

AUSGABE 7-8/2015

S. 361 - 425

10. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters

A small note on a fundamental misunderstanding

By Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

361

„Die Veröffentlichung unterbleibt im Hinblick auf das Steuergeheimnis“

Die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen Informationsinteresse und Datenschutz erläutert am Beispiel des Steuergeheimnisses

Von Wiss. Mitarbeiter Georg Köpferl, München

375

Ausländisches Strafrecht

A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro

Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”)

Por Prof. Dr. Luís Greco, LL.M., Augsburg, Alair Leite, LL.M., Munique

386

O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?

O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido

Por Eneas Romero, Göttingen

394

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Michael Redmann, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB, 2014

(Privatdozent Dr. Kay H. Schumann, Bonn)

410

Europäisches Strafrecht

Ulrich Sieber/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2014

(Rechtsanwalt Hartmut Wächtler, München)

414

Ausländisches Strafrecht

Brandon L. Garrett, Too Big to Jail, 2014

(Wiss. Mitarbeiterin Natalia Dobrosz, Gießen)

419

VARIA

Tagungsbericht

Kongressbericht: Cyberkriminalität als internationale Herausforderung

Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice vom 12.04.-19.04.2015 in Doha, Katar

Von Wiss. Mitarbeiter Adrian Haase, Berlin

422

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

Jaime Winter Etcheberry

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters

A small note on a fundamental misunderstanding

By Prof. Dr. Sabine Swoboda, Bochum

The European Union has developed numerous instruments to promote European integration in all areas of law. Various EU framework decisions and EU directives contribute to building the Area of Freedom, Security and Justice in accordance with Art. 3 (2) and Art. 67 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU),¹ among them Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant and a flood of more recent EU Directives on mutual recognition concerning criminal procedure, e.g. Directive 2014/41/EU on the Investigation Order in Criminal Matters.² Council legislation is however just one pillar of EU integration. Another driving force is the European Court of Justice (ECJ) with a jurisprudence that betrays strong political incentives to use the interpretation of EU law as a technique to expand EU law to the detriment of state interests.³ The ECJ has for instance been known to employ EU competences in one area of the law as a springboard to conquer other areas of law which have not yet been subjected to European integration.⁴ It has furthermore furnished the rules and principles of the common market with a considerable leverage effect in order to allow the principles of the common market and the legal fiction of mutual trust (among the Member States) to seep into every area of the national legal order.⁵ By letting EU competences – originally confined to a very small range of areas – spill over to other areas of the law the ECJ has turned its jurisprudence into a powerful weapon of integration, including integration in the area of mutual recognition in criminal matters.

¹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ EU 2012 No. C 326/01.

² Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3.4.2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, OJ EU 2014 No. L 130/1; According to Art. 36 (1) of the Directive it has to be transposed by 22.5.2017.

³ Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2015, Art. 19 AEUV Rn. 42; Schlochauer, in: v. Caemmerer/Schlochauer/Steindorff (Hrsg.), Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, 1966, S. 431; Mertens de Wilmars, CDE 1976, 135; for background information see Langbauer, Das Strafrecht der Unionsgerichte, 2015, p. 47 f., 358 f.; Grimm, Verfassungsblog of 22.4.2013, online: <http://www.verfassungsblog.de/was-den-motor-antreibt-der-e-ugh-als-wegbereiter-der-europaischen-integration/#.VZ4nhIJqgzc> (9.7.2015).

⁴ For an overview of the history of forcing integration via ECJ jurisprudence even before Art. 67 ff. TFEU came into effect see Langbauer (fn. 3), p. 63 ff.

⁵ The most important leverage effect has been the duty to interpret national law in conformity with EU directives and EU Framework Decisions; Langbauer (fn. 3), p. 59 ff., 79.

This contribution wants to focus on the shadow side of the Court's political engagement. Criminal lawyers are alarmed by how the ECJ turns the legal instruments within the EU Area of Freedom, Security and Justice into yet another mechanism of expediting integration to the detriment of fundamental human rights. The ECJ refuses to consider itself a human rights court.⁶ And in Opinion 2/13 of 18 December 2014⁷ the Court has made it obvious that it is even willing to prevent other (national and international) courts from providing human rights protection in its place.⁸ This position is mistaken and dangerous. A preference of political objectives and an emphasis on EU autonomy⁹ over individual freedoms cannot be the legal foundation on which a European area of freedom, security and justice is built.

I. The perils of a self-image as a “driving force of integration”

In 2009, when the Consolidated Version of the Treaty of the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union came into effect (on 1 December 2009), the ECJ acquired a new role. It acquired the duty to safeguard the fundamental freedoms enshrined in the Charter of Fundamen-

⁶ Statement of the President of the European Court of Justice Vassilios Skouris, quoted after Besselink, Verfassungsblog of 18.8.2014; see also Douglas-Scott, Verfassungsblog of 24.12.2014, online:

<http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-ec-hr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VZ4qPIJqz> (9.7.2015);

background explanations by Lenaerts, EuR 2015, 3 (12 ff.); Franzius, ZaöRV 2015, 383 (398).

⁷ Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014, Opinion pursuant to Art. 218 (11) TFEU, Draft international agreement, Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties (“Opinion 2/13”).

⁸ Besselink, Verfassungsblog of 18.8.2014; Komárek on the other hand warns to read too much into the ECJ's statement that it is not a “human rights court”; Komárek, Verfassungsblog of 14.3.2015; online:

<http://www.verfassungsblog.de/its-a-stupid-autonomy/#.VZ4rS1Jqgzc> (9.7.2015).

⁹ Dissenting however Halberstam, Verfassungsblog of 12.3.2015, online:

<http://www.verfassungsblog.de/a-constitutional-defense-of-cj-eu-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-the-way-for-ward/#.VZ4ro1Jqgzc> (9.7.2015):

“[...] one of the Court's greatest concerns – mutual trust – goes to the very survival of the Union and demands not an exemption, but full accession.”

tal Rights of the European Union (EU-Charter),¹⁰ and it gained jurisdiction within the area of police and judicial cooperation in criminal matters (Art. 67 ff. TFEU).¹¹ The Court may now occasionally be requested to decide on standards of human rights protection within criminal proceedings in a Member State. That would – at least in the eyes of a criminal lawyer – include that the ECJ adopts the traditional approach of a criminal court to human rights issues. It would require the prioritization of human rights over political objectives as criminal law and criminal procedural law are historically designed as limits to state power. Criminal law in particular is subject to the rule of “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” so as to protect individual freedom from political arbitrariness. Criminal procedural law requires the state to abide by specific rules and legal forms when investigating and prosecuting individuals. The traditional approach of a criminal court would be to defend the fundamental freedoms of the accused even in the face of pressing political interests. This duty is fortified by the requirements of the European Convention on Human Rights which demands from criminal courts to put the defence of individual human rights at the forefront of their jurisprudence.¹²

The ECJ however has assumed its new role in the area of judicial cooperation in criminal matters without prioritising a human rights perspective. It still acts in accordance with its traditional self-perception as a driving force of integration; and this requires promoting the judicial fiat of mutual trust among member states even where individual human rights risk to be frustrated by the mechanisms of judicial cooperation.

¹⁰ OJ EU 2012 No. C 326/391; the Charter of Fundamental Rights was already proclaimed in 2000, but acquired legal effectiveness only in 2009 through the Treaty of Lisbon which includes the Charter into the category of EU primary law (Art. 6 [1] [1] Treaty on the European Union – TEU). The Charter therefore takes priority over EU secondary law; Streinz, in: Streinz (Hrsg.), AEUV/EUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2nd ed. 2012, Art. 6 EUV Rn. 2.

¹¹ Böse, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2nd ed. 2014, § 54 Rn. 1; for those instruments in the area of police and judicial cooperation in criminal matters which had been enacted before the 1.12.2009 on the basis of the old Treaty on the European Union, the judicial supervision of the ECJ did not immediately apply (ex-Art. 29 ff. EU). On 1.12.2014 however the transitional period five years from the day that the Treaty of Lisbon came into effect (see Art. 10(1) and (3) of Protocol no. 36 on transitional provisions to the Treaty of Lisbon) has run out. All instruments adopted under the old and the new treaty framework on police and judicial cooperation in criminal matters are now subject to the supranational judicial review of the ECJ.

¹² Eschelbach, in: Widmaier/Müller/Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2nd ed. 2014, § 31 Rn. 7; BVerfG NJW 2004, 3407 (3410) – Case „Görgülü“.

This paper proposes that the ECJ urgently needs to develop a new self-perception. It needs to acknowledge that in requests relating to cooperation in criminal matters the defence of individual rights must be at the forefront of the Court’s jurisprudence; even if faced with the risk to frustrate EU interests in building a unified area of freedom, security and justice.

II. The Area of Freedom, Security and Justice and the instruments of mutual recognition in criminal matter

The lack of interest in individual defence rights has been evident in the ECJ’s jurisprudence even before Opinion 2/13 in which the Court refused EU accession the European Convention of Human Rights.¹³ Opinion 2/13 however deserves specific mentioning because it includes some extremely disturbing passages. They will be analyzed below (in section II. 3.). The complaint is not that the ECJ would be disinterested in human rights. It has – quite on the contrary – always been willing to employ a human rights perspective with a view to enforcing the mechanisms of the common market against protective national interests. But the ECJ is most of all a Court with a political impetus. Its own role perception is strongly linked to its traditional policy to effectively implement the principles of the common market. Where this role perception however comes into conflict with the traditional role model of a (criminal) court, that role model that requires putting individual rights first, the ECJ seems to act under a fundamental misunderstanding: It chooses to advance politics to the detriment of individual rights.

The examples that prove this mistaken approach – mistaken from the viewpoint of a criminal lawyer – have been discussed time and again in legal journals and blogs. They include the cases “Radu”, “Melloni” and “Spasić” – which will be analyzed in an instant – and now “Opinion 2/13”. But what is yet unsolved is how to implant the missing perspective of individual human rights in the jurisprudence of the ECJ. Could the Member States force the Court to strengthen its human rights perspective via Council legislation? Would it help if the German Federal Constitutional Court revoked its willingness to cooperate with the ECJ under “Solange II”¹⁴, a

¹³ For the background of the Accession Agreement see the “Fifth Negotiation Meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights”, Final Report to the CDDH, 3-5 April 2013, Council of Europe, Doc. No. 47+1(2013)008re, 10.6.2013.

¹⁴ BVerfGE 73, 339 (387): “As long as the European Communities, in particular European Court case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safe-guard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the

decision that had been endorsed also by the Constitutional Courts of other Member States?¹⁵ Will the European Court of Human Rights start to exert pressure on the ECJ through revocation of the Bosphorus-presumption upheld since 2005 which assumes that the protection of fundamental rights in the EU is equivalent to the protection of fundamental rights under the system of the European Convention of Human Rights?¹⁶ Should the EU introduce not only a European Prosecutor but also a specialized European Court or a European Chamber for Criminal Matters?¹⁷ The perplexity of the current situation might call for more than just one solution.

1. The principle of Mutual Recognition in judicial cooperation in criminal matters

Pursuant to Art. 67 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union the EU the “Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States.” Art. 82 (1) of the Treaty adds that “(j)udicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and shall include the approximation of the laws and regulations of the Member States”.

This paper will not discuss the approximation of national laws as this is only sought for in specific areas of the law concerning “serious crime with a cross-border dimension” (Art. 83 [1] [1] of the Treaty on the Functioning of the EU¹⁸). Instead, this paper will deal with the principle of mutual recognition of judgements and judicial decisions which can apply in any criminal proceedings.

Art. 82 (1) (2) of the Treaty on the Functioning of the EU empowers the European Parliament and the Council to adopt

legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign juris-diction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law”.

¹⁵ See for example for the Constitutional Court of the Czech Republic, *Faix*, EuGRZ 2012, 597.

¹⁶ ECHR, Judgement of 30.6.2005 – Application no. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* [hereafter *Bosphorus Airways*] v. Ireland), para. 152 ff.; ECHR, Admissibility Decision of 20.1.2009 – Application no. 13645/05 (*Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij u. a. v. The Netherlands*).

¹⁷ This is proposed by *Langbauer* (fn. 3), p. 507 f., 609 ff.

¹⁸ Art. 83 (1) (2) of the Treaty on the Functioning of the EU enlists the areas of crime which the EU legislator had in mind. These include: “terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organized crime.” According to Art. 83 (1) (3) of the Treaty on the Functioning of the EU the enumerative list of areas of crimes may be enlarged by decision of the EU Council if the Council identifies other important “areas of crime that meet the criteria specified in this paragraph.”

any measures to – among others – “lay down rules and procedures for ensuring recognition throughout the Union of all forms of judgments and judicial decisions” or to “facilitate cooperation between judicial or equivalent authorities of the Member States in relation to proceedings in criminal matters and the enforcement of decisions.” Pursuant to Art. 82 (2) of the Treaty on the Functioning of the EU the European Parliament and the Council may by means of EU directive establish minimum rules in specific areas of criminal proceedings where these are necessary “to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension”. The last five years have brought about a variety of new instruments on mutual recognition. These include Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in Criminal Matters¹⁹, Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union²⁰ or Directive 2011/99/EU on the European Protection Order.²¹ Minimum rules on criminal procedure have been introduced for example by Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings²² and by Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty.²³

But the most important instrument of mutual recognition has been introduced more than 13 years ago under the previous legislative framework of the EU: The Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.²⁴ The European Arrest Warrant has proved troublesome to many Member States which have partly tried to limit its scope of applicability to serious crimes and to crimes with no specific link to the territory of the member state.²⁵ The European Arrest Warrant as an instrument of mutual recognition puts the presumption of mutual trust between the member states to the test. Experience with it has so far been mixed. According to empirical data only about one quarter to one third of all EU Arrest

¹⁹ OJ EU 2014 No. L 130/1.

²⁰ OJ EU 2014 No. L 127/39.

²¹ OJ EU 2011 No. L 338/2.

²² OJ EU 2012 No. L 142/1.

²³ OJ EU 2013 No. L 294/1.

²⁴ Framework Decision of 13.6.2002, OJ EU 2002 No. L 190/1.

²⁵ See for example the verdict of the German Federal Constitutional Court: BVerfG, NJW 2005, 2289 (2292 f.); as to that *Bosbach*, NStZ 2006, 104; *Sachs*, JuS 2005, 931 (933); *Knopp*, JR 2005, 448 (450 f.); the verdict’s main intention was to remind the German Parliament of its discretionary powers when transposing the EU Framework Decision into national law, in particular with regard to the grounds for optional non-execution of the European arrest warrant in Art. 4 No. 3 and Nr. 7 (a) of Framework Decision 2002/584/JHA.

Warrants issued in the EU between 2005 and 2013 have resulted in surrender.²⁶ The majority of EU arrest warrants is not executed. This indicates serious flaws in the system of the EU Arrest Warrant. Reports of individual cases suggest an “overuse” of European arrest warrants. Courts issue them regularly but too often for minor offences.²⁷ Courts issue arrest warrants even in cases in which the whereabouts of the accused are in fact unknown. To make up for this lack of knowledge the Courts address several EU arrest warrants to all other Member States just in case that the person might be found somewhere.²⁸ Another problem seems to be that too many European arrest warrants are issued in cases in which the evidence against the person sought is weak. For that person the European Arrest Warrant proceedings resulted in long-term detention in a foreign country in wait for a decision that the criminal proceedings are discontinued due to lack of evidence.²⁹ In several cases courts issued arrest warrants merely to conduct witness interviews with people unwilling to travel to another country. The main problem with the current system of the European arrest warrant is thus obviously one of proportionality. On 27 February 2014 the European Parliament directed several recommendations to the European Commission on how to deal with the issue of proportionality.³⁰ The European Commission however seems reluctant to

tackle the problems. Meanwhile the evident flaws of the European Arrest Warrant system pose the risk of undermining the building of mutual trust between the Member States.

These flaws need to be kept in mind when discussing the ECJ’s refusal to act as a human rights court since this refusal has become manifest in several judgments concerning the European Arrest Warrant. These cases and other examples relate to the Court’s interpretation of the European “ne bis in idem” in Art. 50 of the EU Charter of Fundamental Rights will now be analyzed.

2. The Cases of “Radu”³¹ and “Melloni”³²

The analysis starts with the cases of “Ciprian Vasile Radu” and “Stefano Melloni”. Both cases had the ECJ face the question whether a Member State’s duty to execute a European arrest warrant can find its limits in serious human rights concerns.

a) “Radu”

Ciprian Vasile Radu had been arrested in Romania to be surrendered to Germany on the basis of four European Arrest

²⁶ *European Parliament*, At a glance, Infographic of 23.6.2014, European Arrest Warrant: in the year 2013 10,400 EU arrest warrants had been issued, but only 2,400 EU arrest warrants resulted in surrender; for the years 2005 to 2013 it is reported that 99,841 European Arrest Warrants were issued, but only 26. 210 EU arrest warrants led to the surrender of the person; see:

<http://www.europarl.europa.eu/EPRS/140803REV1-European-Arrest-Warrant-FINAL.pdf> (9.7.2015).

²⁷ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 11.4.2011, COM (2011) 175 final, p. 6, 7 f.; that criticism is reiterated by Advocate General Sharpston in: ECJ, Judgment of 29.1.2013 – Case 396/11, Ministerul Public, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu, Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 18.10.2012, para. 60 f.

²⁸ *Harris*, euronews of 25.4.2015, online:

<http://www.euronews.com/2015/04/27/reform-calls-after-figures-highlight-fundamental-flaws-of-european-arrest/> (9.7.2015).

²⁹ For the case of Andrew Symou see *Harris*, euronews of 25.4.2015.

³⁰ European Parliament resolution of 27 February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109[INL]); the recommendations call for legislative proposals by the Commission that include:

a procedure whereby a mutual recognition measure can, if necessary, be validated in the issuing Member State by a judge, court, investigating magistrate or public prosecutor, in

order to overcome the differing interpretations of the term “judicial authority”;

a proportionality check when issuing mutual recognition decisions, based on all the relevant factors and circumstances such as the seriousness of the offence, whether the case is trial-ready, the impact on the rights of the requested person, including the protection of private and family life, the cost implications and the availability of an appropriate less intrusive alternative measure

a standardized consultation procedure whereby the competent authorities in the issuing and executing Member State can exchange information regarding the execution of judicial decisions such as on the assessment of proportionality and specifically in regard to the EAW to ascertain trial-readiness; a mandatory refusal ground where there are substantial grounds to believe that the execution of the measure would be incompatible with the executing Member State’s obligation in accordance with Article 6 of the TEU and the Charter, notably Art. 52 (1) thereof with its reference to the principle of proportionality;

the right to an effective legal remedy in compliance with Art. 47 (1) of the Charter and Art. 13 of the ECHR, such as the right to appeal in the executing Member State against the requested execution of a mutual recognition instrument and the right for the requested person to challenge before a tribunal any failure by the issuing Member State to comply with assurances given to the executing Member State;

a better definition of the crimes where the EAW should apply in order to facilitate the application of the proportionality test.

³¹ ECJ, Judgment of 29.1.2013 – Case C 396/11 (Criminal Proceedings against Ciprian Vasile Radu), OJ EU 2013 No. C 86/07 (“Radu”).

³² ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 (Criminal proceedings against Stefano Melloni), OJ EU 2013 No. C 114/16 (“Melloni”).

Warrants issued by the Public Prosecutor's Offices in Münster, Bielefeld, Coburg and Verden for acts of robbery. Mr. Radu did not consent to his surrender. He claimed that the conditions of surrender under the EU Framework Decision on the European Arrest Warrant were inconsistent with the fundamental rights and guarantees under the Charter of Fundamental Rights. Not only had Germany not fully transposed the Framework Decision into national law,³³ Radu also claimed that any EU Member State executing an EU Arrest Warrant was obliged to ascertain that the issuing Member State did observe the fundamental rights of the accused guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights and Germany, thus Mr. Radu's claim, had disregarded his right to be heard before issuing the EU Arrest Warrant.

The ECJ dismissed Mr. Radu's arguments in their entirety. Art. 47 and 48 of the Charter – which have to be interpreted in accordance with Art. 6 of the European Convention on Human Rights – did not require a suspect to be heard before a European Arrest Warrant is issued. Furthermore, to require a legal hearing by the issuing authority would lead “to the failure of the very system of surrender” as provided by EU Framework Decision on the European Arrest Warrant.³⁴ Concerning Mr. Radu's demand that the authorities of the state executing the European Arrest Warrant are obliged to ascertain that the issuing Member State has observed the fundamental rights of the accused, the ECJ ruled that a Member State may refuse to execute a European Arrest Warrant only in the cases of mandatory or optional non-execution provided for in Art. 3 to 4a of the Framework Decision 2002/584. None of the cases listed in these articles applied to the Arrest Warrant in Mr. Radu's case.

The ECJ's judgement in “Radu” did not strike observers as peculiar. The judicial rights which Mr. Radu claimed to have (e.g. the right to be heard even before an arrest warrant is issued and his expectation that Rumanian authorities must ensure the legality of the action of the German authorities) did not exist, neither on the basis of Art. 6 ECHR (or Art. 47, 48 of the EU Charter respectively)³⁵ nor under the Constitu-

tional Framework of Germany or Romania. It was therefore reasonable that the ECJ dismissed Mr. Radu's claims. Some observers however felt rather uncomfortable with the ECJ's approach to the case. They criticized the ECJ's insistence that the reasons for refusing the execution of an EU Arrest Warrant were exhaustively listed in Art. 3 to 4a of the Framework Decision 2002/584 because this already indicated that the ECJ would not allow Member States to invoke *ordre public* exceptions to their duty to surrender the accused if these were not explicitly reflected in the Framework Decision.³⁶

b) “Melloni”

The ECJ's refusal to accept national *ordre public* exceptions beyond the catalogue of exceptions listed in the EU Framework Decision on the European Arrest Warrant became decisive one month later in the case of Stefano Melloni. This time the ECJ's position triggered substantial criticism throughout Europe.

Stefano Melloni had been convicted and sentenced in absentia by the Tribunal of Ferrara for bankruptcy fraud in 2000. The Judgement in first instance was subsequently confirmed by the Court of Appeal of Bologna and in 2004 by the Italian Supreme Court of Cassation. On 8 June 2004 the Italian Public Prosecutor's Office in the Court of Appeal of Bologna issued a European Arrest Warrant for execution of the sentence imposed by the Tribunal of Ferrara.³⁷ The Spanish police arrested Mr. Melloni on 1 August 2008, but Mr. Melloni opposed his surrender to the Italian authorities, contending that he had revoked the appointment of the two lawyers who had represented him during trial before the final verdict in 2nd instance. After the judgement in first instance he had appointed another lawyer who had not been notified of the subsequent in absentia proceedings before the Court of Appeal of Bologna.³⁸ Stefano Melloni further contended that under Italian law there was no appeal against the sentences

rechtskonvention, Handkommentar, Art. 5 Rn. 65 f.; *Gaede*, NJW 2013, 1279.

³⁶ Advocate General Eleanor Sharpston had in fact offered a quite different approach to the matter that included a strong human rights perspective: see ECJ, Judgment of 29.1.2013 – Case 396/11, *Ministerul Public, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu*, Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 18.10.2012, para. 69 ff.; approvingly quoted by *Schunke*, EuCLR 5 (2015), 46 (49); *Gaede*, NJW 2013, 1279; in Germany § 73 S. 2 IRG (Law on International Legal Assistance) stipulates that legal assistance or the transfer of personal or other data to a requesting state is unlawful if the state thereby breaches fundamental principles of the European legal order (european *ordre public* exception). The ECJ's ruling in Radu however would prevent the authorities from invoking this *ordre public* exception if the exception is not listed in the EU Framework Decision 2002/584.

³⁷ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 (“Melloni”), para. 14.

³⁸ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 (“Melloni”), para. 15 f.

³³ Explanation: On 18 July 2005 the German Federal Constitutional Court had declared the German legislation which transposed the Framework Decision on the EU Arrest Warrant into the “Internationales Rechtshilfegesetz (IRG)” unconstitutional and void for not complying with Art. 16 (2) and Art. 19 (4) of the German Basic Law and the principle of proportionality; BVerfG, NJW 2005, 2989. The EU Arrest Warrant that had been issued in Mr. Radu's Case was based on the “Second Law on the European Arrest Warrant” (2. Europäisches Haftbefehlsgesetz) of 20.7.2006 (BGBl. I 2006, p. 1721) which pays attention to the critical remarks of the Bundesverfassungsgericht.

³⁴ ECJ, Judgment of 29.1.2013 – Case C 396/11 (Radu), para. 39 f.

³⁵ The rights of the arrested person are explained in Art. 5 (2)-(5) ECHR; these include a right to be heard by a judge, but only after the arrest has taken place; *Meyer-Ladewig*, in: *Meyer-Ladewig* (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschen-

imposed in absentia. The Spanish authorities should therefore make the execution of the European Arrest Warrant conditional upon a guarantee of appeal against his judgement by Italian authorities.³⁹ These requests were at first refused by a Spanish Court which ordered Mr. Melloni's surrender to Italy, but Mr. Melloni filed a "recurso de amparo", an appeal to the Spanish Constitutional Court based on Art. 24 (2) of the Spanish Constitution which provides the right of access to a judge and the right to a fair trial. The Constitutional Court decided to hear the complaint but was unresolved on whether it was allowed to apply its own constitutional level of protection of a fair trial to the case. It therefore requested a preliminary ruling from the European Court of Justice in accordance with Art. 267 TFEU for the interpretation of Art. 4a (1) of Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States. It in particular requested "whether a Member State may refuse to execute a European arrest warrant on the basis of Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') on grounds of infringement of the fundamental rights of the person concerned guaranteed by the national constitution."⁴⁰

Art. 53 of the Charter of Fundamental Rights would in fact allow for a higher level of protection of fundamental rights in the Member States.

Art. 53 reads:

"Nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognized, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions."

The ECJ however upheld its ruling in "Radu" which says that the reasons for refusing the execution of an EU Arrest Warrant are exhaustively listed in Art. 3 to 4a of the Framework Decision 2002/584. And it proceeded to subject the interpretation of Art. 53 of the Charter of Fundamental Rights to the principle of primacy, unity and effectiveness of EU law.⁴¹

³⁹ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 ("Melloni"), para. 16.

⁴⁰ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 ("Melloni"), guiding principles and para. 26, 55; that question reiterates a question in *N.S. v. Secretary of State for the Home Department* in which the ECJ in fact did find that even a piece of legislation of exclusive harmonization is subject to unwritten human rights exceptions, ECJ, Judgment of 21.12.2011 – Case C-411/10, C-493/10 (*N.S. v. Secretary of State for the Home Department* and *M.E. v. Refugee Applications Commissioner Ministry for Justice Equality and Law Reform*), para. 86, 94 ("N.S. and M.E.").

⁴¹ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 (*Melloni*), para. 57 ff.

The Court explained that EU Framework Decision 2002/584 sought to establish a new simplified and more effective system for the surrender of persons convicted or suspected of a crime with a view to "contributing to the objective set for the EU to become an area of freedom, security and justice by basing itself on the high degree of confidence which should exist between the Member States (Radu, paragraph 34)".⁴² If Art. 53 of the EU Charter of Fundamental Rights was interpreted as proposed by the Spanish Constitutional Court so as to allow the Member States to apply higher standards of protection of fundamental rights as guaranteed in the Member State's Constitution, the Member States would be enabled to ignore EU legal rules even though these rules are in full compliance with the EU Charter.⁴³ Since the EU Framework Decision on the European Arrest Warrant reflected the consensus of the Member States on the scope of procedural rights that a person convicted in absentia should enjoy in the area of freedom, security and justice, no Member State should try to unilaterally raise that level of protection as this meant to cast doubt on the uniformity of the standard of protection under the Framework Decision. The State would thus undermine the principles of mutual trust and recognition in the EU area of freedom, security and justice and thus compromise the efficacy of the framework decision.⁴⁴

The ECJ's firm conviction that where the effectiveness of EU law and EU integration policies is at stake, fundamental rights and freedoms must only be granted within the limits of the minimum standards defined by the European Convention on Human Rights and the EU Charter on Fundamental Rights has provoked strong criticism.⁴⁵ For once, the ECJ's interpretation of Art. 53 of the Charter of Fundamental Rights is in effect a way to "side-step" the guarantees offered under Art. 53. The text of Art. 53 unequivocally says that a state may afford a higher level of protection. But by subjecting the promise of a higher level of protection under a Member State's national constitutional law to the principle of primacy, unity and effectiveness of EU law, the Court has de facto almost abolished the possibility of higher levels of protection under Art. 53 of the Charter.⁴⁶ The ECJ in *Melloni* also ignored para. 12 of the Preamble of EU Framework Decision 2002/584 which says that the Framework Decision on the European Arrest Warrant "respects fundamental rights and observes the principles recognized by Article 6 of the Treaty on European Union and reflected in the Charter of Fundamental Rights of the European Union" and that "[T]his

⁴² ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 ("Melloni"), para. 36.

⁴³ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 ("Melloni"), para. 58.

⁴⁴ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 ("Melloni"), para. 63.

⁴⁵ *Franzius*, EuGRZ 2015, 139 (142 f.); *Franzius*, ZaöRV 2015, 383 (397 ff.); *Besselink*, European Law Review 39 (2014), 531 (533 f.); *Hwang*, EuR 2014, 400 (413 f.); *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1281 f.); *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (23 ff.).

⁴⁶ *Besselink*, Verfassungsblog of 18.8.2014, and *Besselink*, European Law Review 39 (2014), 531 (533).

Framework Decision does not prevent a Member State from applying its constitutional rules relating to due process, freedom of association, freedom of the press and freedom of expression in other media.”⁴⁷ That means that not only Art. 53 of the EU Charter of Fundamental Rights but also the EU Framework Decision itself provides for a “principle of advantage” (Günstigkeitsprinzip) to the accused, meaning that the highest available human rights standards should apply. The ECJ simply ignored that.

Given the wide applicability of the EU Charter of Fundamental Rights after the ECJ’s decision on the scope of Art. 51 of the Charter in Åkerberg Fransson⁴⁸ and the ECJ’s monopoly on the interpretation of human rights standards that goes with the applicability of the Charter⁴⁹, the ECJ’s rulings might have turned Art. 53 into a Trojan Horse which does not in fact provide the accused with the most effective procedural safeguards but on the contrary takes away from him all safeguards that surpass the EU-minimum level of rights and freedoms. This position however is inconsistent with Art. 4(2) of the Treaty on European Union which provides that the EU shall respect the national identities of the Member States,

inherent in their fundamental structures, political and constitutional”.⁵⁰

There is however one ray of hope: In Melloni and in Åkerberg Fransson the Court also said that “in a situation where action of the Member States is not entirely determined by European Union law” a national court may in interpreting a national provision which implements EU law apply “national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection provided for by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of European Union law are not thereby compromised”.⁵¹ This means that where a Member State has discretion on how to implement EU directives it may at least apply its own higher constitutional standards to its discretionary acts.⁵² But can that be all that is left of the principle of ad-

⁴⁷ I want to thank Łukasz Stepkowski from the University of Wrocław for pointing both aspects out to me.

⁴⁸ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-617/10 (Criminal proceedings against Hans Åkerberg Fransson), OJ EU 2013 No. C 617/10, para. 27, 30 (“Åkerberg Fransson”); the German Federal Constitutional Court reacted critically to the ECJ judgement in Åkerberg Fransson; see BVerfGE 133, 277 (316), and Masing, JZ 2015, 477 (481 f., 483).

⁴⁹ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-617/10 (Åkerberg Fransson), para. 30 f.; in parts confirmed in ECJ, Judgment of 30.4.2014 – Case C-390/12 (Preliminary Ruling in the Proceedings brought by Robert Pflieger et al.), para. 33 ff.; more restrictive however ECJ, Judgment of 6.3.2014 – Case C-206/13 (Preliminary Ruling in the Proceedings Proceedings of Cruciano Siragusa v. Regione Sicilia), para. 25 f.; ECJ, Judgment of 10.7.2014 – Case C-198/13 (Preliminary Ruling in the Proceedings brought by Victor Hernández et al.), para. 34 ff., stating that “the mere fact that a national measure comes within an area in which the European Union has powers cannot bring it within the scope of EU law, and, therefore, cannot render the Charter applicable” and that in order to determine whether a national measure involves the implementation of EU law for the purposes of Art. 51 (1) of the Charter, it is necessary to determine, inter alia, whether that national legislation is intended to implement a provision of EU law; the nature of the legislation at issue and whether it pursues objectives other than those covered by EU law, even if it is capable of indirectly affecting EU law; and also whether there are specific rules of EU law on the matter or rules which are capable of affecting it.” For the dispute on how to “organize” the relationship between the spheres of national constitutions and Charter rights in accordance with Art. 51 EU Charter see *Franzius*, ZaöRV 2015, 383 (385 ff.); also *Cremer*, NVwZ 2003, 1452.

⁵⁰ *Franzius*, EuGRZ 2015, 139 (142); for an opposing opinion see *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (10 ff., 27).

⁵¹ ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-617/10 (Åkerberg Fransson), para. 29; ECJ, Judgment of 26.2.2013 – Case C-399/11 (Melloni), para. 60.

⁵² *Besselink*, Verfassungsblog of 18.8.2014; *Franzius*, EuGRZ 2015, 139 (142); *Franzius*, ZaöRV 2015, 383 (399); *Masing*, JZ 2015, 477 (486); this principle has already been applied in ECJ, Judgment of 30.5.2013 – Case C-168/13 (Jeremy F. v. Premier Ministre). The accused Jeremy Forrest consented to his surrender from France to the United Kingdom but did not renounce the specialty rule, under which a person who has been subject of an arrest warrant may not be prosecuted for an offence committed prior to his surrender other than that for which he or she was surrendered. The judicial authorities however subsequently asked the competent investigation chamber of the Cour d’appel de Bordeaux to consent to the prosecution of another offence committed in the U.K. prior to the accused’s surrender. The investigative chamber decided to grant its consent and the accused brought an appeal before la Cour de Cassation. The French Code of Criminal Procedure however did not provide for any appeal against the decision of the investigative chamber, a fact that in the eyes of the Court of Cassation was inconsistent with the guarantees of the French Constitution. The Court therefore referred a priority question of constitutionality to the Conseil Constitutionnel. The Conseil Constitutionnel on its part then wanted to know from the European Court of Justice whether the European law required the possibility of such an appeal or whether it prohibited such an appeal. The ECJ ruled that the Framework Decision 2002/584 did not provide for rules on this matter. That meant that Member States could provide regulations for such an appeal (subject to the condition that the requested surrender must be put into effect within a reasonable time – notwithstanding the possibility to appeal), but that the Framework Decision at the same time did not require them to introduce such an appeal. Le Conseil Constitutionnel subsequently ruled that the French law must provide for an appeal against the decision to consent to foreign prosecution for an offence for which the accused had originally not been surrendered; *Franzius*, EuGRZ 2015, 139 (142 [fn. 38]).

vantage under Art. 53 of the Charter after Melloni and Åkerberg Fransson? Was it really the intention of the drafters of the EU Charter to allow for higher levels of protection under national constitutional law only where a Member State still has room for autonomous action?⁵³ If this is the case then there is also another consequence to consider: Since it is the European Court of Justice that defines the scope for autonomous action that is left to the Member States, it is also be the ECJ who becomes the final arbiter of the scope of applicability of the national constitutions.⁵⁴ Not only do the higher national levels of protection have to give way to mere EU minimum standards of fundamental rights if the European Court of Justice decides that a higher level of protection jeopardizes the objectives of EU law, it is also up to the European Court of Justice to determine in which cases the national human rights standards have to be examined for a potential collision with the primacy of EU law.

3. “*Ne bis in idem*” pursuant to Art. 50 of the EU Charter of Fundamental Rights in the Case of “Spašić”

The conflict between primacy of EU law and the principle of advantage (*Günstigkeitsprinzip*/le principe de faveur) as foreseen in Art. 53 of the Charter of Fundamental Rights is not the only aspect that troubles criminal lawyers. The risk that national constitutional guarantees have to give way to common EU minimum standards of fundamental rights might be manageable if the Member States pay attention to this risk while negotiating EU acts within the area of freedom, security and justice. They might decide to bypass that risk by leaving room for state discretion in implementing EU law. The wider the scope of state discretion the better the chances that a higher national level of human rights protection can apply under Art. 53 EU Charter of Fundamental Rights.⁵⁵

Still criminal lawyers are alarmed to see that the principle of primacy of EU law, that has once been known to improve the legal protection of citizens,⁵⁶ now also works into the opposite direction. It takes away national constitutional rights and lowers the level of protection against infringements of rights of an accused by a Member States.⁵⁷

To make matters worse, the European Court of Justice seems inclined to promote the idea of “security” or “law enforcement” in the area of freedom, security and justice to

the disadvantage of the dimension of individual freedoms and judicial rights.⁵⁸ This preference for interests of law enforcement became evident in the case of “Zoran Spašić”.⁵⁹ Zoran Spašić was a Serbian national who had been convicted by an Italian court in absentia for fraudulent offences committed on 20 March 2009 in Milano to the detriment of a German national. The Italian court imposed a prison sentence and a fine of 800,- €. The verdict became final on 7 July 2012. In the meantime, the accused had absconded to Austria and Italy had failed to submit a request for his surrender. Meanwhile the Public Prosecutor’s Office in Regensburg had issued a European Arrest Warrant requesting the surrender of Zoran Spašić from Austria to Germany for criminal proceedings for the same fraudulent offences of 20 March 2009 which had been the subject matter of the Italian verdict. When the Italian verdict became final in July 2012, the public prosecutor at the Tribunale ordinario di Milano revoked the previously granted suspension of the sentence and ordered imprisonment and the payment of the fine of 800,- €. Meanwhile the Austrian authorities proceeded to surrender Mr. Spašić to Germany on 6 December 2013. There Mr. Spašić challenged the decision ordering his continued detention, claiming that he had already been finally convicted and sentenced by the Tribunale ordinario di Milano and that he enjoyed protection under the European principle of *ne bis in idem*. On 24 January 2014, he also paid the fine of 800,- € in order to demonstrate that parts of his punishment under the Italian verdict were served.

Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights stipulates that:

“No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.”

Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement,⁶⁰ the much older rule on the principle of *ne bis in idem* in Europe, is slightly more restrictive. It says:

“A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.”

⁵³ The answer to that is most probably: no! The Spanish Constitutional Court in Melloni therefore reacted to the ECJ’s decision by reminding the ECJ that according to Art. 4 (2) TEU EU law and its interpretation by the ECJ must respect the national identity of the Member States’ legal orders. For Spain the idea of a national legal identity also includes the principle of supremacy of the Spanish Constitution; *Franzius*, *ZaöRV* 2015, 383 (400 f.).

⁵⁴ *Besselink*, *Verfassungsblog* of 18.8.2014.

⁵⁵ *Franzius*, *EuGRZ* 2015, 139 (142); *Thym*, *JZ* 2015, 53 (55).

⁵⁶ Starting with ECJ, Judgment of 14.7.1967 – Case C 6/64 (Costa v. ENEL).

⁵⁷ *Gaede*, *NJW* 2013, 1279 (1281); *Besselink*, *Verfassungsblog* of 18.8.2014.

⁵⁸ *Meyer*, *HRRS* 2014, 270 (272 ff.); *Gaede*, *NJW* 2014, 2990.

⁵⁹ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (Criminal Proceedings against Zoran Spašić), *OJ EU* 2014 No. C 129/14 (“Spašić”).

⁶⁰ The Schengen acquis, Convention implementing the Schengen Agreement of 14.6.1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, as referred to in Art. 1 (2) of Council Decision 1999/435/EC of 20 May 1999; *OJ EU* 2000 No. L 239, p. 0019 ff.

Zoran Spašić claimed that he had been finally sentenced within a Member State and that his continued detention therefore violated his right to protection under Art. 50 of the Charter. The German authorities however replied that the enforcement condition of the older *ne bis in idem* protection under Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement also applies to the protection under Art. 50 of the Charter.⁶¹ This means that the protection of *ne bis in idem* under Art. 50 of the EU Charter is confined to cases in which the foreign penalty has already been enforced, is in the process of being enforced or can no longer be enforced. Since Zoran Spašić had never served his prison sentence in Italy he did not merit protection under Art. 50 of the Charter. With regard to this, the accused responded that, although he had never served the prison sentence, his penalty had already partly been enforced since he had already paid the Italian fine of 800,- €.

The question which the Higher Regional Court Nuremberg (OLG Nürnberg) now forwarded to the ECJ concerned the relation between Art. 50 of the Charter and the older rule in Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement (“CISA”). The German court wanted to know in particular whether Art. 54 CISA is compatible with Art. 50 of the Charter in so far as it restricts the application of the *ne bis in idem* principle to the condition that, if a penalty has been imposed, the penalty has been enforced, is in the process of

being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing State.⁶²

The argument for restricting Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights by an enforcement condition emphasizes the potential for abuse of the *ne bis in idem* protection by fugitives who, after having been convicted in one Member State from which they subsequently fled, might go unpunished if no other State is entitled to hold them to account. The enforcement condition under Art. 54 CISA is seen as a necessary and proportionate precaution that ensures that the European area of freedom, security and justice does not become a “safe haven” for persons fleeing their sentence. The enforcement condition – thus the argument goes – should therefore also be applied to Art. 50 of the Charter, notwithstanding the fact that the drafters of the Charter had deliberately decided to forego an enforcement condition⁶³ in the belief that in the near future a multitude of European instruments of mutual judicial assistance in criminal matters – instruments like the European arrest warrant – would ensure that forum-fleeing was no longer a useful option to an accused.

The German jurisprudence has even offered a theoretical concept of how to construct Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement as a “legal limitation” to the *ne bis in idem* clause under Art. 50 of the Charter. That concept is based on an extensive reading of Art. 52 (1) of the Charter. Art. 52 (1) deals with the possibility to restrict the fundamental guarantees of the Charter by law. The article provides that “[a]ny limitation on the exercise of the rights and freedoms recognized by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.” The German Federal High Court believes that the protection of *ne bis in idem* under Art. 50 of the Charter may be restricted by EU secondary legislation and deems it appropriate to construe Art. 54 CISA or – more exactly – the enforcement condition of *ne bis in idem* under Art. 54 CISA as such a limitation to the guarantee of *ne bis in idem* under Art. 50 of the Charter.⁶⁴ The prohibition of double jeopardy under Art. 50 of the Charter is thus only granted within the limits and under the conditions laid down in Art. 54 CISA.

Doubts remain whether this interpretation truly replicates the intent of the drafters of the Charter of Fundamental Rights. If the drafters of the Charter had wanted to maintain an enforcement condition, why did they not mention it in

⁶¹ The notion that Art. 54 CISA and its restrictive conditions for *ne bis in idem* also apply to the much broader text of Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights, although the Charter does not explicitly require that the penalty has been enforced to grant the protection *ne bis in idem*, is firmly established in the jurisprudence of the German Federal High Court (“BGH”). The BGH however came to this conclusion without referring an interpretation request to the ECJ. Its ruling is quite controversial and it remained controversial in Germany even after the ECJ’s ruling in “Spasić”; for the German jurisprudence see BGHSt 56, 11; BVerfG NJW 2012, 1202 (1204); LG Aachen StV 2010, 237; OLG Hamburg BeckRS 2014, 22309 (para. 13); consenting Hecker, JuS 2012, 261; *id.*, *Europäisches Strafrecht*, 4th ed. 2012, § 13 Rn. 38 f.; Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6th ed. 2013, § 10 Rn. 70; Eckstein, ZStW 124 (2012), 490 (514 ff.); Hackner, NStZ 2011, 425 (429); Ambos, *Internationales Strafrecht*, 4th ed. 2014, § 10 Rn. 132; Safferling, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 12 Rn. 84 f.; for the discussion prior to the judgment see Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179 (184 ff.); dissenting Böse, GA 2011, 504 (505 ff.); Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (208 ff.); Walther, ZJS 2013, 16 (19 f.); Schomburg/Suominen-Picht, NJW 2012, 1190 (1191), see also Anagnostopoulos, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, p. 1121 (1137); Nestler, HRRS 2013, 337; Eser, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4th ed. 2014, Art. 50 Rn. 14.

⁶² ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (Spasić), para. 41.

⁶³ Schomburg/Suominen-Picht, NJW 2012, 1190 (1191); Böse, GA 2011, 504 (505 f.); Eser (fn. 61), Art. 50 Rn. 14.

⁶⁴ BGHSt. 56, 11 (14 ff.); the German Federal Constitutional Court supported that interpretation as “reasonable”; BVerfG NJW 2012, 1202 (1204); consenting Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179 (184 ff.); Satzger (fn. 61), § 10 Rn. 70; for a critical review of that argument see Meyer, HRRS 2014, 270 (272 [fn. 20]).

Art. 50 of the Charter?⁶⁵ It is more reasonable to believe that Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights replicates the broad *ne bis in idem* protection under Art. 14(7) of the International Covenant on Civil and Political Rights which does not require any enforcement of the first conviction.⁶⁶ Furthermore, Art. 54 CISA and Art. 50 of the Charter have different scopes of application. According to Art. 51 of the Charter of Fundamental Rights, the Charter applies whenever a Member State implements Union law. This may include criminal proceedings without any identifiable cross-border element as for example in Åkerberg Fransson⁶⁷. The Convention Implementing the Schengen Agreement, on the other hand, only applies to criminal proceedings with a transborder element. The accused must have been convicted and sentenced in another Member State.⁶⁸ Another surprise is that the enforcement condition of Art. 54 CISA is understood as a “limitation” to the *ne bis in idem* protection under Art. 54 CISA. A thorough analysis of Art. 54 CISA shows that the enforcement condition is not a restrictive element but a precondition for the *ne bis in idem* protection.⁶⁹ May a precondition be turned into a “limitation” merely by reinterpretation of the law?⁷⁰ And finally, why should a right which is such an important constituent of the European area of freedom, security and justice and essential for the freedom of movement between Member States (Art. 21 TFEU) suffer limitations merely because it is – like any other procedural right of the accused – susceptible of misuse?⁷¹ Even if suspects should make use of the *ne bis in idem* protection under Art. 50 to go “forum shopping” in the Member States why should that be a problem? The phenomenon of “forum shopping” by states and suspects is a direct and anticipated consequence of the common area of freedom, security and justice. It would be paradox to argue that the precise objective of a common area of freedom, security and justice once achieved turns into a security threat.⁷¹

Many expected that the ECJ would use the case of “Zoran Spašić” to reject the arguments of the German Federal High Court and rule that not even the risk of forum fleeing made it necessary to subject the *ne bis in idem* protection under Art. 50 of the Charter to an enforcement condition; all the more

since Zoran Spašić had in fact not fled from Italy but had already been held in custody in Austria when the Italian judgement became final.⁷² Spašić had not gone forum shopping. Besides, the German request for the surrender of Zoran Spašić from Austria proved that the EU arrest warrant system worked considerably well.⁷³ Italy might just have asked for extradition or entreat Austria or Germany to take over the enforcement of the prison sentence. If all these alternatives are available, why should an accused have to bear the risk that the Member State of first conviction neglects to enforce its sentence? Why should the individual bear the risk of double jeopardy within the area of freedom, security and justice only because some states might be negligent in combating crime?⁷⁴

But the ECJ paid no attention to the aspect of individual rights. It only focused on the security aspect thereby turning the area of freedom, justice and security in fact into a European area of collective combat against impunity.⁷⁵ The original idea to enable the free movement of European citizens throughout a common area of freedom and justice is dutifully mentioned in the judgement,⁷⁶ but it is not given any weight in the Court’s reasoning. The Court in fact downplays the aspect of individual rights and freedoms in order to ignore them. When the Court subsequently assesses the necessity and appropriateness of an enforcement condition for “*ne bis in idem*” under Art. 50 of the Charter, there is just one objective mentioned to guide the assessment of proportionality: the objective of ensuring impunity within an area of “security”.⁷⁷ Or, to highlight the methodology of the court with more precision, the Court solves the innate conflict between individual rights and state security interests within the area of freedom, security and justice by ignoring the perspective that includes individual rights and freedoms. The Court thus succeeds to manipulate the subsequent assessment of necessity in such a way that the test leaves no other choice but to apply the enforcement condition of Art. 54 CISA to Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights.⁷⁸ – For if there is only one objective left to pursue, i.e. the objective to avoid impunity at all costs, then the test of necessity will indeed favour those measures which appear most effective in preventing forum shopping and other risks of impunity. And the most effective prevention is to deny protection under the *ne bis in idem* clause to those who have been finally sentenced in one Member State but did not yet have to suffer the sentence yet. Other

⁶⁵ *Eser* (fn. 61), Art. 50 Rn. 14.

⁶⁶ *Eser* (fn. 61), Art. 50 Rn. 14; Art. 50 of the Charter must therefore primarily be understood in its protective function for the individual who is at risk of double jeopardy; *Gaede*, NJW 2014, 2990.

⁶⁷ ECJ, Judgment of 26.2.2013 — Case C-617/10 (Åkerberg Fransson), para. 27, 30; the German Federal Constitutional Court criticized the Judgment right away; see BVerfGE 133, 277 (316), and *Masing*, JZ 2015, 477 (481 f., 483).

⁶⁸ *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (209), noting that it is unreasonable to limit the *ne bis in idem* protection within the framework of one national legal order by an enforcement condition; likewise *Nestler*, HRRS 2013, 337 (339).

⁶⁹ *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (209); *Nestler*, HRRS 2013, 337 (339); *Meyer*, HRRS 2014, 270 (272).

⁷⁰ *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (210).

⁷¹ *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (210 f.).

⁷² *Weißer*, ZJS 2014, 589 (593); *Meyer*, HRRS 2014, 270 (278).

⁷³ *Meyer*, HRRS 2014, 270 (276); *Gaede*, NJW 2014, 2990 f.

⁷⁴ *Weißer*, ZJS 2014, 589 (593); *Meyer*, HRRS 2014, 270 (277 f.).

⁷⁵ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (Spašić), para. 62 ff.; for criticism see *Meyer*, HRRS 2014, 270 (273); *Gaede*, Journal? Year?, Starting Page?, (2011).

⁷⁶ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (Spašić), para. 61

⁷⁷ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (Spašić), para. 65.

⁷⁸ *Meyer*, HRRS 2014, 270 (272 f.).

measures, in particular measures that use EU instruments of mutual legal assistance like the European Arrest Warrant, are not as efficient for the objective of avoiding impunity.⁷⁹

The Court underscores this lack of efficiency with the argument that the Member State which has originally imposed the penalty does not have any obligation to make use of the instruments of mutual assistance.⁸⁰ But how can such an argument of distrust play a role in the area of freedom, justice and security under Art. 67 TFEU which indeed implores Member States to trust each other and to cooperate? It is probable that the decision of the European Court of Justice in *Spašić* was driven by fears that if the Court enforces the *ne bis in idem* protection, although the convicting state's negligence in enforcing the sentence was obvious, it would encounter strong state resistance and endanger future state compliance with the EU legislation in the area of freedom security of justice. But if so, then this fear-driven reasoning has led to a paradoxical argument: The European Court of Justice in *Spašić* consolidates the achievements of the area of freedom, security and justice by denying the very idea on which this area is built. Member States are called upon to trust each other. But in *Spašić* the individual has to suffer restrictions of fundamental rights because the ECJ finds it more appropriate to allow Member States to distrust each other and to doubt each other's willingness to enforce charges and sentences for a crime.⁸¹

4. Opinion 2/13⁸² and the ECJ's emphasis on the specific character of EU law in the Area of Freedom, Security and Justice

This paradoxical reasoning which most probably derives from fears that the Member States might start to object to the achievements in the common area of freedom, security and justice if the ECJ enforces the regulations on individual freedoms too strongly against state interests, has now found another expression in the Opinion 2/13 of 18 December 2014. In this opinion the ECJ seeks to entrench or cement existing structures and "achievements" in the area of freedom, security and justice and to shield these structures from potential human rights enquiries by the European Court of Human Rights. The dominant refrain of the Court's Opinion is the need to safeguard the autonomy of the EU legal order with its specific characteristics and its *sui generis* nature.⁸³ The European Court of Justice requests privileges within the system of the European Convention of Human Rights. It in particular

requires the European Court of Human Rights to step back or act restrained when adjudging matters which might affect European integration.⁸⁴ In its effort to ensure that accession to the European Human Rights System does not call into question the structures of European integration or even challenge the ECJ's monopoly on interpreting and guiding the course of European integration, the ECJ however forgets to address the most important aspect: the idea of strengthening the protection of human rights within the European Union by accession to the system of the European Convention of Human Rights.⁸⁵ The need to effectively guarantee human rights is mentioned not even once; neither is the idea that the human rights content of the European Convention of Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights are in principle anyhow the same.⁸⁶ The ECJ is too preoccupied to establish that the European Convention on Human Rights must – where it comes into contact with the EU legal order – be accepted as an integral part of that legal order, that it does not come into the Court's mind to include a human rights perspective.

To "cement" existing structures of the area of freedom, security and justice, the ECJ starts with putting specific emphasis on the Court's monopoly on interpreting EU law. The Court reminds the Member State that in "*Melloni*" it has stipulated a specific framework for the application of diverse Human Rights Standards within the area of freedom, security and justice. Although Art. 53 of the Charter of Fundamental Rights principally allows that the Member States retain higher standards of protection of fundamental rights than those guaranteed by the Charter, the Court has made it clear that the level of protection must not undermine the primacy, unity and effectiveness of EU law.⁸⁷ In Opinion 2/13 the Court now specifies that these limits on the proliferation of European human rights standards must also apply when the EU accedes to the European Convention of Human Rights.⁸⁸ The Court in particular refuses to accept human rights standards that exceed the guarantees approved in the various European instruments of mutual recognition. The ECJ also explains that it cannot accept an accession agreement which does not solve the "conflict" between Art. 53 of the European Convention of Human Rights and Art. 53 of the EU Charter of Fundamental Rights. Art. 53 of the ECHR, so the argument goes, stipulates that the Contracting Parties to the European Convention of Human Rights may lay down higher human rights standards than those guaranteed by the Convention. This permission, however, may come into conflict with the Court's interpreta-

⁷⁹ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (*Spašić*), para. 68 ff.

⁸⁰ ECJ, Judgment of 27.5.2014 – Case C-129/14 PPU (*Spašić*), para. 69.

⁸¹ Meyer, HRRS 2014, 270 (276); Gaede, NJW 2014, 2990 (2992).

⁸² Opinion 2/13 (fn. 7).

⁸³ Douglas-Scott, Verfassungsblog of 24.12.2014; Douglas-Scott, Verfassungsblog of 13.3.2015; online:

<http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-and-the-elephant-in-the-room-a-response-to-daniel-halberstam/#.VZ5D51Jozqc> (9.7.2015).

⁸⁴ For a profound criticism of this position see Tomuschat, EuGRZ 2015, 133 (134, 136).

⁸⁵ Tomuschat, EuGRZ 2015, 133 (135).

⁸⁶ Tomuschat, EuGRZ 2015, 133 (135); Art. 52 (3) of the EU Charter provides that "[i]n so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention."

⁸⁷ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 188.

⁸⁸ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 189.

tion of Art. 53 of the EU Charter of Fundamental Rights which establishes that higher human rights standards may only be applied subject to the condition that this does not violate the primacy, unity and effectiveness of EU law.⁸⁹

Critical reviews of Opinion 2/13 argue that there is no conflict between Art. 53 of the European Convention on Human Rights and Art. 53 of the Charter. The only conflict imaginable is the conflict between the law as stated in these Articles, which both allow for a level of protection in national laws, and the ECJ's refusal to implement this law within the framework of the EU Charter of Fundamental Rights.⁹⁰

On the principle of "mutual trust" between Member States the ECJ repeats that it is of "fundamental importance in EU law" because it lies at the heart of the creation of an area without internal borders.⁹¹ Critics however point out that the principle of mutual trust is still mainly based on fiction or a "judicial fiat", not on social reality.⁹² They also note that it would have been more in line with the drafters' intent for Art. 6(2) of the EU-Treaties to ensure that even in matters involving a fiction of mutual trust human rights aspects prevail.⁹³ That would include a safeguard that any application of EU mechanisms based on a fiction of mutual trust can be subjected to an external human rights control.⁹⁴

But it seems inconceivable for the ECJ to weaken the fiction of mutual trust through human rights arguments. The Court emphasizes that where EU Member States, under EU law, are required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States, no State may "check whether that other Member State has actually [...] observed the fundamental rights guaranteed by the EU."⁹⁵ And as no Member State may challenge the principle of mutual trust from a human rights perspective, the European Court of Human Rights should likewise not be allowed to force EU Member States to question human rights standards in another Member State. Such an obligation would "upset the underlying balance of the EU and undermine the autonomy of EU law."⁹⁶

That EU law is of a very specific nature and delicate balance is true, but it is disconcerting to see that political arguments – i.e. the argument that EU legal autonomy must be

maintained is in essence a political aim – oust human rights principles. The ECJ promotes EU supremacy irrespective of human rights concerns. It thereby ignores Art. 2 of the Treaty on European Union which states that "[t]he Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights" and Art. 67 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union which accepts that the area of freedom, security and justice can only be created "with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States."⁹⁷ Individual human rights have no place in the Court's reasoning unless they accidentally coincide with the Court's political objectives; and – what is even more damaging – individuals may not even request an inquiry into human rights violations, although the Court itself has admitted in "Spasić" that the assumption of equal criminal justice standards throughout the European Union does not match social reality.⁹⁸ What the ECJ's Opinion 2/13 in fact does is to deny individuals legal protection by exactly that Court which in Europe has been entrusted to define and enforce minimum standards of human rights: The ECJ is willing to inhibit legal protection by the European Court of Human Rights wherever European political interests come into conflict with individual human rights.⁹⁹

It is yet unclear how the European Court of Human Rights will respond to the ECJ's implicit confession in Opinion 2/13 that the EU system of mutual recognition and its fictitious basis – the assumption of mutual trust founded on similar human rights standards – are not yet fit to be presented to the inquisitive eye of the European Court of Human Rights.¹⁰⁰ The European Court of Human Rights currently upholds a presumption that the protection of fundamental human rights in the EU can be considered as equivalent to the protection under the system of the European Convention of Human Rights.¹⁰¹ This presumption, which privileges the EU

⁸⁹ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 189 f.

⁹⁰ *Michl*, Verfassungsblog of 23.12.2014, online: <http://www.verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/#.VZ5EiVJoqzc> (9.7.2015);

Douglas-Scott, Verfassungsblog of 13.3.2015; also *Halberstam*, Verfassungsblog of 12.3.2015.

⁹¹ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 191.

⁹² *Douglas-Scott*, Verfassungsblog of 13.3.2015; *Duff*, Verfassungsblog of 13.3.2015, online:

<http://www.verfassungsblog.de/eu-accession-to-the-echr-what-to-do-next/#.VZ5E8lJoqzc> (9.7.2015).

⁹³ *Duff*, Verfassungsblog of 13.3.2015.

⁹⁴ *Streinz*, Verfassungsblog of 15.3.2015, to be found under: <http://www.verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox/#.VZ5FUVJoqzc> (9.7.2015).

⁹⁵ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 192.

⁹⁶ Opinion 2/13 (fn. 7), para. 194.

⁹⁷ *Douglas-Scott*, Verfassungsblog of 13.3.2015. The ECJ also disregards that the aim of an area of freedom, security and justice is not only security but has multiple facets; *Meyer*, HRRS 2014, 270 (273).

⁹⁸ Apart from *Spasić* there are also ECHR-judgments that show that the fiction of mutual trust does not reflect reality; see for example ECHR, Judgment of 21.1.2011 – App. No. 30696/09 (M.S.S./Belgium and Greece), para. 345 ff.

⁹⁹ *Tomuschat*, EuGRZ 2015, 133 (136 ff.).

¹⁰⁰ For a first reaction by the President of the ECHR see *Spielmann*, in: ECHR (ed.), Annual Report 2014, p. 6: "More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation."

¹⁰¹ ECHR, Judgment of 30.6.2005 – App. No. 45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi [hereafter Bosphorus Airways] v. Ireland), para. 152 ff.; ECHR, Admissibility Decision of 20.1.2009 – App. No. 13645/05 (Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij u. a. v. The Netherlands); discussed by *Baumann*, EuGRZ 2011, 1; *Schorkopf*, German Law Journal 06 (2005), 1255; *Lavranos*, EuR 2007, 78.

and its Member States when implementing their legal obligations under EU law, may however be rebutted.¹⁰² Considering the ECJ's confession about the human rights shortcomings in the field of mutual recognition the European Court of Human Rights might have good reason to either recant that presumption or to apply it with much more constraint.¹⁰³

III. The missing perspective of individual defence rights as a poor omen for the future of the Area of Freedom, Security and Justice

The case review has established that the ECJ, although entrusted with the protection of the rights and guarantees under the European Charter of Fundamental Rights in December 2009, has not managed to perform the necessary transition from a Court with a mainly political incentive to a Court which puts human rights perspectives first. The ECJ does not attach due value to a human rights perspective. It persists to advance European integration policy even *contra legem*, in particular in contradiction to Art. 53 of the EU Charter of Fundamental Rights. According to Art. 6 (1) of the Treaty of the European Union, Art. 53 of the Charter carries the force of EU primary legislation and should therefore have enough weight to withstand an interpretation that grants individual human rights only within the conditions and limits of the residual European law. Or to put it another way, Art. 53 of the Charter should carry enough weight to at least make the ECJ reconsider its concept of absolute supremacy of common market and security interests. The Court should furthermore reconsider its decision in *Spašić* to reduce the multi-layered objectives of the area of freedom, security and justice to a mere common goal of fighting impunity.

The fundamental misunderstanding to which the capital headline refers then is nothing other than ECJ misunderstanding the role that it has to play within an area of freedom, security and justice and as guardian of the Charter of Fundamental Rights. The idea of the Charter and of acceding to the European Convention on Human Rights was to give the ECJ a legal foundation that would enable it to develop a human rights jurisprudence for Europe. The Court was entrusted with developing a quasi-constitutional frame for the European legal order.¹⁰⁴ But the ECJ refuses to play this role. It

holds on to its traditional political self-conception as a court with a political incentive, as a driving force of European integration.

The difficulty now is to persuade the Court to perform the transition into a Human Rights Court or to at least add human rights positions to the objectives that guide the test of necessity and proportionality of measures within the area of freedom, security and justice. Schemes on how a human rights perspective may be integrated into the mechanisms of mutual recognition already exist. These schemes have for example been offered by the Working Group on a Manifesto on European Procedure Law¹⁰⁵ or by Advocate General Eleanor Sharpston in her opinion on "*Radu*".¹⁰⁶ All schemes have common denominators. They in particular emphasise that the principle of mutual recognition, although a cornerstone of the area of freedom, justice and security, must not be absolute.¹⁰⁷ Mutual recognition has to be limited. Limits may be drawn by general rules and principles of European Union law, but also by aspects of *ordre public*, state sovereignty, national identity or legal coherence.¹⁰⁸ The Manifesto on European

effect, also the second sentence of Declaration No 2). Ideally this cooperation will lead to a strengthening of fundamental rights protection in Europe and will thus also help to give effect to the fundamental values on which the EU is founded (Art. 2 TEU)." See also *Douglas-Scott*, *Verfassungsblog* of 24.12.2014.

¹⁰⁵ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ("Manifesto").

¹⁰⁶ ECJ, Judgment of 29.1.2013 – Case 396/11, *Ministerul Public, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța v. Ciprian Vasile Radu*, Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 18.10.2012, para. 63 ff., in particular para. 97 reads: "[...] the answer to Question 4 should be that the competent judicial authority of the State executing a European arrest warrant can refuse the request for surrender without being in breach of the obligations authorized by the founding Treaties and the other provisions of Community law, where it is shown that the human rights of the person whose surrender is requested have been infringed, or will be infringed, as part of or following the surrender process. However, such a refusal will be competent only in exceptional circumstances. In cases involving Articles 5 and 6 of the Convention and/or Articles 6, 47 and 48 of the Charter, the infringement in question must be such as fundamentally to destroy the fairness of the process. The person alleging infringement must persuade the decision-maker that his objections are substantially well founded. Past infringements that are capable of remedy will not found such an objection." As to the position of the ECJ that the list of circumstances in which a State may refuse to execute an arrest warrant, are exhaustive, Sharpston said in para. 69: "[...] I do not believe that a narrow approach – which would exclude human rights considerations altogether – is supported either by the wording of the Framework Decision or by the [ECJ] case law."

¹⁰⁷ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430.

¹⁰⁸ For a comprehensive analysis of the limits to mutual recognition see *Suominen*, *EuCLR* 4 (2014), 210.

¹⁰² ECHR, Judgement of 30.6.2005 – App. No. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* [hereafter *Bosphorus Airways*] v. Ireland), para. 156.

¹⁰³ *Spielman* (fn. 100), p. 6; *Lock*, *Verfassungsblog* of 30.1.2015; online:

<http://www.verfassungsblog.de/will-empire-strike-back-strasbourg-reaction-cjeus-accession-opinion/#.VZ5YF1Jqzq> (9.7.2015).

¹⁰⁴ Opinion of Advocate General Juliane Kokott delivered on 13.6.2014, Opinion Procedure 2/13, initiated following a request made by the European Commission, para. 164: "Recognition by the EU of the jurisdiction of the ECtHR should not be seen as mere submission, [...] but as an opportunity to reinforce the ongoing dialogue between the Court of Justice and the ECtHR, as two genuinely European jurisdictions, regarding issues of fundamental rights (see, to that

Criminal Procedure Law in particular demands limits defined by the rights of the individual, be it either a suspect, a victim or a third persons affected by the proceedings. In addition, mutual recognition should be limited through the principle of proportionality.¹⁰⁹ Other schemes propose to install some kind of “Solange-Test” within European law, as used for example by the ECJ in *N.S. v. Secretary of State for the Home Department* and *M.E. v. Refugee Applications Commissioner* Ministry for Justice Equality and Law Reform in which the Court prohibited the transfer of asylum seekers back to the state of first entrance into the EU for human rights reasons as long as it is known that there are systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants in the receiver state.¹¹⁰

At any rate, the ECJ must be encouraged to reconsider its role as a driving force of European integration, notwithstanding the fact that Opinion 2/13 gives enough reason to fear that the ECJ is determined not to shift position. But if it does not change course, there might not be many more instruments of mutual recognition to come – or the instruments of mutual recognition to come will recognize inflated lists of exceptions to mutual recognition.¹¹¹ Either way, European integration in the area of freedom, security and justice will not profit from the Court’s denial to enforce individual human rights on a flexible basis, not least because a Europe obsessed with security interests and dominated by pressure to cooperate even in the face of massive human rights concerns is not what the Member States of the EU bargained for.

¹⁰⁹ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 (430 ff., 433 ff.).

¹¹⁰ *Franzius*, ZaöRV 2015, 383 (408 f.).

¹¹¹ Such general exceptions in reference to Art. 6 ECHR and the Charter can e.g. be found in Preamble No. 19 and Art. 11 (1) (f) of the Directive 2014/41/EU on the European Investigation Order of 3.4.2014, OJ EU 2014 No. L 130/1. But even in that Directive there is no general ordre public exception referring to national constitutional rights and principles.

„Die Veröffentlichung unterbleibt im Hinblick auf das Steuergeheimnis“

Die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen Informationsinteresse und Datenschutz erläutert am Beispiel des Steuergeheimnisses

Von Wiss. Mitarbeiter **Georg Köpferl**, München*

Das Landgericht München II hat sich bei der Veröffentlichung seines Urteils im „Fall Hoeneß“ dazu entschieden, vom Abdruck einiger Teile der Urteilsbegründung unter Hinweis auf das Steuergeheimnis abzusehen. Der Beitrag nimmt diese Entscheidung zum Anlass, die gerichtliche Veröffentlichungspraxis und ihr Verhältnis zu datenschutzrechtlichen Vorschriften am Beispiel des Steuergeheimnisses gemäß § 30 AO zu untersuchen. Er wird dabei auch die bisher defizitäre Regelung der Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen aufzeigen.

I. Problemaufriss

Mit der Urteilsverkündung im Fall Hoeneß am 13.3.2014 ging eines der spektakulärsten Steuerstraßverfahren der letzten Jahre zu Ende. Während Uli Hoeneß nach Medienberichten seit Anfang des Jahres den Rest seiner Freiheitsstrafe bereits als Freigänger verbüßt¹, ist die durch das Strafverfahren ausgelöste gesellschaftliche und rechtswissenschaftliche Diskussion – insbesondere zur Frage der Selbstanzeige gemäß § 371 AO – noch nicht abgeflaut.² Der folgende Beitrag will sich nicht mit diesen steuerstrafrechtlichen Fragen befassen, sondern den Blick auf einen eher abseitigen – wenn gleich nicht nebensächlichen – Aspekt des gegen Uli Hoeneß geführten Steuerstraßverfahrens lenken: Die Form der Veröffentlichung der Urteilsbegründung. Ende Oktober des letzten Jahres wurde eine anonymisierte³ Fassung des Urteils des Landgerichts München II auf der Internetseite des Oberlandesgerichts München zur Verfügung gestellt.⁴ Die veröffentlichte Entscheidung weist dabei einige Besonderheiten auf. Neben der auch sonst gängigen Praxis, Namen und Orte nur

mit Anfangsbuchstaben wiederzugeben⁵, um so eine Identifizierung der am Verfahren beteiligten Personen unmöglich zu machen, fehlen im Urteil Passagen der Urteilsbegründung, gegen deren Veröffentlichung sich das Gericht ausdrücklich „mit Blick auf das Steuergeheimnis“ entschieden hat.⁶ So heißt es beispielsweise schon zu Beginn der Gründe des Urteils (I.): „1. [Die Veröffentlichung der Feststellungen zum privaten und beruflichen Werdegang des Angeklagten unterbleibt mit Blick auf das Steuergeheimnis gemäß § 30 AO.]“⁷. Zwei weitere Abschnitte, von deren Veröffentlichung abgesehen wurde, betreffen Besteuerungsgrundlagen und die auf dieser Grundlage erfolgende Berechnung der verkürzten Steuer.⁸ Hierbei mag es sich um nicht wesentliche Teile des Urteils handeln. Dennoch gibt die Art der Veröffentlichung in diesem Fall dazu Anlass, im Allgemeinen das Spannungsfeld zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Schutz personenbezogener Informationen, in dem sich die Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen bewegt, auszuloten. Dies soll hier am Beispiel der Urteilsveröffentlichung im Fall Hoeneß und des Steuergeheimnisses gemäß § 30 AO exemplifiziert und anhand des geltenden Rechts geklärt werden.

II. Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen und das geltende Recht

Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen darf zweifelsfrei als „ein tragendes und nicht wegzudenkendes Element eines jeden modernen Rechtssystems“ bezeichnet werden.⁹ Die Veröffentlichungspraxis hat zwar – wie im weiteren Verlauf noch näher zu erläutern sein wird – noch keine gesetzliche Regelung gefunden, sie erfolgt aber nicht in einem rechtsfreien Raum. Die Gerichte sind verfassungsrechtlich zur Veröffentlichung verpflichtet, müssen bei dieser hoheitlichen Tätigkeit aber die Grundrechte der Beteiligten wahren.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Petra Wittig) der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ FAZ v. 3.1.2015, S. 1.

² Vgl. hierzu z.B. Keuchel, DRiZ 2013, 208; Kemper, DStR 2014, 928; Wittig, Jura 2014, 567; Schuster, JZ 2015, 27.

³ Eine Zuordnung der schriftlichen Urteilsbegründung zum gegen Uli Hoeneß geführten Strafverfahren ist allerdings schon deshalb möglich, da die Pressemitteilung v. 30.10.2014, mit der die Veröffentlichung des Urteils bekannt gegeben wurde, mit „Strafverfahren gegen Ulrich H. wegen Steuerhinterziehung“ überschrieben ist.

⁴ http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_intern/gerichte/oberlandesgerichte/muenchen/presse/urteil_ulrich_h_30_10_2014.pdf (7.7.2015).

Alle folgenden Seitenangaben beziehen sich auf diese veröffentlichte Urteilsfassung. Das Urteil ist mittlerweile auch teilweise abgedruckt veröffentlicht worden, siehe LG München wistra 2015, 77.

⁵ Nicht zur gängigen Praxis dürfte aber der Verzicht auf den Abdruck des erkennenden Gerichts, des Datums und des Aktenzeichens (W5 KLs 68 Js 3284/13) zählen.

⁶ Dabei mag es sich um eine seltene, wenn gleich nicht ganz ungewöhnliche Praxis handeln; vgl. z.B. BFH NJW 2008, 1342, wo auf die Veröffentlichung des Tatbestandes verzichtet wurde.

⁷ LG München (Fn. 4), S. 2.

⁸ So heißt es auf S. 6 der Urteilsbegründung (LG München [Fn. 4]): „[Im Folgenden unterbleibt wegen des Steuergeheimnisses gemäß § 30 AO eine Veröffentlichung von Besteuerungsgrundlagen und daraus errechneten Steuerbeträgen, soweit diese nicht unmittelbar Grundlage der Strafzumessung und zudem – nicht zuletzt durch Presseberichterstattung und Veröffentlichung des Schlussvortrags der Verteidigung – bereits öffentlich wurden.]“. Siehe darüber hinaus LG München (Fn. 4), S. 38.

⁹ Tiedemann, NVwZ 1997, 1187.

1. Die Pflicht zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

a) Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Es entspricht heute ganz herrschender Auffassung, dass Gerichte nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, ihre Entscheidungen zu veröffentlichen. Seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.2.1997 dürfte es als abschließend geklärt gelten, dass allen Gerichten „kraft Bundesverfassungsrechts“ die Aufgabe obliegt, Entscheidungen ihrer Spruchkörper der Öffentlichkeit zugänglich zu machen,¹⁰ ohne dass es für die Begründung dieser Pflicht der Gerichte einer speziellen gesetzlichen Regelung bedarf.¹¹

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts folge die Rechtspflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Entscheidungen aus dem „Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht“.¹² Die „Publizität der Rechtsprechung“ sei notwendig, um den Bürger in die Lage zu versetzen, gerade in einer zunehmend komplexen Rechtsordnung zuverlässig in Erfahrung bringen zu können, welche Rechte er hat und welche Pflichten ihm obliegen.¹³ Darüber hinaus müsse sich die Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat auch öffentlicher Kritik stellen, damit die Öffentlichkeit zum einen eine bestimmte Entwicklung der Rechtsprechung als Fehlentwicklung in Frage stellen und zum anderen auf eine als Fehlentwicklung erkannte Rechtsentwicklung mit dem Ziel einer Änderung, ggf. durch den Gesetzgeber, einwirken kann.¹⁴ Sowohl das Demokratieprinzip als auch das Prinzip der gegenseitigen Gewaltenhemmung erforderten, dass die öffentliche Meinungsbildung parlamentarische Korrekturen derjenigen Ergebnisse, mit denen die Rechtsprechung zur Rechtsentwicklung beiträgt, anstoße.¹⁵ Schließlich diene die Veröffentlichung auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, wenn hierdurch eine fachwissenschaftliche Diskussion ermöglicht wird.¹⁶

¹⁰ BVerwGE 104, 105 (108) = NJW 1997, 2694; vgl. hierzu auch die zustimmenden Anmerkungen von *Huff*, NJW 1997, 2651; *Tiedemann*, NVwZ 1997, 1187; *Albrecht*, CR 1998, 373; jeweils auch mit Nachweisen zum Streitstand vor dem Urteil. Die durch das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls angestellten Überlegungen zum einfachen Recht (§ 5 Abs. 1 UrhG und § 169 GVG) werden hier nicht näher beleuchtet, vgl. BVerwG 104, 105 (109 f.) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹¹ BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695). Das bedeutet freilich nicht, dass eine gesetzliche Konkretisierung dieser Pflicht nicht wünschenswert wäre; vgl. hierzu *Bohne*, NVwZ 2007, 656.

¹² BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹³ BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695); vgl. auch *Tiedemann*, NVwZ 1997, 1187, der die Publikation von gerichtlichen Entscheidungen als notwendig ansieht, da ihnen „als Bestand der Rechtsordnung [...] normative Bedeutung“ zukomme; ähnlich *Albrecht*, CR 1998, 373 (374).

¹⁴ BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹⁵ BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹⁶ BVerwGE 104, 105 (109) = NJW 1997, 2694 (2695).

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gilt die Publikationspflicht nicht nur für die Obergerichte, sondern für alle Instanzgerichte, denn die Veröffentlichungswürdigkeit von Entscheidungen beschränke sich nicht auf solche der obersten Bundesgerichte, da auch nicht alle grundsätzlichen oder das Allgemeininteresse berührenden Rechtsstreitigkeiten zu ihnen gelangen.¹⁷ Für die Frage, ob eine Entscheidung als veröffentlichungswürdig anzusehen ist, sei insbesondere das tatsächliche oder mutmaßliche Interesse der Öffentlichkeit und das Interesse derjenigen maßgeblich, die in entsprechenden Angelegenheiten um Rechtsschutz nachsuchen wollen.¹⁸

b) Die Pflicht zur Veröffentlichung des Urteils des Landgerichts München II

Die Beantwortung der Frage der Veröffentlichungspflicht ist damit vom Einzelfall abhängig, wird aber in zahlreichen Fällen zu bejahen sein. Im gegen Uli Hoeneß geführten Steuerstrafverfahren war jedenfalls eine Veröffentlichung vorzunehmen. Die Öffentlichkeit hatte schon aufgrund der durch das Gericht zu beurteilenden Rechtsfragen ein tatsächliches Interesse an der Veröffentlichung der Urteilsgründe. So wurde kontrovers diskutiert, ob eine Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten für sieben tatmehrheitliche Fälle der Steuerhinterziehung noch tat- und schuldangemessen ist. Ein besonders schwerer Fall gemäß § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO (Steuerhinterziehung in großem Ausmaß) wurde trotz des Hinterziehungsbetrages im zweistelligen Millionenbereich nicht angenommen, was die Frage aufwarf, wie dies mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁹ zu diesem Regelbeispiel vereinbar ist. Es bestand deshalb ein Interesse der Öffentlichkeit, die Grundlagen der Strafzumessung zu erfahren und die Sanktionspraxis des Gerichts zu diskutieren.²⁰

2. Zu beachtende Grenzen und Bindungen bei der Veröffentlichung

Schon das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung zur Veröffentlichungspflicht auf die Selbstverständlichkeit hingewiesen, dass die Gerichte bei der Erfüllung ihrer Publikationsaufgabe öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen und dabei ausdrücklich das Persönlichkeitsrecht der Verfahrensbeteiligten, den Datenschutz und das Steuergeheimnis genannt.²¹ Es betrachtete deshalb die

¹⁷ BVerwGE 104, 105 (110) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹⁸ BVerwGE 104, 105 (110 f.) = NJW 1997, 2694 (2695).

¹⁹ BGHSt 53, 71. In der mündlichen Urteilsbegründung hat das Gericht zudem die Lebensleistung des Angeklagten erwähnt, wenngleich dazu nichts näher ausgeführt. Diesbezügliche Erläuterungen fehlen im schriftlichen Urteil; vgl. hierzu *Wittig*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1241.

²⁰ Vgl. zum Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Hinblick auf die Strafzumessungspraxis eines Gerichts VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 11.9.2013 – 1 S 509/13 Rn. 75 (juris).

²¹ BVerwGE 104, 105 (111) = NJW 1997, 2694 (2695).

Herstellung einer anonymisierten und neutralisierten Fassung der Entscheidung als unbedingte Notwendigkeit der Veröffentlichung.²² Das Landgericht München II sah sich aufgrund des Steuergeheimnisses an einer vollständigen Veröffentlichung der Urteilsgründe gehindert. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, wird in den Schutzbereich des Steuergeheimnisses durch die Veröffentlichung eines Urteils in einem Steuerstrafverfahren unter Umständen eingegriffen. Ob für diesen Eingriff derzeit eine hinreichende Rechtfertigung gegeben ist, kann bezweifelt werden. Dies lässt die Veröffentlichungspraxis der Gerichte in Steuerstrafverfahren und finanzgerichtlichen Verfahren als bedenklich erscheinen. Die gefundenen Ergebnisse lassen aber im Allgemeinen Zweifel darüber aufkommen, ob die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im ausreichenden Maße gesetzlich geregelt ist.

a) Der Schutzbereich des Steuergeheimnisses

§ 30 AO gewährleistet den „Datenschutz in Steuersachen“ und trägt „in erster Linie“ den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung²³, die sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben, das den Einzelnen vor jeder Erhebung, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung seiner persönlichen Daten schützt und die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, gewährleistet.²⁴ Das Steuergeheimnis als solches ist zwar kein Grundrecht,²⁵ es ist aber sozusagen Bestandteil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.²⁶ Man mag das Steuergeheimnis als ein selbständiges Rechtsinstitut bezeichnen,²⁷ wegen seiner verfassungsrechtlichen Grundlage ist das Steuergeheimnis hinsichtlich der Gewährleistung, dass Verhältnisse nicht ohne spezielle Rechtsgrundlage weitergegeben werden dürfen, lediglich deklaratorisch.²⁸ § 30 AO kommt deshalb vielmehr die Funktion zu, die grundrechtlichen Gewährleistungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für den Bereich des Steuerrechts einfachgesetzlich zu konkretisieren.²⁹ Da ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur aufgrund eines bereichsspezifischen, förmlichen, normklaren und verhältnismäßigen Gesetzes erfolgen darf,³⁰

stellt § 30 AO, insbesondere § 30 Abs. 4 AO, eine solche verfassungsrechtlich notwendige Rechtsgrundlage für hoheitliche Eingriffe dar.³¹ Die Verletzung des Steuergeheimnisses ist nach § 355 StGB strafbewehrt.³²

aa) § 30 Abs. 1, Abs. 2 AO schützt seinem Wortlaut nach „Verhältnisse eines anderen“ sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die dem Amtsträger in einem bestimmten Verfahren bekannt geworden sind. Der Begriff „Verhältnisse“ beinhaltet alle persönlichen und wirtschaftlichen Umstände, die mit einer bestimmten Person in Zusammenhang stehen, ohne dass es auf die steuerliche Relevanz dieser Sachverhalte ankommt.³³ Es muss sich dabei um personenbezogene Daten handeln, also um individualisierte oder individualisierbare Informationen.³⁴ „Anderer“ ist jeder außer dem geheimhaltungspflichtigen Amtsträger und demjenigen, dem etwas offenbart wird.³⁵ Schließlich müssen die „Verhältnisse“ dem zur Wahrung des Steuergeheimnisses verpflichteten Amtsträger aus einem in § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO genannten Anlass bekannt geworden sein.

bb) Bei Zugrundelegung dieser Voraussetzungen enthalten sowohl die in einem Steuerstrafverfahren als auch die in einem finanzgerichtlichen Verfahren ergangenen Entscheidungen stets Verhältnisse, die dem Steuergeheimnis unterfallen, denn alle Informationen, die in diesen Entscheidungen enthalten sind, sind dem Gericht im Rahmen eines Verfahrens i.S.d. § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO bekannt geworden. Es handelt sich hierbei auch um personenbezogene Informationen. So gibt z. B. schon das Rubrum des Strafurteils darüber Auskunft, wann der Angeklagte geboren ist, wo er wohnt, dass er Beteiligter eines Verfahrens ist, das unter einem bestimmten Aktenzeichen bei einem bestimmten Gericht gegen ihn geführt wird.³⁶ Weitaus sensibler sind freilich die weiteren

³¹ In diesem Sinne auch *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2011, S. 17.

³² Damit bestehen im Zusammenhang mit der Urteilsveröffentlichung auch für Richter Strafbarkeitsrisiken, vgl. auch *Haupt*, DSfR 2014, 1025 (1029 f.).

³³ Vgl. nur *Intemann*, in: Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2014, § 30 Rn. 41; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 355 Rn. 12.

³⁴ Vgl. nur *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 43a; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 143. Lfg. Stand: Juni 2014, § 355 Rn. 7.

³⁵ Vgl. nur *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 44.

³⁶ Dass die Veröffentlichung eines Urteils auch im Hinblick auf die Mitglieder des entscheidenden Spruchkörpers sowie z.B. Staatsanwälte und Verteidiger datenschutzrechtliche Probleme aufwirft, zeigt das Urteil BVerwG NJW 2015, 807, nach dem Vertreter der Medien regelmäßig Anspruch auf Nennung der Namen dieser Beteiligten haben (zustimmend *Huff*, DRiZ 2014, 371); in diesem Sinne auch *Tiedemann*, NVwZ 1997, 1187 (1188, „Wer in einem demokratischen Gemeinwesen öffentliche Gewalt ausübt, hat dafür mit seinem Namen einzustehen.“); *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 (1781); *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, Kom-

²² BVerwGE 104, 105 (111) = NJW 1997, 2694 (2695).

²³ *Rüsken*, in: Klein (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 12. Aufl. 2014, § 30 Rn. 1.

²⁴ BVerfGE 65, 1 (43); vgl. auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 71. Lfg. Stand: März 2014, Art. 2 Rn. 176.

²⁵ BVerfGE 67, 100 (142).

²⁶ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 230. Lfg. Stand: Dezember 2014, § 30 AO Rn. 160.

²⁷ So *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 5.

²⁸ *Di Fabio* (Fn. 24), Art. 2 Rn. 178.

²⁹ Vgl. nur *Drienen*, in: Tipke/Kruse (Hrsg.), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 138. Lfg. Stand: Oktober 2014, § 30 AO Rn. 6.

³⁰ Vgl. nur BVerfGE 65, 1 (44); 100, 313 (359 f.).

Angaben, die sich in der Schilderung der persönlichen Verhältnisse und der Darstellung des Sachverhalts einer Entscheidung finden können. Dies betrifft dabei nicht nur den Angeklagten selbst, sondern insbesondere Zeugen, die oft auch über Sachverhalte mit starkem Persönlichkeitsbezug Auskunft geben müssen und die dann in der schriftlichen Entscheidungsbegründung wiedergegeben werden. Auch in finanzgerichtlichen Entscheidungen, die regelmäßig eingehende Ausführungen zu den Vermögensverhältnissen der Verfahrensbeteiligten enthalten werden, wird dies oft ebenfalls besonders sensible persönliche Informationen betreffen.³⁷

cc) An diesem Befund ändert in einer Vielzahl von Fällen auch die Tatsache nichts, dass gerichtliche Entscheidungen ohne Rubrum veröffentlicht und diese zuvor durch Entfernung von Namen, Orten oder Firmen anonymisiert und neutralisiert werden.³⁸ Gerade das gegen Uli Hoeneß geführte Strafverfahren zeigt, dass es sich bei den in einer gerichtlichen Entscheidung enthaltenen Verhältnissen auch nach einem vor der Veröffentlichung durchgeführten Anonymisierungs- und Neutralisierungsverfahren noch um personenbezogene Daten handelt. Wenn der Personenbezug in diesen Fällen auch nicht mehr unmittelbar herzustellen ist, so können Dritte dennoch in Einzelfällen ohne größeren Aufwand eine veröffentlichte Entscheidungsbegründung einem bestimmten Verfahren und damit den daran beteiligten natürlichen Personen zuordnen. Dabei kommt es für die Beantwortung der Frage, ob weiterhin ein Personenbezug besteht, gerade auf das Vermögen der Übermittlungsempfänger, einen solchen herzustellen, an.³⁹ Im Fall Hoeneß ist dies aufgrund des außergewöhnlichen Sachverhalts und der umfangreichen Medienberichterstattung einer unbestimmten Anzahl von Personen möglich.⁴⁰ Es muss sich dabei aber nicht immer um Verfahren handeln, die ein besonderes Interesse der Medien und der Öffentlichkeit hervorgerufen haben. Man denke nur an den Zuschauer in einer öffentlichen Verhandlung oder

einen Zeugen, der sich lediglich Aktenzeichen und Namen der Verfahrensbeteiligten notieren muss, um dann nach Veröffentlichung und Recherche anhand des Aktenzeichens in den gängigen Datenbanken eine Entscheidung konkreten Personen zuordnen kann. Der Personenbezug bleibt auch oft deshalb trotz Löschens oder Weglassens von Namen, Anschrift und Orten erhalten, weil der Sachverhalt im Umfeld des Betroffenen bekannt ist und daher wiedererkannt wird.⁴¹

Eine Bestimmbarkeit wird in der datenschutzrechtlichen Literatur erst dann verneint, wenn das Risiko, einen Personenbezug herzustellen, so gering ist, dass es praktisch irrelevant erscheint.⁴² Da sich ein gewisses Risiko der De-Anonymisierung im Hinblick auf Zufälle und die Erlangung neuer Erkenntnisse nie ganz ausschließen lässt, ist die Personenbeziehbarkeit anonymer Daten damit eine Frage der Wahrscheinlichkeit.⁴³ Schon aufgrund der Tatsache, dass an deutschen Gerichten grundsätzlich öffentlich verhandelt wird, ist die Wahrscheinlichkeit, dass Dritte auch nach Durchführung einer Anonymisierung vor Veröffentlichung einen Personenbezug herstellen können, nicht gering.⁴⁴

Personenbezogene Daten werden deshalb i.d.R. nur dann nicht veröffentlicht, wenn neben der Anonymisierung auf die Veröffentlichung des Sachverhalts bzw. Tatbestandes ganz verzichtet wird. Davon wird – soweit ersichtlich – in der Praxis nur vereinzelt Gebrauch gemacht.⁴⁵ Zudem dürften dann oft die mit der Veröffentlichungspflicht verbundenen Zwecke nur noch schwer erfüllbar sein, da die Mitteilung des Sachverhalts meist unbedingte Voraussetzung für das Verständnis einer Entscheidung sein wird. Es dürfte somit zahlreiche Verfahren geben, bei denen eine vollständige Anonymisierung der zu veröffentlichenden Entscheidung unmöglich ist und der Personenbezug auch nach der in der Gerichtspraxis üblichen Entfernung von Namen und Orten noch erhalten bleibt.⁴⁶

b) Offenbaren von Steuerdaten durch Entscheidungsveröffentlichung

Die Veröffentlichung von Entscheidungen, die Verhältnisse i.S.d. § 30 Abs. 1, Abs. 2 AO enthalten, ist jedoch nur dann problematisch, wenn dies auch ein Offenbaren darstellt. Dies mag auf den ersten Blick offensichtlich sein, denn durch eine Veröffentlichung werden die in der Entscheidung enthaltenen

mentar, 6. Aufl. 2010, § 12 Rn. 126. Diese Fragen stellen sich freilich auch bei der hier inmitten stehenden Veröffentlichung von Amts wegen. Ihnen kann aber nicht näher nachgegangen werden. Siehe hierzu aber noch unten III.

³⁷ Man denke nur an die aufgrund der umfassenden Offenbarungspflichten oft zitierte „steuerliche Nacktkultur“, vgl. *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 5.

³⁸ Zur oft unzureichenden Anonymisierung finanzgerichtlicher Entscheidungen vgl. *Haupt*, DStR 2014, 1015 (1027).

³⁹ Vgl. nur *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 10.

⁴⁰ Eine Zuordnung des veröffentlichten Urteils zum Verfahren wäre deshalb auch dann möglich gewesen, wenn die die Veröffentlichung des Urteils auf den Seiten des Oberlandesgerichts ankündigende Pressemitteilung nicht mit „Strafverfahren gegen Ulrich H. wegen Steuerhinterziehung“ überschrieben worden wäre. In bestimmten Konstellationen mag die Offenlegung der Namen sogar geboten sein (in diesem Sinne *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 [1781] für Personen der Zeitgeschichte). Dann stellen sich die nachfolgend diskutierten Probleme freilich erst recht.

⁴¹ *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Nomos Kommentar, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 24.

⁴² *Dammann* (Fn. 41), § 3 Rn. 23.

⁴³ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 721 (723).

⁴⁴ Dabei kommt es auch nicht darauf an, wie viele Personen eine solche Zuordnung vornehmen können, es genügt, wenn nur einem Dritten vom Steuergeheimnis geschützte Daten zugänglich werden, vgl. *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1026).

⁴⁵ Vgl. z.B. die bereits erwähnte Entscheidung BFH NJW 2008, 1342, wo auf die Veröffentlichung des Tatbestandes verzichtet wurde.

⁴⁶ Dies erkennt auch *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 59b; vgl. auch *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1027), der den Grund für den fortbestehenden Personenbezug aber in vielen Fällen in der Nachlässigkeit bei der Anonymisierung sieht.

– auch nach Anonymisierung ggf. noch – personenbezogenen Informationen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich. Für den hier zu diskutierenden Fall der Veröffentlichung eines Urteils nach durchgeführter öffentlicher Verhandlung ist dies aber nicht unumstritten.

aa) Unter dem Begriff „Offenbaren“ i.S.d. § 30 Abs. 2 AO versteht die herrschende Auffassung jedes Verhalten, durch das einem Dritten Verhältnisse eines anderen bekannt werden.⁴⁷ Voraussetzung des Offenbarens sei, dass die Verhältnisse des anderen noch nicht bekannt sind, da der Begriff voraussetze, dass die Verhältnisse nicht bereits offenkundig sind.⁴⁸ Als Offenkundig gelten dabei Verhältnisse, die jedem ohne größere Schwierigkeiten und Opfer zugänglich sind.⁴⁹

bb) Herrscht über diesen Ausgangspunkt noch weitgehend Einigkeit in der Literatur, so ist aber für den besonderen Fall, dass „Verhältnisse“ i.S.d. § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO des Betroffenen Gegenstand einer öffentlichen Verhandlung waren, umstritten, ob diese „Verhältnisse“ noch offenbart werden können. Nur wenn man dies bejaht, wäre die Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung, die nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung ergeht, im Hinblick auf das Steuergeheimnis rechtfertigungsbedürftig.

(1) Unter Berücksichtigung der Annahme der herrschenden Auffassung, dass ein Offenbaren von Verhältnissen des Steuerpflichtigen nur dann vorliegt, wenn einem anderen diese Verhältnisse erstmalig zur Kenntnis gebracht werden, geht die wohl überwiegende Auffassung⁵⁰ davon aus, dass das, was Gegenstand einer öffentlichen Verhandlung war, nicht mehr offenbart werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Teilnehmer an einer öffentlichen Gerichtsverhandlung die Allgemeinheit repräsentieren und der den Teilnehmern bekannt gewordene Inhalt der Gerichtsverhandlung damit als allgemein bekannt anzusehen sei,⁵¹ so dass er auch

niemanden mehr erstmalig bekannt gegeben werden könne. In der steuerrechtlichen Literatur wird denn auch behauptet, es sei nicht angezeigt, dass die Urteile des Bundesfinanzhofes und der Finanzgerichte, die aufgrund öffentlicher Verhandlungen ergehen, vor der Veröffentlichung so verändert werden, dass keine Rückschlüsse auf die Verhältnisse bestimmter Personen möglich sind.⁵² In der Sache führt diese Betrachtungsweise zu einer Normativierung des Offenkundigkeitsbegriffs. Teilweise wird dieses Ergebnis auch damit begründet, dass der Gesetzgeber durch die grundsätzliche Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren (§ 169 GVG) den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen grundsätzlich und damit auch einschließlich des Steuergeheimnisses aufgehoben habe.⁵³ Wenn aber die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen ist, dann können auch nach dieser Auffassung „Verhältnisse“, die Gegenstand einer Verhandlung waren, noch offenbart werden.⁵⁴

Gerade für den Strafprozess würde dies bedeuten, dass das Steuergeheimnis nahezu nie Schranke für die Veröffentlichung von Urteilen sein kann. Da im Strafprozess Grundlage der Entscheidung das ist, wovon der Richter aufgrund der nach den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit durchgeführten Hauptverhandlung überzeugt ist (§ 261 StPO)⁵⁵, sind im Grundsatz alle Tatsachen, die Gegenstand der schriftlichen Urteilsbegründung sind, bereits in öffentlicher⁵⁶ Hauptverhandlung thematisiert worden. Sie können deshalb nach der hier vorgestellten Auffassung nicht mehr offenbart werden. Anders mag man dies allenfalls für die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen des Mündlichkeitsgrundsatzes nach § 249 Abs. 2 StPO („Selbstleseverfahren“) sehen. Hier werden Urkunden zwar nicht verlesen, so dass deren Inhalt prinzipiell der Öffentlichkeit tatsächlich nicht zur Kenntnis gelangt, ihr Inhalt gehört aber dennoch zum „Inbegriff der Hauptverhandlung“ und ist Gegenstand der Urteilsfindung.

(2) Die Gegenauffassung⁵⁷ verneint mit unterschiedlicher Begründung die Ausklammerung von Sachverhalten, die in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung thematisiert wurden. Nach *Kuhlen* kann auch nach öffentlicher Verhandlung ein

⁴⁷ Vgl. nur *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 59; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 355 Rn. 14/14a.

⁴⁸ Vgl. nur *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 123; anders ein Teil der strafrechtlichen Literatur, nach dem offenkundige Verhältnisse schon als Schutzobjekte ausscheiden, vgl. z.B. *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 355 Rn. 2.

⁴⁹ Vgl. nur *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 57a.

⁵⁰ *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 51a; *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1028 f.); *Intemann* (Fn. 33), § 30 Rn. 97; *Jesse*, DB 2008, 1994 (2000); *Schwarz*, in: Schwarz (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 112. Lfg. Stand: Februar 2005, § 30 Rn. 29; ähnlich *Lindwurm*, AO-StB 2010, 378 (382); der überwiegende Teil der strafrechtlichen Literatur verneint in diesem Fall dagegen bereits den Schutzbereich (siehe auch oben Fn. 48), vgl. z.B. *Bosch* (Fn. 48), § 355 Rn. 2; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 355 Rn. 13; *Perron* (Fn. 47), § 355 Rn. 5; *Rotsch/Sahan*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 355 Rn. 3; *Schmitz* (Fn. 33), § 355 Rn. 14; *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 (1781).

⁵¹ *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 51a; *Schwarz* (Fn. 50), § 30 Rn. 29.

⁵² *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 51a; zustimmend *Jesse*, DB 2008, 1994 (2000).

⁵³ *Schmitz* (Fn. 33), § 355 Rn. 14.

⁵⁴ *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 51a; *Intemann* (Fn. 33), § 30 Rn. 97; *Jesse*, DB 2008, 1994 (2000); *Schwarz* (Fn. 50), § 30 Rn. 29.

⁵⁵ Siehe nur *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 261 Rn. 1.

⁵⁶ Ein Ausschluss der Öffentlichkeit kommt im Strafverfahren nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 171b, 172 GVG in Frage. Im finanzgerichtlichen Verfahren kann der Ausschluss der Öffentlichkeit unter den weit weniger strengen Voraussetzungen des § 52 Abs. 2 FGO erwirkt werden.

⁵⁷ *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 124; *Hoyer* (Fn. 34), § 355 Rn. 11; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 355 Rn. 9; *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 59b.

„schützenswertes Geheimhaltungsinteresse“ bestehen.⁵⁸ *Rüsken* hält eine Offenbarung auch nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung für möglich, da nicht fingiert werden könne, dass es sich um allgemein bekannte Verhältnisse handelt, wenn nicht ausnahmsweise durch öffentliche Berichte oder die tatsächliche Anwesenheit von Zuhörern der Inhalt der Verhandlung jedermann ohne weiteres zugänglich ist.⁵⁹ *Alber* ist der Auffassung, dass schon § 30 Abs. 2 Nr. 1a AO ausdrücklich klarstelle, dass das Steuergeheimnis auch in allen gerichtlichen Verfahren gewahrt werden muss und deshalb auch nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung die dort erörterten Verhältnisse weiterhin unter den Schutz des § 30 AO fallen.⁶⁰ Auch der Bundesfinanzhof neigt in einem obiter dictum der Auffassung zu, dass Tatsachen, die Gegenstand einer öffentlichen Gerichtsverhandlung gewesen sind und von denen sich deshalb jedermann Kenntnis verschaffen konnte, grundsätzlich nicht den Schutz des § 30 Abs. 1 AO einbüßen.⁶¹

(3) Im Ergebnis ist der letztgenannten Ansicht zuzustimmen, wenngleich sich die eigentlich maßgebliche Begründung aus dem Verfassungsrecht ergibt. Die herrschende Auffassung ist nicht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das verfassungsrechtliche Grundlage des Steuergeheimnisses ist, vereinbar.

Würde man mit der erstgenannten Ansicht davon ausgehen, dass „Verhältnisse“, die in einer öffentlichen Verhandlung zur Sprache kamen, nicht mehr offenbart werden können, so würden diese personenbezogenen Daten nicht mehr dem Steuergeheimnis unterfallen. Dabei wird übersehen, dass diese Informationen weiterhin in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG einbezogen sind. Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind alle personenbezogenen Daten erfasst, unabhängig davon, ob diese bereits einem größeren Personenkreis oder der Allgemeinheit bekannt sind. Der Personenbezug und damit der Grundrechtsschutz entfallen hierdurch nicht.⁶² Auch im Veröffentlichung offenkundiger personenbezogener Daten durch Stellen der öffentlichen Gewalt ist ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu sehen. Denn trotz der Offenkundigkeit hat die Verbreitung personenbezogener Daten durch staatliche Stellen eine andere Qualität, u.a. deshalb, weil staatlich mitgeteilter Information eine besonders hohe Authentizität beigemessen

wird.⁶³ Dagegen wird durch den gesetzlich vorgeschriebenen Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren (§ 169 GVG) der Geheimnisschutz nicht generell, sondern nur punktuell durchbrochen. § 169 GVG kann deshalb als förmliches, bereichsspezifisches Gesetz lediglich die Offenbarung von personenbezogenen Daten während einer öffentlichen Verhandlung rechtfertigen, führt aber nicht dazu, dass in der Verhandlung – gleichviel in welchem Verfahren – thematisierte Informationen nicht mehr durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt werden. Dies führt auch nicht dazu, dass der Schutz von Verhältnissen des Betroffenen weiter geht, nur weil sie Teil des Steuergeheimnisses sind.⁶⁴ Denn auch solche Verhältnisse, die in öffentlicher Verhandlung zur Sprache kamen, die aber keinen Bezug zum Steuergeheimnis haben, dürfen nicht ohne weiteres offenbart werden. Als personenbezogene Informationen fallen auch sie weiterhin in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Ihre Veröffentlichung bedarf damit ebenfalls einer Rechtsgrundlage. Dies hat zur Folge, dass über Urteile und Beschlüsse in finanzgerichtlichen und steuerstrafrechtlichen Verfahren hinaus letztlich jede Urteilsveröffentlichung potentiell einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, der rechtfertigungsbedürftig ist.⁶⁵

(4) Damit ist es unerheblich, ob einer gerichtlichen Entscheidung eine öffentliche Verhandlung vorausging oder nicht. Gelingt eine Anonymisierung nicht, so werden mit Veröffentlichung der Entscheidung immer auch personenbezogene Verhältnisse offenbart. In praktischer Hinsicht würden sich zudem schwer handhabbare Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, wenn bei der Veröffentlichung danach unterschieden werden müsste, welche Verhältnisse nun in öffentlicher Verhandlung zur Sprache kamen und welche nicht, z.B. weil zeitweise die Öffentlichkeit ausgeschlossen war.

cc) Wie die Entscheidung des Landgerichts München II in dieses Meinungsspektrum einzuordnen ist, lässt sich letztlich nur vermuten, da das Gericht nur mitteilt, es werde im Hinblick auf das Steuergeheimnis von der Veröffentlichung abgesehen, ohne aber näher zu erläutern, welche Voraussetzungen des § 30 AO einer Veröffentlichung entgegenstehen.

⁵⁸ *Kuhlen* (Fn. 57), § 355 Rn. 9; es soll aber ggf. eine Rechtfertigung möglich sein.

⁵⁹ *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 59b; ähnlich *Hoyer* (Fn. 34), § 355 Rn. 11 sowie *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 124, die ebenfalls den *tatsächlich* nur begrenzten Zuhörerker als maßgeblich ansieht; in diese Richtung auch VGH Baden-Württemberg DVBl 2014, 101 (105), allerdings zur Zulässigkeit von Presseauskünften.

⁶⁰ *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 124.

⁶¹ BFH, Beschl. v. 14.4.2008 – VII B 226/07 = BeckRS 2008, 25013533; kritisch hierzu *Lindwurm*, AO-StB 2010, 378.

⁶² Siehe nur *Dammann* (Fn. 41), § 3 Rn. 7.

⁶³ Vgl. *Spiecker gen. Döhmman*, RW 2010, 247 (260). Freilich spielt der Aspekt der Offenkundigkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle, dazu unten II. 2. d). Diese Überlegungen stellen im Übrigen auch die Auslegung des Begriffs „offenbaren“ durch die herrschende Auffassung grundsätzlich in Frage. Sofern in der Literatur behauptet wird, offenkundige Verhältnisse können nicht mehr offenbart werden, so verkennt dies, dass auch offenkundige personenbezogene Informationen in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung fallen und deren Weitergabe und Veröffentlichung einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellen. Diese Auslegung des Offenbarungsbegriffs ist damit zumindest im Rahmen des § 30 AO nicht mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar.

⁶⁴ Dies andeutend aber *Schmitz* (Fn. 33), § 355 Rn. 14.

⁶⁵ Zu den Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung siehe unten III.

Jedenfalls scheint das Landgericht nicht der hier als herrschenden Auffassung dargestellten Meinung zu folgen, nach der in öffentlicher Verhandlung erörterte Verhältnisse nicht mehr offenbart werden können, denn sonst stünde gerade der Veröffentlichung der persönlichen Verhältnisse nichts entgegen, zumal die Kammer davon ausging, dass es sich bei den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen von Uli Hoeneß um „im Wesentlichen allgemein bekannt[e]“ Verhältnisse handele.⁶⁶ Andererseits entschied man sich, von der Veröffentlichung von Besteuerungsgrundlagen und daraus errechneten Steuerbeträgen abzusehen, soweit diese nicht durch Presseberichterstattung und Veröffentlichung des Schlussvortrags der Verteidigung öffentlich wurden.⁶⁷ Diese vermeintliche Widersprüchlichkeit mag aber auch ihren Grund in anderen, noch zu erläuternden Aspekten einer zulässigen Offenbarung nach § 30 AO haben.

c) Offenbarungsbefugnis

Wenn in der Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen, deren Anonymisierung und Neutralisierung nicht vollständig gelungen ist, stets ein Offenbaren von Verhältnissen i.S.d. § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO zu sehen ist, dann ist dieses Offenbaren nur zulässig, wenn eine Offenbarungsbefugnis eingreift. Ob das geltende Recht Regelungen bereithält, die das mit einer Veröffentlichung einhergehende Offenbaren legitimieren, kann zumindest bezweifelt werden.

aa) Befugnistatbestände, die eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses gestatten, finden sich in § 30 Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6 AO,⁶⁸ wobei hier ausschließlich § 30 Abs. 4 AO von Interesse ist. Die Offenbarungsbefugnis bei Zustimmung des Betroffenen nach § 30 Abs. 4 Nr. 3 AO mag im Einzelfall eine Rolle spielen, soll hier aber außer Betracht bleiben, da sie kaum eine praktikable Grundlage der Veröffentlichungspraxis der Gerichte darstellen kann.⁶⁹

(1) Die Veröffentlichung einer Gerichtsentscheidung könnte nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO gerechtfertigt sein, sofern die Veröffentlichung der Entscheidung eines Finanzgerichts in Steuersachen bzw. eines ordentlichen Gerichts in Strafsachen der „Durchführung eines Verfahrens“ in Steuersachen bzw. Strafsachen „dient“. Dies ist dann zu bejahen, wenn zwischen Offenbarung und Verfahrensdurchführung ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang besteht.⁷⁰

Soweit ersichtlich, wurde bisher noch nicht ausdrücklich diskutiert, ob die Veröffentlichung einer gerichtlichen Ent-

scheidung durch die Offenbarungsbefugnis aus § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO legitimiert werden kann. Grundsätzlich kann aber auch die Veröffentlichung der endgültigen Entscheidung in einem gerichtlichen Verfahren noch als Teil der Durchführung des Verfahrens verstanden werden. Bedenkt man zudem die Bedeutung, die die Publikation nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur im demokratischen Rechtsstaat und für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege hat, so ist diese als durchaus integraler Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens zu begreifen. Wenn man die Veröffentlichung als einen solchen Teil versteht, dann besteht aber auch ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang zwischen der Verfahrensdurchführung und dem Offenbaren. § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO könnte also in dem Sinne ausgelegt werden, dass er auch zu einer mit der Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung verbundenen Offenbarung steuerlicher Verhältnisse befugt, wenngleich der Gesetzgeber dies mit der Schaffung der Vorschrift nicht intendiert hat. Unter systematischen Gesichtspunkten ist dieses Ergebnis aber insofern fraglich, als damit für die Veröffentlichung von Entscheidungen der Gerichte in steuerstrafrechtlichen und finanzgerichtlichen Verfahren eine Rechtsgrundlage vorläge, für alle anderen Verfahren diese Frage – wie noch gezeigt werden wird⁷¹ – aber weiterhin offen wäre, obwohl auch in diesen Verfahren die Veröffentlichung rechtfertigungsbedürftig ist.⁷²

(2) Eine weitere Möglichkeit wäre, dass die Offenbarung gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist. Dieser Offenbarungstatbestand wird trotz der Verwendung des Tatbestandsmerkmals „ausdrücklich“ zwar nicht so verstanden, dass die eine Offenbarung zulassende Norm im Sinne eines „Zitiergebotes“ auf die Befugnis zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses hinzuweisen braucht,⁷³ unklar ist aber, ob es auch genügt, wenn sich die Befugnis zur Offenbarung nur durch Auslegung dem Gesetz entnehmen lässt.⁷⁴ Was das Veröffentlichende von Gerichtsentscheidungen betrifft, gibt es jedenfalls keine spezifischen Regelungen⁷⁵

⁷¹ Darauf wird unten II. 2. c) aa) (2), bb), III. eingegangen.

⁷² Siehe hierzu oben II. 2. b) bb) (3).

⁷³ Vgl. nur *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 102; *Intemann* (Fn. 33), § 30 Rn. 162; *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 161.

⁷⁴ Bejahend z.B. *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 102; *Schmitz* (Fn. 33), § 355 Rn. 60; verneinend z.B. *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 71; *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 161.

⁷⁵ Hingewiesen sei hier aber auf die §§ 31 ff. der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, die eine Regelung zur Veröffentlichung von Entscheidungen in einer amtlichen Sammlung (§ 31) und über Presseverlautbarungen (§ 32) enthält. Hier findet sich aber auch nur der Hinweis, dass Namen von Personen, Personenvereinigungen und Orten beim Abdruck grundsätzlich mit den Anfangsbuchstaben abgekürzt werden (§ 31 Abs. 5). Die mit der Veröffentlichung unter Umständen verbundenen datenschutzrechtlichen Probleme werden dadurch freilich nicht gelöst. Im Übrigen gibt es keine Regelungen, die die Veröffentlichung von Entscheidungen der Gerichte betreffen. Zu den amtlichen Sammlungen der obersten Bundesgerichte vgl. *Bohne*, NVwZ 2007, 656 (657).

⁶⁶ LG München (Fn. 4), S. 23.

⁶⁷ LG München (Fn. 4), S. 6.

⁶⁸ Vgl. nur *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 73; *Vormbaum*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 355 Rn. 28.

⁶⁹ Eine Zustimmung kann insbesondere im finanzgerichtlichen Verfahren auch nicht daraus abgeleitet werden, dass die Betroffenen es unterließen, den Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 52 Abs. 2 FGO zu beantragen.

⁷⁰ BFH, Beschl. v. 7.7.2008 – II B 9/07 = BeckRS 2008, 25013910; *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 153; *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 63; *Ruegenberg* (Fn. 31), S. 57.

und damit auch keine „ausdrücklichen“ Vorschriften, die für diesen Fall eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses zulassen.

(a) Sofern zum Teil Vorschriften der Landesdatenschutzgesetze als Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen herangezogen werden⁷⁶, handelt es sich hierbei weder ihrem Wortlaut nach noch aufgrund von Auslegung um Vorschriften, die ein Offenbaren von Verhältnissen, die durch das Steuergeheimnis geschützt werden, ausdrücklich zulassen.⁷⁷ Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und der Landesdatenschutzgesetze sind als subsidiäre Regelungen⁷⁸ nur anwendbar, soweit § 30 AO nicht eingreift.⁷⁹ Aufgrund dieses Subsidiaritätsverhältnisses sind Vorschriften der Datenschutzgesetze, die die Veröffentlichung gegenüber öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen zulassen, keine Gesetze i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO, da damit die begrenzten Offenbarungsbefugnisse des § 30 AO unterlaufen werden würden. Zudem verlangt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach bereichsspezifischen Regelungen. Der Gesetzgeber muss sich auf den konkreten Verarbeitungskontext konzentrieren und in Orientierung an seinen Besonderheiten ein Normengerüst entwickeln, das nicht dem Zwang ausgesetzt ist, unterschiedlichste Sachverhalte mit nichtssagenden Formeln abdecken zu müssen.⁸⁰ Gerade für die gängige Praxis der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, scheint es deshalb nicht angebracht, auf allgemeine datenschutzrechtliche Regelungen zurückzugreifen. Die damit zusammenhängenden Fragen, insbesondere die Abwägung der damit verbundenen Interessen der Öffentlichkeit und der betroffenen Personen, sollte der Gesetzgeber, gerade auch im Hinblick darauf, dass es sich nicht nur um einen vereinzelt auftretenden, sondern alltäglichen Vorgang hoheitlicher Tätigkeit handelt, selbst vornehmen. Dieser von der Rechtsprechung vorgenommene Rückgriff auf die Datenschutzgesetze ist deshalb auch im Grundsatz abzulehnen.

(b) Darüber hinaus stellen auch Vorschriften der Landespressegesetze, die Auskunftsansprüche gegenüber Behörden begründen (z.B. Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayPrG), keine Gesetze dar, die die Anforderungen des § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO erfüllen, da sie den Auskunftsanspruch nicht über Geheimhaltungsbestimmungen gewähren (vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayPrG).⁸¹ Somit handelt es sich bei diesen Gesetzen auch

nicht nach Auslegung um ausdrückliche Offenbarungsbefugnisse. Zudem stellen die Auskunftsansprüche nach den Landespressegesetzen für den Fall der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen keine taugliche Offenbarungsbefugnis dar, da sie lediglich einen Anspruch der Presse statuieren. Die verfassungsrechtliche Pflicht der Gerichte zur Veröffentlichung ist aber nicht nur im Sinn einer Herausgabe von Entscheidungen auf Antrag zu verstehen, sondern die Gerichte müssen ihre Entscheidungen von Amts wegen veröffentlichen.⁸² Gleiches gilt für die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder. Auch diese Vorschriften regeln lediglich Auskunftsansprüche des Einzelnen, können aber nicht Rechtsgrundlage für die Veröffentlichungstätigkeit der Gerichte sein. Zudem sehen auch die Informationsfreiheitsgesetze einen Vorrang der Geheimhaltungsbestimmungen vor (vgl. z.B. § 3 Nr. 4 IFG). Sofern es um die Veröffentlichung eines Urteils in einem Strafverfahren geht, kann schließlich auch § 475 StPO diese nicht rechtfertigen, da hiernach ebenfalls lediglich Auskünfte an Privatpersonen im Einzelfall erteilt werden können.

(c) Auch unmittelbar aus dem Verfassungsrecht kann keine Offenbarungsbefugnis i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO abgeleitet werden, denn es handelt sich hierbei nicht um Vorschriften, die eine Offenbarung ausdrücklich zulassen. Im Hinblick auf die hier inmitten stehende Fragestellung muss dies auch deshalb verneint werden, da die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen zwar verfassungsunmittelbare Aufgabe der Gerichte ist, diese aber – wie auch das Bundesverwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat⁸³ – bei der Veröffentlichung die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten, den Datenschutz und das Steuergeheimnis und damit Grundrechte wahren müssen. Ein mit der Veröffentlichung verbundener Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Grundlage des Steuergeheimnisses ist, kann aber allein mit der verfassungsrechtlichen Veröffentlichungspflicht nicht gerechtfertigt werden, er bedarf einer gesetzlichen Grundlage.⁸⁴ Das Bundesverwaltungsgericht sah in der Ermangelung einer gesetzlichen Regelung lediglich deshalb kein Problem, da es wohl – grundsätzlich von der Möglichkeit einer Anonymisierung ausgehend – nicht den Fall vor Augen hatte, dass durch die Publikation einer Entscheidung unter Umständen personenbezogene Informationen offenbart werden.

(3) Wenn man die Veröffentlichung der gerichtlichen Entscheidung nicht unter eine Offenbarungsbefugnis nach

⁷⁶ So z.B. VGH Baden-Württemberg MMR 2011, 277 (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 LDSG BW) zur Veröffentlichung einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung.

⁷⁷ So im Ergebnis auch *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1027).

⁷⁸ Für das Bundesdatenschutzgesetz folgt dies aus § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG, für die Landesdatenschutzgesetze aus Art. 31 GG, vgl. *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 5.

⁷⁹ Vgl. nur *Drüen* (Fn. 29), § 30 AO Rn. 5; *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 10; *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 16.

⁸⁰ *Simitis*, in: *Simitis* (Fn. 41), Einleitung Rn. 20, 48.

⁸¹ OLG Hamm NJW 1981, 356 (358); *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 103; *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 426; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen DVBl 2012, 1113 (1114). Zudem wird auch die Möglichkeit der Durchbrechung des Steuergeheim-

nisses durch Landesgesetze generell verneint, vgl. *Schwarz* (Fn. 50), § 30 Rn. 36.

⁸² Vgl. auch *Tiedemann*, NVwZ 1997, 1187, der von einer „Bringschuld“ der Gerichte spricht, sowie *Bohne*, NVwZ 2007, 656 (658).

⁸³ BVerwGE 104, 105 (111) = NJW 1997, 2694 (2695).

⁸⁴ *Alber* (Fn. 26), § 30 AO Rn. 137; vgl. auch VGH Baden-Württemberg MMR 2011, 277 (278); allgemein zur Notwendigkeit eines förmlichen Gesetzes bei Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe nur *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 91.

§ 30 Abs. 4 Nr. 1 bis Nr. 3 AO subsumieren möchte, so könnte die Offenbarung unter Umständen nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO gerechtfertigt werden. Da kein benannter Fall gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 5 a-c AO einschlägig ist, müsste für die Veröffentlichung einer Gerichtsentscheidung ein sonstiges zwingendes öffentliches Interesse bestehen. Der Begriff hat wenig Konturen⁸⁵, erhält aber ein Mindestmaß an Bestimmtheit durch die in § 30 Abs. 4 Nr. 5 a-c AO genannten Fälle, denen die nicht benannten gleichwertig sein müssen.⁸⁶ Ob die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen durch diese Offenbarungsbefugnis gerechtfertigt werden kann, ist bisher noch nicht thematisiert worden. Praxisrelevante Beispiele, in denen ein zwingendes öffentliches Interesse bejaht wurde, sind insbesondere die Mitteilungen steuerlicher Unzuverlässigkeit an Gewerbebehörden⁸⁷ oder Mitteilungen der Staatsanwaltschaft an Presse und Rundfunk in Steuerstrafverfahren von erheblicher Bedeutung und bedeutendem Umfang.⁸⁸ Die Veröffentlichung einzelner, aus der Masse der Entscheidungen aufgrund der Bedeutung für die Öffentlichkeit herausragender Entscheidungen, mag nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO zu rechtfertigen sein. Trotz der oben dargestellten elementaren öffentlichen Belange, die für die Gerichte sogar eine Pflicht zur Veröffentlichung von Entscheidungen begründen, scheint es aber wenig überzeugend, eine alltägliche Gerichtspraxis durch eine Vorschrift zu legitimieren, die Ausnahmecharakter hat.⁸⁹

bb) Es bleibt damit zuletzt zu untersuchen, ob andere Regelungen eine Offenbarungsbefugnis enthalten. Dabei ist schon streitig, ob neben den in § 30 AO genannten Fällen, überhaupt weitere Vorschriften eine Offenbarungsbefugnis statuieren können.

Das steuerrechtliche Schrifttum geht – zutreffend – ganz überwiegend davon aus, dass § 30 Abs. 4 bis Abs. 6 AO die Offenbarungsgründe abschließend regeln.⁹⁰ Ob dies schon aus der „detaillierten Ausformulierung der Rechtfertigungs-

gründe“⁹¹ folgt, kann bezweifelt werden. Jedenfalls zeigt aber insbesondere die Vorschrift des § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO, die eindeutig darum bemüht ist, die Einschränkung des Steuergeheimnisses aufgrund anderer Gesetzes an bestimmte, enge Voraussetzungen zu knüpfen, dass es sich um eine abschließende Regelung handelt. Diese Regelung wäre überflüssig, würde man die Einschränkung des Steuergeheimnisses schon aufgrund jedes Gesetzes zulassen. Auch der Auffangtatbestand des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO bestätigt dieses Ergebnis.⁹² Die unter das Steuergeheimnis fallenden Verhältnisse dürfen deshalb nur nach § 30 Abs. 4 bis Abs. 6 AO offenbart werden, andere Vorschriften können eine Offenbarung nicht rechtfertigen.⁹³

cc) Somit könnte allenfalls in § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO eine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen, die einen Bezug zum Steuergeheimnis aufweisen, gesehen werden. Ob das Landgericht München II ebenfalls davon ausging, dass eine Veröffentlichung von § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO gedeckt ist, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Dies ist aber eine naheliegende Interpretation der Entscheidung des Landgerichts.

d) Verhältnismäßigkeit der Offenbarung

aa) Sofern man in § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO eine Vorschrift sehen will, nach der die Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung gerechtfertigt werden kann, stellt sich abschließend die Frage, ob eine Veröffentlichung im Einzelfall auch verhältnismäßig ist.⁹⁴ In eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sind folgende Aspekte – ohne dass dies hier in allen Einzelheiten thematisiert werden kann – mit einzustellen:

Mit der Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen wird aufgrund ihrer elementaren Bedeutung für den demokratischen Rechtsstaat und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁹⁵ ein legitimer Zweck verfolgt, der in geeigneter Weise durch die Veröffentlichung von Entscheidungen von Amts wegen verwirklicht wird. Erforderlich ist die Veröffentlichung nur dann, wenn die Entscheidungen soweit wie möglich anonymisiert und neutralisiert werden (vgl. auch § 3a S. 2 BDSG).⁹⁶ Dabei kann es auch angezeigt sein, die persönlichen Verhältnisse oder den Sachverhalt bzw. den Tatbestand ganz oder teilweise wegzulassen, sofern dies für das Verständnis der Entscheidung nicht notwendig ist.

Schließlich muss das berechtigte Informationsinteresse der Öffentlichkeit mit dem Interesse der Verfahrensbeteilig-

⁸⁵ Rüsken (Fn. 23), § 30 Rn. 182; Drüen (Fn. 29), § 30 AO Rn. 119: „Achillesferse des Steuergeheimnisses“. Zur – zum Teil bestrittenen – Verfassungsmäßigkeit der Norm vgl. Alber (Fn. 26), § 30 AO Rn. 192; Ruegenberg (Fn. 31), S. 91 ff.

⁸⁶ Rüsken (Fn. 23), § 30 Rn. 182; Schmitz (Fn. 33), § 355 Rn. 84; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 775 (776); OLG Hamm NJW 1981, 356 (358).

⁸⁷ Vgl. nur Schwarz (Fn. 50), § 30 Rn. 54; Perron (Fn. 47), § 355 Rn. 32; zu Recht kritisch Drüen (Fn. 29), § 30 AO Rn. 137.

⁸⁸ OLG Hamm NJW 1981, 356 (358).

⁸⁹ Im Ergebnis auch ablehnend Haupt, DStR 2014, 1025 (1027); vgl. dagegen Putzke/Zenthöfer, NJW 2015, 1777 (1781).

⁹⁰ Vgl. nur Drüen (Fn. 29), § 30 AO Rn. 57; Alber (Fn. 26), § 30 AO Rn. 136. Die herrschende Auffassung in der strafrechtlichen Literatur verneint dies und diskutiert insbesondere, ob auch § 34 StGB eine Offenbarung rechtfertigen kann. Da diese Vorschrift jedenfalls nicht zur Legitimation der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidung herangezogen werden kann, soll dieser Frage hier nicht weiter nachgegangen werden, vgl. hierzu z.B. Vormbaum (Fn. 68), § 355 Rn. 30.

⁹¹ So z.B. Drüen (Fn. 29), § 30 AO Rn. 57.

⁹² Rüsken (Fn. 23), § 30 Rn. 73.

⁹³ Die nur unter den engen Voraussetzungen des § 30 Abs. 4 bis Abs. 6 AO mögliche Offenbarung lässt sich angesichts der ubiquitären Datenerhebung durch die Steuerverwaltung, die über jeden Steuerpflichtigen jährlich auch sensible Informationen sammelt, gut begründen.

⁹⁴ Vgl. nur Alber (Fn. 26), § 30 AO Rn. 584; Drüen (Fn. 29), § 30 AO Rn. 59a.

⁹⁵ Siehe oben II. 1.

⁹⁶ Dies kann bei Personen der Zeitgeschichte u.U. anders zu beurteilen sein, worauf Putzke/Zenthöfer, NJW 2015, 1777 (1781) zutreffend hinweisen; vgl. auch oben Fn. 40.

ten am Schutz ihrer personenbezogenen Informationen abgewogen werden. Als Abwägungsfaktor kann dabei auf Seiten des Informationsinteresses der Aspekt, ob es sich um eine obergerichtliche Entscheidung, die der Rechtsfortbildung dient, handelt, zu berücksichtigen sein.⁹⁷ Auf Seiten des Schutzinteresses der Betroffenen spielt in erster Linie die Art der veröffentlichten personenbezogenen Informationen eine Rolle. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Schutz umso intensiver, je näher die personenbezogenen Informationen der Intimsphäre des Betroffenen stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlicher Gewalt Achtung und Schutz beansprucht.⁹⁸ Der Eingriff ist damit als umso schwerer zu bewerten, je tiefer diese Auskunft über den privaten Bereich des Betroffenen geben.⁹⁹ Neben dem Grad des Persönlichkeitsbezugs wirkt sich auch die Anzahl der Personen, die trotz Anonymisierung einen Personenbezug herstellen können, auf die Intensität des Eingriffs aus. Zudem wiegt eine Veröffentlichung von Informationen, die bereits einer breiten Öffentlichkeit bekannt sind, weniger schwer. Je nachdem, wie dieser Abwägungsprozess ausfällt, kann von der Veröffentlichung der Entscheidung in Ausnahmefällen ganz abgesehen sein. In der Regel muss es im Hinblick auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit aber ausreichen, wenn auf die Veröffentlichung derjenigen Teile, die einen besonderen Persönlichkeitsbezug aufweisen, verzichtet wird.¹⁰⁰

bb) Auch das Landgerichts München II hatte – anders kann man die Entscheidung wohl nicht interpretieren, ohne sich in Widersprüchlichkeiten zu verstricken¹⁰¹ – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu entscheiden, welche durch § 30 Abs. 1, Abs. 2 AO geschützten Verhältnisse nicht veröffentlicht werden.

Für die Entscheidung, die persönlichen Verhältnisse nicht zu veröffentlichen, spricht zunächst, dass es sich hierbei um Informationen handelt, die einen mehr oder minder starken Persönlichkeitsbezug aufweisen. Ob dieser Einblick in den

privaten Bereich tatsächlich tief ist, kann aber angesichts der Tatsache, dass es sich im Wesentlichen um bekannte Sachverhalte handelt – wovon auch das Landgericht ausging –, bezweifelt werden.¹⁰² Auf der anderen Seite sind die persönlichen Verhältnisse für die Strafzumessung, die in diesem Fall besonders kontrovers diskutiert worden ist, bedeutsam. Allerdings haben diese bei der Begründung der Strafzumessungsentscheidung tatsächlich keine Rolle gespielt,¹⁰³ so dass die Entscheidung des Landgerichts, vom Abdruck der persönlichen Verhältnisse abzusehen, als vertretbar erscheint.

Gut nachvollziehbar ist dagegen die Entscheidung, Besteuerungsgrundlagen und daraus errechnete Steuerbeträge nicht zu veröffentlichen. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang von der Veröffentlichung des zu versteuernden Einkommens, der Einkünfte aus Kapitalerträgen und privaten Veräußerungsgeschäften, die gegenüber dem Finanzamt verschwiegen wurden, sowie der Höhe der Einkommenssteuer abgesehen. Hierbei handelt es sich um Informationen, die tiefe Einblicke in die wirtschaftlichen Verhältnisse von Uli Hoeneß ermöglichen. Auch wenn hier kein unmittelbarer Persönlichkeitsbezug bestehen mag, geben diese Angaben doch Auskunft über den privaten Bereich.¹⁰⁴ Auf der anderen Seite ist das Informationsinteresse der Allgemeinheit als gering zu bewerten. Für die konkrete Entscheidung – gerade auch im Hinblick auf die Strafzumessung – sind die Einkommensverhältnisse des Angeklagten nicht von Bedeutung gewesen. Entscheidend war vielmehr allein die Höhe der hinterzogenen Steuern. Alle Teile des Urteils, die sich hierauf bezogen, wurden aber veröffentlicht.

Ob dies tatsächlich die Gründe waren, die das Landgericht dazu veranlassten, von der Veröffentlichung der benannten Teile des Urteils abzusehen, kann aber mangels einer Begründung des Veröffentlichungsverzichts nicht mit Sicherheit gesagt werden.

3. Ergebnis

Das Steuergeheimnis ist Schranke für die Veröffentlichung einer Gerichtsentscheidung. Eine Offenbarungsbefugnis kann aber unter Umständen in § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO gesehen werden. Dann muss die Veröffentlichung auch im Einzelfall dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, was insbesondere dazu führen kann, dass Entscheidungen nur teilweise veröffentlicht werden können. Dies war wohl auch der maßgeblich

⁹⁷ VGH Baden-Württemberg MMR 2011, 277 (279); vgl. auch *Haupt*, DSSt 2014, 1025 (1027), der bei finanzgerichtlichen Entscheidungen ein Informationsinteresse nur bei Revisionszulassung anerkennen will. Ob eine solche Kategorisierung anhand formaler Kriterien mit den vom Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf die Frage der Veröffentlichungswürdigkeit aufgestellten Kriterien (siehe oben II. 1.) zu vereinbaren ist, kann bezweifelt werden.

⁹⁸ BVerfGE 89, 69 (82 f.); vgl. auch *Dreier* (Fn. 84), Art. 2 Abs. 1 Rn. 92. Dabei können Informationen, die in diesem Sinne als besonders sensibel einzustufen sind, auch im Bereich des Steuergeheimnisses eine Rolle spielen. Man denke nur an die im Rahmen der außergewöhnlichen Belastungen (§§ 33 ff. EStG) relevanten Sachverhalte, die z.B. einen Bezug zu Krankheiten haben können.

⁹⁹ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Abs. 1 Rn. 116; *Di Fabio* (Fn. 24), Art. 2 Rn. 181.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. VGH Baden-Württemberg MMR 2011, 277 (279) zu psychiatrischen Untersuchungen und deren Ergebnissen.

¹⁰¹ Siehe hierzu schon oben II. 2. b) cc).

¹⁰² Vgl. auch *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 (1782).

¹⁰³ Das mag man angesichts der Tatsache, dass „die Kammer in erheblichem Maße von den durch den BGH in seinem Urteil vom 02.12.2008 entwickelten Grundsätzen zur Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung abgewichen [ist], weil dies angesichts der außerordentlichen Umstände des Einzelfalls geboten war“ (vgl. LG München [Fn. 4], S. 49), durchaus kritisch sehen, insbesondere da die Begründung dieser Abweichung auch sonst recht kurz ausfällt.

¹⁰⁴ Dabei dürfte gerade in Deutschland, wo die Höhe des Einkommens eine Art gesellschaftliches Tabuthema ist, die Veröffentlichung des zu versteuernden Einkommens oder die Höhe der Einkommenssteuer als besonders intensiver Eingriff angesehen werden.

Grund, manche Teile des Urteils im Strafverfahren gegen Uli Hoeneß nicht zu veröffentlichen, wenngleich hierüber mangels Begründung noch gewisse Unklarheiten bestehen. Wie gezeigt wurde, lässt sich die Entscheidung des Landgerichts München II aber gut anhand des geltenden Rechts erklären. Eine Sonderbehandlung oder ein Prominentenbonus ist dem Angeklagten Hoeneß durch diese Art der Urteilsveröffentlichung somit nicht zuteil geworden.

III. Fazit

Wie sind nun diese für die Konstellation des Steuergeheimnisses gefundenen Ergebnisse generell im Hinblick auf die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, die keinen Bezug zum Steuergeheimnis aufweisen, zu bewerten? Wie oben gezeigt wurde, gelingt die Anonymisierung gerichtlicher Entscheidungen in vielen Fällen nicht. Dann werden aber mit der Veröffentlichung personenbezogene Informationen preisgegeben. Dies stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar, der rechtfertigungsbedürftig ist. Im Bereich des Steuerrechts kann eine Veröffentlichung, die in das Steuergeheimnis eingreift, bei entsprechender Auslegung nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO gerechtfertigt werden. Dies ist gleichwohl keine sehr überzeugende Lösung, da dann ausschließlich für Entscheidungen, die einen Bezug zum Steuergeheimnis haben, eine Rechtsgrundlage vorläge, für alle anderen gerichtlichen Entscheidungen aber gerade nicht. Wie gezeigt wurde, gibt es nämlich keine Rechtsgrundlagen, die die Veröffentlichungspraxis der Gerichte regeln. Die Presse- und Datenschutzgesetze können nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, da insbesondere die Landespressegesetze allenfalls die Überlassung von Entscheidungen im Einzelfall rechtfertigen können und die Datenschutzgesetze keine bereichsspezifischen Vorschriften darstellen, die für eine verfassungskonforme Regelung notwendig sind.¹⁰⁵ Es fehlt damit an einer Rechtsgrundlage, die den mit der Veröffentlichung unter Umständen verbundenen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen kann.

Es besteht damit Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.¹⁰⁶ Er muss eine normenklare, bereichsspezifische Regelung schaffen, die die wesentlichen Fragen der Veröffentlichung (wer, wann, wie?) beantwortet und entscheidet, wie die Grenze zwischen Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Interesse der Betroffenen auf Schutz ihrer Daten zu ziehen ist. Hier könnte eine Regelung in Anlehnung an §§ 171b, 172 GVG geschaffen werden.¹⁰⁷ Den Gerichten müssen konkrete Kriterien an die Hand gegeben werden, wie dieser Abwägungsprozess durchzuführen ist, damit sowohl dem Informationsinteresse der Allgemeinheit als auch den Grundrechten der Betroffenen Rechnung getragen wird. Überlegenswert wäre zudem, eine zur Veröffentlichung erstellte Fassung der Entscheidung den Betroffenen mit einer Einwendungsfrist bekanntzugeben und Rechtsschutzmög-

lichkeiten vorzusehen.¹⁰⁸ Darüber nachzudenken wäre auch, ob man eine Veröffentlichung dann verbietet, wenn durch einen Verfahrensbeteiligten Berufung gegen ein Urteil eingelegt wird. Denn in diesem Fall sind neue Tatsachenfeststellungen möglich und der zunächst festgestellte Sachverhalt kann sich als falsch erweisen. Zudem könnte auch eine Regelung des jüngst diskutierten Problems, ob auch die Namen der an der Entscheidung beteiligten Richter, Staatsanwälte oder Verteidiger zu veröffentlichen sind und unter welchen Voraussetzungen dies zu unterbleiben hat, erfolgen.¹⁰⁹ Außerdem sollte das Gericht, sofern es sich dazu entschließt, eine Entscheidung ganz oder teilweise nicht zu veröffentlichen, diesen Veröffentlichungsverzicht begründen müssen.¹¹⁰ Diese Vorschriften könnten mit Geltung für alle Gerichtszweige in das Gerichtsverfassungsgesetz (Titel 16a) eingefügt werden.¹¹¹

¹⁰⁵ Siehe hierzu II. 2. c) aa) (2) (a).

¹⁰⁶ In diesem Sinne auch *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1030).

¹⁰⁷ Vgl. auch *Rüsken* (Fn. 23), § 30 Rn. 59b; *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 (1781).

¹⁰⁸ Vgl. auch *Haupt*, DStR 2014, 1025 (1030).

¹⁰⁹ Hierzu BVerwG NJW 2015, 807 (oben Fn. 36).

¹¹⁰ So auch *Putzke/Zenthöfer*, NJW 2015, 1777 (1781), die auch zutreffend darauf hinweisen, dass der Umfang der Kürzungen erkennbar sein muss.

¹¹¹ In diesem Zusammenhang könnte dann auch die aus der Verfassung abgeleitete Pflicht zur Veröffentlichung konkretisiert werden, vgl. hierzu *Bohne*, NVwZ 2007, 656.

A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro

Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”)

Por Prof. Dr. **Luís Greco**, LL.M., Augsburg, **Alaor Leite**, LL.M., Munique*

I. Introdução

Também no Brasil as teorias do domínio do fato e do domínio da organização ganharam protagonismo no debate.¹ O tribunal brasileiro de maior hierarquia, o Supremo Tribunal Federal (= STF), mencionou² essas ideias, desenvolvidas sobretudo por *Roxin*,³ em recente decisão que tinha como objeto um enorme escândalo de corrupção no âmbito do governo federal (Ação Penal = AP 470/STF).⁴ O caso, que, de um ponto de vista político, constitui um dos mais rumorosos e candentes da história brasileira recente, foi acompanhada

* O primeiro autor é Professor Titular de Direito Penal, Processo Penal e Direito Penal Econômico na Universidade de Augsburg; o segundo é doutorando na Universidade de Munique. O trabalho foi originalmente escrito em alemão, para um público que desconhece por completo tanto o Caso Mensalão, quanto o direito brasileiro (originalmente publicado na presente revista, *Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht*, ZIS 2014, 284). Preferimos manter inalterada essa característica do artigo, não apenas para que o leitor brasileiro possa tomar conhecimento de o que exatamente contamos ao público alemão, mas também porque o segundo autor já se manifestou a respeito de problemas de autoria e participação no Caso Mensalão em *Leite*, RBCC 106 (2014), 47. (este trabalho foi publicado igualmente no livro *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, *Autoria como domínio do fato*, Marcial Pons, São Paulo/Madrid/Buenos Aires, 2014, p. 123 e ss.). A tradução para o português da versão original foi feita pelo segundo autor.

¹ A figura do domínio da organização protagoniza relevantes discussões contemporâneas. Sobre a adoção da figura no direito penal internacional ver *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 365 e ss., p. 590 e ss., p. 613.; *Kreß*, GA 2006, 304; *Radtke*, GA 2006, 350; ver também a recente decisão do caso Katanga no IStGH, de 30.9.2008 – Nr. ICC-01/04 – 01/07, especialmente p. 166 e ss., p. 226; a esse respeito *Ambos*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (org.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, *Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, p. 837; sobre a aplicação da figura na argentina ver *Ambos*, GA 1998, 226 (238); sobre o caso do ex-presidente peruano Fujimori ver a edição especial da ZIS 2009, 549.

² A razão pela qual preferimos o verbo “mencionar” ao invés de “aplicar” deve ficar evidente ao longo do estudo.

³ *Roxin*, GA 1963, 193; por último em GA 2012, 395.

⁴ A decisão pode ser encontrada em:

http://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (28.2.2014 – o acesso é, por vezes, lento). Sobre a forma de citação por nós preferida cf. abaixo, nota de rodapé n. 7.

do pela imprensa e pela opinião pública com enorme e implacável interesse.⁵

O presente estudo almeja três objetivos. Em primeiro lugar, a ideia é informar a respeito das manifestações centrais da decisão relativas à dogmática da autoria e da participação, isto é, das formas de intervenção no delito. Em segundo lugar, o estudo quer oferecer uma contribuição para a discussão que, na teoria do direito comparado, é conhecida sob a rubrica de “legal transplants”. Por fim e primordialmente, o estudo questiona se a decisão tem, também de uma perspectiva jurídica, isto é, aos olhos de uma ciência jurídica universal, a relevância que lhe assiste de uma perspectiva política. Em outras palavras: podese aprender algo com essa decisão?

Após algumas necessárias observações prévias de cunho metodológico (II), o contexto fático e a decisão serão concisamente descritos (III.) Em seguida serão expostas as questões jurídicas em torno das formas de intervenção no delito (IV.). A primeira conclusão é a de que a anunciada recepção da teoria do domínio do fato, a rigor, não ocorreu, com o que surge, imediatamente, a pergunta pelas verdadeiras razões da menção às figuras do domínio do fato e do domínio da organização. Por fim, depois de uma crítica às afirmações centrais contidas na decisão (V), é preciso responder a pergunta sobre se podemos retirar da decisão algumas lições para o futuro (VI).

II. Os desafios metodológicos diante de “decisões-monstro”

1. O Supremo Tribunal Federal brasileiro corresponde essencialmente ao Bundesverfassungsgericht (= BVerfG) alemão. Ele exerce grande parte das competências de uma Corte Constitucional, em especial o controle abstrato de constitucionalidade e a resolução de controvérsias entre Estados e Federação (art. 102 I a, f CR/1988). A instância que deve assegurar a uniformização da aplicação do direito federal é, de outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (= STJ, Art. 105 III CR/1988), que corresponde, portanto, ao Bundesgerichtshof alemão (= BGH). Ainda assim, o STF possui uma série de competências que extrapolam sensivelmente o papel de uma verdadeira Corte Constitucional. Em especial, é competência exclusiva do STF decidir sobre ações penais em face dos Ministros do Governo Federal e dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102 I c CR/1988).⁶

⁵ Também a ciência jurídica tem se ocupado de forma intensa da decisão, como o comprovam as edições especiais dedicadas apenas a esse caso da *Revista dos Tribunais* 933 (2013) e da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 106 (2014).

⁶ Para maiores detalhes ver *Pacelli*, *Curso de Processo Penal*, 15. ed. 2011, p. 207 e ss., p. 211 e ss.

A decisão que ora comentamos foi proferida em uma das ações penais. Ela é composta, dessa forma, não apenas por respostas a questões de direito, mas também pela análise de todo o material fático-probatório – isto é, de questões de fato –, e isso sem que se diferencie claramente entre um e outro aspecto. Além disso, há outras especificidades que têm de ser relevadas. Cada um dos onze Ministros do STF lava o seu próprio voto com própria fundamentação. Existe, é verdade, um relator para cada processo, ao qual os outros Ministros podem se referir e com o qual podem concordar, o que no entanto não é obrigatório e não ocorreu no presente caso. Há alguns anos, os julgamentos, nos quais tomam parte também os defensores, são transmitidos ao vivo em um canal televisivo coordenado pelo próprio Poder Judiciário (a chamada “TV Justiça”), que também pode ser acompanhado pela internet. As discussões e deliberações entre os Ministros são igualmente transmitidas; essas discussões e deliberações são transcritas e compõem, ao lado do voto de cada Ministro, a decisão judicial publicada. No caso concreto, todas essas circunstâncias conduziram a uma decisão final que contém cerca de 8.000 páginas.⁷ Na Alemanha, conhece-se o conceito de “processo volumoso” ou “processo-monstro” (*Umfangsverfahren, Monsterverfahren*);⁸ não se fez necessário, ainda, cunhar a expressão “decisão judicial volumosa” ou “decisão-monstro”. Em relação à decisão brasileira está-se, no entanto, diante de uma decisão merecedora desse designativo.

2. São evidentes as dificuldades de destilar uma decisão unitária do tribunal enquanto instituição, uma vez que a matéria prima do intérprete é um emaranhado que não diferencia questões de fato e de direito e que contém manifestações tanto orais, por vezes declaradamente superficiais e descompromissadas, como também escritas, estas supostamente mais refletidas, e isso de onze Ministros.⁹ É, portanto, impossível analisar essa decisão, prehe de características específicas, da mesma forma com que se pode analisar em regra uma decisão de um tribunal alemão ou europeu. Em primeiro lugar, nosso

⁷ Sem contar o material probatório, com o que se chegaria a um total de 50.000 páginas. Cada voto possui a sua própria contagem de páginas, de modo que preferimos citar a decisão pela única numeração unívoca existente, ou seja, aquela que contém o material probatório. Assim o leitor pode identificar o trecho referido com maior facilidade, já que nem sempre é fácil encontrar a manifestação do Ministro apenas com a referência da paginação particular.

⁸ Ver por exemplo *Wesemann*, in: *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins* (org.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 891; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 28. ed. 2014, § 16 nm. 5.

⁹ No Brasil, em regra não há vinculação jurídica de precedentes, salvo em casos expressos em lei, como o de declaração de inconstitucionalidade de uma lei. De todo o modo, sabe-se que há uma vinculação fática, e que nessa medida uma identificação das *rationes decidendi* é imprescindível. Sobre os problemas gerais da vinculação a precedentes ver *Schlüter*, *Das Obiter Dictum*, 1973, p. 77 e ss.; *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed. 1976, p. 282 e ss.; *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent*, 2008, p. 58 e ss., p. 67 e ss.

comentário terá de esforçar-se no sentido de reconstruir o contexto fático e as linhas mestras da decisão. Boa parte do presente comentário científico à decisão será dedicada, assim, a interpretá-la e compreendê-la. A pergunta passa a ser como, então, essa interpretação construtiva deve ocorrer.

Na teoria do direito, falase usualmente em uma reconstrução racional de decisões judiciais.¹⁰ Identifica-se na decisão judicial um fundamento e uma conclusão e, em seguida, tenta-se entender a conclusão como consequência lógica, isto é, baseada em razões, do fundamento. Os trechos da decisão que conduzem logicamente ao resultado podem ser identificados como *rationes decidendi*; a decisão pode, assim, ser mais facilmente compreendida, e idealmente, torna-se possível reconstruir a decisão como um simples condicional: “dado A, segue B”. Em regra, as decisões dos tribunais alemães deixam-se reconstruir de forma racional, e costumam conter fundamentação razoável.

Em “decisões-monstro” esse empreendimento se depara com barreiras estruturais. Nessas decisões, em razão das inúmeras circunstâncias acima descritas, seria um tanto surpreendente que existisse uma relação lógica entre fundamento e conclusão. O esforço por uma reconstrução racional dessas decisões tem, por isso mesmo, de ser mais cuidadoso. Afinal, a suposta reconstrução pode transformar-se facilmente em uma falsificação ou em uma racionalização *ex post*.

O comentário de decisões-monstro tem de proceder diversamente. De todo modo, também nesses casos é aconselhável que se diferencie entre fundamentação e resultado, e também nesses casos o esforço deve orientar-se, primeiramente, no sentido de uma reconstrução racional da decisão. Esses passos iniciais, por si só, representam grande desafio, já que nem sempre será possível identificar uma linha argumentativa clara.¹¹ Quando uma reconstrução racional nesses moldes não for possível, esse deficit não poderá ser suplantado por uma falsificação ou racionalização *ex post*. A compreensão da decisão não se dará mais por meio do estabelecimento de relações lógicas, baseadas em razões, mas sim em outra sorte de relações entre fundamento e conclusões, a saber: relações retóricas, isto é, baseadas em apelos.

3. Dessa forma, abre-se uma vereda para a crítica da decisão. Afinal, decisões judiciais devem possuir a pretensão de convencer por meio de razões logicamente apreensíveis e não a de impressionar por meio de apelos que possuem efeito retórico-emocional. Essa distinção entre a dimensão lógica e a dimensão retórica oferecerá, ademais, a chave para que se compreenda a verdadeira razão pela qual ao STF pareceu tão relevante “recepção” uma prestigiada teoria alemã.

Com isso, desaguaremos na conhecida discussão travada entre os comparatistas a respeito dos chamados legal trans-

¹⁰ Ver *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, p. 17 e ss, p. 43 e ss., p. 219 e ss.; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1. ed., 1994, p. 498 e ss.

¹¹ Essa contingência nos impedirá de citar cada detalhe da argumentação do Tribunal, de forma que nos limitaremos aos trechos principais, mais representativos de cada argumento a ser analisado.

plants.¹² Sob esse conceito são discutidas as tensões que surgem quando figuras ou categorias jurídicas desenvolvidas em determinados contextos dogmáticos e culturais são transportadas para outras ordens jurídicas que não possuem as mesmas “condições estruturais”.¹³ A recepção brasileira da teoria do domínio do fato se revela como um transplante problemático em outro sentido, a saber: uma consideração, concebida e manejada como uma razão em seu país de origem, foi introduzida em outra ordem jurídica não mais como razão, mas como apelo com efeitos retóricos, e, assim, falsificada.

III. O caso

O contexto fático é altamente complexo, de modo que é possível oferecer apenas uma descrição geral.¹⁴ Havia vários acusados (inicialmente 40; ao final, 38 foram definitivamente julgados pelo STF) e várias eram as imputações. Pessoas da cúpula do Governo Federal da época (mandato do Presidente Lula, de 2003-2010) e do partido político do antigo Presidente (Partido dos Trabalhadores) teriam comprado apoio político de parlamentares de outros partidos por meio de uma sorte de mesada. Daí o emblemático nome “mensalão”, logo disseminado pela mídia. O pagamento da mesada visava a um direcionamento das votações na Câmara de Deputados, evidentemente no sentido dos anseios do partido da situação. Na Câmara de Deputados,¹⁵ composta por 512 parlamentares, estão representados nada menos que 18 partidos; não existe a previsão de uma cláusula de barreira (Sperrkausal) como a do § 6 III Bundeswahlgesetz (Lei eleitoral federal).¹⁶ Apenas 87 parlamentares pertencem ao partido do governo. Não há uma

vinculação verdadeiramente estável entre partidos de apoio e o partido governo. Diante de condições estruturais como as descritas, em que o governo federal não dispõe de uma maioria estável na Câmara de Deputados, fica bastante claro como pode surgir um esquema de compra de apoio político como o “mensalão”. Os valores pagos vinham do patrimônio de bancos e agências de publicidade, que tinham interesse em um bom relacionamento com o governo. A cúpula do governo, bem como os sujeitos em cargos de destaque nos bancos e agências, foram condenados sobretudo por corrupção ativa (art. 333 do Código Penal Brasileiro = CP) e lavagem de dinheiro (art. 10 da Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012).

Foi precisamente nesse contexto que surgiram as menções às figuras do domínio do fato e do domínio da organização. A elas recorreram alguns Ministros do STF para fundamentar a responsabilidade penal de uma série de pessoas com posição de destaque nas estruturas organizacionais. Todos os acusados que gozavam de posição de destaque no governo, nos bancos e nas agências foram condenados. As penas aplicadas foram bastante altas.¹⁷ Parlamentares que receberam os pagamentos foram condenados por corrupção passiva (art. 317 CP),¹⁸ com a ressalva de que nestes últimos casos as teorias do domínio do fato e da organização não tiveram significado decisivo.

IV. A dogmática da autoria e da participação na decisão

O fato de que as teorias do domínio do fato e do domínio da organização tenham sido mencionadas causa, de todo o modo, espanto. Afinal, o direito penal brasileiro parte de um sistema unitário de autor. Todos aqueles que concorrem para o delito são punidos a partir do mesmo marco penal, e sequer na determinação judicial da pena há distinção clara e precisa entre autoria e participação. Por que, então, decidiu o STF servir-se de uma teoria cuja finalidade é precisamente distinguir entre autor e partícipe? Essa é a pergunta que deve nos guiar na busca pela reconstrução do conteúdo da decisão.

1. O sistema unitário de autor no direito penal brasileiro

O dispositivo central de autoria no direito positivo brasileiro tem a seguinte redação: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (Art. 29 caput CP). O conceito de “concurso” no sentido do art. 29 caput CP é compreendido em sentido bastante amplo. A doutrina dominante interpreta esse dispositivo em conjunto com o art. 13 caput, segunda frase CP, que contém uma definição legal de causalidade: “Causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. A fórmula da *conditio sine qua non* possui, no Brasil,

¹² Watson, *Legal Transplants*, 2. ed. 1993, p. 1 e ss, p. 21 e ss; ver também Teubner, *Modern Law Review* 61 (1998), 11; Legrand, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997), 111.; Graziadei, in: Reimann/Zimmermann (org.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, p. 441.

¹³ Watson (n. 11), p. 21 e ss.

¹⁴ A reconstrução que buscaremos empreender limitar-se-á a uma sucinta exposição dos principais resultados do processo. Vários dos livros publicados a respeito desse julgamento podem ser considerados, em grande parte, tendenciosos, e são, na verdade, contribuições para uma ainda viva disputa política, e não relatos que possam de alguma maneira interessar àqueles que buscam formar uma opinião jurídica sobre o assunto. Para um exemplo da repercussão na imprensa alemã: <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/korruptionsskandal-in-brasilien-prozess-um-den-grossen-monatslohn-11840684.html> (28.2.2014).

¹⁵ Retiramos essas informações do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados:

<http://www.camara.gov.br/Internet/Deputado/bancada.asp> (26.2.2014).

¹⁶ (N.T.) Essa cláusula, simplificada, limita o acesso de um partido ao Bundestag (parlamento alemão) caso o partido não consiga ultrapassar a marca dos 5 % dos votos. O fundamento dessa cláusula é impedir que uma fragmentação do Bundestag comprometa a sua capacidade de funcionamento (BVerfGE 6, 84 [92 e ss.]).

¹⁷ Para detalhes sobre a determinação judicial da pena nessa decisão ver: Teixeira, RBCC 106 (2014), 13.

¹⁸ Ao contrário da Alemanha (cf. Hilgendorf, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [org.], *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 12. ed. 2007, § 11 nm. 32), no Brasil os parlamentares são considerados funcionários públicos em sentido jurídico-penal.

força de lei. Concorrente e, assim, autor é todo aquele que presta uma contribuição causal para o crime. A partir dessa construção é que se pode apreender a correção do diagnóstico de *Welzel*: “O conceito extensivo de autor foi um fruto tardio da teoria causal da ação”¹⁹. O sistema unitário de autor de matriz causal foi introduzido no direito positivo brasileiro em 1940,²⁰ por influência clara e forte do Código Penal italiano de 1930 (Art. 110 e ss. do Código Penal italiano).²¹ É de se presumir uma influência mediata do direito alemão na regulação brasileira da autoria e da participação: um dos mais ilustres defensores do sistema unitário era von Liszt,²² cujo manual de direito penal foi traduzido para o português em 1899.²³

A maior vantagem a que o defensor do sistema unitário de autor costuma reportar-se é, em verdade, uma consideração pragmática, a saber: *a facilitação da aplicação do direito*.²⁴ O tribunal, nos termos do art. 29 em conjunto com o art. 13 CP, deve apenas verificar se existe um liame causal entre uma ação e uma omissão e um resultado; nesse caso, já se terá um

¹⁹ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 99 e ss.

²⁰ Assim expressamente na exposição de motivos (Nr. 22) do Código Penal brasileiro de 1940; sobre os fundamentos do conceito unitário de autor cf. *Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, p. 25 e ss.; *Detzer*, Die Problematik der Einheitstäterlösung, 1972, p. 63 e ss., p. 76 e ss.; *Schumann*, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979, p. 9 e ss.; *Trunk*, Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987, p. 1 e ss.; *Seier*, JA 1990, 342 (382); *Renzi-kowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 13 e ss.; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, p. 44 e ss.; *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403; *Bock*, Jura 2005, 673; *Schöberl*, Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell, 2006, p. 25 e ss.; *Miller*, Die Beteiligung am Verbrechen nach italienischem Strafrecht, 2007, p. 21 e ss.; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, p. 131 e ss.

²¹ Sobre as origens dessa regulação ver *Manzini* (atualizado por *Nuvolone/Pisapia*), Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. 2, 4. ed. 1961, p. 506 e ss.

²² Sobre o conceito unitário de *autor* ver v. *Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol. 2, 1905, p. 87 e ss., p. 112 e s., p. 392.

²³ v. *Liszt*, Tratado de Direito Penal alemão, trad. Hygino Duarte Pereira, 1899.

²⁴ No Brasil ver *Hungria/Fragoso*, Comentários ao Código Penal, tomo I/2, 1978, Art. 11 e ss., p. 403; *Cirino dos Santos*, Direito Penal, Parte Geral, 2006, p. 348 e s.; na Alemanha ver v. *Liszt* (n. 22), p. 87 e s.; *Bähr*, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933, p. 1 e ss., p. 6.; v. *Cramer*, Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, 1935, p. 1; *Kienapfel* (n. 19), p. 11 e ss.; *Detzer* (n. 19), p. 213 e ss.; *Schumann* (n. 19), p. 9; *Seier*, JA 1990, 342 (343); *Bock*, Jura 2005, 673 (679); *Miller* (n. 19), p. 229 e ss.; contrariamente: *Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, p. 108 e s.; no Brasil, *Pereira dos Santos*, Inovações do Código Penal, São Paulo, 1985, p. 55 e ss.

autor do delito. Para a tipicidade da ação ou omissão não importa se a contribuição que causou o resultado se deu imediata ou mediamente, noutras palavras, se ela ocorreu sem ou com a intervenção de uma ulterior ação de um terceiro. As diferenças entre as contribuições individuais são, no máximo, questões a serem enfrentadas na determinação judicial da pena, que, no Brasil, ainda em maior medida que na Alemanha, é o “reino do juiz do fato”.²⁵

2. O domínio da organização na decisão

Sob essas condições, causa espanto ainda maior o fato de o STF ter sequer chegado à ideia de mencionar a teoria do domínio da organização. Onde pode essa figura ser relevante, se se tem um sistema que parte da ideia de que toda contribuição causal fundamenta, automaticamente, uma autoria? A única resposta logicamente possível é: em lugar algum. Apenas diante da afirmação de uma entre duas premissas é que surge espaço lógico para que se recorra à ideia de domínio da organização: ou se abandona a premissa de que a mera contribuição causal fundamenta uma autoria, isto é, abandona-se o sistema unitário de autor, de modo que uma diferenciação entre autor e partícipe faz-se necessária (abaixo a); ou se entende por domínio do fato e domínio da organização algo completamente diverso do significado que a tradição jurídica alemã, que cunhou os termos, lhes atribui (abaixo b, c).

a) De fato, existem esforços na doutrina brasileira no sentido de interpretar o direito positivo brasileiro, já de lege lata, no sentido de um sistema diferenciador de autoria e participação.²⁶ Não há, a nosso ver, nenhum empecilho intransponível a barrar esses esforços. Afinal, trata-se de uma interpretação construtiva limitadora da punibilidade, que, ademais, encontra apoio na vontade declarada do legislador que reformou a parte geral do CPB em 1984.²⁷ Esses esforços anseiam, sobretudo, superar um sistema que, como consequência, torna um grito de “mate-o!” dirigido a um terceiro plenamente responsável uma ação de matar no sentido do delito de homicídio – o que, desde a perspectiva do princípio da legalidade, significa uma inaceitável dissolução dos tipos penais.²⁸

Se esse passo rumo a um sistema diferenciador de autoria e participação tivesse sido dado, tornarseia compreensível porque se pôde recorrer à ideia de domínio da organização. Justamente isso, contudo, não foi feito pelo STF.

²⁵ *Zipf*, Die Strafmassrevision, 1969, p. 161; ver também BGHSt, 57, 123 (127); com ulteriores referências, *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. ed 2012, nm. 1505 e ss.

²⁶ *Batista*, Concurso de Agentes, 2 ed. 2004, p. 59 e ss.; *Reale Jr.*, Instituições de Direito Penal, vol. 1, 2002, p. 316 e ss.; *Cirino dos Santos* (n. 24), p. 351 e ss.; *Greco/Leite*, RT 933 (2013), 61; ver também AP 470/STF, p. 56.811, Ministro Celso de Mello; p. 56.841, Ministra Rosa Weber; p. 56.772, Ministro Gilmar Mendes.

²⁷ Assim a exposição de motivos da reforma da parte geral de 1984, Nr. 25.

²⁸ *Greco*, Cumplicidade através de ações neutras, 2004, p. 11 e ss.

b) As ideias de domínio do fato e de domínio da organização, no sentido em que foram utilizadas na decisão, têm, assim, de significar algo diverso, que não o critério distintivo entre autoria e participação. A leitura da decisão confirma essa suspeita, e por várias razões.

aa) Em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e do domínio da organização tiveram na decisão uma função fundamentadora de punibilidade. A decisão não se esforça em aduzir argumentos em favor das contribuições causais concretas (no sentido do art. 13 caput em conjunto com o art. 29 caput CP) das pessoas em posição de comando. O recurso às teorias do domínio do fato e da organização foi o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério a determinar, por exemplo, se determinando sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um fato punível. Não se tratou, na decisão, da questão autor/partícipe, mas da questão punível/impunível (cf. AP 470/STF, p. 52.775 e ss., 56.841 e ss., Ministra Rosa Weber; p. 56.180 e ss., p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito; p. 56.226 e ss., p. 56.842, Ministro Joaquim Barbosa).

bb) Em segundo lugar, há fundadas dúvidas sobre se alguns Ministros do STF, nos momentos em que se referem aos conceitos de domínio do fato e domínio da organização, de fato compreenderam o sentido e o alcance desses conceitos. É pesado, mas inevitável ter de afirmar que sequer a distinção entre as figuras do domínio do fato e do domínio da organização foi identificada e compreendida na decisão. Os termos “domínio do fato” e “domínio da organização” são constantemente utilizados na decisão de forma indistinta e, por vezes, como sinônimos (por exemplo, AP 470/STF, p. 56.816 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski; p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito). Parece incrível que o mais alto Tribunal de um país tamanhamente rico, que coloca à disposição de cada ministro uma equipe de assessores, se permita tais deslizes. Não deve surpreender, assim, que da decisão se poderá extrair poucas contribuições técnicas para a dogmática da autoria e da participação (mais detalhes abaixo VI.).

cc) Em terceiro lugar, faltou na decisão um qualquer esforço em subsumir as circunstâncias do caso concreto aos pressupostos de incidência do domínio da organização²⁹.

(1) Em alguns trechos de alguns votos foi problematizado, apesar da confusão terminológica já denunciada, a validade da figura do domínio da organização em face da circunstância de que o Brasil não é um regime totalitário, mas um estado democrático de direito (cf. AP 470/STF, p. 56.822 e ss., Ministro Celso de Mello; p. 56.568 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski). Nesse ponto, é possível enxergar uma vaga referência ao pressuposto de incidência da figura do domínio da organização conhecido como desvinculação ao direito/dissociação do direito, exigido pela maioria dos que aceitam a figura do domínio da organização.³⁰ No entanto, a maioria

dos votos sequer referiu essa problemática e não enfrentou verdadeiramente esse problema, contentando-se, por vezes, com considerações laterais (cf. AP 470/STF, p. 56.816 e ss., Ministro Ricardo Lewandowski). Não houve uma problematização mais profunda do fato de Ministérios do governo federal, bancos e agências de publicidade, nos quais alguns dos acusados ocupavam posições de comando, não poderem ser considerados organizações desvinculadas do direito. Além disso, o STF poderia, sem maiores dificuldades, superar esse entrave recorrendo à jurisprudência alemã e a reputados autores que, apesar de reconhecerem a figura do domínio da organização, recusam a ideia de desvinculação ao direito como pressuposto necessário dessa figura.³¹

(2) O critério da fungibilidade, que se relaciona diretamente com o critério da desvinculação ao direito, foi, sim, mencionado em algumas passagens. O contexto fático, todavia, não foi analisado sob a lente desse critério. Surpreendentemente, o critério da fungibilidade foi utilizado em outro contexto, de maneira, por assim dizer, invertida: um Ministro argumentou que determinada pessoa em posição de comando era de ser considerada autora dos delitos, porque ela não era fungível (cf. AP 470/STF, p. 56.585 e ss., Ministro Ayres Brito). Isso significa que não apenas se ignorou por completo a fungibilidade em sua função na teoria do domínio da organização, como se erigiu a infungibilidade em fundamento da autoria, em exemplo quase inimaginável de uma argumentação irrefletida. A seguir essa argumentação, todo instigador deveria ser declarado autor.

c) Com o que foi dito já se evidencia o que o domínio do fato e o domínio da organização, na concepção de alguns Ministros do STF, não é. Domínio do fato, na decisão do Caso Mensalão, não é aquilo que se entende sob esses termos na Alemanha. É possível, contudo, determinar positivamente o que eles significam para o STF?

aa) Uma primeira suspeita seria a de que alguns Ministros do STF recorreram ao termo domínio do fato quando estavam se referindo, em verdade, à fundamentação de uma posição de garantidor nos termos da dogmática dos delitos de omissão imprópria. Em favor dessa interpretação está o fato de que na decisão não há a referência a ordens concretas, a contribuições ativas dos homens de trás. Sequer esse dado fundamental é possível identificar com clareza na decisão. (cf. AP 470/STF, p. 54.348, Ministro Luiz Fux; p. 52.775 e ss., Ministra Rosa Weber).

É claramente possível fundamentar que os sujeitos em posição de comando em bancos ou agências de publicidade estão obrigados a evitar, na condição de garantidores, que os recursos das empresas por eles dirigidas sejam utilizados para o pagamento de valores destinados à corrupção de parlamentares. Eles poderiam ser considerados tanto garantidores de vigilância (*Überwachungsgaranten*) da própria empresa ou

²⁹ Por último ver *Roxin*, GA 2012, 395.

³⁰ Assim o clássico estudo de *Roxin*, GA 1963, 193 (204): “Nesses casos, não se age *com* o aparato, mas *contra* ele”; sobre a discussão atual ver *Schünemann*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (n. 1), p. 799.

³¹ BGHSt 40, 218 (236 e s.); 40, 307 (316 e s.); 42, 65 (69); 44, 204 (206); 45, 270 (296 e ss.); no sentido de uma extensão dessa figura às empresas, *Hefendehl*, GA 2004, 575 (586); *Nack*, GA 2006, 342; no Brasil, *Busato*, Direito Penal, Parte Geral, 2013, p. 717; contra o requisito da dissociação do direito ver também *Ambos*, GA 1998, 226 (243).

dos subordinados que nela trabalham (a chamada responsabilidade do administrador do negócio – Geschäftsherrenhaftung)³², como garantidores de proteção (Beschützergaranten) do patrimônio da empresa.³³ Essas conclusões poderiam ser deduzidas sem maiores esforços da lei brasileira, na medida em que o art. 13 § 2º CP prevê a necessidade de uma posição de garantidor para os delitos omissivos impróprios, um dispositivo fortemente influenciado pela chamada teoria formal do dever jurídico.³⁴

A proximidade entre a responsabilidade do administrador do negócio e o domínio da organização não passou despercebida na Alemanha. Ambas as figuras dizem respeito aos sujeitos em posição de comando. Ambas são seriamente questionadas com um recurso a um (suposto) “princípio da autorresponsabilidade”.³⁵ Uma das primeiras e até hoje mais notáveis fundamentações da responsabilidade do administrador do negócio a reconduz ao domínio sobre o fundamento do resultado.³⁶ Logo no começo da discussão já se anotava que a diferença prática mais relevante entre os casos de responsabilidade do administrador do negócio e o domínio da organização está no fato de que no primeiro dos casos é possível se chegar a uma punição sem uma participação ativa do sujeito em posição de comando.³⁷ É um tanto provável, assim, que o STF tenha falado em teoria do domínio do fato, querendo referir-se, no fundo, a uma posição de garantidor das pessoas em posição de comando. De fato, não seria surpreendente que um tribunal que já mostrou sérias dificuldades em distinguir a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização tampouco compreenda com segurança as relações entre essas figuras e a dogmática da omissão.

Ainda assim: não é esse o significado que os termos domínio do fato e da organização têm na decisão. Afinal, ainda que o STF tivesse confundido domínio do fato, domínio da organização e posição de garantidor do administrador do negócio, caso se tratasse de fato de um delito omissivo, teriam de ter sido analisados os demais pressupostos de uma omissão punível. A lei brasileira exige explicitamente uma causalidade da omissão para o resultado (art. 13 caput, segunda parte CP). Além disso, a prática da ação deve ter sido “possível” ao autor (art. 13 caput § 2º CP). Não há nenhum rastro dessa análise na decisão. Nem mesmo o dolo foi analisado de forma clara: em muitos momentos é possível

ler que os sujeitos em posição de comando, na pior das hipóteses, “deveriam saber” do pagamento das mesadas (passagem clara em AP 470/STF, p. 52.775, Ministra Rosa Weber: “presunção de autoria” dos sujeitos no comando).

É verdade que, no Brasil, é de importância secundária se a condenação se dá por delito comissivo ou omissivo. A redução de pena prevista no direito alemão para os delitos omissivos (§ 13 II StGB) não existe, por exemplo. Mesmo assim, em regra os tribunais esclarecem quando estão diante de um delito omissivo ou comissivo. Na decisão em questão, os acusados que possuíam posição de destaque foram condenados pelos delitos em sua forma comissiva.

bb) É possível extrair um breve balanço intermediário: parte dos Ministros do STF fala em uma teoria do domínio do fato, que não deve, todavia, determinar se alguém é autor ou partícipe, mas sim se alguém deve sequer ser punido. Essa palavrachave foi apenas utilizada quando o assunto era a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de destaque no governo federal, no partido do governo ou nas empresas envolvidas. Em relação a essas pessoas, mitigou-se a exigência de identificação de uma ação ou omissão, ou mesmo de um conhecimento. Isso é: a teoria do domínio do fato ou do domínio da organização, tal como ela é entendida pelo STF, fundamenta uma punição por um delito comissivo doloso, sem que seja necessário provar o dolo e sequer a existência de um comportamento concreto.

Ao que parece, o STF viu-se confrontado com um eterno problema no âmbito da persecução da criminalidade econômica e da criminalidade de estado, a saber: o problema das dificuldades de prova (a esse respeito ver AP 470/STF, p. 56.819 e ss., Ministro Celso de Mello; p. 56.565, Ministro Ricardo Lewandowski; p. 56.771 e ss., Ministro Gilmar Mendes; p. 56.845, Ministra Rosa Weber).³⁸ As estruturas no interior das quais essas formas de criminalidade ocorrem são a tal ponto complexas, que nem sempre é possível reconstruir a longa e anônima teia entre ordem e execução da ordem com o grau de certeza exigido pelo processo penal.³⁹ Somese a esse fato a forte intuição no sentido de que soa estranho que aqueles que muito provavelmente ocupam papéis de destaque

³² A esse respeito ver recentemente BGHSt 57, 42; sobre essa decisão: *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432; *Roxin*, JR 2012, 303 (305 e ss.).

³³ O que, se não seria relevante para os delitos de corrupção, o seria para os crimes contra o sistema financeiro nacional (por exemplo, art. 5º da L. 7.492/86).

³⁴ Sobre essa teoria ver *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, p. 217 e ss.

³⁵ Sobre esse princípio, de forma detalhada e crítica, *Greco*, ZIS 2009, 9, artigo que está no livro de *Greco/Leite/Teixeira/Assis* citado na primeira nota do texto.

³⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, p. 62 (205); ver atualmente *idem*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (n. 18), § 25, nm. 40 e ss.

³⁷ *Schubarth*, SchwZStR 92 (1976), 370 (387).

³⁸ *Schubarth*, SchwZStR 1976, 370 (396): “A contribuição ativa do administrador do negócio deixa-se, muito frequentemente, presumir, mas não provar”; assim também *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, 2008, p. 105; *Karsten*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, 2010, p. 29 e ss., p. 59 e s.: a prova de um poder efetivo de comando seria, fora do âmbito militar (por exemplo, em empresas), “difícil de realizar”; ver também *Rotsch* (n. 19), p. 317.

³⁹ Cf. *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, p. 8 e ss., p. 185 e ss.; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, p. 20 e ss.; *Otto*, Jura 1998, 409; *Herzberg*, in: *Amelung* (org.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, p. 33 e ss., p. 39 e ss., p. 47 e ss.; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, p. 31 e ss.

no fato e que, além disso, dele derivam os maiores benefícios, fiquem livres de qualquer responsabilização.

O recurso à teoria do domínio do fato e da organização surgiu ao tribunal como a saída diante dessa difícil “colisão de deveres”. Não se logrou provar de forma cabal a contribuição ativa dos acusados que ocupavam de posição de destaque; ainda assim, os Ministros do STF puderam se convencer de que as organizações chefiadas pelos acusados concorreram para o esquema corruptivo. Esse é o significado dos conceitos de domínio do fato e de domínio da organização na decisão: a ocupação de uma posição de liderança no interior de uma organização. A posição de destaque das pessoas, que presumidamente conferia a elas um interesse nos fatos puníveis,⁴⁰ é fundamento suficiente para uma punição. Alguns Ministros do STF não recepcionaram, assim, a teoria do domínio da organização desenvolvida na Alemanha, mas sim criaram algo como um domínio da posição, que fundamenta a punição (como autor de um delito comissivo doloso!) no fato de o sujeito possuir uma posição de destaque no interior de uma organização, da qual decorrem fatos puníveis, sem que estejam presentes o dolo e mesmo um comportamento concreto, isto é, uma ação ou omissão. Essa criação jurisprudencial aproxima-se bastante da figura – de todo modo, bastante problemática – da responsabilidade penal do superior, existente no direito penal internacional.⁴¹ A decisão não contém, entretanto, qualquer menção a essa figura.

d) Resumidamente: “domínio do fato” no sentido da decisão do STF significa punição como autor de um delito comissivo doloso, sem ação ou omissão concretas e com base em um “dever saber”. Ocupar uma posição de liderança ou de destaque em uma organização no interior da qual se cometem fatos puníveis é razão suficiente para imputar esses fatos aos sujeitos em posição de comando.

V. Avaliação

A penosa tentativa de reconstrução da decisão e de suas oito mil páginas nos coloca em condições de enunciar um juízo crítico.

1. Iniciemos com a construção do STF, com o curioso domínio da posição. É difícil imaginar uma violação mais evidente do princípio da legalidade (art. 5 XXXIX CR). Os tipos penais da parte especial, especialmente os tipos penais em questão, como os de lavagem de dinheiro e de corrupção, descrevem ações e não posições. Em razão da existência do dispositivo do art. 13 § 2 CP, que determina os pressupostos de uma punição por omissão imprópria, pode-se estender os tipos penais também a omissões.⁴² Um similar dispositivo de

extensão, que permita punir sem a existência de uma ação ou omissão, inexistente no código penal brasileiro.

No entanto, ainda que o legislador resolvesse, em algum momento, recepcionar a figura do “domínio da posição”, não seria possível compatibilizar essa figura com o princípio da culpabilidade. Afinal, a punição pelo mero fato de ocupar uma posição, na forma como construída na decisão, representa uma manifestação atávica da já há tempos superada responsabilidade pelo pertencimento ao grupo (Sippenhaft).

2. É intrigante especular pelas razões que conduziram o STF a designar a figura de imputação por ele própria criada de teoria do domínio do fato. A resposta parece-nos, agora, evidente. A pretensa recepção da teoria alemã maquia com alguma autoridade científica o ousado modelo de imputação, violador dos princípios da legalidade e da culpabilidade, e com isso tenta imunizá-lo contra possíveis críticas. Foi em razão disso que o tribunal não se esforçou para aplicar corretamente a teoria alemã, e nem mesmo para compreendê-la. Isso de nada importava ao STF. A teoria desenvolvida especialmente por *Roxin* foi aplicada como recurso retórico, como apelo, e não como fundamento, como razão.

Não se deve subestimar a força de legitimação que o apelo ao produto de exportação alemão possui. Uma prova cabal desse fato ocorreu em acontecimento que os subscritores desse artigo vivenciaram muito proximamente. Em novembro de 2012, *Roxin* esteve no Rio de Janeiro por ocasião do recebimento de um título de doutor honoris causa. Ele foi convidado por um famoso jornal brasileiro para uma entrevista. A *Roxin* foram feitas – e nós estávamos presentes na ocasião – apenas perguntas gerais e abstratas sobre a teoria do domínio da organização. Dessas considerações, o jornal julgou por bem produzir a seguinte matéria: “A participação na estrutura do mensalão precisa ser provada, afirma jurista”.⁴³ É inacreditável o alvoroço que essa notícia causou. Na sequência, o mesmo jornal chegou a afirmar levianamente que *Roxin* teria manifestado interesse em auxiliar na defesa do mais famoso entre os acusados, o ex-Ministro José Dirceu.⁴⁴ A situação apenas foi esclarecida por meio de uma carta aberta de *Roxin*, assinada também por estes subscritores.⁴⁵ José Dirceu cita até hoje a fatídica entrevista em sua página de internet pessoal.⁴⁶ O fato de uma mera entrevista de um jurista causar tamanho impacto apenas confirma a suposição que aqui avançamos, no sentido de que ao STF pareceu mais relevante recorrer a uma autoridade do que mencionar um argumento.

⁴³ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml> (2.3.2014),

Atualmente, a expressa referência ao mensalão parece ter sido retirada da chamada da matéria.

⁴⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1187122-jurista-alema-o-mostra-interesse-em-assessorar-defesa-de-dirceu.shtml> (2.3.2014).

⁴⁵ Acessível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro> (2.3.2014).

⁴⁶ <http://www.zedirceu.com.br/defesa-de-jose-dirceu/artigos-e-analises/> (2.3.2014).

⁴⁰ A chamada “teoria subjetiva” da autoria e da participação não foi expressamente mencionada.

⁴¹ A esse respeito *Weigend*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (n. 1), p. 1375 (1397); *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. ed. 2014, § 7 nm. 52 e ss.

⁴² E isso independentemente da velha discussão quanto a se os tipos penais da parte especial já por si abrangeriam a omissão; ver sobre essa discussão, travada em época em que não se conhecia norma de extensão como a do § 13 StGB, *Schünemann* (n. 34), p. 255 e ss.

VI. Lições da decisão

Até o momento, tivemos quase que apenas de nos ocupar da interpretação do julgado do STF. Já sabemos ao que a referência à teoria do domínio do fato realmente se deve, e também sabemos as razões pelas quais não devemos segui-la. Por último, devemos perguntar se há alguma lição a ser retirada da decisão.

Para a teoria da imputação jurídico-penal e especialmente para a dogmática da autoria e da participação, não há nada a aprender com a decisão. Uma decisão peruana foi capaz de conquistar a atenção e o grande interesse de notáveis penalistas alemães e do mundo inteiro.⁴⁷ A decisão brasileira revela-se como uma aplicação primitiva de um modelo de responsabilidade penal por pertencimento a um grupo, que se tentou mascarar por meio de um suposto recurso a uma teoria moderna. É tarefa da ciência jurídica brasileira criticar essa equivocada concepção, desvelar o solo de barro sobre o qual ela emergiu e, sobretudo, evitar que ela seja transposta para outras hipóteses (especialmente a de delitos cometidos no interior de empresas).

O que a decisão pode, de fato, ensinar – segundo o jargão de que também com o erros se aprende – diz respeito à chamada teoria dos transplantes jurídicos, conhecida do direito comparado. A teoria brasileira do domínio do fato oferece um belo exemplo de como a concessão de autoridade científica pode explicar um transplante jurídico,⁴⁸ e isso a tal ponto que o conteúdo da teoria recepcionada se torna de todo irrelevante, importando apenas o nome. Aqui, parece que o mais adequado seria falar não simplesmente em legal transplants, mas em legal counterfeits.

VII. Resumo

Por meio de um recurso ao prestígio internacional das figuras do domínio do fato e do domínio da organização, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, diante daquilo que provavelmente foi o maior escândalo de corrupção já julgado no país, buscou fundamentar a responsabilidade penal por fatos comissivos dolosos a partir da detenção de uma posição de destaque e de comando em determinada estrutura, sem que um comportamento (ação ou omissão) ou o dolo pudessem ser concretamente apontados. Mesmo que pareça compreensível a

preocupação do Tribunal de não deixar impunes delitos de corrupção, que ameaçam a própria estrutura democrática de um país, o que interessa à crítica jurídica é a correção dos fundamentos de que se valeu o Tribunal. Assim, não há como evitar duras críticas: o modelo de imputação que se baseia apenas na posição de comando, que seria melhor designado como “domínio da posição”, é ilegal e indefensável em um direito penal da culpabilidade, que desconhece uma atribuição automática de fatos de outros membros do grupo. A decisão representa, por fim, do ponto de vista do direito comparado, um interessante caso em que uma teoria estrangeira, supostamente recepcionada (o chamado legal transplant) não foi mais do que uma propaganda enganosa (um legal counterfeit).

⁴⁷ Ver acima n. 1.

⁴⁸ Ver o já citado *Watson* (n. 11), p. 99: “It is very marked characteristic of lawyers that they do not like to think they are standing alone or that their decisions are the result of their own limited reasoning power. Hence the strength of the doctrine of precedent in English law, the Roman jurists habit of listing their fellow in support, and to some extent the frequency of transplants. Even when a jurist has decided what he wants the law to be, he may look for (or even invent) a precedent in a respected system to bolster his opinion. In extreme cases the claim may even be made that the law comes from a god. Transplants in fact offer an insight into the overwhelming importance of the part played by authority in law.” Ver também a descrição de *Graziadei* (n. 12), p. 457: “prestígio” como razão para “legal transplants”.

O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?

O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido

Por Eneas Romero, Göttingen*

I. Introdução

O julgamento do caso conhecido como “Mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal (doravante STF) tem sido considerado por defensores como um marco na luta contra a impunidade no Brasil. Uma análise mais detalhada do caso, contudo, revela algumas limitações procedimentais do STF enquanto tribunal penal responsável pela instrução e julgamento de processos penais em primeira instância. Apesar de todos os Ministros integrantes do STF terem julgado o processo, nenhum deles ouviu diretamente nenhuma das testemunhas ou dos acusados, o que foi feito por juízes de instâncias inferiores por delegação do STF. Neste artigo, será feita uma análise do procedimento adotado pelo STF sob o aspecto jurídico (processual penal e dos direitos humanos) e epistemológico.

Em primeiro lugar, será feita uma comparação (abordagem procedimental: processual penal) entre o procedimento para oitiva de testemunhas e acusados pelo STF com aquele aplicável para todos os demais réus em processos penais para os quais se aplicam os princípios processuais penais da oralidade e da imediação, que apenas excepcionalmente poderão deixar de ser aplicados. O objetivo aqui é verificar se a exceção ao princípio da imediação e da oralidade pelo STF pode ser justificada de acordo com o direito processual penal brasileiro.

Em seguida (“human rights approach”), será analisado se os Arts. 3º III e 9º, § 1º da Lei 8.038, os quais autorizam o procedimento especial perante o STF, estão de acordo com o direito a ser ouvido (“right to hearing”) e o direito ao devido processo legal (“right to a fair trial”) previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP), ambas normas de status superior, status supra-legal, conforme reconhecido pelo STF. Analisaremos, portanto, se o direito à oitiva imediata e oral (“immediate and oral hearing”) das testemunhas e dos acusados pelo juiz de instrução que efetivamente julgará o processo pode ser considerado como um direito humano protegido pelo direito ao devido julgamento (“right to a fair trial”) e o direito a ser ouvido (“right to hearing”) de acordo com a CADH e o PIDCP.

“Last but not least”, será feita uma análise sob o aspecto epistemológico para verificar se a oitiva dos acusados e das testemunhas por um juiz de instrução diferente daquele que julga o processo reduz a capacidade de o juiz analisar e melhor conhecer a cognição probatória e, caso a diminua, se, de algum modo, poderá interferir no resultado final.

* O autor é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (Unb), bolsista CAPES/DAAD para doutorado na Universidade de Göttingen na Alemanha, pesquisador do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL) e Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Agradeço as observações de Diego Reis, Raquel Scalcon e do Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes.

No final, será discutido se alguma peculiaridade do caso poderia justificar um procedimento especial pelo STF na instrução e julgamento de processos penais e o que poderia ser feito para aprimorar o processo penal no STF.

II. O julgamento do “Mensalão”: uma brevíssima introdução (sob o aspecto processual) ao caso

O caso “Mensalão” foi um episódio de corrupção ocorrido em 2005 no Brasil (no mandato do Presidente Lula) e revelado pelo deputado federal Roberto Jefferson, que informou que o governo estaria clandestinamente fazendo um pagamento mensal (daí “Mensalão”) no valor de R\$ 30.000,00 entre o final de 2002 e 2005 para parlamentares da base aliada para garantir maioria na Câmara dos Deputados.

No Brasil, alguns ocupantes de cargos públicos da cúpula dos três poderes possuem foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da Constituição Federal, doravante CF) e somente podem ser julgados em processos penais (em primeira e única instância) pelo STF. Nesse caso, em razão do envolvimento de vários detentores de foro por prerrogativa de função, o Procurador-Geral da República denunciou 40 (quarenta) pessoas perante o STF pela prática de diversos crimes, tais quais lavagem de dinheiro (art. 1º V e V da Lei 9.613/98), corrupção ativa (art. 333 do Código Penal, doravante CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em agosto de 2007, o plenário do STF recebeu a denúncia contra 40 acusados, dentre eles o Presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, diversos deputados federais, o Ministro Chefe da Casa Civil e o Tesoureiro e o Presidente do Partido dos Trabalhadores.

A grande quantidade de réus, a enorme quantidade de provas documentais e testemunhais e todo o aparato burocrático decorrente de um processo tão difícil como esse tornaram a instrução criminal extremamente demorada e complexa. Além do interrogatório dos réus, foram ouvidas mais de 600 testemunhas da acusação e da defesa. Desse modo, os autos do processo, antes do julgamento, chegaram ao número de 51.615 páginas. Somente o acórdão que julgou o processo no mérito teve 8.405 páginas, ao qual se seguiram outras decisões relativas ao julgamento de recursos para o mesmo tribunal, que reverteu parte do julgamento para alguns réus.¹ A complexidade do processo impôs, portanto, enormes desafios procedimentais ao STF.

III. O papel do Supremo Tribunal Federal no “Mensalão”

O STF é o mais alto tribunal do Brasil e sua principal função é interpretar a Constituição e desempenhar funções equiva-

¹ Para o inteiro teor do acórdão, ver:

ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf

(11.11.2014). Para uma versão resumida, ver:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130419-02.pdf (11.11.2014).

lentes ao de uma Corte Constitucional,² sendo em alguns casos um tribunal de recursos e, em outros, exerce até a função ocupada por um tribunal de instrução e julgamento de processos penais em primeira e única instância, como ocorreu no caso denominado “Mensalão”. Sinteticamente, em matéria penal e processual penal, o STF possui amplíssima competência, sendo responsável: a) pelo controle abstrato de constitucionalidade por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102 I a da CF) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102 § 1º da CF); b) pelo controle difuso de constitucionalidade, notadamente em recurso extraordinário (art. 102 III da CF), com repercussão geral, o que o aproxima do controle concentrado (art. 102 § 3º da CF); c) pelo julgamento de Habeas Corpus em que sejam pacientes as autoridades elencadas na CF (art. 102 I d e i da CF); d) pela revisão criminal de seus julgados (art. 102 I j da CF); e) pela reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102 I l da CF); f) pelo julgamento de recurso ordinário das decisões estabelecidas na CF (art. 102 II); g) pela competência originária como Tribunal Penal para julgamento de processos em que sejam réus ou indiciados autoridades com foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da CF) e h) editar súmulas vinculantes (art. 103-A da CF).

No caso “Mensalão”, o STF atuou como um tribunal penal de instrução e julgamento de primeira e única instância, atuando desde a fase de investigação, passando pela instrução e julgamento até a fase recursal do processo penal. Com tantas atribuições, os processos penais dos acusados e indiciados com foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da CF), inclusive o “Mensalão”, são apenas uma pequena parte dos 56.617 (desses: 15.638 são decorrentes da competência originária e 40.979 da competência recursal) processos que tramitam atualmente no STF.³ Há atualmente 3.568 tramitando no STF e classificados especificamente como criminais (ainda que haja muitos outros sem essa denominação, como ocorre no exercício do controle de constitucionalidade). Desses, 623 são processos penais/inquéritos policiais decorrentes de foro por prerrogativa de função em que o STF exerce função equivalente à de juízes penais de 1º grau, sendo que, dentre eles, 154 são processos penais e 469 Inquéritos Policiais.⁴ Nesses últimos processos, o STF atua como tribunal de primeira instância de modo equivalente a juízes penais de primeiro grau, ocupando-se da atividade instrutória enquanto “fact finding judges” com todos os ônus e deveres

impostos aos juízes ao exercer essa atividade de participar diretamente da instrução: respeitar o devido processo legal e o direito ao “fair trial” conforme previsto pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos. Com tantos e tão complexos processos no exercício de sua competência, especialmente do controle de constitucionalidade, é muito difícil para o STF compatibilizar a sua atuação enquanto Corte Penal com as atividades extremamente demoradas que são exigidas de um juiz penal que atue enquanto juiz de instrução e julgamento de processos penais. A grande quantidade de processos não autoriza o STF a diminuir, de modo algum, os direitos dos acusados, os standards probatórios e as regras e princípios processuais penais.

IV. O devido processo legal, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido no processo penal

O devido processo legal é um direito que vem sendo amplamente reconhecido como inerente ao Estado de Direito e está expressamente protegido pelo Constituição pelo art. 5 § 1º, LIV e LV:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”⁵

A Constituição usa o termo “devido processo” ao invés de “fair trial”.⁶ Nos direitos humanos internacionais, contudo, a CADH e a PIDCP protegem expressamente o direito ao denominado “fair trial” no artigo 8º da CADH (ainda que na tradução oficial em português use o termo “garantias judiciais”)⁷ e no art. 14 do PIDCP (ainda que na tradução oficial em português use o termo “devidas garantias”).⁸ No direito brasileiro, o “fair trial” faz parte do que se tem tratado como devido processo, que é o gênero. O termo “fair trial” será utilizado para designar os parâmetros para o devido processo nos direitos humanos internacionais e no direito penal internacional.

O princípio do “fair trial” tem sido reconhecido como “talvez o mais importante e fundamental princípio de todos” do direito penal internacional.⁹ O Estatuto de Roma usa a palavra “fair” dezessete vezes. A palavra propagou-se e foi transplantada para outros países, embora, no Brasil, ainda se tenha preferido a expressão devido processo ou devidas ga-

² Para uma comparação entre o Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Alemanha, ver: *Mendes*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, 1990; *Martins*, in: Hollensteiner (org.), Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha, Rio de Janeiro, 2004, 205 (217 s.).

³ Para a informação, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual> Online em 12.11.2014. Informação atualizada pelo STF até esse dia.

⁴ Ver n. 3.

⁵ Cfr http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm (12.11.2014).

⁶ *Gomes/Mazzuoli*, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 3.ed. 2010, p. 80. *Giacomolli*, O devido processo penal, 2014, p. 79.

⁷ Ver site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anejo/and678-92.pdf (10.1.2015).

⁸ Ver site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm (10.1.2015).

⁹ No original: “as maybe the most fundamental principle of all” Cfr. *Ambos*, Treatise on international criminal law, 2013, p. 95, e pp. 95 ss.

rantias judiciais. Na Alemanha, por exemplo, o termo “fair” em inglês foi mantido e se incorporou à linguagem jurídica alemã¹⁰: a denominada “fairen Verfahren”.¹¹

“Fair trial” (ou o equivalente brasileiro devido processo e devidas garantias) no Direito Penal Internacional (doravante DPI), nos direitos humanos internacionais e no direito penal tem sido identificado com algumas garantias que devem ser respeitadas em um processo penal. A comparação entre “fair trial” e “fair play” feita por *Fletcher* ajuda a compreender o significado do “fair” (“trial”) no direito processual penal.¹² É possível vencer um jogo desrespeitando o “fair play” assim como é possível condenar alguém sem respeitar o “fair trial”, mas, em ambos os casos, o resultado seria prejudicado, como um todo, pela conduta durante o jogo no caso do “fair play” ou durante o processo, no caso do “fair trial”. O processo penal não trata apenas da realização do *ius puniendi* para condenar os que efetivamente praticaram o crime,¹³ mas também de como fazê-lo. O devido processo (um “fair trial”) é o único modo legítimo de realizá-lo. Segundo *Fletcher*:

“O problema básico é a confusão entre ‘justiça’ e ‘equidade’. Um fair trial não atinge necessariamente um resultado justo, o que presumivelmente iria exigir que o inocente fosse absolvido e o culpado condenado. Fair trial com frequência resulta em injustiça – em particular, o risco de que o culpado seja absolvido. Se justiça significa exigir que o culpado seja condenado, então o princípio do fair trial, distorcido enquanto ele é para os interesses da defesa, permite que alguma injustiça ocorra.”¹⁴

Em outras palavras, para que o resultado final de um processo penal em que seja julgado o mérito (condenar ou absol-

ver alguém) possa ser considerado legítimo deve ser obtido pelo devido processo, um processo que seja “fair” para ambas as partes. É difícil identificar o que faz com que um processo seja devido (“fair”) e é variável de acordo com cada sistema jurídico (evidenciado pelas diferenças entre o sistema romano-germânico e o “Common Law”). Alguns elementos identificados como parte do “fair trial”, contudo, “limitam e constituem o exercício do *ius puniendi*”¹⁵ no Estado Democrático de Direito e alcançaram amplo consenso em múltiplos Estados nacionais e no direito internacional¹⁶, como ocorreu com a CADH, o PIDCP e a CEDH, que garantem o devido processo (ou “fair trial”) em qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito.

É possível identificar alguns elementos do “fair trial” no Estado Democrático de Direito.¹⁷ A igualdade de armas é, certamente, um deles.¹⁸ Se no processo não for garantido o direito de ambas as partes (no processo penal: acusação, normalmente representada pelo Ministério Público, e defesa) de produzir provas e contradizer as provas uma da outra, o processo não obedece as garantias devidas (por isso foi “unfair”) por desrespeitar a paridade de armas.¹⁹ Apesar de existirem muitas questões pertinentes relacionadas à igualdade de armas, no caso “Mensalão” os principais problemas não foram relacionados a ela.

Uma outra garantia integrante do “fair trial” é o direito de ser ouvido por um tribunal competente, independente e imparcial. O direito de ser ouvido (“right to a hearing by a court”) por um tribunal tem sido reconhecido como uma parte indispensável do “fair trial”. Essa garantia é protegida pela Constituição, pela CADH, pelo PIDCP, pelo Estatuto de Roma e pelo CPP. Muitos aspectos do caso “Mensalão” têm sido debatidos e criticados.²⁰ Aqui, será analisado um aspecto

¹⁰ Cfr. Sobre o princípio do “fair trial” na Alemanha: *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. ed. 2010, pp. 186 ss.

¹¹ *Fletcher*, in: Sieber et al. (orgs.), *Strafrecht und Wirtschaftsrecht*, 2008, p. 1241.

¹² “Our notion of fairness and fair play draw heavily on the analogies from competitive sports and games, which pervade idiomatic English. Fair procedures are those in which both sides have an equal chance of winning. The playing field is level. Neither side hides the ball. Regardless of the sport or game, no one seeks an ‘unfair’ advantage by hitting below the belt, stacking the deck, or loading the dice.” *Fletcher*, *The grammar of criminal law*, 2007, p. 136.

¹³ Conforme defendido por *Laudan*, epistemologicamente o objetivo do processo penal é, ao final, condenar os criminosos que cometeram o crime e absolver os inocentes. Ver: *Laudan*, *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*, 1996, pp. 9 ss.

¹⁴ “The basic problem is the confusion of ‘justice’ and ‘fairness’. A fair trial does not necessarily reach a just result, which presumably would require that the innocent be acquitted and the guilty be found guilty. Fair trial often results in injustice – in particular, the risk that the guilty will go free. If justice requires the punishment of the guilty, then the principle of fair trial, skewed as they are to the interests of the defendant, permit some injustice to occur.” Cfr. *Fletcher* (n. 12), p. 135, todas as traduções de textos originais em inglês ou em alemão são traduções livres do autor.

¹⁵ “Further, the most salient aspect of our ‘fair trial’ is the fact that the procedure by which citizens are identified as offenders not only *constitutes* but also *limits* the competence of the state in criminal matters. [...] in the democratic constitutional state a ‘fair trial’ is at the same instance constitutive for and restrictive of the exercise of the *ius puniendi*.” *Hildebrandt*, in: Duff/Farmer/Marshall/Tadros (orgs.), *The Trial on Trial*, Vol. 2, Judgment and Calling to Account, 2006, p. 15.

¹⁶ *Waldron*, *Partly Law Common to All Mankind*, *Foreign Law in American Courts*, 2012, pp. 120 ss. Sobre a dupla posituação, ver: *Neuman*, *Stan Law Review* 55 (2002-2003), 1863 (1864 s.).

¹⁷ Para *Hildebrandt* seriam cinco elementos: “1) ‘the initiative to take a case to the case to the court is with the government’; 2) ‘the verdict of the court will be imposed on the offender’; 3) ‘the importance of unwritten positive law is recognized as well as the importance of oral testimony’; 4) ‘the verdict of the court will be imposed on the offender’; 5) ‘the verdict of the judge is pronounced unilaterally’”. *Hildebrandt* (n. 15), pp. 24 s.

¹⁸ *Hildebrandt* (n. 15), p. 24.

¹⁹ Sobre a paridade de armas no direito brasileiro, ver o recente: *Vieira*, *Paridade de Armas no Processo Penal*, 2014.

²⁰ Cfr. *Falcão*, *Mensalão*, 2013. Ver também *Ambos/Romero*, *ZIS* 2014, 259.

do direito a ser ouvido, que revela o problema processual mais grave desse julgamento.

1. Os princípios da oralidade e da imediação: origem e conceito

A imediação e a oralidade são princípios que têm grande tradição no processo penal tanto no “Civil Law” quanto no “Common Law”. Segundo Summers, o princípio da imediação e da oralidade estavam ligados, mas respondiam a duas diferentes funções de análise e supervisão da prova pelo juiz e da confrontação da mesma pela defesa: “Enquanto a primeira função do princípio da imediação é a regulação da oitiva das provas, a exigência de que a audiência seja conduzida oralmente estava conectada com a importância de possibilitar a discussão e a confrontação da prova. Assim o princípio pode ser visto como resposta para duas questões separadas: primeiro a função judicial na supervisão da determinação da prova e, segundo, a adequação da oportunidade de o acusado confrontar a prova.”²¹

Na Alemanha, onde o princípio da imediação tem sido muito estudado e tem grande importância no processo penal, “a imediação tem sido entendida como um princípio fundamental do direito processual penal.”²² O princípio foi desenvolvido no século XIX na Alemanha (“Unmittelbarkeit”), mas a ideia de imediação já era conhecida em outras partes, como no direito britânico, e estava associado ao princípio da oralidade. A imediação divide-se em dois elementos: (a) o formal e o (b) material.²³ O elemento formal (a) do princípio da imediação na Alemanha exige um contato direto e pessoal entre o juiz que vai julgar o caso²⁴ e a prova²⁵ para que ele

possa ter uma impressão direta e fresca da prova ou “uma percepção sensorial de todos os acontecimentos processuais durante a instrução (incluindo especialmente a colheita das provas) pelo juízo competente para a instrução e julgamento do processo.”²⁶ O elemento material (b) “refere-se à produção da prova e não ao modo de conhecimento da prova pelo tribunal. [...]. Desse modo apenas contém o lado material na moldura da produção da prova exigida pelo tribunal aquela que, entre todos os meios de prova passíveis de ser escolhidos, estiver na posição de melhor garantir que o tribunal aproxime-se da verdade material.”²⁷ Geppert esclarece, em sua tese de livre docência (“Habilitation” na Alemanha), a diferença entre o elemento formal e material de modo claro: “o objeto do princípio da imediação é, nesse ponto, não a pergunta formal: ‘Como pode o tribunal da matéria de fato obter o conhecimento dos meios de prova?’ Senão muito mais a pergunta de prova material: ‘Qual meio de prova deve e qual meio de prova não deve ser objeto de prova?’”²⁸

A oralidade foi um dos pontos importantes dos reformadores do sistema inquisitivo,²⁹ mas ela não é um princípio probatório, senão de toda instrução (“Hauptverhandlung”) e

²¹ “While the primary role of the immediacy principle concerned the regulation of the hearing of the evidence, the requirement that the hearing be conducted orally was connected to the importance of enabling discussion and challenging of the evidence. Thus the principles can be seen to be a response to two separate issues: first the judicial role in the supervision of the determination of the evidence and, secondly, the adequacy of the opportunity of the accused to challenge the evidence.” Summers, *Fair trials the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, 2007, p. 49.

²² Eser et al., GA 2014, 1 (2), “[Der Grundsatz der Unmittelbarkeit als] ein tragendes Grundprinzip des Strafverfahrens verstanden wird”.

²³ Stüber, *Die Entwicklung des Prinzips der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, 2005, p. 44.

²⁴ Stüber (n. 23), p. 45: “Unter diesem zweiten Merkmal der formellen Unmittelbarkeit wird verstanden, daß das Gericht insbesondere die Beweise selbst zu erheben hat, also dies grundsätzlich nicht einem Dritten überlassen darf. Damit soll sichergestellt werden, daß der Richter einen persönlichen Eindruck von den Beweisen erhält. So sind auch die (zumeist älteren) abweichenden Terminologien zu erklären. Es wurde von ‘persönlicher Unmittelbarkeit’ oder auch von ‘Unmittelbarkeit in subjektiver Hinsicht’ ebenso wie von der ‘Unmittelbarkeit der Beweiserhebung’ gesprochen.”

²⁵ Stüber (n. 23), p. 44: “Die Formelle Unmittelbarkeit” trata do seguinte: “Das erste Element, welches dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zugeschrieben wird, bezieht sich auf das Zusammentreffen der urteilenden Personen und des vorzutragenden Prozeßstoffes. So wird verlangt, daß das Gericht den gesamten Prozeßstoff der Hauptverhandlung einschließlich aller Verfahrensbeteiligten und aller Beweistatsachen selbst wahrnehmen muß. Es muß sich einen möglichst direkten, frischen Eindruck von Tatgeschehen verschaffen. Es soll folglich die Beteiligten, insbesondere den Angeklagten, Zeugen und Sachverständige selbst sehen und hören, sowie bedeutsame Tatsachen selbst wahrnehmen.”

²⁶ “Vor diesem historischen Hintergrund aus beinhaltet der Grundsatz der Unmittelbarkeit zunächst einmal die Forderung nach eigener sinnlicher Wahrnehmung des gesamten Prozeßgeschehens in der Hauptverhandlung (einschließlich insbesondere der Beweisaufnahme) durch das erkennende Gericht.” Geppert, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, 1976, p. 122, e pp. 122 ss.

²⁷ Stüber (n. 23), p. 47, no original: “Die ‘materielle’ Seite bezieht sich auf die Beweisführung und nicht auf die Art ihrer Kenntnis durch das Gericht. Gemeinsam ist beiden Seiten jedoch, daß sie eine direkte Tatsachenfeststellung ermöglichen sollen, um bestmögliche Wahrheitsforschung gewährleisten zu können. Daher enthält nun die materielle Seite im Rahmen der Beweismittel unter mehreren möglichen auszuwählen, welches in der Lage ist, das Gericht in die nächste Umgebung der materiellen Wahrheit zu versetzen.”

²⁸ “Gegenstand des Unmittelbarkeitsprinzips ist insofern nicht die mehr formale Frage: ‘Wie soll das erkennende Gericht sich von den (gleichgültig: welchen) Beweismitteln Kenntnis verschaffen?’ als vielmehr die materiell-beweisrechtliche Frage ‘Welches Beweismittel soll oder welches Beweismittel soll nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden?’”, Geppert (n. 26), p. 127, e pp. 127 ss.

²⁹ Geppert (n. 26), p. 137.

está associada à publicidade processual e à dialética da prova.³⁰ Embora correlatos, os princípios possuem finalidades diferentes. Enquanto a oralidade pretende garantir a dialética da audiência no procedimento de modo a garantir que os argumentos e provas de todas as partes sejam ouvidos e contestados, a imediação pretende garantir a forma como deve ser produzida a prova. Segundo Summers: “Os princípios respondem a duas diferentes questões: o papel judicial na supervisão da produção da prova e, em segundo lugar, a adequação da oportunidade de o acusado contestar a prova.”³¹ A oralidade, porém, vai além da oportunidade de contestação das provas, já que são orais também a condução do processo e os debates sobre questões jurídicas. O princípio da imediação, em toda sua origem histórica que se desenvolve desde o século XIX até hoje na Alemanha, e em outros países, pretende garantir justamente a relação direta (e imediata) entre a prova, a instrução e o julgador do processo.

2. O CPP e a oralidade e a imediação

No Brasil, predominou, por muito tempo, um modelo escrito de processo penal.³² As reformas do Código de Processo Penal, contudo, vêm transformando o modelo processual penal para um modelo em que prevalece o princípio da oralidade e da imediação. O direito processual penal brasileiro tem substituído o sistema inquisitivo para adotar o sistema acusatório. Até recentemente o juiz era responsável por formular diretamente as questões para as testemunhas e possuía um papel muito ativo no processo penal. Agora, as testemunhas são questionadas diretamente pela acusação e pela defesa e o juiz apenas pode complementar as perguntas. No interrogatório judicial, realizado agora no final da instrução, após oitiva de todas as testemunhas, o juiz ainda é responsável por fazer as perguntas para o réu, mas as partes podem complementar as perguntas dele. Com essas e outras mudanças, o processo penal abandonou um processo baseado nas provas escritas, em que a oitiva de todas as testemunhas e dos réus era reduzida a termo por escrito, para um procedimento predominantemente oral.³³

Agora, o CPP prevê expressamente os princípios da imediação e da oralidade de acordo com o art. 399, § 2º do CPP: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Esse artigo, combinado com a previsão de conduzir uma audiência una (arts. 400, caput, e 531), tornou expresso o princípio da identidade física do juiz. Desse modo, “toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito.”³⁴ Ao princípio

da identidade física do juiz estão associados os princípios da oralidade, da concentração e da imediação.³⁵

A finalidade do princípio da identidade física do juiz é garantir a sua imparcialidade (evitando mudanças arbitrária do juiz no momento em que o processo será sentenciado)³⁶ e possibilitar uma direta e imediata cognição da instrução processual pelo juiz que julgará o processo.³⁷ Excepcionalmente, é admitido que as provas sejam colhidas por um outro juiz (por carta precatória, rogatória ou carta de ordem)³⁸ e o processo também poderá, excepcionalmente, ser julgado por um juiz diferente do que conduziu a audiência quando o juiz da audiência estiver “convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado”, conforme previsto pelo art. 132 do CPC, aplicável por analogia do CPP.³⁹ Nesse caso, porém, o juiz poderá mandar repetir as provas e ouvir novamente as testemunhas ou o acusado caso considere necessário para julgar o processo, regra que demonstra a importância da imediação e da oralidade no CPP.⁴⁰

3. O procedimento adotado pelo STF em processos penais

A Lei 8.038/90 regula os procedimentos perante o STF e o STJ. Em ações penais originárias, a referida lei prevê um procedimento diferenciado, mas as normas aplicáveis ao procedimento comum previstas pelo CPP deverão ser aplicadas sempre que possível (art. 9 da Lei 8.038). Dentre as normas especiais aplicadas nas ações originárias, existem normas que autorizam a delegação pelo relator para que outro juiz ou membro de tribunal com competência territorial realize o interrogatório ou outro ato de instrução (art. 9 § 1º)⁴¹ e

³⁵ *Lopes Jr.* trata o princípio da identidade física como gênero dos quais derivam, como subcategorias, os demais. *Lopes Jr.*, Direito processual penal, E sua conformidade constitucional, 2012, p. 564: “O princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observação dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade.” Fazendo uma distinção mais detalhada entre concentração e imediação *Geppert* (n. 26) p. 142, e entre imediação e unidade do procedimento *Geppert* (n. 26), pp. 143 ss.

³⁶ *Badaró* (n. 34), p. 442.

³⁷ *Lopes Jr.* (n. 35), p. 564.

³⁸ Essa possibilidade ainda é uma importante exceção à uma total aplicação da oralidade e da imediação no processo penal brasileiro. De todo modo, trata-se apenas de uma exceção a regra geral que somente pode ser aplicada nas situações previstas em lei.

³⁹ “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

⁴⁰ Nesse sentido, ver: *Lopes Jr.* (n. 35), p. 565; *Badaró* (n. 34), p. 444.

⁴¹ “Art. 9º – A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal. (Vide Lei nº 8.658, de 1993)

³⁰ *Geppert* (n. 26), pp. 137 ss.

³¹ *Summers* (n. 21), p. 49.

³² *Marques*, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. 1, 1997, pp. 72 ss.

³³ Contra a aplicação do princípio da identidade física do juiz: *Tourinho Filho*, Processo penal, Vol. 1, 2004, pp. 56 ss. Defendendo a oralidade na Constituição de 1988: *Prado*, Sistema acusatório, A conformidade constitucional das leis processuais penais, 2001, pp. 171 ss.

³⁴ *Badaró*, Processo penal, 2014, p. 443.

que autorizam a convocação de juiz ou desembargador para realizar o interrogatório ou outro ato de instrução no tribunal ou em outro local em que se possa realizar o ato (art. 3 III da Lei 8.038).

Uma diferença dos processos que tramitam perante o STF e o STJ é que a função equivalente àquela desempenhada pelo juiz de instrução será desempenhada apenas pelo relator, que possui um papel muito mais importante no processo que os demais julgadores, embora todos os Ministros julguem o processo em votos com igual peso. O relator desempenhará todas as funções do juiz de instrução (realizar o interrogatório, ouvir as testemunhas e realizar outros atos de instrução); os demais Ministros apenas em algumas situações participarão da instrução e somente no final participarão ativamente do julgamento.⁴²

Apesar de ser possível a realização do interrogatório, da oitiva das testemunhas e dos demais atos de instrução diretamente pelo relator, não é o procedimento normalmente adotado pelo STF nas ações originárias, em que a Corte realiza os atos instrutórios por outros juízes ou desembargadores por meio de delegação ou por convocação. No “Mensalão”, a oitiva de todas as testemunhas e de todos os acusados foi realizada por outros juízes. Esse procedimento faz com que os Ministros que irão julgar o processo em primeira e única instância o façam sem ter qualquer contato com os acusados ou com as testemunhas, embora tenham acesso pleno a todos os depoimentos e interrogatórios (transcritos e também aos áudios e vídeos). Nesse caso, nenhum dos Ministros (nem o relator) elaborou qualquer pergunta para os acusados ou complementou as perguntas da acusação e da defesa.

O problema a ser enfrentado por esse artigo é se o procedimento adotado pelo STF no caso “Mensalão” (e também em outros processos penais no exercício da competência originária) é compatível com o CPP, com os direitos humanos internacionais e, também, se cria deficiências epistêmicas no julgamento.

No processo penal, a regra geral é a da aplicação dos princípios da oralidade e da imediação em todos os processos, salvo exceções previstas em lei. A Lei 8.038 autoriza o relator a delegar atos de instrução (art. 9º § 1º). Há um conflito aparente de normas. Tanto o CPP quanto a Lei 8.038 são leis ordinárias e possuem igual hierarquia normativa. O conflito resolve-se, portanto, pelo critério da especialidade, sendo a lei 8.038 uma lei especial (por regular somente procedimentos perante STF e STJ) em relação ao CPP, que deverá prevalecer, o que torna legal a delegação e a convocação de outros juízes.

§ 1º – O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.”

⁴² “Art. 2º – O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal. (Vide Lei nº 8.658, de 1993)”.

No caso “Mensalão”, contudo, como ocorreu em todos em que atuou como juiz de instrução e julgamento, o STF delegou para outros juízes a oitiva de todas as testemunhas e de todos os acusados. A questão que permanece é: nas ações penais originárias todos os atos instrutórios orais podem ser realizados por terceiros juízes? Essa pergunta tanto pode ser respondida sob a existência de um fundamento constitucional que torne obrigatória a oralidade e a imediação como princípios de observância obrigatória em todo processo penal, salvo exceções legais, e se existe alguma outra norma de status superior ao da Lei 8.038 que imponha a oralidade e imediação nos processos de tribunais superiores.

A realização de todas as audiências de instrução para oitiva de réus e testemunhas por outros juízes é autorizada apenas excepcionalmente no novo sistema processual penal e o STF não deve delegar todos os atos por três razões: 1) as normas do CPP são aplicáveis, no que couber (arts. 2 e 9 da Lei 8.038), aos procedimentos especiais no STF e no STJ, e exigem a aplicação plena do princípio da oralidade e da imediação e a exceção (a convocação de outros juízes e a delegação para terceiros) não pode ser considerada a regra sem expressa previsão legal nesse sentido; 2) outras normas (ver item IV.3 infra) de hierarquia superior (supralegal) exigem a aplicação do princípio da imediação e da oralidade por integram o “fair trial” e o devido processo legal.

4. O direito ao “fair trial” nos direitos humanos internacionais

O direito ao “fair trial” é uma parte muito importante dos direitos humanos internacionais e compreende diversos elementos. O direito de cada pessoa a ser ouvida por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecida por lei tem sido reconhecido como parte integrante de diversos tratados internacionais de direitos humanos (art. 8 § 1 CADH,⁴³ art. 14 § 1 PIDCCP, art. 6 § 1 CEDH), com terminologia quase idêntica ou muito semelhante. Este direito compreende a garantia de cada indivíduo de ser julgado por uma autoridade imparcial que seja membro de um Poder independente.⁴⁴ Esse elemento essencial do “fair trial” deve ser cumprido em todos os processos penais. Não há dúvidas de que, no caso Mensalão, o STF é o tribunal competente,⁴⁵ independente e imparcial estabelecido por lei (no caso pela Lei Maior, a Constituição).

O direito à “fair hearing” (ou à oitiva com as devidas garantias) é um outro elemento do direito ao “fair trial”. A CEDH (art. 6 § 1) e o PIDCP (art. 14 § 1 HR) preveem que toda pessoa tem o direito à “fair hearing” ou à oitiva com as devidas garantias (texto em português do PIDCP) ou à oitiva

⁴³ Quiroga, *The American Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014, pp. 181 e 191 ss.

⁴⁴ Trechsel/Summers, *Human rights in criminal proceedings*, 2006, pp. 45 ss.

⁴⁵ Para compreender o princípio do juiz natural e do tribunal competente, ver: Badaró, *A garantia do juiz natural no processo penal. Delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*, 2010.

equitativa (texto português da CEDH). A CADH (art. 8 § 1) usa em inglês e em português a expressão devidas garantias (“due guarantees”): “1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.”

O significado do direito à “fair hearing” ou à oitiva com as devidas garantias é muito importante para o direito brasileiro e para o STF no julgamento de processos penais na medida em que a CADH e o PIDCP são normas de status suprallegal (status superior às demais leis, inclusive ao CPP e à Lei 8.038) diretamente aplicáveis.

a) O status internacional dos direitos humanos: o status da CADH e do PIDCP no Brasil

A CADH e o PIDCP entraram em vigor no Brasil em 1992,⁴⁶ depois da Constituição Federal e antes da Emenda Constitucional 45⁴⁷ e possuem status suprallegal. Estas normas não são formalmente superiores às leis nacionais, mas são materialmente superiores. Assim, qualquer lei que contrariar a CADH e o PIDCP não deve ser aplicada.

b) Art. 8 da CAHR

A CADH utilizou diferentes termos para designar o “right to a fair trial” no art. 8º: 1) right to a fair trial;⁴⁸ 2) “garantias judiciais”⁴⁹ (“judicial guarantees”); 3) “garantías judiciales”.⁵⁰ A doutrina tratou desse direito como integrante do direito ao devido processo.⁵¹ Apesar da diferença entre os termos empregados, todos eles compreendem o mesmo signi-

ficado atribuído ao direito ao “fair trial” nos direitos humanos internacionais.⁵² O art. 8º da CADH dispõe:

“Artigo 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

A CADH protege de modo abrangente o direito ao “fair trial”. Nesse artigo, é importante analisar se o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido incluem também os princípios da imediação e da oralidade no processo penal. O direito a ser ouvido com as devidas garantias foi previsto pelo art. 8 § 1. Portanto, o direito de o acusado ser ouvido (diretamente) por um juiz claramente faz parte do direito a ser ouvido.⁵³ O

⁴⁶ Para o PIDCP, ver: Decreto nº 592 de 6.7.1992, acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm.

Para a CADH, ver: Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, acessível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm (10.1.2015).

⁴⁷ “Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁴⁸ Cfr. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm (20.11.2014).

⁴⁹ Cfr. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf (19.11.2014).

⁵⁰ Cfr. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (20.11.2014).

⁵¹ *Burgorgue-Larsen/Úbeda de Torres*, The Inter-American court of human rights, Case law and commentary, 2010, pp. 645 ss.; *Quiroga* (n. 43), pp. 173 ss. *Hennebel*, La convention américaine des droits de l’homme, 2007, pp. 495 ss.

⁵² Cfr. *Trechsel/Summers* (n. 44), p. 81.

⁵³ *Quiroga* (n. 43), p. 181, e pp. 184 ss.

significado de “devida garantia”⁵⁴ contida no direito a ser ouvido, porém, deve ser melhor entendido.

Não faz sentido proteger o direito ao “fair trial (com paridade de armas, direitos da defesa e julgamento por tribunal imparcial e independente) se a ausência de outras garantias prejudicar o resultado final do processo de modo a torná-lo indevido ou “unfair”. O direito a ser ouvido por um tribunal por um juiz deve ser entendido como o direito a ter todos os seus argumentos e todas as provas levadas em consideração pelo juiz ou pelos juízes que, efetivamente, julgarão o processo. Desse modo, o direito que tem toda pessoa “a ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” deve ser interpretado como o direito a ser ouvido pelo juiz (ou pelo tribunal) que vai julgar aquele acusado.

O direito a ser ouvido por um juiz é não apenas o direito formal a ser ouvido por um juiz que não é escolhido arbitrariamente. É, também, o direito a ser ouvido e ter os seus argumentos e suas provas levadas em consideração pelo juiz (ou pelo tribunal) que vai julgar o processo. A investigação e o processo penal podem adotar diferentes procedimentos. O Estado de Direito e os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem, contudo, standards mínimos. Um deles é o de que todos os argumentos e provas devem ser levados em consideração pelo juiz que julga o processo. Os princípios da imediação e da oralidade servem exatamente para garantir que, ao tomar conhecimento direta e imediatamente de todas as provas durante o processo, as provas e os argumentos serão levados em devida consideração pelo juiz para que seja feito o melhor julgamento possível do caso a ser explicitado na fundamentação da sentença.

Quiroga, interpretando a CADH e citando também o PIDCP, entende os princípios da oralidade e da imediação como parte do princípio da publicidade no processo penal (que somente excepcionalmente poderia deixar de ser aplicado, p. ex., na fase recursal) previsto pelo Art. 8 § 5 da CADH:

“O direito ao julgamento público significa que deve ser oral já que um procedimento escrito não permite esse tipo de supervisão democrática. O Comitê de Direitos Humanos da ONU já reconheceu que a exigência de julgamento público implica que a natureza oral de sua forma faz parte do ‘devido processo’ no direito internacional. A princípio, não é necessário que tudo que aconteça durante o processo para que o juiz seja capaz de ter uma impressão direta da prova, e para que o acusado ouça a prova diretamente e a conteste. Por exemplo, em um recurso no qual apenas questões de direito sejam discutidas, não precisa ser necessariamente conduzido oralmente.”⁵⁵

⁵⁴ *Quiroga* (n. 43), pp. 181, e 198 ss.; *Burgorgue-Larsen/Úbeda de Torres* (n. 51), pp. 663 ss.

⁵⁵ “The right to a public trial means that it must be oral, as a written proceeding does not allow for this sort of democratic supervision. The Human Rights Committee has already addressed this to the effect that the requirement for a public trial implies that its oral nature forms part of the concept of ‘due process’ in international law. In principle, it does not seem

Apesar de concordar com a conclusão de *Quiroga* de que o juiz deve entrar em contato direto com a prova, essa garantia não precisa estar conectada com a publicidade e algumas vezes não está, como ocorre em processos com segredo de justiça, por exemplo. Pode acontecer, como efetivamente aconteceu no caso “Mensalão”, que o procedimento seja oral e que um juiz realize as oitivas, mas o juiz que julga o processo seja outro que não teve contato direto com nenhum dos acusados ou das testemunhas. Neste caso, o processo pode ter sido público e oral, mas a imediação não foi garantida (nem a oralidade perante aquele juiz) e o direito a ser ouvido não foi efetivado, pois houve uma diminuição na capacidade de avaliação das provas pelos juízes que julgaram o processo e no direito de o acusado de ser ouvido por ele. Apesar de os Ministros terem pleno acesso aos autos e aos depoimentos transcritos e aos vídeos e áudios, eles não formularam perguntas ou tiveram qualquer contato direto e pessoal com as provas.

A imposição de que o juiz que ouviu os réus e as testemunhas também julgue o processo visa garantir que o juiz tenha o melhor e mais completo conhecimento da prova, o que vai muito além da capacidade de observar quando uma testemunha está mentindo.⁵⁶

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CtIDH) vem reconhecendo reiteradamente o direito às devidas garantias como parte do processo penal (ou o direito ao “fair trial” em inglês) e à oitiva com as devidas garantias como parte integrante do devido processo e interpretando que “El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’, que consiste *inter alia* en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra.”⁵⁷

A CtIDH não tratou, ainda, diretamente dos princípios da imediação e da oralidade no processo penal.⁵⁸ A Corte consi-

necessary for everything that takes place during the proceedings and the judge to be able to get a direct impression of the evidence, and for the accused to be able to hear that evidence directly and contest it. For example, a cassation proceeding, in which only questions of law are discussed, would not need to be carried out orally.” Cfr. *Quiroga* (n. 43), p. 220 ss., e nota 183, p. 200.

⁵⁶ *Maffei*, The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings, Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses, 2006, p. 26.

⁵⁷ Corte IDH, Sentencia de 6.5.2008 – Serie C No. 180 (Caso Yvon Neptune vs. Haití; Fondo, Reparaciones y Costas), § 79 e também 80. Ver no mesmo sentido: Corte IDH, Sentencia de 31.1.2001 – Serie C No. 71 (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú; Fondo, Reparaciones y Costas), § 81. Corte IDH, Sentencia de 29.1.1997 – Serie C No. 30 (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua; Fondo, Reparaciones y Costas), § 74.

⁵⁸ *Rivas*, Steiner/Uribe (orgs.), in: Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comentario, 2014, p. 217, disponível em:

dera que a oralidade não é obrigatória em processos administrativos embora possa ser em outros tipos de processo.⁵⁹ Quando uma questão não foi enfrentada ou sistematizada ainda pela CtIDH, a Corte tem procurado interpretar outros tratados de direitos humanos e a jurisprudência de outras Cortes. A CtEDH e a CEDH possuem especial importância para a CtADH e para a CADH, inclusive para a interpretação do “fair trial”, como já reconheceu a CtADH.⁶⁰ O sistema regional europeu de direitos humanos pode ajudar na fundamentação dos acórdãos da CtADH a partir da “cross-fertilization” ou do diálogo das Cortes, bem como do papel que os direitos humanos (muitas vezes com texto quase idêntico ou muito semelhante) ocupam nos direitos humanos internacionais.

c) A CEDH

A doutrina e a jurisprudência europeia de direitos humanos desenvolveram mais a aplicação do princípio da imediação e

http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826 (20.1.2015).

⁵⁹ Corte IDH, Sentencia de 5.8.2008 – Serie C No. 182 (Caso Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), § 75: “Al respecto, la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Sin embargo, el representante no ha presentado argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad, como garantía del debido proceso, en el procedimiento disciplinario ante la CFRSJ o en las distintas instancias recursivas.” Ver também sobre oralidade em processos cíveis: Corte IDH, Sentencia de 13.10.2011 – Serie C No. 234 (Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas), §§ 120 e 121.

⁶⁰ Sobre a aplicação do direito europeu pelo direito americano no caso do devido processo, já decidiu a Corte: “77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisar los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30).” Corte IDH, Sentencia de 29.1.1997 – p. 21, (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua; Fondo, Reparaciones y Costas), § 77.

da oralidade no processo penal. Apesar de o Brasil não ser um Estado-Parte na CEDH, o seu texto é muito parecido com o da CADH, e ela cumpre uma finalidade semelhante enquanto parte do Sistema Regional de Direitos Humanos. A compreensão dos fundamentos da doutrina e da jurisprudência da CEDH pode ajudar a compreender melhor em que medida a imediação e a oralidade fazem parte da CADH e do direito brasileiro. Os elementos que fazem parte do direito ao “fair trial” têm sido discutidos pela doutrina europeia:

“Se nós tomarmos o Artigo 6º da CEDH como uma diretriz, os seus princípios constitutivos poderiam ser resumidos do seguinte modo: (1) o juiz do ‘fair trial’ é imparcial e independente, (2) o julgamento é público, (3) o acusado não sofrerá ações punitivas enquanto a sua culpa não for legalmente estabelecida (presunção da inocência), (4) o acusado terá garantida a paridade de armas, (5) o julgamento será baseado em provas apresentadas na Corte (princípio da imediação conectado com a preferência normativa pelos depoimentos orais), e (6) os procedimentos obedecerão ao contraditório (tanto o adversarial quanto o contraditório no sentido continental).”⁶¹

Os princípios da imediação⁶² e da oralidade também vêm sendo tratados na jurisprudência da CtEDH em vários casos e vêm sendo reconhecidos como um elemento indispensável do direito ao “fair trial” e do direito à “fair hearing” de acordo com a CEDH.⁶³

⁶¹ *Hildebrandt* (n. 15), pp.15 ss., p. 25: “If we take Article 6 ECHR as a guideline, its constitutive principles could be summarized as follows: (1) the judge of the ‘fair trial’ is impartial and independent, (2) the trial is public, (3) the defendant will not suffer punitive actions as long as her guilt is not legally established (presumption of innocence), (4) the defendant is provided with equality of arms, (5) the judgment will be based on evidence presented in court (principle of immediacy, connected with a normative preference for oral testimony), and (6) the proceedings are contradictory (either adversarial or contradictory in the continental sense).”

⁶² Apesar de não ter sido julgado o mérito, no caso P.K. vs. Finland a Corte considerou que existe a obrigação de que o juiz esteja presente durante todo o julgamento e somente em circunstâncias especiais sua ausência poderia ser aceita: “The Court considers that an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanor and credibility of a witness may have important consequences for the accused. Therefore, normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.7.2002 – no. 37442/97 (Case P.K. vs. Finland, Admissibility), online em: <http://echr.ketse.com/doc/37442.97-en-20020709/view/> (5.2.2015).

⁶³ O juiz Zupancic, em sua opinião dissidente em julgamento do Pleno no caso *Hermi v. Itália* disse: “Here at the European

Em *Pitkänen vs. Finland*, a Corte fez uma importante comparação entre “fair trial” e “fair hearing” em processos penais e civis e um dos problemas discutidos foi a mudança do juiz durante uma das audiências e as consequências da ausência do novo juiz nesse ato anterior. No caso, foi destacada a importância da presença, ainda que, nas circunstâncias específicas, não tenha sido reconhecida uma violação ao artigo 6º.⁶⁴ Nesse mesmo caso, a Corte foi muito clara quanto à necessidade de respeito ao princípio da imediação enquanto parte do princípio do “fair trial” no processo penal: “Um importante elemento em processos penais é também a possibilidade de um acusado ser confrontado com a testemunha na presença de um juiz que vai, ao final, decidir o caso. Este princípio da imediação é uma importante garantia da equidade (“fairness”) na medida em que as observações feitas pela Corte sobre a conduta e a credibilidade da testemunha pode ter importantes consequências para o acusado. Uma mudança na composição da Corte que está julgado o processo após a oitiva de uma importante testemunha deveria normalmente levar a uma nova oitiva da testemunha.”⁶⁵

Court of Human Rights we continue to make the point that we are not a fourth-instance court and that we do not wish to deal with any facts which are subject to the guiding principle of immediacy in a trial.” Eur. Court of Human Rights (Grand Chamber), Sentencia de 18.10.2006 – no. 18114/02 (Case of *Hermi vs. Italy*, Merits), online em:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543> (5.2.2015).

⁶⁴ “As far as the applicants have alleged unfairness on account of the change of the presiding professional judge of the District Court, it is undisputed that he or she changed with every hearing. As in *P.K. v. Finland*, the principle that a change of a judge should lead to the rehearing of an important witness was not respected in this case either. While it is true that the requirement of fairness should not necessarily be as strict as in a criminal case, it would appear that already in the course of the District Court proceedings the applicants challenged the credibility of witness A., who was eventually convicted of perjury. Moreover, as regards the extent of the damage suffered by L., the District Court based itself exclusively on A.’s testimony.

In these particular circumstances the fact that the various presiding judges had at their disposal the recordings and transcriptions of the previous hearings where A. and various other witnesses had been heard sufficed to compensate for the lack of immediacy in the proceedings. The Court concludes therefore that the constant change of presiding judge was not tantamount to depriving the applicants of a fair trial. It follows that there has been no violation of Article 6 in this respect.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.3.2004 – no. 30508/96 (Case of *Pitkanen vs. Finland*, Merits, and Just Satisfaction), § 62 e 65, online em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61660> (5.2.2015).

⁶⁵ “58. An important element in criminal proceedings is also the possibility of an accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the

A imediação tem sido reconhecida, portanto, como parte indispensável do direito ao “fair trial” pela doutrina e pela jurisprudência da Corte Europeia.⁶⁶ Têm sido admitidas exceções ao princípio, mas apenas quando se trata de uma violação pontual em que a oitiva de uma testemunha que não era muito importante no processo e que não possa comprometer o resultado. Não é o caso do “Mensalão”, em que todas as testemunhas e todos os acusados deixaram de ser ouvidos pelos juízes que julgaram o processo.

d) O PIDCP e o direito a ser ouvido (“right to hearing”)

O direito ao “fair trial” e a ser ouvido foram previstos também pelo art. 14 do PIDCP:

“Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

case. This principle of immediacy is an important guarantee of fairness as the observations made by the court about the demeanor and credibility of a witness may have important consequences for an accused. A change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should therefore normally lead to the rehearing of that witness (*P.K. v. Finland*, no. 37442/97, 9 July 2002; see also *Eerola v. Finland*, 42059/98, struck out 6 May 2003 following a friendly settlement.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.3.2004 – no. 30508/96 (Case of *Pitkanen vs. Finland*, Merits, and Just Satisfaction), § 58.

⁶⁶ “It is telling neither case was held to be admissible. In spite of the Court’s reticence in this regard, there can be little doubt that the dual principle of the oral and immediate examination of the evidence are inherent in the structure of Article 6. In view of this, the failure to insist either on adversarial investigation hearings or on the application of the immediacy principle casts serious doubts on the ability of Article 6 to uphold fairness through guaranteeing the participatory rights of the defense in a adversarial setting.” *Summers*, Fair trials the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, 2007, pp. 154 s.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...];

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

[...];

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;⁶⁷

A obrigação de realizar oitivas orais como parte integrante do direito ao “fair trial” já fora discutida durante a elaboração do projeto do PIDCP. A Argentina foi contrária a sua adoção: “em muitos países um grande número de julgamentos acontece com base em documentos escritos; as partes, porém, desfrutam de garantias suficientes porque esses documentos poderiam ser tornados públicos.”⁶⁸ A comissão, contudo,

⁶⁷ Para o texto oficial no Brasil, ver:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm acessado em 12/11/14.

O texto no site da ONU adota uma tradução diferente e usa o termo oitiva equitativa, mais próxima da ideia de “fair trial”: “1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. As audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou uma parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o tribunal o considerar absolutamente necessário, quando, por motivo das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça; todavia qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada, salvo se o interesse de menores exigir que se proceda de outra forma ou se o processo respeita a diferendos matrimoniais ou à tutela de crianças.”

Cfr. <http://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/direitos-humanos/27537?start=3> (12.11.2014).

⁶⁸ “[I]n many countries a large number of trials took place on the basis of written documents; the parties nevertheless enjoyed sufficient guarantees because of those documents could be made public.” A/4299. Relatório do Terceiro Comitê. Art. 12, conforme emendado, adotado pelo Terceiro Co-

mitê em 17 de Novembro de 1959, reunião 959, por 58 votos a 1, com 11 abstenções, p. 189.
⁶⁹ “The right to a public hearing thus means that all trials in civil and criminal matters must in principle be conducted orally and publicly.” *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary, 2005, p. 324. Contrário à necessidade da oitiva oral no “draft” da CADH, ver: *Harris*, 16 Int’l Comp. Q. L. 1967, 352 (358). Também defendendo a oralidade no PIDCP, ver: *Joseph/Castan*, The international covenant on civil and political rights, Cases, materials, and commentary, 2013, p. 473.
⁷⁰ “9.3 The Committee recalls paragraph 23 of its general comment No. 32 on article 14 of the Covenant, and observes that, in order to guarantee the rights of the defense enshrined in article 14, paragraph 3, and in particular those contained in subparagraphs (d) and (e), all criminal proceedings must provide the accused with the right to an oral hearing, at which he or she may appear in person or be represented by counsel and may bring evidence and examine witnesses. Taking into account the fact that the author did not have such a hearing during the proceedings that culminated in his convictions and sentencing, together with the manner in which the interrogations were conducted, without observing the minimum guarantees, the Committee finds that there was a violation of the author’s right to a fair trial in accordance with article 14 of the Covenant.” UN Human Rights Committee (HRC), Sentencia de 11.5.2010 – CCPR/C/98/D/1623/2007 (Guerra de la Espriella vs. Colombia), acessível em: <http://www.refworld.org/docid/4c19e5f12.html> (5.2.2015).
⁷¹ “7.3 The author maintains that the proceedings against him were conducted only in writing, excluding any hearing, either oral or public. The Committee notes that the State party has not refuted these allegations but has merely indicated that the decisions were made public. The Committee observes that in order to guarantee the rights of the defense enshrined in article 14, paragraph 3, of the Covenant, in particular those contained in subparagraphs (d) and (e), all criminal proceedings must provide the person charged with the criminal offence the right to an oral hearing, at which he or she may appear in person or be represented by counsel and may bring evidence and examine the witnesses. Taking into account the fact that

A ausência de previsão expressa da imediação e da oralidade não implica na ausência de sua proteção que decorre, implicitamente, do PIDCP ao prever que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente” (art. 14 1), o direito do acusado de “estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha” (art. 14, 3, d) e “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (art. 14, 3, e).

O objeto de proteção do art. 14 1 c/c 3 d) e e) é muito semelhante ao da CEDH e da CADH. A existência do direito a ser ouvido visa a garantir não apenas que o acusado seja ouvido e possa interrogar, senão também que o juiz ou os juízes que ouvirem o seu processo tenham em consideração o que foi dito em audiência. Somente o julgamento pelo mesmo juiz da instrução pode permitir que esse direito seja exercido plenamente na esteira do que vem sendo afirmado pela jurisprudência e pela doutrina dos direitos humanos europeus. A limitação desse direito implicaria na diminuição do direito a ser ouvido, o que não é a finalidade do PIDCP, e na diminuição da capacidade de o juiz conhecer o processo (abordagem epistemológica), último ponto a ser discutido no presente artigo.

5. Conclusão parcial

No caso do “Mensalão”, de acordo com o art. 8 da CADH e o art. 14 do PIDCP os princípios da oralidade e da imediação, integrantes do direito à devida oitiva (“fair hearing”), enquanto parte do “fair hearing”, foram violados. No caso, os juízes responsáveis pela instrução e o julgamento delegaram para terceiros juízes a oitiva das testemunhas e dos acusados em contrariedade ao princípio da imediação e da oralidade.⁷²

6. Imediação e oralidade no Tribunal Penal Internacional

O Brasil é um dos Estados-parte do Estatuto de Roma. Embora o Estatuto trate dos crimes internacionais a serem julgados por aquele Tribunal, a complexidade dos processos que examina se aproxima daquela existente em alguns processos julgados pelo STF (ainda que se trate de clima de natureza muito diversa) e pode servir como modelo para compreender

o problema aqui examinado da necessidade de aplicação da imediação e da oralidade pelo STF.

No TPI, a imediação e a oralidade são consideradas elementos integrantes do devido processo e estão previstos expressamente no Estatuto de Roma:

“Artigo 74

Requisitos para a Decisão

1. Todos os juízes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações. A Presidência poderá designar, conforme o caso, um ou vários juízes substitutos, em função das disponibilidades, para estarem presentes em todas as fases do julgamento, bem como para substituírem qualquer membro do Juízo de Julgamento em Primeira Instância que se encontre impossibilitado de continuar a participar no julgamento.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

3. Os juízes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria.

4. As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão e permanecerão secretas.

5. A decisão será proferida por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Será proferida uma só decisão pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Se não houver unanimidade, a decisão do Juízo de Julgamento em Primeira Instância conterá as opiniões tanto da maioria como da minoria dos juízes. A leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública.”

Para o TPI, é “muito além de qualquer dúvida que durante os julgamentos todos os juízes devem sentar-se no banco”⁷³ para participar de toda a instrução e participar o julgamento. *Triffter* também defende a participação em todo o julgamento⁷⁴, o que foi reconhecido pelo próprio TPI no caso Lubanga.⁷⁵

the author did not have such a hearing during the proceedings that culminated in his conviction and sentencing, the Committee finds that there was a violation of the right of the author to a fair trial in accordance with article 14 of the Covenant.” Comitê de Direitos Humanos, Sentencia de 23.7.2002 – No. 848/1999, Documento da ONU CCPR/C/75/D/848/1999, Case Rodríguez Orejuela vs. Colombia, Communication), acessível em: http://www.bayefsky.com/pdf/colombia_t5_iccpr_848_1999.pdf (5.2.2015).

⁷² A oralidade aqui está diretamente conectada com a imediação e a identidade física do juiz. A oralidade deve ser realizada durante a instrução perante o juiz que julgará o processo.

⁷³ “The number of members of a Trial Chamber is set at three by article 39 (2) (b) (ii) of the Rome Statute. All judges are to be present at each stage of the trial and throughout their deliberations. For Trial Chamber I: ‘Accordingly, it is clear beyond doubt that during the trial the three judges shall function in banco.’” *Schabas*, The international criminal court, A commentary on the Rome Statute, 2010, p. 875.

⁷⁴ *Triffterer*, Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, Observers’ notes, article by article, 2008, pp. 1391 ss.

⁷⁵ ICC (Trial Chamber I), Sentencia de 22.5.2008 – ICC-01/04-01/06, (Lubanga; Decision on whether two judges alone may hold a rearing – and – Recommendations to the

Essa necessidade é reconhecida pela Corte hoje e os juízes cujo mandato vence continuam no TPI para terminar os julgamentos dos quais já estavam participando antes.

O princípio da imediação no Direito Penal Internacional, portanto, encontra-se expressamente previsto no Estatuto do TPI, reconhecido pela doutrina⁷⁶ e pela jurisprudência daquela Corte.

V. A Suprema Corte do Brasil e o direito ao devido processo no caso “Mensalão”: o problema epistemológico

O julgamento dos processos penais quando o STF atua como tribunal é dividido em duas partes: 1) a instrução processual e a produção de provas que é conduzida pelo Ministro relator. O relator desempenha uma função similar àquela do juiz de instrução em primeira instância. Dentre elas, o juiz relator é competente para ouvir as testemunhas e interrogar os acusados. No STF, contudo, as oitivas podem ser delegadas para outros juízes ou tribunais e, no caso do “Mensalão”, todas foram. É importante ressaltar que diante da quantidade de processos que julga o STF e da complexidade do processo esse procedimento é compreensível e justificável, já que foram ouvidos no total 38 réus e mais de 600 testemunhas. 2) O julgamento do processo em seu mérito, oportunidade em que todos os Ministros da Corte poderão ouvir as testemunhas e os acusados arrolados previamente (se o forem) e realizam a oitiva das alegações finais do Ministério Público e da Defesa e decidem o processo.⁷⁷ A maioria dos Ministros não participa, salvo excepcionalmente ao julgar recursos em questões incidentais, da maior parte da instrução. É certo que nenhum deles participa das oitivas de testemunhas e dos interrogatórios durante a instrução. Antes do julgamento do mérito, eles recebem o inteiro teor dos autos do processo, inclusive a transcrição dos depoimentos das testemunhas e dos interrogatórios acompanhados dos respectivos áudios e vídeos. No julgamento, o relator poderá admitir a oitiva de

testemunhas arroladas previamente (art. 245 do RI do STF), o que não costuma ocorrer, nem ocorreu no caso do “Mensalão”, o que seria impossível já que o julgamento demoraria anos. As partes apresentam suas alegações orais e o julgamento começa com o voto do relator e é seguido pelo voto de um Ministro que foi nomeado revisor. Em seguida votam os demais Ministros em ordem crescente de antiguidade.

O procedimento adotado pelo STF nos casos em que atua como tribuna penal de instrução e julgamento, além do aspecto processual e de direitos humanos também, tem um importante aspecto epistemológico. Os princípios processuais penais da imediação e da oralidade visam a garantir que os juízes tenham um conhecimento de todas as provas do processo que ele deveria ter acesso pessoal, direto, oral e imediato. Se a produção das provas, inclusive das testemunhas, e a oitiva dos acusados foram delegadas para outros juízes, é importante analisar se houve uma diminuição da capacidade cognitiva (epistemológica) do juiz para apreciar as provas ou se, ao contrário, favorece uma melhor análise do caso, ou se é indiferente. Quando ocorrer uma diminuição do conhecimento pelo juiz da cognição de provas de um processo penal (sob o aspecto epistemológico), o que pode ocorrer por algumas causas que são juridicamente aceitas (“direitos dos acusados, a necessidade da corte de não recorrer ou endossar ilegalidades e o papel da corte em controlar o comportamento policial”)⁷⁸, elas aumentam a possibilidade de que o juiz cometa erros.

Ainda que a exceção à aplicação aos princípios da imediação e da oralidade pudesse ser justificada juridicamente, é importante avaliar se a sua não incidência em casos penais pelo STF e, mais especificamente, no caso do “Mensalão”, diminui a capacidade de cognição do juiz. Uma participação ativa do juiz criminal no Brasil é controversa e complexa, mas ainda é parcialmente reconhecida no processo penal brasileiro apesar das recentes reformas que o aproximam mais de um sistema adversarial. O CPP, em seu art. 212,⁷⁹ admite expressamente a possibilidade de o juiz formular perguntas às testemunhas e ele ainda é responsável por realizar o interrogatório. O problema que será examinado aqui é se a ausência do juiz que julgará o processo durante a instrução e a oitiva das testemunhas e dos acusados representa uma perda cognitiva e diminui a capacidade de análise do caso e aumenta a chance de erro.

Presidency on whether an alternate judge should be assigned for the trial), § 15, acessível em:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc494987.PDF> (5.2.2015).

⁷⁶ Cfr. “The Court has rightly and clearly held that ‘all the evidence should, in principle, be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to a adversarial argument’. This requirement which embodies the ‘principle of immediacy’ is thereby given a double function – it is both an element of the fairness of the proceedings and a prerequisite for the effective implementation of the right to a public trial.” *Treichsel/Summers* (n. 44), pp.128 ss.

⁷⁷ Recentemente foi alterado o Regimento Interno do STF (art. 9º I j e k do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para permitir que o julgamento possa ser feito por qualquer uma das Turmas do STF (para a qual o processo fora distribuído) ao invés do Plenário, que apenas julgará os processos em que algumas autoridades como o Presidente da República, o Vice-Presidente, o Presidente da Câmara e do Senado, o Procurador Geral da República e os próprios Ministros do STF (art. 5º I do RI do STF) forem julgadas. Ver:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno> (12.11.2014).

⁷⁸ “Rights of the defendants, the importance of the court not to resorting to – or seeming to endorse – illegality, and the role of the courts in policing the behaviour of the police.” *Laudan*, (n. 13), p. 123.

⁷⁹ “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” Ver:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm (10.11.2014).

Schäfer e Wiegand,⁸⁰ baseados em estudos empíricos, defendem que jurados⁸¹ que participam mais ativamente da instrução são mais efetivos do que os passivos.⁸² A comparação de juízes com jurados apresenta alguns problemas já que ocupam papéis muito diversos no processo e suas pré-compreensões diferem muito. O CPP brasileiro prevê, contudo, várias atividades a serem realizadas direta e imediatamente pelo juiz durante a sua instrução. Quando delegada, ela será realizada por outro juiz diferente do que julgará o processo, mas será, de todo modo, realizada.

O acompanhamento de toda instrução pelo juiz que julgará o caso confere-lhe a oportunidade para: 1) ouvir diretamente e colher suas impressões sobre o acusado e sobre o que afirma em seu interrogatório, inclusive aspectos que um vídeo não capta com a mesma plenitude; 2) fazer suas próprias perguntas e formular novas perguntas a partir das afirmações do acusado e de seu comportamento no interrogatório (em que aspectos como tom de voz, pausas, olhar, contradições, dentre outros, desempenham um papel importante); 3) ouvir pessoalmente e ter as suas próprias impressões sobre a testemunha e seu depoimento; 4) fazer perguntas para as testemunhas, inclusive segundo o que afirmou a testemunha nesse ato e de acordo com o seu comportamento durante depoimento; 5) participar ativamente de todos as oitivas e dos interrogatórios formulando novas perguntas e aprofundando progressivamente o seu conhecimento do caso e das provas enquanto elas estão sendo produzidas.

A partir dos cinco aspectos acima elencados, podemos distinguir três atividades em que a atuação do juiz diretamente e imediatamente nas oitivas realizadas na fase de instrução aumentará a sua capacidade de cognição: 1) a presença pessoal possibilita que sejam feitas observações que vão muito além da detecção da mentira, como as “faltas na memória, as percepções da comunicação verbal”⁸³ e corporal; 2) fazer

perguntas para os acusados e para as testemunhas e 3) desenvolver a compreensão progressiva do caso (o que em um caso tão complexo e grande se torna imprescindível).

Apesar das críticas que podem ser feitas ao papel ativo de um juiz no processo penal, de que seus prejuízos poderiam impedir uma análise imparcial do caso, é difícil compreender de que modo a delegação das oitivas para outros juízes não diminuiria a capacidade cognitiva do juiz para apreciar as provas. No final, o juiz enquanto “fact finder” deve avaliar a confiabilidade e a relevância⁸⁴ das provas apresentadas na instrução para julgar o processo. A pergunta epistemológica fundamental é: a presença do juiz que julgará o processo durante a instrução irá, em última análise, contribuir para uma melhor avaliação da confiabilidade e da relevância das provas e na melhor compreensão do caso como um todo?

Em um caso complexo como o “Mensalão”, a capacidade de avaliar a relevância e a confiabilidade da prova é ainda mais importante devido à grande quantidade de provas apresentadas durante o processo, ao seu volume e a sua complexidade. Se o relator delega a oitiva para outros juízes, a sua compreensão será menos imediata e menos profunda do que a de um juiz que realizou todos os depoimentos.

Para a compreensão da diminuição da capacidade cognitiva do juiz, não se deve fazer a comparação entre um juiz que prejudica o caso com base em preconceitos (em sentido negativo para *Gadamer*)⁸⁵ e outro que não. A comparação a ser feita é entre dois juízes igualmente bem intencionados, independentes, imparciais e competentes que queiram julgar do melhor modo possível o processo. Alguns exemplos mais simples podem servir como comparação. Se o pai desconfia que o filho está mentindo ou omitindo alguma informação sobre um evento importante, qual seria a melhor forma de

and, in all jurisdictions, they are entitled to ask for clarifications and pose their own questions, during or after the parties' examinations.” *Maffei* (n. 56), p. 26.

⁸⁴ „The most important work in a criminal trial is the assessment of the relevance and reliability of the various exhibits and testimonies that the contended party enter into evidence.” *Laudan* (n. 13), p. 120.

⁸⁵ Ao lado do aspecto negativo de preconceito, proveniente do iluminismo, identificado com os preconceitos por precipitação, *Gadamer* reconhece a existência de preconceitos legítimos, fundados na autoridade, especialmente representada na tradição, que foi reabilitada pelo romantismo alemão: „o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser interpretado principalmente. Sem dúvida que os preconceitos que implantam encontram-se legitimados pela pessoa. Sua validade requer predisposição para com a pessoa que os representa. [...] existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. [...] Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade.” *Gadamer*, *Verdade e Método*, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 1997, pp. 420 ss.

⁸⁰ *Burkhard/Wiegand* (n. 15), pp. 117 ss.

⁸¹ É importante observar que todos os Ministros têm em tese notável saber jurídico, mas epistemologicamente é discutível se têm uma performance muito melhor do que os jurados, já que „a mounting body of research finds that professional judges do not perform much differently from lay people in a number of important fact-finding tasks.” *Simon*, *In doubt. The psychology of the criminal justice process*, 2012, p. 145, com referências bibliográficas em pesquisa empírica, ver nota de rodapé 21 na p. 325.

⁸² Defendendo que é duvidoso se participantes leigos (jurados) atuam de modo mais acurado e eficiente: *Duff*, in: *Duff/Farmer/Marshall/Tadros* (n. 15), p. 217.

⁸³ “While it is recommended that fact finders refrain from instant lie-detection based on behavioural clues, nevertheless their attendance at the time of the examination is an essential component of the confrontational paradigm. The reliability of a testimonial statement depends upon several parameters other than the sincerity of its author; fault of memory, perception or verbal communication may result in ambiguity and misrepresentation of reality. As a result, the role of the fact finder is by no means confined to lie-detection. Judges and jurors attend court hearing to listen to the witness's accounts

descobrir: ouvir diretamente o filho ou pedir que terceiro o faça e mande o vídeo gravado? Outro exemplo, com menor envolvimento pessoal, o chefe desconfia que um funcionário que lhe é diretamente subordinado praticou uma grave falta, mas tem dúvidas, como ele deve proceder: determinar que terceiro ouça o funcionário por vídeo e assistir a gravação ou perguntar diretamente para ele? Poderiam ser dados muitos outros exemplos, mas os exemplos intuitivos servem como demonstração da perda cognitiva na delegação da oitiva de acusados e testemunhas por terceiros diferentes daqueles que vão decidir o caso.

No caso de um processo como o “Mensalão”, contudo, a ausência de aplicação do princípio da imediação e oralidade aumenta o risco de erro (epistemologicamente) em seu julgamento em um nível muito mais básico. O volume de provas, o número de réus e de fatos típicos a ser julgados tornam improvável que ocorra uma indispensável avaliação aprofundada do caso por um juiz que não participou de toda a instrução e se isto já é grave no caso do relator que acompanhou o processo, é ainda mais em relação aos demais juízes. Afinal, como pode um juiz (um Ministro, no caso) conhecer bem um processo com 51.615 páginas, 600 depoimentos e 38 interrogatórios sem ter participado de sua instrução?

A razão principal para a adoção de um sistema de delegação das oitivas em contrariedade ao “fair hearing” é de ordem prática, os Ministros do STF não têm tempo para fazer a instrução de todo o processo. Justificativas pragmáticas não justificam que seja adotado um procedimento pelo STF que aumenta a chance de erro em prejuízo dos acusados e da justiça, já que aumenta a chance de erro tanto para condenar um inocente como para absolver um culpado.

Mesmo em um processo mais simples, o problema da delegação da oitiva para outros juízes é que não apenas aumenta o risco de que o processo seja indevido (“unfair”) pela falta de consideração de provas em favor da defesa, mas também contribui para que o resultado seja injusto na medida em que o juiz que não tem contato direto com as provas tem maior probabilidade de cometer erros de inferência por não conhecer tão bem a prova como o juiz que o instruiu. Assim, é mais provável que o juiz cometa erros tanto para condenar um inocente enquanto para absolver um culpado.

VI. Conclusão

O julgamento do “Mensalão” foi o maior e mais complexo caso de corrupção já julgado pela justiça brasileira. Apesar de sua complexidade, que exigiria total dedicação de todos os juízes durante toda a instrução, como ocorre no TPI, a oitiva de todas as testemunhas e os interrogatórios foram realizados por outros juízes.

O procedimento adotado pelo STF contraria a CADH em seu art. 6 e o PIDCP em seu art. 14, que preveem o princípio da imediação e da oralidade como parte do direito à oitiva devida (“fair hearing”) e ao devido processo (“fair trial”). De igual modo, o procedimento cria uma situação de desigualdade de tratamento entre os demais processados no Brasil (em que, em regra, segundo o CPP, são julgados pelo mesmo juiz que instrui o processo) e aqueles que o são pelo STF. Por fim, o procedimento adotado pelo STF diminui também a capaci-

dade de cognição probatória (epistemológica) do juiz aumentando o risco de erro tanto para condenar um inocente quanto para absolver um culpado em face do descumprimento do princípio da imediação e da oralidade, o que no caso do “Mensalão” é ainda mais grave em face do volume dos autos, do número de testemunhas que foram ouvidas (mais de 600) e de acusados julgados (38) e de condutas a serem analisadas.

Ainda que o STF esteja autorizado por lei a adotar referido procedimento, o mesmo é contrário a normas supral legais (a CADH e o PIDCP) e ao princípio da imediação e da oralidade adotado pelo CPP e epistemologicamente falho. Enquanto última instância no Brasil, o STF é o último a errar. No caso dos processos penais, o STF será o único a errar, já que somente ele poderá corrigir os seus próprios erros nas estritas possibilidades recursais que existem nessa situação, todas julgadas pelo próprio Tribunal.

Processos complexos, como a grande maioria que chega ao STF, que envolvem pessoas que ocupam importantes cargos públicos e são acusadas, muitas vezes, de vários crimes, exigem uma análise fática e probatória profunda que somente um procedimento como o adotado pelo TPI, em que todos os juízes participam necessariamente da oitiva de todas as testemunhas e de todos os interrogatórios e também do julgamento, pode assegurar. Seria o ideal a ser adotado no Brasil.

No atual contexto, o foro por prerrogativa de função, com previsão constitucional para grande número de autoridades, é de competência do STF. O grande número de processos penais e inquéritos policiais que atualmente tramitam perante o Tribunal tornam impossível que seja acompanhada diretamente (seguindo os princípios da oralidade e da imediação) pelos seus Ministros toda a instrução. Uma melhor solução, contudo, precisa ser encontrada (a criação de uma turma que julgue apenas processos penais no STF, a designação de um juiz do STF para atuar apenas em processos penais, uma reforma constitucional para eliminar o foro por prerrogativa ou outra solução) já que o STF, que em tantos aspectos tem contribuir para a democracia e o desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, não pode continuar utilizando procedimentos contrários aos direitos humanos internacionais e que aumentam a chance de erro. O STF deve seguir os exigentes parâmetros que aplica para as demais cortes, inclusive em casos penais. Se o STF é sempre o último a errar e em alguns casos o último e o único (já que não há direito a recurso para outro Tribunal) a errar, espera-se que não erre ou que, no mínimo, erre muito menos do que os demais. É o que se espera de uma Suprema Corte. A recente alteração que atribuiu para as Turmas o julgamento que antes era feito pelo próprio plenário apenas parcialmente ajuda a resolver os problemas⁸⁶ ao tornar o processo mais célere por exigir um quórum menor para o julgamento ao ser transferida do Tribunal Pleno (inte-

⁸⁶ Em 2014, com a transferência da competência do Pleno para as Turmas na maioria dos casos para o julgamento de Inquéritos e de Processos Penais, houve 67 decisões em ações penais, ver:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284244> (29.1.2015).

grado pelos 11 Ministros do STF e extremamente sobrecarregado) na maioria dos casos para as Turmas (composta por 5 juízes e menos sobrecarregadas), mas não resolve os problemas aqui apontados. Devido ao grande número de inquéritos e processos e a sua complexidade (caso se mantenha o foro por prerrogativa de função) somente com a criação de uma turma especializada para julgamentos penais no STF ou com o julgamento singular por um Ministro do STF especializado em matéria penal⁸⁷ poderiam ser garantidos plenamente o “fair trial”, a oralidade e a imediação. Caso seja reformada a Constituição para extinguir o foro por prerrogativa, poderiam ser criadas varas, turmas ou tribunais especializados, que teriam condições de garantir plenamente o “fair trial”, a imediação e a oralidade.

⁸⁷ O duplo grau previsto pelo art. 8 (2) h da CADH poderia ser garantido por recurso ao Tribunal Pleno. Sobre o duplo grau na CADH e o Mensalão: *Mazzuoli*, Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição, *Revista dos Tribunais*, Vol. 102, n. 933, jul. 2013, p. 455.

Buchrezension

Michael Redmann, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2014, 372 S., kart. € 75,90; E-Book € 68,90.

Im Vorwort seiner von *Amelung* betreuten Dresdner Dissertation aus dem Jahre 2011 unterstreicht der *Verf.*, dass ihm als Ausgangspunkt die „Frage nach der konkreten Abgrenzung zwischen dem Handlungsunrecht der Anstiftung und der besonderen Gefährlichkeit des ‚Aufstachelns zum Hass‘ nach § 130 StGB“ gedient habe. Eine Frage, welche ihn schon in seiner 2003 in einem ebenfalls von *Amelung* geleiteten Seminar abgefassten Arbeit („Das Handlungsunrecht der Anstiftung in Hitlers Rhetorik“) beschäftigte. Es sollte aber nicht Eindruck entstehen, dass der *Verf.* damit lediglich eine „aufgeblähte“ Seminararbeit vorgelegt hätte, denn sein Anspruch ist doch ganz erheblich höher: Er unternimmt es vielmehr, „alle Arten sanktionsbewehrter Einflussnahme“ im StGB mit v.a. sprechakttheoretischer Methode zu analysieren und zueinander in Beziehung zu setzen.

In der Einleitung (S. 20-21) stellt der *Verf.* fest, dass dieses Unterfangen allein mit der „juristischen Methodik“ die Gefahr berge, „nur begrenzten Erkenntnisgewinn“ zu erzielen; da die „zu untersuchenden Tathandlungen die soziale Interaktion von Menschen betreffen“, sollen auch soziologische, psychologische und vor allem linguistische „Denksätze“ fruchtbar gemacht werden, „um eine tiefgründige Begriffsklärung zu erhalten.“

Im großen ersten Kapitel (S. 23-173) wird die Anstiftung als „Urform“ des Veranlassens fremder Straftaten angegangen. Dazu positioniert sich der *Verf.* zuerst zum Strafgrund der Teilnahme. Schuld- und Unrechtsteilnahmelehre (*H. Schumanns* „Solidarisierungstheorie“ findet besondere Erwähnung) werden ebenso abgelehnt wie die Verursachungstheorien, wobei sich der *Verf.* vornehmlich auf bekannte Positionen stützt. Schließlich ist es die „Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff“ nach *Roxin*, welche die Zustimmung des *Verf.* findet (S. 35 ff.), da sie „auch korrekte Ergebnisse an den Stellen, an denen andere Theorien in Begründungsschwierigkeiten geraten“ (agent provocateur, Verletzung eines gegenüber dem Teilnehmer nicht geschützten Rechtsguts, S. 37) ergebe. Ausdrücklich begrüßt der *Verf.* hier den Gedanken eines selbstständigen Unrechtselements der Teilnehmerhandlung: Zwar erscheine dessen „dogmatische Begründung [...] als etwas unbestimmt“, jedoch sei dies von Vorteil, „da hierdurch eine bewusste Leerstelle geschaffen wird, die durch die näher konkretisierenden Anstiftungs- und Beihilfetheorien ausgefüllt werden“ könne (S. 41).

Im sehr umfangreichen Abschnitt über die „Herausbildung der heutigen Anstiftungstheorien“ (S. 42-92) begibt sich der *Verf.* dann daran, diese Leerstelle für die Anstiftung zu füllen. Dazu stellt er zunächst die Geschichte der Anstiftung dar, wofür er den Weg vom „moraltheologischen Aspekt im Mittelalter“ (bis auf fünf Bibelzitate werden historische Quellen allerdings nicht herangezogen) über wichtige Stationen im 18./19. Jahrhundert (v.a. *Feuerbach*, Allgemeines preußi-

sches Landrecht, *Mittermaier* und *Bauer*) bis zur Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals nachzeichnet. Der Darstellung der Entwicklung der Verursachungstheorien (von *Strübel* und *Schirach* zu v. *Buri* bis heute) folgt eine sehr weitschweifige Herleitung der Lehre vom geistigen Kontakt (S. 55-85), die von *Feuerbach* u.a. über *Mittermaier* und *Bauer*, den „Heglianern“, *Luden*, v. *Bar*, *Birkmeyer* und *Geyer* bis zu *Nagler*, *Binding* und *Frank* reicht, um in der heutigen Diskussion zu enden. Nach der Präsentation (S. 85-89) der – passend – als „Dominanztheorien“ bezeichneten Positionen *Puppess*, *Schulz* und *Hoyers* mündet die Darstellung in der vom *Verf.* präferierten Sanktionierungstheorie (S. 89-91). Der Theorie vom geistigen Kontakt nahestehend, fordere sie jedoch enger einen (positiv oder negativ) sanktionsbewehrten Aufforderungscharakter der Anstiftungshandlung. Diese Idee der „Anstiftung als Motivkonflikt“ führt der *Verf.* zwar auf *Geyer* zurück, die „genaue dogmatische Begründung“ findet er aber erst bei *Amelung* (und *Joerden*), nach dem das „Bestimmen“ als „Korumpieren“ des Haupttäters erscheine (S. 90). Der *Verf.* meint, dass nur eine solche Interpretation der Anstiftung geeignet sei, den Anforderungen an das selbstständige Element der von ihm vertretenen Teilnahmelehre (s.o.) sinnvoll auszufüllen (S. 91).

Nach dieser eigentlich schon deutlichen Zustimmung soll aber erst die Auslegung des „Bestimmens“ die Entscheidung über den Streit der Anstiftungstheorien bringen. Das eigentliche Herzstück der Arbeit bildet dann der Abschnitt zur „grammatikalischen Auslegung“ dieses Merkmals (S. 91-139), deren methodischer Weg auch den Rest der Untersuchung prägt. Für die „lexikalische Bedeutung“ des Merkmals wirft der *Verf.* einen bemerkenswert kurzen Blick in das Wörterbuch *Brockhaus/Wahrig*: „Schwierig einzuordnen“ sei das Merkmal, da es in der Sprache „sehr vieldeutig verwendet“ werde (S. 92). Drei der Bedeutungen werden herausgegriffen, nämlich „Einfluss ausüben“, „stark ausschlaggebend Beeinflussen“ und „ernennen, einsetzen oder auswählen“. Der *Verf.* stellt fest, dass „die lexikalische Analyse keinen eindeutigen Rückschluss auf die Begriffsverwendung“ zulasse. Dass er hier so früh abbricht, ist für eine „unter besonderer Berücksichtigung linguistischer Aspekte“ angelegte Arbeit recht überraschend, zumal ausgiebige Wörterbucharbeit eine wichtiger methodischer Baustein der Lehre ist, auf die sich der *Verf.* hauptsächlich stützt, nämlich: Die Sprechakttheorie (S. 92-102). Der *Verf.* liefert ein recht knappes Propädeutikum der Sprechakttheorie unter Verzicht auf eine Herleitung dieses Teils der Sprachphilosophie (so findet hier, bis auf einen Fußnotenhinweis, die maßgebliche Arbeit *John L. Austins* keine Erwähnung). Die vier Elemente des Sprechakts (Lokution, Proposition, Illokution, Perlokution) werden vorgestellt, um sich dann der Klassifikation von Sprechakten nach *John Searle* zuzuwenden, dessen System auf den drei Säulen „Anpassungsrichtung“, „illokutionärer Witz“ und „Aufrichtigkeitsregeln“ ruht. Der *Verf.* führt in die fünf Sprechaktklassen (Assertive, Direktive, Kommissive, Deklarative und Expressive) ein, wobei er sich (m.E. zu sehr) auf die Anpassungsrichtung konzentriert. Ein kleiner Abschnitt (S. 97-98) zur „non-verbalen“ Kommunikation schließt die linguistische Grundlegung ab.

Auf § 26 StGB angewendet kommt der *Verf.* dahin, nur Direktive (Äußerungen, mit denen der Sprecher versucht, einen anderen zu einer Handlung zu bewegen) als taugliche Akte des „Bestimmens“ in Betracht zu ziehen und meint, dass es „im Mindestmaß die Anforderungen der ‚weniger verbindlichen‘ Verben“ wie dem Bitten erfüllen müsse, da „die Intensität des Verbindlichkeitscharakters des Verbs Bestimmen nicht abstrakt herausgestellt werden“ könne (S. 102).

Im folgenden großen Abschnitt (S. 102-139) soll dieses Ergebnis mit den Anstiftungstheorien abgeglichen werden. Konsequent werden die Verursachungstheorie und die Lehre vom geistigen Kontakt mit dem erarbeiteten Standpunkt für unvereinbar gehalten.

In der Sanktionierungstheorie sieht der *Verf.* diejenige Lehre, nach der es gelinge, die „sprachwissenschaftlichen Anforderungen in die Rechtsdogmatik zu integrieren“ (S. 104 f.), einer Aufgabe, der die restriktiveren Dominanztheorien nach Auffassung des *Verf.* ebenfalls nicht vollends gewachsen sind (S. 106).

Im Abschnitt über das „direktive Element zur Begründung der Anstiftung“ (S. 106-139) sucht der *Verf.* die notwendige Korruptierungskomponente weiter zu begründen. Der Akt der Anstiftung sei erfolgreich, wenn der Anstifter das Wertsystem des Angestifteten in seinem Sinne verändere. Durch die Aufforderung des Anstifters werde im Aufgeforderten „ein innerer Konflikt hervorgerufen“, da (zumindest) dem natürlichen Straffreiheitsinteresse des Haupttäters der von der Sanktionsdrohung (oder -versprechen) geschaffene Gegenreiz gegenüber gestellt werde (S. 107). Neben Drohungen könne der notwendige Handlungsdruck auch über soziale Normen (Gruppenerwartungen) entstehen (S. 112 ff.). Der *Verf.* stellt klar, dass dabei nicht unbedingt der *Wortlaut* der Äußerung maßgeblich sein müsse, sondern ihr Aufforderungscharakter sich auch aus den Umständen ergeben könne (er bezieht sich auf die Unterscheidung primäre/sekundäre Illokution nach Searle, S. 114 f.). Weiter werden (recht breit, doch gut nachvollziehbar) die „psychologischen Wirkmechanismen“ (S. 115 ff.), die ausschlaggebend für das tatsächliche Funktionieren der Anstiftung seien, behandelt. Um umfassende Kasuistik bemüht sich der *Verf.* bei der Behandlung „rechtlich problematischer Konstellationen“ (S. 123 ff.): Ratschlag, „Gewinnvorhersage“ und „Tipp“ werden als nur assertive Akte aus dem Kreis möglicher Anstiftungshandlungen ausgeschlossen. Anders „Bitten“ und „Wünschen“, denen der *Verf.* – mit *Amelung* – aufgrund ggf. entstehendem Dissens unter den Beteiligten genug handlungsleitenden Sanktionscharakter zuschreibt. Der „altruistisch handelnde Haupttäter“ führe nicht aufgrund eines vom Anstifter neu gesetzten Wertes die Tat aus. Die Warnung wird – nachvollziehbar – als „Spiegelbild des Rates“ aufgefasst (die Auseinandersetzungen mit drohender und täuschender Warnung sowie täuschender Drohung und Belohnung komplettieren die Darstellung ohne erheblichen Erkenntnisgewinn). Hinsichtlich des „scheinbaren Abratens von der Tat“ nimmt der *Verf.* (entgegen *Roxin*) an, dass solches Verhalten als weiterer Sonderfall des Ratschlags grundsätzlich keine Aufforderungsqualität habe. Schließlich bleibt der Fall eines „Angebot der Tatbege-

hung durch den späteren Haupttäter“, der i.E. mit Lit. und Rspr. als Anstiftung qualifiziert wird, soweit der Haupttäter dann aufgrund einer entsprechenden Zusage tätig werde.

Die systematische Absicherung der bisherigen Ergebnisse (S. 139-148) erfolgt insb. durch eine Abgrenzung „nach unten“ zur Beihilfe (Fälle des *omnimodo facturus* und das reine Tatsachenarrangement) und „nach oben“ zur Täterschaft (bei mittelbarer Täterschaft durch Drohung müsse die Grenze des § 35 StGB überschritten werden).

Die „teleologische Auslegung“ ist die letzte Station in der Analyse des „Bestimmens“ (S. 149-173), auf der der *Verf.* sich der Frage annimmt, inwieweit das Unrecht der Anstiftung eine Qualität erreiche, die der eines täterschaftlichen Rechtsgutsangriffs gleichsteht, um das nach seiner Teilnahmelehre erforderliche „selbständige Element“ auszufüllen. Der *Verf.* sieht das besondere Unrecht in der geistigen Urheberschaft der Tat begründet (S. 150); hinzu kommen für ihn Gesichtspunkte des „Opferschutzes“, denen die Sanktionierungstheorie als vermittelnde Position unter den Anstiftungstheorien am ehesten entspreche, da deutliche Mindest- und Höchstvoraussetzungen die so interpretierte Anstiftung auszeichneten (was auch unter der Perspektive von Normakzeptanz und -internalisierung deutlich vorzugswürdig sei; problematisch ist m.E. aber das eher politische denn dogmatische Argument, dass die offeneren Theorien „zu einer Überlastung der Strafverfolgungsorgane führen, wodurch keine adäquate Strafverfolgung in diesem Bereich mehr möglich wäre“, S. 154).

Der letzte Abschnitt des Anstiftungskapitels ist „Probleme[n] der Konkretisierung im Rahmen der Auslegung“ gewidmet (S. 156-172). In einem nicht leicht nachvollziehbaren Argumentationsgang will der *Verf.* die von ihm vorgestellten Literaturmeinungen (*Roxin*, *Herzberg*, *Ingelfinger*) zu den Anforderungen an die Konkretisierung der Haupttat synthetisieren. Hinsichtlich der Konkretisierung des Rezipienten (S. 165 ff.) hält der *Verf.* es für notwendig, das „tiefer liegende Differenzierungskriterium“ zwischen § 26 und § 111 StGB – die menschliche Psyche – zu beleuchten und untersucht entsprechend „gruppendynamische Effekte“ (S. 168 ff.): Konformitätsdruck, Verstärkungswirkung und erhöhte Risikobereitschaft in der Gruppe bedeuteten eine erhöhte „Gefährlichkeit der Masse“. Als Bestandteil einer „eigendynamischen Masse“ könne der Einzelne nicht mehr durch sanktionsbewehrte Aufforderungen erreicht werden. Das Hinein- oder Heraustreten des Individuums aus der Masse bestimme die Achse, die zwischen § 26 und § 111 StGB verlaufe. Der *Verf.* kommt zu dem Ergebnis, dass „die Person des Angestifteten [...] also nicht bestimmt, sondern nur bestimmbar sein“ müsse. Die Bestimmbarkeit richte sich dann danach, ob es dem Tatveranlasser gelinge, eine persönliche Verbindung zu dem Rezipienten zu etablieren (warum das aber nicht zur Forderung von „Bestimmtheit“ des Rezipienten führt, bleibt offen).

Das zweite Kapitel hat dann das „Bestimmen“ im Besonderen Teil des StGB zum Gegenstand (S. 74-187).

Im Sexualstrafrecht differenziert der *Verf.* nach Tatbeständen: Während er ansonsten am erarbeiteten Bestimmensbegriff festhalten will, indem er statt auf das „Straffreiheitsin-

teresse“ als korrumpierbare Wertposition auf die „sexuelle Selbstbestimmung bzw. die sexuelle Entwicklung“ abstellt (m.E. zweifelhaft, denn inwieweit dies ein i.d.S. „korrumpierbarer“ Wert gerade bei noch nicht Verstandesreifen oder Geistesschwachen sein kann, müsste noch nachgewiesen werden), verwundert das zu § 176 Abs. 2 StGB (und § 179 Abs. 2 StGB) kurz festgehaltene Ergebnis: Da willensunfähige Kinder betroffen seien, müsse das Bestimmen in *diesem* Kontext (entsprechend Hörnle) „weiter gefasst werden“, der „normative juristische Kontext“ erfordere eine „offenere Begriffsbedeutung als die Pragmatik sie vorsieht“; einfache Verursachung müsse ausreichen (S. 178). Zu § 216 Abs. 1 und § 334 Abs. 3 StGB kommt der Verf. ohne große Probleme zum „Bestimmen“ i.S.v § 26 StGB.

Das dritte Kapitel betrifft das „Auffordern“ in §§ 111, 130 StGB (S. 187-214). Für § 111 StGB fasst es der Verf. ebenfalls als direktiven Sprechakt auf, dessen Stärke intensiver als die einfache Bitte, aufgrund der fehlenden persönlichen Bindung aber geringer als beim Bestimmen angesetzt werden müsse. Auffordern bedeute eine dem Bestimmen gleiche Schaffung eines Wertekonflikts beim Adressaten, allerdings *ohne* entsprechende Sanktionierungsmöglichkeit (S. 196; die Tatbestandsvariante „durch Verbreitung von Schriften“ wird kurz und auf der vorgezeichneten sprachtheoretischen Linie behandelt). Da der ausgeübte Handlungsdruck im Vergleich zu § 26 StGB weniger intensiv sei, müsse § 111 StGB zusätzliche Gefährdungselemente beinhalten (S. 199 ff.): Diese sieht er – in z.T. redundanten Ausführungen (s.o.) – in der „fehlenden Vorhersehbarkeit und Steuerungsmöglichkeit“ der Masse, der Gefährlichkeit gruppenspezifischer Effekte, der „unabsehbaren Streubreite der öffentlichen Aufforderung“ und der besonderen Sensibilität des geschützten Rechtsguts (etwas undeutlich: der innere Gemeinschaftsfrieden, S. 202 ff.). Die Konkretisierung der Haupttat (S. 206 ff.) wird i.E. mit der hM (grobe Kennzeichnung des Deliktstypus) bestimmt; hinsichtlich des Rezipientenkreises (S. 209 f.) erübrigen sich längere Ausführungen, da die Tathandlung „öffentlich“ erfolgen muss. Bezüglich § 130 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB kann der Verf. sich kurzfassen (S. 212 f.), denn es ändert sich lediglich das Bezugsobjekt im Vergleich zu § 111 StGB. Abschließend wird zum umstr. Konkurrenzverhältnis von § 26 und § 111 StGB konsequent grundsätzlich Exklusivität angenommen (S. 213 f.).

Im vierten Kapitel, wird das „Aufstacheln“ untersucht (S. 215–269). Im lexikalischen Abschnitt (in dem nun auch Synonyme betrachtet werden) wird die Bedeutung des „Hervorrufens negativer Emotionen“ herausgestellt. Sprachwissenschaftlich (S. 216 ff.) legt sich der Verf. – diesmal nicht unter Berufung auf Searle, sondern auf Eckard Rolf – auf die Sprechaktklasse der Expressiva fest, da es dem Sprecher hier allein darum gehe, Gefühle bei anderen hervorzurufen. Nach der „teleologischen Auslegung“, in der sehr ausführlich der „öffentliche Friede“ als Rechtsgut identifiziert wird, und nach der Herausarbeitung der Natur des § 130 Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt (S. 235 ff.) überrascht nun die Überschrift des Folgeabschnitts „Merkmal des Aufstachelns zum Hass“, denn eigentlich sollte es doch im gesamten Kapitel darum gehen. Was folgt ist eine – durchaus kenntnisrei-

che, jedoch auch stark die Erwähnung der Seminararbeit des Verf. im Vorwort ins Gedächtnis rufende – umfangliche Darstellung der Rhetorik *Adolf Hitlers* (S. 247-259). Jedenfalls eine fragwürdige Entscheidung, zumal die Ausführungen i.E. in der ohnehin schon (mehrfach) geäußerten Ansicht gipfeln, dass die Kopflösigkeit der Masse die besondere Gefährlichkeit der Tatbestandshandlung ausmache (S. 260). Nach alledem kommt der Verf. in seiner Definition des Merkmals zum „Aktivieren von Emotionen“ durch „Einwirkungen auf den Intellekt“ (i.S.d. Mitdenkens, S. 261 f.). Kurze Überlegungen zum Rezipientenkreis (größere Menschenmenge), zum Verhältnis der einzelnen Tathandlungen zueinander und zu den Konkurrenzen schließen diese Darstellung des § 130 StGB ab (S. 265 ff.).

Das Aufstacheln i.S.d. § 80a StGB (S. 268 f.) wird dann entsprechend kurz abgehandelt: Nach Abriss des literarischen Diskussionsstandes und Ablehnung der Ansicht Klugs kommt der Verf. zu einer mit § 130 StGB kongruenten Auslegung (S. 269).

Mit dem fünften Kapitel (S. 270–299) wendet sich der Verf. dem „Verleiten“ (§§ 120, 160, 323b, 328 Abs. 2 Nr. 4, 357 StGB) zu. Als „motivierende Einflussnahme auf den Willen des Auszuführenden“, der sonst dem Verhaltensvorschlag des Einwirkenden nicht folgen würde, nimmt er aufgrund der „Wort an Welt“-Ausrichtung v.a. die Direktive in den Fokus. Während für §§ 357 (S. 272 ff.), 120 (S. 289 ff.) und 328 Abs. 2 Nr. 4 StGB durchweg konsequent am Begriff des Bestimmen i.S.v. § 26 StGB festgehalten wird, streitet der Verf. zu § 160 StGB mit Lit. und Rspr. (wohl in Gleichsetzung des gesetzlichen Kontexts mit dem illokutionären Witz einer Äußerung) und kommt dazu, das Verleiten hier der Gruppe der Assertive zuzuordnen, „da bereits eine zielgerichtete Informationsmitteilung ausreicht, um die Erinnerung einer Person zu verfälschen“ (S. 288). Ähnlich zu § 323b StGB: Hier positioniert sich der Verf. mit der Literaturansicht, jede Art der Beeinflussung ausreichen zu lassen, da der Selbstschädigungscharakter eine Lockerung der Einwirkungsintensität erfordere; deswegen soll *jedes* Assertiv ausreichen, sogar Tatsachenbeeinflussung sei denkbar (S. 297).

Entsprechend wird im sechsten Kapitel das „Einwirken“ in §§ 125 Abs. 1, 89 Abs. 1, 176 Abs. 3 und 4 StGB im Sinne des „Überzeugens“ sehr straff abgehandelt (S. 300-314): Der Verf. legt sich auf die Klasse Assertive fest.

Mittlerweile deutlich textbausteinartig fällt die Untersuchung des „Anleitung Gebens“ im siebten Kapitel (S. 315-322) aus. Als „Vermittlung bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten“ soll auch hier nur die Klasse der Assertive angesprochen sein; das Unrecht des Anleitens als „unterweisende Darlegung, die konkrete Kenntnis darüber vermittelt, wie eine bestimmte Straftat vorbereitet oder ausgeführt werden kann“, liege gerade in der verwerflichen Vermittlung von Wissen (S. 320).

Inhaltlich den Schluss bildet das achte Kapitel zum „Billegen“ und „Belohnen“ (S. 323-335): Der Verf. rechtfertigt die Aufnahme dieser Merkmale damit, dass durch sie ein „Klima [...], in dem neue Delikte der gleichen Art gedeihen können“, geschaffen werde (S. 323). Dies entspricht einer weit verbreiteten Ansicht und reizt nicht zum Widerspruch.

Die Merkmale werden verstanden als Mittel emotionaler Stabilisierung des Täters und damit als Expressiva (S. 326 f.). Da der *Verf.* die Mitteilung des „Zufriedenseins“ des Sprechers mit in seine Analyse aufnimmt, ist diese Positionierung i.E. hier (s.u.!) gut nachvollziehbar. Schließlich wird diese Ansicht an die Tatbestände der §§ 140, 139 Abs. 3 und 4 StGB herangetragen (S. 329 ff.), ohne dass sich Widersprüchlichkeiten ergäben (bei der Lektüre sollte die offensichtlich nur flüchtige Verwechslung von „expressiv“ mit „kommissiv“ im Ergebnis zu § 140 Nr. 2 StGB nicht zur Verwirrung führen).

Eine sehr ausführliche und die wesentlichen Punkte der Untersuchung aufzeigende Zusammenfassung (S. 336-348) schließt als neuntes Kapitel die Arbeit ab.

Der *Verf.* hat eine inhaltlich fast aus den Nähten platzende Arbeit vorgelegt, um sein ehrgeiziges Ziel der Klärung aller Beeinflussungsarten des StGB zu erreichen. Man scheut aber doch die Antwort auf die Frage, ob dieser umfassende Ansatz der Arbeit unbedingt gut getan hat. Denn während der Umfang der Auseinandersetzung mit der Anstiftung schon allein für eine schlanke Dissertation ausgereicht hätte, geraten die manchmal fast gewaltmarschartigen Analysen der restlichen Tatbestände im Vergleich streckenweise doch etwas flüchtig. Raum für eine gezieltere Schwerpunktsetzung hätte der *Verf.* durch eine inhaltliche Straffung leicht gewinnen können: So hängt z.B. die breite dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre vom geistigen Kontakt in der Luft, da der *Verf.* bis auf die Position *Geyers* die aus ihr gezogenen Erkenntnisse für seine Untersuchung nicht fruchtbar macht; die Ausführungen zu massenpsychologischen Effekten hätten an einer Stelle konzentriert werden können und ob es in *dieser* Arbeit der Darstellung von „Hitlers Rhetorik“ bedurfte, darf gewiss angezweifelt werden. Der Platz hätte m.E. besser zu Gunsten intensiverer sprechakttheoretischer Überlegungen genutzt werden sollen, denn gerade dieses methodische Fundament der Untersuchung zeigt einige Risse: Die Erkenntnis des wichtigen Unterschieds zwischen der sog. „illokutionären Kraft“ einer Äußerung und ihrem „illokutionären Witz“ scheint sich nicht so recht durchsetzen zu wollen; auch die „Aufrichtigkeitsregeln“ werden in ihrer Bedeutung m.E. zu gering geschätzt. Assertive, Direktive usw. sind für sich genommen keine Sprechakte, sondern nur Sprechaktoberklassen. Mit bspw. assertiven Äußerungen können völlig unterschiedliche sprachliche Informationshandlungen vollzogen werden: Ein Sprecher, der eine „Mitteilung“ ausspricht, tut etwas anderes als derjenige, der seine Unschuld „beteuert“ (und wer „bittet“, nutzt ein anderes Direktiv als derjenige, der einen „Befehl“ ausspricht; wer „verspricht“, „gestattet“ nicht etc.). Die Überlegungen zur „Intensität“ der betroffenen Sprechakte, die der *Verf.* immer wieder anstellt, gehen daher zwar in die richtige Richtung, bleiben aber doch hinter den Möglichkeiten zurück. Nicht ohne Grund setzt sich die Linguistik intensiv mit der Untersuchung der Untertypen der Sprechaktklassen auseinander (maßgeblich im deutschen Sprachraum u.a. die Arbeiten von *Grafte*, *Rolf* und *Hindelang*). Soll ein Kommissiv wie etwa das Versprechen einer hohen Geldzahlung zur Tötung der Gattin wirklich nicht als Anstiftungshandlung in Betracht kommen? Kann oder muss

ein Sprechaktbündel aus z.B. Direktiv und Kommissiv *summa summarum* doch als anstiftungsrelevantes Direktiv gewertet werden (und falls ja, warum)? Und wenn es bei § 176 Abs. 2 StGB schon allein der „normative juristische Kontext“ sein soll, der zur spontanen Aufgabe der linguistischen Methode des *Verf.* führt, muss das Fragen danach provozieren, ob sie für die *grundsätzliche* Analyse von Tatbestandsmerkmalen überhaupt geeignet ist (bemerkenswert daher, wenn der *Verf.* feststellt, dass „im Bereich der Sexualdelikte [...] die bei der Anstiftung getroffene Wertung bestätigt werden“ konnte, S. 183).

Auch zu § 216 StGB vermisst man weitere Reflexion, denn der Wortlaut enthält immerhin zwei Handlungsverben: „Verlangen“ und „Bestimmen“ (sogar mehr noch: „Bestimmen *durch* Verlangen“).

Im Rahmen der Analyse des Aufstachelns in § 130 StGB stößt die kategorische Festlegung auf Expressive auf Bedenken: Der *Verf.* bezieht sich hierzu auf *Rolf*, der in Modifizierung des Ansatzes *Searles* (nach dem Expressive keine Anpassungsrichtung haben) Expressive als Versuche, die Gefühlslage des Hörers zu beeinflussen, auffasst (allerdings drängt sich der Verdacht auf, dass der *Verf.* sich dieses Bruchs mit *Searle* gar nicht bewusst ist, denn im achten Kapitel geht er dann nämlich selbst von einer fehlenden Anpassungsrichtung der Expressive aus). Dennoch bleibt (unstr.) der Ausdruck eigener Gefühle des Sprechers wesentliches Element der expressiven Klasse. Anderenfalls wäre *jeder* andere Sprechakt mit dem Motiv, bestimmte Gefühle beim Hörer zu erzeugen, schon als ein Expressiv aufzufassen (exemplarisch: Der Vater *verspricht* seinem Kind, das Licht im Flur anzulassen, damit es sich sicher und geborgen fühlt). Schließlich drängt sich angesichts der Behandlung der Assertive das Gefühl auf, als würde der *Verf.* diese gleichsam als „Auffangklasse“ behandeln, wenn er auf sie (bspw. für § 160 StGB) verweist, wenn „jede Art der Beeinflussung“ tatbestandsmäßig sein soll.

Bei allen diesbezüglichen Bedenken: Der *Verf.* legt eine verdienstvolle Arbeit vor; sein Versuch, alle Einwirkungshandlungen methodisch gleich zu behandeln und so gewissermaßen zu enzyklopädisieren, ist m.E. ebenso lesens- wie beachtenswert. Dass er sich dazu der sprachwissenschaftlichen Methode bedient, ansonsten aber an keiner Stelle vorgibt, das Rad neu zu erfinden, sondern vielmehr stets bemüht ist, seine Ergebnisse in die laufende Diskussion einzupassen, gefällt dabei in besonderem Maße. Insgesamt bietet die Arbeit also eine gute Diskussionsgrundlage zur Klärung der aufgeworfenen Fragen aus frischer Perspektive. Dies auch, wenn trotz aller Bemühungen der Eindruck bleibt, dass die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale in der Regel doch zumeist komplexe Handlungsbeschreibungen sind, die sich der Einordnung in jeweils nur *eine* Sprechaktklasse verschließen.

Privatdozent Dr. Kay H. Schumann, Bonn

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

Ulrich Sieber/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014, 1136 S., € 158,-.

Für dieses Buch haben sich 39 Expertinnen und Experten zusammengetan, davon 19 Wissenschaftler, elf Mitglieder europäischer Institutionen, einige Praktiker aus Justiz und Polizei, dem Auswärtigen Amt und (leider) nur zwei genuine Rechtsanwälte. Das ist an sich kein Wunder, denn kaum ein Rechtsgebiet ist so vielschichtig und undurchschaubar. Es besteht aus einem Dschungel von nationalem und supranationalem Straf- und Strafverfahrensrecht, dazu unzählige Verordnungen, Rahmenbeschlüsse, Richtlinien, schließlich sogar Verwaltungsstrafrecht und Sanktionsnormen nicht strafrechtlicher Art, insbesondere im europäischen Kartell- und Subventionsrecht. Wer soll hier für Durchblick sorgen, wenn nicht die Wissenschaft. Die *Verf.* bemühen sich redlich darum und auch mit einigem Erfolg.

Weil ich kein Wissenschaftler bin, sondern Strafverteidiger, habe ich mich auf die Teile des Buches konzentriert, die für diesen Beruf relevant sind, also aus der Sicht dessen, der mit europäischen Hoheitsakten konfrontiert ist oder mit nationalen Hoheitsakten, die ihren Ursprung in europäischen Rechtsakten haben.

Das Buch beginnt mit einer Darstellung der beiden europäischen Institutionen Europäische Union (EU) und Europarat und ihrer Aktivitäten auf dem Gebiet des Strafrechts. Im Bereich der EU werden nach der Struktur und der Rechtsnatur der EU deren rechtssetzende Organe und Entscheidungsstrukturen sowie das Verhältnis zwischen den Mitgliedsstaaten und der EU geschildert, bevor sich *Satzger* daran macht, den Dschungel der Rechtsquellen zu lichten und die Rechtsetzungsverfahren in der Union zu beschreiben. Danach wird es für den Strafverteidiger spannend: *Satzger* geht auf den Rechtsschutz durch den EuGH und die strafrechtlichen Garantien ein. Durch den Vertrag von Lissabon hat die EU-Grundrechtecharta grundsätzlich Rechtsverbindlichkeit erlangt, so dass ihr auch in der Rspr. des EuGH künftig verstärkt Rechnung getragen werden dürfte. *Satzger* weist darauf hin, dass die Gewährleistungen der Charta teilweise weiter reichen als die des GG, z.B. im Fall des strafrechtlichen lex mitior-Grundsatzes, der im deutschen Recht nur einfachgesetzlich in § 2 Abs. 3 StGB geregelt ist, auf europäischer Ebene jedoch in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta als Justizgrundrecht eingestuft wird. Im Anschluss daran werden die bisher ergangenen Grundsatzentscheidungen des EuGH zu spezifisch strafrechtlichen Grundrechten referiert, es geht dabei um das Gesetzlichkeitsprinzip, um ne bis in idem, das Schuldprinzip und den lex mitior-Grundsatz, außerdem um den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, um die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant, um Rechtsschutz binnen angemessener Frist, um den Anspruch auf einen fairen Prozess und auf rechtliches Gehör. Hier wird sich, darin ist *Satzger* sicher zuzustimmen, in Zukunft noch viel tun.

Jokisch und *Jahnke*, zwei Beamte des Auswärtigen Amts in Berlin, skizzieren die tragenden Prinzipien des ominösen und vielzitierten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf strafrechtlichem Gebiet, hier geht es u.a. um das umstrittene Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (mutual recognition), den Mechanismen der justiziellen Zusammenarbeit in Eurojust und der geplanten europäischen Staatsanwaltschaft sowie Europol.

Im Bereich des Europarats ist es vor allem die EMRK, die Mindestgarantien für das Strafrechts und Strafverfahrensrechts festschreibt. *Schomburg* weist mit Recht darauf hin, dass die EMRK insbesondere das Strafverfahrensrecht in seinen Mitgliedstaaten maßgeblich geprägt hat. Er gibt einen Überblick über die weiteren Konventionen des Europarats, im Wesentlichen betreffend Auslieferung, Rechtshilfe und Vollstreckungshilfe, die für den Praktiker wichtig sind. Nach seiner hoffentlich zutreffenden Prognose werden der Europarat und sein Gerichtshof durch die Kompetenzerweiterung der EU auf dem Gebiet des Strafrechts nicht an Bedeutung verlieren sondern bleibt der EGMR weiterhin der „Garant eines fairen Strafverfahrens“. In einem späteren Kapitel „Schutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention“ stellt *Kreicker* die strafrechtlichen Garantien der EMRK im Einzelnen dar. Hier ist die relevante Rspr. des EGMR wiedergegeben – eine Fundgrube für jeden, der im nationalen deutschen Recht am Ende seines Lateins angekommen ist. Neben der zitierten Rspr. des EGMR ist für den Leser die ausführlich zitierte Literatur zum Thema hilfreich. Ausführlich wird von *Böse* auch der Gang des Verfahrens bei der allein bedeutsamen Individualbeschwerde dargestellt und auf das heikle Verhältnis zur EU eingegangen, die jedenfalls noch nicht Vertragspartei der EMRK ist.

Im 3. Kapitel „Supranationales Sanktionenrecht“ skizzieren der kürzlich leider verstorbene *Vogel* und *Brodowski* das eigentliche europäische Strafrecht nach dem Lissabon-Vertrag. Dabei geht es um „primäres oder sekundäres Unions- oder Gemeinschaftsrecht, in dem Sanktionen [...] mit unmittelbarer Rechtswirkung gegen Rechtssubjekte – natürliche oder juristische Personen – angeordnet werden.“ Umfasst wird auch das, was im deutschen nationalen Recht Verwaltungsstrafrecht genannt wird. Zentraler Bereich ist nach wie vor das Kartellbußgeldrecht, hinzugekommen sind europäische Sanktionsvorschriften zum Schutz finanzieller Interessen der EU (Beispiel Subventionsrecht). Es besteht die vielfach kritisierte Tendenz zur erheblichen Ausweitung auf alle harmonisierten Politikbereiche, je nachdem, wie weit oder eng Art. 325 Abs. 4 AEUV ausgelegt wird. Die *Verf.* schildern diesen aktuellen Streit, der natürlich wegen seiner politischen Implikationen mit juristischer Begrifflichkeit allein nicht zu entscheiden ist.

Wichtig für die anwaltliche Befassung mit den europäischen Sanktionen ist die Frage, wo derartige Hoheitsakte gerichtlich angefochten werden können. Bei Entscheidungen der Unionsorgane, namentlich der Kommission (z.B. Kartellgeldbußen) findet eine gerichtliche Überprüfung durch EuG und EuGH statt, in allen anderen Bereichen liegt die Kompetenz zur Anwendung und zum Vollzug des europäischen und

supranationalen Sanktionsrecht bei den Mitgliedstaaten und den nach nationalem Recht zuständigen Behörden.

Im allgemeinen Teil ihres Sanktionsrechts diskutieren die Verfasser die Prinzipien Gesetzlichkeit, Verhältnismäßigkeit, das Schuldprinzip, ne bis in idem, jeweils in ihrer Anwendung auf die in erster Linie betroffenen Unternehmen, also juristischen Personen, und inwieweit ihnen das Handeln ihrer Vertreter zugerechnet werden kann. Im folgenden besonderen Teil werden die Sanktionsnormen im Einzelnen abgehandelt. Es folgen dann die besonderen supranationalen Verwaltungsvorgänge wie das Kartellverfahren und die Untersuchungen des Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) zum Schutz der finanziellen Interessen der EU.

Im Kartellverfahren gibt es dabei eine Reihe von Besonderheiten, die damit begründet werden, dass es sich eben i.d.R. um betroffene Unternehmen handelt, auf die Schutznormen der EMRK nicht ohne weiteres angewendet werden könnten. Aus Platzgründen nur ein Beispiel: Der strafbewehrte Auskunftspflicht von Unternehmen über von der Kommission in einem förmlichen Auskunftsverlangen begehrten Auskunft über Tatsachen, auch wenn diese im Ergebnis belastend für das Unternehmen sind, steht kein Auskunftsverweigerungsrecht analog § 55 StPO entgegen sondern nach der Rspr. des EuGH lediglich ein Geständnisverweigerungsrecht. Im Prinzip muss das Unternehmen also liefern. Wahl meldet hier Zweifel an, ob diese Rspr. nach der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta noch Bestand haben kann, da der EGMR das Verbot der Selbstbeziehungspflicht in Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf Verwaltungsstrafverfahren ausgedehnt hat und der EuGH in der Orkem-Entscheidung¹ anerkannte, dass sich nicht nur natürliche sondern auch juristische Personen auf Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen können. Ähnliche Probleme stellen sich bei fast allen anderen Verfahrensgarantien im europäischen Kartellstrafrecht, also dem Schutz von Geschäftsräumen, dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dem Recht auf Akteneinsicht, Verwertungsbeschränkungen, dem Schutz der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, dem Recht auf anwaltlichen Beistand und dem Schutz der Vertraulichkeit des anwaltlichen Schriftverkehrs. Die weitere Entwicklung wird zweifellos auch für das nationale Recht Auswirkungen haben.

Kuhl und Spitzer, beides Beamte der Europäischen Kommission, stellen die Grundlagen der Arbeit von OLAF, des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung zum Schutz der finanziellen Interessen der EU dar. OLAF führt zwar eigenständige Untersuchungen nach europäischem Recht durch, eigentliches Verfahrensziel soll jedoch die Vorlage eines Untersuchungsberichts an andere Behörden sein. Die Stellung von OLAF ist derzeit noch ein Zwitter: einerseits ist sie keine europäische Staatsanwaltschaft, andererseits kann sie eigene Untersuchungen führen ohne selbst Anweisungen zu erhalten. Man unterscheidet zwischen internen Ermittlungen innerhalb der EU-Einrichtungen und externen Ermittlungen, z.B. gegen Wirtschaftsteilnehmer in den Mitgliedstaaten oder in Drittländern.

Zweck der Untersuchungen ist die Aufdeckung von betrügerischen Handlungen von Personen und Wirtschaftsteilnehmern. Anwendbares Recht ist Unionsrecht inkl. der Verfahrensgarantien der EMRK und der Grundrechtecharta. Nur gegen Rechtsakte von OLAF, die eine unmittelbare Beschwerde begründen, kann der Betroffene Rechtsschutz beim EuG und in zweiter Instanz beim EuGH erlangen. Das kann zum Problem werden, wenn OLAF lediglich Untersuchungsberichte an die nationalen Behörden sendet, die daraufhin Verfahren nach nationalem Recht einleiten, die sich auf diese Ergebnisse stützen. OLAF besitzt zwar keine Zwangsbefugnisse, es kann jedoch Zeugen vernehmen, Vor-Ort-Kontrollen durchführen und soll die betroffenen Behörden informieren. Die Verf. betonen durchaus die Unvollständigkeit der Konstruktion von OLAF, seine teilweise Intransparenz und mangelnde Kontrollmöglichkeit. Sie sehen die Zukunft in einer Weiterentwicklung zu einer europäischen Staatsanwaltschaft mit eigenen justizförmigen Zwangsbefugnissen.

Herzstück des Buches und wahrscheinlich der Grund für viele, es zu erwerben, ist Teil 3, die „Europäisierung des nationalen Strafrechts“. Dieser ist mit ca. 300 Seiten auch der umfangreichste. Nachdem Satzger die allgemeinen Vorfragen behandelt hat, widmen sich Hecker der Harmonisierung, Killmann der Systematisierung und schließlich Killmann und Schröder den einzelnen Deliktsbereichen.

Die einzelnen Deliktsbereiche zeigen, wie tiefgreifend inzwischen das jeweilige nationale Strafrecht von europäischen Entscheidungen betroffen ist. Abgehandelt werden Betrugs- und Finanzdelikte im Zusammenhang mit dem Schutz der EU-Finanzinteressen sowie Aktivitäten der EU, um die Mitgliedsstaaten zu einheitlichem Vorgehen in folgenden Deliktsbereichen zu zwingen: Bestechung, Bestechlichkeit, Geldfälschung, widerrechtliches Verhalten im unbaren Zahlungsverkehr, Geldwäsche, Insidergeschäfte und Marktmanipulation, organisierte Kriminalität, Terrorismus, Drogenhandel, Menschenhandel, Schleuserkriminalität, sexuelle Ausbeutung, Pornographie, Gewalt gegen Frauen, Computerkriminalität, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Urheberstrafrecht, Wettbewerbsstrafrecht, Umweltstrafrecht, Lebensmittelstrafrecht sowie Arzneimittel- und Medizinproduktstrafrecht.

In all diesen Bereichen hat die EU durch ihre Organe mit eigenen Rechtsakten versucht, die Mitgliedstaaten dazu zu bewegen, nationale Gesetze zu erlassen, die den zum Teil detaillierten Vorgaben aus Brüssel bzgl. der strafbaren Tatbestände, der Schuldformen und der Rechtsfolgen gehorchen. Die Mitgliedstaaten haben diese Vorgaben mehr oder weniger genau befolgt, sind zum Teil darüber hinausgegangen oder sind gerügt worden, weil sie nach Auffassung der EU-Behörden nicht genug getan haben. Alle Bereichskapitel liefern die europarechtlichen Einzelbestimmungen und Beschlüsse und Stoff für eine Vertiefung, so dass man weiterarbeiten kann. Schon aus Platzgründen kann auf die einzelnen Bereiche hier nicht eingegangen werden. Einige kritische Bemerkungen des Strafverteidigers mögen erlaubt sein:

Kreß/Gazeas weisen in ihrem Beitrag über die Bemühungen, den Bereich der „organisierten Kriminalität“ EU-weit zu harmonisieren, akribisch nach, dass es dem nationalen deut-

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – C-374/87, Celex-Nr. 61987 CJ0374.

schen Recht unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht guttut, wenn mit Hilfe von Rahmenbeschlüssen und Aktionsplänen europäische Vorgaben gemacht werden. Der Bereich der §§ 129 ff. StGB ist schon vage genug in seiner Begrifflichkeit. Durch die Rahmenbeschlüsse wird eine weitere Auflösung betrieben, die Strafbarkeit noch mehr in das Vorfeld verlagert und die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit verwässert. Der BGH hat das Spannungsverhältnis zwischen deutschem Recht und europäischer Vorgabe offenbar erkannt, die Entwicklung ist im Fluss, ein Mehrwert für die deutsche Rechtslage nicht erkennbar, zumal die übrigen Vorgaben wie z.B. die über „Mindesthöchststrafen“ längst Gesetz sind. Eine allgemein anerkannte Definition der organisierten Kriminalität kann erwartungsgemäß auch das europäische Strafrecht nicht bieten.

Die Verf. weisen darauf hin, dass die europarechtlichen Vorgaben eine „punitiv Grundtendenz“ verfolgen und die Mitgliedsstaaten zu einer „bereichsweisen Verpolizeilichung ihres Strafrechts“ genötigt werden. Als wenn wir diese Probleme nicht schon ohne EU-Harmonisierung hätten.

Im Bereich Drogenrecht beschränkt sich die EU-Gesetzgebung auf die Festlegung des bereits in den nationalen Gesetzgebungen unter Strafe Gestellten und ergänzt es um die beliebten „Mindesthöchststrafen“. Interessant ist, dass das niederländische Modell des Verkaufs von Cannabis in „coffee-shops“ nach Ansicht von Böse gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten verstößt, die nicht übereinstimmende niederländische Praxis jedoch stillschweigend toleriert wird. Darüber hinaus ist es den Mitgliedstaaten europarechtlich verwehrt, im innerstaatlichen Recht gesetzliche Ausnahmenregelungen wie z.B. die Legalisierung weicher Drogen einzuführen. Der Umgang mit Drogen ausschließlich zum persönlichen Konsum fällt nicht unter die Bestimmungen des europäischen Strafrechts und ist den nationalen Gesetzgebungen überlassen. Vom „EU-Drogenaktionsplan“ (2009-2012) des Rates, der u.a. eine Evaluierung der bisher durchgeführten Maßnahmen enthalten sollte, scheint nur der Teil ausgeführt worden zu sein, der die „Bekämpfung des internationalen Drogenhandels“ zum Gegenstand hatte. Also: aus Europa nichts Neues zum Thema.

Ausgesprochen spannend liest sich der von Lagodny verantwortete Teil zum traditionellem Auslieferungs- und Rechtshilferecht und das anschließende Kapitel von der herkömmlichen Rechtshilfe zur gegenseitigen Anerkennung (Wasmeier). Zu Recht rügt Lagodny das Fehlen von Verhältnismäßigkeitsmaßstäben beim Erlass eines europäischen Haftbefehls und beschäftigt sich kritisch mit dem verbreiteten Versuch der beteiligten Staaten, die Haftung für Folgen unrechtmäßiger Inhaftierung aufgrund eines europäischen Haftbefehls jeweils auf den anderen beteiligten Staat zu verschieben. Wasmeier weist darauf hin, dass wesentliche Voraussetzungen für das Funktionieren des vielberufenen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung nicht vorliegen. So fordert er nachdrücklich das Recht des ersuchten Staates im Falle eines europäischen Haftbefehls, das Ersuchen am Maßstab der europäischen Grundrechte zu prüfen und dies für alle Staaten verbindlich zu regeln. Auch hier geht es wieder um Fragen der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit der vom ersu-

chenden Staat gewollten Haft. Wasmeier fordert die Prüfung des Ersuchens am Maßstab eines „europäischen ordre public“ und begründet dies sehr einleuchtend, wobei er sich auch mit der dazu kritischen Rechtsprechung des EuGH auseinandersetzt. Außerdem weist er zu Recht darauf hin, dass ohne den Ausbau und die Vereinheitlichung der individuellen Verfahrensrechte die „mutual recognition“ zu unerwünschten Folgen für den Betroffenen führt. Am Ende fragt sich der Leser, wozu soll Europa gut sein, wenn es nicht einmal schafft, dafür zu sorgen, dass der in Auslieferungshaft genommene Bürger einen Pflichtverteidiger bestellt bekommt und immer noch nicht geregelt ist, wer für unrechtmäßige Haft zahlt.

Für die Praxis der Verteidigung wichtig sind die beiden Kapitel von v. Heintschel-Heinegg über den europäischen Haftbefehl und von Gleß über das europäische Beweisrecht. Bei v. Heintschel-Heinegg interessieren uns in erster Linie die Auslieferungshindernisse, die der Verfasser anhand der Rechtsprechung referiert. Er geht dabei auch darauf ein, dass die zurückhaltende Beachtung der EU-Grundrechte durch den EuGH beim europäischen Haftbefehl zukünftig zu Konflikten mit einzelnen Mitgliedstaaten, die diese Grundrechte extensiver auslegen, und dem EGMR führen werden. Hier ist die weitere Entwicklung offen.

Gleß sieht überraschender Weise in der Europäischen Ermittlungsanordnung, die im April 2014 vom Parlament und dem Rat verabschiedet wurde, eine Tendenz zum Besseren. Die dort erstmals vorgesehenen Grundrechtsvorbehalte (bezogen auf die jeweiligen nationalen Grundrechte der Vollstreckungsstaaten) sind möglicherweise die Reaktion auf anhaltende Kritik aus den Mitgliedsstaaten. Dort wird seit langem gerügt, dass es nicht angeht, in fremden Staaten mit anderen Verfahrensordnungen gewonnene Beweisergebnisse im eigenen Staat zu verwerten, als ob sie dort erzielt worden wären. Erstmals ist auch ein differenziertes Rechtsbehelfssystem vorgesehen. Gleß verweist in diesem Zusammenhang auf die Verdienste des Europaparlaments, das seit Lissabon ein gewichtiges Wort mitreden kann.

Gleß referiert dann über den Rahmenbeschluss über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln aus 2003, mit dem die Mitgliedstaaten dazu angehalten werden, Vermögen oder Beweismittel vorläufig zu beschlagnehmen.

Sie beschreibt das Verfahren und dessen Unzulänglichkeiten. Es gibt einen gespaltenen Rechtsweg, der vorsieht, dass etwa der von der Vermögensbeschlagnahme Betroffene im Anordnungsstaat gegen die Anordnung an sich klagen kann, im Vollstreckungsstaat aber nur gegen die Anerkennung der Vollstreckung trotz z.B. vorliegender Vollstreckungshindernisse. Dieser doppelte Rechtsweg bedeutet insbesondere für einen nicht selbst in die Straftat Verwickelten eine erhebliche Beschwer, die auch nicht durch besondere Schutzgarantien oder Verfahrensrechte gemildert wird. Die Vermögensbeschlagnahme kann existenzvernichtend sein, es hilft da nicht, wenn darauf verwiesen wird, sie sei nur „vorläufig“. Schadensersatzregeln für den Bürger fehlen offenbar, ebenso wie bei den anderen europarechtlichen Direktiven. The king does no wrong.

Da ist es fast tröstlich, wenn *Gleß* feststellt, dass zwar grundsätzlich die Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen durch einen Rahmenbeschluss geregelt ist, die nationalen Umsetzungsmechanismen jenseits der europäischen Vorgaben jedoch unterschiedlich sind. Unklar sind noch diverse Fragen z.B. der Anpassung ausländischer Geldsanktionen an innerstaatliches Recht, wenn die ausländische Sanktion unge-rechtfertigt hoch erscheint.

Gleß behandelt auch noch die Anerkennung von Einziehungsentscheidungen auf der Grundlage eines EU-Rahmenbeschlusses und dessen Umsetzung im IRG. Hier gibt es im Wesentlichen die gleichen Probleme wie bei den vorher behandelten Kapiteln. Jedenfalls kann jeder, der von einer derartigen Entscheidung betroffen ist, sich hier übersichtlich und fundiert sachkundig machen, was zu tun ist.

Nach den Kapiteln Zusammenarbeit der Polizeibehörden, Zusammenarbeit der Zollbehörden, OLAF, Europol und Eurojust sowie Europäisches Justizielles Netz (EJN) und einer aufschlussreichen zusammenfassenden Darstellung durch den mit den Innenansichten bestens vertrauten *Jürgen Storbeck*, die hier aus Platzgründen nur erwähnt werden können, geht es noch um die geplante europäische Staatsanwaltschaft und den Datenverkehr und Datenschutz im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit. Diese zusammenfassende Darstellung einmal in einem Buch ist lehrreich und erspart viel Arbeit.

Im 5. Teil befasst sich das Werk mit den Grundrechten, dem Rechtsschutz und der Strafverteidigung. Dargestellt werden zunächst die strafrechtlichen Garantien der EMRK und ihr Verhältnis zu den nationalen Rechtsordnungen (*Kreicker*). Da die EU noch nicht Mitglied der EMRK ist, sind ihre Organe nicht unmittelbar an sie gebunden, was eine unmittelbare Anrufung gegen Akte der EU beim EGMR ausschließt. Eine mittelbare Bindung gibt es dennoch durch Art. 6 Abs. 3 EUV, der bestimmt, dass die Grundrechte der EMRK als allgemeine Grundsätze Teile des EU-Rechts sind.

Böse behandelt das wichtige Kapitel des Rechtsschutzes durch den EGMR. Er stellt die Grundsätze der Individualbeschwerde zum EGMR überschaubar und klar dar.

Esser widmet sich den Garantien der EU, nämlich dem Grundrechtsschutz und sonstigen Rechtsakten, hier insbesondere den bereits verabschiedeten Mindestgarantien der EU für die Beschuldigten im Strafverfahren, also ne bis in idem, Unschuldsvermutung, Recht auf Dolmetscher und Rechtsschutz gegen Abwesenheitsurteile.. Prozesskostenhilfe, also die Stellung eines Anwalts auf Staatskosten für bedürftige Verdächtige oder Beschuldigte oder Personen, gegen die ein noch nicht vollstreckter europäischer Haftbefehl vorliegt, gibt es noch nicht, soll aber nach dem Willen der Kommission kommen. Bisher scheiterte dieses Vorhaben an finanziellen Bedenken einiger Länder. Zusätzlich gibt es eine Richtlinie zum Schutz von Opfern von Straftaten, deren Bestimmungen über die Vernehmungen von Opfern, die sich auf ein Mindestmaß beschränken sollen, auch nach Meinung von *Esser* bedenklich in das von der deutschen StPO garantierte Konfrontationsrecht eingreifen. *Essers* Zurückhaltung gegenüber einer weit gehenden Harmonisierung der nationalen Beschuldigten- Zeugen- und Opferrechte ist nachvollziehbar. Aber was ist dann mit „mutual recognition“? Dieses alles durch-

dringende Prinzip baut darauf auf, dass die Verfahrensrechte und auch das materielle Strafrecht aller Beteiligten prinzipiell gleichberechtigt sind. Wie soll das möglich sein ohne Harmonisierung?

Mit dem Rechtsschutz durch den EuGH beschäftigt sich *Böse*. Der Rat kann Personen in eine Terrorliste aufnehmen, Europol und Eurojust können im Rahmen der strafrechtlichen Zusammenarbeit Rechts- und Realakte beschließen, die einen Bürger individuell betreffen. Hiergegen gab es bisher keine Rechtsmittel. Das hat sich nach Lissabon mit Art. 263 Abs. 2 AEUV grundlegend geändert. *Böse* erläutert die formellen und materiellen Voraussetzungen einer sog. Individualnichtigkeitsklage zum EuG, den Rechtszug und das beschleunigte Verfahren.

Mit dem nicht spannungsfreien Verhältnis zwischen den nationalen Grundrechten und den europäischen Strafrechtsnormen befasst sich erneut *Esser*. Er vergleicht die Schutzbereiche der nationalen mit den europarechtlichen Grundrechten, insbesondere der EU-Grundrechtecharta und der EMRK. Der Verfasser stellt auch kurz und einleuchtend den Streit um die Nachprüfbarkeit einer gebotenen Vorlageentscheidung durch ein deutsches (Straf-) Gericht zwischen den Senaten des BVerfG und im Verhältnis zur Rspr. des EuGH dar.

Das Verhältnis der deutschen Verfassungsbeschwerde zum europäischen (Straf-) Recht beleuchtet *Esser* im anschließenden Kapitel. Es geht um die Zulässigkeit von deutschen Verfassungsbeschwerden gegen europäisches (Straf-) Recht, entfaltet an der Darstellung der drei „Solange“-Beschlüsse des BVerfG.² Auch hierher gehört die Darstellung der Entscheidungen des BVerfG zum europäischen Haftbefehl, der aber an anderer Stelle des Buches behandelt wird.

Sehr anschaulich stellt *Esser* sodann die Schwierigkeiten bei der verfassungsgerichtlichen Umsetzung menschenrechtlicher Standards der EMRK im Strafverfahren anhand dreier ausgewählter Fälle dar. Einmal geht es um die Frage, ob ein Angeklagter in der Berufungsverhandlung selbst anwesend sein muss oder sich vertreten lassen kann oder ob gem. § 329 Abs. 1 S. 1 StPO das Rechtsmittel verworfen wird. Europarechtlich ist die Vertretung zulässig (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK), nach der StPO nicht. Da die deutschen Gerichte sich außer Stande sahen, der Auslegung des EGMR zu folgen, hat das deutsche Bundesjustizministerium nun eine Novelle zum § 329 StPO vorgelegt, die der europäischen Menschenrechtslage nachkommt. Der zweite Fall betrifft das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Hier hatte der EGMR zunächst strengere Maßstäbe an die Verweigerung der persönlichen Befragung von Zeugen durch den Angeklagten angelegt als das BVerfG. In jüngster Zeit scheinen sich die Unterscheidungen abzuschleifen. Ein dritter Fall betrifft den Umfang des Zugangs zu den Akten von inhaftierten Beschuldigten. Auch hier hat der EGMR die für den Beschuldigten weitgehendere Auslegung getroffen und sich in der Weise durchgesetzt, dass das deutsche Gesetz geändert wurde.

Als letztes Kapitel wird die Strafverteidigung in Europa von *Esser* beschrieben. Er befasst sich mit den europaweiten Zusammenschlüssen der Strafverteidiger, den CCBE und

² BVerfGE 37, 271; 52, 187; 102, 147.

ECBA, AIJA, AED und anderen und kommt dann auf die Darstellung der Verteidigungsrechte im europäischen Strafrecht zu sprechen. Nach Art. 6 Abs. 3 lit. b, c EMRK und der Verteidigungsrechte in der Grundrechtecharta der EU wird die Rspr. des EuGH anhand von wichtigen Einzelfällen geschildert, so z.B. die Entscheidung des EuGH zur sog. Terrorliste,³ die immerhin zu einer Änderung der VO durch Einfügung eines Mechanismus zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Betroffenen geführt hat.

Essex fordert im Schlusskapitel eine mindestens europaweite Vernetzung der Strafverteidiger, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Ermöglichung von eigenen Ermittlungen im Ausland, die auch nicht ohne kollegiale Unterstützung geleistet werden kann. Nur so könne einem „Abschied von der Fiktion der Waffengleichheit“ begegnet werden, die Strafverteidiger bereits konstatieren. Wohl wahr. Nur bedarf es dazu auch größerer europarechtlicher Vorgaben auf dem Gebiet der Finanzierung von transnationaler Verteidigung (wer außer international tätigen Wirtschaftsbossen und Drogendealern kann schon mehrere Verteidiger in mehreren Ländern bezahlen, z.B. beim europäischen Haftbefehl?). Die Regelung, dass europäische strafrechtliche Entscheidungen, die in anderen Ländern vollstreckt werden sollen, sowohl im Vollstreckungsstaat als auch im Anordnungsstaat angefochten werden müssen, ist für die Justiz bequem, aber für den Betroffenen enorm aufwendig. Das ist die eine Seite. Die andere ist, dass wir Strafverteidiger zwar langsam erkannt haben, dass europäisches Strafrecht wichtig für unsere Mandanten und für eine effektive Verteidigung in immer mehr Fällen ist, dass diese Einsicht aber ziemlich spät kam und dies auch dazu geführt hat, dass in den erlassenen europäischen Vorschriften das Wort „Verteidigung“ kaum vorkommt.

Rechtsanwalt Hartmut Wächtler, München

³ EuGH EuR 2009, 80.

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

Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail, How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard University Press, Cambridge 2014, 384 S., € 27,-.

I. Der Titel des populär-wissenschaftlichen Buches von *Brandon L. Garrett*¹ deutet bereits die vom *Verf.* herausgearbeitete Problematik an, die mit der strafrechtlichen Verfolgung von Straftaten durch Unternehmen einhergeht. Angelehnt an die Bezeichnung „too big to fail“² („zu groß, um zu scheitern“), mit der systemrelevante Unternehmen charakterisiert werden, die ökonomisch betrachtet eine derart wichtige Rolle spielen, dass ihre Insolvenz gesamtwirtschaftlich nicht zu tragen ist, geht *Garretts* Kernaussage einen Schritt weiter: Es gibt Wirtschaftsunternehmen, die „too big to jail“ („zu groß, um ins Gefängnis gebracht zu werden“) sind. Dass es wortwörtlich nicht möglich ist, Gefängnisstrafen gegen Unternehmen zu verhängen oder gar zu vollstrecken, dürfte selbstverständlich sein. Darüber hinaus scheint aber ein Hemmnis zu bestehen, ebendiese Wirtschaftsunternehmen überhaupt strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, weil diese aufgrund ihrer Größe und Bedeutung eine besondere Stellung in der Gesamtwirtschaft einnehmen. Daraus folgen in der Praxis Inkonsistenzen im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung solcher systemrelevanter Wirtschaftsunternehmen. In insgesamt zehn Kapiteln versucht *Garrett* diese Hauptthese anhand empirischer Erkenntnisse und kasuistischer Beobachtungen zu belegen. Dazu legt er zunächst explizit dar, wie Unternehmen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können und welche praktischen Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung im Einzelnen bestehen. Als Basis seiner Ausführungen vergleicht *Garrett* die Situation von Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Unternehmen in den USA daher sinnbildlich mit dem biblischen Kampf zwischen David und Goliath – nur nimmt wider Erwarten nicht die Bundesstaatsanwaltschaft die Rolle des schier übermächtigen Goliath ein, sondern es sind die größten und mächtigsten

Unternehmen der Welt, die die Oberhand haben. Zur empirischen Substantiierung wertet *Garrett* eine eigens geschaffene Datenbank aus, die mit detaillierten Informationen zu „Deferred Prosecution Agreements“ (Vereinbarungen über den Aufschub von Strafverfolgungsmaßnahmen) und „Non-Prosecution Agreements“ (Vereinbarungen über den Verzicht auf Strafverfolgungsmaßnahmen), die zwischen Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden geschlossen wurden, sowie zu Verurteilungen von Unternehmen aufwarten kann.

II. Hervorzuheben ist, dass *Garrett* gleich zu Beginn des Buches ein Beispiel anführt, das die globale Relevanz des Unternehmensstrafrechts über die Grenzen der USA hinaus zeigt: Anstelle eines amerikanischen Unternehmens exemplifiziert *Garrett* seine These allem voran an einem deutschen Beispiel – der Siemens AG. Diese war im Jahre 2006 die unrühmliche Zentralfigur eines Korruptionsskandals, bei dem in großem Stil Schmiergelder an ausländische Amtsträger gezahlt wurden. Dadurch, dass die Siemens AG zum Zeitpunkt der strafrechtlich relevanten Handlungen an der New York Stock Exchange (NYSE) gelistet war,³ wurde die Bestechung ausländischer Amtsträger aus rechtlicher Sicht ein U.S.-amerikanisches Problem, da die NYSE dem Justizministerium der USA (U.S. Department of Justice – DOJ) sowie der U.S.-Börsenaufsichtsbehörde (U.S. Securities and Exchange Commission – SEC) untersteht und so ihrer aufsichtsrechtlichen Autorität unterworfen ist. Damit unterfällt die Siemens AG ebenfalls dem Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).⁴ Erstaunlich war im Siemens-Fall nach der Auffassung *Garretts* in erster Linie der Umstand, dass einzelne Mitarbeiter strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wurden, während die Topmanager oder das Unternehmen selbst ungestraft davon kamen. Ursächlich hierfür waren nach *Garrett* in besonderem Maße die internen Ermittlungsmaßnahmen, die Siemens durchführte, aber auch die Selbstverpflichtung zur Strukturreform und die Implementierung eines Compliance-systems (S. 8 ff.).

III. Bekanntlich ist die „master-servant rule“, auch „respondeat superior“ genannt, die wichtigste rechtliche Grundlage für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Ein Unternehmen kann aufgrund des kriminellen Verhaltens eines einzelnen Mitarbeiters verurteilt werden (S. 3 ff.). Damit werden Unternehmen für das strafbare Verhalten ihrer Mitarbeiter verantwortlich gemacht, solange dieses im Rahmen der Beschäftigung stattfindet oder zumindest teilweise dem Arbeitgeber zum Vorteil gereicht. Dies basiert auf der Annahme, der Dienstherr oder das Unternehmen sei in der besten Position, Straftaten durch angemessene Überwachung zu verhindern. In Zusammenschau mit der gesetzlichen Regelung, nach welcher Unternehmen als „Personen“ unter Bundesrecht zu qualifizieren sind, ist es daher möglich, Unternehmen für jegliche Straftaten zur Verantwor-

¹ *Brandon L. Garrett* ist Strafrechtsprofessor an der University of Virginia School of Law. Zu seinen bereits veröffentlichten Werken gehören *Convicting the Innocent, Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, 2011, und *Federal Habeas Corpus, Executive Detention and Post-Conviction Litigation*, 2013. *Garrett* ist ebenfalls Mitglied des ICCG – International Center for Compliance and Governance an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

² Bereits 1914 wurde der Begriff „too big to fail“ in den USA im Zusammenhang mit staatlichen Rettungsmaßnahmen geprägt. Der breiten Öffentlichkeit wurde der Begriff durch eine Äußerung des amerikanischen Kongressabgeordneten Stewart McKinney bekannt. Dieser verwendete ihn im Jahre 1984 im Rahmen einer Kongressanhörung, in der die Rettung der Continental Illinois National Bank and Trust Company beschlossen wurde. Vgl. hierzu auch *Dash*, N.Y. Times v. 20.6.2009, online abrufbar unter:

<http://www.nytimes.com/2009/06/21/weekinreview/21dash.html?partner=rss&emc=rss&r=0> (15.6.2015).

³ Die Siemens AG wird nach dem Delisting im Mai 2014 nicht mehr an der NYSE geführt. Damit sind mit der Deutschen Bank, Fresenius Medical Care und SAP nur noch drei deutsche Unternehmen an der NYSE gelistet.

⁴ Dazu *Rotsch*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance*, 2015, § 1 Rn. 24 m.w.N.

tung zu ziehen, die nach deutschem Verständnis sonst nur durch natürliche Personen begangen werden können. In der Praxis führt dies dazu, dass Unternehmen zumeist auf Bundesebene angeklagt werden, während Straftaten geringen Ausmaßes bzw. Straftaten durch einzelne Bürger eher auf lokaler Ebene verfolgt werden.

IV. Vor diesem Hintergrund beleuchtet *Garrett* im Einzelnen folgende Fragen, um seine Hauptthese zu belegen:

- Wie wird ein Unternehmen strafrechtlich verfolgt? (S. 19 ff.)
- Wie verhandeln die Strafverfolgungsbehörden mit Unternehmen? (S. 45 ff.)
- Wer geht ins Gefängnis? (S. 81 ff.)
- Welche Rolle spielen die Opfer bei der Strafverfolgung von Unternehmen? (S. 117 ff.)
- Wie wird ein Unternehmen bestraft? (S. 147 ff.)
- Wer überwacht Strafverfolgungsvereinbarungen mit Unternehmen? (S. 172 ff.)
- Welche strafprozessualen Rechte haben Unternehmen? (S. 196 ff.)
- Wie werden ausländische Unternehmen strafrechtlich verfolgt? (S. 218 ff.)
- Verhindert die Strafverfolgung von Unternehmen effektiv Straftaten? (S. 250 ff.)

Dabei geht *Garrett* sehr detailreich auf die Geschehnisse, beteiligten Einzelpersonen und Verfahren in Verbindung mit namhaften Unternehmen wie etwa Siemens, Enron, Arthur Andersen, KPMG oder BP ein. Hierbei zeigt sich der sehr kasuistische Charakter des Buches: An seinen Beispielen verdeutlicht *Garrett* die Strafverfolgung von Unternehmen und die dafür im Einzelnen einschlägigen gesetzlichen Regelungen. Dabei geht er auch auf die einzelnen Absprachen mit den Ermittlungsbehörden ein. Insgesamt beschränken sich die Ausführungen jedoch nicht nur auf die Darstellung der jeweiligen Fälle; vielmehr zieht *Garrett* hieraus trennscharf Schlüsse und gewinnt Argumente zur Belegung seiner Hauptthese. Er zeigt eindrucksvoll die Entwicklung von strengen Ermittlungen und Urteilen hin zur differenzierten und „soften“ Herangehensweise auf, wenn es um die Bestrafung von Unternehmen geht.

Ein Beispiel für *Garretts* Darstellung dieser Entwicklung ist die Gegenüberstellung zweier Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftsprüfung. Auf der einen Seite gibt es den Fall der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen, welcher gezeigt hat, dass die Strafverfolgung eines Unternehmens letzten Endes dazu führen kann, dass ein Unternehmen wirtschaftlich zusammenbricht: nicht zwingend wegen der Geldbußen, die verhängt wurden, sondern vielmehr wegen des Reputationsschadens, der mit den Ermittlungen einherging, und der verhängten Auflage, wegen der strafrechtlichen Sanktion keine börsennotierten Unternehmen mehr prüfen zu dürfen. Damit verblieben von den ehemals „Big Five“ der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nur noch die „Big Four“. Am bemerkenswertesten – im positiven wie auch negativen Sinne – war jedoch der Kollateralschaden in Gestalt der Tausenden von Mitarbeitern, die ihren Arbeitsplatz verloren.

Dieser wurde hingenommen, nur um ein Unternehmen zur Rechenschaft zu ziehen. Von dieser Vorgehensweise wandte man sich aber in der Folge ab als KPMG, als Mitglied der verbliebenen Big Four, in „den größten steuerstrafrechtlichen Fall aller Zeiten“ (S. 48) verwickelt wurde. Die Rehabilitation von Unternehmen wie auch der Versuch, sie „besser“ oder „moralischer“ zu machen, stand sukzessive immer weiter im Vordergrund. Faktoren wie ein durch eine strafrechtliche Verfolgung hervorgerufener Schaden (z.B. bei Aktionären), die Eignung bzw. Angemessenheit der Strafverfolgung Einzelner oder auch die Frage, ob nicht auch zivilrechtliche oder regulatorische Maßnahmen zur Ahndung ausreichen, fanden zunehmend Berücksichtigung (S. 56). Die Einführung von Compliance-Programmen hat sich, neben der Schließung einzelner Geschäftsbereiche, als Mittel der Rehabilitation, aber auch der Prävention durchgesetzt (S. 70 ff.). Insbesondere dadurch, dass die Strafverfolgungsbehörden die Reformen ganzer Unternehmen unmöglich selbst überwachen können, wurden Anreize für Unternehmen geschaffen, diese Aufgabe selbst zu übernehmen (S. 71). Hierfür wurden zu großen Teilen ausführliche Bestimmungen in den Deferred Prosecution Agreements festgelegt.

V. Naturgemäß setzt *Garrett* bei seinen Ausführungen gleichermaßen Schwerpunkte, die für den kontinentaleuropäischen Strafrechtswissenschaftler von geringerer Bedeutung sind, da die prozessualen bzw. materiellen Probleme schlicht keine Entsprechung im vom kodifizierten Recht geprägten europäischen Rechtskreis finden. Dazu gehört unter anderem das von *Garrett* aufgeführte Problem (S. 27 f.), eine unvoreingenommene (oder auch sachkundige) Jury zu finden, da es sich bei Unternehmen um sehr außergewöhnliche Angeklagte handele, die aber in der Gesellschaft wohlbekannt seien und insbesondere im Rahmen eines Strafprozesses eine exponierte Berichterstattung in den Medien erführen. Gleichzeitig sei auch zu sehen, dass Unternehmen gerade im Zuge der Strafverfahren gegen sie darauf bedacht seien, aktiv positive Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben, um das Bild in der für sie wichtigen Öffentlichkeit in ein für das Unternehmen vorteilhafteres Licht zu rücken (S. 28). So könne der öffentliche Druck mobilisiert werden, aber auch Einfluss auf eine Verurteilung genommen werden (S. 28). Eine Beeinflussung der Jury werde regelmäßig im Hauptverfahren fortgeführt (S. 29). Eine zusätzliche Taktik der Strafverteidiger von Unternehmen gegenüber Jurys sei zudem, die Beweise so kompliziert, langweilig und technisch wie nur möglich zu präsentieren, damit die Juroren dem Verfahren nicht mehr folgen können und gar einschlafen, wie es im Arthur Anderson-Verfahren der Fall gewesen sein soll (S. 33). Tatsächlich war es durchaus fraglich, ob die Jury die Hinweise des Richters wie auch die Unmengen an Beweisen überhaupt angemessen verstehen konnte (S. 38). In Deutschland ist die Gefahr, dass die zuständigen Strafrichter mit der Materie überfordert sind, durchaus geringer, da jedenfalls nach § 74c Abs. 1 Nr. 6 GVG Wirtschaftsstrafkammern in besonderen Strafsachen zuständig sind, soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind. Es ist dennoch nicht auszuschließen, dass das Gericht zwar besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens hat, aber im Einzelfall

im Rahmen eines Strafverfahrens aufgrund der immensen Komplexität des Sachverhalts an die Grenzen seines betriebs- oder volkswirtschaftlichen Sachverständnisses stößt.

VI. Im Hinblick auf die wieder aufgekommene kriminalpolitische Diskussion um die Einführung eines umfassenden Unternehmensstrafrechts in Deutschland⁵ haben die Erkenntnisse *Garretts* eine große Bedeutung. Die Strafverfolgungsbehörden stünden bei einer Einführung auch in Deutschland vor der praktischen Schwierigkeit, dass die Anklage eines großen Wirtschaftsunternehmens einen negativen Effekt auf die nationale Wirtschaft oder sogar die globale Wirtschaft haben könnte.

Die Erkenntnisse *Garretts* begründen daher einen sehr pessimistischen Ausblick für das Unternehmensstrafrecht in Europa. Strafrechtsvergleichend betrachtet haben die USA gerade ein Unternehmensstrafrecht, das in seiner Ausformung sehr streng (S. 35 f.) – wenn nicht sogar weltweit am strengsten – gegenüber Unternehmen ist: Begeht ein einzelner Mitarbeiter eine Straftat, haftet sein Unternehmen uneingeschränkt strafrechtlich. Dennoch gibt es selbst unter diesem strengen Regime offenbar Defizite, wenn es um die strafrechtliche Verfolgung bzw. spätere Verurteilung geht.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob überhaupt eine echte, nämlich wirkungsvolle Bestrafung von Wirtschaftsunternehmen möglich ist, zumal der Geschäftsbetrieb trotz der Verhängung von Kriminalstrafen fortgeführt wird, verantwortlich gemachte Personen wie etwa Geschäftsführer ihre Positionen behalten und weiterhin Boni ausgezahlt werden, wie es während der Finanzmarktkrise und danach geschah.

Dies prangert auch *Garrett* richtigerweise an. Dem eindeutigen Zweck der Strafverfolgung von Unternehmen – die Bestrafung gravierender Verstöße und grob vernachlässigter Compliance – sei nicht durch das Aushändigen von Vereinbarungen über den Verzicht auf Strafverfolgungsmaßnahmen im Austausch für „kosmetische“ Reformen im Rahmen von Deals Genüge getan (S. 17). Es sei vielmehr notwendig, dass die Verurteilung von Unternehmen der Normalfall sei oder – im Falle einer Vereinbarung über den Aufschub von Strafverfolgungsmaßnahmen – zumindest abschreckende Geldbußen zusammen mit stringenten Anforderungen im Hinblick auf Compliance verhängt werden (S. 17). Deren effektive Implementierung müsse sodann im Nachgang vom Gericht überprüft werden (S. 17).

VII. Insgesamt liefert *Garrett* mit seinem Buch „Too Big to Jail“ einen wertvollen Beitrag zum tieferen Verständnis der Strafverfolgung gegen Unternehmen. *Garrett* nutzt die Empirie hervorragend, um die bisherigen Mutmaßungen im Hinblick auf die Schwierigkeiten der strafrechtlichen Verfolgung von Unternehmen zu belegen. Dem nicht-amerikanischen Leser bietet das Buch vor allem einen intensiven Einblick in verschiedene Verfahren gegen Unternehmen vor U.S.-amerikanischen Gerichten, den man hierzulande wohl allein durch die Lektüre der Tagespresse oder rechtswissenschaftlichen Literatur nicht erlangt. *Garretts* Werk ist daher jedem – weit über die ohnehin nützliche Lektüre anglo-

amerikanischer Rechtsliteratur hinaus – zu empfehlen, der sich mit Unternehmensstrafrecht beschäftigt.

Wiss. Mitarbeiterin Natalia Dobrosz, Gießen

⁵ Vgl. jüngst *Schünemann*, ZIS 2014, 1; *Hoven*, ZIS 2014, 14.

Kongressbericht: Cyberkriminalität als internationale Herausforderung

Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice
vom 12.04.-19.04.2015 in Doha, Katar

Von Wiss. Mitarbeiter **Adrian Haase**, Berlin*

Im April 2015 trafen sich in Doha Vertreter internationaler Organisationen, Delegationen der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen, Vertreter von beratenden Nichtregierungsorganisationen sowie Experten aus Wissenschaft und Praxis auf Einladung des United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) und des Gastgeberstaates Katar. Die fünfjährlich stattfindenden Kongresse zum Thema Kriminalität der Vereinten Nationen beschäftigen sich seit 1955 insbesondere mit der Bekämpfung und Verhinderung transnationaler Kriminalitätserscheinungen, dem Schutz der Menschenrechte bei der Kriminalitätsbekämpfung und im Strafvollzug sowie der weltweiten Implementierung und Förderung von Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit. Im Rahmen ihrer jeweiligen offiziellen Eröffnungsansprachen adressierten der Generalsekretär der Vereinten Nationen Ban Ki-Moon, der Generaldirektor der Vereinten Nationen in Wien und Exekutivdirektor von UNODC Yuri Fedotov sowie der Emir von Katar Scheich Tamim bin Hamad Al Thani drängende Fragen des Internationalen Strafrechts und der Kriminalitätsbekämpfung. Waren in früheren UN-Kriminalitätskongressen noch mehrheitlich Themen der globalen Standards thematisiert worden, wurde bereits bei den Eröffnungsreden des Doha-Kongresses deutlich, dass Fragen der internationalen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von transnationalen Kriminalitätserscheinungen abermals an Bedeutung gewonnen haben.

I. Doha-Kongress und Cyberkriminalität

Als Leitmotiv des 13. Kongresses diente die „Integration von Kriminalitätsbekämpfung und Strafrechtspflege in die zukünftige Agenda der Vereinten Nationen um sozialen und ökonomischen Herausforderungen bestmöglich begegnen zu können, die Förderung der Rechtsstaatlichkeit auf nationaler und internationaler Ebene sowie die öffentliche Teilhabe am Prozess der Kriminalitätsbekämpfung“.¹ Das Leitmotiv wurde in vier Teilbereiche (Implementierung und Förderung von Rechtsstaatlichkeit, Menschenhandel, Bekämpfung moderner Kriminalitätserscheinungen und zivilgesellschaftliche Teilhabe bei der Kriminalitätsverhütung) gegliedert und sowohl auf

Regierungsebene (High-Level-Segments) als auch auf Fachebene (Expert-Level-Segments) bearbeitet.²

In ihren jeweiligen Eröffnungsstatements identifizierten sowohl die Vertreter der UN-Mitgliedstaaten als auch der Internationalen Organisationen Cyberkriminalität als moderne Kriminalitätsform par excellence und knüpften damit an die Vorarbeiten der vorangegangenen Kongresse in Bangkok (Thailand)³ im Jahre 2005 und Salvador de Bahia (Brasilien)⁴ im Jahre 2010 an. Dabei wiesen sie auf die Relevanz der Anstrengungen gegen Cyberkriminalität im internationalen Verbund hin, da sowohl Täter als auch Opfer in allen Ländern der Erde zu finden seien. Im Rahmen des Salvador-Kongresses wurde eine Studie zum globalen Phänomen der Cyberkriminalität in Auftrag gegeben, die zwischenzeitlich als „Comprehensive Study on Cybercrime“⁵ erschienen ist und derzeit in die Amtssprachen der Vereinten Nationen übersetzt wird. Viele der darin untersuchten Bereiche und Kernergebnisse fanden sich auch auf der Agenda des Doha-Kongresses wieder. Insbesondere die internationale Zusammenarbeit bei Bekämpfung und Verfolgung von Cyberkriminalität sowie die elektronische Beweiserhebung, -speicherung und -verwertung spielten eine zentrale Rolle.

Deutlich wurde zunächst, dass zwar noch immer Unklarheiten über den Cyberkriminalitätsbegriff herrschen, auf der Fachebene jedoch, wie auch in der „Comprehensive Study on Cybercrime“, ein umfassender und pragmatischer Ansatz gewählt wird. Cyberkriminalität liegt daher vor, wenn eine Tat durch oder gegen einen Computer, ein Computernetzwerk oder Daten verübt wird. Folglich betrafen die Cybercrime-Themen des Kongresses nicht nur die Kerndelikte des Computerstrafrechts wie Hacking und Computersabotage, sondern auch Inhaltsdelikte wie die Verbreitung von Kinderpornographie sowie werkzeuggestützte Delikte wie Computerbetrug,

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft und Kollegiat des Kompetenznetzwerks für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa (KORSE).

¹ Das Leitmotiv, die Agenda und die einzelnen Schwerpunktthemen des „Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice“ gehen zurück auf die Resolution 67/184 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 2012; abrufbar unter:

http://www.unodc.org/documents/crime-congress/13th_crime_congress/GAresolution/A-RES-67-184.pdf (6.7.2015).

² Im Rahmen des Kongresses wurde zwischen der High-Level-Ebene (Staats- und Regierungschefs sowie deren unmittelbare Vertreter), der Working-Level-Ebene (Mitglieder der Delegationen von UN-Mitgliedstaaten sowie der Internationalen Organisationen) und der Expert-Level-Ebene (insbesondere Forscher sowie Unternehmensvertreter) unterschieden.

³ Bangkok-Declaration, Nr. 16; abrufbar unter: <http://www.unodc.org/pdf/crime/congress11/BangkokDeclaration.pdf> (6.7.2015).

⁴ Salvador-Declaration, Nr. 39 ff.; abrufbar unter: http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/Salvador_Declaration/Salvador_Declaration_E.pdf (6.7.2015).

⁵ United Nations (Hrsg.), Comprehensive Study on Cybercrime, 2013, abrufbar unter:

http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf (6.7.2015).

internetbasierter Drogenhandel und Identitätsdiebstahl. Obwohl hinsichtlich der transnationalen Kooperation insbesondere auch die Angleichung des materiellen und formellen Strafrechts weithin als förderlich angesehen wird, wurde deutlich, dass die globale Harmonisierung des Cyberstrafrechts gegenwärtig als Utopie bezeichnet werden muss. Waren selbst die Arbeiten an der UNODC-Studie noch von diesem Ansatz geprägt, hat sich in der Realität gezeigt, dass die Bedürfnisse und Interessenskonflikte der beteiligten Staaten oftmals so unterschiedlich bzw. erheblich sind, dass eine umfassende und globale Lösung nicht realistisch erscheint. Dementsprechend haben sich auch die politischen und wissenschaftlichen Anstrengungen und Ziele verschoben und konzentrieren sich nunmehr auf die Etablierung und Umsetzung bestehender Instrumente sowie den Aufbau und die Erweiterung von Kompetenzen bei Gesetzgebung und Strafverfolgung (sog. Capacity building).

II. Erfahrungen und neue Ansätze bei der Bekämpfung der Cyberkriminalität⁶

1. „*Strengthening crime prevention and criminal justice responses to evolving forms of crime, such as cybercrime and trafficking in cultural property, including lessons learned and international cooperation*“ (UNODC)⁷

Im ersten offiziellen UNODC-Veranstaltungsteil gingen *Han-Kyun Kim* (Korean Institute of Criminology), *Francesca Bosco* (United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute), *Richard Frank* (International Cybercrime Research Center, Simon Fraser University) und *Khalid Hamad Al Mohannadi* (Gulf Countries Council, Criminal Information Center to Combat Drugs) der Frage nach, ob Cyberkriminalität noch als moderne Kriminalitätserscheinung einzustufen ist. Dafür sprächen zwar die relative Neuartigkeit der Computertechnologie und das stetige weltweite Wachstum an Cyberdelikten, allerdings würden vermehrt auch klassische Delikte mit informations- und kommunikationstechnologischen Tatmitteln durchgeführt. *Alexander Seger* (Europarat) merkte an anderer Stelle dazu an, dass man früher etwa davon ausgegangen wäre, jedes Land benötige eine bestimmte Anzahl von Cyberkriminalitätsexperten in den Strafverfolgungsbehörden für spezielle Deliktformen, während heute kaum noch ein Verbrechen ohne die Beteiligung von modernen Technologien denkbar sei. Vielmehr kämen jene entweder bereits bei der Tatbegehung oder spätestens im Rahmen der elektronischen Beweiserhebung, -sicherung und -verwertung zur Anwendung.

⁶ Weiterführende Dokumente und Informationen zu den einzelnen Veranstaltungen finden sich unter: <http://www.unodc.org/congress/en/documentation.html> und <http://www.un-congress.org/Sessions/AllSessions> (6.7.2015).

⁷ Die Internationalen Organisationen, Universitäten und Forschungsinstitute in den Klammerzusätzen übernahmen die Organisation und die Sitzungsleitung der jeweiligen Veranstaltung.

2. „*Cybercrime: The Global Response*“ (UNODC)

Im zweiten offiziellen UNODC-Event ging es um die Professionalisierung und Koordinierung der bestehenden Instrumente zur Bekämpfung der Cyberkriminalität auf globaler Ebene. *Loide A. N. Lungameni* (Chief of the Organized Crime and Illicit Trafficking Branch, UNODC) vertrat dabei die Auffassung, dass eine tatsächliche Rechtsharmonisierung zukünftig weder möglich noch nötig für eine effektive Bekämpfung sei. Stattdessen setze man bei UNODC verstärkt auf institutionelle Kooperationen mit anderen internationalen Organisationen und der Privatwirtschaft. Insbesondere Interpol, Europol (European Cybercrime Center EC3), das Commonwealth Secretariat, die Weltbank und die Internationale Telecommunications Union (ITU) seien wertvolle Partner. Im weiteren Verlauf der Vorträge und Diskussionen wurden sodann die unterschiedlichen Schwerpunkte der einzelnen Akteure deutlich. Interpol, vertreten durch den Computerforensiker *Silvino Schlickmann Junior*, sieht seine Aufgabe vorwiegend in der Koordinierung und Unterstützung von nationalen und regionalen Polizeiorganisationen und stellt dafür einerseits Personal und andererseits Expertise zur Verfügung. Aktuelle Impulse verspricht sich Interpol von der neu formierten „Interpol Global Alliance against Cybercrime“ und dem Interpol Global Complex for Innovation in Singapur, das ganz auf die technische Dimension der Cybercrime-Bekämpfung konzentriert ist. Europol, vertreten durch den Vorsitzenden des Netzwerks Organisierte Kriminalität *Robert Črepinko*, stellte das im Jahre 2013 gegründete European Cybercrime Center vor und wies auf die Vorteile lokaler und regionaler Initiativen hin. Vor allem die Bündelung von Informationen über kriminelle Aktivitäten im Cyberraum sei für die nationalen Strafverfolgungsbehörden von unschätzbarem Wert. Die Weltbank, vertreten durch *Jinyong Chung*, sieht ihre Aufgabe maßgeblich in der Entwicklung eines Standardmodells zur Erkennung und Einordnung von Cyberdelikten mit wirtschaftlichem Bezug um auf den Ergebnissen basierend nationale und internationale Gegenmaßnahmen ergreifen zu können. Zum Schluss des Panels war es wiederum an der Vertreterin von UNODC mit dem „Cybercrime Repository“⁸ ein vielversprechendes Arbeitsergebnis zu präsentieren. Dabei handelt es sich um eine internationale Datenbank mit den Rubriken „Cybercrime-Gesetzestexten“, „Cybercrime-Gerichtsurteilen“ und „Cybercrime: Lessons learned“. Die Vereinten Nationen greifen dadurch den vielfach geäußerten Wunsch kleiner Mitgliedstaaten auf, ihnen die Vorarbeiten und gewonnenen Erkenntnisse größerer Mitgliedstaaten in aufbereiteter Form zugänglich zu machen.

3. „*Capacity Building on Cybercrime*“ (Europarat)

Der Vorsitzende des Cybercrime-Programms des Europarates *Alexander Seger* begann seinen Vortrag mit der Aussage, man sei froh, die Budapester Konvention⁹ bereits im Jahre 2001 verhandelt zu haben, da heutzutage keinesfalls mehr mit

⁸ Abrufbar unter:

<https://www.unodc.org/cld/index-cybrepo.jspx> (6.7.2015).

⁹ ETS Nr. 185 = BGBl. II 2008, S. 1242.

einem derartigen Konsens zu rechnen sei. Auch der Europarat lenke seine Anstrengungen daher auf die Umsetzung bestehender Instrumente. Zusätzlich machte er deutlich, dass nicht allein die Zahl der Unterschriften oder Ratifikationen ausschlaggebend für den Erfolg der Budapester Konvention seien, da vielfach nationale Gesetzgebungsinitiativen die Vorschriften der Budapester Konvention auch inoffiziell als Model-Gesetze heranzögen.

Staatsanwalt *Kritananda Naghee Reddy* für Mauritius und Staatssekretär *Geronimo Sy* für die Philippinen berichteten daraufhin über den Prozess der Kontaktaufnahme mit dem Europarat, über die Unterstützung bei der Umsetzung von Cyberkriminalitäts-Gesetzgebung und den damit verbundenen Schwierigkeiten bis hin zur aktuellen Begleitung und Zusammenarbeit bei der Verhütung und Aufklärung von Cyberdelikten. Insbesondere hoben die Vertreter der Schwellenländer hervor, dass Cyberkriminalität letztlich gar nicht mehr als moderne Verbrechenskategorie bezeichnet werden könne, sondern vielmehr entweder materiell oder formell im Wege digitaler Beweiserhebungen integraler Bestandteil vieler, auch herkömmlicher, Ermittlungsverfahren geworden sei.

4. „*An International Perspective on Cybercrime: complexities and way forward*“ (O.P. Jindal Global University, Indien)

Auch *Indranath Gupta*, *Sanjeev P. Sahni* und *Brajesh Kumar* mit ihren jeweiligen Mitarbeitern erwarten keine Einigung im Hinblick auf eine globale Cybercrime-Konvention mehr. Auf Ebene der Vereinten Nationen sei man vor fünf Jahren beim Salvador-Kongress näher an einem solchen Instrument gewesen, als beim diesjährigen Doha-Kongress. Man gehe daher in Indien wissenschaftlich einen anderen Weg und entwickle ein Modell, um die Kosten von Cyberkriminalität benennen zu können, auch wenn diese nicht auf den ersten Blick monetär qualifizierbar seien. Durch einen solchen „cost-based-approach“ erhoffe man sich ein verstärktes Bewusstsein in der Bevölkerung für die Verletzlichkeit vieler Lebensbereiche durch Cyberkriminalität schaffen zu können.

5. „*Rule of Law and Internet Legislation*“ (Zhongnan University of Economics and Law, China)

Sowohl *Hanming Xu* (Zhongnan University of Economics and Law, China) als auch *Jian-ping Lu* (Beijing Normal University, China) setzten sich mit dem Zusammenhang der Machtverhältnisse im Internet und der Bekämpfung von Cyberdelikten auseinander. Sie kritisierten die Tatsache, dass der Einfluss auf die (Weiter-)Entwicklung des Internets nahezu ausschließlich in den USA monopolisiert sei. Zwar würden auch europäische Nationen darunter leiden, jedoch hätten diese effektive politische und wirtschaftliche Möglichkeiten, einem solchen Trend entgegenzuwirken, wie etwa die deutsch-französische Initiative zum Aufbau eines „europäischen Internets“ zeige. Entwicklungs- und Schwellenländer hingegen seien massiv von den Entscheidungen der USA und der dort beheimateten Unternehmen abhängig. Durch diese Monopolisierung und den Erstzugriff auf Daten sei ein effektives Vorgehen gegen Cyberkriminalität oftmals nur dann

möglich, wenn die Maßstäbe der USA und ihrer Partner übernommen würden.

Schließlich kritisierte *Xiaying Mei* (University of International Business and Economics, China) noch den (europäischen) Ansatz, persönliche Informationen grundsätzlich als Eigentum des jeweiligen Informationssubjekts zu betrachten. Gerade im Big Data Zeitalter sei dies weder rechtlich korrekt noch weiterführend. Es sei vielmehr zwischen privaten und öffentlichen Informationen zu unterscheiden, wobei zur Einordnung als Kriterien erstens der Informationsinhalt, zweitens das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und drittens das Alters des Informationssubjekts heranzuziehen seien. Anhand dieser Parameter sei letztlich zu entscheiden, welche Informationen im ausschließlichen Verfügungsbereich des Informationssubjekts zu belassen sind und welche Daten den staatlichen Behörden oder der Allgemeinheit offen zugänglich gemacht werden dürfen.

6. „*FIDUCIA – Research on Trust-Based Policy*“ (European Institute for Crime Prevention and Control)

Das EU-Forschungsprojekt FIDUCIA¹⁰ erforscht die sog. vertrauensbasierte Kriminalitätsprävention. Insbesondere hinsichtlich moderner Kriminalitätserscheinungen wie Cyberkriminalität sei es nicht mehr ausreichend, bei normabweichendem Verhalten Sanktionen anzudrohen. Vielmehr sei normgerechtes Handeln durch die Stärkung des Vertrauens in Fairness und moralisch-ethische Integrität eines (Straf-) Verfahrens zu erzielen. Im FIDUCIA-Projekt sind unter Mitwirkung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht 13 europäische Forschungsinstitutionen versammelt, die seit 2012 ein Modell entwickelt haben, das den EU-Mitgliedstaaten und der Europäischen Union forschungsbasierte Gesetzgebungsvorschläge zur Kriminalitätsprävention bei Cyberdelikten unterbreiten soll.

III. Fazit und Ausblick

Der 13. UN-Kriminalitätskongress hat wieder einmal gezeigt, dass internationale Initiativen, Kooperationen und Forschungsprojekte weit über den aktuellen Stand politischer Konventionen und Vereinbarungen hinausreichen. Die Doha-Declaration¹¹ als offizielles Ergebnis des Kongresses ist der kleinste gemeinsame Nenner einer Staatengemeinschaft, die sich in vielen Aspekten globaler Kriminalitätsbekämpfung noch uneinig ist. Auf der Fachebene hingegen werden Akteure verschiedener Rechtskreise und Nationalitäten regelmäßig kooperativ tätig und entwickeln konkrete Lösungsansätze.

Nachdem die vergangenen UN-Kongresse noch von dem Geist des Suchens nach dem einen Instrument, der einen Konvention zur Bekämpfung der Cyberkriminalität getragen worden waren, hat sich die internationale Gemeinschaft von dieser Utopie mittlerweile verabschiedet. Stattdessen ist deutlich geworden, dass Informations- und Kommunikationstech-

¹⁰ <http://fiduciaproject.eu> (6.7.2015).

¹¹ Als Entwurf abrufbar unter:

http://www.unodc.org/documents/congress//Documentation/IN_SESSION/ACONF222_L6_e_V1502120.pdf (6.7.2015).

nologien bei sämtlichen, auch vermeintlich klassischen, Delikten zur Anwendung kommen. Daher ist vor allem der Aufbau technischer Expertise in der Fläche existenziell um modernen Begehungsformen effektiv entgegenzutreten zu können.