decision.

⁶³ JCI No. 6, Decision of 31.3.2014 – AAN 73/2014, legal ground 3 and decision.

⁶⁴ See for instance JCI No. 1, Decision of 20.5.2014 – Auto, Diligencias Previas 331/99, legal ground 3 and decision.

⁶⁵ JCI No. 5, Decision of 23.5.2014 – AAN 106/2014, legal ground 2 and decision.

⁶⁶ José Couso was a Spanish cameraman reached by a US missile shot against the Hotel Palestina in Bagdad, one of the headquarters of the international media, in an attempt to prevent the broadcasting of information about US military operations during the occupation of Bagdad in April 2003.

⁶⁷ The second paragraph of art. 146 of the IV Geneva Convention states that "[e]ach High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts".

⁶⁸ JCI No. 1, Decision of 17.3.2014 – AAN 72/2014, legal ground 2; JCI No. 5, Decision of 17.6.2014 – Auto, Diligencias Previas 197/10, legal ground 2.

⁶⁹ This reasoning was also put forward in the dissident opinion to the appeal decision confirming the dismissal of the Guantánamo case (AN [Sala de lo Penal-Pleno], Decision of 23.3.2012 – AAN 29/2012, dissident opinion, Section 5 subsection 2).

⁷⁰ JCI No. 5, Decision of 17.6.2014 – Auto, Diligencias Previas 197/10, legal ground 3 in fine.

⁷¹ The same inversion of complementarity can be found at art. 7 of the Organic Law 18/2003 on cooperation with the ICC – see *Pigrau Solé* (fn. 6), p. 119 –, where judges and prosecutors are instructed to refrain from any act when a complaint is filed regarding events happened in other states whose alleged perpetrators are not Spanish nationals and over which the ICC could have jurisdiction – Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, Boletín Oficial del Estado No. 296, 11.12.2003, 44062 (44063). But at least the referral is intended to happen before any proceedings are initiated in Spain and Spanish courts can always be reached once the ICC Prosecutor excludes an investigation (art. 7 § 3). See also Permanent Mission of Spain to the United Nations, doc. 094 FP, 29.4.2013, para. 9 (summary in UN doc. A/68/113).

⁷² JCI No. 5, Decision of 15.4.2014 – AAN 69/2014, sole legal ground; JCI No. 5, Decision of 15.4.2014 – AAN 68/2014, legal ground 1.

Criminal Chamber of the AN, sitting in plenary session,⁷³ have deemed that no international treaty establishes compulsory jurisdiction over offences committed in the abovementioned circumstances, the Supreme Court has rejected such interpretation. In its opinion, the conventional reference justifying the jurisdiction of Spanish courts is art. 108 § 1 of the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), combined with arts. 4 and 17 § 4 of the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.⁷⁴ However, this reasoning is far from being convincing. On one hand, the UNCLOS merely mandates all states to “*cooperate in the suppression of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances engaged in by ships on the high seas contrary to international conventions*” (emphasis added by *author*), but does not impose them to exercise jurisdiction on such offence, while on the other hand, art. 17 § 4 of the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances subjects any measure undertaken by a state over a foreign vessel in ocean space to authorisation by the flag state and that has not been established here.

V. Conclusions

In the last year, there has been a clear trend in international state practice to introduce restrictions to the exercise of universal justice. However, LO 1/2014 has taken limitations to universal jurisdiction to new heights by actually removing it from the Spanish legal system. No longer can Spanish criminal courts have jurisdiction over offences committed outside the Spanish territory irrespective of the perpetrator’s or victims’ nationality or any other link with Spain. From now on, other jurisdictional bases – such as (extended) active personality, passive personality, state interests, the effects principle, or the *aut judicare aut dedere* principle – shall instead apply concerning core international crimes and any other internationally defined offences.

Such an approach to jurisdiction over offences committed abroad is worrisome inasmuch as it is a setback in the regulation of universal jurisdiction through general international law. Instead of attempting to adapt the efforts to fight impunity with State sovereignty, Spain refuses to apply universal jurisdiction, thus renouncing participation in the configuration of the content of a customary norm on the issue. What is worst is the argument behind this refusal is to comply with binding legal duties arising from international treaties. The fact that it sounds rather like an alibi evidences the need for an international convention regulating the scope of universal jurisdiction. Moreover, LO 1/2014 is far from being scrupulously consistent: not only does it include offences established by international treaties not yet binding in Spain (counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health), but also offences for which

universal jurisdiction is not conventionally provided (genocide), and even offences which are not typified by international treaties whatsoever (terrorism or offences against children’s sexual freedom and indemnity, regulated by EU law) or by international treaties aiming to define the crime (that is the case with crimes against humanity or some war crimes only included in the ICC Statute, which provides for a customary but not a general conventional definition insofar as the Statute is a treaty governing the jurisdiction of the ICC). Concerning the latter, though, the fact that customary typified offences are also included in the law indicates the state conviction that such crimes must fall under its jurisdiction when committed abroad, even if the provided jurisdictional bases virtually exclude universal jurisdiction over them.

Such exclusion has little to do with technical reasons and legal considerations when it comes to offences that are generally State-sponsored. The strict limitations introduced by LO 1/2014 greatly narrow the options for victims to seek justice in Spain, to the extent that even the existence of Spanish victims is no longer a basis to set jurisdiction on core international crimes. The resulting regulation, clearly tailored to the particular features of the Tibet 1 case – that raised strong protests from China –, confirms that diplomatic and political interests have driven the legal reform. On the contrary, the law does not always restrict itself to compulsory grounds of jurisdiction according to international law regarding offences usually committed by non-state actors. Not only can some flexibility to introduce facultative jurisdictional basis be observed: three offences (terrorism, illicit drug trafficking and trafficking in human beings) fall under Spanish jurisdiction on at least two different jurisdictional grounds (three if the offence of organized criminality is also taken into consideration). What seems to be an attempt to provide the Spanish courts with a broad jurisdiction on such offences results though in a tangled and faulty jurisdictional scheme that actually fails to guarantee such jurisdiction, as several decisions on illicit drug trafficking rendered by the AN have already shown.

Moreover, other restrictions operate, in line with the dominant trends in states practice. One is subsidiarity: in case of concurrent jurisdictions the Spanish jurisdiction will always be subsidiary to the one exercised by an international tribunal or either at the *locus delicti commissi* or by the tribunals of the offender’s State of nationality. However, the law articulates subsidiarity in a way that alters the relationship with the ICC by shifting complementarity to primacy. A further restriction affects active legal standing, which is now only granted to the Public Prosecutor and the victims, thus excluding the option of an *actio popularis* concerning these offences. The third restriction, though, goes beyond reasonableness and imposes the dismissal of any on-going case not fulfilling the requirements of the new version of the law. This way, the legal reform intends to wipe away not only any troublesome future claim based on universal jurisdiction, but also past claims that are currently being investigated at the Spanish AN. However, the rough interference in judicial independence that LO 1/2014 entails has been answered by AN investigating judges with decisions leading to results contrary to

⁷³ See AN (Sala de lo Penal-Pleno), Decision of 6.5.2014 – AAN 21/2014; Decision of 13.5.2014 – AAN 25/2014; Decision of 14.5.2014 – AAN 26/2014; Decision of 9.6.2014 – AAN 31/2014; Decision of 9.6.2014 – AAN 37/2014.

⁷⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Judgment of 24.7.2014 – STS 592/2014, legal ground 5.

those expected. Indeed, although some cases concerning core international crimes have been dismissed, jurisdiction over most of them has been retained. The Constitutional Court will have the last word on whether this legal reform is in conformity with the principle of judicial independence and the victims' right to effective judicial protection. For some of them, though, the door of the Spanish criminal courts has been once again closed, and with it their last hope for justice has vanished.

Einfache Erklärungen von Amokläufen sind gefährlich

Eine Buchbesprechung von Jonathan Fast „Ceremonial Violence – Understanding Columbine and other School Rampage Shootings“

Von Wiss. Mitarbeiter Felix Diehl, Gießen

Das im Jahr 2008 erschienene Buch „Ceremonial Violence – A Psychological Explanation of School Shootings“¹ von Jonathan Fast wurde auf dem Küchentisch der verhinderten Schul-Amokläuferin Natalie Carpenter gefunden. Carpenter identifizierte sich mit den Tätern des Columbine-Amoklaufes vom 20.4.1999. Sie fühlte sich Eric Harris und Dylan Klebold verbunden, weil sie meinte, beide seien (wie sie) Opfer des Mobbing Gleichaltriger gewesen. Fast vertritt im Rahmen seiner im Übrigen ansprechenden Theorie zu Amokläufen als akribisch vorbereitete Akte zeremonieller Gewalt die These, alle jungen Amokläufer seien vor ihrer Tat Opfer von Mobbing gewesen. Diese These wird unter Bezugnahme auf vorhandene Studien und Fallanalysen kritisch gewürdigt und in Frage gestellt. Der Fall Carpenter zeigt, dass die undifferenzierte Verklärung von jungen Amokläufern zu Mobbingopfern Projektionsfläche für Tatgeneigte bieten kann und gibt Anlass, auch für (populär)wissenschaftliche Publikationen Nachahmungseffekte zu bedenken.

„Ceremonial Violence – A Psychological Explanation of School Shootings“, a book written by Jonathan Fast, published in 2008, was found on the kitchen table of prevented School Shooter Natalie Carpenter. Carpenter identified herself with the perpetrators of the Columbine School Shooting of 20.4.1999. She felt related to Eric Harris and Dylan Klebold, because she recognized both (as herself) as victims to bullying by their peers. In the scope of his in other respects appealing theory on School Shootings as meticulously prepared acts of ceremonial violence, Fast argues all School Shooters had been bullying victims. Referring to available studies and case studies, this thesis will be questioned and discussed critically. The Carpenter Case shows that undifferentiated transfiguration of young School Shooters into bullying victims offers an object of projection to potential offenders and gives reason to consider Copycat Effects in regard to (popular)scientific publications.

I. Einleitung

Das Problem der Nachahmung vorheriger Taten bei Amokläufen junger Täter ist einer breiten Öffentlichkeit bekannt.²

¹ Hierbei handelt es sich um den vollständigen Titel der gebundenen Erstausgabe, die in Deutschland mittlerweile vergriffen ist. Der abweichende Titel der ansonsten wortgleichen Taschenbuchausgabe, die erstmals im Jahr 2009 veröffentlicht wurde, lautet „Ceremonial Violence, Understanding Columbine and other School Rampage Shootings.“ Hier wird die Taschenbuchausgabe (Fast, Ceremonial Violence, Understanding Columbine and other School Rampage Shootings, 2009, erschienen bei The Overlook Press, New York) besprochen.

² Ludwig/Widmann, Der Spiegel v. 25.11.2013, S. 47. Der Bericht basiert auf einem Gespräch mit Prof. Dr. Britta

In zahlreichen wissenschaftlichen Publikationen wird auf die Problematik eines sog. Nachahmungseffekts bei Amoktaten junger Täter hingewiesen.³ Eine besondere Rolle hierbei spielt die – oft schon parallel zur Tat stattfindende – Presseberichterstattung und die damit einhergehende breite öffentliche Aufmerksamkeit. Der von der baden-württembergischen Landesregierung nach dem Amoklauf von Winnenden/Wendlingen am 11.3.2009 eingesetzte Expertenkreis Amok hat auf die Kausalität zwischen Medienberichten und Nachahmungstaten hingewiesen. Eine auf den Täter fokussierte Darstellung rege tatgeneigte Jugendliche, ob ihres Strebens nach Berühmtheit durch die Tat, zusätzlich an. Deshalb mahnte der Expertenkreis eine „werteorientierte Berichterstattung“ sowie die Erarbeitung allgemeiner Empfehlungen zur Berichterstattung über Amokläufe an.⁴ Der deutsche Presserat hat sich daher Leitlinien zur verantwortlichen Berichterstattung über Amoktaten gegeben.⁵ Zu den Empfehlungen des Presserates zur Vermeidung von Nachahmungstaten gehört etwa, dass eine „sensationelle“ Berichterstattung zur Tat vermieden werden soll, in welcher der Täter als (Anti-)Held stilisiert und damit (im negativen Sinn) glorifiziert wird. Auch eine Darstellung, welche das Nachempfinden der Tat aus Sicht des

Bannenberg. Insbesondere der Amoklauf von Eric Harris und Dylan Klebold an der Columbine High School in Littleton im US-Bundesstaat Colorado am 20.4.1999 hat vielfach zu Nachahmungen geführt. Auch Adam Lanza, der am 14.12.2012 in Newtown im US-Bundesstaat Connecticut, zuerst seine Mutter und dann an der Sandy Hook Elementary School 20 Grundschulkindern und sechs Schulangestellte erschoss, bevor er sich selbst das Leben nahm, hatte sich intensiv mit „Columbine“ befasst, vgl. Bonanno/Levenson, SAGE Open January-March 2014, 1 (9 f.).

³ Robertz/Wickenhäuser, Der Riss in der Tafel – Amoklauf und schwere Gewalt in der Schule, 2. Aufl. 2010, S. 91 ff.; Schmidtko u.a., Suizidprophylaxe 2002, 97; Newman/Fox, American Behavioral Scientist 2009, 1286 (1294, 1297); Larkin, American Behavioral Scientist 2009, 1309 (1312, 1314, 1316, 1321 f.). In einer Studie von Amokdrohungen an hessischen Schulen nach dem Amoklauf von Winnenden am 11.3.2009 wurde eine drastische Zunahme von Drohungen festgestellt, Bannenberg, ZIS 2011, 300.

⁴ Expertenkreis Amok, in: Landesregierung Baden-Württemberg (Hrsg.), Gemeinsam handeln, Risiken erkennen und minimieren, Prävention, Intervention, Opferhilfe, Medien, Konsequenzen aus dem Amoklauf in Winnenden und Wendlingen am 11. März 2009, 2009, S. 59 ff. (im Internet unter http://www.stiftung-gegen-gewalt-an-schulen.de/tl_files/doc/BERICHTExpertenkreisAmok.pdf [19.10.2014] abrufbar).

⁵ Deutscher Presserat (Hrsg., Redaktion Kremer/Weyand), Praxis-Leitfaden, Berichterstattung über Amokläufe – Empfehlungen für Redaktionen, 2010.

Täters – etwa durch 3D-Animationen, die Computerspielen ähneln – ermöglichen, sollte vermieden werden.⁶

Aber auch für wissenschaftliche Publikationen, gerade jene, die sich an eine breite Öffentlichkeit jenseits des Fachpublikums richten, ist es relevant, die Verstärkung etwaiger Nachahmungseffekte und die Befassung Tatgeneigter mit Literatur zum Themenfeld Amok zu bedenken. Das veranschaulicht der aktuelle Fall einer verhinderten Amoktat.

II. Das Buch auf dem Küchentisch

Die 18-jährige Natalie Carpenter plante gemeinsam mit ihrem 19-jährigen Freund Peter Thulin eine Amoktat an einer Schule in Danbury im US-Bundesstaat Connecticut. Beide wohnten in einer stationären therapeutischen Wohneinrichtung, dem „Hope House“ in Torrington.⁷ Carpenter wurde nach vorherigen Andeutungen zur Begehung einer Amoktat gegenüber Mitpatienten am 3.3.2014 festgenommen.⁸ Am 27.2.2014 hatten Thulin und Carpenter anderen Patienten nach dem Ansehen eines Youtube-Videos zum Columbine-Amoklauf angekündigt, selbst eine Amoktat begehen zu wollen. Carpenter hatte schon ein „Survival-Messer“ erworben und am 2.3.2014 einen Antrag für den Erwerb einer Schusswaffe bei dem örtlichen Wal-Mart gestellt.⁹

Bei Carpenter wurden zudem handschriftliche Tagebuchaufzeichnungen mit Suizidgedanken und Berichten über Kränkungerfahrungen sowie ein Notizbuch mit Plänen zu einem Schulamoklauf an der Danbury High School sicherge-

stellt.¹⁰ Sie hatte geplant, gemeinsam mit Thulin zu Schulbeginn Lehrkräfte und Schüler/innen mit vorgehaltener Waffe als Geisel zu nehmen und anschließend zu erschießen. Danach wollten sie sich selbst erschießen. Natalie Carpenter identifizierte sich mit Eric Harris und Dylan Klebold und wollte in die Fußstapfen ihrer „Helden“ treten. In ihrem Tagebuch notierte Carpenter:¹¹

„I can't even think straight anymore, not that I'm used to that but It's so much worse this time because I can't even stop thinking about Columbine and Eric and Dylan. I mean like their my heroes but how were they able to get the guns at such a young age?

I don't know how but I miss Eric and Dylan. I never knew them but I miss them. I went through everything they went through and I wanna follow in their footsteps.

If they were still alive today and didn't kill themselves, I would go find them and hug them and tell them how much I love them.

That's what nobody did and that's how they ended up this way and why they shoot up their school and yet people are still so rude and nasty and there's still bullying going on and it's getting worse. [...]

Auf dem Küchentisch von Carpenter wurde das Buch „Ceremonial Violence – A Psychological Explanation of School Shootings“ von *Jonathan Fast*¹² gefunden.

III. Jonathan Fast's Theorie der zeremoniellen Gewalt

In seinem 2008 erschienenen Buch untersucht *Fast* insgesamt 13 Fälle 15 junger Amokläufer zwischen 1974 und 1999 in den Vereinigten Staaten von Amerika, darunter zwei Fälle mit zwei Tätern („Columbine, 1999“ und „Jonesboro, 1998“) und einen Fall einer Täterin („Brenda Ann Spencer, 1979“). *Fast* schildert alle Fälle einleitend überblicksartig und widmet sich fünf ausgewählten Fällen ausführlich. Methodisch bedient sich *Fast* der qualitativen Analyse mehrerer Fälle.¹³ Seine Fallauswahl grenzt er durch drei Kriterien ein: Täter oder Opfer müssen sich während der Tat auf dem Schulgelände befunden haben, als Täter kommen nur Kinder, Jugendliche und Heranwachsende in Frage und (neben dem Täter) muss es mindestens zwei Todesopfer gegeben haben.¹⁴ Schon durch die Verwendung des Terminus „School Rampage Shooter“ beschränkt sich *Fast* auf junge Täter, die bei der Tat eine Schusswaffe verwendet haben.

¹⁰ Aus Carpenters Selbstzeugnissen wird auf S. 8 f. des Haftbefehlsantrags unter Nr. 24 zitiert.

¹¹ Auszüge aus dem Tagebuch von Carpenter wurden im Haftbefehlsantrag auf S. 8 wiedergegeben. Orthographische und grammatikalische Fehler wurden übernommen.

¹² *Jonathan Fast*, PH. D. ist Professor für Soziale Arbeit in Yeshiva. Veröffentlicht hat er seit den 1980er Jahren vor allem fiktive Erzählungen, maßgeblich Science-Fiction-Romane. Er lebt in Connecticut.

¹³ *Fast* beruft sich methodisch ohne ausführliche Ausführungen in der Sache auf die „Grounded Theory“.

¹⁴ *Fast* (Fn. 1), S. 14 f.

⁶ Deutscher Presserat (Fn. 5), S. 21.

⁷ Carpenter war nach den im Haftbefehl zitierten Angaben ihrer Mutter wegen selbst zugefügter Schnittverletzungen, einer Persönlichkeitsstörung, einer Aufmerksamkeits-Defizit-Hyperaktivitäts-Störung (ADHS), ihrer Depressivität und zurückliegender Suizidversuche im „Hope House“, einer stationären Einrichtung mit ständiger Betreuung, untergebracht. Ausweislich der Begründung des Haftbefehls gab sie an, in der Schule gemobbt worden zu sein. Späteren Medienberichten zufolge hatte Carpenter schon am 16.9.2013 telefonisch an der Columbine High School mit einem Amoklauf gedroht, vgl. etwa

<http://www.middletonpress.com/general-news/20140412/police-documents-carpenter-threatened-columbine-months-before-making-connecticut-school-threats> (19.10.2014).

⁸ Der begründete Antrag der ermittelnden Polizeibeamten auf Erlass eines Haftbefehls für Natalie Carpenter vom 4.3.2014 wurde veröffentlicht und ist online abzurufen unter <http://www.registercitizen.com/general-news/20140401/cops-natalie-carpenter-was-obsessed-with-columbine-warrant-details-plans-for-connecticut-school-shootings> (19.10.2014).

Nach den Andeutungen von Carpenter und Thulin hatten sich zwei andere Patienten den Betreuern des „Hope House“ anvertraut, die dann die Polizei einschalteten. Thulin wurde wie Carpenter vor Gericht gestellt. Der entsprechende Haftbefehl wurde nicht veröffentlicht.

⁹ Dort wurde Carpenter mitgeteilt, die „Wartefrist“ zum Erwerb der Schusswaffe betrage zwei Wochen ab Antragstellung.

Aus der vergleichenden Analyse der Fälle folgert *Fast* seine Theorie der zeremoniellen Gewalt¹⁵: Demnach seien die jungen Täter aufgrund bestimmter, verschiedener Eigenheiten (z. B. Deformationen, Hirnschäden, Homosexualität) Opfer des Mobbings Gleichaltriger gewesen. Die Pubertät habe die krisenhafte Entwicklung verschärft. Die Identitätsfindung und soziale Integration sei nicht gelungen. Mädchen hätten die späteren Täter zurückgewiesen, weil diese empathielos und verhaltensauffällig gewesen seien. Ihre Wut über die Ablehnung hätten die Täter schwerlich verbergen können.

Fast konzentriert sich insbesondere auf die Erklärung, weshalb die jungen Täter in dieser für sie verzweifelten Lage keinen Suizid begingen: Erstens seien sie Narzissten, die sich nach Aufmerksamkeit sehnten und denen es an Mitgefühl mangelte und zweitens fände ein Teil der Täter einen Seelenverwandten, der sich ihnen anschleibe und ihre Tatneigung zusätzlich fördere, quasi als Trainer agiere. Von der Idee beiseelt, statt des eigentlich privaten Suizids eine öffentliche Gewalt-Zeremonie durchzuführen, planten die Täter ihre Tat akribisch, was sie oft in Selbstzeugnissen dokumentierten. Bei der Ausführung nahmen sie dann aus ihrer Sicht die Rolle Gottes ein und führten eine tatsächlich und symbolisch verbotene Handlung aus, bevor sie planmäßig aus der Gemeinschaft ausschieden. Die Tat sei insofern eine *primitive Zeremonie*.

IV. Mobbing als Ursache von Amokläufen?

Die wissenschaftliche Diskussion über die Ursachen von Amokläufen ist im Fluss und im Hinblick auf viele Faktoren umstritten. Einigkeit besteht darüber, dass monokausale Erklärungen nicht ausreichen, um das Phänomen zu erklären.

Die Schlussfolgerungen von *Fast* zum Mechanismus für Amoktaten sind im Hinblick auf den Forschungsstand in vielerlei Hinsicht überzeugend: Psychopathologische Auffälligkeiten, etwa ein pathologisches Defizit an Einfühlungsvermögen und narzisstische Züge stellen auch aktuelle empirische Studien bei jungen Amokläufern fest.¹⁶ Junge Amokläufer leiden an einer verzerrten Selbst- und Fremdwahrnehmung, die auch die in vielen Fällen dokumentierte Erfolglosigkeit der fast ausschließlich männlichen Täter bei Mädchen bedingt. Die von *Fast* als zeremoniell beschriebene besondere Inszenierung der Tat als ‚grandioser Abgang‘ ist typisch für Amokläufe junger Täter und wird durch die empirische Untersuchung deutscher Fälle bestätigt.¹⁷

Fragwürdig ist jedoch die verallgemeinerte Annahme, *alle*¹⁸ späteren Amokläufer seien vor ihren Taten Opfer tatsächlichen Mobbings geworden. Unter Mobbing ist die willentliche und andauernde Schädigung unterlegener Schüler/innen durch physische oder psychische Gewalt zu verstehen, die

¹⁵ *Fast* ([Fn. 1], S. 17-19) stellt sein theoretisches Konstrukt vorab dar.

¹⁶ *Bannenber*, in: Remschmidt (Hrsg.), *Tötungs- und Gewaltdelikte junger Menschen*, 2012, S. 77 (95).

¹⁷ *Bannenber*, *Nervenheilkunde* 2010, 423 (427).

¹⁸ *Fast* ([Fn. 1] S. 239) formuliert ausdrücklich: „We have seen how all of the SR shooters have been victims of bullying.“

dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Täter eine strukturelle Machtposition ausnutzt, die von der Klassengemeinschaft aktiv oder passiv unterstützt wird.¹⁹

Die von *Fast* prominent vertretene „Mobbing-Hypothese“ zur Erklärung von Amokläufen soll nachfolgend untersucht werden.

1. Der Fall Columbine

Ausführlich behandelt *Fast* den Amoklauf an der Columbine High School.²⁰ Der 18-jährige Eric Harris und der 17-jährige Dylan Klebold eröffneten am 20.4.1999 um 11.19 Uhr wahllos das Feuer an der Columbine High School bei Littleton im US-Bundesstaat Colorado. Nachdem sie zwölf Schüler/innen und einen Lehrer erschossen und über 20 weitere verletzt hatten, töteten sich die Täter um 12.08 Uhr selbst. Sie wählten dazu die Schulbibliothek, wo sie 30 Minuten zuvor die meisten ihrer Opfer ‚hingerichtet‘ hatten. Ursprünglich hatten Harris und Klebold geplant, die Schule durch zwei zuvor in der Schulcafeteria deponierte Propangasbomben zu sprengen und auf flüchtende Schüler/innen außerhalb der Schule zu schießen. Erst als dieser Plan scheiterte, weil die Zünder der Bomben nicht funktionierten, entschieden sie sich, die Schule zu betreten.

Eine vom damaligen Gouverneur des Staates Colorado Bill Owens nach der Tat eingesetzte Kommission unter Vorsitz von William H. Erickson gab die widersprüchlichen Angaben von Lehrern, (ehemaligen) Schüler/innen und der Schulleitung zum Ausmaß des Mobbings an der Columbine High School in einem 2001 veröffentlichten Kommissionsbericht wider. Die Kommission sah sich nicht in der Lage, aus den Zeugenaussagen eine direkte Verbindung zur späteren Tat herzuleiten.²¹ Nach Angaben der Kommission war die Problematik mit Mobbing an der Columbine High School vergleichbar mit dem Ausmaß an anderen Schulen des Staates.²²

a) Harris und Klebold als Opfer „sadistischen Mobbings“?

In Anlehnung an einzelne Zeugenaussagen beschreibt *Fast* die Columbine High School als Ort, an dem „sadistisches Mobbing“ alltäglich war.²³ An der Schule habe die Situation gerade für Dylan Klebold eine Intensität ähnlich der Schilderung des Romans „Herr der Fliegen“ angenommen.²⁴ Auch

¹⁹ Mobbing wird hier synonym mit dem im englischsprachigen Raum verwendeten Terminus „Bullying“ gebraucht. Zur Definition des Begriffs: *Olweus*, *Kriminalistik* 2010, 351 f.

²⁰ *Fast* (Fn. 1), S. 172-235.

²¹ The Report of Governors Bill Owens' Columbine Review Commission. Hon. William H. Erickson, chairman, State of Colorado 2001, S. 98 ff. (Online: http://www.doj.state.or.us/hot_topics/pdf/report_of_columbine_review_commission.pdf [8.12.2014]).

²² The Report of Governors Bill Owens' Columbine Review Commission (Fn. 21), S. 99 Fn. 212.

²³ *Fast* (Fn. 1), S. 183 ff.

²⁴ *Fast* (Fn. 1), S. 177. Im Roman „Herr der Fliegen“ beschreibt William Golding eine Gruppe junger Schüler, die

Eric Harris sei, insbesondere wegen einer körperlichen Missbildung und der häufigen Umzüge mit den Eltern, Opfer wiederholter und heftiger Mobbingattacken gewesen.²⁵ Bei seiner Untersuchung des Falls Columbine hat auch *Larkin* die Kultur der Columbine High School und die Mobbingverfahren der Täter als eine zentrale Ursache von deren Tat in den Vordergrund gestellt.²⁶ *Larkin* stützt sich dabei neben Medienberichten auf Aussagen von ihm befragter ehemaliger Schüler/innen und auf ein von Dylan Klebold gedrehtes Video, bei dem Eric Harris im Vorbeigehen an einer Gruppe anderer Schüler gestoßen wird.²⁷

Ob Klebold und Harris regelmäßiger und struktureller physischer oder psychischer Gewaltausübung Gleichaltriger ausgesetzt waren, ist zweifelhaft. Dagegen, sich in dieser Hinsicht auf die Selbstzeugnisse der Täter zu stützen, sprechen die Anzeichen extremer Kränkbarkeit beider Täter, die schon wegen Nichtigkeiten überreagierten. Harris echauffierte sich insbesondere über die Zurückweisung gleichaltriger Mädchen. Berichtet wird zum Beispiel, dass er einen Wutanfall hatte, nur weil ein Mädchen die Verabredung zu einem Telefonat mit ihm nicht eingehalten hatte.²⁸ Als 15-Jähriger hatte Harris seinen eigenen Tod inszeniert, um eine Mitschülerin mit dem Fund seiner „Leiche“ zu erschrecken, nachdem diese sich nicht mehr mit ihm treffen wollte.²⁹ Zu Klebold werden schon aus dessen Kindheit Überreaktionen gegenüber Gleichaltrigen berichtet: Im Rahmen eines Ausflugs war Dylan in einen Teich gestürzt und deshalb von seinen Spießgefährten aufgezo-gen worden. Seine Reaktion, ein anhaltender Wutanfall, hatte die übrigen Teilnehmer des Ausflugs nachhaltig verstört.³⁰

Eine abweichende Sichtweise auf die Täter und deren angebliche Opferrolle in der Schulgemeinschaft eröffnet sich, wenn man in den Blick nimmt, dass Harris und Klebold selbst andere Schüler drangsalierten: Gemeinsam mit einem weiteren Mitschüler unternahmen beide ab Januar 1997 nächtliche „Missionen“, bei denen sie Vandalismus zum Nachteil unliebsamer Mitschüler bzw. deren Elternhäuser begingen.³¹ Am 2.10.1997 wurden Eric und Dylan dabei er-

tappt, wie sie in Schließfächer von Mitschülern – anhand der vorher im Schulcomputer erschlichenen Zahlenkombinationen – einbrachen und deshalb für einige Tage von der Schule suspendiert.³² Die Eltern des Mitschülers Brooks Brown und dieser selbst hatten mehrmals ab Februar 1997 wegen des bedrohlichen Verhaltens von Eric und dessen ausdrücklichen Morddrohungen auf seiner Homepage die Polizei eingeschaltet.³³ Im Januar 1998 wurde Dylan sanktioniert, weil er das Schließfach eines jüngeren Schülers mit einer homophoben Beleidigung verunstaltete.³⁴ Zu diesem aggressiven Verhalten von Harris und Klebold passt die Wahrnehmung eines Mitschülers, dass sich beide aus freien Stücken als Außenseiter gerierten und nicht in diese Rolle gedrängt wurden.³⁵

Im Ganzen sind die berichteten Angaben aus der Schulgemeinschaft bestenfalls widersprüchlich. Weder der Videomitschnitt eines Stoßes im Schulflur noch die ausgewählten Angaben von Mitschüler/innen bieten eine ausreichende Grundlage für die Annahme, dass die späteren Täter über einen langen Zeitraum intensivem Mobbing ausgesetzt waren.³⁶

b) Zur Erklärungskraft der „Mobbing-These“ für die Tat

Selbst wenn Harris und Klebold Opfer des Mobbing ihrer Mitschüler/innen gewesen wären, spricht wenig dafür, dass es sich hierbei um ein wesentliches Tatmotiv handelt.

Die Selbstzeugnisse der Täter dokumentieren nicht die Verarbeitung leidvoller Mobbingverfahren, sondern die Befassung mit generalisierten Gewalt- und Tötungsphantasien, historischen Massenmördern sowie eine allgemeine Menschenfeindlichkeit.³⁷ In Selbstzeugnissen formulierte

Office beigefügt ist, vgl. Jefferson County Sheriff's Office, Columbine Documents, JC-001-010421 ff. Die „Columbine Documents“ wurden vom Jefferson County Sheriff's Office auf richterliche Anordnung hin veröffentlicht und sind online schnell aufzufinden. Die Zitierung erfolgt hier anhand der Nummerierung des Aktenbestandes (JC-001-Aktenseite).

³² Cullen (Fn. 28), S. 196.

³³ Der angefertigte Antrag zur Ausfertigung seines Durchsuchungsbefehls vom 31.3.1998 wurde nie einem Richter vorgelegt. Die Existenz des Antrags wurde vom Jefferson County Sheriff's Office erst vier Jahre nach der Tat im Juni 2003 eingestanden.

³⁴ Cullen (Fn. 28), S. 200.

³⁵ Cullen (Fn. 28), S. 127.

³⁶ So schon: *Langman*, Amok im Kopf, Warum Schüler töten, 2009, S. 68, 102 f. *Langman* verweist darauf, dass im gesamten Aktenbestand nur ein einzelner Bericht über eine körperliche Belästigung gegenüber Eric Harris dokumentiert ist, wonach er gegen einen Wandschrank geschubst wurde. Gleiches gelte für Klebold, der in seinen Selbstzeugnissen nicht über Spott oder Mobbing klagte, sondern seinen Neid zum Ausdruck bringe.

³⁷ Besonders eindrücklich ist die komprimierte Darstellung von *Joachim Gaertner* in seinem dokumentarischen Roman „Ich bin voller Hass – und das liebe ich“, 2009. *Gaertner* übersetzt die veröffentlichten Selbstzeugnisse der Täter auszugsweise und ordnet diese thematisch. Er griff dazu auf die letzte, im Juli 2006 veröffentlichte Sammlung der „Columbine

sich nach einem Flugzeugabsturz auf einer einsamen Insel wiederfindet. Die Schüler verhalten sich schnell im Hobbes'schen Sinne wie Wölfe zueinander und entledigen sich zivilisierter Umgangsformen.

²⁵ *Fast* (Fn. 1), S. 181 f. An der angeborenen eingefallenen Brust (pectus excavatum) wurde Harris tatsächlich lange vor der Tat, im Alter von 13 Jahren, operiert.

²⁶ *Larkin*, *Comprehending Columbine*, 2007, passim.

²⁷ *Larkin* (Fn. 26), S. 85 ff.

²⁸ *Cullen*, *Columbine*, 2009, S. 18. *Cullen* hat als Journalist unmittelbar nach der Tat berichtet und in den nachfolgenden zehn Jahren zum Fall recherchiert, um in seinem Buch dann zahlreiche medial kreierte und transportierte „Mythen“ zur Tat zu widerlegen.

²⁹ *Fast* (Fn. 1), S. 183.

³⁰ *Cullen* (Fn. 28), S. 127.

³¹ Die „Missionen“ protokollierte Eric Harris auf seiner öffentlich zugänglichen Internetseite, die als Ausdruck dem veröffentlichten Aktenbestand des Jefferson County Sheriff's

Eric Harris sein Ansinnen, einen terroristischen Anschlag zu begehen, den er nur aus praktischen Gründen auf die Schulgemeinschaft begrenzte. In seinen weitergehenden Auslöschungsvorstellungen phantasiert er davon, die ganze Menschheit zu vernichten, malt sich etwa aus, mit einem Flugzeug die Stadt New York anzugreifen.³⁸ Insofern war auch der symbolische Tatort Schule nur ein Kompromiss. Seine weitergehenden Ideen zu einem umfassenderen Anschlag formulierte Harris ausdrücklich:

„heh, imagine THAT ya fuckers, picture half of denver on fire just from me and Vodka. Napalm on sides of skyscrapers and car-garages blowing up from exploded gas tanks [...]“³⁹

Ein wiederkehrendes Motiv war für Harris die Vernichtung „unwerten Lebens“. Er selbst wollte die „natürliche Selektion“, worunter er die Tötung „minderwertiger“ Menschen verstand, an Gottes Stelle ausführen. Drastisch sind die immer wieder ausdrücklich formulierten Gewaltphantasien von Eric Harris:

„I want to grab some weak little freshman and just tear them apart like a fucking wolf. Show them who is god. Strangle them, squish their head, bite their temples into the skull, rip off their jaw. rip off their colar bones. break their arms in half and twist them around, the lovely sounds of bones cracking and flesh ripping, ahh [...] so much to do and so little chances.“⁴⁰

Angelehnt an den Nationalsozialismus, für den er eine generelle Affinität hegte, beschrieb Harris als sein Ziel die Ausrottung der ganzen Menschheit:

„[...] the Nazis came up with a ‚final solution‘ to the Jewish problem [...] kill them all, well incase you havent figured it out yet, ‚d say, ‚KILL MANKIND‘, no one should survive.“⁴¹

Harris beabsichtigte, durch eine Tat monströsen Ausmaßes der ganzen Welt seine angebliche Überlegenheit zu demonstrieren. Klebold schloss sich an und notierte im Hinblick auf den Tattag („NBK“) in Harris' Jahrbuch:

Documents“ zurück. Diese 946 Seiten umfassende und damit vergleichsweise kleine Veröffentlichung enthält im Wesentlichen die Selbstzeugnisse der Täter.

³⁸ Jefferson County Sheriff's Office (Fn. 31), JC-001-026344.

³⁹ Tagebucheintrag von Eric Harris v. 23.10.1998 = Jefferson County Sheriff's Office (Fn. 31), JC-001-026013. Mit dem Spitznamen „Vodka“ bezeichnet Harris mit Bezug auf dessen Lieblingsgetränk hier Dylan Klebold.

⁴⁰ Tagebucheintrag von Eric Harris vom 17.11.1998 = Jefferson County Sheriff's Office (Fn. 31), JC-001-026016.

⁴¹ Tagebucheintrag von Eric Harris v. 12.6.1998 = Jefferson County Sheriff's Office (Fn. 31), JC-001-026010 (Hervorhebungen im Original).

„We, the gods, will have so much fun w NBK!“⁴²

Schließlich spricht die Tatbegehung, namentlich die wahllose Opferwahl dagegen, dass Harris und Klebold sich für erfahrenes Unrecht rächen wollten: Bei der Tat erschossen die Täter Mitschülerinnen und Mitschüler ohne Rücksicht auf deren Status in der Schulhierarchie. Während sie auch Mädchen und ihnen unbekannte Schüler/innen erschossen, haben sie einen sportlichen Schüler bewusst verschont.⁴³ Für diesen Befund spricht auch der eigentliche Tatplan: Mit zwei in der Schulcafeteria platzierten Bomben wollten Harris und Klebold die Schule sprengen und nahmen die willkürliche Tötung aller (!) Schüler/innen und Lehrer in Kauf, die sich dort aufhielten.⁴⁴ Eine gezielte Opferauswahl – von Mobbing-Tätern – war nicht vorgesehen.

2. Waren alle Amokläufer (Mobbing-)Opfer?

Mobbing kann den Amoklauf an der Columbine High School nicht erklären. Auch die verallgemeinernde Annahme, Mobbing sei ein wesentlicher Faktor für alle weiteren von *Fast* besprochenen Fälle ist kaum haltbar. Die zum Nachweis dieser These in den einzelnen Fallvignetten vorgetragenen „Belege“ sind bestenfalls leichte Indizien und vielfach einer Nachprüfung überhaupt nicht zugänglich. Dies wird an vier Beispielen deutlich:

Beispiel 1: Anthony Barbaro drang am 30.12.1974 in seine zu dieser Zeit geschlossene Schule ein. Nach der Tötung des Hausmeisters schoss er aus dem dritten Stockwerk auf Passanten und Feuerwehrleute und tötete dabei zwei weitere Menschen.

Schon die einleitende Darstellung des Falles von Anthony Barbaro beruht im Hinblick auf angebliche Mobbing Erfahrungen des Täters im Wesentlichen auf zwei anonymen Einträgen in einem Online-Chatroom aus den Jahren 2007 und 2008. Demnach soll Barbaro, der in einer ländlichen und homophoben Umgebung aufgewachsen sei, homosexuell gewesen und deshalb von Gleichaltrigen gemobbt worden sein, zudem sei seine Mutter Trinkerin gewesen. *Fast* begnügt sich im Hinblick auf die Übernahme der (teilweise widersprüchlichen) Einträge aus den Chatrooms mit einem kurzen Verweis auf der deren Plausibilität und angebliche Übereinstimmung mit übrigen Fällen.⁴⁵ Damit unterliegt er einem Zirkelschluss: Einerseits beruft sich *Fast* für seine allgemeine Schlussfolgerung auf die einzelnen Fallstudien. Schon die Feststellungen zu seiner ersten Fallstudie stützt er aber umgekehrt auf die

⁴² Jefferson County Sheriff's Office (Fn. 31), JC-001-026237. Angelehnt an den Film *Natural Born Killers* von Oliver Stone bezeichneten Harris und Klebold ihr Tatvorhaben mit dem Akronym „NBK“.

⁴³ *Langman* (Fn. 36), S. 68 f.; Ohne daraus anderweitige Schlussfolgerungen zu ziehen, weist *Fast* ([Fn. 1], S. 182 f.) darauf auch selbst hin.

⁴⁴ The Report of Governors Bill Owens' Columbine Review Commission (Fn. 21), S. I f.; *Cullen* (Fn. 28), S. 32 ff., 124 f.

⁴⁵ *Fast* (Fn. 1), S. 22 ff.

allgemeine Schlussfolgerung, die er ja gerade zu belegen versucht.

Beispiel 2: Der zur Tatzeit 20-jährige Eric Houston drang am 1.5.1992 in seine ehemalige Schule in Lindhurst, Kalifornien ein, erschoss einen Lehrer und drei Schüler, verletzte weitere und nahm 85 Schüler über mehrere Stunden als Geisel. Der getötete Lehrer hatte Houston durch eine Abschlussprüfung fallen lassen.

Über die Unterstellung hinaus, dass spätere Täter Opfer des Mobbings Gleichaltriger waren, bezichtigt *Fast* Lehrkräfte kriminellen Fehlverhaltens, das ursächlicher Faktor späterer Amokläufe gewesen sei. So soll Houston zur Tat durch den sexuellen Missbrauch des von ihm bei der Tat erschossenen Lehrers motiviert worden sein.⁴⁶ Über die Aussage des Täters hinaus, die dieser im Prozess gegen sich vorbrachte, liefert *Fast* für diese gravierende Anschuldigung keine weiteren Hinweise.

Beispiel 3: Scott Pennington erschoss am 18.1.1993 eine Lehrerin und einen Hausmeister und bedrohte anschließend Schüler/innen mit der Tatwaffe.

Die Annahme, Pennington sei gemobbt, verprügelt und von der getöteten Lehrerin – die nach *Fast* generell unter dem Ruf gestanden haben soll, ihren Schülern nachzustellen – belästigt worden⁴⁷, ist nicht belegt.

Beispiel 4: Der zur Tatzeit 15-jährige Kipland Philipp Kinkel erschoss am Nachmittag und Abend des 20.5.1998 seine Eltern zuhause. Am darauffolgenden Tag, beging er einen Amoklauf an seiner Schule, bei dem er zwei Schüler tötete und 25 weitere Opfer verletzte.⁴⁸

Bei der Schilderung der Tat von Kinkel beschreibt *Fast* Mobbingerfahrungen des Täters im Alter von vier Jahren und spätere, „anhaltende“ Mobbingerfahrungen in der Schule. Im Vergleich dazu betont *Langman*, gerade dieser Täter sei „offensichtlich“ kein Mobbingopfer gewesen und belegt dies mit eigenen Angaben des Täters, der in seinen Selbstzeugnissen vermerkte, zwar das Gefühl zu haben, alle würden sich gegen ihn wenden, aber zugleich feststellte, dass sich nie jemand über ihn lustig gemacht habe.⁴⁹

Fast konzentriert sich bei der Besprechung der Fälle stark auf die Interaktion der Täter mit ihrem Umfeld und untereinander. Auf – von anderen Autoren erwähnte – psychopathologische Auffälligkeiten der Täter geht er nur am Rande oder gar nicht ein.⁵⁰ Die angeblichen Mobbingerfahrungen der

späteren Amoktäter wirken oft konstruiert und werden von *Fast* vielfach ohne genaueren Nachweis sehr allgemein vorgetragen. In einigen Fällen stützt sich *Fast* ausschließlich und unkritisch auf Angaben der Täter, selbst wenn diese in Prozessen vorgetragen wurden.⁵¹

Die Verallgemeinerung, dass alle jungen Amokläufer vor ihrer Tat Mobbingopfer waren, wird schon durch die in den Fallbeschreibungen vermittelten Informationen nicht gedeckt.

V. Wissenschaftliche Befunde zur Relevanz von Mobbingerfahrungen für Amoktaten

Internationale und deutsche Forschungsergebnisse zur Relevanz von Mobbingerfahrungen späterer Amoktäter stützen nicht die von *Fast* unterstellte Relevanz. Aus der Forschungsliteratur ist außer *Fast* kein Autor bekannt, der so weit ginge, Mobbing zum relevanten Faktor für *alle* Amokläufe an Schulen zu erklären.

Schon nordamerikanische Studien kurz nach der Jahrtausendwende unterscheiden zwischen realen Mobbingerfahrungen und der subjektiven Wahrnehmung der Täter. Diese Studien im Nachgang zur Tat an der Columbine High School zeigten, dass ein Großteil junger Amoktäter sich gemobbt *fühlte*. So stellte die „Safe School Initiative“, eine Forschungsgruppe die im Auftrag des U.S.-Bildungsministeriums und des Secret Service 37 Amokfälle junger Täter von 1974 bis 2000 untersuchte, fest, dass sich fast dreiviertel (71 %) junger Amokläufer vor ihrer Tat von anderen gemobbt, bedroht, angegriffen oder verletzt fühlten.⁵² Zweifel daran, dass das subjektive Empfinden der Täter mit der Realität übereinstimmt, wurden schon damals geäußert: So folgerten *Sullivan/Guerette* aus einer Fallstudie zum Amoklauf eines 15-Jährigen an seiner High School im US-Bundesstaat Georgia im Mai 1999, dass Mobbing – ungeachtet der auch zu diesem Fall verbreiteten medialen Unterstellung – dort und folgerichtig nicht in allen Amokfällen relevant sei.⁵³

(11j.) und Mitchell Johnson (13j.), die am 24.3.1998 in Jonesboro/Arkansas vier Mitschüler/innen und eine Lehrerin erschossen, hervor; *Newman u.a.* (Rampage, The Social Roots of School Shootings, 2004, S. 64, 96 ff.) weisen darauf hin, dass sich die subjektiven Kränkungerfahrungen der beiden Jungen von den Berichten ihrer Mitschüler/innen unterschieden.

⁵¹ Dazu passend unterstellt *Fast* (in: Böckler u.a. [Hrsg.], School Shootings, International Research, Case Studies, and Concept for Prevention, 2013, S. 245) in einem aktuelleren Beitrag zum Amoklauf der Brenda Ann Spencer im Jahr 1979, dass Täter/innen „immer“ ein nachvollziehbares Motiv für Gewalthandlungen hätten.

⁵² *Vossekuil u.a.*, The Final Report and Findings of the Safe School Initiative: Implications for the Prevention of School Attacks in the United States, U.S. Secret Service and U.S. Department of Education, 2002, S. 21

⁵³ *Sullivan/Guerette*, in: National Research Council and Institute of Medicine/Moore u.a. (Hrsg.), Deadly Lessons, Understanding Lethal School Violence, 2003, S. 25 (49, 56, 67). Nach zahlreichen Befragungen und dem Studium der verfügbaren Akten folgerten *Sullivan* und *Guerette*, dass für die Tat

⁴⁶ *Fast* (Fn. 1), S. 26 f.

⁴⁷ *Fast* (Fn. 1), S. 28 ff.

⁴⁸ *Fast* (Fn. 1) bespricht den Fall auf S. 51-63.

⁴⁹ *Langman* (Fn. 36), S. 153.

⁵⁰ Beispielhaft dafür ist der auch von anderen Autoren analysierte Fall des Amoklaufes in Jonesboro im März 1998: *Langman* ([Fn. 36], S. 56 ff. und S. 132 ff.) hebt etwa die psychopathologischen Auffälligkeiten von Andrew Golden

Newman u.a. fanden in ihrer umfassenden Untersuchung von zwei Amoktaten in den Vereinigten Staaten widersprüchliche Hinweise zu Mobbingverfahren der Täter, bei ihrer vergleichenden Untersuchung mit 25 anderen Fällen junger Täter konzentrierten sie sich deshalb als Stütze ihrer Erwägungen auf das subjektive Empfinden der Täter.⁵⁴

Bis heute ist das Bild zur Relevanz tatsächlicher Mobbingverfahren in der US-amerikanischen Forschungsliteratur uneinheitlich. Wenn auch nicht als zentrale These wie bei Fast, findet sich die Annahme, junge Amokläufer seien in der Mehrzahl (frühere) Mobbingopfer, auch in anderen Publikationen. So halten es Levin/Madfis für möglich, dass alle späteren Schulamokläufer gemobbt wurden, legen sich hierauf aber nicht fest und gehen generell von vielen möglichen Faktoren aus, die zu einer chronischen Belastungssituation führen.⁵⁵ Collins nimmt, ohne weitere Herleitung, an, dass über zwei Drittel der jungen Amokläufer in Schulen Mobbingopfer gewesen sind, vor der Tat erniedrigt wurden und körperlicher Gewalt ausgesetzt waren.⁵⁶ Larkin verallgemeinert seine Untersuchung des Falles Columbine und folgert aus den festgestellten Motiven junger Amoktäter, Rache für (angeblich) erfahrenes Unrecht nehmen zu wollen, dass eine Mehrzahl der Amokläufe aus Konflikten zwischen Schüler/innen resultiere.⁵⁷

Unter hiesigen Wissenschaftlern zeigt sich ein deutlicheres Bild zur „Mobbing-These“ im Hinblick auf Amokläufe junger Täter. So warnen deutsche Autoren vielfach davor, vom subjektiven Empfinden der Täter vorschnell auf eine objektive Mobbingssituation zu schließen.⁵⁸ Robertz betont, „dass die jugendlichen Täter keineswegs in der Mehrzahl klar erkennbare Mobbingopfer waren“, sondern gemeinsam das subjektive Erleben der eigenen sozialen Ausgeschlossenheit hatten.⁵⁹ Die Untersuchung deutscher Fälle legt nahe, dass psychopathologische Auffälligkeiten bei Amoktaten junger Täter gerade im Hinblick auf vermeintliche und von den Tätern geschilderte Mobbingverfahren eine gewichtige Rolle

spielen. In der psychiatrischen und psychologischen Fachliteratur wird auf die Relevanz psychopathologischer Erkrankungen von Amokläufern hingewiesen.⁶⁰ Peter/Bogerts stellen bei der Auswertung von 25 Straftaten mit 27 (überlebenden) jungen und erwachsenen Tätern fest, dass 74 % der Täter vor der Tat aktenkundig psychiatrische Vorerkrankungen aufwiesen.⁶¹ Auch Dressing/Meyer-Lindenberg betonen, dass Amokläufer in der Mehrzahl im erheblichen Ausmaß psychopathologisch auffällig waren.⁶²

Bannenberg stellte bei der empirischen Untersuchung von 15 Straftaten vollendeter und versuchter Amokläufe junger Täter (14j.-24j.) aus den Jahren 1994 bis 2009 (und einem Fall aus dem Jahr 1978) mit ergänzenden Befragungen im Umfeld der Täter fest, dass Bekundungen über Mobbingverfahren junger Amoktäter in Selbstzeugnissen nicht mit der Realität übereinstimmten, sondern die Täter sich selbst von anderen zurückzogen und diesen feindselig gegenübertraten.⁶³ Bei den Fällen konnten schizoide und schizotypische Störungsbilder mit narzisstischen Ausprägungen festgestellt werden, was die (realitätsferne) Wahrnehmung und Schilderungen der Täter erklärt: Die Unfähigkeit mit anderen Jugendlichen, insbesondere mit Mädchen, tragende Beziehungen zu knüpfen und dadurch Anerkennung zu genießen, kollidierte mit der überhöhten Selbstwahrnehmung der Täter, was zu Frustrationserfahrungen führte. Die Täter in den hier untersuchten Straftaten wurden nicht tatsächlich gemobbt, sie fühlten sich aufgrund ihres Selbstbezuges und der damit einhergehenden Empfindlichkeit aber in erheblichem Maße (narzisstisch) gekränkt.⁶⁴ Die Untersuchung deutscher Amokfälle junger Täter legt nahe, dass die (pathologisch) übersteigerte Kränkbarkeit bei der Wahrnehmung angeblicher Demütigungen durch Gleichaltrige eine erhebliche Rolle spielt. Mit der bisherigen Forschung zu Amokläufen junger Täter – sei es in den Vereinigten Staaten oder im deutschsprachigen Raum – lässt sich die These, junge Amoktäter seien durchweg Mobbingopfer gewesen, nicht stützen.

ein Ursachenbündel aus der psychopathologischen Auffälligkeit des Täters, dessen Waffenaffinität und -zugang im Elternhaus und als Auslöser die Nachahmung des Amoklaufs an der Columbine High School, genau einen Monat zuvor, ursächlich gewesen sei.

⁵⁴ Newman u.a. (Fn. 50), insb. S. 242 f.

⁵⁵ Levin/Madfis, American Behavioural Scientist 2009, 1227 (1231). Die chronische Belastung ist Ausgangspunkt für ein Fünf-Phasen-Modell, mit dem Levin/Madfis Amokläufe erklären.

⁵⁶ Collins, Berliner Journal für Soziologie 2013, 7 (11, 13, 16).

⁵⁷ Larkin, in: Böckler u.a. (Fn. 51), S. 159 (170).

⁵⁸ Scheithauer/Bondü, Amoklauf und School Shooting, Bedeutung, Hintergründe und Prävention, 2011, S. 85; Hoffmann, in: Hoffmann/Wondrak (Hrsg.), Amok und zielgerichtete Gewalt an Schulen, Früherkennung/Risikomanagement/Kriseneinsatz/Nachbetreuung, 2007, S. 25 (28 f.).

⁵⁹ Robertz, in: Drewes/Seifried (Hrsg.), Krisen im Schulalltag, Prävention, Management und Nachsorge, 2012, S. 188 (189).

⁶⁰ Einen interdisziplinären Überblick ausgewählter Befunde zur Psychopathologie junger und erwachsener Amoktäter geben Giebel u.a., Kriminalistik 2014, 323.

⁶¹ Peter/Bogerts, Der Nervenarzt 2012, 57 (60). Nahe liegend ist, dass diese Angabe noch eine Unterschätzung des tatsächlichen Ausmaßes darstellt, da nur diagnostizierte psychische Probleme berücksichtigt wurden. Zu beachten ist, dass die Autoren von einem sehr weiten Amokbegriff („Amoktat als eine für Außenstehende plötzliche, unverständliche und ungewöhnlich aggressive Handlung, die zur Verletzung oder Tötung von Menschen geführt hat“) ausgingen, bei dem sie die gezielte Tötung dem Täter bekannter Personen (in der Familie, am Arbeitsplatz) einbezogen.

⁶² Dressing/Meyer-Lindenberg, Der Nervenarzt 2010, 594 (597, 600).

⁶³ Bannenberg, Nervenheilkunde 2010, 423 (424 f.); zustimmend Himmelrath/Neuhäuser, Amokdrohungen und School Shootings, Vom Phänomen zur praktischen Prävention, 2014, S. 74, 78.

⁶⁴ Bannenberg (Fn. 16), S. 91.

VI. Willkommene Identifikationsfiguren für Tatgeneigte: „I went through everything they went through and I wanna follow in their footsteps.“

Bei Mobbing handelt es sich um ein objektives Massenproblem an Schulen, dessen Bearbeitung geboten ist.⁶⁵ Auf den ersten Blick erscheint es deshalb nicht schädlich, (irrig) anzunehmen, dass junge Amokläufer zu ihrer Tat in vielen oder sogar allen Fällen (auch) durch Mobbinghandlungen Gleichaltriger bewegt worden. Zudem begünstigt ein offenes Schulklima die Möglichkeit, dass verhaltensauffällige und in der Klassengemeinschaft isolierte Schüler/innen eher in den Blickpunkt geraten. Ein gutes Verhältnis zwischen Schülerschaft und Lehrkräften ermöglicht darüber hinaus eine gute, offene Kommunikation, die es Schüler/innen erleichtert bei einem Amokverdacht das Gespräch mit einer Autoritätsperson aus der Lehrerschaft zu suchen. Deshalb werden im Rahmen der Amok-Prävention Anti-Mobbing-Programme zur Verbesserung des Schulklimas auch von vielen Forschern empfohlen, die Mobbing nicht für einen wesentlichen Faktor für Amoktaten erachten.

Die Unterstellung, einzelne Amokläufer seien zuvor Mobbingopfer Gleichaltriger gewesen, begründet aber zugleich den Vorwurf an Mitschüler/innen und die Schulgemeinschaft generell, mitverantwortlich an der Massentötung durch einen jungen Menschen zu sein. Überlebende Opfer, Mitschülerinnen und Mitschüler, Opferangehörige, Lehrkräfte und Polizeibeamte haben nach einer Amoktat ohnehin einen steinigen Weg zu bewältigen.⁶⁶ Der in aller Regel unhaltbare Vorwurf, selbst (mit)schuldig an einer Amoktat zu sein, ist hier völlig fehl am Platze. So werden unmittelbare Opfer zu mittelbaren Tätern undefiniert. Der junge Amokläufer wird zum Opfer seines Umfeldes verklärt. Wenn auch dort noch positiv konnotiert, trifft insofern eine Rezension des Time Magazine zum Buch von *Fast* zu: „The book is worth reading, if only as a reminder that the shooters, in some ways, are victims too.“⁶⁷

Hinzu kommt, dass durch die Darstellung von Amokläufern als (frühere) Mobbingopfer eine Projektionsfläche für Nachahmungstäter geschaffen wird. Die Rationalisierung von Tatmotiven bietet Anknüpfungspunkte für das Verständnis der Täter. Die Beschreibung von Eric Harris und Dylan Klebold und anderen jungen Amokläufern als (Mobbing-) Opfer eröffnet für amokaffine und psychopathologisch auf-

fällige junge Menschen eine attraktive Sichtweise. Natalie Carpenter, die ausweislich ihrer Selbstzeugnisse und Aussagen gegenüber Mitpatienten selbst einen Amoklauf mit ihrem Lebensgefährten plante, empfand sich als Mobbingopfer und identifizierte sich deshalb mit den Columbine-Amokläufern. Für Carpenter war die angebliche Ähnlichkeit ihrer eigenen Situation mit jener der Täter von unmittelbarer Bedeutung für ihre eigene Tat, was sich in diesem Satz aus ihren Selbstaufzeichnungen kristallisiert:

„I went through everything they went through and I wanna follow in their footsteps.“⁶⁸

Die Darstellung von Harris und Klebold als Rächer für tatsächlich erfahrenes Unrecht und „sadistisches Mobbing“ ist für sie ein persönlich geeigneter Anknüpfungspunkt. Insofern ist es vielleicht kein Zufall, dass auf dem Küchentisch von Natalie Carpenter gerade ein Buch über junge Amoktäter zu finden war, das diese generell als Mobbingopfer verklärt. Ob Carpenter sich tatsächlich mit dem Buch von *Fast* befasst hat, weil dieser Harris und Klebold als Mobbingopfer präsentierte, kann und soll hier nicht geklärt werden.

Die Darstellung eines vielfältigen Ursachenbündels individueller und sozialer Faktoren einschließlich der zutreffenden Beschreibung der Täter als (grundlos) aggressiv, hasserfüllt und generell menschenfeindlich bietet erheblich weniger Identifikationsmöglichkeit als die nachvollziehbare Motivlage, Rache für selbst erfahrenes Unrecht zu nehmen. Ein „Verlierermodell Amok“⁶⁹ bietet sich zur Identifikation nicht an.

VII. Fazit

Die Annahme, junge Amokläufer seien in der großen Mehrzahl oder gar durchweg Opfer des Mobbing durch ihre Mitschüler/innen gewesen und hätten daher ihre Tat begangen, ist unzutreffend. Amokläufe basieren nicht monokausal auf einer Hauptursache, sondern werden durch mehrere Faktoren begünstigt. Ein wesentlicher Aspekt ist die extreme Kränkbarkeit der Täter. Diese empfinden sich subjektiv als Ausgestoßene, was mit der Realität aber in den meisten Fällen nicht übereinstimmt.

Soweit sich *Fast* im Rahmen seiner Theorie zur zeremoniellen Gewalt auf die Feststellung versteift, dass alle jungen Amokläufer Mobbingopfer waren, widerspricht sie dem wissenschaftlichen Erkenntnisstand. Unbrauchbar sind seine Ausführungen gleichwohl nicht, da seine Beschreibung der akribischen Vorbereitung und zeremoniellen Begehung von Amoktaten durch junge Täter, befördert durch Misserfolge im realen Leben, durchaus den Befunden untersuchter Fälle entspricht. An die Stelle realer Mobbingverfahren ist jedoch das subjektive Erleben der Täter auf Basis ihrer extremen Kränkbarkeit zu stellen. Dann kann dahinstehen, ob junge Amokläufer in Einzelfällen tatsächlich Opfer von Mobbing durch Mitschülerinnen und Mitschüler waren.

⁶⁵ Einen Überblick zu Studienergebnissen zur „globalen Erscheinung“ Mobbing geben *Bannenberg/Rössner*, Erfolgreich gegen Gewalt in Kindergärten und Schulen, Ein Ratgeber, 2006, S. 29 ff; *Olweus*, Kriminalistik 2010, 351 (353).

⁶⁶ Eindrückliche Schilderungen von Opfern, Angehörigen und Mitschüler/innen zur Bewältigung der Zeit nach den Amokläufen in Erfurt und Winnenden/Wendlingen finden sich in: *Bader u.a.*, Die Schüler von Winnenden, Unser Leben nach dem Amoklauf, 2013, passim; Müller/Raue (Hrsg.), Der Amoklauf, 10 Jahre danach – Erinnern und Gedenken, 2012, passim.

⁶⁷ Die Rezension ist auf der Internetpräsenz zum Buch von *Fast* unter <http://www.ceremonialviolence.com/> (19.10.2014) abrufbar.

⁶⁸ Vgl. Fn. 11.

⁶⁹ *Bannenberg*, Amok, Ursachen verstehen – Warnsignale erkennen – Katastrophen verhindern, 2010, S. 93 ff.

Die unzutreffende Beschreibung von Amokläufern als Opfer ihrer Umwelt bietet tatgeneigten jungen Menschen, die selbst mit dem Gedanken einer Amoktat spielen, zusätzliche Projektionsfläche. Empirische Studien zu Amokläufen junger Täter zeigen, dass diese sich intensiv mit zurückliegenden Amoktaten befassen, sich mit Tätern identifizieren und deren Taten nachahmen oder übertreffen wollen. Nicht nur für die Presse, sondern auch für Autoren wissenschaftlicher Publikationen, gerade wenn diese an eine breite Öffentlichkeit gerichtet sind, gilt es deshalb im Hinblick auf potentielle Leserschaft über die gewählten Botschaften besonders nachzudenken. Die vorschnelle und verallgemeinernde Verklärung von Amokläufern zu Mobbingopfern ist wissenschaftlich unhaltbar und im Hinblick auf die Identifikationsmöglichkeiten Tatgeneigter bedenklich.

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

Peter Graeff/Jürgen Grieger (Hrsg.), Was ist Korruption?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, 224 S., €26,-.

Es gibt kaum einen Bereich, der in den vergangenen Jahren so sehr im Blickpunkt der Öffentlichkeit als auch wissenschaftlichen Bearbeitung und Durchdringung gestanden hat wie der der Korruption. Anti-Korruptionsstrategien haben Hochkonjunktur, sowohl im staatlichen als auch im nicht-staatlichen unternehmerischen Bereich sowie in der Politik, besonders in Bezug auf das unternehmerische Verhalten auf ausländischen Märkten. Korruption ist einer der wesentlichen Treiber von Compliance-Programmen und Präventionsstrategien. So verwundert es auch nicht, dass Korruption ein wesentliches Tätigkeitsfeld verschiedener internationaler Organisationen ist, angefangen bei den Vereinten Nationen, über die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OSZE), den Europarat, die Internationale Handelskammer, die Weltbank bis hin zu vielen anderen Institutionen. Gerade aufgrund der Vielschichtigkeit der Fragestellungen und des meist internationalen Kontext stellt sich für die wissenschaftliche Diskussion die Frage, was eigentlich Korruption genau ist. In dem von Graeff/Grieger herausgegebenen Sammelband geben verschiedene Autoren, allesamt Mitglieder des wissenschaftlichen Beirats von Transparency International Deutschland, Auskunft darüber, wie der Begriff Korruption in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen definiert ist bzw. was aus ihm abgeleitet ist. Beleuchtet wird Korruption aus der Perspektive des Strafrechts sowie des Privatrechts, aber auch aus dem Blickwinkel von Gesichtswissenschaft, Verwaltungswissenschaft, Politikwissenschaft, Ökonomie, Managementlehre, Soziologie, Psychologie und Kriminologie. In diesem Rahmen ist es nicht möglich, alle Korruptionsbegriffe näher darzustellen, zumal es in den verschiedenen Disziplinen durchaus Streit über die richtige Definition gibt und gerade in den empirischen Wissenschaften Definitionen benachbarter Fachbereiche mitübernommen und miteinander kombiniert werden.

Das juristische Begriffsverständnis der Korruption ist stark normativ geprägt. Niehaus erläutert den Korruptionsbegriff des Strafrechts. Kennzeichnend für alle Arten von Korruptionsdelikten ist, dass der Bestochene in gewisser Weise eine Machtstellung inne hat. Er hat entweder als Amtsträger oder als Angestellter bzw. Beauftragter eines Unternehmens oder als Abgeordneter die Möglichkeit, dem Vorteilsgeber etwas zu verschaffen, was dieser anderweitig nicht oder nur unter größeren Schwierigkeiten erlangen kann. Darüber hinaus wohnt allen Bestechungsdelikten ein Element der Fremdnützigkeit inne, das sich in einem Dreiecksverhältnis zwischen Bestechendem, Bestochenem und dem Geschäftsherrn bzw. Dienststelle abspielt. Insoweit ist Korruption stets auch durch einen Konsens zwischen Geber und Nehmer geprägt. Das erstrebte Ziel soll durch die Gewährung von Vorteilen erreicht werden. Insoweit unterscheidet sich Korruption von der einseitigen Erpressung oder Nötigung. Maßgebliches strafrechtliches Kriterium für Korruptionsdelikte ist jedoch das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung als einer Absprache

zwischen Geber und Nehmer, dass dieser für die Vorteilszuwendung eine Gegenleistung erbringt. Intransparenz der Handlung und Schaden für den Geschäftsherrn sind zwar häufige Begleiterscheinungen, jedoch keine notwendige Voraussetzung für Korruption.

Meyer befasst sich mit Korruption aus zivilrechtlicher Perspektive. Einen spezifisch zivilrechtlichen Korruptionsbegriff gibt es nicht. Vielmehr regelt das Zivilrecht lediglich die Folgen, die sich aus korruptiven Handlungen ergeben und denen typischerweise drei Rechtsverhältnisse zugrunde liegen, das zwischen Geber und Nehmer, das zwischen Nehmer und Geschäftsherrn sowie das zwischen Geber und Geschäftsherrn des Nehmers. Im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Nehmer dreht sich die Diskussion um die Pflichtverletzung aus dem Dienst- und Anstellungsverhältnis, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen und Herausgabeansprüchen bezüglich des Schmiergeldes. Im Verhältnis von Geber und Geschäftsherrn des Nehmers geht es um die Wirksamkeit des Vertrages sowie um das Bestehen von Schadensersatzansprüchen, da der Geber typischerweise lediglich zu Schmiergeldzahlungen bereit ist, wenn diese wirtschaftlich in die von ihm geforderte Vergütung einkalkuliert sind und vom Geschäftsherrn des Nehmers getragen werden. Schließlich stehen auch noch Ansprüche von Wettbewerbern gegenüber dem Geber im Raum, die auf Unterlassung oder Schadensersatz gerichtet sein können.

Mit Korruption als Forschungsthema der Kriminologie setzt sich Thiel auseinander. Dabei bemerkt sie, dass Korruption an sich noch kein Schwerpunkt kriminologischer Forschung war. Es wurde bislang lediglich als ein Unterfall der Begehung von Straftaten in Unternehmen verstanden. Daher werden unter Korruption auch Verhaltensweisen wie Interessenkonflikt, Untreue, Betrug, Nepotismus oder bestimmte Formen der Erpressung verstanden. Zur Korruptionsprävention werden vielfach Modelle der Selbstregulierung bevorzugt. Dies vor dem Hintergrund, dass mit steigendem sozialem Status sowohl die Verurteilungswahrscheinlichkeit als auch die Strafhöhe sinkt und Sanktionen meist zu niedrig ausfallen, als das von Ihnen eine abschreckende Wirkung ausgehen könnte.

Aus historischer Perspektive stellt Nützenadel fest, dass Korruption in seiner negativen und gesellschaftsschädlichen Bedeutung weitgehend ein Phänomen der Neuzeit sei. In frühen Gesellschaftsformen habe es noch keine Trennung zwischen der Sphäre des öffentlichen Amtes und dem Privaten gegeben. Die Entgegennahme von Vorteilen durch die jeweilige Klientel war eine übliche Form der „Besoldung“ öffentlicher Ämter. Geändert habe sich dies erst mit der modernen Staatswerdung und in Deutschland mit der Herausbildung des Berufsbeamtentums im ausgehenden 18. Jahrhundert. Erst dann wurden Beamte als ausschließliche Diener des Staates verstanden, die alleine öffentliche Interessen wahrnehmen.

Beck/Nagel stellen Korruption aus ökonomischer Perspektive dar. In den Wirtschaftswissenschaften wird Korruption überwiegend als Missbrauch an öffentlicher Macht zum privaten Vorteil angesehen. Jedoch liegt der Schwerpunkt der ökonomischen in Betrachtung auf der Analyse von Ursachen

und Folgen von Korruption. Korruption tritt vor allem bei einer schlechten Ausgestaltung von Regeln oder schwachen Institutionen auf. Sie entsteht, wenn im Rahmen eines Kosten-Nutzen Kalküls für eine Person der Nutzen von Korruption deren Kosten übersteigen. Als Kosten im Rahmen dieses Modells sind neben der Entdeckungs- und Bestrafungswahrscheinlichkeit auch die Aufwendungen einzubeziehen, die entstehen, um eine illegale Transaktion zu verschleiern, einen Korruptionspartner zu finden, aber auch die Überwindung moralischer Aspekte. Strukturell tritt Korruption vermehrt in solchen Systemen auf, in denen Institutionen und Regeln schlecht ausgestaltet oder ineffizient sind.

Beim Prinzipal-Agent Modell sucht der Agent eigenen Nutzen dadurch, dass er die ihm anvertraute Rechtsmacht zum Schaden des Prinzipals nutzt. Dies setzt typischerweise eine asymmetrische Informationsverteilung voraus, bei der der Prinzipal über das Handeln des Agenten nicht informiert ist und oftmals auch darauf verzichtet, hinreichende Kontrolle auszuüben oder es dem Prinzipal nicht gelingt, hinreichende Anreize für ein ehrliches Tätigwerden zu setzen. Insbesondere Bürokratie und Überregulierung setzten hierbei Anreize für korruptives Verhandeln. Im Rahmen von Politik und Verwaltung ist Korruption eine besondere Form von rent seeking-Verhalten, bei dem Politiker schon beim Aufstellen von Regeln beeinflusst werden. Im Gegensatz zu legalem Lobbying erfolgt die Einflussnahme bei der Korruption durch Schmiergeldzahlung, um Entscheidungen zum eigenen Vorteil zu beeinflussen.

Die Korruptionsforschung in der Soziologie, behandelt von *Graeff/Dombois*, befasst sich mit der Frage, aufgrund welcher Rahmenbedingungen und sozialer Beziehungen sich Akteure zu korruptivem Verhalten veranlasst sehen. Neben dem ökonomischen Aspekt des (vermeintlichen) Nutzens von Korruption spielen soziale Beziehungen zwischen den Akteuren eine große Rolle. Neben Kosten-Nutzen-Überlegungen ist Korruption durch Aspekte von Tausch gekennzeichnet, die soziale Erwartungen oder Verpflichtungen hervorrufen. Intransparente Entscheidungsprozesse, Bürokratisierung, aber auch soziale Netzwerke und Beziehungsgeflechte tragen zum Entstehen und oftmals auch zur Akzeptanz von Korruption bei. Dies zumal eine trennscharfe Abgrenzung regelkonformen zu regelwidrigem vielfach nicht möglich ist und als legal empfundene Verhaltensweisen, wie z.B. Lobbying, durchaus auch korruptionsähnliche Züge tragen können.

Der Sammelband ergibt einen guten und präzisen Überblick über den Stand der Korruptionsforschung in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen. Für den Strafrechtswissenschaftler kann die Befassung mit der Korruptionsforschung aus anderen Disziplinen anregend sein und neue Perspektiven eröffnen. Insbesondere diejenigen, die mit der Erstellung von Compliance Programmen befasst sind, werden aus diesem Werk viele Anregungen ziehen können. Erfolgreiche Compliance-Programme müssen nämlich Anreize für regelkonformes Verhalten setzen. Dies setzt voraus, dass sowohl die ökonomischen als auch soziologischen Wirkmechanismen berücksichtigt werden und Eingang sowohl in die Ausgestaltung von Compliance Management Systemen als auch in notwendige Trainings finden. Dieses Buch bietet einen guten

Ausgangspunkt, sich diese Fragestellung und Erkenntnisse zu erschließen. Auch für den Juristen ist das Buch daher unbedingt lesenswert.

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

Buchrezension

Stefan Petermann, Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013, 275 S., € 72,-.

Die Dissertation von *Stefan Petermann*, die unter der Betreuung von *Theile* im Rahmen des DFG geförderten Forschungsprojekts „Sanktionsdurchgriff im Konzernverbund“ entstand, verbindet zwei große Vorzüge: eine Fragestellung von hoher praktischer Relevanz und eine Darstellung, die sowohl wissenschaftlichem Anspruch als auch dem Bedürfnis der Praxis nach konkreter Informationsbereitstellung genügt.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Kapitel, die rechtsgebietsübergreifend die Sanktionierung der Konzernobergesellschaft für Verstöße aus dem Bereich von Tochtergesellschaften thematisieren und den Einfluss von Compliance-Maßnahmen auf Haftungs begründung und -bemessung untersuchen.

Der Leser findet leicht den Einstieg, denn das erste Kapitel (S. 21-61) ähnelt einer nachweis- und kenntnisreichen Kommentierung der Normentrioka §§ 9, 30, 130 OWiG. Neben der Erörterung der Tatbestandsmerkmale werden dogmatische Grundlagen mit dem Ziel erörtert, „Klarheit bezüglich der Grundlagen der Verbandshaftung“ herzustellen. Der *Autor* gelangt zu dem optimistischen Ergebnis, dass die §§ 9, 30, 130 OWiG durch eine „weitreichende Zurechnung und Zuordnung von Merkmalen und Verhaltensweisen sowohl beim Begehen als auch Unterlassen eine Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bewirken“ (S. 60).

Das zweite Kapitel (S. 62-68) gleicht die dogmatischen Erkenntnisse mit der unternehmerischen Wirklichkeit ab und thematisiert den in theoretischen Diskussionen allzu leicht übergangenen Umstand, dass die meisten Verbände als Konzern organisiert sind. Die Verbindung mehrerer Unternehmen – zumindest im Anwendungsbereich des Kapitalgesellschaftsrechts ist dies die Regel – mit ihren einstufigen Unterordnungskonzernen und Beherrschungsverträgen (§§ 18 Abs. 1 S. 2 I. Var., 291, 308 ff AktG) verkompliziert das quasistrafrechtliche Haftungssystem erheblich, denn diese Aggregation von eigenständigen Rechtspersönlichkeiten lässt sich nur schwer in das bestehende Institutionensystem einordnen (Konzerne sind keine Verbände!) oder auch nur in eine juristische Terminologie einpassen bzw. nach rechtlichen Gesichtspunkten abgrenzen. Der daraus resultierenden, weit verbreiteten Neigung, vage Begriffe wie die „wirtschaftlich-funktionale Unternehmens-Einheit“ einzuführen, widersetzt sich *Petermann*, indem er diesen Bezugsgegenstand anschaulich und in zahlreichen (auch *de facto*-) Erscheinungsformen differenziert. Im weiteren Fortgang der Arbeit fokussiert der *Autor* aber den klassischen Vertragskonzern, bestehend aus Mutter- und Tochtergesellschaft, die durch einen Unternehmensvertrag verbunden sind und jeweils ein Unternehmen bzw. einen Betrieb mit mehreren Mitarbeitern führen.

Dieses „Musterbild eines zentralisierten Verbunds“ (S. 66) stellt einen naheliegenden Adressaten von Verantwortungszuschreibung dar, der sich davor in den letzten Jahren zunehmend durch die Einrichtung von Compliance-Maßnah-

men zu schützen sucht. Die in der wirtschaftlichen Realität notwendigen Compliance-Maßnahmen gehen daher deutlich über das Bekenntnis zu der Modeerscheinung *criminal compliance*, die der *Autor* auch hinsichtlich ihrer semantischen und rechtstatsächlichen Wurzeln skizziert (S. 69-73), hinaus. Compliance stellt für große wie kleine Unternehmen eine *de facto*-Pflicht dar (S. 74 ff.), die große finanzielle Ressourcen bindet, wie beispielsweise an der Aufarbeitung der Siemens-Affaire deutlich wird (553 Millionen Euro an unmittelbaren Beratungskosten). Und so gilt es für den Rechtsanwender und -berater auf Basis eines plausiblen Begriffsverständnisses – eines solchen also, das über die Binsenweisheit der Einhaltung des Rechts als Kernaufgabe weit hinausreicht – den Pflichtenkreis gegenüber Internen wie Externen präzise zu bestimmen.

Da aus einem Verstoß gegen Organisationsanforderungen, die der Organwahrer gegenüber der Gesellschaft hat, nicht ohne Weiteres die Haftung gegenüber Dritten abgeleitet werden kann (S. 77), ist eine Prüfung konkreter Compliance-Pflichten gegenüber der Allgemeinheit notwendig, die *Petermann* präzise und anschaulich im Rahmen einer *Tour d’Horizon* (S. 85 ff.) über spezialgesetzlich normierte Compliance-Anforderungen (S. 85-95) und relevante Anforderungen nach ausländischem Recht (S. 95-105) vornimmt.

Die Formulierung der Schlussfolgerungen bietet keine Angriffsfläche, denn die beispielsweise abgelehnte „*allgemeine* [...] Rechtspflicht zur Einrichtung *umfassender konzernweiter* Compliance-Maßnahmen für *sämtliche* Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung *unabhängig* von ihrer Größe und dem Betätigungsfeld“ (S. 104; Hervorhebung der *Verf.*) wäre in der Tat weder dogmatisch noch rechtspolitisch überzeugend.

In diesem Kontext wäre es spannend, genauer zu erfahren, welche „angemessene[n] und erforderliche[n] organisatorische[n] Maßnahmen“ gefordert werden können und ab welcher „Risikoklasse“ sie „sich im Einzelfall auch zu umfassenden Compliance-Maßnahmen verdichten können“ (S. 104). Insbesondere in Anbetracht der Ablehnung von § 130 OWiG als Rechtsgrundlage einer Aufsichtspflicht der Konzernmutter (S. 95, 110) wäre eine tiefergehende Auseinandersetzung mit konkreten Aufsichts anforderungen und den entsprechenden (Gegen-)Positionen, die hieraus Compliance-Parameter ableiten, nützlich gewesen.

Das Herzstück der Arbeit stellt das vierte Kapitel (S. 106-209) dar, in dem *Petermann* die Haftungs begründung auf allen Ebenen des Vertragskonzerns thematisiert und in Beziehung zu Compliance-Maßnahmen stellt.

Auch hier begnügt sich der *Autor* nicht mit vagen Begrifflichkeiten, die den Sanktionsdurchgriff erleichtern sollen, sondern plädiert nach Darstellung verschiedener Ansätze (S. 108 ff.) dafür, den Konzernbegriff angesichts der rechtlichen Vielfalt des Konzerns restriktiv auszulegen und mögliche Inhaber- bzw. Leitungspflichten der Konzernmutter an normativen Parametern wie der Pflicht zur Konzernorganisation und zu einer Konzernverfassung zu orientieren.

So kann es folglich nach Auffassung *Petermanns* keine sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit der Leitungsperson der Konzernmutter nach § 130 OWiG für betriebliche Zuwi-

derhandlungen aus dem Bereich der Tochtergesellschaft geben, da sich aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der unterschiedlichen Gesellschaften eine gesellschaftsübergreifende Aufsichts- und Überwachungspflicht verbietet. Die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG ende „an der Grenze der jeweiligen Gesellschaft“ (S. 235) – und dies ungeachtet der Tatsache, dass es sich insgesamt um eine „wirtschaftliche Einheit“ handeln mag. Es wird damit zu Recht die Idee verworfen, die kartellrechtliche Betrachtung zu übernehmen, nach der eine Zurechnung der Verstöße der Tochtergesellschaft zu der Muttergesellschaft schon anzunehmen ist, „weil und insoweit sie auf [die Tochtergesellschaft] bestimmenden Einfluss ausübt“ (S. 111). Diesen Ansatz hält *Petermann* für nicht in das OWiG integrierbar und argumentiert, dass eine solche, allein auf die „wirtschaftliche Einheit“ von Mutter und Tochter gestützte Argumentation gegen den Schuldgrundsatz und die Unschuldvermutung (S. 112) verstoße, da allein aus dem Umstand einer großen oder sogar 100 %-igen Beteiligung noch kein entscheidender Einfluss der Mutter auf die Vorgänge in der Tochtergesellschaft resultiere.

Diese formal-juristische Herangehensweise überzeugt insofern, als damit für starke normative Kriterien zur Begründung von strafrechtlicher Verantwortung plädiert und individuelle Strafbarkeit wie im Bereich des § 130 OWiG begrenzt wird. Erstaunlicherweise behält der *Autor* diese Vorgehensweise jedoch nicht gänzlich bei, da er am Ende dieses Kapitels zur Begründung von Überwachungspflichten auf das Argument zurückgreift, dass die Muttergesellschaft regelmäßig gegenüber der Tochter noch nicht einmal von ihrem Auskunftsberechtigung Gebrauch machen muss, weil sich die Mutter mittels der „informalen Verhaltensordnung“ – was anhand rechtstatsächlicher Untersuchungen erkennbar sei – sämtliche gewünschten Informationen beschaffen kann (S. 197).

Im Übrigen werden die unterschiedlichsten Verantwortungsszenarien differenziert durchgespielt: es wird sowohl die Reichweite einer individuellen Verantwortung der Leitungsebene der Muttergesellschaft für Verstöße aus dem Bereich der Tochtergesellschaft ausgelotet (S. 115 ff.), als auch Einsparungen der Mutter mit der Folge des (teilweisen) Abbruchs eingerichteter Compliance-Maßnahmen bzw. der Fall, dass gar nicht erst investiert wurde, thematisiert sowie Szenarien fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung in Mit- oder Nebentäterschaft (S. 139 ff.). *Petermann* demonstriert, dass Kausalitätsnachweise ebenso wie das Regressverbot zu überwinden sind, Zurechnungszusammenhänge zu etablieren sind und die Muttergesellschaft sich nicht ohne weiteres exkulpierend auf den Vertrauensgrundsatz berufen kann.

Der *Autor* geht auf alle relevanten Begehungs- und Unterlassungsarten, insbesondere auf die in der Praxis wegen Beweisschwierigkeiten vernachlässigte Beihilfe der Leitungsebene durch für den Erfolg nicht kausale Unterstützungshandlungen, ausführlich und im Wesentlichen überzeugend ein. Das Ergebnis, dass „das vorsätzliche Ausnutzen organisatorischer Machtapparate ersichtlich kein Organisationsmangel, auf den sich Compliance-Maßnahmen auswirken könnten“ (S. 118, 122 f.) ist, bleibt jedoch zumindest diskutierenswert.

Die Frage der Garantienstellung der Konzernmutter stellt den letzten und umfangreichsten Abschnitt dieses Kapitels dar (S. 156-208). Der *Autor* bejaht die Überwachungsgarantienstellung der Konzernmutter mit dem Kernargument der spezifischen Betriebsgefahr (S. 167), wobei sowohl Existenz als auch Herrschaft über Sondergefahrquellen, die vom Inhaber abzusichern sind, im Einzelnen nachgewiesen (S. 170 ff.) und in Beziehung zur Konzernobergesellschaft gesetzt werden. Nach *Petermann* kann selbst eine umfangreiche Delegation die Konzernmutter nicht vollständig von der Überwachungspflicht entbinden, da es eine „praktisch kaum zu beseitigende [...] Restverantwortung“ (S. 173) gäbe und der Inhaber des Betriebs zumindest sekundärer Garant bleibe, der zu Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen verpflichtet ist (S. 174).

Neben dem – überwiegend konsentierten – abstrakten Bestehen einer Garantienstellung, scheint die aktuell drängendere Frage die der konkreten Grenzen der Betriebsbezogenheit zu sein. Hier geht *Petermann* jedoch über die üblichen Kriterien des Funktionszusammenhangs und des Ausnutzens der betrieblichen Wirkungsmöglichkeiten (S. 186 ff.) nicht hinaus. Angesichts der im Übrigen einfallsreichen und pointierten Stellungnahmen des *Autors*, möchte man an dieser Stelle weiterdiskutieren und zudem Fragen anschließen, wie die nach tauglichen Abgrenzungskriterien zwischen Pflichten der Mutter- und Tochtergesellschaft oder nach konkreten Zuständigkeiten für die, im Bereich der Unternehmenskriminalität typischen, Risikoverdichtungen, der oft polykausalen Rechtsgutsverletzungen und der systemischen Effekte im Allgemeinen.

In Kapitel 5 (S. 210-232) werden schließlich die Auswirkungen von Compliance-Maßnahmen auf die Verantwortlichkeit von Leitungspersonen (S. 213 ff.) und den Verband selbst (S. 218 ff.) erörtert. So kann die Aufsichtspflichtverletzung in § 130 OWiG schon tatbestandlich entfallen, wenn „angemessene“ Compliance-Maßnahmen implementiert wurden, was der *Autor* zu Recht nicht anhand eines allgemeingültigen Maßstabs bestimmen will, sondern mithilfe der bekannten Parameter „ordnungsgemäße Auswahl von Mitarbeitern und Aufsichtspersonen“, „sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung“, „Instruktion und Aufklärung der Mitarbeiter über deren Aufgaben“, „Überwachung und Kontrolle der Mitarbeiter“ und „Einschreiten gegen Verstöße, einschließlich der Androhung und Verhängung von Sanktionen“.

Im Bereich des § 30 OWiG sei Compliance-Maßnahmen eine hohe Bedeutung zu attestieren (S. 218; 237), da sie – je nach dogmatischem Verständnis der Vorschrift mit unterschiedlichen Argumenten – die Anknüpfungstat zu der individuellen Exzesstat des individuellen Täters werden lassen. Jenseits der §§ 30 Abs. 3 i.V.m. 17 Abs. 4 OWiG, nach denen der wirtschaftliche Vorteil dennoch abzuschöpfen sei, könne die Geldbuße für den Konzern entfallen (S. 222 f.). Parallel hierzu wirken sich nach der Konzeption *Petermanns* Compliance-Maßnahmen signifikant auf der Rechtsfolgenseite der Vorschrift aus, da sie im Rahmen von § 17 Abs. 3 OWiG bei Bemessung des Ahndungsanteils der Verbandsgeldbuße in Ansatz zu bringen sind, wofür auch der Vergleich mit den Vorschriften der Aufklärungshilfe spräche, die

ein gänzlich absehendes Absehen von Strafe ermöglichen (S. 237). Hinsichtlich des letzten Punktes kann man die Frage stellen, ob eine so weitgehende Honorierung von Aufklärungshilfe nicht dem in den USA bekannten Phänomen des *complying after the fact* Vorschub leistet.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der zentralen Überlegungen (Kapitel 6, S. 233-237), in der es dem *Autor* wieder gelingt, die wesentlichen Aspekte des Gedankengangs anschaulich auf den Punkt zu bringen.

Abschließend lässt sich feststellen: *Petermanns* Monographie ist eine lesenswerte Analyse des Einflusses von Compliance-Maßnahmen auf Umfang und Grenzen der Sanktionsmöglichkeiten gegenüber dem Vertragskonzern.

Dieses wissenschaftlich kaum bekannte Terrain hat der *Autor* auf differenzierte und sorgfältige Art sowohl der Wissenschaft als auch der Praxis zugänglich gemacht. Die Beschränkung der Überlegungen auf die Situation *de lege lata* und die Wahl einer formal-juristischen Perspektive führen hierbei zwangsläufig dazu, einen Teil des Bezugsgegenstands auszublenden: die komplexe, ontologische Seite der Unternehmenskriminalität, die als tatsächliches Phänomen über den Unternehmensträger hinausreicht und als schwieriges systemisches Problem die Verantwortungsattribution durch das Strafrecht herausfordert. Die Fokussierung *Petermanns* weist aber durch den damit verbundenen Tiefgang der dogmatischen Erwägungen den Vorzug auf, einen konsistenten und stabilen Ausgangspunkt im Recht zu bilden, von dem aus weiterführende Diskussionen zu erwarten sind.

Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy, Saarbrücken

„Perspektiven eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts“

Symposium am 10. und 11. Oktober 2014 an der Freien Universität Berlin

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Moritz Vormbaum, Berlin

Das Symposium befasste sich mit einer aktuellen Problematik: Durch die zunehmende Globalisierung der Wirtschaft gerät die Tätigkeit von deutschen und europäischen Unternehmen immer wieder mit Menschenrechtsverletzungen in Verbindung – Kinderarbeit, Vernichtung von Lebensraum durch massive Umweltverschmutzungen oder einstürzende Fabrikgebäude sind nur einige Beispiele. Inwieweit sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit auf der Grundlage der *lex lata* begründen lässt, ist bislang unklar, nicht zuletzt, weil eine Strafverfolgung häufig nicht stattfindet. Vorschläge de lege ferenda finden sich selten.

Einen neuen Ansatz für eine strafrechtliche Erfassung schwerer Wirtschaftsverbrechen, wenn auch aus einer etwas anderen Blickrichtung, liefert *Wolfgang Nauckes* Schrift „Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung“ (LIT Verlag, 2012). *Naucke* geht darin der Frage nach, „ob es nicht – parallel zum Völkerstrafrecht gegen Staatsführer – ein nationales und schließlich internationales Strafrecht gegen politische Wirtschaftsstraftäter geben kann, in Ansätzen schon gibt und schließlich sorgfältig positiviert geben muss“ (*Naucke*, a.a.O., S. 9). Die Schrift gab den Anlass für das Symposium, das von *Florian Jeßberger* (Universität Hamburg), *Wolfgang Kaleck* (Generalsekretär des European Centre for Constitutional and Human Rights) und *Tobias Singelstein* (Freie Universität Berlin) organisiert wurde. Dabei ging es freilich weniger um ein „politisches Wirtschaftsstrafrecht“, wie es *Naucke* vorschlägt, als um Überlegungen, wie die Verstrickung von internationalen Unternehmen in Menschenrechtsverletzungen durch die Anwendung des bestehenden (Völker-)Strafrechts erfasst werden kann.

Nach der Begrüßung durch die Veranstalter und der Einführung in die Thematik durch *Jeßberger* ging es zunächst um historische Beispiele für die strafrechtliche Verfolgung von Angehörigen der Wirtschaft und der Industrie wegen Massenverbrechen. *Kim Priemel* (Institut für Geschichtswissenschaften, Humboldt-Universität zu Berlin) befasste sich in seinem Referat mit den Nürnberger Nachfolgeprozessen gegen Industrielle. Seiner Ansicht nach besaßen diese Prozesse allerdings keinen „modellhaften“ Charakter für die strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen. Die Alliierten hätten mit der Verfolgung von führenden Figuren der (Kriegs-)Wirtschaft lediglich der besonderen Rolle dieser Personen im „Dritten Reich“ und insbesondere während des „totalen Kriegs“ Rechnung tragen, keineswegs aber allgemeingültige Rechtsstandards setzen wollen. Letzteres sei schon deshalb für die Alliierten nicht wünschenswert gewesen, weil sie kein Interesse daran gehabt hätten, ihre eigene Kriegswirtschaft in das Visier einer internationalen Strafjustiz zu bringen. Prozesse gegen Industrielle wie Thyssen und Krupp durch die siegreichen Mächte habe es im Übrigen bereits nach dem 1. Weltkrieg gegeben. *Martin Asholt* (derzeit Vertreter eines Strafrechtslehrstuhls an der Universität Passau) merkte in seinem Kommentar an, dass das Strafrecht als „Grammatik“ in einem „historischen Narrativ“ betrachtet

werden könne. Die formellen Grenzen, die diese „Grammatik“ besitze, ständen nicht zur Disposition, auch nicht, wenn dies unter materiellen Gesichtspunkten oder nach dem Gerechtigkeitsempfinden eventuell wünschenswert erscheine.

In seinem anschließenden Referat gab *Kaleck* einen Überblick über die justizielle Praxis bei Menschenrechtsverletzungen in Verbindung mit der Tätigkeit internationaler Unternehmen seit 1945. Freilich hat sich die Justiz diesem Komplex seit den Nürnberger Prozessen nur äußerst selten gewidmet. Immerhin verwies *Kaleck* auf einige Prozesse, die das European Centre for Constitutional and Human Rights in den letzten Jahren angestoßen habe, wenn auch mit unterschiedlichem Erfolg. Bezeichnenderweise seien diese Prozesse nicht selten auf der Basis des Zivilrechts und nicht des Strafrechts geführt worden. Eine Erklärung dafür, dass das Strafrecht in diesem Bereich eine eher untergeordnete Rolle spielt, liegt wohl, wie sich in den Diskussionen während des Symposiums herauskristallisierte, nicht zuletzt darin, dass es bislang nicht gelungen ist, strafrechtsrelevante Schutzpflichten für internationale Unternehmen festzulegen. *Robin Geiß* (University of Glasgow) gab in seinem Kommentar zu dem Referat *Kalecks* zunächst einen Überblick über „gescheiterte Großprojekte“ im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen – etwa die fehlende Unternehmenshaftung im Staut des Internationalen Strafgerichtshofs oder das Scheitern von Verfahren auf der Basis des Alien Tort Claims Act vor US-amerikanischen Gerichten. Allerdings lässt sich laut *Geiß* auch eine „flickenteppichartige“ Weiterentwicklung im nationalen Recht erkennen, etwa mit Blick auf die Ächtung von Produkten, die unter Verstoß gegen Menschenrechte produziert worden seien (z.B. „Blood Diamonds“), oder die wachsende Anzahl von Rechtsordnungen, in denen juristische Personen strafrechtlich verantwortlich seien.

Im zweiten Teil des Symposiums gaben die Referenten Einschätzungen zu den Perspektiven eines „Wirtschaftsvölkerstrafrechts“ aus der Sicht des allgemeinen Strafrechts, der Kriminologie, des Wirtschaftsstrafrechts sowie der Strafverteidigung.

Jochen Bung (Universität Passau) befasste sich in seinem Referat aus der Perspektive des allgemeinen Strafrechts intensiv mit *Nauckes* Schrift und ihrer Annäherung an eine „politische Wirtschaftsstraftat“. *Bung* lehnte den Vorschlag eines Sonderstrafrechts für schwere Wirtschaftsstraftaten kategorisch ab und kritisierte *Nauckes* Ansatz scharf. Viele Fälle schwerer Wirtschaftskriminalität könnten de lege lata, etwa auf Grundlage des Völkerstrafgesetzbuchs, bereits erfasst werden. *Nauckes* Schrift scheinere zudem eher einer Wut gegen nur unscharf bezeichnete wirtschaftlich Mächtige zu entstammen und sei insgesamt „holzschnittartig“. Dem widersprach in der Diskussion *Klaus Marxen* (Humboldt-Universität zu Berlin), der *Nauckes* Ansatz als radikal und progressiv bewertete. Seiner Ansicht erhebt die Schrift auch nicht den Anspruch auf dogmatische Genauigkeit, sondern

sei, wie ihr Titel bereits klarstelle, eine „Annäherung“. *Singelnstein* zeigte in seinem Kommentar zu *Bungs* Referat einige grundlegende Probleme auf, die sich seiner Ansicht nach bei der strafrechtlichen Verfolgung von Handlungen im internationalen Wirtschaftsleben stellen. So sei es auf der einen Seite fraglos wichtig, dass das Strafrecht klare Grenzen besitze, auf der anderen Seite erschwere dies unweigerlich die Erfassung von Taten grenzenlos tätiger internationaler Unternehmen. Zugleich hänge ein solches Projekt vor allem von der Umsetzung entsprechender Regelungen in der Praxis ab. Dabei stehe der „Verrechtlichung ökonomischer Prozesse“ eine „Ökonomisierung des Rechts“ gegenüber, die sich in mangelnden Ressourcen sowie einer besonderen Selektivität derartiger Kriminalisierungsprozesse niederschlage.

Susanne Karstedt (University of Leeds) präsentierte eine kriminologische Sicht auf das Thema des Symposiums. Ihrer Ansicht nach handelt es sich bei der Untersuchung der Bekämpfung schwerer Wirtschaftsverbrechen durch das Strafrecht um ein klassisches Feld der Kriminologie, wie sich etwa schon an der Befassung der Kriminologie mit „White Collar Crimes“ zeige. In diesem Zusammenhang verwies sie auf die *Braithwaite'sche* Sanktionspyramide, die eine Reihe von Verhaltensregulationen enthalte, beginnend mit verschiedenen leichten Eingriffen und endend mit dem Entzug der Betriebserlaubnis des Unternehmens. Nach einem auf empirischen Daten basierenden Überblick über Konfliktzonen, in denen die Wahrscheinlichkeit von Unternehmen, in Massengewalt involviert zu werden, besonders groß sei, befasste sich die Referentin mit der Frage der Wirkung von Strafmaßnahmen auf Taten im Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit. Es gelte allgemein, dass das Risiko der Entdeckung ausschlaggebend für die Entscheidung sei, ein Delikt zu begehen, und nicht die angedrohte Strafhöhe. Dies könne sich aber bei Unternehmen verschieben, wenn sie mit zivilrechtlichen Konsequenzen konfrontiert würden. Zum Abschluss stellte *Karstedt* verschiedene Präventionsmöglichkeiten für Unternehmensdelikte dar, etwa die Effektivierung von Sicherungsmaßnahmen bzw. die Erhöhung von Transparenz im Unternehmen.

Ingeborg Zerbes (Universität Bremen) ging in ihrem Referat zunächst auf die Unterschiede zwischen dem allgemeinen und dem Wirtschaftsstrafrecht ein. Im Wirtschaftsstrafrecht existierten komplexe Machtstrukturen auf der Täterseite bzw. komplexe Auswirkungen der Tat, eine räumliche Streuwirkung der Tat (z.B. bei schweren Umweltschäden) sowie eine „umgekehrte Ermittlungslage“ (d.h. zunächst gerate ein möglicher Täter ins Blickfeld und erst mit fortschreitenden Ermittlungen entstehe ein konkreteres Bild der Tat). *Zerbes* zeigte im Folgenden, inwieweit bereits Lösungen für diese komplizierte Ausgangslage entwickelt worden seien und verwies insbesondere auf dogmatische Konzepte zur Erfassung der Tathandlungen, etwa im Bereich der Kausalität, sowie auf die Schaffung abstrakter Gefährungsdelikte mit klar definierten Schutzgütern (z.B. strafbare Verstöße gegen ein Handelsembargo). Trotzdem seien hier viele Fragen noch offen, etwa welche Pflichten die Unternehmensleitung bei grenzüberschreitenden Konzerntätigkeiten besitze. *Petra Wittig* (Ludwig-Maximilians-Universität München)

bezog sich in ihrem Kommentar noch einmal auf die Schrift von *Naucke*. Ihrer Ansicht nach bieten Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht de lege lata bereits Lösungen für die von *Naucke* behandelte Problematik. Insbesondere im Bereich des Allgemeinen Teils habe sich eine Sonderdogmatik für Wirtschaftskriminalität entwickelt. Es bedürfe deshalb nicht der Schaffung eines „politischen Wirtschaftsstrafrechts“ oder eines „Wirtschaftsvölkerstrafrechts“. Freilich bestehen laut *Wittig* Defizite in der Praxis, weshalb zunächst eine konsequente Anwendung der bestehenden Regeln erfolgen müsse, bevor über eine gesetzliche Ausweitung nachzudenken sei.

Die Sichtweise eines Strafverteidigers schilderte *Bernd Wagner* (Hamburg). Seiner Ansicht nach sind die in Rede stehenden Menschenrechtsverletzungen zwar keineswegs zu verharmlosen, es sei aber problematisch, dass bei der Erfassung der Unternehmenstätigkeit zunehmend eine Art „Compliance-Strafrecht“ geschaffen werde, bei dem auf ein konkretes Unrechtsurteil zu Gunsten des kriminalpolitischen Ziels der Bekämpfung eines rechtsfreien Raumes für Unternehmensführer verzichtet werde. Zudem wies *Wagner* auf Friktionen zwischen Vorschriften des geltenden Strafprozessrechts und dem Prinzip des fairen Verfahrens hin, etwa wenn gemäß § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ein Antrag auf Vernehmung eines (Entlastungs-)Zeugens abgelehnt werden dürfe, wenn dieser sich im Ausland befinde – eine in einem Verfahren gegen ein international tätiges Unternehmen sehr problematische Vorschrift. *Gerhard Strate* (Hamburg) befasste sich in seinem Kommentar mit der mangelnden Verfolgung von Bankern für ihre Tätigkeit während der Finanzkrise. Die Zurückhaltung der Staatsanwaltschaft sei schon deshalb erstaunlich, weil die Fälle nicht derart kompliziert seien, wie oft behauptet werde. Den „schwarzen Peter“ sah *Strate* allerdings bei der Strafrechtswissenschaft – die meisten Kommentare blendeten die im Zuge der Finanzkrise begangenen Straftaten kategorisch aus. Es entstehe der Eindruck, dass so mancher Strafrechtswissenschaftler eher daran interessiert sei, lukrative Aufträge für Prozessgutachten zu Gunsten der Banken zu erhalten, als die Rechtslage zu analysieren und dadurch eine effektive Strafverfolgung zu erleichtern.

Am Ende des Symposiums bestand bei den Teilnehmer/innen Einigkeit darüber, dass der Diskussion um ein „Wirtschaftsvölkerstrafrecht“ eine eindeutige terminologische Unterscheidung zu Grunde liegen müsse. *Gerhard Werle* (Humboldt-Universität zu Berlin) merkte in diesem Zusammenhang an, dass sich der Begriff einerseits als ein Strafrecht gegen transnationale Wirtschaftstätigkeit, die im Zusammenhang mit der Verletzung von Menschenrechten stehe, bzw. als Völkerrechtsverbrechen mit Unternehmensbeteiligung verstehen lasse. Für solche Taten hielten das nationale Strafrecht sowie das Völkerstrafrecht Regelungen bereit, die durch Justiz und Strafrechtswissenschaft besser konturiert, vor allem aber konsequenter angewendet werden müssten. Man könne den Begriff andererseits, im Sinne von *Nauckes* Schrift, als spezielle „Makrokriminalität durch Wirtschaftsunternehmen“ verstehen, für das eigene, am Völkerstrafrecht angelehnte Normen erst geschaffen werden müssten. Mit Blick auf dieses Verständnis überwogen bei den Teilnehmer/-

innen die Zweifel, ob ein solches Strafrecht legitimierbar bzw. im Hinblick auf die bereits bestehenden Regelungen erforderlich wäre. Dass ein solches „Wirtschaftsvölkerstrafrecht“ aber nicht als theoretisches Gedankenspiel abgetan werden sollte, zeigt das von *Werle* erwähnte Beispiel der African Union: Die African Union hege bereits seit einigen Jahren Pläne, den African Court of Justice and Human Rights um eine Sektion mit Strafkammern zur Verfolgung internationaler Verbrechen zu ergänzen. Der nun vorliegende Statutsentwurf erfasse neben den klassischen Völkerrechtsverbrechen auch schwere Wirtschaftsstraftaten wie Korruption.

Den Veranstaltern ist es mit dem Symposium gelungen, Licht auf das praktisch relevante und wissenschaftlich bislang wenig ergründete Feld der internationalen Wirtschaftsstraftaten zu werfen. An die Ergebnisse des Symposiums sollte nun angeknüpft werden – hier ist vor allem die Wissenschaft gefragt. Es ist deshalb erfreulich, dass eine Publikation der Beiträge geplant ist.